





# **Estudios de Deusto**



# Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

**Segunda época. Vol. 49/1**  
**Desde su fundación vol. 66**  
**(Fasc. 106)**  
**Enero-Junio 2001**

Bilbao  
Universidad de Deusto  
2002

**Director:**

Ignacio María Beobide

**Consejo Asesor:**

María Álvarez  
Jorge Caramés  
Francisco Garmendia  
José María Lidón  
José María Merino  
Jaime Oráa  
Demetrio Velasco

**Administración:**

Secretaría Técnica  
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao  
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

**Distribución:**

Ediciones Mensajero  
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao  
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

**Precios de suscripción:**

Europa . . . . .	24,04 € (4.000 ptas.)
Otros países . . . . .	50 \$
Número suelto . . . . .	13,22 € (2.200 ptas.)

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Universidad de Deusto  
Apartado 1 - 48080 Bilbao  
e-mail: publicaciones@deusto.es

I.S.S.N.: 0423 - 4847  
Depósito legal: BI - 2350-96

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Impresión: Artes Gráficas Rontegui, S.A.L.

## Sumario

---

### Estudios

- Ricardo DE ANGEL YÁGÜEZ, *De nuevo sobre la responsabilidad por intrusiones electromagnéticas: el «estado de la ciencia como solución jurídica»* 11
- Ignacio María BEOBIDE EZPELETA, *Comunidad Autónoma Vasca: Elecciones autonómicas del 13 de mayo de 2001. La coalición electoral nacionalista* 75
- Demetrio VELASCO, *Republicanismo y Cristianismo* 137
- Juan-Cruz ALLI ARANGUREN, *El derecho administrativo y la evolución del estado* 171

### Ponencias

- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Ejercicio flexible de la jurisdicción social* 219
- Antonio Javier PÉREZ MARTÍN, *Procedimiento de ejecución de las resoluciones judiciales en materia de derecho de familia* 247



# ESTUDIOS



# DE NUEVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR INMISIONES ELECTROMAGNETICAS: EL «ESTADO DE LA CIENCIA» COMO SOLUCION JURIDICA

Ricardo de Angel Yáguez

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto

*Sumario:* 0. Propósito de este trabajo y resumen de sus conclusiones. I. El estado de la cuestión: A) Aspectos sociológicos. B) Acciones legales y administrativas. C) Expresiones judiciales. D) Los datos físicos y biológicos. E) El punto de vista técnico jurídico. Perspectivas del problema: la doctrina de las «inmisiones» y la teoría de la responsabilidad civil. Preguntas sobre la carga de la prueba. II. Una proposición, a modo de «tesis». III. Argumentación. El «estado de la ciencia». Precisiones sobre el llamado «principio de precaución». La representativa sentencia de 8 de febrero de 2002 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Murcia: delimitación del problema e ilustración al órgano judicial sobre el «estado de la ciencia».

## 0. Propósito de este trabajo y resumen de sus conclusiones

1. Como cualquier ciudadano, estoy al tanto del «clamor» que se ha levantado en ciertos ambientes en relación con los posibles efectos nocivos, para la salud humana, de los campos electromagnéticos. Sobre todo en los últimos tiempos, a causa de las inquietudes que han provocado las antenas y los receptores de telefonía móvil.

Antes de esta «actualidad», la cuestión me había inspirado curiosidad. Sobre todo cuando, por mi interés por el mundo de la responsabilidad civil, tuve conocimiento de una cierta «moda» que hubo en Estados Unidos hace ya tiempo, manifestada en las reclamaciones entabladas contra empresas eléctricas por los daños que los demandantes decían haber sufrido al vivir cerca de un tendido eléctrico de alta tensión<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Dicho sea de paso, no está de más advertir que, frente a sentencias iniciales condenatorias, acaso derivadas de un no muy correcto planteamiento de la cuestión por parte de las empresas demandadas, la línea jurisprudencial posterior ha sido de desestimación de las reclamaciones. Con independencia de lo que resulta de mi propia información, en el excelente trabajo *Electric and Magnetic Fields and Cancer: Case Study*, de KHEIFETS y otros, «American Journal of Epidemiology», de la Universidad Johns Hopkins, 2001, volumen 154, número 12, suplemento, que es una especie de revisión histórica del problema, se dice: «La mayoría de las decisiones de los tribunales en los casos de responsabilidad civil de Estados Unidos no han aceptado que hubiese quedado demostrada una relación causal entre exposición a campos electromagnéticos y enfermedad».

2. Pero mi curiosidad pasó a ser marcado interés académico cuando tuve conocimiento de la sentencia dictada por un Juzgado de Primera Instancia de Murcia, en la demanda entablada contra una compañía eléctrica por un matrimonio que alegaba sufrir en su vivienda (un primer piso situado justamente encima de un centro de transformación) unas «intensidades» de campos electromagnéticos superiores a lo tolerable<sup>2</sup>.

Los actores solicitaban que se condenase a la sociedad demandada a establecer en su centro transformador las correcciones necesarias para evitar las inmisiones electromagnéticas y, caso de no ser posible llevarlas a cabo, se condenara a la demandada a indemnizarles en una cantidad equivalente al precio de una vivienda similar, contra la transmisión a la propia demandada de la propiedad del piso en que habitaban los actores. Se reclamaba además una indemnización por los daños que estos últimos decían haber sufrido hasta que decidieron trasladarse a un domicilio distinto.

Solicité a la sociedad demandada, que me la entregó, la documentación necesaria para conocer el contenido del pleito y poder así formarme una opinión.

Más tarde tuve conocimiento de la sentencia que la Audiencia Provincial de Murcia dictó como consecuencia del recurso de apelación planteado por la sociedad demandada. Es de 13 de febrero de 2001.

3. Incurrí luego en el atrevimiento de tratar de comprender, cosa no fácil para un no muy ilustrado en ciencias de la naturaleza, el significado de los conceptos, criterios, principios científicos y fórmulas que se han emitido por los organismos científicos más solventes.

Fruto de todo ello fue un trabajo que publiqué no hace mucho tiempo. Se trata del titulado *Una nueva forma de inmisión: los campos electromagnéticos. Lo tolerable y lo que no lo es*, incluido (páginas 1.731-1.762) en la obra colectiva *Derecho privado (libro homenaje al Profesor Alberto J. Bueres)*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001; y luego publicado también en la revista española *Actualidad Civil*, número 40 de 2001 (semana 29 octubre-4 noviembre), páginas 1.397-1.424.

4. En el presente artículo me propongo, en primer término y como punto de arranque, resumir mis aportaciones de aquel trabajo. Pero so-

---

<sup>2</sup> El transformador es un elemento necesario para el suministro de electricidad a las viviendas de la casa de los demandantes y de las de otras colindantes. Las sentencias dictadas en aquel pleito reconocieron que se trataba de una actividad «perfectamente reglada y autorizada».

bre todo me mueve la intención de añadir algunos relevantes datos científicos producidos con posterioridad, así como profundizar en ciertos aspectos jurídicos que entonces sólo había apuntado<sup>3</sup>.

Más aún. Así como en mi anterior aportación hice una *aproximación* al problema, insinuando una respuesta al mismo, ahora me decido a tomar una franca postura al respecto, alentado por lo que me permiten interpretar los datos científicos de que disponemos en la actualidad.

Para ello, adopto un método expositivo ajustado al esquema «académico» de, en primer lugar, representar lo que podría llamarse «el estado de la cuestión»; en segundo término, formular una proposición, a modo de «tesis»; y en tercer lugar, en fin, invocar los argumentos que creo que avalan mi propuesta.

5. Procede hacer una acotación. Consiste en advertir que mi análisis último se limita al caso de los campos electromagnéticos producidos por conducciones eléctricas, expresión en la que incluyo los tendidos y centros de transformación propios del transporte y del suministro de energía eléctrica. No obstante, es evidente que este «deslinde» no impide que en la mayor parte del trabajo haya que aludir a los campos electromagnéticos en general, con independencia de su «fuente».

6. A modo de resumen anticipado de mis conclusiones, formulo el siguiente: *el estado de la ciencia del momento actual ofrece al jurista elementos de juicio suficientes para saber cuándo la inmisión constituida por un campo electromagnético supera los límites de «lo tolerable» e incurre en «lo injusto». Es decir, sostengo que contamos con datos bastantes para excluir la duda razonable en ciertas «intensidades» de exposición electromagnética.*

## I. El estado de la cuestión

Como corresponde al título de este apartado, me coloco ahora en un plano de observación de «fenómenos», entendida esta palabra en su acepción más rigurosamente filosófica; es decir, examinando «lo que es» o «lo que pasa».

Me refiero, en concreto, a los aspectos sociológico, legal, judicial, científico y técnico-jurídico del problema.

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, desarrollo el significado que en esta materia tiene el «estado de la ciencia», profundizo en el problema de la carga de la prueba y me cuido de analizar el posible alcance del llamado «principio de precaución».

### A) Aspectos sociológicos

1. No son necesarios demasiados encarecimientos para dar cuenta de la inquietud que en algunos ámbitos se ha creado en los últimos tiempos acerca de los posibles efectos dañinos de los campos electromagnéticos derivados de instalaciones eléctricas o radioeléctricas.

El caso de estas últimas, sobre todo, ha adquirido particular notoriedad como consecuencia de lo que el hombre de la calle oye o lee en torno a los peligros que pueden derivar de vivir cerca de una antena de telefonía móvil. O, simplemente, de una antena: todos recordamos el conflicto que se suscitó entre el Vaticano y las autoridades italianas como consecuencia de las acciones de ciudadanos que denunciaban los riesgos de residir cerca de las potentes antenas de radio y televisión de la Ciudad del Vaticano pero radicantes en suelo de Italia.

Los medios de comunicación nos tienen inundados de reportajes al respecto, noticias de denuncias, movimientos ciudadanos, divulgaciones y debates científicos e incluso iniciativas o propuestas de partidos políticos.

Por extensión, de la «alarma» por la telefonía móvil (como es sabido, se habla también de los riesgos de los propios receptores, esto es, de los teléfonos propiamente dichos) se ha pasado a la denuncia de los peligros que pueden crear las líneas e instalaciones de distribución y suministro de energía eléctrica; se habla, por ejemplo, de la necesidad de soterrar las líneas de «alta tensión» (que con frecuencia no merecen en absoluto esta calificación), para —se dice— evitar así daños a quienes viven en sus proximidades.

2. A nadie se le oculta que nos movemos en un campo muy propicio a las «aprensiones», es decir, a los *recelos* sobre *posibles riesgos* no bien definidos. Algo que, ciertamente, no es de ahora: la historia de la humanidad está plagada de épocas en las que de forma más o menos extensa e intensa se han manifestado *temores* hacia «lo nuevo»<sup>4</sup>.

La ciencia, desde luego, no se ha despreocupado del problema.

En sendos pasajes del informe de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales a que luego aludiré, se lee:

«La preocupación por los posibles efectos sobre la salud de la exposición a campos electromagnéticos surgió, inicialmente, en personal militar expuesto a campos relativamente fuertes producidos por sistemas radar

---

<sup>4</sup> Estas *aprensiones* son muy dadas a convertir en realidad lo meramente temido. Se oye a los vecinos de una casa, por ejemplo, que la proximidad de una antena de telefonía «podría producir efectos nocivos». El «podría producir» se convierte pronto en la convicción —a veces categórica afirmación— de que, en efecto, esas consecuencias nocivas *se producen*.

de alta frecuencia durante la Segunda Guerra Mundial. Desde entonces, se han reivindicado efectos adversos para la salud posiblemente asociados con fuentes de alta frecuencia como las unidades radar usadas por la policía, los sistemas de utilización militar, los hornos microondas y otros aparatos. Más recientemente, la atención se enfoca, con insistencia, en los potenciales efectos adversos para la salud de las fuentes de baja frecuencia, especialmente las líneas de transporte y de distribución eléctrica, y sus aplicaciones como afeitadoras, secadores de pelo o mantas eléctricas.

...

Las preguntas sobre posibles efectos adversos para la salud humana secundarios a la exposición de campos eléctricos y magnéticos inducidos por las líneas de alta tensión de 50-60 Hz fueron formuladas, por vez primera, por Wertheimer y Leeper (1979), quienes publicaron datos epidemiológicos sugerentes de una asociación entre la configuración de las líneas de distribución cercanas a los hogares y la incidencia de leucemia y otros tipos de cáncer infantil. Estudios similares se publicaron en años sucesivos en EEUU y en otros países. Los resultados de esos estudios potenciaron el rastreo de la posible asociación entre campos electromagnéticos en los hogares como sitio de exposición, y la incidencia de cáncer como el efecto adverso para la salud más preocupante. La mayor parte de la investigación experimental inicial sobre los efectos biológicos de los campos eléctricos y magnéticos de baja frecuencia se enfocó en el estudio de los campos eléctricos; sin embargo, los resultados epidemiológicos y otros estudios provocaron un desplazamiento gradual del interés inicial hacia los campos magnéticos como la posible causa de enfermedades».

Y ese interés científico persiste hoy. Buena prueba es el formidable aparato bibliográfico que acompaña al propio informe de la Academia de Ciencias<sup>5</sup>.

3. Ocurre, sin embargo, que la *contienda* se plantea entre dos actitudes bien distintas y conceptualmente incompatibles.

De un lado, la que se mueve inspirada por los sentimientos, por las emociones. Y a veces, por qué no decirlo, por el *activismo* de quienes enarbolan una *causa* (de buena fe o sin ella, a estos efectos da lo mismo), simplemente, porque es *popular*; tanto más si se puede decir que *enfrente* está el *interés económico* de grandes empresas.

De otra parte se halla la opinión científica; esto es, lo que podríamos llamar —como contraste— la *racionalidad*. Se supone que los expertos *tienen que saber* qué es nocivo y qué no lo es; y además, que pueden demostrarlo.

Y quien como *observador neutral* quiere colocarse entre esos dos frentes, no pocas veces se siente abatido por la incertidumbre. Sabe que

---

<sup>5</sup> La OMS sitúa en 25.000 los artículos científicos publicados sobre la materia.

la vida no puede detenerse a causa de meras aprensiones, pero por otro lado le llenan de zozobra pensamientos como el *podría ser que sí* o el *no puede descartarse*. Sobre todo, cuando ve que lo que la ciencia declara se parapeta —como por otra parte tiene que ser— en el «*hasta donde hoy se conoce*».

Esto último es, además, lo que suele hacer que quienes dicen verse afectados no se muestren muy proclives a aceptar el dictamen de las autoridades científicas. Parece como si su honrado reconocimiento de la *relatividad* de sus saberes fuese motivo para reivindicar (aquéllos) la *solidez* de las aprensiones, no pocas veces incardinables en lo que el Diccionario entiende como «*histeria colectiva*» (comportamiento irracional de un grupo o multitud, producto de una excitación).

Hablando como antes lo hacía del episodio de las antenas de Radio Vaticano, es más que probable que subsistan actitudes de recelo, a pesar de que los datos analizados por los científicos no mostraron una relación entre las emisiones de aquellas instalaciones y la incidencia y tasa de mortalidad por leucemia infantil. O que esa incidencia y esas tasas en un área de 10 kilómetros alrededor de los transmisores no fueran diferentes a los valores observados en la zona de Roma<sup>6</sup>.

Por tomar un ejemplo más próximo, cuando se escriben estas líneas, enero de 2002, acapara las primeras planas de los medios de información lo que acontece alrededor de un colegio público de Valladolid, próximo a unas antenas de telefonía (por cierto, no móvil sino fija, para cuyo funcionamiento se requiere una potencia de emisión muy inferior a la de la primera). Un estudio técnico dado a conocer en noviembre de 2001 rechazó la capacidad de las emisiones para deteriorar el ADN, alterar complejos enzimáticos o inducir la formación de sustancias extrañas, que son los mecanismos de producción de los procesos cancerígenos. Pero no parece que este dictamen haya sido suficientemente persuasivo en ciertos ambientes<sup>7</sup>.

4. También se mueven aquí los «intereses creados». En un reciente artículo periodístico, el profesor Represa, Catedrático de Medicina e investigador del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, coeditor de un notable trabajo de investigación a que luego me referiré<sup>8</sup>,

---

<sup>6</sup> El informe completo puede encontrarse en «[www.iss.it/publicazioni](http://www.iss.it/publicazioni)», entrando en «*rapporti ISTISA*» luego en «*pubblicazioni online*», «2002» y finalmente en «01/25».

<sup>7</sup> Tampoco parece haber hecho mella un argumento que por sí solo resulta revelador incluso para un profano: uno de los casos de cáncer se diagnosticó al mes de instalarse la primera de las antenas del conflicto, y un segundo caso apareció a los tres meses de producirse tal instalación.

<sup>8</sup> *Los intereses creados*, en «*Los domingos de ABC*», de 13 de enero de 2002.

pone de relieve cómo en el estudio epidemiológico más amplio sobre telefonía y cáncer, publicado el 11 de enero de 2001 en la revista *The New England Journal of Medicine*, investigadores del Instituto Nacional del Cáncer en Bethesda (Maryland, Estados Unidos) concluyen que no existe relación entre la telefonía móvil y el aumento de tumores. El profesor Represa añade que, hoy por hoy, el riesgo más terrible que entraña esta nueva tecnología es sin duda hablar por el móvil mientras conducimos. Y alude a los «intereses ajenos a la salud como algunas organizaciones en busca de causa, bufetes a la caza de clientes y lucrativos negocios en torno a las mediciones».

También es fácil deducir que el fenómeno de las inmisiones es terreno abonado para las simulaciones, para las reclamaciones sólo movidas por el afán de lucro o por lo que los psiquiatras suelen llamar querulancia<sup>9</sup>.

Y, cómo no, las inmisiones son también campo propicio para la manifestación de un fenómeno muy de nuestros días y del que la Psicología social tiene mucho que decir. Me refiero a la inclinación a tratar de encontrar *en otro* la causa de todo lo que nos aflige o simplemente nos contraría<sup>10</sup>.

Pero, ciertamente, sería interpretar las cosas de forma sesgada y no neutral el dejar de advertir que también pueden existir *intereses creados* por parte de empresas productoras o suministradoras. En este caso, como en tantos otros que en los últimos tiempos hemos conocido: fabricantes de ciertos bienes de consumo (es paradigmático el del tabaco), determinados medicamentos, elementos imprescindibles para algunas técnicas médicas (recuérdense los casos de los dispositivos intrauterinos, de los implantes mamarios, etc.).

Mas circunscribirlo todo al ámbito de una colisión de intereses en presencia de un concreto producto o de un concreto servicio sería también una concesión a lo anecdótico. Lo que en verdad importa, como verdadero «telón de fondo», es señalar que una vez más nos hallamos ante el eterno dilema de la humanidad (auténtica «tensión») entre la seguridad, de un lado, y de otro el avance, el progreso, el desarrollo o como quiera llamársele<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> «Querulante» es la persona que propende a judicializar todo conflicto en el que se encuentra o toda pretensión que tiene —o cree tener— contra otro. Constituye la inclinación a reivindicar —preferentemente a través de un pleito— todo lo que considera que es su derecho.

<sup>10</sup> *Alguien* tiene que ser el culpable de que el niño tenga malos rendimientos académicos: el niño no estudia, no se concentra —dice alguien—, porque cerca de su casa discurre un tendido eléctrico. Esto no es suposición: lo he oído en televisión, y con variantes, en varias ocasiones.

<sup>11</sup> Este dilema ha irrumpido en la reflexión jurídica no hace mucho tiempo. Ha sido precisamente en el mundo de lo que llamamos *responsabilidad por productos*.

5. Tampoco cabe ignorar que la cuestión que me ocupa es así mismo muy apta para el juego de los «tópicos», entendido este vocablo en su acepción de *expresión trivial*. Por ejemplo, no es raro oír la «reivindicación» de que las conducciones eléctricas aéreas sean enterradas, porque así —se afirma— los riesgos desaparecen.

Pintoresca pretensión (aunque podría entenderse en un ciudadano medio), porque los cables de alta tensión enterrados conducen a una localización del campo magnético en la proximidad de los mismos, pero a la vez a una exposición más intensa, porque se está más cerca del cable subterráneo (dado que éste no se hallará a mucho más de un metro de profundidad). Los cables aéreos, en cambio, conducen a un campo más extendido y más alejado de las personas. En definitiva, la idea es la de que el campo magnético es más alto en las líneas de alta tensión subterráneas, simplemente porque se está más cerca de ellas<sup>12</sup>.

En términos más sencillos: si una determinada línea eléctrica generase un campo magnético susceptible de dañar a la salud de las personas (a modo de hipótesis), el soterramiento de esa línea no reduciría el riesgo de nocividad.

6. A pesar de todo lo anterior (o, mejor dicho, contando con ello) creo que no es infundado decir que cuando quien ocupa el puesto de *observador neutral* es un juez, éste —aunque pueda ser «sensible» a las *aprensiones*, sobre todo cuando el clima de «excitación» es muy patente— tiene que resolver en términos de racionalidad, esto es, prescindiendo de lo que sean recelos infundados. El problema para él, como es obvio, consistirá en contar con una suficiente convicción de esa falta de fundamento. Y esto sólo puede saberlo a la luz del «estado de la ciencia».

## B) *Acciones legales y administrativas*

El «dato social», como no podía menos de ser, ha traído consigo ya algunas iniciativas y decisiones legales y administrativas.

Algunos ayuntamientos han suspendido la concesión de licencias de instalación de antenas de telefonía, otros han acordado la paraliza-

---

<sup>12</sup> Si se observa la figura 23 de la página 81 de libro *Campos eléctricos y magnéticos de 50 Hz*, Sevilla, 2001, comprobamos que en una línea aérea de 400.000 voltios (a 2.000 amperios), la densidad de campo magnético medida a un metro del suelo es de 20 microteslas debajo mismo de la línea, descendiendo suavemente esa densidad con la distancia. Si la línea es subterránea, el campo magnético en el lugar situado justamente «encima» de la línea se eleva a 100 microteslas, reduciéndose luego muy sensiblemente a partir de ese lugar.

ción y precintado de esas antenas, algunos han decretado el cese del suministro de energía eléctrica a las mismas, y no faltan los que han anunciado el establecimiento de un régimen normativo especial al respecto. Y, según parece, alguna Comunidad Autónoma estudia reglamentaciones dentro de su ámbito.

De otro lado, instancias nacionales e incluso supranacionales han dictado normas sobre la materia.

Entre las reglamentaciones extranjeras se encuentra, por ejemplo, la Ley italiana de 22 de febrero de 2001, sobre protección contra exposiciones a campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos. También procede la cita de la Ley Federal alemana sobre control de emisiones, de 1996<sup>13</sup>. Otros países europeos, y algunos de fuera de nuestro continente, tienen en preparación las correspondientes normativas.

En España, el Real Decreto 1.066/2001, de 28 de setiembre, aprobó el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a ellas.

Y en el ámbito supranacional merece destacada mención la Recomendación del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos (0 Hz a 300 GHz).

Más adelante volveré sobre estas dos últimas disposiciones, por otra parte estrechamente vinculadas entre sí: procede anticipar que la reglamentación española se ajusta al «estado de la ciencia» que, sin duda, recoge la Recomendación comunitaria.

### C) *Expresiones judiciales*

Las reclamaciones han llegado también a los Tribunales.

1. En el pleito de Murcia a que antes me he referido, el Juzgado dictó sentencia por la que, estimándose la demanda, se condenaba a la empresa demandada a la adopción de las medidas precisas a fin de que los campos electromagnéticos generados por el transformador no invadan el domicilio propiedad de los actores, de forma que, en cualquier caso, no se supere la medida de 0,3 microteslas; debiendo determinarse en ejecución de sentencia las medidas correctoras a aplicar.

Para el caso de que lo anterior no fuera posible, deberá la demandada indemnizar a los actores con el importe del valor de una vivienda

---

<sup>13</sup> Puede encontrarse una amplia referencia de medidas legales y reglamentarias extranjeras en KHEIFETS y otros, *Electric and Magnetic Fields...*, cit., página 3.

de las mismas características que la propiedad de estos últimos, haciendo abstracción de la existencia de los campos electromagnéticos, a cuyo fin se dejaba para ejecución de sentencia la determinación de dicho importe.

En todo caso, concluía el fallo del Juzgado, la demandada deberá indemnizar a los actores en la cantidad de 600.000 pesetas por los perjuicios causados.

La Audiencia, en apelación, confirmó en casi su integridad la sentencia del Juzgado<sup>14</sup>.

La Audiencia declara que no puede utilizarse como límite mínimo de corrección del campo electromagnético el de 0,3 microteslas, único extremo en el que, en realidad, se corrige la sentencia recurrida. Y luego la Sala razona sobre la fijación del nuevo límite que había de incluirse en el fallo de su propia sentencia. Para ello, dice: «*A esos efectos, se acordará que la cesación de la intromisión sea total, esto es, que de la propiedad de la demandada y hacia el domicilio del demandante no se produzca ninguna intromisión de campo electromagnético alterno alguno y ello por dos motivos: el primero, porque como se ha derivado de la prueba pericial incluso por debajo de 1 microtesla no queda acreditada la inocuidad, siendo tal que en un ambiente domiciliario normal, poniéndose como ejemplo el del propio perito judicial, las mediciones fueron de entre 0,02 y 0,04 microteslas, lo que son valores muy bajos y producidos por la actividad de los propios aparatos electrodomésticos. El segundo, porque los campos electromagnéticos alternos se reducen hasta diluirse y desaparecer con la distancia. En ese sentido, no acreditada su inocuidad pero sí su desaparición con la distancia, el demandante no tendría por qué soportar campos electromagnéticos generados por actividades en dominios ajenos que no puedan acreditarse como inocuos y, por tanto, la cesación de la intromisión ha de ser absoluta*».

Si se sintetiza al máximo el total razonamiento de la sentencia, es fácil llegar a la conclusión de que su estimación de la demanda se fundó en que la empresa demandada no había probado la inocuidad de la denominada «invasión electromagnética».

Y lo que planea sobre la resolución en su conjunto es la *expresión de una duda*, esto es, la incertidumbre de la Sala en torno a la nocividad o inocuidad del campo electromagnético apreciado en la vivienda de los actores.

---

<sup>14</sup> La resolución de la Audiencia aparece en *Actualidad Civil*, número 19, 7-13 de mayo de 2001, marginal 423.

Por ejemplo, se encuentran en la resolución los siguientes pasajes:

«Así pues, el resultado de la prueba practicada en relación al daño que pueden producir en el ser humano los campos electromagnéticos por encima de cierta intensidad, es que nada concluyente puede afirmarse ni en el sentido de concluir su nocividad o inocuidad».

«... los resultados de los diferentes informes que obran en autos no son definitivos para que pueda ni afirmarse ni negarse la completa inocuidad de las emisiones, ni que éstas causen o puedan causar determinadas patologías o que en concreto hayan causado o coadyuvado a causar cualquiera de las enfermedades en los miembros de la familia durante su estancia en el domicilio».

«La posible falta de acreditación de los mecanismos causales entre cierta intensidad y prolongada exposición a un campo electromagnético y una determinada patología no puede llevar a afirmar categóricamente ni la inocuidad ni la nocividad, sino simplemente dudas basadas en estadísticas y probabilidades».

2. Otra sentencia que ha tenido mucha notoriedad ha sido la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Bilbao, de 9 de junio de 2001. En ella se trataba de la demanda interpuesta por el propietario de una vivienda contra un acuerdo de la comunidad de propietarios que amparaba la instalación de una antena emisora de telefonía móvil en la azotea del edificio correspondiente<sup>15</sup>. El demandante alegaba que su hija estaba diagnosticada de síndrome de trastorno por déficit de atención con hiperactividad.

El Juzgado declaró la nulidad del acuerdo comunitario, sobre la base de una argumentación fundada en la «duda razonable».

En un primer pasaje, la sentencia dice:«*Los campos electromagnéticos en general, y las radiaciones no ionizantes, de baja potencia y alta frecuencia, de la telefonía móvil en particular, resultan razonablemente sospechosos de no ser anodinos con relación a la salud de los seres humanos que se expongan permanentemente a los mismos, hallándose el campo menos dudoso de probabilidad patológica en la afectación del sistema nervioso, y el riesgo más evidente, de confirmarse la sospecha, para los niños, cuyos órganos evolucionan en crecimiento y conformación.*»

Más adelante, la sentencia advierte que en el proceso no se había probado la nocividad de los campos magnéticos en cuestión. Dice al respecto:

«Tiene que precisarse que en este proceso no se declara probado que los campos magnéticos sean perjudiciales para la salud, ni mucho

---

<sup>15</sup> Parcialmente publicada en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XI, número 498, 6 de setiembre de 2001.

menos se determina cuál es el umbral máximo de radiación que debe tolerarse como no perjudicial, así como que no se discute que exista ilicitud de ningún tipo en la instalación misma de la emisora de la cubierta de la comunidad demandada, con base en el actual sistema de control administrativo local o del Estado.

Declarar tal cosa sería conceder una virtualidad de convicción a unas opiniones que carecen del apoyo de datos críticos objetivables, desconociéndose todo el material probatorio acompañado por la comunidad demandada y la sociedad interviniente de Airtel Móvil. Ni se convence al juzgador, ni semejante arbitrio, secundando la aprensividad social sin base objetiva, puede ser la consecuencia de valoración fáctica que se ampare por la jurisdicción».

Ahora bien —añade la sentencia—, cosa distinta es que, efectivamente, la *sospecha razonable* esté probada y esté redoblada en su seriedad en el supuesto de la familia del demandante. No está probado —continúa diciendo la resolución— que la radiación de telefonía móvil afectara nocivamente a la salud de los moradores de la vivienda del actor, pero sí lo está que preocupara seriamente la *probabilidad cierta* de que lo haga, y particularmente a la menor A. «*De suyo* —advierte la sentencia— *hay informes que invocan las partes encontradas en su apoyo, que no afirman la lesividad ni la inocuidad absoluta, sino la duda fundada, como el informe de los expertos británicos realizado por el IEGMP, coordinado por el Dr..., que ha conocido gran publicidad*».

Se observará que, de nuevo, el criterio judicial se inspira en la *duda* sobre la nocividad o inocuidad del campo electromagnético motivo del litigio.

Pero, a la vez, se ve la forma de manifestarse la inquietud del *observador neutral* a que antes me he referido: un modo de razonar basado en que *no puede descartarse nada*.

Bien es verdad que el juzgador no considera probada la nocividad de los campos electromagnéticos del caso, y no es menos cierto que —con loable rigor (incluso en el lenguaje)— el propio juez excluye el «arbitrio» como respuesta a la *aprensividad social*, pero a pesar de todo se tiene la sensación de que el *no está claro* fue la *ratio* de la decisión<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> No deja de ser significativo que la sentencia, después de advertir que la nocividad no se había acreditado, declare —como cosa distinta— que lo que sí estaba probado era la *sospecha razonable*. Siendo el concepto de *sospecha*, según creo, un acto o producto de la imaginación (entendida esta palabra como facultad del ser humano), me parece al menos dudoso que pueda hablarse de «prueba de una sospecha». El objeto de una sospecha (en suma, lo que se sospecha) puede en ocasiones ser objeto de demostración. Pero cosa diferente es probar la sospecha como tal. Me inclino a pensar que lo que el juzgador quiso decir en este caso fue que «admitía» la sospecha de los padres; esto es, que la daba por real,

#### D) *Los datos físicos y biológicos*

Procede abordar ahora lo que, sin duda, constituye el «dato» más difícil para el jurista.

Me refiero al *fenómeno técnico*, esto es, a lo que las ciencias de la naturaleza *dicen* al Derecho.

Un primer paso para el profano, obligado a someterse a la *divulgación*, es acudir a lo que nuestro Diccionario manifiesta sobre el vocablo «electromagnético». Se dice de él que es «todo fenómeno en que intervienen las acciones magnéticas debidas a las corrientes eléctricas, o las acciones eléctricas ocasionadas por los campos magnéticos». El mismo Diccionario, en esa palabra, remite a la locución «onda electromagnética».

El propio Diccionario define este último término, *onda electromagnética*, como «forma de propagarse a través del espacio los campos eléctricos y magnéticos producidos por las cargas eléctricas en movimiento». Y a continuación, a modo de descripción, en el mismo lema de «ondas electromagnéticas» se lee: «Para las ondas comprendidas entre diferentes intervalos de frecuencia se emplean denominaciones especiales, como ondas radioeléctricas, microondas, ondas luminosas, rayos X, rayos gamma, etc.»

Pero a partir de este momento es necesario acudir a mayores precisiones. Y yo —como profano— tengo que expresarlas como tomadas a préstamo de lo que me instruyen colegas universitarios de diversos campos científicos.

Un campo eléctrico en un punto del espacio se produce por una o varias cargas eléctricas y se define en términos de la fuerza que experimenta una unidad de carga estacionaria situada en dicho punto. El campo eléctrico se expresa en *voltios por metro* (V/m). Existe un campo eléctrico natural, creado por las cargas eléctricas presentes en la ionosfera, que varía desde 100-400 V/m en condiciones de buen tiempo hasta 20.000 V/m en condiciones de fuerte tormenta.

El campo magnético es un concepto introducido en la teoría electromagnética para explicar las fuerzas que aparecen entre corrientes eléctricas. Los campos magnéticos son producidos por cargas en movimiento; es decir, por corrientes eléctricas (también se pueden producir campos magnéticos con imanes permanentes). El campo magnético disminuye rápidamente cuando aumenta la distancia respecto de la fuente.

---

no fingida. Pero esto, creo, no es en rigor objeto de una *prueba*. Y si se interpreta de otra manera el pasaje de la sentencia que ahora me ocupa (es decir, el de la «prueba de la sospecha razonable»), lo que el juez viene a decir es que en la duda debe resolverse como si hubiera certeza. Lo que nos lleva una vez más a preguntarnos (el último objetivo de este trabajo) si de verdad el estado de la ciencia permite hablar de *dudas*.

Una buena imagen para ilustrar sobre los dos conceptos a que acabo de referirme es la siguiente: una lámpara enchufada pero apagada produce sólo campo eléctrico; la misma lámpara, encendida, crea un campo eléctrico y magnético. Así, se genera campo electromagnético, por ejemplo, con los electrodomésticos en funcionamiento, las luces de la casa encendidas, la lámpara de alumbrado municipal que está frente a la ventana de nuestra casa, el paso de un tren movido por energía eléctrica, etc. Con la intención de dar una idea aproximada de los valores, cito datos sobre medidas en microteslas correspondientes al funcionamiento de determinados utensilios, a un metro de distancia: cocina eléctrica, 0,03, teléfono portátil, 0,02, televisor, 0,09, aspiradora, 0,31, lavadora, 2,38, horno microondas, 0,61, montacargas, 0,50, máquina de soldar, 78,40.

La unidad de medida del campo magnético (o de densidad del flujo magnético) es el tesla (T) o sus fracciones; en particular, el microtesla, que es una millonésima del tesla<sup>17</sup>.

Como he dicho más arriba, el espectro electromagnético<sup>18</sup> cubre toda la gama de frecuencias, desde el transporte de energía eléctrica hasta los rayos gamma. A frecuencias altas, como consecuencia de la interacción de la radiación de elevada energía con la materia, se desprenden electrones y los átomos quedan cargados positivamente (ionizados). En este rango de frecuencias (trillones de hercios) se encuentran los rayos X, los rayos gamma, etc. Estas radiaciones son las que pueden producir alteraciones genéticas y determinadas enfermedades; por ejemplo, el cáncer. Los campos situados en rangos menores (el caso de los generados por los hornos microondas) tienen suficiente energía como para generar calor, pero no producen ionización en la materia.

Dentro de este espectro, nos interesa ahora el rango de 0 Hz-300 GHz<sup>19</sup>, y en concreto en la frecuencia industrial en la que se transporta la electricidad en España, que es de 50 hercios. Esta frecuencia obedece al propósito de minimizar las pérdidas en forma de ondas, porque cuanto más alta es la frecuencia, más corta es la distancia entre una onda y la siguiente, y mayor la cantidad de energía que transmite. En el lenguaje técnico se dice que esta frecuencia es «extremadamente baja»; a esto responden las siglas ELF, que de ordinario se utilizan, tomadas del inglés.

---

<sup>17</sup> Se expresa con la letra griega «m» (*mi*), ante la «T» de tesla y la cifra correspondiente. Mil microteslas son un militesla; valor éste que se expresa con una letra «m» en grafía española (o latina). Una microtesla es, a su vez, mil nanoteslas (nT).

<sup>18</sup> En siglas españolas, CEM; en las inglesas, EMF.

<sup>19</sup> Las abreviaturas equivalen respectivamente a hercios y gigahercios. El hercio es la unidad que mide la frecuencia de la corriente eléctrica. El gigahercio es mil millones de hercios.

Los campos electromagnéticos derivados del transporte de energía eléctrica son radiaciones no ionizantes<sup>20</sup>.

Cabe acudir a una descripción más gráfica de lo que vengo diciendo y señalar que, por ejemplo, una línea de alta tensión (más de 400 kilovoltios, es decir, 400.000 voltios) genera campos eléctricos y magnéticos.

El campo eléctrico que produce una línea de ese tipo depende del voltaje y de la carga. Los valores típicos del campo electromagnético bajo una línea de alta tensión de 400 kilovoltios, a nivel del suelo, son de 5-10 kilovoltios/metro, en lo que se refiere al campo eléctrico. Por lo que respecta al campo magnético, depende de la intensidad, y no directamente del voltaje, por lo que fluctúa con el consumo y varía generalmente al nivel del suelo, debajo mismo de la línea, entre 1 y 20 microteslas. Ambos campos, eléctrico y magnético, disminuyen a medida que aumenta la distancia respecto a la línea.

#### E) *El punto de vista técnico-jurídico*

El último epígrafe de este apartado de «datos» tiene que ser —parece obvio— el constituido por los aspectos *dogmáticos* o *doctrinales* del problema.

En primer lugar, me ocupo de las perspectivas desde las que puede examinarse jurídicamente la cuestión.

1. El problema de las ondas electromagnéticas puede plantearse en un doble aspecto: como caso de «inmisión» y como fenómeno determinante de responsabilidad civil.

a) La inmisión tiene su sede legal en el artículo 590 del Código civil, que, incluido dentro de la reglamentación «de las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones» (y esto, a su

---

<sup>20</sup> Por radiación se entiende cualquier forma de energía propagada en el espacio. La más conocida, la que en seguida viene a la mente del profano, es la de los rayos X. Las radiaciones ionizantes pueden producir efectos nocivos sobre los tejidos. Las no ionizantes (todos los fotones u ondas electromagnéticas con frecuencias comprendidas entre cero hercios y un billón de hercios) no tienen energía suficiente para romper moléculas; por ello, decimos que son incapaces de generar directamente mutaciones genéticas mediante la ruptura del ADN. En el informe de la Real Academia de Ciencias, que he citado antes y sobre el que luego volveré, se dice: «*Por otro lado, la radiación ELF no es ionizante, no posee la suficiente energía (fotones) cuántica para provocar ionización de la manera que lo hace la radiación VHF, siendo muy inferior a la requerida para romper enlaces moleculares como los del DNA, y el mecanismo de interacción, si es que la hay, de la radiación ELF con moléculas y sistemas biológicos es, hoy, especulativo. La mayoría del equipo utilizado en la generación, transporte y distribución de electricidad en los países industrializados genera campos electromagnéticos ELF (50-60 Hz)*».

vez, formando parte de las llamadas «servidumbres legales»), dispone que nadie podrá construir cerca de un predio ajeno ningún tipo de instalación que por sí misma o por sus productos sea peligrosa o nociva, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

Esto, en el párrafo primero. En el segundo se puntualiza que a falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos.

Sobre la base de este precepto se ha elaborado la doctrina jurídica de la «inmisión», concepto que refleja la idea de una injerencia en la esfera jurídica ajena como consecuencia de la propagación de sustancias nocivas o perturbadoras. O injerencia sobre el predio vecino, producida por la actividad del propietario en el ejercicio de sus facultades dominicales, con el resultado de producirse la intromisión —en ese predio vecino— de sustancias corpóreas o inmateriales.

La experiencia, y por tanto la casuística judicial, nos advierte de inmisiones tan «clásicas» como las de olores, ruidos o vibraciones; o tan «modernas» como la de «luminosidad». Y dentro de las últimas, desde luego, la «inmisión electromagnética».

La inmisión, por tanto, que no requiere la introducción en el predio vecino de sustancias corpóreas (piénsese en el ruido), es una injerencia que, en primer lugar, puede ser «medida» con instrumentos o aparatos científicos; y, en segundo término, es preciso que la injerencia supere los límites de la «normal tolerabilidad», concepto éste que, como he dicho, deriva de lo que disponen al respecto los reglamentos existentes y, en su defecto, de lo que un dictamen pericial califique como «no tolerable».

El remedio característico de la *inmisión* es la orden judicial de eliminación o retirada de los objetos o instrumentos en que tuviere su origen la injerencia comprobada. Y esto, a través de la denominada *acción negatoria* (de servidumbre).

b) La otra perspectiva es, como decía antes, la que encuentra su asiento en lo que conocemos por «responsabilidad civil»; esto es, la obligación —a cargo de quien lo produce— de reparar el daño causado por cualquier conducta humana que, cuando menos, merezca ser calificada de culposa o negligente (artículo 1.902 del Código civil).

Aquí (al menos como objetivo *directo*) no se trata de prevenir, sino de *dar respuesta al daño ya producido*. Comprobada su existencia, su autor debe repararlo.

Desde este segundo punto de vista, el criterio determinante de la obligación de reparar es la «injusticia» del daño ocasionado.

Por tanto, así como en la primera perspectiva de las adoptadas (la de las inmisiones) hablamos de un mecanismo jurídico preventivo, en este segundo caso nos referimos a remedios jurídicos de «indemnización» del daño ya producido.

Dentro del infinito elenco de conductas dañosas, el artículo 1.908 del Código civil contempla daños específicos como los derivados de explosiones de máquinas, inflamación de sustancias explosivas, emisión de humos excesivos (que sean nocivos a las personas o a las propiedades, puntualiza el texto) y emanación de depósitos de materias infectantes<sup>21</sup>. Esto es, también casos de *inmisiones*.

2. No obstante, ocurre que esta visión «compartimentalizada» de los dos tipos de instrumentos jurídicos, aunque aceptable en términos académicos, no se ajusta a la realidad de las «soluciones prácticas».

En primer lugar, por lo que respecta a las inmisiones (me refiero desde luego a las que tienen su sede en artículo 590 del Código civil), la orden judicial de remoción de los objetos o elementos causantes de la injerencia «no soportable» tiene un evidente significado de «indemnización» en el sentido más riguroso de esta palabra, esto es, el de *dejar indemne* a la víctima de la inmisión.

Y en segundo término, en lo que se refiere al régimen de la responsabilidad civil (ahora, como es obvio, hablo del que tiene su base en el artículo 1.902), no es posible desconocer que la forma más pura y genuina de «reparación» es la de poner fin a la situación causante del daño.

En definitiva, la eliminación o remoción del fenómeno dañoso viene a ser —al menos como posibilidad— el *remedio* de los dos mecanismos jurídicos a que me refiero.

Así lo dejó sentado la excelente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1980, al decir:

«... y por lo que toca a la cuestión de si el perjudicado puede reaccionar contra la causación del deterioro, instando la cesación de la actividad lesiva mediante el uso de los remedios que detengan su desarrollo, es clara la respuesta afirmativa a fin de evitar la prosecución del menoscabo patrimonial, pues la necesidad de poner término a la producción dañosa ha de ser calificada como efecto jurídico del agravio, y en tal sentido, si ya añejas resoluciones de este Tribunal —28 de junio 1913 y 24 febrero 1928— han dado viabilidad a la acción de condena a la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación de las inmisiones ilícitas, otras posteriores, decidiendo asimismo sobre los daños

---

<sup>21</sup> Por cierto, ha sido sobre la base de este artículo 1.908 sobre la que se ha construido el concepto o categoría de los llamados daños medioambientales.

causados por establecimientos fabriles, declaran que la protección de los derechos, como sin duda lo es el del dominio, no se contrae exclusivamente a la reparación de los perjuicios ya originados, sino que también ha de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales —SS de 23 diciembre 1952, 5 abril 1960 y 14 mayo 1963—»,<sup>22</sup>

Por otro lado, creo que también viene a ser la misma la «razón objetiva» (valga por ahora este modo de hablar) en que se fundan los dos instrumentos jurídicos que me vienen ocupando, esto es, el «preventivo» constituido por el régimen de las inmisiones y el «de reparación» consistente en el instituto de la responsabilidad civil.

Pero razones sistemáticas justifican que deje ese extremo para el siguiente apartado II.

3. Otro extremo a tener en cuenta (en realidad, el más importante) es el relativo a la prueba. Es decir: ¿qué debe probarse en casos de inmisión? ¿Quién debe hacerlo?

Parece que un buen sistema para abordar esta cuestión, de la que la sentencia de la Audiencia de Murcia es un excelente *banco de pruebas*, consiste en distinguir entre las dos vías jurídicas a que me acabo de referir.

Desde luego, el punto de partida es el constituido por las reglas legales y criterios jurisprudenciales en torno al *onus probandi*.

En cuanto a los primeros, los criterios legales, ha de estarse a lo que establece el artículo 117 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en el que se recoge no sólo el principio en su día consagrado por el hoy derogado artículo 1.214 del Código civil, sino también los desarrollos jurisprudenciales de aquella norma.

De acuerdo con el apartado 2 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil, corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda.

Y al demandado incumbe, según el apartado 3, la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos alegados por el actor.

Por otro lado, el artículo 281.1 de la misma Ley determina que «*la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso*».

---

<sup>22</sup> Muchas otras sentencias posteriores se refieren a este «doble mecanismo» que acabo de mencionar. Una de las más recientes es la de 2 de febrero de 2001, recaída en un caso en el que los actores aducían «inmisiones» de polvo, ruidos, vibraciones y humos. La sentencia habla de «un deterioro ambiental continuado».

4. A partir de esos principios, creo que proceden las siguientes reflexiones:

a) Si el *remedio* a que acude el demandante es la acción de responsabilidad civil, es a él a quien corresponde la *prueba del daño* que funda su reclamación. Es decir, sería el actor quien tendría que acreditar que la inmisión denunciada le ha supuesto un daño efectivo, sin que pudiera acogerse la demanda por la sola alegación de un *temor*; en este caso, de una *mera posibilidad* de daño a la salud.

La doctrina jurisprudencial actual en materia de responsabilidad civil, como es sabido, opera sobre la base de una inversión de la carga de la prueba en lo que respecta a la *culpa del demandado*, supuesto responsable. En suma, su culpa se presume. Pero la propia jurisprudencia, como no podía menos de ser, no ha extendido esa presunción a los otros dos elementos de la responsabilidad civil: el daño y la relación de causalidad<sup>23</sup>.

La sentencia de la Audiencia de Murcia es consciente de que la acción de responsabilidad del artículo 1.902 no puede verse favorecida por una *presunción del daño*.

A este respecto, en un primer lugar dice: «*Esto es, la teoría jurisprudencial sólo permite la inversión de la carga de la prueba en relación a la culpa, pero no al resto de elementos (así, STS de 30 de junio de 2000 o las de esta Audiencia Provincial de 23 de marzo de 1999 o 9 de febrero de 1998, ambas de la Sección Cuarta, o de 17 de mayo de 1999, 24 de febrero y 15 de octubre de 1997, todas de la Sección Primera)*».

Y poco más adelante reitera la misma idea: «*Por tanto, y es necesario insistir en ello para evitar la confusión a la que podría dar lugar una lectura precipitada de los argumentos de la sentencia de instancia, no se puede perder de vista que como se deriva de todo el tenor del caso y del propio proceso de argumentación de la sentencia de instancia, ésta no está realizando una aplicación directa del artículo 1.902 al problema concreto de las inmisiones, sino una aplicación derivada. Como fácilmente puede deducirse del solicito de la demanda, la acción principal que están ejerciendo los demandantes es una acción negatoria frente a la invasión de campos electromagnéticos permanentes y de una alta intensidad en su domicilio, provenientes de una activi-*

---

<sup>23</sup> Es suficientemente revelador que en materia de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, la Ley española, siguiendo el mandato de la correspondiente Directiva comunitaria, disponga que es el demandante quien debe probar, además del defecto del producto, el daño y la relación de causalidad.

*dad perfectamente reglada y autorizada como es la del transformador de Iberdrola, con el fin de que cese la misma, por lo que la aplicación del artículo 1.902 sólo lo es en relación a los daños que se han causado por la inmisión, sin tener por qué focalizarlos únicamente en el peligro para la salud de los demandantes y ni siquiera en los morales. De hecho, en la sentencia de instancia la responsabilidad civil a la que se da lugar es únicamente a los gastos derivados del abandono del domicilio por sus moradores, lo que demuestra que la acción del artículo 1.902 no es ni mínimamente la principal. En este sentido, la cuestión de la inversión de la carga de la prueba que se produce en la sentencia de instancia para que sea el demandado el que acredite la inocuidad de los campos electromagnéticos no trae su causa en una acción de exigencia de responsabilidad extracontractual, sino en una acción negatoria para conseguir la cesación de una inmisión».*

Todos estos razonamientos obedecen a que, según la Audiencia, la empresa recurrente no había interpretado de forma correcta lo sostenido por el Juzgado en punto a carga probatoria. De ahí el esfuerzo de la Sala en advertir que la acción verdaderamente ejercitada por los actores era la negatoria, no la de responsabilidad civil.

Pero, sea lo que fuere lo que el Juzgado había querido decir, el extremo que realmente interesa es el relativo a la carga de la prueba cuando la ejercitada es una acción negatoria.

b) Esta última acción, forzoso es repetirlo, se encamina a obtener la cesación de cualquier acto de perturbación del dominio (pero, en definitiva, perturbación *de personas*), cuando dicha perturbación no sea inocua o no exista razón jurídica por la que deba ser soportada. Y esto, como decía antes, tomando como criterio de referencia el del uso normal y el de la razonable tolerabilidad, a la luz de la *ratio* el artículo 590 del Código civil<sup>24</sup>.

Y es aquí cuando la pregunta vuelve a plantearse: ¿es el demandante quien debe probar la inmisión y su carácter de *no tolerable*? O, por el contrario, probada la inmisión, ¿incumbe al demandado acreditar que no excede los límites de lo que *se debe soportar*?

A mi juicio, y sin perjuicio de la reserva que luego diré, los principios legales en materia de carga probatoria conducen a que corresponda al actor la prueba de que la inmisión supera los límites de lo tolerable. De hecho, los casos que suministra la jurisprudencia permiten deducir

---

<sup>24</sup> Sin perjuicio, además, de los criterios dimanantes del artículo 7.2 del Código civil, al que también acude la jurisprudencia en materia de inmisiones y así mismo citado por la sentencia de Murcia.

que en ellos es el actor el que prueba (de ordinario, mediante la pericial) que los ruidos, las vibraciones, el polvo en suspensión, etc., son superiores a los máximos admitidos por los reglamentos o, en su caso, por la opinión de expertos<sup>25</sup>.

Creo que debe afirmarse que el éxito de una acción negatoria «por inmisiones» no requiere la prueba de un daño, siendo bastante la demostración de que la inmisión excede de lo normalmente tolerable. Pero que no haya que probar ningún daño no quiere decir que éste no exista. Significa, simplemente, que el daño no se puede separar del fenómeno *intolerable*. El acontecimiento *que no se puede tolerar* determina necesariamente, para quien lo padece, el «daño» mismo de tener que resistirlo.

Desde este punto de vista, me parece que no existe ninguna inmisión ilegítima que no sea perjudicial. Cosa distinta es que la finalidad *natural* de la acción negatoria sea la de eliminar o impedir el efecto dañoso, no otra.

La *tolerabilidad* (a efectos jurídicos, desde luego) es el resultado de una apreciación que, por principio, tiene que sobreponerse a lo que alega el demandante. Cuando un juez declara que una situación es tolerable, en realidad no está desautorizando a quien, padeciendo esa situación, declara que para él no lo es, sino que está haciendo uso de un canon o modelo que sólo es una *referencia jurídica*.

Dicho de otro modo, la organización armónica de la convivencia no admite otra forma de determinar *lo tolerable* que no sea sobre bases o criterios objetivos. En algunos casos, aunque quizá los menos, será la ciencia la que determine los límites (la Medicina, por ejemplo, nos dirá el grado normal de resistencia a los ruidos o a la presencia de ciertas sustancias en la atmósfera). Pero en otros, no podrá formularse ningún juicio si no es tomando como referencia al individuo medio: ni el más aguerrido ni el más pusilánime, ni el más transigente ni el más atrabiliario.

---

<sup>25</sup> Los abundantes casos que ofrecen la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa no suelen afrontar el problema de prueba que ahora me ocupa. La razón parece clara: cuando se estima la demanda es porque se ha probado lo *intolerable* o lo *nocivo* de la inmisión, según se trate de una acción «preventiva» o de una de «indemnización». Y aunque es evidente que el juzgador debe resolver de acuerdo con lo probado, con independencia de cuál de las partes lo haya hecho, no es menos claro que la prueba la lleva a cabo (valga la expresión) el demandante. De nuevo acudo al ejemplo del ruido y a *lo probado* en tantas sentencias como al respecto existen. Me remito, como referencia, a las resoluciones citadas por ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ en *La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica: nuevas perspectivas de los derechos fundamentales*, *La Ley*, número 5437 de 2001 (11 de diciembre).

Todos sabemos que hay personas más sensibles, más aprensivas o, simplemente, más miedosas. Un determinado nivel de ruido, por ejemplo, es soportado fácilmente por ciertos individuos, siendo *insufrible* para otros<sup>26</sup>. Y es porque no se pueden «medir» la sensibilidad, las aprensiones o el temor, por lo que el Derecho se ve abocado a acudir a esos criterios objetivos de que hablaba: niveles de referencia, límites de exposición; en suma, *estándares*.

Y me parece evidente que la prueba de la superación de esos estándares incumbe al demandante.

No obstante, la sentencia de la Audiencia de Murcia adopta un criterio distinto. Insiste reiteradamente en que correspondía a la sociedad demandada la prueba de la inocuidad de las concretas inmisiones electromagnéticas (quiere decirse «de su intensidad») experimentadas en el domicilio de los demandantes.

Dice la sentencia en un primer lugar que sería absurdo «*permitir una situación en que se invade una propiedad y domicilio ajeno, sin que se acredite la inocuidad de dicha invasión desde la perspectiva de la posibilidad de la inversión de la carga de la prueba en las acciones negatorias*».

Más adelante, invocando el principio de que la propiedad se presume libre, la Sala afirma que «*si frente a cualquier tercero se demuestra, como es el caso, una perturbación, deberá ser este tercero el que acredite la legitimidad de su ejercicio e intromisión y/o la inocuidad de la misma*».

Poco después añade: «*... la aplicada inversión de la carga de la prueba no resulta contraria al fundamento de la acción negatoria, sino que es perfectamente compatible con ella. Allí donde quede acreditada la existencia de una injerencia en una propiedad ajena, máxime si constituye domicilio y se desarrollan ámbitos de intimidad personal y/o familiar, como derecho constitucional reconocido en el artículo 18 CE, es dable que al autor de la injerencia se derive la carga probatoria sobre la inocuidad de dicha injerencia, en tanto que es a este injerente a quien corresponde afirmar la legitimidad de su intromisión*».

Todo lo anterior se dice en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia. En él se expresa luego lo que, a mi entender, constituye la verdadera *ratio decidendi* del fallo, extremo al que más adelante me referiré.

---

<sup>26</sup> Los casos que llegan a los Tribunales suelen referirse, en su mayoría, a situaciones extremas, a un estado de cosas que superaría la paciencia del Santo Job: es cuando ya *no se puede aguantar más*. No faltan, sin embargo, sentencias en las que se ve desde lejos al intolerante, al que no se resigna a aceptar que la vida es como es o, simplemente, al maníaco.

Pero lo cierto es que la resolución sigue luego insistiendo en su misma apreciación en torno a la carga probatoria. Así sucede por ejemplo en el fundamento jurídico quinto, al afirmarse que los actores *«no están obligados a tener que soportar una intromisión en su propiedad y en su intimidad e incluso en su propio material biológico sin que quede acreditada su inocuidad»*.

En el fundamento jurídico sexto, al examinarse el motivo del recurso de la empresa demandada que se basaba en la Recomendación de la Unión Europea, la sentencia lo rechaza por entender que su eficacia como causa de apelación *«sólo se produciría si fuera capaz de demostrar (se entiende que la parte apelante) o bien la inocuidad o bien la legitimidad de la invasión electromagnética»*.

Y aún más, en el fundamento jurídico octavo se vuelve sobre la misma tesis: *«... el demandante no tendría por qué soportar campos electromagnéticos generados por actividades en dominios ajenos que no puedan acreditarse como inocuos...»*

c) La lectura de estos pasajes causa una cierta perplejidad porque, como antes decía, no parecen ajustarse a lo que, a mi entender, resulta de los principios comúnmente admitidos en materia de *onus probandi*.

Aceptar esas manifestaciones, aisladas del principal extremo fáctico de la resolución (sobre el que, como he dicho, en seguida trataré), sería tanto como entender que en una acción negatoria por ruidos, pongamos por caso, es el demandado quien tiene que probar que la intensidad acústica no supera los niveles tolerables. Siendo así que, según creo, es al actor al que incumbe la demostración de lo contrario.

d) Tan reiteradas manifestaciones de la sentencia, como las que hemos visto, sólo pueden admitirse en función de un dato que la resolución menciona de forma un tanto «escondida» en su fundamento jurídico cuarto y sobre el que vuelve en el octavo.

Quiero decir que en la sentencia el verdadero hecho relevante es el de que el campo electromagnético comprobado en el domicilio de los actores era *«muy superior al que se ven expuestos en cualquier otro domicilio con el uso cotidiano de los aparatos electrodomésticos»*. Esto es lo que se sienta en el fundamento jurídico cuarto.

Vistas estas palabras, las reiteradas declaraciones de la sentencia en punto a la prueba podrían ser interpretadas, a mi juicio, de la siguiente manera: aunque no se ha acreditado ni la nocividad ni la inocuidad de los campos electromagnéticos verificados en el domicilio de los actores, la inmisión debe cesar, *sólo por el hecho de que la «intensidad» de esos campos excede de la propia de cualquier otra vivienda del edificio*.

En definitiva, de ser cierta esta interpretación (y no se me alcanza otra) se estaría predicando la ilegitimidad de la «intromisión» sobre la base de un razonamiento puramente *comparativo*.

Pero este modo de razonar, a mi entender, no tiene serio fundamento. Su fragilidad puede advertirse si acudimos como ejemplo al caso de las inmisiones acústicas. La demanda planteada por el que alega una «contaminación acústica» *intolerable* debe prosperar en tanto en cuanto se pruebe que la intensidad en decibelios supera los límites legalmente fijados o pericialmente considerados como inaceptables. No es cuestión de que la «exposición al ruido» por parte del actor sea mayor que la de otros individuos residentes en las proximidades, sino de que la del demandante, sin elemento de comparación de ningún género, es superior a lo que *se debe tolerar*.

e) Y es probablemente por lo que se acaba de decir (en definitiva, por la debilidad del *argumento comparativo*) por lo que la sentencia, ya al final, en su fundamento jurídico octavo, viene a exponer la proposición que, según creo, es en realidad la verdadera *ratio decidendi* del fallo.

Me refiero al lugar en que la resolución, al recapitular sobre el porqué de su orden de cesación de la intromisión, invoca dos motivos, que en realidad es uno<sup>27</sup>. La Sala, por fin, se decide a advertir que, «*como se ha derivado de la prueba pericial, incluso por debajo de un microtesla no queda acreditada la inocuidad*»<sup>28</sup>.

No hay que hacer ningún esfuerzo de imaginación para concluir que lo que en verdad movió a la Audiencia fue un triple razonamiento:

En primer lugar, la prueba pericial no ha probado la inocuidad de valores inferiores a un microtesla<sup>29</sup>.

En segundo término, no probada la inocuidad, el Tribunal debe resolver *como si* la nocividad estuviese demostrada.

En tercer lugar, y por lo anterior, debe cesar toda intromisión de campo electromagnético derivada del transformador de la empresa demandada, *sea cual sea su valor*.

---

<sup>27</sup> Si digo que es uno, es porque el segundo consiste en una aseveración tan obvia, e irrelevante jurídicamente, como la de que los campos electromagnéticos alternos se reducen hasta diluirse y desaparecer con la distancia.

<sup>28</sup> Recuérdese que la resolución de la Audiencia acepta como hecho probado que la actividad del transformador provocaba un campo electromagnético que invadía el domicilio de los demandantes con valores permanentes de noche y de día superiores a un microtesla y superaba incluso los cuatro microteslas varias horas al día.

<sup>29</sup> Evidentemente, no de *todos los valores inferiores*, sino de algunos. La Sala parece aceptar como admisibles los de 0,02 y 0,04 microteslas, que habían sido los medidos en el domicilio del propio perito judicial.

En definitiva, y por mucho que la sentencia haya dicho lo contrario en varios pasajes anteriores, venimos a llegar a la conclusión de que la Sala dicta su fallo sobre la base de una *presumible nocividad*.

Así las cosas, no cabe sino terminar diciendo que la sentencia resolvió *por lo que, a su juicio, se había probado*.

Y no es menos claro que la Sala no atribuyó significado probatorio alguno al «estado de la ciencia» expresado por la Recomendación de la Unión Europea. Esto es lo que verdaderamente me interesa destacar en el presente trabajo.

5. Pero es menester insistir en el terreno en el que el problema de la prueba reviste más dificultad. Me refiero al ámbito de la responsabilidad civil.

Sentada la idea de que en realidad el concepto de «daño» no tiene relevancia en la doctrina de las inmisiones en sentido estricto (es decir, cuando sólo se ejercita una acción negatoria, exclusivamente encaminada al cese de la *injerencia*), no ocurre lo mismo cuando nos referimos a la acción de reparación que es característica del Derecho de la responsabilidad civil. En ella, el daño es, valga la expresión, el «protagonista»: basta la lectura del artículo 1.902; y no deja de ser significativo que un equivalente terminológico a *responsabilidad civil* (por cierto, cada día más arraigado entre nosotros) es el de *Derecho de daños*<sup>30</sup>.

Pues bien, ahora es cuando procede que haga una advertencia —acaso ociosa para el lector avisado—, sin la cual podría interpretarse mal la continua alusión que he hecho, y seguiré haciendo, al concepto de «daño».

Se trata de una advertencia, por otra parte, que casi siempre es inexcusable en la doctrina de la responsabilidad civil.

Me refiero al hecho de que hablar de «daño», sin más, puede no tener sentido si no se toma en consideración que el daño que obliga a reparar no ha de ser sólo el que alega el demandante, supuesta víctima, sino el que, además, puede atribuirse causalmente (esto es, en relación de causa a efecto) al supuesto responsable.

Por expresarlo de otro modo, en casos como el que nos ocupa es de todo punto imprescindible, al referirse al daño, dejar bien sentado que ha de tratarse de un daño precisamente atribuible a la acción del demandado.

---

<sup>30</sup> Tuve oportunidad de manifestarme sobre este extremo en DE ANGEL YAGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1995. Y *Derecho de daños* es el título de la excelente monografía de DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON (Madrid, 1999), que tanto nos enseña.

Si digo esto es porque una de las características de las acciones «de responsabilidad civil» en la materia que me ocupa es la de que el demandante alega una circunstancia objetivamente verificable (en ese sentido objetivo, desde luego, un «daño»), pero sin establecer, como a él corresponde hacerlo, un nexo de causalidad que vincule la realidad del daño a la conducta del supuesto responsable.

Por decirlo en términos más gráficos: en demandas de responsabilidad civil que pudieran plantearse sobre la base de un supuesto efecto nocivo de los campos electromagnéticos derivados de conducciones eléctricas (en España, por ahora, sólo parece una posibilidad, pero existen abundantes precedentes en otros países), el actor invoca un daño concreto como fundamento de su pretensión: cáncer, infertilidad, trastornos del sueño, dolores de cabeza, etc.

Sin ir más lejos, en los casos de Murcia y de Bilbao que vengo citando, los demandantes alegaban, en el primero de ellos, que notaban que los niños (los hijos de los actores) «enfermaban con una frecuencia inusual (cada quince días uno u otro o los dos niños enfermaban con bronquitis, neumonía, otitis, trastornos respiratorios, etc.), que la televisión jamás se veía con total nitidez, pues presentaba frecuentes interferencias, que el teléfono inalámbrico tampoco se oía bien y que, no sabían por qué, el descanso en la vivienda era de escasa calidad...» (palabras textuales de la demanda). Y en el pleito de Bilbao, como hemos visto antes, los demandantes aducían el diagnóstico, hecho a su hija, de síndrome de déficit de atención con hiperactividad.

Verdad es que en ninguno de esos dos casos se ejercitaba una acción de responsabilidad civil (al menos en la interpretación de los respectivos órganos judiciales), pero esto no afecta a los propósitos dialécticos que ahora me mueven. Lo que importa es dejar sentado que en ambos pleitos los demandantes alegaban «daños» como soporte de sus respectivas pretensiones<sup>31</sup>. Y que, con un pequeño esfuerzo de imaginación, bien puede suponerse la hipótesis de que los actores hubieran planteado una genuina acción de indemnización.

Si esto último hubiese ocurrido (y no quiero ser agorero al vaticinar que ocurrirá), adquiere de nuevo sentido la pregunta que me ocupa en estos pasajes. Esto es, quién tiene que probar que el daño alegado por los demandantes es causalmente atribuible al demandado. Lo que significa que, en realidad (aunque por aligerar la exposición lo he venido

---

<sup>31</sup> Circunstancia curiosa y jurídicamente muy significativa, a mi juicio, al menos en el caso de Murcia, porque, de ser cierto que la *inmisión* electromagnética derivada del transformador superaba los límites de lo tolerable, los demandantes no se encontraban en la necesidad de alegar daño alguno.

simplificando hasta ahora), la pregunta es acerca de la prueba de la relación de causalidad<sup>32</sup>.

Y de nuevo parece inevitable la conclusión: es al actor a quien incumbe la carga de la prueba sobre la relación de causalidad. Creo que perder de vista este principio significaría pervertir la discusión jurídica<sup>33</sup>.

6. Desde luego, cabe otra reflexión en torno a la prueba.

Me refiero al principio de la «facilidad probatoria», acuñado por la jurisprudencia de la Sala Primera de los últimos años y ahora recogido en el apartado 6 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Se dice en esta norma que, «*para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*».

No me parece infundado decir que cuando la controversia es entre un «particular» y una empresa suministradora de energía eléctrica, dotada como se halla esta última de cuadros técnicos y de información científica que normalmente no están al alcance del primero, ese principio legal pueda llevar al órgano judicial a admitir el *principio de duda* invocado por el demandante, si el demandado no lo desautoriza con los medios de prueba de que razonablemente puede disponer.

Es posible que se inspire en esta idea lo que en punto a la carga de la prueba se manifiesta en la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea sobre el recurso al *principio de precaución*. Es un documento aprobado el 12 de febrero de 2000 e identificado con el nombre de «COM (2000) 1». Me ocuparé de él con detalle en el apartado III del presente trabajo.

7. Pero, con todo, aunque se admitiese como hipótesis la imposición a la parte demandada de la carga de la prueba de la inocuidad de un campo electromagnético determinado, esa prueba habría de estar sometida a la inevitable «servidumbre» del método científico de demostración.

---

<sup>32</sup> Del mismo modo que, por ejemplo, en las demandas contra empresas tabacaleras la cuestión no es tanto la de probar si el actor padece o no cáncer de pulmón (circunstancia que normalmente no se discutirá), sino la de si esa dolencia es jurídicamente imputable al consumo de tabaco, o a la no advertencia sobre la adicción al mismo, etc.

<sup>33</sup> Y esto, sin perjuicio de que, como ya he escrito en otro lugar (DE ANGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad por productos defectuosos. Reflexiones en torno a la carga de la prueba*, Estudios de Deusto, volumen 44-1, enero-junio 1996, páginas 9 y siguientes, sobre todo 44-53), el *onus probandi* pueda quedar aliviado por virtud de ciertos criterios jurisprudenciales; por ejemplo, por vía de la reducción del problema de la causalidad a un modelo estadístico (la teoría anglosajona del *more probable than not*).

Afirmar que la demandada tiene que probar la inocuidad es tanto como entender que la ciencia tiene respuesta para todo. Y esto no es así. Lo único que hace la ciencia es aportar un método para responder adecuadamente a una pregunta. El método científico es una técnica por la que se puede minimizar o controlar la influencia de ciertas variables o sesgos —o simplemente los prejuicios del investigador— cuando se comprueba una hipótesis o teoría<sup>34</sup>.

El método científico no permite establecer la ausencia de un efecto. El que no veamos algo, o el que no podamos establecer con seguridad las consecuencias de un fenómeno (por ejemplo, físico), no significa otra cosa sino que *puede haber aspectos* que no hayamos controlado o aplicado bien en el experimento.

Dicho de otro modo, *en la ciencia no se puede probar la ausencia de un efecto*. Lo único que se puede hacer es intentar encontrar el efecto, siguiendo el método científico (mediante la experimentación), para, si al final no se encuentra ese efecto, concluir que *probablemente* no existe.

De acuerdo con lo que enseña la reflexión filosófica más elemental, se puede negar la presencia de algo por los medios adecuados a su naturaleza. Pero, sin embargo, la no presencia de alguna realidad no se puede descartar de un modo absoluto, en su sentido pleno, porque sería pretender demostrar la no existencia, el *no ser* de algo, lo que implica una contradicción. Esto es: filosóficamente no cabe la prueba de la *no existencia*, principio que es soporte de lo que he dicho en torno a las *limitaciones* del método científico.

Es precisamente sobre la base de estas consideraciones como se ha edificado la doctrina filosófica conocida como *«falibilismo»*. Esta doctrina, relativa a la ciencia natural, sostiene que nuestras pretensiones de conocimiento científico son siempre vulnerables y puede resultar que sean falsas. Al sintetizarse este pensamiento en la *Enciclopedia Oxford de Filosofía*<sup>35</sup>, se señala que, «según esta concepción, no se puede afirmar que las teorías científicas sean categóricamente verdaderas, sino que lo único que cabe sostener es que tienen cierta probabilidad de ser verdaderas».

A renglón seguido, el autor de la voz *«falibilismo»*, dice: *«De acuerdo con esta doctrina, Peirce y, más tarde, Karl Popper han insis-*

---

<sup>34</sup> Como ya señalé en mi trabajo antes citado, en virtud de este principio, y a modo de ejemplo, no se puede afirmar que los marcianos no existen, simplemente por el hecho de que no haya sido capturado ninguno.

<sup>35</sup> *Enciclopedia Oxford de Filosofía* (editor T. HONDERICH), 1.ª edición española, reimpresión, Madrid, octubre 2001 (traducción de C. GARCIA TREVIJANO), páginas 368-369.

*tido en que hemos de reconocer la imposibilidad de conquistar la verdad última y definitiva en cuanto atañe a las teorías de la ciencia natural, en particular en el nivel de la física teórica. La ciencia de hoy no puede abrigar, con plausibilidad, la pretensión de ofrecer una imagen definitiva de la realidad física con independencia de la situación del momento»<sup>36</sup>.*

No parece dudosa la relación que existe entre lo que acabo de decir y la doctrina procesal en torno a la prueba de los «hechos negativos».

Volveré sobre este extremo en el apartado III, al referirme al llamado «principio de precaución». No obstante, considero oportuno anticipar ya aquí la idea básica: la lógica más elemental rechaza que pueda imponerse a nadie la carga de *probar lo que no se puede probar*.

Dejando por ahora de lado el objeto de este trabajo, el de los campos electromagnéticos, y refiriéndonos a un caso de inmisión más «familiar», el del ruido, pedir que se demuestre la inocuidad de un determinado rango de decibelios es científicamente frágil. La ciencia puede decir —y lo ha hecho, por cierto con abundante aplicación a los conflictos jurídicos— que un cierto nivel de decibelios causa al que lo sufre determinadas dolencias físicas o síquicas. Pero no se puede pedir que el conocimiento científico, en un momento dado, declare *con seguridad* que un volumen de decibelios inferior *no es nocivo* para quien lo soporta<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> A continuación, el autor del lema que nos ocupa «falibilismo», señala: «Nos gustaría pensar que nuestras teorías científicas son como ‘dinero en el banco’ —algo seguro, sólido y fiable—, pero la misma Historia de la ciencia milita decisivamente en contra de esta confortable concepción de nuestro teorizar científico. Deberíamos admitir el hecho de que —en todo caso, en el nivel científico de generalidad y precisión— de cada una de nuestras creencias aceptadas *puede* resultar que sea falsa, y de muchas de ellas incluso resultará que son falsas». Y poco después añade: «Desde la perspectiva del falibilismo, no tenemos ninguna seguridad de que nuestros sistemas o teorías científicas sean definitivamente verdaderos; son simplemente lo mejor que podemos hacer aquí y ahora para resolver nuestras preguntas acerca del *modus operandi* de la naturaleza».

<sup>37</sup> Creo que nadie negará que el avance de la Acústica y de la Otología, sin citar otras ramas científicas, *puede* llevar al conocimiento de patologías «por ruido» hoy no identificadas. Quizá por eso, el documento europeo COM (2000) 1, que acabo de citar, dice que «la reducción del riesgo hasta el nivel cero raramente es posible» (número 6 del «resumen»). Por otro lado, la doctrina sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos advierte —como es obvio— que la «peligrosidad cero» de cualquier objeto es impensable. De ahí que el artículo 3 de la Ley española sobre la materia (de 6 de julio de 1994, siguiendo la máxima de la Directiva comunitaria de 25 de julio de 1985) diga que un producto es defectuoso cuando no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar. Naturalmente, no se alude a una *absoluta falta de defectos*.

Al lector no se le oculta que unas palabras que acabo de escribir («el conocimiento científico, en un momento dado») no son sino una forma de expresar lo que desde el punto de vista jurídico (pero en el fondo recogiendo conceptos filosóficos) conocemos como «el estado de la ciencia»<sup>38</sup>.

8. No parece razonable terminar este apartado sin traer a colación un extremo que ya apunté en mi anterior trabajo sobre la materia y en el que parece oportuno insistir.

Me refiero al interesante problema jurídico de si cabría hablar de responsabilidad de la Administración si el empresario titular de una explotación fuese condenado por el desarrollo de una actividad que se despliega con sujeción a los términos de la autorización administrativa correspondiente y a las prescripciones reglamentarias en materia de prevención de riesgos (en nuestro caso, como es obvio, las relativas a «límites de exposición»).

En aquel trabajo de entonces ilustraba este punto sobre la base de la sentencia de la Audiencia de Murcia que también aquí he venido citando.

La sentencia reconoció que la invasión de campos electromagnéticos que decían sufrir los demandantes procedía «de una actividad perfectamente reglada y autorizada, como es la del transformador de X».

Es decir: sin entrar en detalles acerca de la legalidad rectora del establecimiento y funcionamiento del centro de transformación del caso (extremo que la resolución ni siquiera cita), lo que hay que dar por bueno es que la Sala no encontró irregularidad alguna en la compañía demandada.

Es también incontestable que el centro de transformación era una exigencia de la distribución eléctrica; por lo que dice la sentencia, era un elemento necesario para el suministro de luz eléctrica a las viviendas de la casa de los actores y a las de otras colindantes.

Si esa *necesidad técnica* se daba (lo digo como hipótesis), y si la instalación del caso no infringía la reglamentación aplicable, se hace

---

<sup>38</sup> Desde el punto de vista de la Filosofía de la ciencia, es un postulado básico el de que en ella (en la ciencia), «tanto la necesidad de entender como su satisfacción varían con el estado del conocimiento». Vid. A. CORDERO, *La inteligibilidad racional y las ciencias*, dentro de la obra colectiva *Racionalidad epistémica*, edición de L. OLIVE, *Revista Iberoamericana de Filosofía*, Barcelona, 1995, páginas 123 y siguientes. Dentro de este volumen es de mucho interés el trabajo de S. ALVAREZ sobre *Racionalidad y método científico*, con sugerentes observaciones del filósofo en torno a los conceptos jurídicos de presunción y carga de la prueba. Resulta particularmente ilustrativa para el jurista la idea filosófica de que la carga de la prueba recae sobre quien inicia el debate con una propuesta que permanece constante a lo largo de todo el debate.

difícil entender, como antes apuntaba, que los tribunales pudieran estimar una acción negatoria sobre la base de una presunción *iuris tantum* de nocividad de los campos electromagnéticos generados por el centro transformador.

Es decir: no resulta fácil comprender que se considerara inmisión intolerable (en definitiva, esto es lo que vino a resolver la Sala) el efecto de una actividad en la que el inmitente se ajustaba a las reglas legales.

Y creo que a la misma conclusión se tiene que llegar si el problema se plantea en el plano de la responsabilidad civil, esto es, el de la reparación del daño.

Es cierto que una nutrida jurisprudencia de la Sala Primera viene declarando reiteradamente que la justificación de haber aplicado las medidas reglamentarias gobernantes de una determinada actividad no excluye la responsabilidad, porque el deber de diligencia va más allá (llega hasta la contemplación de todos los daños que podrían haberse previsto). Pero es que este mismo criterio jurisprudencial queda en entredicho (al menos, a efectos de entenderlo con los adecuados matices) en casos como el que me viene ocupando.

Procede que *descompongamos* los datos:

Uno. La empresa es condenada a *reparar en forma específica*; por ejemplo, a eliminar un transformador o a desviar un tendido.

Dos. La instalación respetaba las prescripciones reglamentarias en materia de límites de exposición a los campos electromagnéticos. Esta afirmación constituye, en términos dialécticos, una premisa.

Tres. El demandante no ha podido probar más que *su temor* por la *posibilidad de un daño*. También esto es una premisa, puesto que, desde luego, ninguna duda se suscitaría si el actor hubiera podido llegar a probar un daño causalmente relacionado con la instalación eléctrica.

Cuatro. La condena habría significado una de dos cosas: o que el juzgador hubiera desoído las alegaciones de la demandada en torno al estado de la ciencia, o que —en aplicación de la doctrina jurisprudencial antes citada— el órgano judicial hubiera considerado que recaía sobre la demandada una *diligencia imposible*.<sup>39</sup>

Cinco. Para colmo de la paradoja, la empresa condenada no podría sostener eficazmente, en un hipotético juicio ulterior contra la Admi-

---

<sup>39</sup> Uso esta expresión porque me parece la única adecuada cuando, como he razonado más arriba, de lo que se trata es de *demostrar* aquello que precisamente el estado de la ciencia considera *no demostrable aquí y ahora*; esto es, que límites de exposición inferiores a los reglamentarios *no son nocivos* para el ser humano.

nistración, la responsabilidad de esta última al establecer como lo hizo los límites de exposición propios del caso. Se daría la singular circunstancia de que el argumento del estado de la ciencia serviría para eximir de responsabilidad a la Administración (me remito a lo que diré en el número 2 del siguiente apartado II), siendo así que ese mismo argumento no sirvió antes para absolver al dueño de la instalación.

## II. Una proposición, a modo de «tesis»

1. Dicho lo anterior, procede ya formular la aseveración que, a modo de propuesta dialéctica, constituye el objetivo del presente trabajo.

Esa proposición («tesis») podría formularse de la siguiente manera:

El estado de la ciencia del momento actual permite al jurista contar con criterios técnicos suficientes para considerar cuándo la inmisión constituida por un campo electromagnético rebasa los límites de lo tolerable y de lo injusto (según se adopte, respectivamente, la perspectiva de las acciones preventivas o de las de responsabilidad).

Lo que, dicho de otro modo, podría formularse así: *el estado actual de la ciencia hace posible, ante determinados «niveles» de emisión electromagnética, pronunciarse sobre su inocuidad o sobre su nocividad para la salud humana.*

De ser esto así, quedaría excluida la duda o la incertidumbre, que es lo que desde el punto de vista jurídico puede conducir a soluciones «conservadoras» (en concreto, la construida sobre el razonamiento de que, *no siendo clara la cuestión*, procede adoptar la premisa de que el campo electromagnético enjuiciado *puede ser* perjudicial para la salud humana); opción, por cierto, que fue la seguida en los pleitos de Bilbao y de Murcia a que antes me he referido.

2. Para desarrollar la proposición que antecede, se hace necesario situar los problemas en sus correspondientes sedes jurídicas.

Como he dicho antes, el criterio objetivo rector del sistema de las inmisiones es el de «*lo no tolerable*». En lo que respecta a la responsabilidad civil, el fundamento del *reproche* es la *injusticia* o *ilicitud del daño* (como decimos en Derecho, la antijuridicidad).

Pero me parece que, en lo que al segundo concepto se refiere, esto es, el de la responsabilidad civil, no cabe encontrar la *ilicitud* más que en un dato: la superación del límite constituido por lo que el perjudicado (o supuesto perjudicado) tiene la *necesidad* de soportar.

Estas últimas palabras me mueven a formular una breve observación sobre lo que con frecuencia se suele decir al hablarse de las circunstancias que excluyen la antijuridicidad de un daño.

No es infrecuente afirmar que un daño no entraña responsabilidad para quien lo produce, cuando quien lo padece se encuentra en una situación en la que *se justifica* que tenga que soportarlo.

En nuestra vida hay infinitas situaciones en las que algo nos produce un daño, entendida esta palabra en su acepción más amplia de malestar, contrariedad o molestia. Vivir en un primer piso, bajo el cual hay una cafetería, significa sufrir unas molestias que probablemente no experimenta el que habita en la segunda o en la tercera plantas. Pero decimos que el ocupante del piso primero no sufre *un daño injusto* cuando el ruido que procede de la cafetería no excede de los niveles razonables de *tolerancia*.

Lo que ocurre es que, a veces, al delimitar el concepto de antijuridicidad o ilicitud de un daño, solemos excluir la hipótesis en la que el «perjudicado» tiene el *deber jurídico* de soportarlo.

Es ejemplo muy revelador de esto último el constituido por lo que declaran los artículos 139 y 141 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, en su redacción resultante de la Ley de 13 de enero de 1999.

Del primero de los preceptos citados resulta la responsabilidad de la Administración por los daños que los particulares sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El artículo 141, apartado 1, en su redacción originaria de 1992, declaraba que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. Ese texto se mantiene en la redacción de 1999, pero añadiéndose las siguientes palabras: «*No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos...*»

El inciso primero del apartado 1 del artículo 141 expresa, con todo rigor a mi juicio, un «límite» a la antijuridicidad del daño: el constituido por el hecho de que quien lo sufre *tenga que soportarlo*.

Lo que no me parece tan correcto, sin embargo, es que se use la expresión de «deber jurídico de soportar», porque creo que no se trata en realidad de un problema de *deberes jurídicos*. A mi entender, volviendo al ejemplo antes propuesto (el de quien vive en el primer piso, justo en-

cima de una cafetería), no se trata precisamente de que esa persona tenga el *deber jurídico* de soportar el ruido que de ella procede, sino que —simplemente— se encuentra en situación que no le permite alegar que el ruido es *insoportable*. Dicho de otro modo, me parece que no es una cuestión de *deberes* sino de *necesidades*: la convivencia nos somete a la de tener que admitir («aguantar», en términos coloquiales) un fenómeno, el ruido, que como tal puede ser una molestia o inconveniente.

Pero he aquí que, tanto se hable de «deber jurídico» de soportar un daño, como de «necesidad» de hacerlo, en el fondo estamos volviendo al mismo criterio que el propio de las inmisiones: el de *lo que es tolerable*.

Cuando, regresando al artículo 141 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, se habla de «deber jurídico de soportar un daño de acuerdo con la Ley», no se trata tanto de remisión a *leyes* que contemplen específicamente, y uno por uno, todos los daños que *alguien* tiene que soportar, sino que lo que verdaderamente se hace en esa norma es remitir —más que a «la Ley»— a los *criterios legales* de los que resulta *el límite entre lo que se debe y lo que no se debe soportar*.

En definitiva, el texto entraña un *envío* al significado legal de *lo tolerable*; con lo que viene a resultar, como decía, que estamos ante un concepto similar al que rige en la doctrina de las inmisiones. Al igual que ocurría allí (recuérdese lo antes dicho sobre el artículo 590 del Código civil), acabamos encontrándonos abocados a lo que a juicio de peritos o expertos deba considerarse como *tolerable* o *intolerable*.

3. Ese juicio de peritos, según creo, no puede ser otro que el constituido por el denominado «estado de la ciencia»; esto es, lo que los conocimientos de la ciencia o de la técnica, en un momento dado, consideren que es posible (o no es posible, según se mire) prever o evitar. Esta última formulación es, precisamente, la que se extrae del segundo inciso del apartado 1 del artículo 141 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, procedente de la reforma de 13 de enero de 1999.

La misma idea es la que subyace en la causa de exoneración de responsabilidad (del fabricante o del importador) contemplada en el artículo 6.1.e) de la Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, de 6 de julio de 1994. El fabricante o el importador no serán responsables si prueban «*que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación (del producto) no permitía apreciar la existencia del defecto*».

Tanto en un caso como en otro, a mi entender, el «estado de la ciencia» es un elemento de exclusión de la antijuridicidad: el comporta-

miento del agente *no es ilícito* porque el estado de los conocimientos científicos y técnicos existente al producirse el daño (o, en su caso, al crearse el riesgo de que se produzca) no le permitían preverlo ni evitarlo.

### III. Argumentación. El «estado de la ciencia» precisiones sobre el llamado «principio de precaución»

De acuerdo con el esquema propuesto, procede acudir a lo que el estado de la ciencia nos hace saber hoy en torno a la peligrosidad o inocuidad de los campos electromagnéticos, que es tanto como hablar del límite entre ambas.

Para ello, el jurista tiene que indagar en los datos y documentos de que se dispone, pero con buen cuidado en distinguir entre lo que es la verdadera ciencia, esto es, lo que sostiene la genuina «comunidad científica»<sup>40</sup>, y lo que parecen postular algunos practicantes de la pseudociencia, impostores o intrusos (es decir, los que, en vez de ciencia, ejercen la charlatanería y la superchería<sup>41</sup>).

Lo que acabo de señalar, esto es, el riesgo de confundir al verdadero científico con el «falso especialista», ha sido vehementemente denunciado en el documento que, titulado «*Scientific Comment on Individual Statements of Concern About Health Hazards of Weak EMF*», dirigieron al Parlamento Europeo, el 30 de noviembre de 2001, los Profesores Bernhardt, Vicepresidente de ICNIRP (Comisión Internacional para la Protección frente a Radiaciones no Ionizantes), Vecchia, físico del Instituto Nacional Italiano de la Salud y Presidente de la Asociación Europea de Bioelectromagnetismo, y Leitgeb, Presidente de la entidad COST, acrónimo de *European Cooperation in the Field of Scientific and Technical Research*<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Entrecorrido esta expresión porque es un verdadero «nombre propio»: un concepto clave en el mundo académico, no la simple yuxtaposición de un sustantivo y de un adjetivo.

<sup>41</sup> Esta última palabra, superchería, se utiliza en el sentido más riguroso de fraude o engaño. Porque a todos se nos alcanza que una cuestión como la que me ocupa es campo de cultivo abonado para la irrupción de los *amateurs*, de los «aprendices de brujo»; esto es, de quienes, sin la más mínima solvencia científica, se toman el atrevimiento de pontificar sobre «peligros» cuyo posible origen desconocen totalmente.

<sup>42</sup> El programa COST 281, concretamente, tiene por título el de «*Possible Health Implications from Mobile Communication Systems*». Fue establecido en setiembre de 2001, para obtener un mejor conocimiento de los posibles impactos sobre la salud debidos a campos electromagnéticos emitidos por las tecnologías emergentes. Hasta ahora, 18 países europeos han acordado participar activamente en esa «acción 281»: Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Noruega, Polonia, España, Suecia y Reino Unido.

La carta responde al hecho de que un supuesto experto en materia de campos electromagnéticos, el Doctor Hyland, había dirigido al grupo denominado STOA del Parlamento Europeo<sup>43</sup>, en marzo de 2001, un documento en el que expresaba sus puntos de vista sobre los efectos fisiológicos y ambientales de las radiaciones no ionizantes.

El documento remitido al Parlamento Europeo<sup>44</sup> por los profesores Bernhardt, Vecchia y Leitgeb constituye una vigorosa denuncia de la fragilidad de las alarmantes afirmaciones del Doctor Hyland, aseveraciones que se califican de engañosas, faltas de fundamento, inconsistentes y desequilibradas. En definitiva, basadas en incorrectas interpretaciones de la literatura científica y en «postulados arbitrarios» no apoyados en pruebas experimentales.

En la carta de remisión de su documento científico, los Profesores autores del mismo advierten que la opinión del Doctor Hyland no era un «consejo experto»<sup>45</sup>, puntualizando que las revistas científicas han concluido que no hay prueba convincente de efectos adversos para la salud en niveles de exposición que estén por debajo de los recomendados en las directrices internacionales y europeas.

Por lo que se refiere al documento científico como tal, aprobado por el Comité de Dirección de *COST Action 281* en noviembre de 2001, en sendos apartados se desarrollan los argumentos encaminados a demostrar que la opinión del Doctor Hyland adolece de los siguientes reparos: 1. Contener postulados arbitrarios, basados más en la creencia personal que en pruebas científicas. 2. Inconsistencias en la argumentación. 3. Hechos (datos) equivocados. 4. Una selección desequilibrada y caprichosa de concretos documentos científicos, que parecen haber sido elegidos para fundamentar una opinión preconcebida. 5. Incorrecta comprensión y/o incorrecta interpretación de la documentación científica.

Es claro, en definitiva, que me estoy refiriendo a un problema de alcance muy superior al que en concreto se plantea —al hilo del objeto de este trabajo— al tener que valorar en términos jurídicos las opiniones científicas sobre los efectos de los campos electromagnéticos. Pero no es impropio que me ocupe de él brevemente.

---

<sup>43</sup> STOA son las siglas, en inglés, de «Evaluación de opciones científicas y tecnológicas».

<sup>44</sup> Puede encontrarse en Internet: <<http://www.cost281.org>>.

<sup>45</sup> Como curiosidad, hay que hacer notar que en el documento científico propiamente dicho se pone de relieve que el Doctor Hyland «no es un experto en el terreno de la investigación ni en la valoración de los efectos biológicos de los campos electromagnéticos, aunque su trabajo está mantenido financieramente por una empresa que comercializa aparatos de protección contra los campos electromagnéticos».

Se trata de caer en la cuenta de que, en cualquier problema jurídico en el que un «saber científico» reviste especial relevancia, sobre todo si es objeto de una «alta especialización», el *mundo de los juristas* tiene que estar bien advertido acerca de quiénes son verdaderos científicos y quiénes, por el contrario, «falsos profetas».

Es éste un problema acaso insuficientemente estudiado entre nosotros, pero que, a mi juicio con toda razón, inquieta sobremanera en el mundo jurídico anglosajón<sup>46</sup>.

En un luminoso artículo, y en una de las revistas médicas de más prestigio del mundo, dos juristas norteamericanos, BRYANT y REINERT<sup>47</sup>, han puesto de relieve recientemente, mediante el análisis de casos concretos, cómo algunos tribunales de su país están utilizando equivocadamente estudios epidemiológicos. No hacen sino describir la «incomunicación» que existe entre los científicos y los juristas, determinante de que estos últimos, muchas veces, no sepan realmente cuál es el verdadero «saber científico» sobre un determinado extremo<sup>48</sup>.

Entre nosotros, no hace mucho, y en un plano de divulgación, un prestigioso científico<sup>49</sup> —tratando precisamente sobre la «alarma social» que se ha creado en torno a los campos electromagnéticos—, advertía del riesgo de que la sociedad en general, y el mundo de los juristas en concreto, puedan no saber quiénes constituyen la auténtica

---

<sup>46</sup> Salvadas las distancias, puesto que el autor se refiere al proceso penal, no al civil, ha escrito recientemente sobre la materia CORDOBA RODA : *El juez y el perito en la determinación de la norma de cuidado en los delitos de imprudencia en el ejercicio de la actividad médica*, *La Ley*, año XXIII, número 5456 de 9 de enero de 2002, páginas 1-4. Aunque el objetivo principal del artículo es si la averiguación del contenido y alcance de las cauteles que el médico debe emplear corresponde al perito médico o es función indelegable del juez, en el trabajo se está planteando de forma implícita el problema de la «comprensión» por parte del juez de lo que el perito médico dictamina.

<sup>47</sup> A.H. BRYANT y A. REINERT, *Epidemiology in the Legal Arena and the Search for Truth*, *American Journal of Epidemiology*, de la Universidad Johns Hopkins, 2001, volumen 154, número 12, suplemento.

<sup>48</sup> Los autores proponen caminos para poner fin a esta situación. En primer lugar, que las «comunidades» científica y legal hagan más para educar a los jueces en torno a la ciencia. En segundo lugar, deben revisarse los procedimientos mediante los cuales los jueces designan a los peritos del tribunal, para asegurar que el juez, y en algunos casos el jurado, entienden los principios científicos relevantes en el asunto enjuiciado. En tercer lugar, la comunidad científica necesita suministrar información a la comunidad legal en general, y a los jueces en particular, sobre si la ciencia está siendo usada correctamente por ellos. A efectos de esto último, los autores del trabajo consideran como más efectiva la fórmula denominada *amicus curiae*, según la cual el experto —«amigo del tribunal»— informa al juez sobre la adecuada utilización de los principios científicos.

<sup>49</sup> A. HERNANDO, *Qué científicos deben responder a las preguntas de la sociedad*, *El País*, 4 de enero de 2002, página 14. El profesor Hernando es Catedrático y Académico de la Real de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales.

«comunidad científica» y consideren que forman parte de ella quienes, creando sin fundamento esa misma alarma, recurren a «la información de venta fácil y a la simpatía de los grupos de mayor sensibilidad social». El autor del artículo describe los criterios en que se basa el reconocimiento científico y, refiriéndose al *falso científico*, dice: «*Si algún científico dice que existen pruebas de que los campos generados por las líneas de alta tensión producen cáncer o cualquier otra enfermedad, aconsejo mirar con detenimiento el historial o currículum de tal científico. Es casi seguro que no está en el circuito, por emplear el lenguaje del tenis profesional al que estamos todos más acostumbrados. De hecho, ese científico se sale y excluye de la comunidad cuando, al no aportar evidencias convincentes y novedosas para el resto de los especialistas, niega o contradice su estado actual de conocimiento. Aprovecha la característica más hermosa de la ciencia, como es su cautela y criticismo permanente, para utilizarla como resquicio donde hacer emerger su opinión*»<sup>50</sup>.

1. Procede ahora, por tanto, examinar qué nos dice el *real* «estado de la ciencia».

a) Por su autoridad, por su ámbito y porque es un documento «de referencia» en otros posteriores, atribuyo el primer lugar a la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio de 1999, *relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos*<sup>51</sup>.

a.1) En el preámbulo se dice que «*es absolutamente necesaria la protección de los ciudadanos de la Comunidad contra los efectos nocivos para la salud que se sabe pueden resultar de la exposición a campos electromagnéticos*». Y un poco más adelante, en el mismo preámbulo: «*Es necesario establecer un marco comunitario para la exposición a los campos electromagnéticos con objeto de proteger a los ciudadanos por medio de recomendaciones dirigidas a los Estados miembros*».

---

<sup>50</sup> El Profesor Hernando añade una afirmación que parece incontestable: «*Las opiniones particulares, de investigadores, no probadas y contrarias al conocimiento bien establecido de su campo de especialidad, no merecen más respeto que el de cualquier conjetura de cualquier ciudadano*». Y no está de más la cita que el autor hace de un artículo de revisión de la acreditadísima revista de Medicina *New England Journal of Medicine* (3 de julio de 1997, volumen 337), en el que se concluye que no existe prueba alguna que relacione cualquier enfermedad grave con las líneas de alta tensión. El artículo acaba con esta incisiva aseveración: «*Tras 18 años de investigación, se ha generado una considerable paranoia, pero no se ha adelantado nada en conocimiento. Es momento de parar el derroche de nuestras fuentes de investigación y de reconducirlas a la investigación de las verdaderas causas de la leucemia infantil*».

<sup>51</sup> *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 30 de julio de 1999.

La Recomendación pone de manifiesto que ya en 1994 el Parlamento Europeo invitó a la Comisión a proponer medidas legislativas para limitar la exposición de los trabajadores y del público en general a la exposición electromagnética no ionizante<sup>52</sup>.

El texto comunitario, como no podía menos de ser, especifica las autoridades científicas en que se basa. El apartado 10 del preámbulo manifiesta al respecto: *«El marco comunitario para hacer uso de la amplia recopilación de documentación científica ya existente debe basarse en los mejores datos y asesoramiento científicos disponibles en el momento actual en este ámbito y que debería incluir restricciones básicas y niveles de referencia en relación con la exposición a campos electromagnéticos, recordando que únicamente se han utilizado efectos comprobados como base para la limitación recomendada de las exposiciones: la Comisión internacional de protección contra las radiaciones no ionizantes (ICNIRP) ha prestado asesoramiento a este respecto, asesoramiento que ha sido respaldado por el Comité Científico Director de la Comisión»*<sup>53</sup>.

La Recomendación, por otro lado, se cuida de puntualizar que tiene como objetivo proteger la salud de los ciudadanos y que, por lo tanto, se aplica en especial a las zonas en las que los ciudadanos pasan un lapso de tiempo significativo en relación con los efectos cubiertos por la propia Recomendación. Observación que merece la pena resaltar, porque las «restricciones básicas para campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos» a que luego me referiré están pensadas para exposiciones «normales», entendiendo por tales las del ciudadano medio en su vida cotidiana.

Cumple señalar que, previamente a la Recomendación que nos ocupa, el Comité Científico Director de la Comisión Europea (que se califica a sí mismo como «un organismo científico neutral e independiente») fue requerido por la propia Comisión para que manifestase su opinión sobre los posibles efectos en la salud derivados de la exposición a campos electromagnéticos en frecuencias de 0 Hz-300 GHz).

La primera cuestión planteada al Comité fue la consistente en «una opinión en torno a los efectos sobre la salud, no térmicos (a largo

---

<sup>52</sup> Preámbulo, apartado 2.

<sup>53</sup> Como corresponde a un documento solvente, se hace expresa reserva de lo que el avance de los conocimientos científicos puede determinar en el futuro. Por eso, al final de ese mismo apartado 10 del preámbulo se advierte: *«El marco debería ser revisado y evaluado periódicamente a la luz de los nuevos conocimientos y las novedades de la tecnología y de las aplicaciones de las fuentes y prácticas que dan lugar a exposición a campos electromagnéticos»*.

plazo), de la exposición a campos electromagnéticos, en particular con referencia a las pruebas epidemiológicas y también a las pruebas biofísicas y biológicas, en relación con los efectos genéticos y relativos al cáncer, efectos sobre el sistema inmunológico y efectos sobre el sistema nervioso».

El Comité Científico Director, en su sesión de 25-26 de junio de 1998, dijo a este respecto: «*En relación con la exposición no térmica a campos electromagnéticos, la literatura disponible no proporciona pruebas suficientes para concluir que se produzcan efectos a largo plazo como consecuencia de esa exposición*».

La intervención del Comité Científico Director estaba justificada porque el Consejo de la Unión Europea venía manejando los informes del ICNIRP (Comisión internacional para la protección frente a las radiaciones no ionizantes), en los que sólo se habla de efectos a corto plazo y comprobados; para ellos establece un nivel de protección de 100 microteslas, mientras que en la opinión pública se había introducido la idea de que estudios epidemiológicos relacionan la leucemia infantil con campos de 0,2 ó 0,4 microteslas.

De ahí que el Comité manifestara que no hay estudios suficientemente sólidos como para establecer la existencia de una relación causa efecto entre esas pequeñas magnitudes de microteslas y una mayor incidencia de efectos no térmicos<sup>54</sup>. Y de ahí, también, que su conclusión fuera la de que sólo se puede legislar sobre lo que se conoce bien, que son los efectos agudos y a corto plazo, tal y como había dicho la ICNIRP.

a.2) Dicho esto, corresponde examinar cuál es el nivel de protección de la salud, según la Recomendación comunitaria, contra la exposición a los campos electromagnéticos, tanto en lo que se refiere a los efectos agudos o a corto plazo como a los efectos a largo plazo.

La Recomendación se articula técnicamente sobre dos criterios o conceptos fundamentales. Son las «restricciones básicas» y los «niveles de referencia». Las primeras representan las restricciones de la exposición a los campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos de tiempo variable, basadas directamente en los efectos sobre la salud conocidos y en consideraciones biológicas. Los niveles de referencia se ofrecen a efectos prácticos de evaluación de la exposición, para determinar la probabilidad de que se sobrepasen las restricciones básicas; algunos niveles de referencia se derivan de las restricciones básicas pertinentes, utilizando mediciones o técnicas computerizadas, y algunos se

---

<sup>54</sup> Más arriba, en el documento del Comité se dice que los efectos no térmicos son los genéticos y los relacionados con el cáncer.

refieren a la percepción y a los efectos adversos indirectos de la exposición a los campos electromagnéticos<sup>55</sup>.

La restricción básica en densidad de corriente se expresa en miliamperios por metro cuadrado (en concreto, 2 mA/m<sup>2</sup>, cuadro 1 del Anexo II, cuarta línea de la tabla). El uso de diversos modelos matemáticos y la introducción de ciertos factores de seguridad permiten calcular (y eso es lo que hace la Recomendación) el nivel de referencia, cuyo cumplimiento asegura que se cumpla también la restricción básica; y además, con un amplio margen de confianza o seguridad.

Ese nivel de referencia resulta de aplicar la fórmula  $5/f$ , del cuadro 2 del Anexo III, donde  $f$  es la frecuencia expresada en kilohercios. Habida cuenta de que 50 hercios son 0,05 kilohercios, el resultado de la división de la fórmula es el citado de 100 microteslas<sup>56</sup>.

Esta magnitud, pues, constituye —para el caso que nos ocupa— el criterio definido por la Comunidad Europea, que es tanto como decir la más alta autoridad científica a la que se podría acudir.

La Recomendación, consciente de la preocupación ciudadana sobre los posibles efectos a largo plazo, incluye una «nota» en su Anexo I (apartado de «restricciones básicas y niveles de referencia»), en la que se dice: *«Estas restricciones básicas y niveles de referencia para limitar la exposición han sido desarrollados a partir de un minucioso estudio de toda la bibliografía científica publicada. Los criterios aplicados en este estudio fueron fijados para evaluar la credibilidad de las diversas conclusiones alcanzadas; únicamente se utilizaron como base para las restricciones de exposición propuestas efectos comprobados. No se considera comprobado que el cáncer sea uno de los efectos de la exposición a largo plazo a los CEM. Sin embargo, puesto que existen cerca de 50 factores de seguridad entre los valores límite en relación con los efectos agudos y las restricciones básicas, esta Recomendación abarca implícitamente los posibles efectos a largo plazo en toda la gama de frecuencia»*.

Con todo, procede poner de relieve que una exposición a un campo electromagnético de 100 microteslas no es una situación «normal», ni mucho menos, para un ciudadano medio. O, por usar palabras del preámbulo de la propia Recomendación, no es un valor natural para lugares en los que el ciudadano «pasa un lapso de tiempo significativo».

---

<sup>55</sup> Estas descripciones se encuentran en la nota del Anexo I de la Recomendación.

<sup>56</sup> Confío en haber reproducido fielmente la ilustración que colegas universitarios me han brindado en torno al significado, no ya de los cuadros que he citado, sino de su interpretación. Una interpretación que sin el auxilio del científico es algo *misterioso* para el jurista.

A estos efectos, téngase presente, por ejemplo, que el valor en microtéslas, justamente debajo de una línea de alta tensión de 500 kilovoltios, es de alrededor de 8; a 20 metros de esa línea, el valor es de en torno a 3; y a 91 metros es entre 1 y 1,5<sup>57</sup>. Si tomo estas referencias es, naturalmente, porque incluso para el «hombre de la calle» la línea de alta tensión representa —digámoslo en términos coloquiales— el *mayor riesgo* de la energía eléctrica.

b) La no peligrosidad para la salud humana de los campos electromagnéticos derivados de las conducciones eléctricas se había manifestado ya en el extenso informe de febrero de 1998, elaborado por el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), dependiente del Gobierno<sup>58</sup>.

En la página 16 del informe, como «conclusiones», se dice: *«Este informe presenta la revisión de la información científica y técnica más significativa, actualmente disponible a nivel internacional, sobre efectos de los campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja (50-60 Hz). Dicha información no proporciona evidencias de que la exposición a campos electromagnéticos generados por las líneas eléctricas de alta tensión suponga un riesgo para la salud de las personas o el medio ambiente.*

*Los estudios epidemiológicos y experimentales no demuestran que estos campos produzcan cáncer, efectos sobre la reproducción y el desarrollo de alteraciones mentales y del comportamiento. Desde el punto de vista físico y biológico, no se han podido identificar mecanismos que expliquen cómo estos campos podrían producir efectos adversos en el organismo».*

c) A conclusión similar se llega en la obra *Cinco años de investigación sobre los efectos biológicos de los campos electromagnéticos de frecuencia industrial en los seres vivos*<sup>59</sup>, trabajo que recoge los resultados de la colaboración científica entre la Universidad de Valladolid, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, UNESA y Red Eléctrica de España.

---

<sup>57</sup> Dato tomado de LEE (autor principal), *Electrical and Biological Effects of Transmission Lines: A Review*, Portland (Oregón), 1996, pp. 1-16 y 1-17. Similares densidades de campo magnético se hallan en la figura 11, página 21, de la publicación *Campos eléctricos y magnéticos de 50 Hz*, Sevilla (s.a.), 2001.

<sup>58</sup> Su objetivo fue el de dar cumplimiento a la Proposición no de Ley de 27 de febrero de 1997, del Congreso de los Diputados, en la que se instaba al Gobierno para que en el seno del CIEMAT se constituyera un grupo de trabajo interdisciplinar con el propósito, entre otros, de informar a los parlamentarios sobre los posibles efectos que, sobre la salud de las personas y el medio ambiente, pueden tener los campos electromagnéticos asociados a las líneas eléctricas de alta tensión.

<sup>59</sup> Editores, REPRESA DE LA GUERRA y LLANOS LECUMBERRI, Madrid, 2001.

En su página 21 se dice: «*Por lo tanto, con la información disponible actualmente y los datos aportados por esta investigación podemos afirmar que la relación entre campos electromagnéticos de frecuencia industrial y enfermedades como cáncer o malformaciones congénitas resulta altamente improbable a los niveles que se encuentran en la cercanía de las instalaciones eléctricas de alta tensión*».

d) El Gobierno español ha hecho un explícito reconocimiento de que la Recomendación comunitaria recoge el estado de la ciencia en la actualidad. Así se desprende del informe del Ministerio de Sanidad y Consumo titulado *Campos electromagnéticos y salud pública (Resumen informativo elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo a partir del informe técnico realizado por el Comité de Expertos Independientes)*, Madrid, 11 de mayo de 2001.

En este documento se dice: «*Tras la investigación llevada a cabo, el Comité de Expertos constituido a instancias del Ministerio de Sanidad y Consumo para analizar la incidencia de los campos electromagnéticos (CEM) en la salud concluye que, a la luz de los conocimientos científicos actuales, se puede afirmar que: La exposición a campos electromagnéticos no ocasiona efectos adversos para la salud, dentro de los límites establecidos en la Recomendación del Consejo de Ministros de Sanidad de la Unión Europea (1999/519/CE), relativa a la exposición del público a campos electromagnéticos de 0 Hz a 300 GHz. El cumplimiento de la citada Recomendación es suficiente para garantizar la protección sanitaria de los ciudadanos*».

De otro lado, en las mismas «conclusiones finales» se lee: «*En experimentos de laboratorio, se han detectado respuestas biológicas que, sin embargo, no son indicativas de efectos nocivos para la salud; no se ha identificado, hasta el momento, ningún mecanismo biológico que muestre una posible relación causal entre la exposición a CEM y el riesgo de padecer alguna enfermedad; a los valores de potencia de emisión actuales, a las distancias calculadas en función de los criterios de la Recomendación, y sobre las bases de la evidencia científica disponible, las antenas de telefonía y los terminales móviles no representan un peligro para la salud pública*»<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Con estos criterios no se hace sino dar cumplimiento a lo que el Gobierno había respondido a la pregunta planteada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Socialista. Versando esa pregunta sobre la repercusión de los campos electromagnéticos en la salud de las personas, el Gobierno, después de describir el contenido de la (entonces proyectada) Recomendación de la Unión Europea, hizo saber que el Ministerio de Sanidad y Consumo, una vez que se aprobase la Recomendación, adoptaría las medidas necesarias para su aplicación en nuestro país. Es decir, se aceptaba su contenido como «estado de la ciencia».

e) Pero donde los criterios técnicos contenidos en la Recomendación de la Unión Europea han encontrado explícito soporte normativo es en el Real Decreto de 28 de setiembre de 2001 (BOE del 29), por el que se aprueba el *Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a ellas*.

En su preámbulo se encuentra: 1. La mención del hecho de que los ciudadanos se ven sometidos inevitablemente a la exposición de campos electromagnéticos. 2. La circunstancia de que la diversidad en la oferta de servicios de telecomunicaciones requiere la existencia de un elevado número de instalaciones radioeléctricas. 3. La observación de que la Ley General de Telecomunicaciones prevé un desarrollo reglamentario en el que se incluya la «determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerables y que no supongan un peligro para la salud pública». 4. La cita de la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio de 1999, cuyos objetivos se resumen.

Mas lo verdaderamente significativo, ya en el propio Reglamento, es que su artículo 6, al definir los límites de exposición para la protección sanitaria y evaluación de riesgos por emisiones radioeléctricas, establece como tales los que figuran en el anexo II de la propia disposición. *Y allí se reproducen textualmente los correspondientes criterios, reglas y cuadros de la Recomendación europea.*

Esta circunstancia me mueve a proponer la afirmación de que aunque el ámbito de aplicación del Reglamento (artículo 2) sea sólo el de emisiones de energía en forma de ondas electromagnéticas, que se propagan por el espacio sin guía artificial, y que sean producidas por estaciones radioeléctricas de radiocomunicaciones o recibidas por estaciones del servicio de radioastronomía, *la normativa examinada es también jurídicamente eficaz (en el sentido de «aplicable») para el caso de campos electromagnéticos derivados de las conducciones eléctricas;* esto es, para lo que constituye el objeto del presente trabajo.

Los niveles de emisión radioeléctrica tolerables y que no suponen un peligro para la salud pública, esto es, los referidos en el Reglamento que ahora me ocupa, se han establecido por el Gobierno como consecuencia de la previsión del artículo 62 de la Ley General de Telecomunicaciones de 24 de abril de 1998. Es decir, el Reglamento desarrolla el mandato legal de establecimiento de niveles de garantía; en este caso, en el ámbito de las telecomunicaciones.

Esto es lo que se manifiesta en el preámbulo del Real Decreto en que nos encontramos. En el mismo lugar se advierte cómo el Reglamento por él aprobado asume los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos establecidos en la Recomendación del

Consejo de Ministros de la Unión Europea de 12 de julio de 1999, que tantas veces vengo citando.

Pues bien, la misma autoridad científica es la que permite afirmar que la mentada Recomendación constituye el soporte técnico de las exigencias de seguridad y calidad que proclaman los artículos 2 y 51 de la Ley del Sector Eléctrico de 27 de noviembre de 1997. Preceptos que imponen, para esa actividad, la protección de las personas y del medio ambiente.

Dicho de otro modo: las mismas razones que justifican la aplicación de los criterios o límites de la Recomendación europea al ámbito de las telecomunicaciones son las que permiten extender esos criterios y límites al terreno de las emisiones electromagnéticas en materia de suministro de energía eléctrica.

Y esto, porque la Recomendación de la Unión Europea no distingue entre «fuentes» o «procedencias» de los campos electromagnéticos, sino que establece «límites de exposición» a dichos campos, cualquiera que sea su origen.

f) En el recurso de Murcia, la empresa demandada había alegado infracción, por inaplicación, de la Recomendación de la Unión Europea.

La recurrente argumentaba que en esa Recomendación, y para la misma frecuencia que la del caso de autos, el campo determinante del límite de exposición es de 100 microteslas, cantidad notablemente superior (en 25 veces, en el peor de los casos) a la resultante de las mediciones efectuadas en el domicilio de los demandantes.

La Audiencia desestimó este motivo de recurso, diciendo: *«Para rechazar este motivo ha de tenerse en cuenta que su eficacia como motivo de apelación sólo se produciría si fuera capaz de demostrar o bien la inocuidad o bien la legitimidad de la invasión electromagnética. En cuanto a esta última no ha lugar, toda vez que este instrumento europeo es una norma cuyos destinatarios son los Estados con el fin de establecer limitaciones a las exposiciones del público a los campos electromagnéticos, pero nada afirma sobre la legitimidad de que una actividad privada invada con intensidades o densidades inferiores propiedades ajenas. Respecto de la inocuidad, lo mismo podría decirse, ya que el establecimiento de determinados límites mínimos lo único que demuestra es la intención de reducir los posibles riesgos de los campos electromagnéticos pero sin dejar acreditado el hecho de su inocuidad que, como ya ha sido visto con la práctica de la prueba, sigue siendo objeto de viva discusión científica».*

Este razonamiento no me parece convincente. Creo que la cuestión no era tanto la de si la Recomendación es o no una «norma jurídica» de directa aplicación a un pleito *nacional*, sino la de si tal disposición co-

munitaria constituye una expresión (y de serlo, lo sería de forma particularmente autorizada) de lo que en este momento es el *estado de la ciencia* en materia de límites *tolerables* de exposición a campos electromagnéticos.

Ahora, cuando los parámetros técnicos de la Recomendación europea han sido aceptados o recibidos «en bloque» por una disposición legal española, el Reglamento a que me refiero, me parece incontestable que todas las formulaciones del mismo constituyen «estado de la ciencia», a efectos de lo que ese concepto significa en la materia que nos ocupa; esto es, tanto en cuanto a la determinación de *lo que es tolerable*, en punto a inmisiones, como en lo que atañe a la definición de *un daño no ilícito* si hablamos de responsabilidad civil<sup>61</sup>.

g) Por fin, cuando se escriben estas líneas nos es posible contar con otro documento científico de especial relevancia.

Me refiero al informe emitido por la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, de octubre de 2001, sobre «*posibles efectos de los campos electromagnéticos residenciales sobre la salud humana*».

De este informe cabe destacar:

En primer lugar, su objeto. Al respecto se dice: «*El presente informe se refiere a fuentes de campos electromagnéticos de baja frecuencia asociados a la distribución de electricidad; fuentes que incluyen, específicamente, líneas de transporte, subestaciones y líneas de distribución. Aunque los diferentes electrodomésticos son fuente de campos magnéticos, no se contemplan en él.*»

En segundo término, su formidable soporte bibliográfico, en el que —como no podía menos de ser— se recogen las más autorizadas y recientes publicaciones científicas.

Por fin, sus conclusiones. En lo que ahora interesa, destaco la contundencia del párrafo final del apartado así titulado. Se dice allí: «*Por todo ello, la observancia de las restricciones básicas que recoge la Recomendación referida (es la del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio de 1999) garantiza, hasta donde hoy se conoce, la protección de la salud*»<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Innecesario parece insistir en la circunstancia de que el Reglamento, a pesar de la definición de su «ámbito de aplicación», acoge *en su integridad* las «restricciones básicas» y los «niveles de referencia». Son reglas o cánones que, por eso, son expresión del «estado de la ciencia» —*también*— en lo que atañe a las conducciones eléctricas.

<sup>62</sup> Con estas palabras se insiste en lo anticipado en el «resumen» que abre el informe: «*En los últimos años, varias comisiones de expertos (Committee of the National Research Council, USA; Oak Ridge Ass Universities Panel, USA; United Kingdom Childhood Cancer Study; y, en nuestro medio, los del Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas —CIEMAT— y del Ministerio de Sanidad y Consumo) han seña-*

2. Al concluir el análisis de los documentos científicos precedentes, no parece ni gratuito ni temerario defender que se ha probado la proposición que constituye el centro de gravedad del presente trabajo.

Esto es, que *en el momento actual contamos con argumentos para sostener que emisiones electromagnéticas de valores inferiores a 100 microteslas —en lo que es la vida normal de cualquier ciudadano, o dicho de otro modo, en los lugares en que éste pasa un lapso de tiempo significativo— no constituyen riesgo para su salud.*

3. No puede considerarse agotada la cuestión sin aludir al significado del llamado «principio de precaución».

a) Al igual que ha ocurrido en relación con otros fenómenos supuestamente creadores de riesgos para la salud humana, los campos electromagnéticos han puesto sobre el tapete este principio, no habitual en el discurso jurídico (al menos, en el jurídico-privado).

Por «principio de precaución» se conoce la regla de cautela recogida en el artículo 174 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, y que ha sido objeto de alguna jurisprudencia comunitaria. Según este principio, la inexistencia de certeza científica plena sobre los posibles efectos nocivos que puede producir un determinado fenómeno no exime de la adopción de las precauciones que la prudencia recomienda<sup>63</sup>.

A efectos de ilustrar sobre este principio, conviene tomar en consideración el documento denominado *Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución*, fechado en Bruselas el 2 de febrero de 2000 e identificado como «COM (2000) 1»<sup>64</sup>.

En este documento comunitario se dice: *«El principio de precaución no está definido en el Tratado, que sólo lo menciona una vez, para la protección del medio ambiente, pero, en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más vasto, y especialmente cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razo-*

---

*lado que no hay evidencia convincente de que las líneas eléctricas de alta tensión representen un peligro para la salud humana. La observancia de las restricciones básicas que recoge la Recomendación del Consejo de la Comunidad Europea relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos —0 Hz a 300 GHz— garantiza, hasta donde hoy se conoce, la protección de la salud».*

<sup>63</sup> El citado artículo 174, en su apartado 2, reza: *«La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga».*

<sup>64</sup> Mi fuente es *Derecho de los Negocios*, julio-agosto 2001, páginas 97-112.

*nables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad»<sup>65</sup>.*

En la Recomendación de la Unión Europea sobre los campos electromagnéticos (apartado 19 del preámbulo) se hace una velada alusión al principio que nos ocupa, cuando se dice: *«Los Estados miembros deben estar al tanto del progreso de la tecnología y de los conocimientos científicos con respecto a la protección contra la radiación no ionizante, teniendo en cuenta el aspecto de precaución, y deben disponer exámenes y revisiones periódicos, con la realización periódica de evaluaciones a la luz de la orientación que ofrezcan las organizaciones internacionales pertinentes, como la Comisión internacional de protección contra las radiaciones no ionizantes».*

Tampoco falta una alusión a este principio en el documento científico de los Profesores Bernhardt, Vecchia y Leitgeb a que me he referido antes. Como se recordará, se trata del titulado *Scientific Comment on Individual Statements of Concern About Health Hazards of Weak EMF* y dirigido al Parlamento Europeo en noviembre de 2001. En su carta de remisión, concretamente, los autores consideran que quienes tienen que tomar decisiones *«podrían considerar apropiado poner en práctica una política de precaución, como ha sido formulada en el documento de la Comisión llamado COM (2000) 1»<sup>66</sup>.*

El principio se recoge también expresamente en las conclusiones del *Resumen informativo* del Ministerio de Sanidad y Consumo a que antes me he referido. Se dice allí que, *«en cumplimiento del principio de precaución, y a pesar de la ausencia de indicios de efectos nocivos para la salud, conviene fomentar el control sanitario y la vigilancia epidemiológica, con el fin de hacer un seguimiento a medio y largo plazo de las exposiciones a campos electromagnéticos».*

Por otro lado, la misma idea se encuentra en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Bilbao, que también he citado más arriba. Al final de la resolución se dice: *«En una cuestión como la*

---

<sup>65</sup> El propio documento, en su anexo I, concretamente en sus apartados de jurisprudencia y orientaciones políticas, recoge sentencias y declaraciones que invocan el principio de precaución, sobre todo en materia de alimentos.

<sup>66</sup> Los profesores autores, reconociendo posibles razones políticas que puedan recomendar la aplicación del principio, advierten sin embargo que *«tendría que basarse en razonables opiniones científicas y no debería introducir límites arbitrarios de exposición basados en pruebas científicas fragmentarias o en opiniones, científicamente no representativas, de unos pocos individuos».* Y añaden categóricamente que una adecuada toma en consideración de los riesgos no puede ser sustituida por el establecimiento de límites arbitrarios.

*presente es difícil que vaya a llegarse por conducto rápido a probar empíricamente que el electromagnetismo no radiactivo origina daño a la salud, y lo que se impondrá es fijar qué cuota mensurable origina una prohibición de distancias, dado que las radiaciones no pueden eliminarse de raíz en el mundo moderno, y con fundamento en el principio de precaución, que se viene demandando en los documentos internacionales».*

b) Teniendo en cuenta lo anterior, y a la luz del tan citado documento COM (2000) 1, parece oportuno formular algunas consideraciones.

b.1) En primer lugar, el «principio de precaución» constituye una guía o criterio de actuación *dirigido a los responsables políticos*, como se manifiesta reiteradamente en el mentado documento de la Comisión. Esos responsables políticos —dice la Comunicación— se enfrentan constantemente al dilema de encontrar un equilibrio entre la libertad y los derechos de los individuos, de la industria y de las empresas, y la necesidad de reducir el riesgo de efectos adversos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal.

El propósito de la Comunicación queda bien claro en su apartado 2 («objetivos de la presente Comunicación»), al manifestarse que tal propósito es *«informar a todas las partes interesadas, en particular al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Estados miembros, sobre el modo en que la Comisión aplica o pretende aplicar el principio de precaución cuando se ve obligada a tomar decisiones relativas al control del riesgo».*

Por otro lado, son constantes los pasajes del documento comunitario en que se identifica a los «responsables políticos» como destinatarios del mismo<sup>67</sup>. Y las «medidas» que se derivan del recurso al principio de precaución son de carácter legal o administrativo (esto es, *medidas legales* en sentido amplio)<sup>68</sup>.

En resumen, la expresión *principio de precaución* es propia del lenguaje político, no del jurídico.

Tampoco se concilia este principio con los métodos de la investigación científica. Esta opera sobre datos, no sobre suposiciones. Por eso, se puede afirmar que, a pesar del nombre de «principio» que se le atribuye, el concepto que nos ocupa no es, en absoluto, un *principio científico*.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Por ejemplo, en los apartados 5.2.1, 6.1, 6.2, etc.

<sup>68</sup> Así se desprende de la lectura del apartado 5.2.

<sup>69</sup> En efecto, no es un principio, como podría ser el de la gravitación universal, y no es de «precaución» en el sentido en que los científicos usan este término (por ejemplo, en las estimaciones de riesgo toxicológico). El principio de precaución no se usa en las evaluaciones de riesgo; se usan factores de seguridad. Este principio tiene sentido en cuestiones en que la experimentación no es posible (por la magnitud o duración que tendría el experimento), o cuando no se conocen todos los factores a incluir en la experimentación, ni las posibles interacciones entre los mismos.

Estas dos afirmaciones que acabo de hacer parecen encontrar explícito reflejo en el pasaje de la Comunicación del Consejo en que se dice: «No debe confundirse el principio de precaución, utilizado esencialmente por los responsables políticos para la gestión del riesgo, con el elemento de precaución que los científicos aplican en su evaluación de los datos científicos» («resumen», número 4).

b.2) En segundo lugar, y cuando se trata de productos o actividades regladas (esto es, para los que ya existen límites legalmente establecidos), el principio de precaución no es sino inevitable concesión a una idea a la que antes me he referido, esto es, la de la «relatividad» de los conocimientos científicos, sujetos como están a una constante revisión.

De ahí que sean tan abundantes las normas comunitarias en que se insta a los Estados a un permanente esfuerzo de investigación en el terreno de que en cada caso se trata<sup>70</sup>.

Pero esto no impide dejar bien sentado que la Comunicación no modifica ni afecta a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea ni al Derecho derivado comunitario<sup>71</sup>. Lo que significa, en la cuestión que nos ocupa, que queda intacto el contenido de la Recomendación europea sobre campos electromagnéticos, de 12 de julio de 1999.

El «principio de precaución» constituye, pues (procede repetirlo), una de las medidas «políticas» que pueden adoptarse en la valoración de los riesgos.

Desde luego, esa «política cautelar»<sup>72</sup> no es la única que se ha propuesto.

---

<sup>70</sup> Esto se advierte precisamente en la Recomendación europea sobre campos electromagnéticos, cuyos artículos VI y VII dicen: «VI. Con el fin de mejorar los conocimientos que se tienen acerca de los efectos sobre la salud de los campos electromagnéticos, los Estados miembros deberían promover y revisar la investigación pertinente sobre campos electromagnéticos y salud humana en el contexto de sus programas de investigación nacionales, teniendo en cuenta las recomendaciones comunitarias e internacionales en materia de investigación y los esfuerzos realizados en este ámbito basándose en el mayor número posible de fuentes. VII. Para contribuir al establecimiento de un sistema coherente de protección contra los riesgos de la exposición a campos electromagnéticos, los Estados miembros deberían elaborar informes sobre las experiencias obtenidas con las medidas que adopten en el ámbito de la presente Recomendación e informar a la Comisión transcurridos tres años de la aprobación de la misma, indicando el modo en que la han incorporado a dichas medidas». En cuanto a esto último, y en lo que al caso de España se refiere, puede decirse que nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado fielmente los parámetros de la Recomendación, haciéndolo —como hemos visto antes— por medio del Reglamento sobre emisiones radioeléctricas de 28 de setiembre de 2001.

<sup>71</sup> Apartado 2 del documento.

<sup>72</sup> Utilizo, para traducir la palabra inglesa «policy», la primera acepción española («política»). Pero parece que la idea que se quiere representar en inglés es más bien la de «pauta», «estrategia», «práctica», «sistema», etc.

En Estados Unidos ha tenido cierto éxito la política conocida como *prudent avoidance* («evitación prudente»). En lo que se refiere a nuestra materia, la *prudent avoidance* significa la adopción de medidas que sean «sencillas», «fácilmente realizables» y «de bajo costo» para reducir la exposición a campos electromagnéticos, aun en ausencia de un riesgo demostrable<sup>73</sup>.

Por ejemplo, esta *evitación prudente* sería aplicable a las nuevas conducciones eléctricas, en las que pequeñas modificaciones de diseño podrían reducir los niveles de exposición a campos electromagnéticos; pero no justificaría la modificación de las conducciones ya existentes, medida que resultaría muy cara<sup>74</sup>.

Otro criterio de «política cautelar» es el que se conoce como ALARA (acrónimo de las palabras inglesas *As Low As Reasonably Achievable*). Con esta expresión se identifica una estrategia útil para situaciones en las que no se sabe si existe un riesgo «cero», incluso con valores de exposición muy bajos; por ejemplo, las radiaciones ionizantes. En estos casos, los valores recomendados se fijan en función del «riesgo aceptable» definido previamente, aunque se procura mantener una exposición «*tan baja como sea posible*» para minimizar ese riesgo,

---

<sup>73</sup> Puede consultarse un resumen de las «estrategias cautelares» en *Electromagnetic Fields and Public Health Cautionary Policies*, «Backgrounder», Organización Mundial de la Salud, marzo de 2000. Disponible en: «[http://www.who.int/peh-emf/publications/facts\\_press/EMF-Precaution.htm](http://www.who.int/peh-emf/publications/facts_press/EMF-Precaution.htm)». Por cierto, *este documento de la Organización Mundial de la Salud avala los criterios de la Comisión para la protección contra radiaciones no ionizantes (ICNIRP), que, como hemos visto antes, fue la entidad científica que inspiró la Recomendación europea de 12 de julio de 1999*. Al referirse a las propuestas de ICNIRP, el documento de la OMS dice que «están diseñadas para evitar todos los peligros conocidos, para exposiciones a corto y largo plazo, con un gran margen de seguridad incluido en los valores-límite». Y se añade que los reales niveles de exposición están casi siempre muy por debajo de los límites recomendados por el propio ICNIRP.

También pueden hallarse referencias a las «políticas» de *cautela*, en relación con los campos electromagnéticos, en SAHL y DOLAN, *An Evaluation of Precaution-based Approaches As EMF Policy Tools in Community Environments*, disponible en «[http://ehpnet1.niehs.nih.gov/docs/1996/104\(9\)/sahl.html](http://ehpnet1.niehs.nih.gov/docs/1996/104(9)/sahl.html)».

<sup>74</sup> Este criterio de la *evitación prudente* ha sido objeto de crítica desde el punto de vista científico. EKFDLDT, «*Prudent Avoidance*»: *The Abandonment of Science*, «Health Physics Society Newsletter», octubre 1991, dijo que tal principio constituye el rechazo de un moderno concepto de política de seguridad, racional y científicamente fundada, siendo una vuelta al concepto medieval de actuación por miedo a lo desconocido. Habló incluso de un «triumfo de la superstición sobre la razón». Los posibles riesgos por campos eléctricos y magnéticos de frecuencias de 60 Hz —añadía el autor— sólo pueden ser resueltos por medio de la investigación científica. En defensa de la tesis de *prudent avoidance*, MORGAN, en un trabajo con ese título, «Public Utilities Fortnightly», 15 de marzo 1992, manifestó que tal principio representa «una estrategia de sentido común en relación con algunos difíciles dilemas sociales y científicos».

teniendo en cuenta el coste, la tecnología disponible, los beneficios para la salud y la seguridad del público y otros aspectos sociales y económicos.

b.3) En tercer lugar, hay que hacer notar los siguientes postulados del documento COM (2000) 1:

El principio de precaución se justifica «*cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer efectos potencialmente peligrosos*» que puedan ser incompatibles con el nivel de protección elegido por la propia Comunidad europea. Esto se dice en el número 3 del «resumen» con que se abre el documento.

Además, en el número 4 del mismo «resumen» se lee: «*El recurso al principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente*». <sup>75</sup>

La hipótesis de «incertidumbre científica», como presupuesto de la puesta en práctica del principio de precaución, se cita también en el número 5 del «resumen» del documento comunitario que nos ocupa.

Más adelante, ya en el texto propiamente dicho (apartado 5.1, «los factores que desencadenan el recurso al principio de precaución»), la Comunicación dice que ese recurso presupone:

- «— La identificación de efectos potencialmente peligrosos que se deriven de un fenómeno, de un producto o de un proceso;
- Una evaluación científica de los riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión».

Trasladando todo ello al caso de los campos electromagnéticos derivados de lo que es objeto de mi estudio, es decir, las conducciones eléctricas, considero que ninguno de los presupuestos planteados por la Comunicación comunitaria justifican la aplicación del principio de precaución.

Y esto, por varias razones:

En la materia objeto del presente trabajo, *el estado actual de la ciencia descarta efectos peligrosos por debajo de unos determinados valores de campos electromagnéticos.*

---

<sup>75</sup> En el trabajo de SAHL y DOLAN, antes citado, los autores dicen que los criterios «basados en la precaución» no sustituyen a las opciones basadas en una política científica y sólo deberían usarse cuando las orientaciones científicas disponibles no fuesen aplicables.

Por otro lado, *tampoco concurre aquí la circunstancia de que la evaluación científica no haya podido determinar el riesgo con la certeza suficiente.*

Esto es, no se da la «incertidumbre científica» que está en la base del principio de precaución.

Por lo demás, los valores adoptados por la Recomendación europea sobre los campos electromagnéticos ya están dotados de la correspondiente *cautela*, puesto que reduce en 50 (es decir, divide por 50) los valores límite en relación con los efectos agudos. Precisamente por esto, la Recomendación abarca no sólo los efectos a corto y medio plazos, sino también los a largo plazo (en toda la gama de frecuencia).

Así se advierte en la nota del apartado B («restricciones básicas y niveles de referencia»), del Anexo I de la propia Recomendación. No obstante, he de advertir que el texto en español no es, a mi juicio, muy afortunado. La «división por 50» a que me refiero queda más clara en la versión inglesa de la Recomendación. En el pasaje correspondiente, la redacción en inglés dice: «*However, since there are safety factors of about 50 between the threshold values for acute effects and the basic restrictions, this recommendation implicitly covers possible long-term effects in the whole frequency range.*».

Así se explica que en el cuadro 1 del Anexo de la Recomendación (lo mismo ocurre en el correspondiente cuadro del Real Decreto de 28 de setiembre de 2001) se adopte como límite de «densidad de corriente inducida» —para la frecuencia de 50 Hz— el de 2 miliamperios por metro cuadrado, siendo así que el umbral de riesgo detectado por ICNIRP, para esa frecuencia, se situaba en 100 miliamperios por metro cuadrado. Es patente, así, la «división por 50» a que me vengo refiriendo; esto es, la adopción de una severa *reducción* de las cifras, precisamente para garantizar una mayor seguridad. Esto es, por *cautela*<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> Los datos que acabo de reproducir han sido tomados por mí del informe de ICNIRP titulado *Guidelines for limiting exposure to time-varying electric, magnetic and electromagnetic fields (up to 300 GHz)*, edición preparada para su publicación en *Health Physics*, abril de 1998, volumen 74, número 4. El razonamiento que explica el significado de la aplicación del factor de seguridad a que me acabo de referir es el que expreso a continuación. En su página 16, el informe de ICNIRP dice que, en el rango de frecuencias que nos interesa, es a partir de una densidad de corriente de 100 mA/m<sup>2</sup> cuando se superan los umbrales para efectos agudos, tales como una reversión de los potenciales evocados visuales. Luego dice: «*A la vista de las consideraciones de seguridad expuestas anteriormente (efectos de los campos bajo condiciones medioambientales extremas, la posible mayor sensibilidad de ciertos grupos de población como ancianos, niños o enfermos, así como diferencias en absorción de energía por individuos de diferentes tamaños), la exposición laboral en el rango de 4 Hz a 1 kHz debe limitarse a campos que induzcan densidades de corriente inferiores a 10 mA/m<sup>2</sup>, para*

c) No está de más dedicar unas palabras a lo que sobre la carga de la prueba se dice en el documento COM (2000) 1, que me viene ocurriendo.

c.1) A la carga de la prueba se refieren los últimos párrafos del apartado 6 del «resumen» con que comienza la Comunicación. Y luego se desarrolla este extremo en el apartado 6.4.

El documento advierte que cuando se trata de «productos» en los que la normativa comunitaria o nacional aplican el principio de autorización previa (es decir, autorización para la comercialización del «producto»), esta fórmula supone ya una manera de aplicar el principio de precaución, en el sentido de que el legislador invierte la carga de la prueba al partir de la base de que esos «productos» son considerados peligrosos mientras no se demuestre lo contrario. Hasta que el nivel de riesgo no pueda ser evaluado con la certeza suficiente —a cuyo efecto son las empresas las que han de realizar las investigaciones necesarias—, el legislador no cuenta con un fundamento jurídico bastante para autorizar la utilización del «producto».

Cuando no existe un procedimiento de autorización previa, tendrían que ser los usuarios, las asociaciones de consumidores o la autoridad pública quienes tuviesen que demostrar la naturaleza de un peligro y el nivel de riesgo del «producto». No obstante, el documento añade que el principio de precaución puede implicar en algunos casos que revierta sobre el fabricante la carga de la prueba.

Me parece, aunque el documento no lo dice de forma expresa, que se está aludiendo al principio jurídico-procesal de la «facilidad probatoria», a que más arriba me he referido. La idea, en mi interpretación, es la de que al empresario se le supone dotado de mejores medios (técnicos y económicos) para probar la inocuidad del «producto» que los que el consumidor posee para demostrar su nocividad.

Con todo, el documento de la Comisión advierte que esa eventual inversión de la carga de la prueba «no puede preverse sistemáticamente como principio general»<sup>77</sup>.

c.2) Pero aunque de esa forma excepcional se acudiera al instrumento procesal de inversión de la carga de la prueba —fórmula además

---

*usar un factor de seguridad de 10. Para el público en general se aplica un factor de seguridad adicional de 5, lo que da una restricción básica de exposición de 2 mA/m<sup>2</sup>». La aplicación conjunta de estos dos factores en la población general confiere un factor de seguridad de 50, que es lo que dice la Recomendación europea.*

<sup>77</sup> Esta posibilidad, añade el documento, debería examinarse en cada caso, porque, cuando se adopta una medida en virtud de la precaución y a la espera de los datos científicos suplementarios, las empresas deben estar en condiciones de financiar las investigaciones científicas necesarias, de forma voluntaria.

difícil de imaginar en una actividad tan minuciosamente reglada como es la de distribución y transporte de electricidad<sup>78</sup>—, sería necesario tener presente un extremo que más arriba me ha ocupado.

Me refiero al hecho de que la certeza científica no existe mientras quepa la posibilidad de que una nueva observación o un nuevo experimento encuentren un efecto inicialmente no hallado.

Como he señalado antes, el método científico no permite establecer la *ausencia* de un efecto. Por tanto, sería un despropósito la pretensión de que, a pesar de todo, *se probara*.

Por acudir a un ejemplo imaginario, la ciencia *podría* probar que el café tiene efectos cancerígenos. Pero *nunca* podrá probar que no los tiene.

Como inevitable parangón, cualquier razonamiento basado en la *posible* nocividad del campo electromagnético objeto del presente trabajo (existiendo como existen argumentos científicos —los verdaderamente solventes— que excluyen riesgos para la salud humana por debajo de ciertos límites), sería tan frágil e indefendible como el que se basara en la *posible* nocividad del café.

¡Ah!: por cierto, el ejemplo del café no es tan imaginario como decía, puesto que en la clasificación de la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer, de Lyon (IARC), se incluye el café, junto con otros productos (por ejemplo sacarina o gasolina) o algunos trabajos (en carpinterías, tintorerías e industrias textiles), dentro del llamado «Grupo 2B», que se refiere a agentes *posiblemente* cancerígenos.

Hago notar que la citada Agencia emitió el 26 de junio de 2001 un comunicado en el que se clasifican los campos magnéticos de frecuencia industrial dentro del citado «Grupo 2B». Es decir, a estos efectos se equiparan, por seguir con nuestro ejemplo, el café y los campos magnéticos.

Y también procederá aclarar, para tranquilidad de todos, que en la terminología del IARC, dentro de la expresión «posiblemente cancerígeno», el adverbio *posiblemente* no tiene el mismo significado que el que nos dice la Gramática. En esa terminología, que un agente es un «posible cancerígeno» significa que con la información actual no podemos clasificarlo en un sentido o en otro. Es decir, refiriéndonos ahora a los campos magnéticos, se usa esa categoría («Grupo 2B») cuando la evidencia disponible no es lo suficientemente convincente como para

---

<sup>78</sup> Es claro que me refiero a la *delimitación* que al respecto hace la Comunicación europea.

concluir que la exposición a esos campos represente un peligro para la salud, pero tampoco se puede concluir que sea totalmente segura<sup>79</sup>.

Lo que ocurre —y ésta es la cuestión— es que *el estado actual de la ciencia conduce inequívocamente a la conclusión de que los límites establecidos por la Recomendación de la Unión Europea cubren los posibles efectos a largo plazo (genéticos y cancerígenos) en toda la gama de frecuencias*.

b.4) También procede poner el énfasis en un extremo que juzgo de capital importancia en esta materia: es la afirmación de que el «principio de precaución» no constituye un *criterio* que tenga por destinatarios a los órganos judiciales.

El documento comunitario COM (2000) 1 sólo formula tal principio —según hemos visto— a modo de *orientación* para la toma de decisiones «normativas». En la amplia bibliografía norteamericana sobre este «principio» es constante el uso de la palabra «*approach*», porque, efectivamente, se trata de un *enfoque* dirigido a quienes tienen que tomar «decisiones», entendida esta palabra como «disposiciones» o «regulaciones»<sup>80</sup>.

Podría ocurrir incluso que, por disposición legal, el «principio de precaución» constituyese no ya sólo un criterio *de orientación* para quien *debe regular*, es decir, una especie de *objetivo*, sino un auténtico imperativo que la Administración *está obligada* a observar. De hecho, y a modo de ejemplo, los Gobiernos de algunos Estados de Estados Unidos han dado un significado *normativo* al «principio de precaución», entre otras cosas a efectos de la planificación y establecimiento de instalaciones creadoras de exposición a campos electromagnéticos<sup>81</sup>.

Pero, como señalaba más arriba, el «principio» que nos ocupa no tiene las características de una *regla de Derecho* en la que pueda fundarse una sentencia judicial<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> La descripción de la clasificación del IARC puede encontrarse en «[www.iarc.fr](http://www.iarc.fr)». En la clasificación de la Agencia, el Grupo 1 es de «cancerígenos para el hombre»; el Grupo 2 se divide en dos categorías: el 2A corresponde a agente *probablemente* cancerígeno para el hombre, mientras que el 2B alude a agente *posiblemente* cancerígeno; el Grupo 3 comprende los agentes que no se pueden clasificar en cuanto a su poder cancerígeno; y el Grupo 4 incluye los agentes probablemente no cancerígenos para las personas.

<sup>80</sup> Por ejemplo, en GRAHAM, J.D., *Making Sense of the Precautionary Principle*, en «Risk in Perspective», de Harvard Center of Risk Analysis, setiembre de 1999, volumen 7, entrega 6. En esa misma bibliografía se habla habitualmente de los «*policy-makers*», palabras que identifican a quienes tienen como función la toma (o contribuir a ella) de «reglamentaciones». También suele usarse la expresión de «*decision-makers*».

<sup>81</sup> SAHL y DOLAN, *op. cit.*, páginas 4 y 5.

<sup>82</sup> Parece que éste es también el criterio de MORGAN, *loc. cit.*, aun tratándose de uno de los más fervientes defensores del «principio de precaución».

Esta afirmación no debe confundirse, desde luego, con la circunstancia (que el propio documento COM (2000) 1 advierte) de que corresponda al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el control de la legalidad de cualquier disposición adoptada por las instituciones comunitarias<sup>83</sup>.

Lo que quiero decir es que no parece posible encontrar (y mucho menos en un sistema jurídico como el nuestro, de «*Derecho escrito*») una norma jurídica por cuya virtud un juez pueda condenar, ni por «inmisión» ni por responsabilidad civil, al propietario de una instalación eléctrica<sup>84</sup> que acredite la observancia por su parte de las normas legales o reglamentarias comprensivas de los «límites de exposición» al posible efecto de los campos electromagnéticos.

Por expresarlo con otras palabras, me parece evidente que ningún órgano judicial puede resolver sobre la base del «principio de precaución» cuando la demanda se basa en una «inmisión» (en el sentido estricto de instrumento procesal preventivo) y la *injerencia* se encuentra dentro de los límites de lo tolerable; y tampoco cuando, en el marco de la responsabilidad civil, la reclamación se funda en un «daño» que el demandante no prueba.

Por eso, estoy totalmente de acuerdo con lo manifestado por *Union of the Electricity Industry* en su alegato ante la Unión Europea en torno a la Comunicación de la Comisión sobre el principio de precaución, esto es, acerca del documento COM (2000) 1<sup>85</sup>.

En la carta de remisión de tal alegato, EURELECTRIC, muy sensatamente, reconoce que los documentos emitidos por el Parlamento y el Consejo europeos constituyen una necesidad a efectos de un principio de precaución que permita a la Unión Europea y a los Estados miembros adoptar acciones de cautela en determinadas circunstancias, sin tener que esperar evidencias científicas definitivas.

No obstante, en el alegato propiamente dicho se sostiene —creo que con todo fundamento— que *los llamados a adoptar decisiones*<sup>86</sup>, al aplicar el principio de precaución, no deberían modificar sustancialmente y/o comprometer la aplicación de las reglas generales de la

---

<sup>83</sup> Esto último se puntualiza en el apartado 5.2.2 de la Comunicación.

<sup>84</sup> Hago esta delimitación para centrarme en lo que es objeto del presente trabajo. Pero lo mismo podría decirse del fabricante de un producto cualquiera o del prestador de un servicio distinto del de suministro de energía eléctrica.

<sup>85</sup> *Union of the Electricity Industry* (en acrónimo EURELECTRIC) es una asociación que representa los intereses comunes de la industria europea de electricidad. El alegato a que me refiero, que es de abril de 2001, lleva por título el de *Union of the Electricity Industry -EURELECTRIC Position Paper on the European Commission's Communication on the Precautionary Principle. Brussels, 02.02.2000, COM (2000) 1*.

<sup>86</sup> Traduzco de esta manera la expresión inglesa «*decision-makers*».

legislación existente, sobre todo la relativa a seguridad y responsabilidad.

Concretamente, el alegato advierte de la necesidad de mantener el principio general de que nadie es responsable hasta que se haya demostrado el «motivo de su responsabilidad»<sup>87</sup> en aplicación de una medida obligatoria adecuadamente adoptada por la Unión Europea y los Estados miembros.

Yendo más lejos, y a mi juicio también con toda razón, el alegato de EURELECTRIC considera que el principio de precaución no puede dar lugar a un «alivio» de la carga de la prueba, ni a una inversión de la misma, porque de otro modo se estaría contraviniendo el principio general de *derecho de defensa* y el del *derecho a un juicio justo*.

En efecto, no alcanzo a comprender con qué fundamento podría ser condenado —ni a eliminar sus instalaciones, ni a responder por el hecho de su sola existencia— el empresario titular de una conducción eléctrica cuyos establecimiento y funcionamiento se ajustasen a lo prescrito por la normativa existente al respecto (hablo, claro está, de normativa referente a límites de exposición a campos electromagnéticos).

4. Cuando este trabajo estaba ya en imprenta, se ha dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Murcia una sentencia que considero concluyente a efectos de lo que he venido diciendo en las anteriores páginas.

Se trata de la dictada el 8 de febrero de 2002, en la demanda formulada por la comunidad de propietarios de un céntrico edificio de la ciudad de Murcia, siendo demandada una compañía eléctrica. La demanda reclamaba el cese o reducción de la exposición a los campos electromagnéticos procedentes del transformador ubicado en la planta baja del edificio y propiedad de la sociedad demandada. Se solicitaba así mismo una indemnización por la depreciación de las viviendas de los miembros de la comunidad actora.

La sentencia desestima la demanda y es ya firme.

La argumentación de los demandantes giraba sobre todo en torno a los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de febrero de 2001, que he tenido oportunidad de mencionar con detalle más arriba.

---

<sup>87</sup> Me veo obligado a traducir de esta forma la palabra inglesa *liability*, para evitar la redundancia a que de otro modo conduciría el texto en inglés. En este idioma, el pasaje a que me refiero dice: «*The general principle should be maintained that a person is not liable until evidence of his/her liability has been demonstrated in accordance with a legally enforceable measure properly adopted by the EU and Member States*».

La sentencia del Juzgado de Murcia que ahora me ocupa es, que yo sepa, la primera en España que ha tenido la oportunidad de analizar una completa información científica actual en torno a los campos electromagnéticos procedentes de conducciones o instalaciones eléctricas.

En su fundamento jurídico tercero se plantea con toda corrección la alternativa jurídica a que está sometida, en abstracto, una cuestión como la planteada por los demandantes. Es decir, la de contemplarla como acción de responsabilidad civil, dirigida a la obtención de una indemnización, o como acción negatoria, encaminada a la condena al cese de una inmisión eventualmente nociva.

La juzgadora de Murcia descarta en este caso la primera de esas dos perspectivas, al advertir que las «alteraciones» invocadas por los demandantes son «síntomas físicos subjetivos que sólo tienen reflejo en la afirmación de los testigos, sin aportación de prueba que lo corrobore»<sup>88</sup>.

Descartada, pues, la existencia de un daño, la resolución judicial, con todo acierto, dedica el resto de su análisis a lo que verdaderamente es el núcleo de toda controversia basada en una inmisión: la de si ésta alcanza o no, o supera, los límites de lo tolerable.

Más aun, la sentencia entra de lleno en la médula de la cuestión, que no es otra sino la de determinar si los conocimientos científicos actuales conducen a una conclusión de *duda*, como sostuvieron insistentemente los demandantes en el acto del juicio (cuya grabación me ha sido proporcionada, a instancias mías, por la compañía demandada), o si, por el contrario, el actual estado de la ciencia permite aseverar que *hasta ciertos límites de exposición no puede sostenerse que la duda exista*.

La importancia de este planteamiento dialéctico queda suficientemente puesta de relieve con la sola lectura de la sentencia de la Audiencia de Murcia de 13 de febrero de 2001, así como con la del Juzgado de Bilbao que me han ocupado más arriba. Se recordará que en las dos resoluciones se revelaba la *perplejidad* de ambos órganos judiciales, coincidentes en la premisa de que no está demostrada la nocividad de los campos electromagnéticos derivados de centros de transformación, pero tampoco su inocuidad.

En la sentencia del Juzgado 2 de Murcia, la que ahora comento, subyace una cuestión nada baladí (de la que antes me he ocupado), cual

---

<sup>88</sup> En un pasaje posterior de la resolución, y recogiendo lo expuesto en un informe pericial, se alude a lo que yo he llamado antes el «mundo de las aprensiones». En concreto, se cita la patología que en Psiquiatría se denomina «percepción distorsionada del riesgo», que se incluye dentro de las fobias y se define como la percepción de un riesgo como amenazante para la vida, sin que efectivamente lo sea.

es la de sobre cuál de las partes pesa la carga de la prueba. No obstante, el problema no se plantea en ella de forma directa y expresa. Más bien, parece que el Juzgado da por sentado que correspondía a la compañía demandada demostrar la inocuidad. Pero, en cualquier caso, lo evidente es que la demanda actuó (era lógico que así fuera) como si estuviese *claro* que era sobre ella sobre quien recaía el *onus probandi*.

Sentado así el debate, el esfuerzo probatorio de la empresa demandada no podía sino ir dirigido a la disipación de cualquier vacilación que sobre el órgano judicial pudiera gravitar. Duda admisible, en principio, si como es notorio no faltan «voces» que proclaman vehementemente el *no está claro*.

Por eso, la reflexión de la juzgadora centra su interés en la comprensión de lo que hoy permiten afirmar los conocimientos científicos. Lo que entrañaba, a su vez, la tarea de determinar *qué no es* el estado de la ciencia.

Y en este punto la sentencia hace una fina discriminación entre el saber científico autorizado y las opiniones no fundadas en investigaciones contrastadas ni debidamente sujetas a un debate científico propiamente dicho.

La resolución examina los argumentos científicos que están en juego (fundamentalmente, los que por mi parte he descrito en este mismo capítulo III del presente trabajo), llegando a la conclusión de que la exposición a campos electromagnéticos en límites inferiores a 100 microteslas no provoca efectos adversos para la salud de las personas; por lo que la «inmisión» del caso se califica como no civa.

En concreto, la sentencia confirma que la Recomendación de la Unión Europea de 12 de julio de 1999, que me ha ocupado largamente en este trabajo, es reflejo del estado actual de la ciencia en casos de suministro de energía eléctrica en frecuencia de 50 hercios y en el ámbito doméstico<sup>89</sup>.

La resolución judicial en suma, viene a dejar sentado, ante la creciente alarma social generada, que el estado actual de la ciencia confirma que no existe daño ni riesgo alguno para la salud dentro del límite de 100 microteslas (o su equivalente en fracción, de 100.000 nanoteslas). Este criterio fue ratificado en el juicio, con presencia per-

---

<sup>89</sup> La Recomendación, debe añadirse, fue ratificada el 25 de enero de 2002 en sesión celebrada en Madrid por el Comité Científico de la Unión Europea. El Comité, en la función revisora que le incumbe y que la lógica impone, aprobó el mantenimiento de los niveles de protección de la Recomendación de 1999.

sonal, por los Catedráticos D. Antonio Hernando Grande<sup>90</sup> y D. Juan Represa de la Guerra<sup>91</sup>.

La sentencia, amén de otros documentos y autoridades, menciona los siguientes como expresivos del estado de la ciencia: Comisión de Expertos del Ministerio de Sanidad y Consumo español, Recomendación del Consejo de la Unión Europea, Asociación Internacional para la Protección Radiológica (IRPA), Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos de Estados Unidos, Instituto Nacional de Normativas de Estados Unidos (American National Standards Institute), Comisión Internacional para la Protección contra Radiaciones no ionizantes (ICNIRP), Consejo Nacional de Protección Radiológica del Reino Unido (National Radiological Protection Board), Consejo Nacional de Protección Radiológica y Medidas de Estados Unidos, Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos (U.S. Federal Communications Commission) y Comité Europeo de Normalización Electrónica (CENELEC).

La lectura de esta resolución judicial me mueve a pensar que, como por cierto ocurrió en Estados Unidos en otro tiempo, según decía al principio, el *quid* de la cuestión reside en que se deje constancia inequívoca ante el juzgador (cosa que probablemente no ocurrió en el pleito que dio lugar a la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de febrero de 2001) de cuál es la opinión verdaderamente representativa del «estado de la ciencia», al ser éste un terreno muy propicio a la emisión —incluso con cierta «presencia social»— de afirmaciones tan alarmistas como carentes de soporte científico<sup>92</sup>.

En la sentencia del Juzgado de Murcia que ahora comento, el órgano judicial ha tenido la oportunidad (fruto de una prueba cabalmente articulada) de llevar a cabo la tarea *discriminatoria* que las circunstancias imponen. Al aludir a ciertos «documentos» aportados por los demandantes, la resolución advierte que *constituyen juicios de valor, no divulgados ni sostenidos en el ámbito científico, y que generan alarma*

---

<sup>90</sup> Se le identifica en la sentencia como Catedrático de Magnetismo de la Universidad Complutense de Madrid y miembro de la Comisión de Expertos en materia de Electromagnetismo de la Unión Europea, con referencia a su brillante curriculum científico.

<sup>91</sup> La resolución deja constancia de su calidad de Catedrático de la Facultad de Medicina de la Universidad de Valladolid, Director de Investigación en Biomedicina y Biología Molecular del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, miembro del Comité de Expertos en Ondas Electromagnéticas y Salud del Ministerio de Sanidad y Consumo español y miembro de la Comisión de Expertos en Radioacciones electromagnéticas de la Unión Europea; con alusión, también, a su cualificada bibliografía sobre la materia.

<sup>92</sup> La propia sentencia justifica su decisión, distinta de la adoptada en la de la Audiencia de Murcia. Se advierte que aunque en aquel otro pleito se enjuiciaba un supuesto esencialmente igual al que es objeto de este último litigio, en aquél no se contó con la documentación reveladora del estado de la ciencia.

*social en las personas que no tienen por qué entender de Física o Medicina*<sup>93</sup>.

El desenmascaramiento de la superchería o del fraude me trae a la mente algunos pasajes del recomendable libro del científico norteamericano Robert L. PARK. Me refiero a la obra *Ciencia o vudú (De la ingenuidad al fraude científico)*<sup>94</sup>.

En su capítulo 7 (*Corrientes de temor —o cómo las líneas eléctricas son sospechosas de producir cáncer—*)<sup>95</sup>, PARK denuncia, como suele decirse con nombre y apellidos, la trama que en su día se creó en Estados Unidos para dar lugar a un ambiente social de pánico hacia la exposición a campos electromagnéticos. Refiere la creación de «una atmósfera amenazadora de silenciosos e invisibles campos invadiendo hogares y escuelas, mientras se urdían conspiraciones para ocultar la verdad a la gente».

PARK aporta un dato sobrecogedor. La Oficina Científica de la Casa Blanca ha calculado que, hasta ahora, el coste total del pánico a las líneas eléctricas en Estados Unidos, incluyendo los gastos derivados de cambiar la ubicación de las líneas y las pérdidas en el valor de las propiedades como consecuencia de su proximidad, es superior a los 25.000 millones de dólares. Sin embargo, añade el autor, los tribunales no han estimado ninguna demanda basada en los efectos de los campos electromagnéticos sobre la salud humana<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> La cuestión llega a límites próximos a lo hilarante cuando en la sentencia se recoge la declaración de una persona, autora de un «informe» aportado por los demandantes y con notable presencia en los medios de comunicación en los últimos tiempos. Declaró en el juicio que «no es físico, ni médico, ni biólogo, habiendo realizado estudios universitarios a nivel de filosofía».

<sup>94</sup> Edición original de Oxford University Press, Nueva York, 1999. Y edición española de Grijalbo Mondadori, Barcelona, 2001.

<sup>95</sup> Páginas 205-235.

<sup>96</sup> PARK se refiere al fracaso de la «ciencia basura», que ciertos grupos o ciertos medios han intentado hacer pasar por verdadera ciencia. Y no me resisto a reproducir lo que escribe en las páginas 249-250: «... la ciencia basura plantea una cuestión más preocupante para la comunidad científica. La ciencia patológica que hemos examinado en los anteriores capítulos era consecuencia de científicos que se engañaban a sí mismos. La pseudociencia, en cambio, suele implicar la tendencia a llenar las lagunas de incertidumbre científica con puntos de vista basados en convicciones políticas o religiosas. En ambos casos es posible que los científicos estén equivocados o, incluso, que sean necios; pero se puede afirmar que, al menos inicialmente, creían que sus postulados eran ciertos.

*La ciencia se basa en el presupuesto de que no hay una intención deliberada de engañar. Pero en la ciencia basura nos enfrentamos a científicos —muchos de ellos con impresionantes credenciales— que elaboran razonamientos deliberadamente destinados a engañar o a confundir. Y, sin embargo, en general no llegan a alcanzar el nivel del fraude. Lejos de ello, se suele tratar de enrevesadas teorías acerca de que podría ser así, con pocas evidencias científicas —o ninguna en absoluto— que las respalden. Dado que normalmente tales teorías no se publican en la prensa científica al alcance de todo el mundo, ni se presentan en los congresos científicos, la ciencia basura puede existir íntegramente al*

Es innegable, pues, el mérito de la sentencia que me ocupa, al llevar a cabo el *discernimiento* contundente a la identificación del genuino estado de la ciencia.

Lo que, como no puede menos de ser, ha ocurrido y viene ocurriendo en casos similares que nos suministra la jurisprudencia extranjera.

A modo de ejemplo, me viene a la memoria el caso *Covalt contra San Diego Gas & Electric Company*, resuelto el 22 de agosto de 1996 por el Tribunal Supremo de California.

Covalt demandó en diciembre de 1993 a la compañía de Gas y Electricidad, alegando la pérdida de valor de su propiedad por la presencia o proximidad de líneas eléctricas. Se trataba de líneas de distribución, similares a las que existen en todo el país.

La demanda fue inicialmente rechazada por los Tribunales, por considerar que no era cuestión de su competencia.

Apelada por Covalt la primera decisión judicial, el Tribunal de Apelación de California resolvió, en febrero de 1995, que el órgano competente sobre instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica y, por lo tanto, sobre campos electromagnéticos, es la Comisión de Empresas de servicios públicos de California, y no los Tribunales de Justicia, por ser dicha Comisión la que dispone de los expertos científicos adecuados para juzgar sobre estas materias.

Recurrida por el actor la resolución de apelación ante el Tribunal Supremo de California, éste, en la sentencia antes citada, desestimó el recurso.

En aquel caso emitieron informe, como *amici curiae*<sup>97</sup>, catorce prestigiosos físicos, químicos y médicos de Estados Unidos, seis de ellos Premios Nobel y en muchos casos directores de departamentos universitarios y de primera fila. También se tuvo en cuenta el dictamen de la Asociación Médica Americana<sup>98</sup>.

---

*margen del ámbito del discursos científico, inmune a los mecanismos de autocorrección de la verdadera ciencia.*

*La ciencia basura constituye un ejemplo de ciencia vudú que sobrevive gracias a que evita totalmente el escrutinio de la comunidad científica».*

<sup>97</sup> Ya he señalado antes lo que significa procesalmente en Estados Unidos la figura del *amicus curiae*.

<sup>98</sup> En sus conclusiones, páginas 28 y 29, los expertos *amici curiae*, cuyo informe es de 22 de setiembre de 1995, manifiestan que «la mayoría de los científicos en la materia concluyen que no se ha establecido ningún peligro serio para la salud a causa de la exposición a intensidades normales de campos electromagnéticos de baja frecuencia». Y, citándose el llamado «ORAU Report (Oak Ridge Associated Universities, *Health Effects of Low Frequency Electric and Magnetic Fields*)», se advierte cómo tras haberse revisado más de 1.000 artículos publicados desde 1977 hasta 1992, no se ha encontrado «ninguna prueba convincente en la literatura publicada que apoye la tesis de que las exposiciones a campos

Y, volviendo de nuevo a la sentencia del Juzgado 2 de Murcia, no parece inoportuno señalar que en ella se tuvo presente el llamado «principio de precaución», también insistentemente invocado por los demandantes.

Haciéndose eco la juzgadora de lo que los documentos científicos puntualizan al respecto, la sentencia se cuida de decir que el límite de exposición de 100 microteslas colma las exigencias de una razonable «precaución». Es un límite con el que «*se está seguro de que (se) protege la salud de manera holgada y suficiente, pues se ha establecido con amplísimos márgenes de seguridad, a largo plazo, y respetando en más de 50 y 100 veces el nivel recomendado, atendiendo al principio de precaución*».

En el acto del juicio, el Profesor Represa ilustró muy gráficamente lo que, en materia de inmisiones electromagnéticas (en concreto las que en este caso se enjuiciaban), constituye observancia del «principio de precaución».

No se respetaría ese principio (de cuyos borrosos perfiles, por otra parte, he tratado antes) si los límites de exposición «normativos» coincidiesen con el *umbral* en el que la ciencia detecta efectos negativos sobre la salud humana. Por decirlo gráficamente, no se respetaría si esos efectos hubiesen sido comprobados *a partir de 100 microteslas*.

Pero no es éste el caso: los valores en que la ciencia actual ha observado efectos indeseables sobre las personas son formidablemente superiores al de 100 microteslas que la Recomendación Europea —y ya la legalidad española— han adoptado. Por eso, la sentencia acepta el criterio pericial de que el principio de precaución no puede tomarse en este caso como sinónimo de incertidumbre en las evidencias científicas<sup>99</sup>.

---

eléctricos y magnéticos de frecuencia extremadamente baja —generados por fuentes como electrodomésticos, aparatos de video y conducciones eléctricas— constituyan riesgos demostrables para la salud». Los *amici curiae* terminan su informe confirmando la decisión de la Administración competente (la California Public Utility Commission), en la opinión de que los riesgos derivados de los campos electromagnéticos, si hubiese alguno, son *demasiado indemostrados y demasiado especulativos* para justificar *cualquier* tipo de medida correctiva o preventiva.

<sup>99</sup> Creo que merece destacarse, ya que me refiero de nuevo al principio de precaución, que en la ilustrativa publicación *Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000. Environmental issue report No 22*, de la Agencia Europea del Medio Ambiente, Luxemburgo, Oficina para las Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2001, 210 páginas, no se recoge ninguna relación entre el principio de precaución y los campos electromagnéticos, a diferencia de lo que ocurre con otros muchos productos y servicios que allí se examinan (desde el amianto hasta las «vacas locas», pasando por el dióxido de sulfuro, el medicamento llamado DES, las hormonas para el crecimiento o los materiales radiactivos).

# COMUNIDAD AUTONOMA VASCA: ELECCIONES AUTONOMICAS DEL 13 DE MAYO DE 2001. LA COALICION ELECTORAL NACIONALISTA

Ignacio María Beobide Ezpeleta

## Introducción

La imposibilidad de acabar la legislatura por falta de suficiente apoyo parlamentario al Gobierno Vasco salido de las elecciones autonómicas de 1998, las celebradas durante la vigencia del Pacto de Lizarrar, obligó al adelantamiento de la consulta popular. El fin de la tregua de ETA y la actitud de EH contraria a la condena de la violencia están entre los factores que pueden explicar la desaparición de la colaboración entre todos los nacionalistas del Parlamento Vasco, cuya consecuencia fue la de un Gobierno con una minoría inferior a la de la oposición. Las elecciones se celebraron el 13 de mayo de 2001. El Partido Nacionalista Vasco y Eusko Alkartasuna concurren a las mismas formando coalición electoral.

El listado de resultados de la elección da lugar a los siguientes cuadros:

---

Censo:	1.813.356
Votantes	1.431.996
Nulos	6.219
Válidos	1.425.777
Blancos	11.508
V. candidaturas	1.414.269
Abstención	21,03%
Escaños	75

---

Partidos	Votos	%v.c.	Esaños
PP	326.933	23,12%	19
EB-IU	78.862	5,58%	3
PSE-EE/PSOE	253.195	17,90%	13
EH	143.139	10,12%	7
EAJ-PNV/EA	604.222	42,72%	33
Otros	7.918	0,56%	0 <sup>1</sup>

La suma de votos nacionalistas alcanzó la cifra de 747.361 frente a los 658.990 de los partidos de ámbito general o nacional. Se trata de la mínima diferencia habida (88.371 votos) en unas elecciones autonómicas vascas. La máxima diferencia entre partidos nacionalistas y no nacionalistas se produjo en 1986, alcanzando un total de 428.422 votos. En cuanto a esaños, los nacionalistas sumaron 40 frente a 35 de los no nacionalistas, es decir, perdieron un esaño en relación con las anteriores elecciones de 1998. Desde las primeras elecciones autonómicas, las de 1980, a estas últimas, los nacionalistas habían pasado del 70% de los esaños parlamentarios al 53,33% y los no nacionalistas del 30% al 46,66%. Las diferencias en votos y esaños por bloques desde 1980 hasta la actualidad se pueden observar en el siguiente cuadro:

Año	1980	1984	1986	1990	1994	1998	2001
Nacionalistas V	590.691	694.238	776.706	670.919	575.629	682.958	747.361
E	42	49	52	50	41	41	40
No nacional. V	288.912	363.352	348.284	321.926	442.730	567.607	658.990
E	18	26	23	25	34	34	35

El cuadro de porcentajes sobre el censo desde 1980 hasta 2001 es el siguiente:

Año	1980	1984	1986	1990	1994	1998	2001
Nacionalistas	37,98	43,80	46,77	39,74	32,91	37,49	41,21
No Nacional.	18,57	22,91	20,96	19,08	25,31	31,16	36,64 <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Información electoral de Euskadi 1977-2001, Gobierno Vasco, Departamento de Interior, Dirección de Procesos Electorales y Documentación.

<sup>2</sup> El número de esaños en el Parlamento Vasco de 1980 era de 60. Para los cuadros ver fuentes indicadas en mi trabajo «Elecciones al Parlamento Vasco de 25 de octubre

En este trabajo se trata de analizar los argumentos que la coalición nacionalista desarrolló durante la campaña para fundamentar y justificar su petición de voto. Su análisis minucioso permitirá descubrir la calidad y legitimidad (en el sentido de conformidad de los conceptos utilizados con la realidad de las cosas) de las razones invocadas. Para ello se utiliza, fundamentalmente, la prensa diaria en su papel de transmisora o fuente de información<sup>3</sup>.

La batalla electoral se libró entre el Partido Popular, el Partido Socialista, Euskal Herritarrok y la Coalición Nacionalista con unas expectativas de triunfo muy abiertas, lo que supuso una novedad en elecciones autonómicas. A diferencia de lo ocurrido en las elecciones generales de 1977, 1996 y 2000, en las que se había producido el triunfo de los partidos de ámbito general o nacional, nunca la suma de votos de estos partidos había ganado en unas elecciones autonómicas. Es más, ni siquiera se había confiado en ello. Únicamente el PSE había obtenido más escaños que ningún otro partido en las elecciones de 1986, en las que, por otra parte, la suma de escaños nacionalistas alcanzó el total de 52 en un Parlamento de 75.

Aunque este estudio analiza la campaña de la coalición nacionalista, previamente se dibujan las líneas básicas de lo que fueron las campañas del PP, PSE y EH contra las que, en buena medida, la de la coalición fue una respuesta. El contexto, en que tuvieron lugar, fue angustioso y agresivo, y las campañas del PP y PSE son una buena prueba de ello. Lo mismo cabe deducir de la campaña de la coalición, aunque en ocasiones se tratara de ocultarlo. No se debe olvidar que, en pleno siglo XXI y dentro de la Unión Europea, la seguridad universal de los individuos, que es la primera condición de legitimidad no ya del Estado de Derecho, sino del mero Estado, estaba en entredicho, como lo estaba, aún más, la garantía de los derechos fundamentales, la esencia misma del Estado de Derecho. Hobbes y Locke se habrían quedado pasmados si hubieran visto, más de tres siglos después, un contexto en el que el orden y la seguridad, por un lado, y la vida y libertades, por otro, pudieran ser, todavía, objeto de división entre quienes se consideraban contrarios a la violencia.

---

de 1998», *Revista Estudios de Deusto*, vol. 46/2, Julio-Diciembre 1998, p. 12, nota 2, más elaboración propia.

<sup>3</sup> Los periódicos utilizados son *El Correo*, *Deia*, *Gara*, *El País* y *El Mundo*. Nada nuevo que decir sobre la cuantificación de los datos, estructura del trabajo, metodología, unidades informativas, anotaciones y formas de citas, que no esté recogido en mis trabajos anteriores. Ver en este sentido «Prensa y elecciones generales en Euskadi (12 de marzo de 2000) o las elecciones al “zoco moruno”», *Revista Estudios de Deusto*, vol. 48/2. Julio-Diciembre 2000, p. 11, nota 2.

El Partido Popular, cuyos contenidos programáticos se recogen a lo largo de este trabajo (lo mismo se hace en el caso de los demás partidos), desde el primer momento insistió en su objetivo de ser la alternativa política al nacionalismo para ganar la libertad, defender la vida, impedir que el miedo fuera el hecho diferencial de Euskadi y conseguir que los violentos dejaran de mandar y matar. Para Mayor Oreja el adversario no era el Partido Socialista, al que reconoció su apuesta por la defensa de la libertad, la Constitución y el Estatuto, ni siquiera los nacionalistas moderados, a quienes en repetidas ocasiones les pidió el voto, sino los radicales, entre los que incluía al EBB presidido por un Arzalluz, creador de miedo y anclado en un pasado de rencor y odio. Mayor centró su actuación contra el presidente del PNV, marginando y olvidando habitualmente a Ibarretxe.

El objetivo popular era derrotar un régimen, el régimen nacionalista, del que las distintas formaciones nacionalistas formaban parte de una u otra manera, bien mediante la ofensiva política de Arzalluz o bien mediante la del terror de ETA. El Pacto de Lizarra era, según la versión del PP, la institución para consolidar el régimen en el que unos mataban y otros dirigían, unos asesinaban y otros mentían. La permanencia nacionalista en el poder aportaría más Pacto de Lizarra, cosa que se estaba tramando, según opinión del PP, a través del intento de una nueva tregua que permitiese realizar al PNV lo que más deseaba, la alianza con EH y ETA, especialmente en el caso de ser necesaria para llegar y mantenerse en el Gobierno. El voto al PNV suponía, pues, apoyar a su actual dirección y prolongar el poder de ETA durante muchos años. ETA, por su parte, había decidido estar en la investidura, y la intervención de Arzalluz, afirmando la inevitabilidad de aceptar los votos de EH, lo confirmaría. El PNV estaba utilizando, una vez más, el fin de la violencia como excusa política mediante pactos con los terroristas, orientados a destruir la convivencia. El PNV tenía elaborada una estrategia de convergencia con ETA. Entre ETA y PNV existía una convergencia de raíz. La vinculación entre terrorismo y nacionalismo seguiría dándose, mientras el nacionalismo tuviese el proyecto de separar el País Vasco de España.

Esta presentación de la coalición nacionalista, especialmente el PNV, como parte de un todo compacto e indivisible, es, tal vez, el elemento más destacable de la campaña popular. Según esto, vencer y desalojar a los nacionalistas del Gobierno Vasco era la condición necesaria para derrotar a ETA.

El Partido Popular pretendía lograr un Ejecutivo comprometido con el ejercicio democrático del poder, con el autogobierno, con la cultura vasca, con el apoyo a las víctimas y con el fin de ETA, es decir, cerrar

la transición en Euskadi. Hacia la mitad de la campaña Mayor mostró su opinión favorable a gobernar con el PSE, aunque no obtuviesen la mayoría absoluta.

La censura al nacionalismo alcanzó al Concierto Económico por utilizarlo como instrumento de beligerancia con la Unión Europea y contra las Comunidades limítrofes con el País Vasco. La aplicación desmedida y abusiva del mismo y la pasividad del Gobierno vasco, en opinión de Mayor Oreja, situaron al Concierto al borde del precipicio y llevaron a un tribunal europeo a acusar al régimen fiscal del País Vasco de vulnerar la libre competencia; su integridad se salvó gracias a la defensa hecha por el Gobierno español y a su consideración de régimen fiscal constitucional. El Concierto era para los populares una de las columnas vertebrales de los vascos, pieza clave de la identidad vasca e instrumento primordial de su economía. Otras críticas denunciaron las mentiras y la infamia de Ibarretxe (Mayor llamó «la mentira de la campaña» a la promesa de no gobernar con los votos de EH, y consideró que, aunque no había alianza con el PSE, tendría más decencia que la del PNV con ETA y EH), la incapacidad de los nacionalistas de hacer un país cómodo para todos, el clientelismo institucional, la insensibilidad hacia el sufrimiento de los populares y socialistas amenazados por ETA, el deseo del PNV de ver muerto el Estatuto, el nacionalismo independentista más propio de los Balcanes que de la Europa del siglo XXI, la falta de valores y principios, la práctica del mayor y peor pelotazo de vivir del miedo de los demás y la deslealtad y traición democráticas<sup>4</sup>.

Para el PSE las elecciones eran la ocasión para derrotar al fascismo, al fanatismo, a la intransigencia, a la impunidad y al miedo. La alternativa estaba entre la impunidad y la justicia. El triunfo del PNV (la coalición nacionalista para el PSE era prácticamente el PNV) significaría que le había salido gratis la traición de Lizarra, la cesión a ETA de la libertad socialista, no la de los nacionalistas, y su desprecio a las víctimas; así mismo, el triunfo del PNV acarrearía la potenciación del frente nacionalista, la tibieza policial contra ETA, la persecución social contra los constitucionalistas y el aumento de los exiliados por cuestiones ideológicas, políticas o miedo. Pero el nacionalismo sabía que iba a perder por la desertión de sus votantes, a los que en repetidas ocasiones se les pidió el voto.

---

<sup>4</sup> Ver *El Correo* 27-4-2001 (21); 28-4-2001 (20); 29-4-2001 (30); 30-4-2001 (15); 1-5-2001 (19); 2-5-2001 (22); 3-5-2001 (19); 4-5-2001 (20); 5-5-2001 (23); 6-5-2001 (30); 7-5-2001 (21); 8-5-2001 (22); 9-5-2001 (20); 10-5-2001 (21); 11-5-2001 (18); 12-5-2001 (19).

Su proyecto era constitucionalista, estatutario y defensor del cambio tranquilo sin revanchas ni olvidos, que partía del reconocimiento y denuncia de la falta de libertad en Euskadi. Ante tal situación no había que hacer distinciones entre la derecha y la izquierda, sino más bien superar las propias siglas de identidad política. Por encima de las diferencias entre derecha e izquierda estaban la vida y la libertad. El PSE pretendía rescatar al euskera del nacionalismo; respetar cultura, lengua y autogobierno vascos y negar toda financiación de organizaciones que pretendiesen superar el Estatuto.

El PSE pretendía liderar un Gobierno, aunque fuera en minoría, que recuperase la unidad democrática para instaurar la libertad perdida y para ganar a ETA y no para pagarla; un Gobierno que dedicase sus energías a combatir a ETA desde los medios públicos de comunicación, las instituciones democráticas y la política educativa orientada a cortar cualquier elemento de totalitarismo. La unidad contra ETA exigía la renuncia a la violencia y el respeto a la Constitución y al Estatuto. Los socialistas aspiraban a gobernar para que los nacionalistas no sufrieran como ellos; sólo los violentos serían condenados a un «túnel de angustia y fracaso». Redondo puso especial interés en ofrecer el apoyo y cobijo de un Gobierno vasco constitucional, estatutario y de unidad democrática a los empresarios afines al nacionalismo, recordándoles que el PNV no era moderación, sino radicalidad. Se prometía un orden público, sin el que era imposible la libertad, que limpiara las calles del matonismo de ETA y de la inseguridad, que habían aumentado durante los dos últimos años de gobierno nacionalista.

A pesar de que la prioridad socialista de la campaña quiso ser la explicación de su proyecto político, la crítica al PNV ocupó buena parte de la misma. Así, la impericia de pactar con ETA y HB, que no trajo más que zonas de impunidad, miedo e inseguridad; la frivolidad de la pérdida de libertades de muchos vascos al considerarlas chiquilladas; la baja catadura moral por dejar el Gobierno en manos de ETA, a la que Redondo, por otra parte, responsabilizaba directamente; la responsabilidad política de la violencia; la consideración de personaje sin catadura moral, mentiroso («el gran mentiroso de esta campaña»), desmemoriado, dócil, incapaz y sin energía atribuida a Ibarretxe por diversos motivos como gobernar, negándolo, durante dos años con los votos de Josu Ternera y por sus acusaciones al PSE de sometimiento al PP; la campaña del miedo, campaña apocalíptica, del PNV, por sentirse perdedor; la responsabilidad de Arzalluz y Egibar en dar legitimidad a ETA y a la «kale borroka»; la condición del PNV de haber sido el único partido que no cedió nada en la transición política; el precio político que puso a la paz; el desarrollo de un nacionalismo etnicista, antidemocrático y tota-

litario; la indecencia y zafiedad de Arzalluz (que representaba lo más triste y oscuro de la historia de España) por la acusación de buscar votos con los asesinatos y desear que desapareciese Redondo; y la inculcación en los batzokis del odio a los socialistas y a los constitucionalistas. Fueron ciertas intervenciones de Felipe González y Zapatero las que trataron de suavizar la crítica descarnada contra el nacionalismo del PNV.

La política de pactos se anunciaba para después de las elecciones, aunque se consideraba imposible (en alguno ocasión se dijo que sería muy difícil) aliarse con el nacionalismo de Estella, de la autodeterminación y de las relaciones con ETA. Un PNV en la oposición tendría que recapacitar para encontrar, de nuevo, a los socialistas. Felipe González defendió la necesidad de recuperar un gran espacio de convivencia con todos los demócratas, que incluía a sus «amigos» del PNV, a quienes pedía rectificar tras su dramático error con ETA. Pero la tesis básica en materia de pactos y gobierno era el entendimiento con el Partido Popular<sup>5</sup>.

Con respecto a EH, cuya campaña es objeto de otro estudio pormenorizado, basta decir que su campaña fue una repetición constante de la defensa del derecho a la soberanía e independencia que correspondía a Euskal Herria por ser nación, interpretadas, además, como el requisito imprescindible para la solución de cualquier problema de los vascos desde la política hasta la vivienda o la salud. De acuerdo con esto, la atención se centró en la denuncia de la coalición nacionalista, por no aceptar su oferta de alianza para la construcción nacional y la soberanía, y en el virulento rechazo del Partido Popular con criterios muy semejantes a los utilizados por el PNV y EA, es decir, los criterios que lo definían como el «enemigo» del pueblo vasco.

## La campaña del Partido Nacionalista Vasco

A pesar de que la prensa abundó más en el papel de formación de opinión con muchas colaboraciones, que dieron lugar a numerosos ar-

---

<sup>5</sup> Ver *El Correo* 27-4-2001 (22); 28-4-2001 (18); 29-4-2001 (29); 30-4-2001 (20); 1-5-2001 (17); 2-5-2001 (21); 3-5-2001 (20); 4-5-2001 (21); 5-5-2001 (24); 6-5-2001 (29); 7-5-2001 (23); 8-5-2001 (22 y 26); 9-5-2001 (21); 10-5-2001 (20); 11-5-2001 (20); 12-5-2001 (20). No hubo censura del Partido Popular, sino reconocimiento de los valores en los que coincidían. Sí hubo, por el contrario (se puede comprobar en los lugares citados en esta nota), una reducida, pero contundente descalificación de Izquierda Unida y de su candidato, Madrazo. En este sentido se dijo: votar a IU era votar al nacionalismo; IU era el protegido del PNV, la derecha más recalcitrante del país; IU hacía el trabajo sucio del PNV y devolvería el favor de rebajar del 5% al 3% el mínimo electoral de votos para sacar escaños con su apoyo en el Parlamento; Madrazo era el tonto útil para justificar que Estella no era nacionalista, que estaba al servicio de quien le pagaba.

títulos, comentarios y varios Editoriales, no por ello el aspecto informativo se redujo, si se le compara con el de otras campañas. En relación a la campaña de las autonómicas de 1998, la información de la del 2001 fue mayor alcanzando un total de 1.898 unidades, de las que 172 correspondían a los resúmenes del programa electoral, que directamente ofrecía la prensa, es decir, sin ningún tipo de mediación de los participantes políticos. Tuvo una extensión muy semejante a la de las Generales del 2000.

La distribución de los contenidos de la campaña es la siguiente: el 40,72% de espacio lo ocupa la imagen de partido (en este caso, coalición del PNV-EA); la crítica a los Partidos Políticos y a los medios de comunicación alcanza el 59,28%. La imagen política o proyecto político se concreta, en primer lugar, en la defensa de creencias, mitos y objetivos políticos nacionalistas (nacionalismo), que alcanzan la cota del 16,92% de la imagen y el 6,89% del total de la campaña; en segundo lugar, en objetivos o contenidos no nacionalistas, tales como el diálogo, las víctimas del terrorismo, la integración social, el debate electoral no realizado, la eficacia del nacionalismo o los resultados electorales, con un 42,38% de la imagen y un 17,26% del total de la campaña; y, en tercer lugar, con el proyecto de gobierno o gobierno postelectoral, que alcanza el 40,68% de la imagen y el 16,57% del total de campaña.

La crítica a los Partidos Políticos y a los medios de comunicación afecta, en primer lugar, al Partido Popular con el 52,88% de esta sección y el 31,34% del total de la campaña; en segundo lugar, a la pareja ETA-HB con un total de 22,67% y 13,43% (18,96% y 11,23% para la primera, ETA, y 3,71% y 2,2% para la segunda, EH); en tercer lugar, al Partido Socialista-EE con un 17,49% de la crítica y un 10,37% de la campaña; y, en último lugar, a un conglomerado de sujetos que va desde los medios de comunicación hasta asociaciones como Basta Ya con 6,93% de crítica y un 4,1% del total. Este último apartado, en realidad, no es más que una crítica añadida a los Partidos Popular y Socialista, tal como se podrá comprobar a lo largo de este trabajo, como también lo es, en parte, el debate sobre el debate. Con todo ello, la censura al Partido Popular acapara una cuota mayor que la indicada. Por otra parte, la crítica a populares y socialistas es la crítica al «enemigo» y, por tanto, es parte de la identidad negativa del nacionalismo. La campaña de la coalición utiliza a favor de su causa mucho más el recurso del enemigo que la versión positiva de su propia imagen.

Participaron en la campaña (vista desde la prensa de Bizkaia) Ibarretxe, Arzalluz, Oliveri, G. Knör, Garaikoetxea, Intxaurraga, J.M. Atutxa, Imaz y B. Errasti. El protagonista de la misma fue el candidato por la coalición PNV-EA, Ibarretxe, que acaparó el 52% de las actua-

ciones nacionalistas y el 72% de los contenidos nacionalistas manifestados. Por el número de intervenciones sólo tuvieron alguna pequeña relevancia las participaciones de Arzalluz y J.M. Atutxa. En cuanto a la extensión cuantitativa de las intervenciones, la de Arzalluz estuvo cerca del 15% del total, siendo todas las demás insignificantes. La campaña estuvo en manos de los hombres del PNV, que protagonizaron el 77% de las intervenciones y manifestaron el 91% de los contenidos.

#### A) *La identidad o imagen de la coalición PNV-EA*

##### 1. Nacionalismo (la utilización del nacionalismo como argumento electoral)

Ya se ha escrito más arriba que no llegó al 7% del total de la campaña el recurso a argumentos nacionalistas en la petición del voto para la coalición PNV-EA. Por lo que se refiere a las características de tales argumentos, el programa electoral señalaba como principios y objetivos básicos los siguientes: «A) Incorporar el respeto a las decisiones de la sociedad vasca y el reconocimiento del derecho a decidir su propio futuro, que supone: El respeto a las instituciones y a los marcos jurídicos construidos hasta ahora por la voluntad mayoritaria de los vascos y de las vascas, y el respeto, también, a la legitimidad democrática de las opciones de cambio, actualización y modificación de los mismos. —El respeto a que la sociedad vasca sea consultada para que pueda ejercer su derecho a decidir libre, pacífica y democráticamente su propio futuro. —El respeto, en suma, al reconocimiento del derecho de autodeterminación del Pueblo Vasco en los términos en que ya fue aprobado por el Parlamento Vasco en 1990, estableciendo las relaciones institucionales que considera más adecuadas y respetando la voluntad de los ciudadanos y ciudadanas de cada ámbito político y administrativo en los que éste actualmente se articula.

#### B) *Definir un nuevo contenido material de autogobierno político*

Euskadi tiene el derecho a completar su propio marco convivencial y competencial. Este marco debe comprender, entre otros, los siguientes aspectos materiales:

- Un espacio socioeconómico, de relaciones laborales y de protección social plenamente propio y de competencias completas.
- Un régimen de autonomía económico-fiscal y financiera de reconocido carácter general y en igualdad de condiciones con cualquier otro régimen de esta naturaleza en la Unión Europea.

- Una capacidad de autoorganización institucional plena (instituciones de autogobierno y de vertebración institucional interna, función pública, diseño de los poderes ejecutivo y judicial, etc.).
- Un sistema educativo, cultural, deportivo, etc., propios.
- Un marco de garantías y de participación eficaz de las instituciones vascas en todos los ámbitos, incluidos los internacionales.

C) *Posibilitar la relación institucional entre los territorios vascos*

En virtud de sus propios derechos históricos y de su voluntad política, la Coalición EAJ-PNV/EA defiende que las actuales Comunidades Autónoma Vasca y Foral Navarra tienen el derecho a poder establecer cualquier modalidad de relación institucional sin que les sea de aplicación norma alguna que prohíba su federación.

Del mismo modo, debe garantizarse la libertad de establecer cualquier modalidad de asociación y/o cooperación con los territorios vascos de Iparralde, sin más límite que el de la voluntad de sus ciudadanos y ciudadanas y de las instituciones que les representan democráticamente.

D) *Adecuar nuestro marco jurídico-político a la nueva realidad europea y tener voz propia en Europa y en el mundo*

La necesaria actualización de los Derechos históricos del Pueblo Vasco en el contexto europeo actual requiere la presencia directa de las instituciones vascas en la Unión Europea, en representación y defensa tanto de su identidad singular, como de sus competencias y políticas públicas. Por ello, la Coalición EAJ-PNV/EA entiende que del reconocimiento de la existencia de Euskadi como sujeto político se deduce asimismo la necesaria articulación de mecanismos y decisiones que hagan efectivo dicho reconocimiento ante y en la Unión Europea.»<sup>6</sup>

Estos objetivos políticos eran parte de un programa electoral titulado «Un nuevo modelo de sociedad para un nuevo siglo», que incluía los siguientes apartados: I. Un nuevo escenario para la Paz y la convivencia; II. Un nuevo modelo de crecimiento económico sostenible; III. Un nuevo modelo de formación y de empleo para profundizar en la integración social y prosperar en la Sociedad del Conocimiento; IV. Un

---

<sup>6</sup> Programa Electoral. Elecciones Autonómicas, 13 de mayo de 2001. EAJ-PNV/EA, pp. 65-67.

nuevo modelo social y cultural; V. Un nuevo modelo de autogobierno. A este último apartado pertenecían los objetivos políticos antes indicados, cuyo sentido se establecía en el primero, el dedicado a la paz, al afirmar que los tres pilares fundamentales de la misma eran el derecho a la vida y a la libertad de todas las personas, el dialogo político para lograr la convivencia social y el respeto a las decisiones de los ciudadanos y ciudadanas vascas. Los objetivos políticos del autogobierno, entre los que se incluía la autodeterminación, eran parte de uno de los pilares de la paz; eran, pues, en cuanto pilares fundamentales, previos a la paz. El programa parecía responder en este punto a los planteamientos del Pacto de Lizarra, que establecía la consecución de los fines políticos nacionalistas como condición de la paz.<sup>7</sup>

En la campaña se hizo alusión al Pacto de Lizarra, al Estatuto de Gernika, a la autodeterminación y a la soberanía (soberanismo, en términos nacionalistas). Detrás de todos estos conceptos estaba la convicción de que Euskadi era una nación, que en unas ocasiones expresamente se afirmaba y en otras actuaba como un supuesto<sup>8</sup>.

En ningún momento se reconoció que el pacto de Lizarra había sido un fracaso<sup>9</sup>. Arzalluz, para quien todo cuanto había hecho el PNV lo había hecho por la paz, incluido Lizarra<sup>10</sup>, dijo que hasta los socialistas estuvieron a punto de entrar en él, insinuando la valía del mismo<sup>11</sup>. Ibarretxe reconoció su legitimidad, así como la del Pacto de Ajuria Enea, pero anunciaba que el futuro de la paz exigía poner en marcha instrumentos diferentes a los utilizados en Lizarra<sup>12</sup>. Únicamente Garaikoe-txea, refiriéndose a la tregua de ETA, dijo que «nos hemos equivocado» y añadió que ante otra improbable tregua se iban «a tentar todos la ropa»<sup>13</sup>. Pero el PNV y EA, se quiso dejar bien claro en la campaña, no habían pactado con ETA, ya que ésta rechazó las condiciones democráticas exigidas; simplemente se había negociado con ETA, como en su momento y lugar, Argelia o Suiza, habían hecho socialistas y populares<sup>14</sup>. Otegi no fue de la misma opinión, cuando afirmó que el PNV

<sup>7</sup> Ver O.c., p. 2.

<sup>8</sup> Ver *El Mundo* 1-5-2001 (8).

<sup>9</sup> Ver mi trabajo «Prensa y elecciones generales en Euskadi (12 de marzo de 2000) o las elecciones al “zoco moruno”»; *Revista Estudios de Deusto*, vol. 48/2, Julio-Diciembre 2000, págs.15-20.

<sup>10</sup> Ver *El Correo* 7-5-2001 (24). Como todo se había hecho por la paz, el PNV no iba a pedir perdón a nadie, manifestó Arzalluz; ver *Deia* 27-4-2001 (14); *El Mundo* 7-5-2001 (9).

<sup>11</sup> Ver *El Correo* 9-5-2001 (18).

<sup>12</sup> Ver *El Correo* 11-3-2001 (25).

<sup>13</sup> *El Mundo* 8-5-2001 (6).

<sup>14</sup> Ver *El Mundo* 7-4-2001 (9) y *El País* 7-5-2001 (17).

y EA habían incumplido los compromisos «con EH y también con ETA. Suscribieron un pacto con ETA. Evidentemente. Ellos lo niegan ahora, pero todos lo hemos visto en un papel...»<sup>15</sup>.

La defensa del Estatuto parecía ser uno de los instrumentos de los que hablaba Ibarretxe, ya que, si bien durante la vigencia del Pacto de Lizarra el Estatuto había merecido la calificación inexacta de Carta otorgada, ahora recibía un reconocimiento explícito por su eficacia para sacar al País Vasco del «pozo del franquismo» y, sobre todo, por las posibilidades de cambio político que abría. Lo que había sido considerado como una norma superada e inservible, el nacionalismo lo utilizaba ahora para defenderlo en su integridad. Esta actitud permitía hacer de la defensa del Estatuto un instrumento de ataque contra Euskal Herriarrok, ya que éstos no lo respetaban, y contra socialistas y populares, porque éstos ni lo habían desarrollado en su integridad durante los 21 años precedentes, ni respetaban su potencialidad política de transformación y superación, y, para colmo, trataban de reducirlo al máximo<sup>16</sup>. La defensa de su desarrollo integral, que se exigía a socialistas y populares, era un paso previo y gradual, que, sin pérdida de continuidad, permitiría ir hacia un más allá político. Ibarretxe subrayó que el ordenamiento jurídico (marco actual en la jerga nacionalista) permitía ir «más allá y no quedarnos donde estamos»<sup>17</sup>. La defensa nacionalista del Estatuto era, pues, integral y ello daba ocasión para pedir a los populares y socialistas que aclarasen si pensaban respetar la supuesta capacidad de la sociedad vasca para decidir su autogobierno, cuestión que parecía identificarse con el famoso ámbito vasco de decisión, y éste, a su vez, fundamentarse en una interpretación inconstitucional del Estatuto<sup>18</sup>. Con este supuesto, se entienden perfectamente las afirmaciones de Ibarretxe de que «el Estatuto es nuestro y creemos en él» y que, por el contrario, «no respeta la legalidad vigente quien no respeta el Estatuto ni las opciones de cambio y actualización que se pueden formular desde él mismo»<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> *El Correo* 9-5-2001 (26).

<sup>16</sup> Ver, v.g. *El Correo* 11-5-2001 (25), donde Ibarretxe dice: «Yo respeto las ideas del PP y del PSE. Aunque quieran reducir el Estatuto como la cabeza de un jibaro y luego intenten reírse de la sociedad diciendo que son defensores del autogobierno».

<sup>17</sup> *El Correo* 1-5-2001(18).

<sup>18</sup> Ver *El Correo* 1-5-2001 (18); ver, también, *Deia* 1-5-2001 (13); *El País* 1-5-2001 (14); *El Mundo* 1-5-2001 (8); *Gara* 1-5-2001 (16). El autogobierno (y su ampliación) no sólo se justificó con el argumento de la nación vasca, sino con los criterios de eficacia y mejor gestión nacionalista del poder; ver *Deia* 2-5-2001(13).

<sup>19</sup> *El País* 1-5-2001 (14).

Egibar, quien en estas circunstancias tenía que apoyar el Estatuto, lo hizo con su peculiar conocimiento del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política. Insistió en el valor del Estatuto de Gernika y en la necesidad de su cumplimiento, añadiendo que tanto PNV como EA eran pactistas y que la política de pactos y acuerdos era buena «si se parte de la soberanía de las partes» y no «cuando se quiebran unilateralmente. Eso es lo que ha ocurrido con el Estatuto durante estos años»<sup>20</sup>.

Nótese que esta interpretación tenía tanto de ignorante, pues no era cierto que la autonomía constitucional se desarrollara entre sujetos soberanos, como de cínica, ya que había sido el PNV el que había puesto en cuestión el Estatuto en el Pacto de Lizarra. Otra cosa distinta sería afirmar que la Constitución creaba un modelo de autonomía semejante en algunos elementos al federalismo, donde tenían cabida procedimientos de colaboración entre órganos centrales y autonómicos del Estado. El mismo juicio se merece la siguiente afirmación de Egibar de que para Madrid la CAV «cada vez es más una comunidad y menos una nacionalidad, pero la realidad es otra. El sentido de pertenencia a una comunidad política en este país es cada vez mayor»<sup>21</sup>. Los resultados electorales demuestran la inexactitud de semejante afirmación, al compararlos con los datos de la década de los 80. Ibarretxe contribuía al engaño al incluir dentro de la cifra del 65% favorable a sus tesis a los partidarios de la independencia, a los defensores del autogobierno absoluto (concepto indescifrable, si se le separa de la independencia) y a los que propugnaban el aumento de autogobierno<sup>22</sup>. El mismo Egibar, ante la presión de EH que exigía al PNV definirse o por la autonomía o por la independencia, interpretaba ambos conceptos como elementos de una misma categoría política y, por ello, partes sucesivas de un proceso lineal de desarrollo. La distinción no sería cualitativa, sino cuantitativa. La soberanía sería el máximo de autonomía o autogobierno. El ejemplo de Egibar, como no podía ser menos, estaba tomado del juego del levantamiento de piedras. Para levantar la piedra de 329 kgs. (soberanía) había que levantar primero la de 300 kgs. (autonomía). «Estamos hartos de oír —añadió— que el autogobierno no es nada; eso lo dicen los que no han salido nunca a levantar siquiera la de 250. Nosotros no tenemos nada que demostrar». Previamente había dicho: «No vamos a organizar un campeonato de abertzales»<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Gara 3-5-2001 (16).

<sup>21</sup> Gara 3-5-2001 (16); a Egibar le «baila» el término «comunidad».

<sup>22</sup> Ver Gara 6-5-2001 (17) y *El Mundo* 6-5-2001 (12).

<sup>23</sup> Gara 10-5-2001 (17).

Este planteamiento gradual se utilizaba para plantear la autodeterminación (sin utilizar el término) como una consecuencia lógica de la legalidad vigente, a la que los defensores de la Constitución no podrían oponerse más que negando sus propios fundamentos jurídicos y políticos. La coalición nacionalista, por su parte, manifestaba su decisión de aceptar cualquier resultado que se derivase de una consulta popular y, como se ha visto, exigía a populares y socialistas que se definiesen en tal sentido<sup>24</sup>.

La tosquedad de semejante línea argumental está, no hace falta decirlo, en interpretar que la Constitución ampara y defiende el derecho de autodeterminación del pueblo vasco en lugar del pueblo español o además de la del pueblo español; en pedir a populares y socialistas el respeto al resultado de una hipotética consulta contraria al ordenamiento jurídico, pero presentada como constitucional, sugiriendo con sus exigencias el carácter antidemocrático, anticonstitucional y anti vasco de los mismos; y en presentar como un signo de democracia del nacionalismo su aceptación de cualquier resultado derivado de una consulta popular (referéndum), cuando ello supondría aceptar la ideología nacionalista de la existencia objetiva de la nación vasca en cuanto sujeto colectivo con la autodeterminación como un derecho. No se hablaba de la autodeterminación como instrumento, sino del derecho de autodeterminación. El carácter burdo de esta argumentación era mucho menor desde el punto de vista práctico e ideológico, si se considera que la utopía nacionalista del derecho de autodeterminación se presentaba para que los «enemigos» lo negasen y, de este modo, el PNV y EA pudieran presentarse como los defensores de todos los derechos de los vascos. Para los nacionalistas la fuerza electoral del derecho a la autodeterminación venía más de su rechazo que de su afirmación. Era más un argumento electoral, un signo de identidad, que una demanda.

Pero lo que se presentó como una conclusión jurídica no era más que una cuestión de madurez, al afirmar Ibarretxe que «somos mayores para decidir más cosas por nosotros, para ser lo que queramos»<sup>25</sup>. Así, si el derecho no justificaba la autodeterminación, la justificaba, en cambio, la mayoría de edad de los vascos, que, en opinión obligada, ya que se manifestó en un encuentro con casas regionales, eran todos, los nacionalistas y los no nacionalistas. «Todos somos vascos —dijo— los nacionalistas y los no nacionalistas. Y entre todos tenemos que cons-

---

<sup>24</sup> *Ibidem.*

<sup>25</sup> *Ibidem.*

truir un pueblo para todos, sin fronteras y sin revanchas», porque «la clave no es de donde venimos, sino adónde queremos ir todos juntos»<sup>26</sup>.

La ausencia total de rigor en la argumentación no impedía ver la utilización partidista de la legalidad estatutaria, que pretendía mostrar a los nacionalistas como a los únicos auténticos defensores del Estatuto y, sobre todo, quitar a populares y socialistas su bandera electoral a favor de la Constitución y del Estatuto de Gernika. A este argumento se añadió otro, más endeble, si cabe, y más falso y peligroso, pero de indudable arraigo en la tradición nacionalista. Se trataba del argumento de la inocencia nacionalista, al que no era ajena una visión particularista y cerrada del universo, que trataba frívolamente un grave problema político. «Qué daño hacemos —dijo Ibarretxe— porque los vascos decidamos lo que queremos ser por nosotros mismos»<sup>27</sup>.

Al final de la campaña, la madurez de los vascos se convirtió en eficacia, de manera que los argumentos para que los vascos decidiesen el futuro por su cuenta eran, desde el punto de vista político, el derecho, y, desde el punto de vista práctico, la eficacia y la superioridad. «No sólo, dijo, porque políticamente tengamos derecho a ello (autogobierno), sino porque desde un punto de vista efectivo creemos que lo hacemos mejor. Cuando las cosas se hacen desde Euskadi, cuando las competencias se realizan desde Euskadi, las desarrollamos mejor y generamos mayor nivel de bienestar para los ciudadanos vascos y vascas que cuando se realizan desde Madrid. Somos más serios, más eficaces... y como eso es así, queremos decidir cada vez más cosas por nosotros mismos»<sup>28</sup>.

Ibarretxe, en respuesta a la pregunta de si el derecho de autodeterminación era condición para la paz, unió explícitamente el Estatuto, la autodeterminación, el autogobierno e, incluso, la independencia (en respuesta a si era independentista) en un discurso inexacto y confuso, cosa muy habitual en él, y, en parte, irresponsable por presentar los grandes problemas políticos como cuestiones intrascendentes y de moral angelical. «El derecho de autodeterminación es una opción legítima. Como es legítimo que Fraga proponga recortar el Estatuto para que la Policía española asuma competencias de la Ertzaintza. Yo estoy convencido de que si la sociedad vasca quiere en el futuro más autogo-

<sup>26</sup> *El Correo* 6-5-2001 (31).

<sup>27</sup> *El Correo* 30-4-2001 (16).

<sup>28</sup> *Deia* 11-5-2001 (19), entrevista a Juan José Ibarretxe. La presentación de la eficacia del «carácter» vasco se completa con otras que destacan la solidaridad del ser vasco o el amor por las cosas bien hechas; ver *Deia* 28-4-2001 (14).

bierno, y creo que lo quiere, tendrá más autogobierno. ¿Que para ello hay que actualizar el Estatuto y la normativa actual? Bien. ¿Y qué hay de malo en ello?... El Estatuto, al que por cierto votó «no» Alianza Popular, tiene una capacidad potencial enorme para que los vascos seamos lo que queremos ser. Y así será en el futuro: Euskadi será lo que queramos los vascos y vascas. Eso es lo que dice el programa electoral. ¿Quién se puede oponer a ello? ¿Se puede ser demócrata vasco sin admitir este principio?... ¿Quién es independentista hoy en el mundo? ¿Alemania? No. ¿Francia? No. ¿España? Tampoco. Las independencias y las soberanías son compartidas. De lo que yo soy partidario es de que Euskadi defina por sí mismo el nivel de relación que quiere tener con unos y otros»<sup>29</sup>. Ibarretxe manifestó desconocer si se iba a hacer una consulta sobre la autodeterminación durante la siguiente legislatura. Tampoco desveló su postura ante la independencia. Se conformaba con que los vascos decidiesen por sí mismos.

Las matizaciones que Garaikoetxea hizo a un posible referéndum demostraban la inmadurez, además del oportunismo electoral, en la que se movía el nacionalismo en torno a esta cuestión. «En cuanto a un referéndum, dijo, creo que no hay que simplificar las cosas, porque un referéndum tiene que ir precedido de otras muchas cosas. Tiene que haber unas circunstancias de igualdad de oportunidades, de una serenidad y una pacificación previa de los espíritus para que se pueda ejercer esa opción con libertad. Y todo eso no se puede zanjar como algunos a veces maliciosamente interpretan, a base de jugar a la ruleta rusa y decir que mañana se convoca un referéndum»<sup>30</sup>.

Fue, también, Garaikoetxea el que habló directamente y con un mejor criterio, aunque de manera inexacta en lo que se refería a las resoluciones de las Naciones Unidas y al Derecho Internacional, sobre la autodeterminación en estos términos: «Creo que la autodeterminación es una posibilidad perfectamente democrática que está consagrada en las declaraciones y en los pactos de las Naciones Unidas, y está asumida por el derecho internacional. Ahora, si nos referimos hoy y aquí a las posibilidades que ofrece el derecho positivo español, la Constitución española, claro que es más que dudoso, pero creo que nada es inmutable, y de manera racional las cosas pueden evolucionar. Lo que no queremos de ninguna manera es que las cosas tengan que resolverse a tiros y a base de conculcar derechos humanos»<sup>31</sup>. La presidenta de EA rema-

---

<sup>29</sup> *El Correo* 11-5-2001 (25).

<sup>30</sup> *El Mundo* 8-5-2001 (6).

<sup>31</sup> *El Mundo* 8-5-2001 (6). En la misma entrevista Garaikoetxea manifestó que la autodeterminación incluiría el País Vasco, Navarra e Iparralde, porque ello constituía el ABC

taría la faena autodeterminista con un rotundo «nos jugamos el derecho de autodeterminación o la terminación de nuestros derechos»<sup>32</sup>. La misma había dicho al comienzo de la campaña: «somos vascos, ni españoles ni franceses, queremos que se nos respeten las ideas»<sup>33</sup>. Por ello Rafael Larreina concluyó que en estas elecciones «estamos ante un Euskadi-España en el que nos jugamos el futuro de este país»<sup>34</sup>.

En términos de soberanismo se expresó Arzalluz para afirmar que el PNV no abjuraría de sus convicciones soberanistas, ya que ello supondría renunciar a los fines fundacionales del PNV. Ibarretxe lo confirmó, añadiendo que el PNV no renunciaría a defender sus objetivos soberanistas a pesar de que siguiera existiendo ETA<sup>35</sup>. En realidad, Ibarretxe no había contestado a la pregunta del entrevistador. Este le había preguntado si estaba dispuesto a aplazar los objetivos soberanistas hasta que ETA desapareciera, no a renunciar a los mismos. «¿Está dispuesto a aplazar las demandas soberanistas del nacionalismo mientras exista ETA?», fue la pregunta. Carente de argumentos definitivos para no retrasar la demanda soberanista (el problema era una cuestión de prioridades), Ibarretxe falsea la pregunta para situarse en un terreno distinto, el de la legitimidad del nacionalismo, que no se había planteado, y poder así mostrar su indignación por lo que sería la negación del derecho a la libertad política, ideológica y de expresión. Era, una vez más, la representación del inocente ofendido. El argumento aducido por Ibarretxe —no dejar en manos de ETA la iniciativa política de su partido— no respondía a la cuestión elemental de que en política, como en cualquier otro aspecto de la vida, hay una jerarquía de intereses, necesidades y urgencias, que había que aclarar y justificar, tanto más cuanto que se producía una coincidencia de fines y una más que probable concurrencia objetiva de medios. «Aquí no se le puede plantear a nadie —respondió Ibarretxe— que abandone sus ideas...¿Es que tenemos que dejar de hablar de política hasta que unos señores dejen de pegar tiros? Eso sería como darle la llave a esos señores para decidir la agenda de los demás, cuándo es posible plantear algo y cuándo no. ¡Ya está bien! Cada cual tiene legitimidad para poner sus ideas sobre la mesa. Y lo que tenemos que hacer es ser respetuosos con las de los demás. Y no lo somos...»<sup>36</sup> De todos modos,

---

de los nacionalistas vascos, y dejó sin precisar si se respetaría la voluntad específica de cada provincia, tal y como defendía EA.

<sup>32</sup> *El Correo* 12-5-2001 (18).

<sup>33</sup> *Deia* 27-4-2001 (14).

<sup>34</sup> *Gara* 30-4-2001 (14).

<sup>35</sup> Ver *El Correo* 7-5-2001 (24); 9-5-2001 (18); 11-5-2001 (24).

<sup>36</sup> *El Correo* 11-5-2001 (25).

las elecciones, dijo con poca objetividad Ibarretxe al acabar la campaña, se habían planteado entre la opción por un Gobierno que dijese «más Euskadi» y otro que dijese «menos Euskadi»<sup>37</sup>.

## 2. Los contenidos no nacionalistas de la campaña

Mayor extensión alcanzó esta parte con el 42,38% del proyecto político o imagen de la coalición y el 17,26% del total de la campaña. Cuanto aquí se dijo se puede estructurar en torno a cuatro cuestiones básicas. Tales son la exaltación de la eficacia del nacionalismo, la violencia de ETA, el diálogo en cuanto solución del problema (de la violencia) y la confianza en el éxito electoral de la coalición nacionalista.

Al destacarse los éxitos en materia económica y social no sólo se pretendía asociar el bienestar de los vascos con los Gobiernos nacionalistas, sino, también, unir la pobreza y la miseria con la derecha económica española y sus partidos políticos. La petición de voto se apoyaba tanto en la supuesta eficacia e identificación del nacionalismo con su país como en la inutilidad y desgracia de una clase económica y política, la clase dirigente española, ajena a los intereses y problemas vascos.

En una exposición simplista, contradictoria e interesada del problema, Ibarretxe manifestó en su visita a la margen izquierda de la ría

---

<sup>37</sup> *Deia* 12-5-2001 (11). La reivindicación de la coalición nacionalista, según el programa resumido por la prensa, incluía los siguientes puntos: el urgente y pleno desarrollo del Estatuto; el reconocimiento del derecho de autodeterminación en los términos aprobados por el Parlamento vasco en 1990; el derecho de Euskadi a establecer cualquier modalidad de relación institucional con Navarra, y de asociación o cooperación con los territorios del País vascofrancés, y la presencia directa de las instituciones vascas en la Unión Europea. Por su parte, el Partido Popular defendía la vigencia del ordenamiento jurídico-político vigente, el desarrollo del Estatuto dentro del marco constitucional, la articulación interna de Euskadi y su presencia tanto en España como en Europa. Además, pretendía elaborar una nueva estructura de las competencias institucionales, que pusiera fin a la duplicidad de funciones. Los socialistas coincidían con los populares en la defensa de la plena vigencia del Estatuto de Gernika y de su pleno desarrollo, tanto en el sentido de transferir las competencias pendientes como de desarrollar las competencias ya asumidas. Izquierda Unida, además del desarrollo pleno del Estatuto y de la reforma de la Constitución para que desapareciesen preceptos como el de la «indisoluble unidad de la nación española», defendía el derecho de autodeterminación y proponía un Estado federal basado en la voluntad de autogobierno de las distintas comunidades y de gobierno compartido por todas ellas. Euskal Herritarrok defendía un marco nacional soberano para Euskadi, Navarra y el País Vascofrancés, además del reconocimiento de la autodeterminación en cuanto derecho democrático y fundamental de toda nación para establecer su organización interna, modelo de desarrollo y relaciones con el exterior; ver *El Correo* 28-4-2001 (24). También los diarios *El Mundo* y *Deia* ofrecen resúmenes de los programas electorales.

de Bilbao que había sido el nacionalismo democrático el que había sacado del túnel de la reconversión industrial a aquella zona olvidada por la «derecha dura» durante cien años. Sin embargo, inmediatamente afirmó que la gradual regeneración se había podido realizar gracias al trabajo común de los responsables de las instituciones vascas, que habían sabido dejar al margen las respectivas ideologías. La gran aportación del PNV y EA durante los últimos veinte años había sido la de crear un país serio, moderno y competitivo. Las instituciones vascas habían tirado del carro para revitalizar comarcas como las de la Margen Izquierda o Pasajes. Las explícitas conclusiones destacan la doble apreciación más arriba señalada: «Pobre Euskadi si pensamos que van a venir de fuera a sacarnos las castañas del fuego. Nunca ha sido así y tampoco va a serlo ahora; por eso es enormemente importante que Euskadi la construyamos desde Euskadi»<sup>38</sup>.

La aportación nacionalista había creado un país moderno, ejemplar y envidiable. «¿Quién ha visto este país hace 10-15-20 años y quién lo ve hoy?; un país que se estaba cayendo —era la herencia que habíamos recibido— y hoy estamos coronando con éxito lo que parecía que iba a acabar mal. Cogimos un país pobre, desestructurado social y económicamente y hemos generado desarrollo»<sup>39</sup>. Estas palabras pronunciadas en tierras alavesas tuvieron mayor concreción, cuando se dijo que la Rioja alavesa bajo el mandato de la derecha española no había tenido más que pobreza y miseria. Gracias al nacionalismo se había convertido en la comarca con mayor renta per cápita de Euskadi. Esta era la verdad que populares y socialistas debían reconocer, según Ibarretxe.

Si bien en algunas ocasiones se afirmaba que la creación de un país moderno y serio había sido una obra común, una obra de todos (en correspondencia con la finalidad de integración de todos, nacionalistas y no nacionalistas, y con la necesidad de construir entre todos los vascos, nacionalistas y no nacionalistas, un pueblo para todos<sup>40</sup>), en la mayoría de los casos se consideraba al nacionalismo autor exclusivo del éxito social y económico del País Vasco. Y era esta asociación entre nacionalismo y bienestar económico y social la que siempre se contraponía con una derecha creadora de pobreza y miseria. Por tanto, incluso al presentar la imagen de la coalición nacionalista, ésta se hace

<sup>38</sup> *El Correo* 28-4-2001 (19). Ver *Deia* 28-4-2001 (14); *El Mundo* 28-4-2001 (9).

<sup>39</sup> *El Correo* 30-4-2001 (16). Ver *Deia* 30-4-2001 (11); *Gara* 30-4-2001 (14). La negación atribuida a los populares del éxito económico del País Vasco le llevó a Ibarretxe a decir: «...si yendo bien dicen que vamos mal, si alguna vez vamos mal qué van a decir. No lo quiero ni pensar», *El Correo* 4-5-2001 (22).

<sup>40</sup> Ver *El Correo* 6-5-2001 (31).

en contraposición a la de los partidos de la derecha, en este caso, el Partido Popular<sup>41</sup>. En el mitin final de la campaña Ibarretxe resumió todo esto al decir: «Estamos mejor que España. Esa es la aportación del nacionalismo en los últimos 21 años»<sup>42</sup>. Antes había dicho para justificar un mayor autogobierno: «Euskadi tiene mejor sanidad que España, mejor educación que España, mejor política de vivienda que España»<sup>43</sup>. El autogobierno traería más bienestar a los ciudadanos vascos. Euskadi «es un referente en Europa y gobernamos mejor que España los servicios sociales». En este sentido, Euskadi era «el país más solidario»<sup>44</sup>.

A este balance positivo únicamente le faltaba la paz. Los diversos elementos están recogidos en una intervención de Ibarretxe, en la que afirmó: «Cogimos Euskadi hecha trizas y ahora es un país moderno, se ha recuperado el orgullo de decir que somos vascos. Nos falta la paz, pero podemos andar con la cabeza alta»; por el contrario, «la derecha española... ha generado pobreza y miseria moral, económica y social»<sup>45</sup>.

Esta interpretación de que el orgullo de ser vasco se había recuperado a pesar de faltar lo más esencial y primario del fundamento de una sociedad civil y política, la paz, el orden y la seguridad, no sólo es repugnante, sino que es una ocultación de la realidad vasca, que manifiesta la campaña de Ibarretxe, convencido de que el bienestar económico, inferior, por otra parte, al de varias comunidades autónomas, era suficiente atractivo para todos aquellos, que, además, tenían garantizada la seguridad. Esto contrasta, más aún, si se tiene en cuenta la presentación que hizo Ibarretxe de su proyecto político en comparación con el de socialistas y populares. Su proyecto era «...para todos, para vivir juntos, un proyecto para la paz» frente a «un proyecto no con el objetivo de lograr la paz sino con el de lograr el poder... un proyecto de venganza... un proyecto a sangre y fuego», el proyecto de la oferta electoral del «PPSOE»<sup>46</sup>. Los que calificaban de excluyentes a los na-

---

<sup>41</sup> Ver *El Correo* 1-5-2001 (18); 3-5-2001 (18); 11-5-2001 (24).

<sup>42</sup> *El Correo* 12-5-2001 (18).

<sup>43</sup> *Deia* 2-5-2001 (13). Ver *Deia* 3-5-2001 (15); *Gara* 3-5-2001 (16).

<sup>44</sup> *El Mundo* 3-5-2001 (11).

<sup>45</sup> *El Correo* 1-5-2001 (18). Ver lo mismo en *Deia* 4-5-2001 (12). En *Correo* 12-5-2001 (24) Ibarretxe afirma que el sistema educativo vasco es «infinitamente mejor que el español». En *Deia* 11-5-2001, Ibarretxe repite en una entrevista lo recogido sobre el éxito económico y social del nacionalismo vasco. Sobre la educación y la escuela vasca, ver *Gara* 4-5-2001 (14).

<sup>46</sup> *Deia* 27-4-2001 (14). En *Deia* 11-5-2001 (18) se lee: «Estoy viendo de nuevo que la gente se siente orgullosa, los hombres y mujeres están teniendo orgullo de ser vascos y vascas».

cionalistas del PNV —dijo en otra ocasión— eran los que cerraban la puerta a los inmigrantes o los declaraban ilegales o les negaban los derechos fundamentales o los narcotizaban como a ganado. El nacionalismo vasco no había cambiado la Ley de Extranjería para realizar semejantes acciones. «Todo eso lo han hecho quienes nos llaman excluyentes»<sup>47</sup>. La consideración de todos los habitantes de Euskadi como vascos, independientemente de su ideología política o identidad nacional, la defendió Ibarretxe con el acompañamiento de llamadas a la integración y a «construir entre todos un pueblo para todos, sin fronteras y sin revanchas»<sup>48</sup>.

El tono grotesco y falso sobre la violencia y la riqueza lo dio Arzailluz al decir que «no es cierto que nos estamos pegando unos a otros. Es la clase política, es el ¡Basta Ya!, toda esa gente que está intentando que el enfrentamiento baje a la calle. Este es un país próspero, rico, que vive mucho mejor que todos los de su entorno»<sup>49</sup>.

Ante el problema de la violencia, que ensombrecía el exitoso panorama social, el nacionalismo prometía luchar enérgicamente contra ella, como siempre lo había hecho el PNV según Atutxa<sup>50</sup>, y, también, seguir reconociendo que tras la violencia existía un problema político, que exigía soluciones políticas. En cuanto a la primera afirmación, Ibarretxe precedió a Atutxa diciendo que «estamos hartos de mentiras, de que se ponga en duda nuestra confrontación total con la violencia cuando hemos sufrido más persecuciones y más asesinatos que nadie en cien años, cuando hemos condenado todas las dictaduras, la de Primo de Rivera, la de Franco, la de ETA, la de la kale borroka...»<sup>51</sup> La segunda parte se expresaba en términos de «fidelidad». De este modo, la coalición se confirmaba en su habitual tesis del origen histórico del problema o contencioso vasco, que permitía a Ibarretxe preguntar si «está dispuesto (Aznar) a dialogar con el nacionalismo democrático para erradicar la violencia y resolver el conflicto que tenemos desde mucho antes de que ETA empezara a pegar tiros»<sup>52</sup>. Parte de la primera promesa era la solidaridad sin límites con los que sufrían la violencia. Había que estar no detrás de ellos, sino al lado de ellos, expresión con la que parecía sugerirse una mayor defensa de los mismos<sup>53</sup>. La violencia no era, por otra parte, la forma de defender y construir Euskadi.

<sup>47</sup> Gara 3-5-2001 (16).

<sup>48</sup> Deia 6-5-2001 (14). Ver *El País* 6-5-2001 (22).

<sup>49</sup> *El País* 9-5-2001 (14). Críticas al Foro Ermua en *El Mundo* 7-5-2001 (9) y *El País* 7-5-2001 (17).

<sup>50</sup> Ver *El Correo* 5-3-2001 (25).

<sup>51</sup> Gara 30-4-2001 (14).

<sup>52</sup> *El Correo* 5-5-2001 (25). Ver *Deia* 4-5-2001 (12); *El Mundo* 4-5-2001 (10).

<sup>53</sup> Ver *El Correo* 1-5-2001 (18) y 3-5-2001 (18).

Ibarretxe se dirigió en este sentido a los votantes de EH preguntándoles si se defendían «la lengua, el desarrollo económico, las ikastolas y nuestras señas de identidad con violencia»<sup>54</sup>.

La presentación de la violencia en relación con un problema histórico y político sin resolver se complicaba, aún más, con la afirmación de su carácter o destino general, que ocultaba el carácter selectivo con el que se aplicaba. En este sentido se dijo que eran precisamente los nacionalistas los que más necesitaban la paz o que el nacionalismo no era un escudo contra la violencia. Juan María Atutxa confundía su situación personal con la del nacionalismo cuando afirmaba que «ser nacionalista no es ningún blindaje y algunos de los que pasamos por cómplices de ETA llevamos bastantes años tratando de esquivar sus atentados»<sup>55</sup>. Pero, ante las críticas de populares y socialistas, Ibarretxe se sintió incómodo con el hecho de la violencia hasta el punto de decir distorsionando la realidad y los argumentos del PP y PSE (algo parecido dijo Arzalluz): «ya está bien de proyectar que este país es un desastre, con enfrentamiento, con violencia desatada entre dos bandos, nacionalistas y no nacionalistas»<sup>56</sup>.

Las intervenciones que siguieron al asesinato de Manuel Jiménez, presidente del Partido Popular de Aragón, en plena campaña electoral, pusieron, de nuevo, de manifiesto, aunque de una forma más clara aún, que la interpretación de la violencia de ETA hecha por el nacionalismo no distinguía entre el objetivo último y las consecuencias de la violencia, que eran generales, y la aplicación o praxis de la misma, que era particular o selectiva, dirigida fundamentalmente contra políticos populares o socialistas, y que no excluía personas nacionalistas concretas, como el caso de Atutxa, por el papel específico jugado contra ETA, en este caso, desde la Consejería de Interior del Gobierno Vasco. La propaganda nacionalista tendía a hablar de la finalidad y consecuencias de la violencia, donde se incluía como víctima, y silenciaba que sólo algunos, una parte de la sociedad, servían de macabro instrumento para alcanzar el objetivo final. Era esta praxis discriminatoria del asesinato y de la intimidación, silenciada por el nacionalismo, la que inducía a muchos a pensar en la confluencia objetiva de las estrategias de ETA y del PNV.

La declaración institucional del Lehendakari, que siguió al asesinato de Manuel Jiménez, repitió los mismos elementos de siempre:

---

<sup>54</sup> *Gara* 29-4-2001 (18).

<sup>55</sup> *El Correo* 5-3-2001 (25). Ver *Deia* 7-5-2001 (14); *El País* 5-5-2001 (17).

<sup>56</sup> *El Mundo* 3-5-2001 (11).

condenas de ETA y de su asesinato, condolencias a la familia y a los compañeros de partido de la víctima, calificación de ETA como grupo totalitario, petición de que desaparezca definitivamente y lo que aquí se trata de resaltar, es decir, que el asesinato lo era «contra todos, contra la voluntad democrática del pueblo vasco, contra la propia democracia, contra la propia capacidad que los vascos tenemos de poder decidir libremente qué es lo que queremos ser»; ETA no «respeta la sociedad vasca» y quiere «condicionar, atemorizar, romper y paralizar la democracia en Euskadi: esos son los auténticos objetivos de ETA». La conclusión era la de defender más que nunca «ante ETA la democracia con uñas y dientes»<sup>57</sup>.

La insistencia en la dimensión general de la violencia, lo cual era cierto, reducía la relevancia de las víctimas, diluía el concepto de solidaridad y soslayaba la responsabilidad del nacionalismo. Ante la realidad de cientos de cargos públicos no nacionalistas protegidos por escoltas y ante el hecho del aumento de las personas amenazadas, Ibarretxe afirmaba que «lo que tenemos es violencia indiscriminada con colectivos que en una época han sido uno, ahora son otros, en el futuro serán otros... El objetivo de ETA es toda la sociedad. Sus amenazas a personas concretas son amenazas a toda la sociedad vasca. Por tanto ni un paso atrás en relación con ETA, ni un paso atrás en mostrar nuestra solidaridad con quienes sufren, con los extorsionados... Ni un paso atrás, aunque nos insulten, como esta semana en Jaca. El gran éxito de ETA no es matar, sino dividir a los que no estamos de acuerdo con ella»<sup>58</sup>.

Según la particular visión de las cosas de Ibarretxe, eran los populares y socialistas los que practicaban la estrategia de la división y de la ruptura social. Su lema, por el contrario, era la de «conjugar el verbo sentarnos, hablar, entendernos»<sup>59</sup>, ya que el mundo no terminaba el día de las elecciones y, tras ellas, había que seguir conviviendo. Lo que defendía el candidato a Lehendakari respondía al dicho «somos demócratas y somos nacionalistas. En estos temas, ni un paso atrás, ni una broma»<sup>60</sup>. La democracia (rechazo de la violencia) y el nacionalismo (derecho de autodeterminación) eran virtudes que molestaban a etarras

---

<sup>57</sup> *El Correo* 7-5-2001 (24). Ver *Deia* 7-5-2001 (10); *Gara* 7-5-3002 (13); *El País* 7-5-2001 (17).

<sup>58</sup> *El Correo* 11-5-2001 (24). Sobre los insultos a Ibarretxe en Jaca, ver *El Mundo* 8-5-2001 (2); *Deia* 8-5-2001 (1). En *Deia* 9-5-2001 (1 y 14) se acusa al PP y PSE de los insultos a Ibarretxe. Ver, también, *El Mundo* 9-5-2001 (12).

<sup>59</sup> *El Correo* 28-4-2001 (19).

<sup>60</sup> *El Correo* 2-5-2001 (20). Semejantes afirmaciones en *El Mundo* 6-5-2001 (12).

y populares y socialistas, según interpretación de Ibarretxe, que no pudo ser más claro: «molestamos a ETA, porque le demostramos que para construir y decir sí a este país no hay que pegar tiros», y molestamos al PP y PSE, porque «decimos que es la sociedad vasca la que definirá siempre nuestro futuro»<sup>61</sup>.

La llamada innecesaria, por impertinente, al diálogo político, como si no se supiera que la política fundamentalmente es parlamento, tenía un contenido muy concreto que era el del diálogo ante el problema de la violencia de ETA. Así lo confirmó Juan María Atutxa, cuando, después de expresar su desprecio por los «criminales» de ETA, que «siempre serán enemigos del País Vasco», afirmó de manera convencida que «no hay más camino que el del encuentro y el diálogo, el de ser capaces de respetarnos mutuamente y sentarnos a hablar para tratar de buscar soluciones todos juntos»<sup>62</sup>. Con anterioridad había dicho que para acabar con ETA había que utilizar las herramientas judiciales y policiales, además de dialogar y buscar lugares de encuentro<sup>63</sup>.

Este modo impreciso de hablar de la necesidad de dialogar y hablar entre todos se volvió a confirmar cuando se dijo de nuevo que «a partir del 14 tendremos que hacer lo que no hemos hecho antes, hablar, y pasar del enfrentamiento estéril al entendimiento de unos con otros. Como lehendakari yo no lo he conseguido, porque se dijo a todo que no»<sup>64</sup>. Por el contrario, dijo en otra ocasión, se estaba viendo en todos los conflictos del mundo que al final acababan arreglándose mediante el diálogo<sup>65</sup>. Ibarretxe mostró su preferencia por un diálogo, en el que la coalición tuviera la mejor posición; por ello pedía la victoria electoral, una «inundación de votos» que abriese «las puertas al diálogo y la normalización»<sup>66</sup>. La paz, se dijo, pasaba «por recuperar el diálogo entre quienes mantenemos que las ideas se deben defender sólo por vías políticas y democráticas. A partir del domingo vamos a tener que hacer lo que no hemos hecho: hablar entre nosotros, política de verdad»<sup>67</sup>. No

---

<sup>61</sup> *El Mundo* 2-5-2001 (10).

<sup>62</sup> *El Correo* 8-5-2001 (23).

<sup>63</sup> Ver *Gara* 5-5-2001 (13).

<sup>64</sup> *El Correo* 11-5-2001 (19). Ver *El Mundo* 11-5-2001 (11).

<sup>65</sup> Ver *Deia* 12-5-2001 (19).

<sup>66</sup> *Deia* 12-5-2001 (11). Ver *Gara* 12-5-2001 (12); *El Mundo* 12-5-2001 (13).

<sup>67</sup> *El Correo* 11-5-2001 (25), entrevista a Juan José Ibarretxe. En el programa, tal y como se ha visto, la coalición nacionalista planteaba un nuevo escenario para la paz apoyado en tres pilares: respeto a la vida y a la libertad de las personas, diálogo político para lograr la convivencia social, y respeto a las decisiones de la ciudadanía vasca. Frente a esto el Partido Popular proponía la unidad de los demócratas, la recuperación del prestigio de la ley, el reforzamiento de la colaboración policial, judicial y diplomática, más medios para

quedaba claro si semejante planteamiento, a pesar del sentido textual de la frase, excluía únicamente a ETA o, también, a EH.

Ibarretxe ya había advertido a sus posibles electores que necesitaba muchos votos, es decir, una victoria aplastante que le permitiese liderar la política de los próximos años, especialmente, en lo que se refería al diálogo por la paz. De acuerdo con esto, siempre transmitió la convicción de que el triunfo de la coalición nacionalista iba a ser arrollador. Contra viento y marea, incluso, contra la opinión de las encuestas y del propio presidente del partido, cual un obstinado, insistió en la victoria de las urnas<sup>68</sup>. Esta se produjo con mayor número de votos de los pronosticados por el candidato, pero con menor diferencia sobre sus rivales que la anunciada.

En opinión de los líderes nacionalistas, lo que intentaban los otros, es decir, socialistas y populares, por un lado, y EH, por otro, era «descabalar» al nacionalismo. Ibarretxe anunciaba que iba a ser un «tiro que les va a salir por la culata, ya que no vamos a ser condicionados por EH ni por PPSOE»<sup>69</sup>. Para ello pedía una «marea» de votos, que rompiese los diques de la violencia y de la incomunicación.

Al final de la campaña Ibarretxe manifestó entusiasmo y optimismo ante la convicción de que la coalición nacionalista podría gobernar apoyada en una amplia mayoría sin necesidad del apoyo de nadie. En el último mitin dijo que «“PP-SOE” pensaban que esto era pan comido, pero van a perder y lo saben»<sup>70</sup>. Lejos del clamor de los mítines, manifestó: «Vamos a conseguir un magnífico resultado que nos permitirá gobernar sin vernos hipotecados ni por EH, que no se aleja de la violencia, ni por el PP y el PSE, que pretenden fracturar la sociedad vasca por un puñado de votos (...) Quienes hemos escrito la historia de este país en los últimos veinte años vamos a escribirla también en los veinte

---

luchar contra ETA y su entorno, además de reivindicar el apoyo a las víctimas del terrorismo. Por su parte, el Partido Socialista (PSE-EE) defendía un diálogo entre los partidos democráticos, un pacto entre el Gobierno vasco y el español, un nuevo foro de partidos, cuyos firmantes deberían apoyar la derrota policial y la marginación de ETA, y, por último, el compromiso de impulsar la comisión de la verdad, que pedían las víctimas. Izquierda Unida (IU-EB) proponía la constitución de una mesa de diálogo sin límites, a priori, de contenidos ni participantes. La actividad terrorista no debía impedirla, aunque era preferible realizarla en un clima de distensión. El programa de EH no establecía distinción entre programa de pacificación y soberanía, por lo que se establecía la identidad entre soberanía y paz; ver *El Correo* 27-4-2001 (24).

<sup>68</sup> Ver *El Correo* 5-5-2001 (25). Días antes, había dicho que «con toda seguridad vamos a seguir gobernando veinte años más por lo menos, quién sabe cuánto. Nosotros hemos escrito la historia de este país y la vamos a seguir escribiendo», *Gara* 30-4-2001 (14).

<sup>69</sup> *El Correo* 10-5-2001 (19).

<sup>70</sup> *El Correo* 12-5-2001 (18).

próximos. Sin ninguna duda. Somos la columna vertebral de este país y lo vamos a seguir siendo (...) No va a haber árbitro. Yo sé que esto en Madrid les revuelve las tripas. Pero no me preocupa. Vamos a poder gobernar sin depender de nadie. Para eso necesitamos el máximo de confianza. Necesitamos votos para la paz. No para hacer la guerra ni para fracturar»<sup>71</sup>.

Frente a esta certeza cuasi religiosa, Arzalluz, en dos momentos distintos de la campaña, al principio y al final, expresó un notable pesimismo ante los resultados electorales, a pesar de sentirse tranquilo. Nadie sabía qué iba a pasar exactamente, pensaba. «Siempre hay una incertidumbre, que no se puede tomar a la ligera. Está todo en un pañuelo»<sup>72</sup>. Si esto ya resultaba sorprendente, mucho más lo fue que dijese, después de la insistencia de Ibarretxe en la victoria, que el PNV iba a aceptar los resultados electorales, aunque no fuesen justos, y no lo iban a ser por culpa de la brutal desigualdad informativa, que había convertido los comicios en unas elecciones «no democráticas»<sup>73</sup>. No era la primera vez que Arzalluz había negado el carácter democrático de aquellas elecciones por la postura de los medios de comunicación supuestamente dirigidos desde la Moncloa. Pero esta afirmación no le impedía afirmar, también, que la coalición nacionalista iba a sacar más votos que nunca, y añadir, en tono más sombrío, que al día siguiente de las elecciones nada empezaba ni terminaba; los nacionalistas, que sabían «ser pacientes y pactar», no iban a renunciar a nada<sup>74</sup>.

El resto de contenidos no nacionalistas, en comparación con los recogidos en este trabajo, apenas mereció atención en la campaña. No obstante, el programa electoral los recogía en el sentido, que a continuación se indica. En materia de educación la coalición nacionalista pretendía rejuvenecer las plantillas docentes; alcanzar un profesorado bilingüe en 10 años; mejorar los modelos educativos con la finalidad de

---

<sup>71</sup> *El Correo* 11-5-2001 (24). Ver, también, *Gara* 30-4-2001 (14), cuyo texto se recoge en la nota 68.

<sup>72</sup> *El Correo* 27-4-2001 (20). Ver *El Mundo* 27-4-2001 (11); *Gara* 27-4-2001 (17). En *Deia* 6-5-2001 (22) Arzalluz se conforma con 30 escaños y considera «tremendo» obtener 33.

<sup>73</sup> *El Correo* 12-5-2001 (18): «aceptaremos los resultados del domingo, aunque no sean justos, porque no lo son». La prensa destacó que éste fue el tercer punto de fricción entre Ibarretxe y Arzalluz. Los otros dos fueron la distinta valoración del Pacto de Lizarra y la aceptación o no de los votos de EH en la investidura de Ibarretxe. En diversas ocasiones Arzalluz denunció a los medios de comunicación «que están dirigidos contra nosotros» (*Gara* 29-4-2001 (18). Ver, también, *El Mundo* 27-4-2001 (11); *Gara* 1-5-2001 (16); *Deia* 6-5-2001 (22).

<sup>74</sup> *Gara* 12-5-2001 (12). Ver *Deia* 12-4-2001 (11); *El Mundo* 29-4-2001 (13). *El País* 12-5-2001 (16) recoge bien las disonancias del Presidente del PNV.

que los alumnos alcanzaran al finalizar el período de enseñanza la suficiencia en castellano y euskera y, en relación con la universidad, normalizar el uso del euskera y aumentar el número de competencias para Euskadi<sup>75</sup>. En cuanto al euskera, eran objetivos la intensificación de las medidas de normalización y de promoción del euskera para alcanzar el bilingüismo real; el incremento de la oferta de cursos para adultos y la creación de cursos nuevos para inmigrantes, además del fomento de la presencia de la lengua vasca en Internet<sup>76</sup>.

El programa pretendía, además, conseguir el pleno empleo, actuando, especialmente, sobre los grupos más desfavorecidos, y corrigiendo la precariedad de las condiciones de contratación y discriminación salarial entre colectivos. Además, se lucharía contra la siniestralidad laboral con planes de prevención y concienciación<sup>77</sup>. En economía, los proyec-

---

<sup>75</sup> Ver *El Correo* 29-4-2001 (29). El Partido Popular se comprometía a: garantizar la libre elección del centro educativo y del modelo lingüístico, sin ningún tipo de discriminación; revisar las autorizaciones de libros de texto para lograr objetividad y alejamiento de la propaganda política; impulsar un plan de choque para mejorar la enseñanza en los centros públicos y proponer la exención de euskaldunización a los profesores mayores de 40 años. Los socialistas defendían una escuela pública de calidad, que transmitiese valores éticos y democráticos y fuese un instrumento adecuado para generar empleo; un nuevo acuerdo con la escuela concertada y una mayor asignación económica para educación. También defendían el rejuvenecimiento de las plantillas y el compromiso de convocar la tercera oferta pública de empleo. Izquierda Unida optaba por sustituir el vigente sistema de modelos lingüísticos por un sistema en sí mismo bilingüe y potenciar, además, el aprendizaje de una tercera lengua. Defendía, asimismo, el desarrollo de la Formación Profesional y de la formación de adultos. EH reivindicaba escuela y universidad propias para toda Euskal Herria; un cambio de los modelos lingüísticos para garantizar el estudio en euskera desde niveles inferiores hasta los superiores; la desaparición progresiva del modelo A (en castellano); el diseño del currículo vasco y la creación de un cuerpo de profesorado propio (*Ibidem*).

<sup>76</sup> Ver *El Correo* 30-4-2001 (16). El Partido Popular defendía que el Gobierno vasco garantizase el aprendizaje a los adultos a través de una red pública de centros de enseñanza, que hiciese innecesarias las subvenciones a AEK. Para ello, prometía una reforma del instituto público HABE. Los populares prometían revisar los niveles de euskera para acceder a la Administración pública y calificar a determinados puestos con el perfil cero. Los socialistas apostaban por un desarrollo del euskera a largo plazo, sin presiones y en diálogo y relación con el castellano. El desconocimiento del euskera no debía impedir el acceso a un puesto de trabajo. Defendían, asimismo, la promoción exterior de la literatura euskaldun y una reforma a fondo del sistema de euskaldunización del profesorado. El objetivo de Izquierda Unida era el de una sociedad bilingüe, lo cual exigía la normalización del uso del euskera, la consecución de un profesorado capaz, la potenciación de la red de euskaltegies y el canal de televisión íntegramente en euskera. EH defendía una política lingüística común para toda Euskal Herria. El euskera se interpretaba como patrimonio de toda la sociedad y se abogaba por lograr un país euskaldun integrado por ciudadanos plurilingües (*Ibidem*).

<sup>77</sup> Ver *El Correo* 1-5-2001 (25). Entre los proyectos de los populares estaba la aprobación de un plan integral de empleo con planes de choque específicos para los colectivos más desfavorecidos, consensuado con los agentes económicos y administraciones; el fo-

tos nacionalistas incluían: la lucha contra al fraude fiscal; el destino del gasto público para impulsar la economía y el empleo; la promoción del sector turístico; la intensificación de los apoyos públicos a las pymes; la promoción del desarrollo de los sectores primario y comercial y la proyección exterior de la economía vasca. A estos proyectos se sumaba la reivindicación de la vigencia indefinida del nuevo Concierto Económico<sup>78</sup>.

Los puntos básicos de la sanidad eran la reforma y modernización del sistema sanitario público; la reducción de las listas de espera; la mejora de la información y del trato a los pacientes; la renovación de las infraestructuras y servicios para un acercamiento mayor de la asistencia; el desarrollo de un plan de cuidados paliativos y la euskaldunización del sistema sanitario<sup>79</sup>. Los instrumentos para garantizar una

---

mento de la contratación indefinida mediante la combinación de flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo, y medidas para el cumplimiento de la ley de prevención de riesgos laborales. La prioridad de los socialistas era el aumento de las tasas de ocupación de la mujer y de los jóvenes. Además, proponían la jornada de 35 horas; alternativas de formación ocupacional a parados mayores de 40 años y elevación de la renta básica hasta el salario mínimo interprofesional, prioritariamente para mayores de 65 años. Los puntos básicos de Izquierda Unida eran: renta básica de 72.000 pesetas para quienes carecían de empleo; jornada de 35 horas semanales y de 32 horas en la Administración; supresión de las ETTs; penalización de la contratación temporal y fomento del empleo entre los colectivos con mayores dificultades. Para EH el empleo exigía un marco autónomo de relaciones laborales para poder elaborar una legislación laboral única para toda Euskal Herria. Para ello se pedían las necesarias competencias legislativas. Una vez logradas, el objetivo sería la reducción de la jornada laboral, la negociación colectiva así como políticas de protección social (*Ibidem*).

<sup>78</sup> Ver *El Correo* 2-5-2001 (29). El Partido Popular prometía una rebaja fiscal a base de reformar la Administración y de recortar el sector público y se proponía mejorar la tributación de la vivienda, reducir los impuestos a los mayores de 65 años, las familias y los trabajadores autónomos, y elaborar un marco impositivo más ventajoso para las pymes. El Partido Popular se comprometía, además, a aprobar antes del 31 de diciembre de 2001 un nuevo Concierto Económico, que reforzara la autonomía financiera vasca. Los socialistas proponían la colaboración del Gobierno Vasco con las Diputaciones para luchar contra el fraude fiscal; el avance en la internacionalización de la economía vasca; el desarrollo del sector terciario y modificaciones legislativas, que potenciasen ayudas reales a las familias numerosas. Izquierda Unida proponía: un sector público que no introdujese desequilibrios básicos en la economía y que favoreciese la inversión; mecanismos para erradicar las prácticas corruptas; impuestos indirectos sobre energía, recursos o residuos; y un Concierto Económico solidario para evitar el incremento de las desigualdades. EH, como en otras cuestiones, reivindicaba un sistema fiscal único para toda Euskal Herria, que permitiera lograr una sociedad más justa. Además defendía un consejo económico y social, un organismo de estadística y un instituto de planificación económica (*Ibidem*).

<sup>79</sup> Ver *El Correo* 3-5-2001 (22). El Partido Popular prometía la formación continua del personal, la garantía de la libre elección de médico y de centro asistencial y el fin de las listas de espera. Otros objetivos insistían en el impulso de la prevención, eliminación de

vivienda digna a los ciudadanos vascos eran los siguientes: intensificación de la oferta de viviendas protegidas e impulso del alquiler protegido; rehabilitación del parque de viviendas y políticas de renovación urbana; accesibilidad en las urbanizaciones y mejora del confort en el parque edificado<sup>80</sup>.

El apoyo a la cultura debía comprender desde los incentivos fiscales hasta la difusión exterior de la cultura vasca. La coalición pensaba impulsar el consejo vasco de la cultura, el plan territorial sectorial del patrimonio cultural, la creación del observatorio vasco de la cultura, una biblioteca nacional vasca y un archivo histórico nacional vasco<sup>81</sup>. Por lo que respecta a la Justicia, el objetivo último naciona-

---

los sobrecostes de gestiones deficientes y medidas impulsoras de la movilidad interna para ajustar las plantillas a las cargas de trabajo. Las pretensiones del PSE eran la implantación de programas de detección precoz del cáncer, de control sanitario de alimentos y productos sanitarios; la mejora de las condiciones de hospitalización de los pacientes; el establecimiento de tiempos máximos de espera para problemas de salud no graves; y una política farmacéutica orientada a la mejora de la relación calidad-precio. El programa de IU exigía la actualización y aumento de las plantillas; el desarrollo pleno de la atención primaria; la inclusión de la atención sanitaria laboral en la sanidad pública; la asistencia a los inmigrantes; la atención al derecho a la eutanasia; la inclusión de algunos aspectos de la medicina naturista; la integración de almacenes farmacológicos en los centros de salud y la garantía de asistencia sanitaria a todos los afectados de sida. EH exigía un espacio socioeconómico vasco, que garantizase la calidad de vida de los ciudadanos (*Ibidem*).

<sup>80</sup> Ver *El Correo* 4-5-2001 (22). El Partido Popular, por su parte, se comprometía a: impulsar un plan de promoción de viviendas de alquiler; redactar una ley del suelo vasca para lograr el abaratamiento del suelo, y en consecuencia, del precio final de la vivienda; establecer las medidas de control necesarias para paliar el fraude en la vivienda pública; defender los incentivos fiscales y la bonificación de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios para los colectivos más desfavorecidos; y adjudicar las contrataciones sobre bases objetivas para que la libre competencia generase beneficios en forma de viviendas más baratas. Los socialistas se proponían poner en el mercado en los cuatro años siguientes a las elecciones 50.000 viviendas, de las que la mitad sería de protección oficial. Además se comprometían a impulsar un cambio legislativo de acceso a la vivienda de jóvenes y sectores desfavorecidos mediante la reserva específica en los cupos de viviendas en régimen de protección y a recuperar áreas deprimidas. Para Izquierda Unida el eje central de las políticas públicas debía ser el de las viviendas sociales más la lucha contra el fraude. Además, defendía la recuperación por parte del Gobierno Vasco de la propiedad de las viviendas sociales y de protección, vendidas a precios de mercado; el alquiler frente a la propiedad; la despenalización de la ocupación de viviendas vacías y abandonadas, y el aumento hasta el 50% de la cuota de mercado de viviendas protegidas. En el caso de EH, aunque durante la campaña se habló algo sobre la vivienda, su programa no recoge esta materia (*Ibidem*).

<sup>81</sup> Ver *El Correo* 5-5-2001 (26). El Partido Popular pretendía garantizar el pluralismo y potenciar la libertad de creación al margen de criterios políticos. La cultura vasca era parte de la española y la euskeldun era un elemento enriquecedor. Eran también objetivos populares la cooperación con otras comunidades autónomas, países europeos y comunidades vascas de América, y la puesta en marcha de un plan que permitiese acercarse a la cultura

lista era la creación de un poder judicial propio en la CAV. Los objetivos inmediatos se cifraban en la descentralización del gobierno judicial, la culminación de las instancias judiciales en el TSJPV, el desarrollo del Estatuto, el desarrollo de medios suficientes y la euskaldunización de la Justicia<sup>82</sup>. Los puntos importantes del programa nacionalista en infraestructuras insistían en la conversión del transporte por carretera en un sector empresarial fuerte y moderno; en la continuación del plan de ordenación del transporte por carretera; en la implantación de la nueva red ferroviaria de Euskadi y en la conclusión de las redes viarias de alta capacidad; en el desarrollo de los puertos y en el impulso a la actividad de los aeródromos<sup>83</sup>.

---

desde la neutralidad ideológica. Los socialistas defendían una cultura entendida como ámbito de libertad y de expresión de respuestas plurales; un acceso universal a la misma, sobre todo de los colectivos más desfavorecidos; la participación social en la conservación del patrimonio y un presupuesto destinado a la creación cultural. Izquierda Unida defendía, de manera prioritaria, la generación de bienes culturales propios y el apoyo a ámbitos de creación como el teatro, la poesía, la narrativa y la música. Proponía, además, poner a disposición de los vascos de manera gratuita el patrimonio cultural y la extensión de la red de kultur etxeas. El objetivo de EH era reafirmar la identidad nacional mediante el fomento de la cultura nacional: diferentes expresiones culturales de los pueblos vascos; prioridad de la cultura euskaldun e intercambio cultural con otros pueblos. Además incluía proyectos tales como la creación de un consejo nacional de cultura, biblioteca nacional o academia de la historia para toda Euskal Herria (*Ibidem*). En *Gara* 29-4-2001 (20) se da cuenta de más proyectos y de los ejes fundamentales del acuerdo nacional para la cultura, que eran la nacionalidad, la territorialidad, la condición de ser vascos y la universalidad.

<sup>82</sup> Ver *El Correo* 6-5-2001 (34). El Partido Popular pretendía incrementar el número de jueces y mejorar su preparación; ofrecer una mejor preparación jurídica a los cuerpos policiales; habilitar locales y medios humanos especializados en la protección del menor y destinar dotaciones dignas para la mejora de la calidad del servicio del turno de oficio y del beneficio de justicia gratuita. El PSE-EE reivindicaba la tutela efectiva de los ciudadanos ante la Administración de Justicia, el aumento de las competencias del TSJPV, la plena asunción de la competencia sobre el personal al servicio del Estado y la culminación del traspaso de los servicios penitenciarios. También eran objetivos socialistas la modernización de la oficina judicial, la superación de la situación de conflictos, la reducción de los tiempos judiciales y la aproximación de la Justicia a la ciudadanía. Izquierda Unida defendía la participación popular en la impartición de la justicia, la institución del jurado puro, la profundización de las transferencias de los medios personales de la Justicia, el suficiente número de personal bilingüe y el funcionamiento de la Ertzaintza como policía judicial con imparcialidad cuando actúe a las órdenes de jueces en Euskadi. El programa electoral de EH no recogía nada relativo a la Justicia. (*Ibidem*).

<sup>83</sup> Ver *El Correo* 9-5-2001 (24). Los objetivos del Partido Popular eran: la «Y» vasca, la mejora de la gestión de Euskotren, la potenciación de los servicios de cercanías, el desarrollo del tranvía y de Metro Bilbao, el incremento de la seguridad de las carreteras, la dotación de más medios a los aeródromos y la mejora de los accesos a los puertos. La prioridad de los socialistas estaba en la inversión en transporte colectivo, especialmente destinado a trabajadores y estudiantes. Además se proponían impulsar la gratuidad de la autopista A-8 y los tramos de la A-68 entre Vizcaya y Alava, además de crear el Instituto

La coalición nacionalista apoyaba un modelo nacional vasco de deporte basado en un sistema de federaciones; la potenciación de los valores educativos del deporte, la participación de las mujeres y de las personas discapacitadas, la actualización de las infraestructuras deportivas, la generación de un sistema de ayudas a deportistas de alto rendimiento y la representación del deporte vasco de alta competición a nivel internacional<sup>84</sup>. En materia de medio ambiente, entre los objetivos nacionalistas estaban los planes de control de las actividades con impacto en el medio ambiente; el desarrollo del programa Marco Ambiental y el desarrollo del uso de energías limpias<sup>85</sup>. Por último, y en rela-

---

Vasco para la Sociedad de la Información. Izquierda Unida defendía reducir las necesidades del transporte y mejorar la planificación urbana y territorial; realizar un trasvase masivo del vehículo privado al colectivo y del tráfico por carretera al ferrocarril. Por otra parte rechazaba el proyecto de la «Y» vasca por su alto consumo e incompatibilidad con el transporte de mercancías. EH reclamaba competencias para la ordenación de todo el territorio de Euskal Herria y para la gestión y control de organismos públicos y semipúblicos como los puertos de Bilbao, Pasajes, RENFE y otros como Petronor, así como la capacidad para regular el transporte de materias tóxicas y peligrosas. EH proponía, además, analizar la infraestructura de transportes para facilitar la comunicación interna (*Ibidem*).

<sup>84</sup> Ver *El Correo* 10-5-2001 (24). El Partido Popular ofrecía potenciar el deporte en los niveles obligatorios de enseñanza; incorporar veteranos y discapacitados en las distintas federaciones y dotarlas de mayores medios; financiar la instalación y mantenimiento de centros de alto rendimiento y demás estructuras deportivas, y promover la inmediata integración del Instituto Vasco de Educación Física en la Universidad del País Vasco. Los socialistas se comprometían a promover la afiliación a agrupaciones deportivas; utilizar las instalaciones escolares fuera, también, del horario escolar; implantar la educación física en la enseñanza y fomentar la integración de las mujeres en el deporte y en las estructuras federativas. Izquierda Unida proyectaba un deporte más participativo que competitivo y la creación de instalaciones polideportivas en barrios y pueblos en condiciones dignas. Era partidaria, mientras tanto, de mantener abiertas en horario no lectivo las instalaciones deportivas escolares. Según EH, los deportes a fomentar serían los ligados a la identidad nacional, tales como la pelota, el remo o montañismo, acompañados del impulso en la normalización del euskera en la práctica deportiva y de la promoción de la participación de las mujeres. EH estaba a favor de que las federaciones nacionales desarrollasen las selecciones vascas, las licencias nacionales y las ligas de campeonatos para Euskadi, Navarra y las provincias vascofrancesas (*Ibidem*).

<sup>85</sup> Ver *El Correo* 11-5-2001 (23). El Partido Popular proponía la vinculación de la sociedad, las empresas y las administraciones en la política medio ambiental; la educación de los ciudadanos en la materia; el control de la calidad del aire; la recuperación de suelos contaminados; la colaboración con las empresas en el tratamiento de sus residuos industriales; el control de la contaminación sonora y lumínica y la reducción del consumo energético. El PSE-EE se comprometía a la prevención de la contaminación; potenciación de la sensibilización ecológica; recuperación de las zonas degradadas e implantación de tecnologías limpias; reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> para 2010; impulso del plan territorial de parques eólicos; implantación de energías renovables y prevención y reducción de residuos. Izquierda Unida optaba por el ahorro de energía; programa de energías renovables; reducción y reutilización de residuos; recogida de material reciclable, productos tóxicos o

ción a los medios públicos de comunicación, se proponía la creación de un Consejo Vasco Audiovisual garante de la neutralidad informativa y del pluralismo y la consolidación de un sector audiovisual público vasco fuerte y competitivo, que promocionara los valores de igualdad y tolerancia, la calidad de la programación y la participación cultural con atención a las minorías<sup>86</sup>.

### 3. Gobierno postelectoral

Según Ibarretxe, tanto los socialistas como los populares venían difundiendo la mentira<sup>87</sup> de que en caso de necesidad el PNV-EA aceptaría los votos de EH con tal de seguir gobernando desde Ajuria Enea. Según esto, se repetiría el mismo planteamiento del Gobierno anterior, el del Pacto de Estella, cuando parecía que las intervenciones del candidato nacionalista lo daban por superado. Por otra parte, y, también en opinión del candidato nacionalista, la prensa silenciaba sus desmentidos a semejante afirmación.

Era cierto que al comienzo de la campaña se había dicho que no habría acuerdo ni colaboración alguna con EH, mientras hubiese asesinatos, kale borroka e intimidaciones, y mientras EH no hiciese política al margen de los que mataban<sup>88</sup>. Pero no se había aclarado la actitud ante la posible necesidad de los votos de EH para la investidura.

---

voluminosos y paralización de las plantas incineradoras. EH concretó el tema de medio ambiente en la reivindicación de competencias en planificación hidrológica, emisiones contaminantes, regeneración del medio, reducción del nivel de emisiones, eliminación de residuos y adhesión a tratados internacionales sobre medio ambiente (*Ibidem*).

<sup>86</sup> Ver *El Mundo* 8-5-2001 (11). El Partido Popular defendía que los medios de comunicación en el País Vasco cumplieren con los principios de neutralidad e imparcialidad, además de fomentar la tolerancia y el pluralismo. En concreto optaba por medidas de choque en EITB ante la falta de crédito de una radiotelevisión convertida en instrumento de partido. El Partido Socialista optaba por una EITB que fuese el catalizador de la sociedad real y no el sistema comunicativo del PNV. Por ello, defendía una radiotelevisión al servicio de la vida democrática, del pluralismo, de la cultura, de la creación y de la industria audiovisual y, además, controlada a través del Parlamento y del Consejo de Administración. Izquierda Unida, en aras de la imparcialidad, proponía la creación de un Consejo Audiovisual y el nombramiento del director del ente público por los dos tercios del Parlamento Vasco. Euskal Herritarrok defendía la prioridad de la cultura en euskera, la creación del Instituto Nacional del Sector Audiovisual y la constitución de la Red Nacional de Cines Municipales para promover la producción de películas vascas. (*Ibidem*).

<sup>87</sup> Ibarretxe dijo en su intervención: «Decía Goebels que una mentira repetida mil veces se convierte en verdad. Pues no; una mentira repetida mil veces no se convierte en verdad», *El Correo* 3-5-2001 (18).

<sup>88</sup> Ver *El Mundo* 27-4-2001 (11) y *Gara* 27-4-2001 (17).

Ante tal situación, Ibarretxe creyó que había llegado el momento de dejar definitivamente zanjada la cuestión del futuro Gobierno y, en concreto, la actitud nacionalista ante la posible coalición con Euskal Herritarrok. La intervención, que quiso ser contundente y definitiva, lo fue más de forma que de contenido, ya que éste resultó confuso y contradictorio. La afirmación tajante de que en el futuro no habría pacto con EH ni directa ni indirectamente en ninguna institución quedaba en entredicho por la añadidura de que tampoco lo había habido en el pasado. Era una mala comparación, ya que en el pasado reciente había habido colaboración parlamentaria tanto en la investidura de Ibarretxe como en posteriores votaciones parlamentarias. Y esta colaboración se había producido durante la tregua y después de la tregua. Semejantes acuerdos y sumas de votos habían existido y existían en otras instituciones. La promesa del candidato invitaba a sus simpatizantes y votantes a pensar que no habría acuerdo para evitar, así, el fracaso del pacto de Estella, mientras que a socialistas y populares les invitaba a todo lo contrario, es decir, a creer que el futuro político repetiría lo hecho en el pasado.

La intervención, si bien tenía diversos objetivos y destinatarios (el posible voto fugitivo de EH, el desmentido a populares y socialistas, la imagen de inocencia del PNV contraria a la violencia), iba expresamente dirigida a los miembros de EH, a quienes espetó que «con violencia, asesinatos, extorsión, “kale borroka” no hay nada que hacer en ningún sitio, ni en el Parlamento, ni en las diputaciones, ni en ninguno de los ayuntamientos; es una barrera absolutamente infranqueable», para a continuación repetir por dos veces: «nunca hemos gobernado ni nunca gobernaremos, ni directa ni indirectamente con quien no se comprometa a defender sus ideas única y exclusivamente a través de vías pacíficas y democráticas»<sup>89</sup>. En lugar de pactar con EH, Ibarretxe proponía el trabajo en común entre nacionalistas y no nacionalistas para hacer frente a la «Euskadi oscura» de «los que están matando y los que dicen que todo está mal», con lo que el candidato volvía a dibujar una escena en la que situaba a la coalición en el centro político ante dos extremos irreconciliables entre sí e igualmente refractarios a sus tesis políticas<sup>90</sup>. Según esto, el pacto propuesto no parece que tenía muchos candidatos entre los no nacionalistas.

Colaboradores de Ibarretxe y dirigentes nacionalistas, que la prensa no descubría, confirmaron las anteriores manifestaciones: «Con EH, no

---

<sup>89</sup> *El Correo* 3-5-2001 (18). Ver *Gara* 3-5-2001 (16); *El Mundo* 3-5-2001 (11); *El País* 3-5-2001 (1 y 15).

<sup>90</sup> *El Correo* 3-5-2001 (18).

hay nada que hacer y no valdrán subterfugios». Aunque no se aclaraba cómo se iba a concretar el compromiso anunciado en el supuesto de no tener garantías de salir elegido (no presentarse como candidato para evitar el apoyo de EH, o bien otra solución), se insistió en que «más que los caminos lo importante es el resultado final, que no habrá pacto». La coalición no pensaba en la posibilidad de ir a la oposición, porque se iba a ganar con gran amplitud. Este resultado, se decía, disuadiría a Mayor y Redondo de gobernar<sup>91</sup>.

Posteriores intervenciones de Ibarretxe confirmaron lo dicho anteriormente y dejaron las mismas incertidumbres. Sólo se contemplaba la posibilidad de seguir gobernando. Los resultados, se pensaba, permitirían a la coalición no depender ni de EH, que carecía de personalidad y estaba sometida a ETA, ni de los socialistas, que ya habían «elegido compañero», en referencia al PP. Con aires de triunfador manifestó en una entrevista radiofónica: «Vamos a estar en el entorno de los 500.000 votos, vamos a sacar más del 50% de escaños a la segunda fuerza, más escaños que ningún otro para poder realizar un Gobierno sin estar condicionados por nadie; ...(...)... no contemplamos de ninguna manera pasar a la oposición. Vamos a ganar con una fortaleza tan inmensa que va a hacer imposible la conformación de otros gobiernos que no sean sobre la base de lo que es la columna vertebral de este país. (...)... muchos politólogos en España se van a llevar una gran sorpresa, porque alcanzaremos una mayoría más contundente de la que hemos tenido y seguiremos liderando este país»<sup>92</sup>.

Más allá de estas palabras no hubo claridad para concretar en qué se iba a traducir la afirmación de no gobernar directa ni indirectamente con EH, ni tampoco para rechazar de forma abierta el posible apoyo radical a su investidura, aunque no hubiese acuerdo. Simplemente dijo que «haremos las cosas claras, llevaremos los votos claros y los apoyos que tengamos los presentaremos sobre la mesa, diremos muy claramente a la sociedad cómo y de qué manera vamos a gobernar»<sup>93</sup>.

Las dudas que el discurso de Ibarretxe dejaba planteadas sobre la forma de aplicar su rechazo de EH las intentó resolver Arzalluz, al afirmar que, en el supuesto de que los radicales diesen su apoyo al candi-

---

<sup>91</sup> *El Correo* 3-5-2001 (18) para citas y contenido. Ver, también, *El País* 3-5-2001 (15); *Deia* 4-5-2001 (12); *El Mundo* 4-5-2001 (10).

<sup>92</sup> *El Correo* 5-5-2001 (25). Este periódico interpretó que Ibarretxe apostaba por un pacto con IU al asegurar que no dependería de EH ni del PSE.

<sup>93</sup> *Ibidem*. Garaikoetxea acusó a populares y socialistas de ocultar la promesa de Ibarretxe de no gobernar con EH, si no se desvinculaba de la violencia (*El Mundo* 8-5-2001 (6)).

dato del PNV-EA, no existía ninguna fórmula para que en un Parlamento se desvirtuara el voto de uno de sus componentes. «Por tanto, añadió, Ibarretxe tendrá que actuar conforme a la votación que salga. No tendría más remedio que aceptarlo», aunque el lehendakari no quedaría por ello «sujeto ni comprometido» con EH. Pero, «mientras ETA mate y ETA no renuncie a esa vía expresamente, nosotros no tendremos ninguna comunidad de acción con EH. Lo he dicho mil veces y la última ayer, o sea, que el que no oye es porque no quiere»<sup>94</sup>.

Esta intervención era un disparate, ya que censuraba o, al menos, corregía a Ibarretxe, que era el centro, el fundamento y la apuesta electoral básica del PNV, como lo prueban el número de sus actuaciones y la extensión de las mismas. Además, era un disparate político con posibles consecuencias negativas electorales inmediatas y un ataque a la imagen de inocencia del PNV. En su opinión, se quería decir que si los votos de EH hacían falta, había que aceptarlos por vía de hecho, necesaria e inevitablemente, sin pactos previos. Se trataba de mantener el poder de Gobierno y su rentabilidad sin compromisos electorales, que pudieran alejar parte del voto esperado. Sólo había que advertir del carácter inevitable de tal aceptación no deseada. Por último, era una torpeza simplista invocar la «necesidad» parlamentaria de la aceptación de los apoyos, ya que éstos se saben de antemano. Basta con no presentar la candidatura, cuando se sabe que su triunfo depende de tales votos. Si sólo con los votos de EH se podía ganar y se presentaba la candidatura, era señal inequívoca de que se quería su colaboración. La intervención de Arzalluz era tan manifiesta que descubría la intención de ganar las elecciones con el voto de aquéllos, que no querían pactar

---

<sup>94</sup> *El Correo* 8-5-2001 (18). Ver *Deia* 9-5-2001 (16); *Gara* 9-5-2001 (12); *El Mundo* 9-5-2001 (1,8 y 11); *El País* 9-5-2001 (1 y 14). *El País* 11-5-2001 (15 y 21) recoge una entrevista a Ibarretxe, que no añade nada nuevo a esta cuestión, a excepción de nerviosismo y agresividad contra el entrevistador y, tal vez, contra el mismo diario. En *Deia* 6-5-2001 (23) se dice lo mismo excluyendo toda comunidad de acción con EH. *El País* 9-5-2001 (14) recoge el texto completo de la discordia, el de las manifestaciones de Arzalluz a I. Gabilondo en la cadena SER: «No hay ninguna fórmula para que en un Parlamento se desvirtúe el voto de uno de los componentes. Por tanto, Ibarretxe no tendría más remedio que aceptarlo. La vez anterior, se lo creerán o no los oyentes, pero es verdad de evangelio, Ibarretxe se lanzó con 27 votos a defender su proyecto, y HB, con el que no había tenido ningún acuerdo, votó a favor. Simplemente, Ibarretxe votó con 27 más los que le dio HB, porque también con 27 hubiera podido gobernar. Y algo parecido puede pasar esta vez (...) Lo he dicho mil veces, o sea que el que no oye es porque no quiere: mientras ETA mate y ETA no renuncie a esa vía expresamente nosotros no tendremos ninguna clase de comunidad de acción con EH. Y si alguna comunidad de acción hay es, por ejemplo, un acuerdo parlamentario de apoyo a un Gobierno. (...) Si estuviéramos pensando en hacer un acuerdo con HB, ¿para qué lo hubiéramos roto?». »

con EH, de ganar el poder con quienes querían pactar, de salvar la virtud moral de la coalición y de garantizar su futura autonomía sin pactos previos.

Tan nefasta intervención no sólo provocó las iras de socialistas y populares, sino también la preocupación de los nacionalistas, que, a través del propio candidato y del EBB, quisieron dejar en claro que el criterio que valía era el expresado por Ibarretxe. Esto se hizo, no obstante, acusando a terceros (partidos y medios de comunicación) de manipulaciones e interpretaciones interesadas de las palabras de Presidente del PNV. Harto de tanta manipulación, Ibarretxe manifestó «para que quede claro de una vez por todas, que mientras EH no se desmarque de la violencia y no se comprometa a defender las ideas mediante la política y la democracia, no voy a formar Gobierno ni voy a ser lehendakari, en ningún caso con sus votos. ¿Queda claro? En ningún caso. Basta de elucubraciones. En ningún caso». Ibarretxe, pretendiendo redondear el argumento, exigió a socialistas y populares que se comprometieran a lo mismo, ya que repetidamente habían votado y seguían votando juntos con EH «para derribar al nacionalismo democrático»<sup>95</sup>, lo que suponía, hay que subrayarlo, una confusión interesada o, al menos, ignorancia, al no distinguir la diferencia de naturaleza política que existe entre una coalición de Gobierno o pacto de Gobierno o acuerdo de legislatura, en esencia, entre el apoyo a la investidura y la coincidencia, por interesada que sea, en unas votaciones parciales parlamentarias o junteras sobre políticas sectoriales.

La declaración del EBB era sorprendente, porque venía firmada por el propio Arzalluz (hablando éste en primera persona) y mediante ella el propio firmante quería salir al paso de las interesadas interpretaciones, que habían hecho de sus palabras varios medios de comunicación. El comunicado manifestaba categóricamente que su posición respecto de la utilización de los votos de EH coincidía plenamente con la ya expresada por el candidato, posición que había sido repetida por ambos en diversas ocasiones. En el comunicado el firmante hacía suyas las palabras iniciales de Ibarretxe: «No aceptaré los votos de EH para ser lehendakari ni para formar Gobierno, ni directa ni indirectamente, con todo lo que ello supone y conlleva, mientras no se comprometan a defender su proyecto político por vías exclusivamente políticas y democráticas»<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> *El Correo* 10-5-2001 (19). Ver, también, *Deia* 9 5-2001 (16); *Deia* 10-5-2001 (13).

<sup>96</sup> *El Correo* 10-5-2001 (19), *Deia* 10-5-2001 (13) titula la información como «Declaración de Arzalluz»; *El Mundo* 10-5-2001 (10) habla de nota de prensa de Arzalluz; *El País* 10-5-2001 (15) dice que la Ejecutiva del PNV difundió una nota firmada por Arzalluz.

En el mismo día hubo una tercera intervención, la de Juan María Atutxa, que no cuadraba con estas aclaraciones, ya que apoyaba las primeras declaraciones de Arzalluz, al considerar imposible rechazar el apoyo hipotético de EH. De absurdo calificaba Atutxa que Ibarretxe retirara su candidatura en el supuesto de que los radicales la apoyasen<sup>97</sup>.

En dos ocasiones más el candidato nacionalista volvió a hablar del tema del futuro Gobierno para insistir en los mismos compromisos y dejar las mismas incógnitas. Esta insistencia inducía a pensar que el rechazo de EH era parte importante del planteamiento de la coalición nacionalista para ganar las elecciones. El nuevo argumento utilizado fue que para contar con los votos de EH no habría sido necesario convocar elecciones<sup>98</sup>. Todo lo demás fue repetición y mucho nerviosismo en las intervenciones. Según esto, se insistió en que en ningún caso se utilizarían los votos de EH para obtener el Gobierno; se silenció el cómo se haría esto y se preguntó a Aznar cómo explicaba a los españoles sus coincidencias con EH sin «empacho» ni «complejos» para echar a los nacionalistas del PNV de las instituciones. Todo ello era conocido<sup>99</sup>. La tensión y la irritación aparecen en esta entrevista: P. «¿Se le pasa por la cabeza ser lehendakari con los votos de EH?».—R. «Ni directa ni indirectamente vamos a aceptarlos, ni para ser lehendakari ni para gobernar, mientras no se comprometa a defender las ideas mediante la política y la democracia».—P. «EH va a asistir al pleno de investidura...».—R. «Ni directa ni indirectamente, he dicho. Con eso queda claro».—P. «Pero no le puede impedir...».—R. «Ni directa ni indirectamente. Si presentamos una candidatura, se dirá con qué votos. ¿De acuerdo? Ni directa ni indirectamente».—P. «Usted no puede impedir que alguien vote su candidatura».—R. «Para eso hay que presentarla».—P. «Quiere decir que no la presentará si la coalición PNV-EA no suma más escaños que PP y PSE?».—R. «No lo sé... Habrá que ver cómo están las cosas. Si presentamos una candidatura, será para ganar y diremos con qué votos contamos. Claramente. Como hemos hecho siempre. Ni directa ni indirectamente la presentaremos ni para ser apoyada ni para gobernar después con EH mientras no apueste por las vías democráticas. Ni directa ni indirectamente. ¿Qué significa indirectamente? Que no nos aprovecharemos de los votos de EH. ¿Eso

---

<sup>97</sup> *El Correo* 10-5-2001 (19).

<sup>98</sup> Las palabras textuales fueron: «Si hubiéramos querido contar con los votos de EH, no estaríamos en elecciones», *El Correo* 11-5-2001 (19). Ver *Deia* 11-5-2001 (12).

<sup>99</sup> Ver *El Correo* 11-5-2001 (19).

lo van a hacer también el PP y el PSE o se van a seguir valiendo de los votos de EH para decir «no» a todo?»<sup>100</sup>.

En cualquier caso, Ibarretxe defendió que el futuro Gobierno tenía que ser fuerte y libre, es decir, no condicionado ni por EH, que practicaba la violencia, ni por PP y PSE-EE, que exigían la renuncia a las ideas nacionalistas para hablar con él (el argumento se refería, especialmente, a los populares). Ese gobierno sería el de la coalición nacionalista, que tendría por oposición al Partido Popular, al Partido Socialista y Euskal Herriarrok. Algunos interpretaron que esta visión del futuro dejaba las puertas abiertas para una coalición con Izquierda Unida en el caso de que fuera necesaria<sup>101</sup>. Ibarretxe había excluido al Partido Socialista en la primera semana de campaña, porque, «puesto bajo las faldas del PP», había elegido a Mayor Oreja como socio<sup>102</sup>.

Arzalluz, sin embargo, no descartó la posibilidad de acuerdos con IU o PSE-EE a pesar de las diferencias entre PNV y socialistas. «Soy —dijo— lo suficientemente viejo como para saber que después de las elecciones hay cantidad de movimientos no previsibles»<sup>103</sup>. Las declaraciones de Garaikoetxea —«sería una gran decepción que el PNV renunciara a la vía soberanista para gobernar con el PSE»— sugieren que no se descartaba un acuerdo postelectoral con el PSE o, al menos, que airear semejante posibilidad era electoralmente rentable<sup>104</sup>.

## E) *La crítica a los partidos políticos*

### 1. El Partido Popular

Ya se ha dicho que casi una tercera parte de la campaña estuvo centrada en el Partido presidido por Aznar. El dato de que sólo el PP acaparó más atención que todos los demás partidos juntos da una idea bas-

---

<sup>100</sup> *El Correo* 11-5-2001 (24), entrevista de Miguel Arroyo a Ibarretxe. Ver también *El Correo* 4-5-2001 (22). En la entrevista de *El País* 11-5-2001 (21) Ibarretxe dice: «No, ésta es la pregunta que quiero hacer y transmitir en este medio. Quiero que preguntéis al PP y al PSOE si van a seguir usando los votos de EH para censurar, como han censurado esta semana, al diputado general de Guipúzcoa y al Consejo de Diputados de Guipúzcoa. ¿De acuerdo?».

<sup>101</sup> Ver *El Correo* 4-5-2001 (22). También Garaikoetxea excluyó todo gobierno con EH o PSE, mientras se mantuvieran en sus posturas (*El Mundo* 8-5-2001 (6)).

<sup>102</sup> *El Mundo* 2-5-2001 (10). Ver *El Mundo* 4-5-2001 (10).

<sup>103</sup> *Ibidem*. En *Gara* 9-5-2001 (1 y 12) se dice que Arzalluz no descartaba gobernar con el PSE.

<sup>104</sup> *Gara* 9-5-2001 (12).

tante exacta de cómo el nacionalismo había percibido que el peligro electoral venía de los populares y que éstos, por ello, podían ser su mina electoral. Siendo esto así, la coalición nacionalista pintó un cuadro en el que se los representaba como la encarnación del mal para los vascos (verdugos de los vascos) y, especialmente, para los nacionalistas vascos. Este cuadro se hizo con los elementos, atribuidos o asociados al Partido Popular, de franquismo, corrupción, fracaso económico y social, violencia, crispación, falsa democracia, mentira, persecución, enfrentamiento y mayor justificación de ETA para actuar. Por tanto, este apartado de crítica no puede interpretarse como una versión de un supuesto diálogo sobre los distintos proyectos políticos, que habría dado lugar a un debate electoral en sentido estricto, sino como una permanente descalificación del otro.

La identificación del Partido Popular con el franquismo se hizo a través de acusaciones, que, o bien expresamente le atribuía tal condición, o bien intentaban destacar la continuidad entre ambos. Así ocurría con la visión negativa, que se daba de la democracia española, en la que no se respetaría la separación de poderes, en referencia a las supuestas presiones del Gobierno popular sobre los jueces, o en la que las mismas elecciones no serían democráticas, tal como se ha visto en el apartado anterior, o en la exigencia del PP, según Ibarretxe, de renunciar a las ideas nacionalistas para dialogar entre los dirigentes populares e Ibarretxe. Demócratas de «cartón piedra», diría Begoña Errazti<sup>105</sup>. La imagen de una derecha española, generadora de pobreza y de miseria moral, que no renunciaba a su pasado franquista aparecía en las manifestaciones dichas con ocasión del 64 aniversario del bombardeo de Gernika, en las que se exigía al gobierno central pedir perdón, a semejanza del Gobierno alemán, por el genocidio cometido. Ibarretxe opinó que era de justicia y, además, «un rasgo de humanidad y de convivencia» decir «que Gernika no lo incendiaron los propios vascos, rojos y separatistas»<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> *El Correo* 12-5-2001 (18). Ver, también, *El Correo* 11-5-2001 (24), donde dice Ibarretxe: «¿Qué clase de demócrata es el que dice que para hablar conmigo tengo que renunciar a mis ideas? Aznar me lo ha dicho en múltiples ocasiones. Y Mayor Oreja». En otra ocasión, Ibarretxe dijo a los populares: «Si ganan, dicen que desarrollarán el Concierto, el Estatuto, que se invertirán 800.000 millones. ¿Y si no ganan? ¡Qué concepto es ese de la democracia!». *El Correo* 4-5-2001 (22).

<sup>106</sup> *El Correo* 27-4-2001 (20). Ver, también, *El Correo* 1-5-2001 (18); 12-5-2001 (18); *Deia* 5-5-2001 (14) y lugares citados anteriormente. Sobre el acto de Gernika ver: *Gara* 27-4-2001 (19); *Deia* 27-4-2001 (22); *El País* 27-4-2001 (16). La utilización del argumento franquista permitió a Nicolás Redondo decir: «Arzalluz es un antifranquista post-mortem: se acuerda más del dictador ahora que cuando vivía», *El Correo* 5-5-2001 (24).

Se trataba, obsérvese, de la acusación utilizada en otras ocasiones, que situaba al PNV en medio de quienes no condenaban la violencia de ETA (EH) o no condenaban la dictadura del franquismo (PP), acusación que, por otra parte, equiparaba ambos extremos y dejaba sólo para el PNV el espacio de la virtud moral y política. Garaikoetxea exigía a Ibarretxe que no cediese en ninguna de las reivindicaciones nacionalistas legítimas, tanto de derechos humanos como de los derechos del pueblo vasco, especialmente, porque las presiones venían de quienes traían en la actualidad a Calvo Sotelo o a Berlusconi<sup>107</sup>.

Las consecuencias de ruina y desolación económica para el País Vasco, atribuidas a la derecha española del anterior régimen («bajo el mandato de la derecha española no ha tenido más que pobreza y miseria», dijo Ibarretxe, refiriéndose a la Rioja alavesa), se asociaban ahora con la práctica del caciquismo y amiguismo de los populares en el poder. El ejemplo lo daría Alava, donde la Diputación y el Ayuntamiento de Vitoria estaban en sus manos. De este modo ocurría que lo que los populares ofrecían en su campaña como modelo de Gobierno para toda Euskadi, su forma de ejercer el poder para todos en Alava, los nacionalistas lo denunciaban como un intento de volver al sistema de amiguismo, sistema de «negociados y chanchullos políticos», una «especie de vuelta al pasado». El PP utilizaría Alava para dividir a los vascos, a diferencia del nacionalismo, que había construido tanto para el abertzale como para el no abertzale<sup>108</sup>. El nacionalismo pedía el voto para evitar que la comarca alavesa se convirtiese «en la finca de la derecha»<sup>109</sup>.

La vuelta al pasado marcaba la estrategia popular. Así, se denunciaba que Mayor Oreja pretendiese alcanzar la paz «a sangre y fuego»<sup>110</sup>, o se consideraba inadmisibles que se planteasen en la campaña «lenguajes ni proyectos de guerra» que no tenían cabida en la sociedad vasca<sup>111</sup>, o que se dudase del compromiso ético y de la confrontación total del PNV y EA contra la violencia, o se practicara una «inmisericorde cruzada criminali-

---

<sup>107</sup> Ver *El Correo* 1-5-2001 (18). Ver, también, *Deia* 1-5-2001 (13) y *Gara* 1-5-2001 (16). En *Correo* 5-5-2001 (25) Ibarretxe pide a Aznar que le conteste a la pregunta: «¿Condenará el régimen de Franco?».

<sup>108</sup> Ver *Deia* 30-4-2001 (11).

<sup>109</sup> Todas las citas en *El Correo* 30-4-2001 (16). Ver, también, *Gara* 30-4-2001 (14); *El Correo* 27-4-2001 (20) y 1-5-2001 (18). En *El Correo* 28-4-2001 (19) Ibarretxe dice que el PP representaba a «la derecha dura que ha tenido olvidada esta tierra (la margen izquierda) durante cien años».

<sup>110</sup> *El Correo* 27-4-2001 (20). Ver *Deia* 27-4-2001 (14).

<sup>111</sup> *El Correo* 30-4-2001 (16).

zadora» contra el nacionalismo por parte de populares y socialistas<sup>112</sup>. La derecha española venía a «dominar y no a convencer»<sup>113</sup>.

A la paralización del Estatuto y a su mezquina interpretación (rechazo constitucionalista a una lectura de la Constitución y del Estatuto favorables al ejercicio de la autodeterminación o del ámbito vasco de decisión), críticas ya conocidas<sup>114</sup>, se añadía la del boicot e insulto a las instituciones autonómicas y a sus legítimos representantes, que eran los nacionalistas, hasta el punto de preguntar a Aznar si seguiría en la misma actitud<sup>115</sup>. Ibarretxe acusó a Mayor de querer cargarse el Concierto<sup>116</sup>.

Se trataba, evidentemente, de distorsionar<sup>117</sup> el argumento de populares y socialistas sobre el comportamiento del nacionalismo durante la vigencia del Pacto de Lizarra, que había sido netamente antisistema autonómico y de desprestigio institucional, al que no había sido ajeno el propio Ibarretxe. El PNV presentaba ahora la negativa actitud anterior de los populares vascos a entrevistarse con Ibarretxe, es decir, a dialogar (política policial frente a política dialogante) como parte de un planteamiento general o estrategia de acoso contra el nacionalismo (incluso exigiendo la renuncia a la ideología nacionalista)<sup>118</sup> y, más en concreto, contra lo vasco, contra la identidad vasca (eusquera, cultura, ikastolas). «PP y PSOE pretenden laminar la identidad vasca», dijo Ibarretxe<sup>119</sup>. En Alava, por ejemplo, el PP estaría aplicando el lema

<sup>112</sup> Ver *El Correo* 30-4-2001 (16), 1-5-2001 (18) y 5-5-2001 (25), donde Juan María Atutxa trató de combatir la «mentira de que somos tibios» con la violencia, diciendo: «La primera manifestación contra ETA, en octubre de 1978, la organizó el PNV. No la convocaron ni Savater, ni el Foro Ermua. Y quien circula por el Mundo como campeón de la democracia, Onaindía, la criticó, mientras Mayor era el sobrínísimo de Marcelino».

<sup>113</sup> *El Mundo* 2-5-2001 (10).

<sup>114</sup> Ver, además de lugares citados anteriormente, *Deia* 1-5-2001 (13), donde se acusa a populares y socialistas de hacer chantaje en materia de transferencias y de fraude al autogobierno y al Parlamento vasco.

<sup>115</sup> Ver *El Correo* 4-5-2001 (22). Ver *Deia* 5-5-2001 (14). El Gobierno Vasco hizo responsables, también, a populares y socialistas de los insultos recibidos por Ibarretxe en el funeral del asesinado Manuel Giménez.

<sup>116</sup> Ver *El País* 1-5-2001 (14). Mayor hablaba de desarrollo leal y sin abusos; ver *El Mundo* 1-5-2001 (9); *Gara* 1-5-2001 (16).

<sup>117</sup> La misma interpretación expresó Arzalluz en torno al Pacto de Lizarra, cuando acusó al PP y al PSE de no ayudar al PNV en semejantes momentos. «Nos dejaron solos —dijo— y nos echaron una mano al cuello», *El Correo* 7-5-2001 (24). Ibarretxe afirmó que, a partir de la ruptura de la tregua por ETA, «el PP y el PSE han optado por obstaculizar todas las iniciativas que hemos planteado para salir del túnel; han dicho “no” y “no” a todo. Y siguen instalados en el “no”», *El Correo* 11-5-2001 (24).

<sup>119</sup> *Deia* 30-4-2001 (11). En *El Mundo* 30-4-2001 (11) se acusa al PP de intentar dar al euskera tratamiento de lengua extranjera en Alava.

«Alava como Navarra», donde «ya sabemos de qué manera tan brutal están atacando allí nuestros signos de identidad»<sup>120</sup>. Los dos años de Lizarra, durante los cuales se había propuesto paz por nacionalismo, el PNV-EA los presentaba como tiempo de una terrible campaña de socialistas y populares, no sólo contra el Gobierno Vasco, el PNV y EA, sino contra «la propia imagen de lo vasco»<sup>121</sup>. La intervención de Fraga calificando al euskera de lengua de museo permitió ilustrar este aspecto, ya que se la consideró un desprecio y una ofensa a la lengua y a los vascos, entre los que Ibarretxe incluía a los populares vascos y al mismo Mayor, de quien pedía una rectificación<sup>122</sup>. Mayor dio su versión positiva del euskera e Iturgaiz manifestó: «Defiendo el euskera, la lengua de mis hijos, mía y de la madre de Fraga, que se apellida Iribarne»<sup>123</sup>. Pero, en el mismo orden de cosas, Sabin Intxaurreaga manifestó de forma estrafalaria, pero con la clara finalidad indicada de presentar a Mayor como perseguidor de lo vasco: «Ha tenido la desfachatez de decir que AEK forma parte del entramado de ETA. Pues si AEK forma de ETA, yo también formo parte del entramado porque amo el euskera. No se puede criminalizar a una lengua propia»<sup>124</sup>.

Esta línea argumental culminó en el acto de clausura de la campaña, cuando las juventudes nacionalistas repartieron pasquines sin firma contra Mayor e Iturgaiz y una supuesta película rodada por el PP (y los socialistas) titulada «A por los Vascos»<sup>125</sup>. Este argumento se estrellaba contra la afirmación de Ibarretxe de que todos eran vascos, pero permitía utilizar el mito del españolismo de la derecha contra el vasquismo del nacionalismo y seguir obteniendo fruto de la oposición España-Euskadi. Expresamente lo hizo Arzalluz. Las elecciones «no son autonómicas, porque tenemos a todo el Estado encima. Ya lo dijo Aznar, se juega la suerte de España, lo que demuestra hasta qué punto los nacionalistas estorbamos al proyecto de la derecha española, que conocimos durante 40 años ...(...)... nos han enviado aquí al ministro de la porra, que trasladaría la sede de Ajuria Enea a Intxaurreaga porque viene a españolizar las vascongadas»<sup>126</sup>.

<sup>120</sup> *Gara* 30-4-2001 (14), palabras de Ibarretxe. Sobre ataques del PP al euskera, ver *Gara* 3-5-2001 (15). En *Deia* 11-5-2001 (12) EA acusa al PP y PSE de «estrategia de extermio del euskera».

<sup>121</sup> *El Correo* 30-4-2001 (16).

<sup>122</sup> Ver *El Correo* 4-5-2001 (22). Ver *Deia* 4-5-2001 (12) y *Gara* 3-5-2001 (15).

<sup>123</sup> *Deia* 5-5-2001 (15). En *Gara* 4-5-2001 (17) está la opinión de Mayor Oreja.

<sup>124</sup> *El Correo* 6-5-2001 (31). Ver *Deia* 6-5-2001 (14).

<sup>125</sup> *El Correo* 12-5-2001 (18). La película «A por los vascos» había sido rodada, según esta imagen, por «PP-SOE Productions».

<sup>126</sup> *El Correo* 29-4-2001 (28). *El Mundo* 29-4-2001 (13).

La interpretación de las elecciones realizada por Garaikoetxea iba en el mismo sentido. Se trataba de la lucha del frentismo del nacionalismo español contra el vasco en la campaña más dura que había conocido, lo que constituía una repetición de la valoración de la anterior campaña<sup>127</sup>. Aquí encajaba la afirmación de que Euskadi era una nación frente al único proyecto de Aznar de que España fuese «una, grande y libre»<sup>128</sup>.

A todo esto se unía el interés del PP por la permanencia de la violencia de ETA. La acusación era muy grave y la dijo Arzalluz. Los populares no sólo por intereses partidistas impedían la unidad democrática, que pedían ellos y los socialistas, sino que no tenían ningún interés en que desapareciese ETA, porque, en palabras de Errazti, ETA era el principal aliado del nacionalismo español<sup>129</sup>. Gracias a las actuaciones de ETA, el Partido Popular había subido en votos ante el PSOE y esperaba ahora seguir ganando. Esta acusación bastante habitual se repitió con ocasión del asesinato de Manuel Jiménez. La llamada a las urnas de los populares, posterior al asesinato, fue interpretada como una instrumentalización partidista del asesinato. «Me parece de una bajeza moral increíble —dijo— que el PP quiera, sobre todo en este día, aprovechar la sangre para unos fines políticos electorales»<sup>130</sup>. Este último argumento claramente pretendía fusionar al PP con la derecha franquista. No sólo habría continuidad en la pobreza y miseria entre ambos, sino, también, en la violencia de ETA. El franquismo era la causa de la existencia de la violencia de ETA y Aznar encontraba beneficios electorales en su continuación. No interesaba acabar con ETA, sino combatir al nacionalismo<sup>131</sup>. «No les preocupa la violencia, ni

<sup>127</sup> Ver *El Mundo* 8-5-2001 (6).

<sup>128</sup> *Deia* 5-5-2001 (14).

<sup>129</sup> Ver *El Mundo* 29-4-2001 (13).

<sup>130</sup> *El Correo* 8-5-2001 (23). Ver, también, *Correo* 29-4-2001 (28) y 9-5-2001 (19). En la entrevista de I. Gabilondo Arzalluz había dicho: «Yo soy capaz de afirmar desde una convicción profunda que al señor Aznar sí le interesa la desaparición de ETA; pero le interesa desde una especie de victoria militar, que no es posible. Por tanto, en la práctica no está interesado, porque además las actuaciones de ETA le dan votos; con ellos ha subido frente al PSOE y con ellos pretende seguir ganando», *El País* 9-5-2001 (14). En *Deia* 8-5-2001 (17) se leen las siguientes palabras de Arzalluz: «No puedo aprobar que Mayor, Lucas o Arenas, cuando todavía estaba el cadáver caliente, empiecen a hablar de que los vasos debemos responder con una oleada de votos; a ellos naturalmente. Francamente, me parece una bajeza moral increíble y no entiendo que quieran sobre todo este día, aprovechar la sangre para unos fines políticos electorales». Ver, también, *El Mundo* 8-5-2001 (1 y 2); *Gara* 8-5-2001 (1 y 12); *El País* 8-5-2001 (1 y 15).

<sup>131</sup> Ver *El Correo* 6-5-2001 (31) y otros lugares citados anteriormente. En *Correo* 29-4-2001 (28) Ibarretxe dice: «No les preocupa (a populares y socialistas) la violencia de ETA, sino echarnos a los nacionalistas de las instituciones». Lo mismo en *Gara* 29-4-2001 (18).

ETA, ni los problemas de este país, sino sólo cómo echarnos a los nacionalistas vascos de las instituciones»<sup>132</sup>. Pero lo que Mayor había dicho era lo siguiente: «Es evidente que este atentado tiene que ser un incentivo más para participar en las elecciones. Los vascos tenemos una manera de responder al asesinato, que son las urnas. Una semana y podremos decir todo el desprecio y todo el daño que hace a nuestra tierra y al resto de España»<sup>133</sup>. También Garaikoetxea acusó a PP y PSE de convertir el sentimiento de dolor por las víctimas en argumento político contra PNV y EA, que, según él, no tenían nada que ver<sup>134</sup>.

Si la violencia de ETA era políticamente rentable, también lo era el problema de Euskadi en general. Según esto, se usaba la cuestión vasca para focalizar en ella la atención pública y ocultar los problemas españoles. Para Aznar, decía Ibarretxe, Euskadi «es como las antiguas colonias, un quitamanchas para tapar todo lo malo que ocurre en España: el submarino, las «vacas locas» o una Ley de Extranjería que trata a las personas como al ganado»<sup>135</sup>. El término «quitamanchas» no parecía improvisado, porque lo volvió a usar al decir que para Aznar el problema vasco es un «quitamanchas. Euskadi ha sustituido al fútbol y a los toros como el opio del pueblo español, para anestesiarle. Se usa como el circo en Roma, que lo pusieron en marcha cuando comenzó la caída del Imperio. Si hay problemas en España, circo en Euskadi»<sup>136</sup>.

La estrategia popular, conjuntamente con los socialistas, pretendería la división y la ruptura entre los vascos. Era la consecuencia natural del «proyecto de guerra» del PP. El proyecto popular era una opción de «venganza, división y enfrentamiento», cuya escenificación había sido «la foto de Redondo y Mayor unidos por Fernando Savater, el dios de la guerra civil (en otra ocasión se le llamó celestina especial), que dijo la mayor

---

<sup>132</sup> *El Mundo* 29-4-2001 (13).

<sup>133</sup> *Deia* 7-5-2001 (10). Semejantes términos en *Gara* 7-5-2001 (13). Al día siguiente, Mayor Oreja manifestó que los electores vascos tenían la oportunidad de depositar su dolor, consternación y rabia en su papeleta y de elegir con su voto a un Gobierno que se colocara «en la primera línea de la lucha contra el terror», *El Correo* 8-5-2001 (22). En este mismo periódico Rajoy manifiesta ciertas dudas sobre el compromiso del Gobierno vasco y la Ertzaintza en la lucha contra ETA.

<sup>134</sup> Ver *El Mundo* 8-5-2001 (7).

<sup>135</sup> *El Correo* 5-5-2001 (25). Ver *El Mundo* 5-5-2001 (13); *Gara* 5-5-2001 (13).

<sup>136</sup> *El Correo* 6-5-2001 (31), donde se observa que la historia no es el fuerte de Ibarretxe. Ver *El País* 6-5-2001 (22); *Gara* 6-5-2001 (17). Semejante argumento usó Arzalluz para responder a los que defendían que su retirada de la política permitiría una nueva relación con el PNV. No era sino «una argucia más para salir de su atolladero», *El Correo* 9-5-2001 (19).

barbaridad que he oído (palabras de Ibarretxe) en los últimos tiempos»<sup>137</sup>, la de que, si triunfaba el nacionalismo en las elecciones, se produciría una guerra civil. La fractura de la sociedad vasca era el precio para obtener un puñado de votos<sup>138</sup>. Frente a ella, el proyecto nacionalista era el de una sociedad para todos, socialistas, populares, abertzales y no abertzales, ya que todos eran vascos<sup>139</sup>.

Pero la campaña nacionalista no sólo trató de presentar a populares y socialistas unidos en una cruzada contra el nacionalismo, dejando de lado la invocación a los valores que populares y socialistas decían defender y con los cuales justificaban su acercamiento y su posible futura colaboración de gobierno (defensa del derecho a la vida y libertades para todos los ciudadanos y lucha frontal contra el terrorismo) y justificando, así, su interpretación electoral de un enfrentamiento entre nacionalismo (PNV-EA) y españolismo (PP y PSE.EE, constitucionales y autonomistas), sino que, además, los presentó unidos a ETA en su oposición al nacionalismo del PNV y EA.

La acusación de utilizar los votos de EH en la oposición y la pregunta de si los seguirían utilizando después de las elecciones pretendía crear la duda, con fines electorales, de una posible pinza de EH, PP y PSE contra el PNV y EA. La imagen de populares y socialistas coincidiendo, al menos, objetivamente, con ETA podía tener consecuencias favorables, pero contradecía el argumento del nacionalismo español contra el nacionalismo vasco. No es de extrañar, por ello, que Ibarretxe advirtiese a los jóvenes que había que defender el derecho de autodeterminación por medios pacíficos y democráticos. Estas virtudes molestaban, en su opinión, a ETA, PP y PSE, aunque, evidentemente, les molestaban de manera distinta. Había que ser nacionalista (derecho de autodeterminación) y demócrata (rechazo de la violencia). Con ello se distinguía a ETA del PP y PSE, pero se les hacía coincidir en su oposición, lucha y pinza contra quien reunía las dos condiciones, la de ser nacionalista y la de ser demócrata. El «somos demócratas y nacionalistas. En estos temas, ni un paso atrás, ni una broma» pretendía, una vez más, presentar al PNV y, con menor énfasis, a su acompañante circunstancial, como el colmo de la perfección política frente a aquéllos, que

<sup>137</sup> *El Correo* 30-4-2001 (16). Ver *Deia* 30-4-2001 (11); *El Mundo* 30-4-2001 (11). Beño Errazti calificó a los participantes en el acto de Basta Ya del Kursaal de «pseudopacifistas aprendices del poder que piden el voto para el ministro de la guerra», *El Correo* 29-4-2001,(28).

<sup>138</sup> Ver *El Correo* 11-5-2001 (24). También Madrazo había dicho: «Si no cambian las cosas, habrá una confrontación civil», *El País* 8-5-2001 (1).

<sup>139</sup> *Deia* 11-5-2001 (12).

sólo tenían una de las virtudes políticas o, tal vez, ninguna<sup>140</sup>. Todos los contrarios a la coalición nacionalista, «los que pegan tiros, el PP y el PSOE», no sólo carecían de las virtudes necesarias, sino que, frente al proyecto «ilusionante» de aquella, no ofrecían más que «un túnel sin salida»<sup>141</sup>. Los extremos se unían objetivamente y ETA actuaba como «principal aliado del nacionalismo español»<sup>142</sup>. Por eso no había que dar ninguna llave a ninguno de los dos polos, ni a los que buscaban «la revancha, la fractura y cambios hacia el pasado» ni a quienes creían que con violencia se defendía Euskadi<sup>143</sup>.

Errazti, por su parte, al defender la construcción nacional vasca, especificó que el nacionalismo quería realizarla sin la parbellum de ETA y sin los tanques de Aznar. Con ello daba pie a pensar que la violencia, en su opinión, no era legítima ni para conseguir la independencia ni para impedirla. De este modo, iba más allá de lo que decía Ibarretxe, al sugerir que el Partido Popular no sólo se oponía a la autodeterminación, sino que lo haría a tiros, si fuera necesario, exactamente igual que ETA, aunque en sentido contrario. Garaikoetxea interpretó estas palabras como una figura retórica, que no quería identificar la violencia de ETA con la del Estado, sino rechazar, por un lado, las coacciones de ETA y, por el otro, la paralización de una reivindicación legítima al amparo del monopolio de la fuerza del Estado. De todos modos, se mostró convencido de que, si el pueblo vasco llevara a cabo unilateralmente determinadas transformaciones, «la reacción del Estado podría ser violenta. Nos lo ha demostrado la historia». Era, además, una exigencia constitucional, puesto que la Constitución, decía, encomendaba a las fuerzas armadas la defensa de la unidad del Estado<sup>144</sup>.

Toda esta estrategia popular, según los nacionalistas, pretendía la expulsión de los nacionalistas de las instituciones autonómicas, lo que parecía ser la verdadera preocupación de la coalición. No se trataba de resolver problemas, dijo ingenuamente Ibarretxe, sino de «echar al nacionalismo de las instituciones vascas» y «no hay que echar a nadie de ningún sitio, lo que hace falta es arreglarse con el que legítimamente piensa diferente que tú»<sup>145</sup>. Dicho esto, se insistió en denunciar el

---

<sup>140</sup> Ver *El Correo* 2-5-2001 (20). «La palabra cruzada», en concreto, cruzada inmisericorde contra los nacionalistas, la utilizó Garaikoetxea; ver *El Mundo* 8-5-2001 (7).

<sup>141</sup> *El Correo* 2-5-2001 (20).

<sup>142</sup> B. Errazti en *El Mundo* 29-4-2001 (13).

<sup>143</sup> *El Mundo* 7-5-2001 (9).

<sup>144</sup> *El Mundo* 8-5-2001 (7), entrevista a Carlos Garaikoetxea.

<sup>145</sup> *El Correo* 28-4-2001 (19). Ver *Deia* 28-4-2001 (14). Egibar dijo el día anterior que el objetivo común del PP, PSE y EH era echar al PNV y EA de las instituciones; ver *Gara* 27-4-2001 (17).

mismo objetivo, añadiendo, «pero, ¿cómo van a echarnos si vamos a ganar con una diferencia del 45% en escaños respecto a la segunda fuerza»<sup>146</sup>. A pesar de esta aparente seguridad en la imposibilidad de desalojo de las instituciones, la pretensión de echar al nacionalismo del Gobierno fue repetida varias veces como la gran denuncia de las elecciones contra populares y socialistas<sup>147</sup>. Ella respondía a la convicción, no sólo de los dirigentes nacionalistas, sino de los nacionalistas de base, simpatizantes y electores, de que Euskadi pertenecía al nacionalismo y, muy especialmente, al PNV. La propaganda nacionalista de la coalición, que usó repetidamente este argumento, era consciente de la creencia de que Euskadi era la casa vasca, el solar vasco, el caserío, cuya propiedad era de los nacionalistas y era su deber evitar que cayera en manos extrañas. La visión patrimonial-partidista permitía presentar la muy disputada lucha por el poder y el proceso abierto para conseguirlo, propio de una sociedad y de un Estado democrático, como una osadía, un atentado, que ponía en riesgo la propiedad y el disfrute de la propiedad. La expresión «quieren ganar para echar a los nacionalistas de las instituciones vascas»<sup>148</sup> y otras semejantes no se dicen para expresar una obviedad, la de que todo partido intenta ganar el poder en disputa y, si lo consigue, excluye del mismo a los perdedores, sino para conectar con una mentalidad y conciencia, que interpretaban semejante pretensión como una profanación de la naturaleza y propiedad de la casa vasca. Estas imágenes expresaban el sentido patrimonial nacionalista y conectaban de tal manera con la mentalidad popular nacionalista que las convertían en una eficaz arma electoral. El miedo a perder las elecciones aumentaron la utilidad del argumento.

De la estrategia y objetivos populares no se deducía la legitimidad de la violencia, como tampoco se podía deducirla del falso carácter histórico del conflicto o problema vasco. Sin embargo, Arzalluz usó electoralmente el miedo de los ciudadanos a la violencia y, tal vez, de manera especial, el de los que, de momento, no se sentían amenazados, uniendo el triunfo del PP con aumento de la violencia y de la crispación, con mayor justificación subjetiva de los miembros de ETA y con mayor fracaso contra ETA. No fue al final de la campaña, sino al comienzo de la misma, cuando dijo que, si Mayor llegaba a Lehendakari, «traerá más violencia, los de ETA se sentirán más justificados para ac-

---

<sup>146</sup> *El Correo* 29-4-2001 (28).

<sup>147</sup> Ver *El Correo* 30-4-2001 (16); 3-5-2001 (18); 9-5-2001 (19); 10-5-2001 (19); 12-5-2001 (24); *El Mundo* 6-5-2001 (12) («el objetivo del PP y PSE no es ETA, sino que el problema para ellos es el nacionalismo democrático») y «echar a PNV y EA de las instituciones»; *Deia* 11-5-2001 (12).

<sup>148</sup> *El Correo* 30-4-2001 (16).

tuar y, si gobierna, este país lo va a tener más difícil, porque por los caminos que él va ensayando aumenta la crispación»<sup>149</sup>. El aumento de la violencia y de la percepción subjetiva de su justificación, por otra parte, sería inútil. Mayor era un fracasado en su política antiterrorista y también lo eran unas fuerzas de seguridad en cuyo territorio de actuación se había producido casi la mitad de los atentados después de la tregua. Por ello, el discurso popular y socialista de que se podía acabar con ETA en cuatro años era una «fantasmada». Pero el discurso más completo, que ponía en entredicho la actuación de la Ertzaintza por su pasividad y servicio partidista, obligó a Arzalluz a mencionar lo que para el PP y el PSE era esencial en la lucha antiterrorista, la participación de la Ertzaintza. Y lo hizo huyendo del problema y aprovechando la ocasión para ridiculizar a las fuerzas de seguridad del Estado. «Da la impresión, dijo, de que la Ertzaintza es la clave para acabar con ETA, pero ¿dónde está la Guardia Civil, la Policía que trabaja desde Francia, dónde está la cúpula etarra?»<sup>150</sup>.

La misma cuestión abordó Imaz al final de la campaña, cuando pedía a Mayor más humildad ante la política sobre el terrorismo. Imaz trataba de responder a la acusación de la ineficacia del PNV contra ETA recordando que después de la tregua 17 asesinatos se habían producido allí donde Mayor era Ministro del Interior, mientras que 13 se habían producido en el País Vasco. Aunque no se hacía responsable al candidato popular de lo sucedido, se afirmaba que tal acusación era de-

---

<sup>149</sup> *El Correo* 27-4-2001 (20). Ver *El Mundo* 27-4-2001 (11).

<sup>150</sup> *El Correo* 27-4-2001 (20). Ver *El Mundo* 27-4-2001 (11). Las mismas acusaciones en *El País* 7-5-2001 (17). El programa de la coalición nacionalista en cuanto a las fuerzas de seguridad establecía intensificar la eficacia policial y potenciar la coordinación y colaboración de la Ertzaintza con otras policías del espacio europeo para luchar contra la delincuencia organizada y transfronteriza. La propuesta del Partido Popular insistía en el reforzamiento de los medios de la Ertzaintza para luchar contra ETA y su entorno; en la reconsideración del planteamiento del despliegue de la misma y en el impulso de reformas legislativas o reglamentarias para reforzar la capacidad de las fuerzas de seguridad en su lucha contra ETA. El PSE-EE consideraba fundamental la lucha policial contra ETA, para lo que defendía la despolitización de la Ertzaintza, la mejora de su coordinación con las FSE, el aumento de la lucha contra la kale borroka, la potenciación de la investigación de los delitos terroristas, la limitación de la libre designación, el asentamiento de una policía judicial eficaz, el carácter de policía integral para la Ertzaintza y la normalización de las relaciones laborales en su seno. Izquierda Unida proponía la promoción de los valores de respeto y derecho democrático entre los agentes; el cumplimiento por parte de la Ertzaintza de las recomendaciones del Ararteko, la elaboración de un reglamento disciplinario para eliminar las «actuales reglas paramilitares», la creación de un Centro Vasco de Estudios para la seguridad y la participación en planes internacionales de organización. Euskal Herriarok carecía de programa sobre este punto; ver *El Mundo* 9-5-2001 (19).

magógica y que lo que hacía falta era «unirnos para luchar contra ETA e incorporar al campo democrático a los que están fuera»<sup>151</sup>.

Si bien cuanto se dijo contra el PP, también se dijo contra Mayor, de manera especial la imagen negativa del candidato se asoció con la frustración, el fracaso, la violencia (por lo de Ministro del Interior), la división política y social, la mentira (por su afirmación de la vinculación entre nacionalismo del PNV y EA con ETA), el antivasquismo y la españolización. Por ello desde el nacionalismo se hacía la pregunta de si podía haber alguna duda entre elegir un Lehendakari o elegir un Ministro del Interior<sup>152</sup>, de quien Ibarretxe dijo que su mayor aportación había sido «la creación de una nueva categoría de persona: el sinpapeles»<sup>153</sup>. «Probablemente añadió será por eso que en las encuestas, la sociedad vasca no quiere ver ni en pintura a Mayor Oreja como lehendakari, porque le ven como un candidato que fundamentalmente trata de sacar votos de la división, del enfrentamiento de la sociedad vasca en dos comunidades»<sup>154</sup>.

La crítica al PP, ya desarrollada, tuvo su versión en forma de interrogatorio, que el candidato nacionalista en unas ocasiones dirigió al Presidente Aznar y, en otras, a socialistas y populares, a la vez. Se le preguntó si iba a respetar los resultados electorales o, más bien, pensaba rebelarse contra la voluntad de los vascos; si iba a continuar boicoteando e insultando a las instituciones vascas y a los que, como Ibarretxe, legítimamente las representaban o si pensaba seguir haciendo oposición sirviéndose de los votos de Euskal Herritarrok<sup>155</sup>. Hasta 26 veces el PP y PSE habrían votado de la mano de EH contra normas forales o en reprobación del Diputado General de Guipúzcoa y de su Gobierno<sup>156</sup>.

<sup>151</sup> *El Correo* 12-5-2001 (18).

<sup>152</sup> Ver *El Correo* 29-4-2001 (28); 2-5-2001 (20); 3-5-2001 (18); 6-5-2001 (31); 12-5-2001 (18 y 24); *Deia* 4-5-2001 (12); *El País* 4-5-2001 (23); *Deia* 5-5-2001 (14), donde Balza atribuye a Mayor Oreja la afirmación del periódico *ABC* de que la Ertzaintza estaba destruyendo documentos sobre decisiones de responsables del PNV; *Deia* 6-5-2001 (14), sobre la relación PNV y ETA; *El Mundo* 6-5-2001 (12); *El País* 6-5-2001 (22); *Gara* 6-5-2001 (17); *El Mundo* 7-5-2001 (9) (por «quemar al intermediario» con ETA, Juan María Uriarte). De pequeño Goebels le calificó Garaikoetxea a Mayor (*El Mundo* 8-5-2001 (7)).

<sup>153</sup> *Deia* 6-5-2001 (14).

<sup>154</sup> *El Mundo* 3-5-2001 (11).

<sup>155</sup> Ver *El Correo* 4-5-2001 (22). Ver *Deia* 4-5-2001 (12); 5-5-2001 (14); *El Mundo* 5-5-2001 (13); *Deia* 9-5-2001 (16). En *El Correo* 29-4-2001 (28) Ibarretxe afirma que la diferencia fundamental entre el nacionalismo vasco y la «coalición virtual» de populares y socialistas está en que éstos «no se atreven a decir en público que no respetan la voluntad de los vascos».

<sup>156</sup> Ver *Deia* 10-5-2001 (13). Ver, también, *Deia* 11-5-2001 (12); *Gara* 11-5-2001 (21). *El País* 12-5-2001 (3) dice que la suma de votos de EH, PSE y PP fuerzan la devolución de un plan foral de inversión en las Juntas Generales de Guipúzcoa.

En otra ocasión Ibarretxe exigió a Aznar que le contestase a tres cuestiones, alguna de las cuales ya había sido planteada anteriormente. «¿Condernará el régimen de Franco? ¿Aceptará el resultado de las elecciones y dejará la campaña de calumnias? ¿Está dispuesto a dialogar con el nacionalismo democrático para erradicar la violencia y resolver el conflicto que tenemos desde mucho antes de que ETA empezara a pegar tiros?»<sup>157</sup>. Entre las calumnias Arzalluz destacó la de la supuesta negociación de una nueva tregua postelectoral, a la que respondía diciendo que era «todo mentira»<sup>158</sup>.

Otra batería de preguntas exigía respuestas al por qué de la negociación de Aznar con ETA, al por qué de la aprobación en el Congreso de una nueva política penitenciaria que luego no se culminó y al por qué Mayor «quemó» al intermediario en las conversaciones con ETA, el obispo Uriarte. Esta última cuestión «¿fue para consolidar la paz o para romper la tregua»<sup>159</sup>. La pregunta, hecha poco después del asesinato de Manuel Jiménez, era tan grave que el mismo Ibarretxe parece que se vio obligado a responder que la única culpable de la ruptura de la tregua había sido la propia ETA.

A socialistas y populares se les preguntó si reconocían que Euskadi era una nación y si el Estado español era plurinacional<sup>160</sup>.

Puesto que la campaña del PP era, desde el comienzo, una mentira, a diferencia de la campaña veraz de la coalición nacionalista, todo ello según interpretaciones nacionalistas, y, puesto que sólo había dos opciones, «el lehendakari o el ministro de Interior, gobernar Euskadi desde Euskadi o gobernar Euskadi desde la Moncloa»<sup>161</sup>, Ibarretxe propuso un procedimiento de verificación de este elemental maniqueísmo, un debate público entre él y Mayor Oreja. Ibarretxe, que se había hecho el sordo a los ofrecimientos de varios medios de comunicación, televisiones y cadenas de radio (6 en total), para organizar un debate entre los candidatos nacionalista (coalición) y popular, lo mismo que Arzalluz ante la propuesta de debate de Mayor Oreja<sup>162</sup>, retó en el mitin de Anoeta a Mayor a un debate cara a cara en un lugar público ante todos

<sup>157</sup> *El Correo* 5-5-2001 (25). Ver *Gara* 5-5-2001 (13); *El Mundo* 6-5-2001 (12). En *El País* 10-5-2001 (15) se repite la pregunta de Ibarretxe a Aznar: «¿Está dispuesto a dialogar a partir del día 14 con el nacionalismo democrático, o nos vamos a partir la cara en la calle como propone Mayor»? Este afirma en el mismo periódico: «Me apunto a un diálogo entre todos para acabar con ETA».

<sup>158</sup> *Deia* 8-5-2001 (17).

<sup>159</sup> *El Correo* 7-5-2001 (24).

<sup>160</sup> Ver *El Mundo* 1-5-2001 (16); *Gara* 1-5-2001 (16).

<sup>161</sup> *Gara* 29-4-2001 (18).

<sup>162</sup> Ver *El Correo* 29-4-2001 (28). Ver *Deia* 29-4-2001 (12).

los medios de comunicación que lo desearan «para que la sociedad vasca sepa quién dice verdades y quién mentiras... Es hora de hacerle un emplazamiento democrático a Mayor Oreja, aunque él no quiere debatir porque es el candidato del enfrentamiento. Le propongo un debate cara a cara en lugar público al que puedan acceder todos los medios de comunicación para debatir sobre paz, autogobierno, economía y bienestar... es imprescindible para que la sociedad vasca sepa distinguir proyectos y para dejar claro quién dice verdades y quién mentiras. Si quiere debatir, aquí me tiene»<sup>163</sup>. El debate serviría para destacar el proyecto «divisor» de populares y socialistas frente al del nacionalismo «democrático», que «siempre respetará la voluntad de la sociedad vasca, ya sea para un menor autogobierno o para uno mayor que el que se dibuja tras el Estatuto»<sup>164</sup>.

Mayor aceptó el reto y próximos a él comentaron que no lo entendían como un reto, porque «Mayor había aceptado cinco debates en otros tantos medios que el candidato nacionalista rechazó. Pero nos alegramos de que haya cambiado de opinión»<sup>165</sup>.

El secretario general del PSOE intervino para exigir que también participara el candidato socialista, Nicolás Redondo, interpretando que la propuesta de Ibarretxe tenía en cuenta los datos negativos de las últimas encuestas y, por ello, pretendía «laminar la presencia de Redondo en los debates públicos y polarizar la campaña de forma maniquea»<sup>166</sup>. Los socialistas solicitaron de Mayor que renunciase al debate en el caso de que Ibarretxe no aceptase la presencia de Redondo. Mayor se hizo eco de tales pretensiones al decir en un mitin en Bilbao que «Ibarretxe tendría que saber debatir democráticamente y en serio con Redondo», aunque tales palabras parecieron a los socialistas poco convincentes<sup>167</sup>. La participación o no de Redondo se perfilaba como una dificultad para la celebración del debate, así como las condiciones del mismo, que Ibarretxe intentaba imponer. Estas se referían al día (miércoles o jueves anteriores a las elecciones), horario (en hora punta, a la noche), duración (no mayor de 90 minutos), lugar (neutral y público), cadena de televisión (EITB, que daría señal de vídeo y audio a los demás medios), moderador (profesional solvente, independiente, de reconocida solvencia y consensado por los candidatos), temas (paz y normalización política, desarrollo del autogobierno y Estatuto, propuestas

---

<sup>163</sup> *El Correo* 29-4-2001 (28). Ver *Gara* 29-4-2001 (18); 29-4-2001 (20).

<sup>164</sup> *El Correo* 29-4-2001 (28).

<sup>165</sup> *El Correo* 29-4-2001 (28).

<sup>166</sup> *El Correo* 29-4-2001 (28).

<sup>167</sup> *El Correo* 30-4-2001 (14). Ver *El País* 30-4-2001 (15).

de carácter económico y bienestar social), tiempo para cada tema (20 minutos), preguntas (el moderador según su criterio) y prensa (asistencia de todos los medios de comunicación que quisieran)<sup>168</sup>.

La aceptación de Mayor Oreja se condicionó a que Redondo pudiera participar, bien en un debate a tres bandas, bien en otro cara a cara entre Ibarretxe y Redondo, ya que el veto nacionalista a la participación de Redondo no era admisible, puesto que el socialismo representaba a una buena parte de la sociedad vasca. El Partido Popular no estaba dispuesto a transgredir principios éticos y democráticos. El criterio de Mayor era el de negociar una fórmula para garantizar «la presencia de todas las fuerzas democráticas»<sup>169</sup> y satisfacer a todas las partes.

Si para Ibarretxe esto era «la demostración más palpable del temor que tenía (Mayor) a debatir su proyecto», para Mayor la conclusión de que no quería debatir era, «porque (Ibarretxe)<sup>170</sup> no sabe leer o porque se siente derrotado». Mayor no aceptaba la exclusión de un grupo que padecía por la libertad, a la vez que los nacionalistas insistían en que la presencia del candidato socialista no aportaría nada, ya que sus argumentos eran los mismo que los del PP<sup>171</sup>.

En un encuentro con jóvenes en Sestao Ibarretxe hizo populismo acusando a Mayor de tener miedo. Quien «ha estado como un gallo de pelea pidiendo un debate... ahora tiene miedo. No sé si creía que nos íbamos a arrugar. ¿Cómo no vamos a estar dispuestos a debatir si llevamos 105 años haciéndolo?». Pero no sólo el miedo explicaba la negativa al debate. El PP no quería «romper esa santa alianza que tiene con el PSE, ¡quién te ha visto y quién te ve!, para echarnos de las instituciones»<sup>172</sup>. Nadie podía reprocharle la exclusión del candidato socialista, manifestó Ibarretxe a falta de argumentos, porque nadie se acordó del PNV y EA cuando el debate entre Felipe González y José María Aznar. En resumen, «cuando se les planta cara se arrugan. Son como los jugadores malos de mus, que pegan órdagos con pocas cartas»<sup>173</sup>.

---

<sup>168</sup> Ver *El Correo* 30-4-2001 (14). Ver *Deia* 30-4-2001 (10); *El País* 30-4-2001 (16).

<sup>169</sup> *El Correo* 1-5-2001 (16). Ver *Deia* 1-5-2001 (1 y 9); *El País* 1-5-2001 (1, 11, y 12); *El Mundo* 1-5-2001 (1 y 8).

<sup>170</sup> *El Correo* 1-5-2001 (16).

<sup>171</sup> *El Correo* 1-5-2001 (16).

<sup>172</sup> *El Correo* 2-5-2001 (20). Ver *Gara* 2-5-2001 (18); *El País* 2-5-2001 (15).

<sup>173</sup> *El Correo* 2-5-2001 (20). Ver *Deia* 2-5-2001 (13); *El Mundo* 2-5-2001 (10). En *Deia* 3-5-2001 (14) hay comentarios despectivos hacia Mayor Oreja de Egibar y Gorka Knör. La entrevista a Ibarretxe de *Deia* 11-5-2001 (18 y 19) repite lo dicho sobre el debate.

## 2. El Partido Socialista de Euskadi-EE

Los nacionalistas dijeron que la campaña electoral era cosa de dos contendientes. Por un lado, la coalición nacionalista PNV-EA y, por otro lado, la coalición PP-PSE. Los hechos no respondieron a este esquema, como lo prueba la atención prestada a Euskal Herritarrok y a ETA, pero permitieron sacar ventajas electorales ante los principales adversarios políticos al simplificar y reducir los objetivos, fines y pretensiones políticas de populares y socialistas al común denominador de nacionalismo español contra el nacionalismo vasco. La afirmación de que tanto unos como otros sólo pretendían echar a los nacionalistas de las instituciones respondía a esta simplificación interesada. La crítica a los socialistas destacaba que el enemigo eran los populares, que el socialismo se plegaba a sus planteamientos, haciéndose, en parte, acreedor a las mismas críticas que el PP, y que, con ello, se desprestigiaba. El mismo fenómeno, el acercamiento entre el PP y el PSE, constituía así el peligro para el nacionalismo y, a la vez, el argumento para desprestigiar a los socialistas ante su electorado.

Según esto, en la atención prestada a los socialistas, hay que distinguir, en primer lugar, el núcleo común de críticas a populares y socialistas y, en segundo lugar, lo propio y específico dirigido contra el partido de Nicolás Redondo.

Por lo que se refiere al primer punto, al socialismo vasco se le acusó de: criminalizar al nacionalismo y de realizar una cruzada contra el mismo; de intentar fracturar la sociedad vasca por un puñado de votos; de paralizar e incumplir el Estatuto de Gernika; de no asegurar el respeto a las decisiones de la sociedad vasca; de dudar del compromiso ético y de la lucha total del PNV contra la violencia de ETA; de haber obstaculizado y de seguir obstaculizando todas las iniciativas de Ibarretxe para superar la grave situación de la sociedad vasca; de boicotear e insultar a las instituciones autonómicas vascas; de hacer oposición y establecer pactos sirviéndose de los votos de EH y, lo que era más grave, de no comprometerse a no repetir semejante táctica; de participar en una terrible campaña, no sólo contra el Gobierno vasco nacionalista, sino contra la imagen de lo vasco; de haber dejado solos al PNV y EA en el Pacto de Lizarra; de no pretender tanto erradicar el terrorismo cuanto de echar a los nacionalistas del poder y de las instituciones; de propagar la mentira de futuros pactos de Gobierno entre todos los nacionalistas, incluidos, los de Euskal Herritarrok; de coincidir, no sólo con el PP, sino con EH y ETA, en el túnel sin salida y en el acoso y derribo del nacionalismo; y, por último, de ser demócratas de pacotilla<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> Ver lugares citados para las mismas cuestiones.

En cuanto al segundo punto, la crítica nacionalista destacó la servidumbre e, incluso, la identificación de los socialistas con el Partido Popular con la consiguiente evaporización de la naturaleza del socialismo. Los socialistas iban «de la mano de esos que según ellos mismos en España no han tomado ninguna medida de impulso democrático»<sup>175</sup>. Incluso, en materia de estrategia ante la violencia, el PSE habría caído en manos de Aznar, ya que los socialistas durante el Gobierno de F. González habían defendido, más allá de una actuación intensa de la policía, la vía del diálogo<sup>176</sup>. A los argumentos ya conocidos se unieron la descalificación, la ridiculización (en la precampaña se le llamó «maletero»<sup>177</sup> de Mayor Oreja) y la personalización en Nicolás Redondo de la táctica de acercamiento entre populares y socialistas.

La campaña comenzó con la presentación del PSE acurrucado por Redondo «en las faldas del PP»<sup>178</sup>. ¿Adónde querría llevar al socialismo vasco de la mano del PP, que representaba a la derecha dura, la misma que había olvidado durante cien años a la margen izquierda?, se preguntaba Ibarretxe. «¿Qué proyecto progresista quiere desarrollar Nicolás Redondo en Euskadi con la derecha española?»<sup>179</sup>, añadió. La respuesta era que ninguno, ya que no se trataba de resolver problemas, sino de compartir en la práctica candidato para derrotar al nacionalismo<sup>180</sup>. A mitad de campaña se dijo casi lo mismo: «Adónde quiere llevar al socialismo vasco Nicolás Redondo Terreros, a quién quiere engañar. A muchos socialistas de buen corazón se les revolverán las tripas»<sup>181</sup>. Al final de la campaña repitió la misma afirmación: «¿Adónde quiere conducir Nicolás Redondo al socialismo vasco?

---

<sup>175</sup> *El Correo* 6-5-2001 (31). Ver *El Mundo* 6-5-2001 (12). Arzalluz interpretó la relación entre socialistas y populares como un matrimonio político, que se repartiría el poder, en el supuesto de ganar las elecciones, de manera temporal; dos años para cada uno; ver *Deia* 6-5-2001 (22).

<sup>176</sup> Ver *Deia* 6-5-2001 (22), según afirmación de Arzalluz.

<sup>177</sup> *El País* 28-4-2001 (21). No parece suficientemente fundamentada la afirmación de Isabel Martínez en *El País* 28-4-2001 (20) de una estrategia de la coalición nacionalista de no mencionar en su crítica a los socialistas como tales, sino de hacer únicamente responsable a su candidato Redondo. Esto se produjo en bastantes ocasiones, pero la crítica fue más allá del candidato.

<sup>178</sup> *El Correo* 27-4-2001 (20). Ver *El País* 28-4-2001 (21); *El Mundo* 2-5-2001 (10).

<sup>179</sup> *El Correo* 28-4-2001 (19). Ver *Deia* 28-4-2001 (14); *El País* 28-4-2001 (20); *Gara* 28-4-2001 (18).

<sup>180</sup> Ver *El Correo* 28-4-2001 (19).

<sup>181</sup> *Gara* 3-5-2001 (16). En *Deia* 6-5-2001 (14) se dice: «La gran aportación de Nicolás Redondo al socialismo vasco es ponerlo debajo de las faldas del PP y aceptar el oscar al autor secundario».

¿Quiere conseguir un proyecto de progreso social entregando sus votos a Mayor Oreja, al ministro de Interior de la Ley de Extranjería, que trata a los inmigrantes como al ganado?»<sup>182</sup>. Obsérvese que la utilización de este argumento, tanto ahora como en otros casos, siempre oculta las razones graves del acercamiento de posiciones y tácticas entre populares y socialistas, que Ibarretxe de forma burda ridiculizó y, por la vía del silencio, jamás explicó.

La crítica a los socialistas por sus «cambalaches» y «santa alianza» con el PP y por su supuesta diversión con la insistencia de Mayor en debatir con Arzalluz en lugar de Ibarretxe no ofrece ninguna duda, pero en bastantes casos se personalizó en el candidato Nicolás Redondo, como si la estrategia socialista no fuera la opinión del PSE. Es cierto que, a mitad de campaña, se echó en cara a Zapatero que en Madrid se enfrentase contra el PP y, en cambio, en Euskadi tolerase «la boda» entre Redondo y Mayor, boda oficiada por «una celestina especial, el dios de la guerra civil, Fernando Savater. ¿Adónde lleváis al socialismo? En España no os podéis ni ver y aquí estáis a partir un piñón. ¿Nos lo podéis explicar?»<sup>183</sup>. Pero, casi al final de la misma, el candidato nacionalista volvió a afirmar que el PP quería «destruir en 20 días lo que hemos hecho en 20 años con la ayuda inestimable yo no diría del PSE, sino de Nicolás Redondo»<sup>184</sup>. Así se entienden las manifestaciones de Arzalluz, en las que, después de opinar que la petición de su retirada de la política para facilitar el entendimiento con el PNV era «una argucia más (parece ser que de Redondo) para salir de su propio atolladero», afirmó: «Me encantaría que el señor Redondo desapareciera del mapa...(sic) político»<sup>185</sup>. Sus insinuaciones de que podría darse un acuerdo de gobierno con los socialistas («soy lo suficientemente viejo como para saber que después de las elecciones hay cantidad de movi-

<sup>182</sup> *El Correo* 11-5-2001 (25).

<sup>183</sup> *El Correo* 6-5-2001 (31). Ver *Deia* 6-5-2001 (14), donde se lee «¿Quo vadis socialismo?»; *El País* 6-5-2001 (22).

<sup>184</sup> *El Correo* 11-5-2001 (25). Lo mismo en *Deia* 12-5-2001 (11) y 2-5-2001 (13).

<sup>185</sup> *El Correo* 9-5-2001 (19). El texto, en el que Arzalluz se refiere a las dos cuestiones, su dimisión y la desaparición de Redondo, es el siguiente: «...Mi cese está en la mesa de mi partido continuamente y estoy deseando marcharme, porque creo que he cumplido mi función. Si estoy es porque lo quiere mi partido, y que no se llamen a engaño los señores que con esa propuesta están utilizando una argucia más para salir de su atolladero: para tratar con el PNV, tiene que dejar de ser soberanista, tiene que renunciar a la actual dirección... ¿Cree que nosotros vamos a decir que para dialogar con el PSOE lo primero que tiene que hacer es que Redondo desaparezca del mapa? Me encantaría, pero no somos quiénes para decir nada de eso. Me encantaría que el señor Redondo desapareciera del mapa...(sic) político», *El País* 9-5-2001 (14).

mientos no previsibles») y de que los mismos estuvieron a punto de entrar en el Pacto de Lizarra eran un aspecto más de la crítica a Redondo por sus coincidencias con los populares en la denuncia del entendimiento nacionalista con EH y ETA en el pasado reciente y del posible entendimiento con EH para formar gobierno postelectoral<sup>186</sup>.

Garaikoetxea se refirió a los socialistas en general para decirles que no podían dar lecciones de nada, ya que sobre ellos pesaba el GAL y «la orgía de la corrupción»<sup>187</sup>. Y, por si todo esto no era suficiente para ridiculizar o censurar la actitud socialista, Ibarretxe les advirtió que sus amigos populares, amigos del momento, irían después «a por ellos», porque «el pensamiento único no tiene límites»<sup>188</sup>.

Todo esto se dijo antes de que el cabeza de lista por Guipúzcoa, el socialista Manuel Huertas, dijera que «Ibarretxe es el gran mentiroso de esta campaña: todo le vale con tal de no perder el poder»<sup>189</sup>.

### 3. La crítica a ETA y EH

Cuanto aquí se recoge, fundamentalmente es una censura a ETA y sólo, secundariamente, por los motivos ya conocidos de sometimiento y silencio ante su violencia asesina, es una crítica de Euskal Herriarrok. Ya se ha hablado de la consecuencia fundamental de semejante postura de EH: su exclusión para formar parte del Gobierno vasco o de cualquier otra institución, de acuerdo con las manifestaciones de Ibarretxe: «con violencia, asesinatos, extorsión, “kale borroka” no hay nada que hacer en ningún sitio, ni en el Parlamento, ni en las diputaciones, ni en ninguno de los ayuntamientos; es una barrera absolutamente infranqueable»<sup>190</sup>. También se ha hablado de la actitud de la coalición nacionalista ante la violencia, tema que en algunos casos es tratado de una forma abstracta, como si no hubiese una violencia concreta que

<sup>186</sup> *El Correo* 9-5-2001 (19).

<sup>187</sup> *El Correo* 1-5-2001 (18); ver, también, *El Correo* 29-4-2001 (12). Semejantes críticas en *El Mundo* 6-5-2001 (12). Errazti, al denunciar la manipulación de los «pseudopacifistas» de Basta Ya, afirmó que nunca había oído decir que el PSOE era cómplice de «los asesinatos que se registraron en este país durante lustros», *Deia* 29-4-2001 (12).

<sup>188</sup> *El Correo* 2-5-2001 (20).

<sup>189</sup> *El Correo* 12-5-2001 (20).

<sup>190</sup> *El Correo* 3-5-2001 (18). Ver *Deia* 3-5-2001 (15). Atutxa, queriendo responder a la acusación de tibieza nacionalista (PNV) ante la violencia, manifestó, un tanto ingenuamente, que ya desde el principio el PNV había mantenido una clara postura antiviolenta, como lo probaría la primera manifestación contra ETA, la de 1978, que fue convocada por el PNV. Ibarretxe, también, insistió en que los nacionalistas siempre habían denunciado todas las dictaduras, incluida la de ETA (*El Correo* 6-5-2001, (31) y *El Mundo* 6-5-2001 (12). Ver *El Mundo* 5-5-2001 (13); *El País* 5-5-2001 (15).

analizar y condenar y un sujeto concreto al que rechazar y, asimismo, condenar. Aunque ahora se aluda a estos temas, no forman la parte central de este apartado.

Desde el comienzo de la campaña hasta la mitad de la misma la condena y el rechazo de ETA se incluyen dentro del esquema o tesis nacionalista tan conocida de la virtud del nacionalismo del PNV (a compartir ahora con EA por necesidades electorales) y de su ubicación en el centro político, esquema que dejaba el error y la maldad en los extremos. Buena parte de la prensa utiliza el término equidistancia para interpretar la situación de la coalición nacionalista ante sus oposiciones. Los propagandistas nacionalistas condenan los extremos y resaltan el mérito de quien soporta los ataques, que vienen de los dos flancos. Este planteamiento permite, en primer lugar, la condena universal; a unos, porque condenan y persiguen la legitimidad del nacionalismo, y a otros, porque lo defienden con métodos violentos. Se trata, además, de una condena que iguala a los dos extremos en el rechazo. Sólo se salva la misteriosa Izquierda Unida, que la prensa interpretó como una reserva de posibles, necesarios y futuros aliados de Gobierno. En segundo lugar, este planteamiento permite insistir en que el único programa y política positiva, hasta el punto de ser «ilusionante», es el de la coalición. Los demás son programas de terror, de miedo y de aniquilamiento del ser nacional vasco, y, por supuesto, de destrucción y expulsión de las instituciones de los nacionalistas del PNV y EA. En tercer lugar, y, sobre todo, este esquema permite eludir la cuestión de cuál es el verdadero problema de Euskadi. Con este planteamiento no hay que decir, por necesidades políticas y, hasta el momento, electorales, que ETA es el problema, porque el problema son los extremos desde el PP hasta ETA, que niegan, como se acaba de decir, alguno de los elementos substanciales, según la propaganda nacionalista, del ser vasco, la democracia y el ser nacional. Pero los extremos se unían hasta el punto de que ETA deseaba el triunfo de Mayor Oreja «para que su protagonismo» (el de ETA) fuese indiscutible, según interpretación de Arzalluz<sup>191</sup>.

Ni siquiera el asesinato de Manuel Jiménez alteró básicamente este esquema. Simplemente, se insistió algo más en presentar a ETA como enemigo de toda la sociedad vasca (lo que tenía, también, una lectura continuista, la de que ETA no sólo atacaba a populares y socialistas, sino a nacionalistas y a no nacionalistas) y se destacó que todos los demás, diferencias al margen, coincidían en defender la vida y la democracia.

---

<sup>191</sup> *Deia* 27-4-2001 (14).

La presentación de la campaña la anunció como especialmente dura, ya que los nacionalistas se iban a encontrar «entre los especialistas del terror y los del miedo», en alusión a ETA y a los medios de comunicación no nacionalistas y, por tanto, según la interpretación nacionalista, aliados de populares y socialistas<sup>192</sup>. Lo dijo Egibar con su particular sintaxis cuando afirmó que no hacía «falta ser un águila para concluir que tanto para el tándem PP-PSOE o para el mundo de la izquierda abertzale somos el objetivo a batir. Es evidente que por distintas razones y motivaciones ambos bloques pretenden desbancar del ámbito institucional a PNV y EA (...) pretende (la coalición nacionalista) construir sobre bases que pueden resultar simples, pero que esos dos bloques que tanto agitan las aguas de esta campaña no aprueban (sic), como son el respeto a la vida y la apuesta por el diálogo»<sup>193</sup>. Ibarretxe, por su parte, destacó que los propósitos de ETA eran los mismos que los del PP y PSOE. Trataban de impedir que el nacionalismo «democrático» siguiera presidiendo el Gobierno Vasco. La coalición barajó dos razones para justificar esta coincidencia: un lehendakari abertzale como Ibarretxe demostraría que se podía construir Euskadi sin pegar tiros ni extorsionar a nadie, lo que no convenía a ETA ni tampoco a EH, que, según advertencias de Ibarretxe a los votantes de EH, se uniría al PP y PSE en una moción de censura contra él; la victoria de Mayor Oreja, en cambio, demostraría el agotamiento del marco jurídico político, lo cual interesaba a ETA y, también, a EH, que, después de apoyar a Mayor para ganar, le pondría una moción de censura. Según esto, a ETA no le importaba el triunfo de Mayor, sino que EH consiguiera suficientes escaños como para impedir que unos u otros pudiesen gobernar. Es decir, a ETA le interesaría demostrar la inutilidad de las instituciones vigentes para legitimar sus objetivos y estrategia<sup>194</sup>.

ETA impedía la unidad nacionalista. «ETA, dijo Ibarretxe, no respeta el derecho a la vida ni la voluntad de los vascos, y al romper la tregua rompió también la esperanza y el legítimo trabajo en común del nacionalismo, porque un escenario de violencia imposibilita la colaboración nacionalista»<sup>195</sup>. Así, la petición de voto a los simpatizantes

---

<sup>192</sup> *El Correo* 27-4-2001 (20). Esta era la interpretación de Arzalluz. Ver, también, *El Mundo* 27-4-2001 (11) y *El Mundo* 29-4-2001 (13).

<sup>193</sup> *Gara* 27-4-2001 (17).

<sup>194</sup> Ver *El Mundo* 29-4-2001 (13); *El Mundo* 7-5-2001 (9); *Deia* 7-5-2001 (19); *Deia* 9-5-2001 (16); *Gara* 10-5-2001 (17); *El Mundo* 10-5-2001 (10); *Deia* 11-5-2001 (12). En *El País* 12-5-2001 (16) Arzalluz sigue diciendo erre que erre que ETA era el principal motivo del ascenso en votos de la derecha española tanto en «España y en Euskadi».

<sup>195</sup> *El Correo* 29-4-2001 (28). Ver, también, *El Mundo* 29-4-2001 (13); *El Correo* 11-5-2001 (25).

de EH se justificaba en la necesidad de defender la identidad vasca, que no se podía conseguir mediante la unidad nacionalista.

La defensa que la coalición nacionalista hacía de la autodeterminación tenía la virtud de situar en los dos extremos a sus contrarios; a unos, porque la defendían a tiros y, a otros, simplemente, porque la negaban. La autodeterminación, procedimiento dialogante y pacífico, según Ibarretxe, molestaba tanto a unos como a otros<sup>196</sup>. La ilusión del mensaje nacionalista se enfrentaba a la Euskadi oscura, que pintaban «los que matan y los que dicen que todo está mal»<sup>197</sup>.

El mismo día del asesinato antes comentado, Ibarretxe preguntaba a EH adónde quería ir con el despropósito de la violencia y manifestaba que todos, abertzales y no abertzales, estaban en el punto de mira de ETA<sup>198</sup>. En el comunicado que leyó después del mismo, destacó que ETA tenía frente a todos los partidos en la defensa de la vida y que su gran aportación debía ser la de desaparecer definitivamente. ETA no respetaba a la sociedad vasca. El asesinato era contra todos, contra la voluntad del pueblo vasco, contra la democracia y contra su capacidad de autodeterminación. El objetivo de ETA era destruir la democracia en Euskadi. Por ello, «todos los vascos tenemos que defender con uñas y dientes la democracia en Euskadi ante un grupo totalitario cuya única aportación es matar y extorsionar; es la aportación del que no tiene dignidad humana»<sup>199</sup>. Similar condena realizó el secretario general de EA, Gorka Knörr, quien añadió que lo único que representaba ETA era «intereses contra los derechos de todos, y particularmente contra el pueblo vasco»<sup>200</sup>.

Arzalluz manifestó desconocer las intenciones de los que habían realizado semejante «actuación brutal». «No sé, dijo, si es la absoluta indiferencia de la banda ante unas elecciones que no son las tuyas, que no son las de toda Euskadi, o si es su particular forma de intervenir en los comicios». Lo que sí sabía era que el asesinato demostraba la «mentira» de Aznar de que el PNV negociaba con ETA establecer una tregua después de las elecciones para repetir el pacto abertzale. Mientras ETA matase, no habría ninguna comunidad de acción con EH. Y, como si le hiciera falta justificarse, pidió que se excluyese la posibilidad de un acuerdo parlamentario o de gobierno con EH<sup>201</sup>.

<sup>196</sup> Ver *El Correo* 2-5-2001 (20).

<sup>197</sup> Ver *El Correo* 3-5-2001 (18).

<sup>198</sup> Ver *El Correo* 6-5-2001 (31).

<sup>199</sup> *El Correo* 7-5-2001 (24). Casi idénticas fueron las manifestaciones de Imaz (*El Correo* 8-5-2001 (23)).

<sup>200</sup> *El Correo* 7-5-2001 (24).

<sup>201</sup> *El Correo* 8-5-2001 (23). Ver *Deia* 8-5-2001 (17). Ibarretxe ya había dicho, en respuesta a una invitación de Otegi a la unidad nacionalista, que la violencia imposibilitaba

Obsérvese que las dudas de Arzalluz suavizaban la condena tajante de Ibarretxe del talante totalitario de ETA, al insinuar la compatibilidad de ETA con unas elecciones democráticas en el caso de que éstas fueran las de toda Euskadi. Otra vez, de una forma más sinuosa, se incidía, ideológica y electoralmente (entendiendo ideología como sistema de creencias dogmáticas, manipulador de las masas), en la distinción entre fines (identidad en pretender unas elecciones en una Euskadi independiente) y medios (rechazo de la violencia para conseguirlo), como también lo hacía Atutxa al insistir en el diálogo como instrumento de solución. Juan María Atutxa despreció a los «criminales de ETA», que «siempre serán enemigos del País Vasco» y defendió que «no hay más camino que el del encuentro y el diálogo, el de ser capaces de respetarnos mutuamente y sentarnos a hablar para tratar de buscar soluciones todos juntos»<sup>202</sup>.

Hasta casi el último momento de la campaña Ibarretxe utilizó una verdad, la de que el objetivo de ETA, por su carácter totalitario, era el conjunto de la sociedad, para desviar la atención de que la violencia de ETA se estaba ejerciendo, de hecho, sobre parte de esa sociedad. Los electores debían saber que la violencia era «indiscriminada con colectivos que en una época han sido unos, ahora son otros, en el futuro serán otros... Sus amenazas a personas concretas son amenazas a toda la sociedad vasca... El gran éxito de ETA no es matar, sino dividir a los que no estamos de acuerdo con ella»<sup>203</sup>. Esta llamada a la unidad de todos constituía la principal novedad electoral, que trajo consigo el asesinato del político popular y que resultaba contradictoria con el esquema básico de presentar a PP y PSE, por un lado, y a ETA y EH, por otro, como los enemigos del nacionalismo «democrático» y, por añadidura, de la coalición PNV y EA.

## Conclusiones

A falta de un estudio comparativo de los demás partidos participantes en la campaña, puede concluirse que :

1. La coalición nacionalista (PNV/EA) apenas usa el argumento positivo (defensa de la independencia, soberanía) de su nacio-

---

cualquier colaboración (*Deia* 29-4-2001 (12)). En *Gara* 29-4-2001 se dice que «un escenario de violencia imposibilita la legítima colaboración entre nacionalistas vascos».

<sup>202</sup> *El Correo* 8-5-2001 (23).

<sup>203</sup> *El Correo* 11-5-2001 (24).

nalismo para pedir el voto, lo que sugiere una interpretación de la mentalidad y conciencia del electorado como insuficientemente nacionalistas para ganar con tales elementos las elecciones. Así mismo, muestra su desconfianza en la eficacia electoral de sus propias convicciones.

2. La coalición nacionalista sustituye el argumento positivo del nacionalismo por el negativo, el del «enemigo del pueblo vasco y de lo vasco», que, si bien incluye a ETA y a cuantos apoyan la violencia, se centra fundamentalmente en el Partido Popular y, secundariamente, por sus coincidencias, en el Partido Socialista de Euskadi/EE, y se personifica en su candidato Jaime Mayor Oreja y, en menor medida, en Nicolás Redondo, el candidato socialista.
3. El debate electoral se reduce a una lucha entre el nacionalismo español y el nacionalismo vasco, falsamente planteada y contradictoriamente desarrollada, para lo que se utilizan instrumentos en los que abundan la inexactitud y la falsedad. Entre ellos destacan: los jurídicos (falsa idea de Constitución favorable a la autoderminación del pueblo vasco o del Estatuto Vasco como expresión de dos sujetos soberanos o del Derecho Internacional en cuanto fundamento de la autodeterminación de Euskadi); los políticos (tratamiento frívolo y banal, con alguna excepción, de las grandes cuestiones políticas como la independencia, autodeterminación o legitimidad de la violencia del Estado; visión patrimonial de las instituciones vascas; falso origen político de la violencia y del supuesto problema histórico vasco); la ocultación de la realidad (afirmación del aumento de la conciencia nacionalista; negación del reconocimiento de la legitimidad del nacionalismo; infravaloración de la participación de agentes no nacionalistas en el bienestar económico y social; simplificación o rechazo del carácter selectivo de la praxis de la violencia; silencio o negación de la defensa de los valores que hacían coincidir a populares y socialistas; trivialización de la paz como parte del bienestar social; indeterminación del sentido y alcance del diálogo; falsa identificación de la coalición nacionalista como el centro político ante extremos igualmente rechazables; cierta indiciplina de partido); la superioridad del nacionalismo vasco (moralidad, inocencia, eficacia, solidaridad); y, por último, la descalificación expresa de la oposición (búsqueda del enfrentamiento callejero; estrategia de división y ruptura sociales; verdugos, franquistas y antidemócratas populares; antiautonomistas y contrarios a la identidad vasca; interés popular en la

permanencia de ETA y utilización partidista de sus asesinatos; versión rocambolesca de las relaciones, objetivas o no, entre Partido Popular y ETA).

4. La coalición también utilizó como argumentos electorales, de manera inequívoca, el rechazo de la violencia (por convicciones éticas y democráticas, además de por ser perjudicial a los intereses vascos y nacionalistas), la interpretación de ETA como totalitaria, la defensa de la vida y la fe inquebrantable en el triunfo electoral.

El triunfo electoral de la coalición nacionalista, cualquiera que fuese la relación entre esta campaña y el resultado, no impide constatar la continuidad en el descenso paulatino del nacionalismo vasco considerado en su conjunto.

## REPUBLICANISMO Y CRISTIANISMO

Demetrio Velasco

Cuando escribo estas páginas, un nutrido y escogido grupo de intelectuales y políticos debaten en Madrid, en un seminario celebrado con ocasión del XXV aniversario del diario *El País*, sobre *la Democracia del milenio*. El pesimismo expresado casi de forma generalizada ante el futuro de la democracia se basa en la constatación de graves peligros (como la forma en que se está realizando la globalización, los nacionalismos excluyentes, la corrupción, el control oligárquico de los medios de comunicación social) que amenazan con su destrucción. Un artículo de U. Eco, titulado «Las elecciones italianas, un referéndum moral»<sup>1</sup>, describe el penoso panorama de una sociedad aquejada de la denominada «anomalía italiana», que explicaría la temida victoria de Berlusconi. La mayoría de los italianos que apoyan a Berlusconi se dividen en dos grandes grupos: el de quienes él llama «electorado motivado», formado por quienes le apoyan por convicción efectiva, pero de dudoso talante democrático (neofascistas, oligarquías, nacionalistas xenófobos y excluyentes), y el del «electorado encantado», formado por ciudadanos manipulados por los medios de comunicación, sobre todo por la televisión, que de forma alarmante controla el mismo Berlusconi. Estos ignoran el alcance de las cuestiones constitucionales o fiscales. Es «un electorado totalmente insensible a toda crítica, a toda acusación y está fuera de toda preocupación por el sistema de hecho. Es un electorado producido por nuestra sociedad, con años y años de atención a los valores del éxito y de la riqueza fácil...». Para acabar de describir este desolador paisaje, se refiere Eco al «electorado desmotivado» de la izquierda, que es el que tiene más responsabilidad, ya que, según él, las

---

<sup>1</sup> U. Eco. «Las elecciones italianas, un referéndum moral». *El País*. 11/V/2001; son también las vísperas de las elecciones en el País Vasco, del que se pueden decir casi las mismas cosas.

elecciones mencionadas «son un referéndum moral al que nadie tiene derecho a sustraerse». Obviamente, si lo que Eco dice de la sociedad italiana es, como yo lo creo, extrapolable a bastantes de las sociedades democráticas de nuestro entorno, estamos confrontados ante un problema moral de gran envergadura y no sólo de mera coyuntura política.

Las páginas que siguen presentan algunos de los intentos de la reflexión política actual de buscar terapias plausibles a las patologías democráticas mencionadas. En efecto, el republicanismo, como otros «ismos» surgidos ante la alarma que nos produce la pérdida de lo que académicamente se denomina «capital social»<sup>2</sup>, es una búsqueda de soluciones a una situación de crisis moral, de astenia colectiva, de pérdida de virtudes civiles, de corrupción institucionalizada, en nuestras sociedades. R. Putnam, autor que ha analizado con solvencia y desde una perspectiva tocquevilliana la relación intrínseca que existe entre civilidad y vigencia de las instituciones democráticas, está denunciando con un tono provocador el agotamiento progresivo que de este capital social se está dando en la sociedad norteamericana. En las últimas décadas los estadounidenses leen menos periódicos, son menos participativos en asociaciones y en actividades públicas, en general, y son cada vez más individualistas (llegan a jugar solos a los bolos...)<sup>3</sup>. Las redes de solidaridad y cooperación y la confianza están desapareciendo de forma alarmante.

También desde el cristianismo, al menos desde algunas de sus versiones más genuinas, se intenta aportar la virtualidad liberadora y humanizadora de las relaciones sociales propia del cristianismo, moralizando así una vida pública que tanta necesidad tiene de recursos

---

<sup>2</sup> El estudio del capital social se ha convertido en un objetivo relevante de las ciencias sociales, ya que se ha empleado como clave explicativa de diferentes fenómenos, como la creación del capital humano, la efectividad de las instituciones democráticas, el desarrollo económico, o, en general, como un recurso para la solución de los problemas de acción colectiva. Se pueden distinguir dos grandes líneas de definición y de análisis del capital social: la estructural (Bourdieu y Coleman), que lo entiende como la cantidad de recursos de que el individuo puede disponer cuando participa de las redes sociales; y la cultural (Newton, Stolle), que lo entiende como un fenómeno subjetivo y se centra en las actitudes y valores de los individuos. Putnam asume aspectos de las dos líneas, aunque quizá prime más la cultural. Véase el número monográfico de la revista *Zona Abierta* dedicado al tema. (N. 94/95. 2001).

<sup>3</sup> Véase la referencia al autor en H. Béjar, *El corazón de la república. Avatares de la virtud política*. Paidós. Barcelona. 2000, pp. 156-158. Véase asimismo A. de Francisco. «Republicanism and Modernity» en *Claves de Razón Práctica*. N. 95. 2000, p. 42, quien cita, junto a Putnam; a Bellah o Sandel, como ejemplo de «la preocupación mostrada por el pensamiento moral y político norteamericano ante el vaciamiento cívico de la sociedad contemporánea».

morales para su regeneración. Veremos hasta qué punto republicanismo y cristianismo son compatibles en la realización de este empeño democratizador de nuestras sociedades, saliendo así al paso de algunas posiciones republicanas que los consideran incompatibles.

### Mirando a nuestra historia reciente

Después del fracaso del llamado «socialismo real», y ante la amenaza de un proceso de globalización economicista que, a pesar de la legitimación neoliberal, deja patente cada vez con mayor claridad el abismo que se abre ante nuestros pies si no somos capaces de echar mano del freno de emergencia y cambiar radicalmente de rumbo, hemos tomado conciencia de que hay que buscar otras fórmulas menos inadecuadas que la de la democracia liberal actualmente hegemónica.

Hasta ahora, cuando hemos configurado modelos de sociedad democrática para responder a nuestros retos, lo hemos hecho bebiendo de las dos tradiciones que han alimentado nuestra época moderna: la tradición nacida de la revolución liberal americana y la tradición nacida de la revolución francesa. Teóricamente, a pesar de las grandes diferencias entre ambas tradiciones, en lo que respecta a la relación entre individuo—sociedad civil— Estado y en la concepción del bien común, comparten **una misma preocupación: la de lograr que los individuos trasciendan sus pasiones e intereses egoístas y se comporten con la moralidad que exige la vida en común con los demás, la vida democrática.** Como dicen Offe y Preuss, *«podría incluso mantenerse que los dispositivos institucionales que favorecen la educación de las preferencias políticas es el único problema que las dos tradiciones democráticas mantienen en común. ¿Cómo puede transformarse la “materia prima” de la voluntad popular, con toda su ceguera, egoísmo y miopía, en una serie de productos razonables y no susceptibles de ser deplorados con posterioridad?»*<sup>4</sup>. Se trata, por tanto, de lograr que los individuos actúen consciente y responsablemente y, para ello, ambas tradiciones nos siguen planteando un dilema fundamental: *«El dilema es el siguiente: ¿deberían las instituciones o constituciones democráticas construirse en torno a la voluntad “empírica” del pueblo o más bien en torno a su voluntad “razonable”? ¿Deberían las reglas y procedimientos constitucionales ser considerados primeramente como un*

---

<sup>4</sup> Offe, C. y Preuss, U. «Instituciones democráticas y recursos morales», en *Isegoría*. N. 2. 1990, pp. 45-74.

*mecanismo de controles, equilibrios, dispositivos autovinculantes o autopaternalistas que imponen sin distinción restricciones sobre las elites gobernantes y los ciudadanos, o debieran ser más bien vistas como mecanismos de **capacitación** diseñados para alterar y «desnaturalizar» la voluntad empírica del pueblo, aproximándola así a una cierta noción de voluntad razonable?... ¿Es el pueblo empírico como multitud de individuos el que constituye la base y el punto de referencia de una política democrática o lo es el pueblo que debe alcanzarse en última instancia como cuerpo colectivo con una historia y un destino comunes? ¿Es el principio de legalidad el que proporciona la legitimidad a un régimen democrático o debe más bien la legalidad someterse a algún tipo de prueba de legitimidad sustantiva?»<sup>5</sup>.*

Offe y Preuss siguen describiendo cómo las soluciones prácticas a este dilema, arbitradas por las modernas democracias liberales no se han ajustado a ninguna de las dos tradiciones, sino que han sido más bien fórmulas híbridas que, en vez de resolver el problema de cómo educar la voluntad empírica del pueblo, lo han puesto entre paréntesis. Analizando dos de los rasgos institucionales claves de las democracias contemporáneas: el sufragio y el estado de bienestar, concluyen que éstos, lejos de servir a la creación de ciudadanos adultos y responsables, profundizando y ampliando la democracia, han creado sociedades alienantes al sofocar las capacidades racionales y cívicas de los individuos. Tanto el sistema representativo como el estado de bienestar han pretendido conseguir el bien común, sin preocuparse de crear, primero, ciudadanos y ciudadanas capaces de trascender sus intereses particulares y egoístas. La alienación política, que se ha manifestado, al menos, en tres dimensiones: temporal (tensión entre elecciones y decisiones), social (separación entre pueblo y políticos) y sustantiva (distancia entre la ciudadanía y su mundo de la vida y los políticos profesionales, que se traduce en una elite de miopes y oportunistas y en una ciudadanía descapacitada y cínica), ha provocado que ni la legislación realizada a través de los órganos representativos, ni la autoridad legal, hayan bastado para alcanzar la justicia (en áreas como las de protección medioambiental, relaciones entre sexos, comportamiento intergeneracional, Tercer Mundo), ya que «las instituciones representativas han sido a menudo más miopes y menos conscientes sobre los demás o sobre la propia realidad que buena parte de su electorado».<sup>6</sup> Han sido los movi-

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>6</sup> Para abundar en las lacras de las instituciones representativas y de la autoridad legal, véase el magnífico artículo de E. Garzón Valdés. «Instituciones suicidas», en el que analiza pormenorizadamente el comportamiento parasitario de la democracia representativa,

mientos sociales y no los partidos políticos o parlamentos los que han luchado con más coherencia por el bien común en dichas áreas. En este contexto, Offe y Preuss afirman que se equivocan los críticos de la democracia liberal cuando creen que «*el remedio evidente para los resultados irrazonables e injustos de la acción gubernamental consiste en la extensión de la co-determinación y de la participación democrática en las categorías de la población admitida a participar (mujeres, adolescentes, inmigrantes, etc.) tanto como en lo referente a las áreas sustantivas de participación (gobierno local, empresas, servicios, universidades, etc.)*. De hecho, esta consideración ha perdido buena parte de su capacidad de convicción»<sup>7</sup>. En efecto, cuando se trata de proteger derechos y libertades fundamentales de individuos o colectivos marginados, no basta con lograr mayorías numéricas, ya que con frecuencia la opinión mayoritaria es contraria a las verdaderas reformas democráticas (xenofobia, machismo, etc.). Se trata de cambiar primero la mentalidad mayoritaria para culminar dichas reformas con éxito. El fracaso de la solución híbrida socialdemócrata se ha basado, sobre todo, en no haber buscado prioritariamente la existencia de ciudadanos virtuosos capaces de dar verdadero contenido democrático a las leyes políticas y a las normas sociales, capaces de anteponer la libertad disciplinada y austera del ciudadano a la libertad negativa y egoísta del consumidor satisfecho y recluido en su jardín tapiado<sup>8</sup>.

Podríamos decir que el liberalismo moderno, en su doble versión liberal y socialdemócrata, ha fracasado al no haber podido vencer la lógica del individualismo posesivo y del propietario. No ha bastado con la proclama universalista de que para ser ciudadano no hay que ser propietario. De hecho, la lógica propietarista ha seguido vaciando de contenido al ejercicio de la ciudadanía democrática. Seguimos prisioneros de un dilema de difícil solución: pretendemos llegar a ser ciuda-

---

del Parlamento, de los partidos, etc. «*La ética, dirá, es indispensable para el control de las instituciones que, libradas a sí mismas, tienden a autodestruirse, si no formalmente, sí substancialmente. Lo grave no es el simple hecho del "suicidio" sino las consecuencias del mismo dado el tipo de instituciones a las que quiero referirme: la democracia y el mercado*». Isegoría, N.º 9, 1994, p. 64.

<sup>7</sup> Offe y Preuss, *Op. cit.*, p. 67. Obviamente, estos autores son partidarios de radicalizar el principio de participación democrática, tanto cuantitativa como cualitativamente, pero siendo conscientes de que sólo una actitud ética puede posibilitar que los individuos egoístas se transformen en ciudadanos responsables.

<sup>8</sup> No se trata de minusvalorar los logros que ha supuesto el Estado de Bienestar, especialmente en su tarea asistencial, reduciendo los efectos desigualitarios del liberalismo, sino de reconocer sus limitaciones estructurales tanto en lo económico, como en lo cultural y político. Véase T. Montagut. «Republicanismo y Estados de Bienestar», en *Claves de Razón Práctica*. N.º 112. Mayo 2001. pp. 41-47.

danos virtuosos sin tener que renunciar al individualismo posesivo. Los arreglos institucionales del constitucionalismo estarán condenados al fracaso, mientras no abjuremos del credo de la biblia burguesa, tal como lo formuló Locke. El pretendido consenso legitimador de nuestras relaciones sociopolíticas estará viciado de raíz mientras sigamos argumentando que podemos ser libres e iguales *independientemente* de la forma en que se distribuya la propiedad de los recursos escasos. Mientras tanto, las preguntas de Offe y Preuss siguen sin encontrar la respuesta adecuada.

### **La respuesta del republicanismo**

El republicanismo pretende sanar de raíz este fracaso histórico y cree poder hacerlo recuperando y reformulando la tradición republicana. El republicanismo es un nuevo intento de configurar una sociedad democrática, volviendo a las fuentes de la tradición revolucionaria americana, aunque esta vez la interpretación que de las mismas se hace no se basa ya fundamentalmente en el individualismo liberal, convencionalmente asociado a dicha tradición, sino en otras tradiciones cívicas republicanas, como el humanismo cívico, el iluminismo o el puritanismo y el radicalismo inglés<sup>9</sup>.

Algunos de los republicanos más relevantes parten de la creencia de que la genuina inspiración teórica de la tradición político-institucional angloamericana tuvo un carácter claramente antiliberal. Los americanos construyeron un ideal positivo de libertad, vinculándola a la participación política y a la fundación de una comunidad, mientras que los franceses tuvieron una concepción negativa de la libertad, como liberación de la opresión del Antiguo Régimen. Por eso los americanos crearon un gobierno moderado, que reflejaba y potenciaba el pluralismo y las libertades concretas, mientras que los franceses sustituyeron un gobierno absoluto y despótico por otro gobierno absoluto y democrático, centralizador y coactivo, hasta vincular libertad, virtud y terror. Para los americanos, la sociedad sería, según esta interpretación, un todo, cuyas partes deben convivir armónicamente y estar debidamente integradas. Son partes de un todo. El Estado estaría llamado a desempeñar un importante papel, ya que se le concibe comprometido con la excelsa tarea de obtener buenos ciudadanos. Por eso, dispondría de poder coer-

---

<sup>9</sup> Roberto Gargarella. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Paidós. 1999, pp. 161 ss. H. Arendt es una de las autoras que ha abundado en esta interpretación de la revolución americana.

citivo para cultivar ciertas virtudes y para postergar otras, para restringir unos derechos y promover otros, etc. Gargarella ilustra la pertinencia de esta interpretación del republicanismo revolucionario americano en la forma en que se restringieron algunos derechos (limitación de la propiedad privada, de los bienes suntuarios y de los libelos infamantes) y se promovieron otros (discusión y deliberación, economía al servicio del Bien Común, sostenimiento de una determinada religión y de una identidad comunitaria)<sup>10</sup>. Nos encontraríamos, paradójicamente, con un imaginario revolucionario no muy lejano al de la interpretación más convencional, que yo comparto, según la cual el modelo americano sería claramente liberal y partidario de la mínima intervención del Estado, al contrario del francés, partidario de una legalidad y de un Estado fuertes que cargan con la tarea de convertir a los individuos en ciudadanos.

### **El republicanismo, ¿una «tercera vía» entre el liberalismo y el comunitarismo?**

No es fácil dar una definición precisa de lo que es el republicanismo. Como dice A. De Francisco: «Debo avisar, sin embargo, de que el republicanismo, pasado y presente, no es monolítico, ni unívoco, sino plural y variado. Hay, en efecto, un republicanismo conservador y tradicionalista y otro progresista y posilustrado. Hay un republicanismo *liberal* y otro antiliberal; hay un republicanismo éticamente comunitarista y otro individualista; lo hay protosocialista y lo hay indiferente a las formas de propiedad; hay un republicanismo instrumental y otro profundo; hay también un republicanismo más plebeyo y otro más patriótico; y hay, incluso ahora, un republicanismo pagano y otras formas claramente contaminadas de cristianismo.»<sup>11</sup>

Un autor tan relevante como N. Bobbio, en una entrevista que le hacía recientemente Mauricio Viroli, autor de un libro de explícita confesión republicanista<sup>12</sup>, decía lo siguiente: «En mi formación como estudiante de la política, no me he encontrado ni con el republicanismo, ni con la república»... A decir verdad se ha publicado recientemente una recopilación de escritos míos —alrededor de setecientas páginas—, *Teoria generale della política*, y en el índice —minuciosísimo— no

---

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Andrés de Francisco. *Op. cit.*, p. 42.

<sup>12</sup> M. Viroli. *Repubblicanesimo*. Turín. Laterza. 1999.

aparece la voz «republicanismo», ni tampoco, y me duele decírtelo, «república»...Desde mi punto de vista, la república es un estado ideal que no existe en ninguna parte. Se trata de un ideal retórico. Por eso me resulta difícil comprender el sentido que tu le das a república y republicanos». <sup>13</sup> Parece como si estuviéramos oyendo el eco de J. Adams, el antagonista de Jefferson y partidario de una «república monárquica», quien en 1807 decía: «Nunca entendía qué era una república, ni ningún hombre lo hizo o lo hará nunca; una república puede significar cualquier cosa, todo o nada» <sup>14</sup>.

No faltan otros autores que cuestionan la naturaleza específica del republicanismo, ya que no sería más que una forma de liberalismo, para unos, o una expresión de comunitarismo, para otros. H. Béjar dice que «el republicanismo actual tiene un carácter híbrido. Mezcla los elementos del clásico, centrado en la comunidad política, con los componentes de una comunidad sobre todo moral. De ahí el encabalgamiento del republicanismo contemporáneo con el comunitarismo». <sup>15</sup> De hecho, liberales y comunitaristas han encontrado en el republicanismo un arsenal de argumentos para cuestionar la posición de su contrario y para reforzar la propia.

Finalmente, hay un buen número de autores, que se definen como republicanistas y que, a pesar de lo inasible e impreciso del concepto, y más allá de los parentescos teóricos con el liberalismo y el comunitarismo, creen que el republicanismo tiene un contenido propio y se esfuerzan por describir unos rasgos que definen como su «mínimo común denominador». Creo que expresa bien esta fe la conclusión a la que llega, Salvador Giner, que es entre nosotros uno de sus promotores. «El liberalismo fragmenta. El comunitarismo aísla. El republicanismo, en cambio, relaciona.» <sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> N. Bobbio-Mauricio Viroli. «Diálogo sobre la República». *Revista de Libros*. N.º 48, Diciembre 2000. p. 40.

<sup>14</sup> J. Adams, en M. B. Levy (comp.), *Political Thought in America: An anthology*, Chicago, Dorsey Press, 1988, p. 93. Citado por H. Béjar. Op. citada. P. 66.

<sup>15</sup> H. Béjar. *Ibid.* p. 147.

<sup>16</sup> S. Giner. «Las razones del republicanismo» en *Claves de Razón Práctica*. N. 81. p. 12; véase, asimismo, Giner, S. «Cultura republicana y política del porvenir», en S. Giner (coord.) *La cultura de la democracia: el futuro*. Ariel. Barcelona. 2000. pp. 137-174. No es fácil dar una lista de autores republicanistas. Nombres como Pocock, Skinner, Pettit, Wolin, Sullivan, Putnam, Bellah, etc, nos indican la dificultad de delimitar la lista... Pettit da una lista en la nota 2 de la página 25 de su obra *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós. Barcelona. 1999. Textos importantes, posteriores al de Pettit, son los de A. Lintott. *The Constitution of the Roman Republic*. Clarendon Press. Oxford. 1999; Q. Skinner. *Liberty before Liberalism*. Cambridge University Press. 1998; M. Viroli. *La sonrisa de Maquiavelo*. Tusquets. Barcelona. 2000.

En mi opinión, por lo que a los republicanistas confesos se refiere, nos encontramos ante una construcción teórica de un republicanismo que, como decía Bobbio, nunca ha existido como lo presentan sus promotores. Es el fruto de una mirada selectiva a la rica tradición del pensamiento político occidental, en la que no faltan autores y experiencias de las que aprender e intuiciones con las que abordar la búsqueda de solución a los problemas que nos aquejan. Pero creo que el republicanismo de los clásicos y, sobre todo, las experiencias históricas que han querido plasmarlo, adolecen, en la mayoría de los casos, de un carácter antidemocrático, aristocratizante y vinculado a una concepción propietarista de la libertad, que sólo una reconstrucción utópica del mismo puede pensar en él como el referente válido para construir sociedades democráticas en el sentido cabal del término.

El mismo Giner lo confiesa así, cuando dice: «Aunque mi argumentación se inscriba en la tradición democrática republicana, rompe en más de un sentido con algunos de sus supuestos. Es menos tradicionalista. Tengo la impresión de que el actual reavivamiento del interés por el republicanismo sufre de un excesivo historicismo. Bien está que la teoría democrática republicana de hoy se esfuerce por adquirir más dignidad teórica con la codificación del *hábeas* clásico heredado. Lo está menos, sin embargo, que soslaye las cuestiones con las que tiene que habérselas hoy toda la filosofía pública. Nuestro interés permanente por Maquiavelo como primer teórico moderno del republicanismo mal puede justificar una nostalgia por Maquiavelo... Lo que me interesa aquí, exclusivamente, es aprovechar algunos aspectos del potencial teórico del republicanismo para discernir de qué modo puede ayudarnos tanto a mantener como a hacer florecer la democracia en las arduas condiciones del presente»<sup>17</sup>. Es la misma posición que manifiesta Ph. Pettit, cuando de forma reiterada va recordando a lo largo del texto que él trata de «interpretar según las perspectivas progresivamente cambiantes e iluminadoras de una sociedad viva» los ideales y preocupaciones de los republicanos clásicos, «a veces, ofreciendo incluso reformulaciones harto heterodoxas de sus contenidos»<sup>18</sup>.

Es preciso, por tanto, mantener una actitud crítica ante el republicanismo que no nos impida aprovechar su virtualidad para nuestro queha-

---

<sup>17</sup> S. Giner. *Ibid.* P. 3.

<sup>18</sup> Ph. Pettit. *Op. cit.* p. 226. Es un mérito reconocido el actualizar la tradición republicana, pero una de las acusaciones que se hará a Pettit es que muestra un afán excesivo por lograr demasiados aliados para el republicanismo. Véase. J. Ferejohn. «Pettit's Republic», en *The Monist*. Vol. 84. 2001, pp. 77-97. El número está dedicado monográficamente al tema del republicanismo.

cer democrático, pero que tampoco nos lleve a hipotecar ante él la originalidad y virtualidad de otras formas diferentes de pensar y de actuar, que puedan ser dinamizadoras de dicho quehacer democrático. Creo que para esto conviene no olvidar que si el republicanismo se ha convertido, como dice Gargarella, en «lugar de reposo» de los críticos del liberalismo y del comunitarismo, se debe a que como la virtud aristotélica, en la que el republicanismo encontraría uno de sus pilares, se sitúa «en el medio», como el *tertium* capaz de subsanar los defectos y de aplacar los excesos de los extremos. Ph. Pettit subraya esta virtualidad del republicanismo, capaz de responder suficientemente a las inquietudes razonables de unos y otros. Personalmente, confieso que las terceras vías me provocan una reacción de recelo que espero no me impida acercarme a él con la objetividad imprescindible. Por otro lado, no me parece mal que en esta «edad de los extremos» de que habla Hobsbawm, se hagan esfuerzos por ofrecer perspectivas originales razonadamente integradoras.

### **El modelo de democracia republicana**

Hay una coincidencia entre los diferentes autores que se declararan partidarios del republicanismo en resumir lo específico del mismo en algunas notas características:

#### *El ideal de libertad como no-dominación*

El núcleo axiológico más importante del republicanismo vendría plasmado por *el ideal de libertad, entendido como ausencia de dominación y como autogobierno*. El «prefiero la peligrosa libertad a la tranquila servidumbre» de Rousseau resumiría bien este talante anti-tiránico que rechaza todo lo que suponga relaciones de dominación y de servidumbre sociales y que, en el imaginario del republicanismo, viene encarnado por la monarquía, expresión de una sociedad organizada desde la arbitrariedad que suponen la jerarquía y el vasallaje. El autogobierno se entiende, en primer lugar, como la libertad política de un estado libre, que, a su vez, posibilitará la comunidad de ciudadanos libres. Por eso, el autogobierno se constituye desde y con instituciones libres, que, a su vez, son escuelas de libertad en las que la ciudadanía aprende a deliberar y a compartir valores y creencias.

Frente a las dos concepciones convencionales de la libertad: la concepción negativa de la libertad como no-interferencia y la concepción positiva de la libertad como autocontrol, los republicanistas presentan una

tercera concepción alternativa de las anteriores que es la «libertad como no-dominación», que exige que nadie sea capaz de interferir arbitrariamente en la vida de otra persona. Frente al liberalismo que entiende que cualquier interferencia es mala, porque niega la autonomía y el autocontrol, el republicanismo cree que esto sólo ocurre con la interferencia que es arbitraria, pero no con la interferencia que garantiza la libertad, como ocurre con la interferencia legítima del derecho y del Estado. Como dice Pettit, la libertad como mera no-interferencia puede ser compatible con una relación de dominación, cuando el que tiene la capacidad de dominar no interfiere arbitrariamente en la vida de los demás por razones subjetivas, pero podrá hacerlo si cambia de parecer. Para el republicanismo, la libertad sólo se garantiza cuando se incapacita a la autoridad para la interferencia arbitraria. Sólo entonces se posibilita ser libre sin incertidumbre, sin tener que practicar la deferencia estratégica frente al poderoso o sin subordinarse a los demás. La dependencia genera temor ante el poder arbitrario y el temor produce una falta de ánimo y de coraje que se traduce en servilismo, lo que es incompatible con ser un ciudadano que se atreve a mirar a todo el mundo, incluida la autoridad, de frente<sup>19</sup>.

La libertad de toda dependencia arbitraria se consigue sometiendo a todo el mundo al derecho, garantía de que nadie va a actuar arbitrariamente. Como dice Viroli, comentando las obras de Skinner y Pettit, «quien se remita a la tradición republicana debe elegir las políticas que atenúan la dominación, y no aquellas que tratan de atenuar los deberes civiles en nombre del deseo de quedar libres de impedimentos... los republicanos deben situar la ausencia de dominación por encima de la ausencia de interferencia, puesto que esta elección se halla más en consonancia con el ideal de la república entendida como una comunidad de individuos en la que nadie está obligado a servir y donde a ninguno se le consiente dominar.»<sup>20</sup>

Lo dicho no significa que los republicanos no aprecien la libertad negativa del liberalismo, como ausencia de interferencia, sino que el valor de esta última está condicionado a que se haga desde la inaccesibilidad de la autoridad a la interferencia arbitraria. De ahí, la importancia decisiva que para el republicanismo tiene el derecho como condi-

---

<sup>19</sup> Para abundar en la clarificación de los conceptos de «interferencia» y «dominación» y en cómo ambos pueden ser instrumentalizados para disminuir la libertad, obstruyendo la habilidad de las personas para planificar su propia vida, véase S. Hall. «Freedom, Interference and Domination», en *Political Studies*. Vol. 49. N.º 2 June 2001.

<sup>20</sup> M. Viroli. *Revista de Libros*. N.º 52. Abril 2001. p. 8. La obra de Q. Skinner ha sido pionera en la recuperación del Republicanismo. Véase *Los fundamentos del pensamiento político moderno*. Fondo de Cultura Económica. 2 vol. México, 1985 y 1986. Para nuestro tema, es de especial interés el tomo I dedicado al Renacimiento; véase pp. 61 ss.; 132 ss.; 183 ss. La obra de Pocock sirve de inspiración y contrasta a la de Skinner.

ción de posibilidad de la libertad. La libertad como no-dominación tiene necesariamente una dimensión política, intrínsecamente institucional, que es la que nos protege de la interferencia arbitraria. No puede dejarse, dice Pettit, en manos de los individuos para que éstos la persigan a su aire, según sus fuerzas, de forma descentralizada, ya que nos encontraríamos con los problemas del estado de naturaleza hobbesiano, sino que hay que confiar en la previsión constitucional; «todo indica que lo mejor es perseguirla para cada uno mediante la acción política de todos: perseguirla por vía estatal»<sup>21</sup>.

Pero los republicanos son conscientes de que también el Estado, sus autoridades y sus leyes, pueden ser arbitrariamente manipulados y convertirse en una amenaza de dominación: la «del *imperium* del Estado». Para eliminar dicha amenaza, ser democráticamente controlado en el estado republicano debe satisfacer plausiblemente algunas *condiciones constitucionalistas* y debe responder de sus decisiones. Entre estas condiciones constitucionalistas, Pettit menciona tres genéricas: el imperio de la ley y no de los hombres (principio de legalidad y procedimentalismo), la dispersión del poder (separación de poderes, bicameralismo y federalismo) y «la garantía de que las leyes imperantes no sean fácil y excesivamente mudanzas bajo la presión de la mayoría». Ahora bien, como el imperio de la ley no debe identificarse necesariamente con el «imperio del código» ni comprometernos con un procedimentalismo extremo, se deberán contemplar diversas formas de discrecionalidad, siempre que ésta se ejerza bajo las restricciones que contribuyen a contener la arbitrariedad. Una de estas restricciones básicas consiste en que, en el marco de una república deliberativa, una democracia más de disputa o de disenso que de consenso, la gente pueda discutir las decisiones públicas, sobre todo, si entran en conflicto con sus intereses o formas de pensar. «Lo que importa no es el origen histórico de las decisiones en alguna forma de consentimiento, sino el que respondan modal o contrafácticamente a la posibilidad de disputa»<sup>22</sup>. Para que esto pueda darse es preciso que en la discusión prime la razón sobre el interés («república de razones», que debe alejarse del modelo mercantilista de afirmar las preferencias), que todo el mundo tenga voz (y que las voces tengan crédito por ser representativas) y que siempre exista el Foro adecuado para debatir y en el que las quejas y disputas hallen la audiencia adecuada<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Ph. Pettit. *Op. cit.*, p. 353.

<sup>22</sup> Ph. Pettit. *Op. cit.*, p. 242. Para este tema, véase el capítulo VI de la obra.

<sup>23</sup> Sobre la necesaria vinculación que existe entre deliberación (buena), toma de decisión (justa) y participación (decisiva para la economía de la virtud y para un proyecto repu-

Pero los republicanos son conscientes de que para que este proyecto sea factible y estas recomendaciones no se queden, como dice Pettit, en deseos piadosos, hay que pensar en cómo ayudar a personas humanas de naturaleza imperfecta y corruptible, especialmente a las autoridades que gozan del privilegio del poder, a no caer en ejercicio arbitrario del mismo. Un pesimismo respecto a la corruptibilidad de los seres humanos en posiciones de poder, combinado con un relativo optimismo respecto de la naturaleza humana en cuanto tal, lleva a republicanos, como Pettit, «a *diseñar instituciones* que funcionen bien tanto para agentes que no están realmente corruptos, como para, una segunda trinchera defensiva, agentes que lo están». Una adecuada combinación de cribas (selección adecuada de los funcionarios públicos y de sus opciones) y de sanciones (castigos y recompensas no alienantes), permitirá lograr evitar los efectos perversos de un control basado en la estrategia pesimista de la desviación (ocultación de la virtud, etiquetación, dependencia de las sanciones, provocación, corporatismo, selección adversa) y lograr motivar positivamente a los funcionarios. Disciplinar a los funcionarios y comunicarles a la vez una imagen positiva de su virtud es el arte de usar bien lo que Pettit llama «la mano intangible»: lo que supone la consideración y el respeto de los demás como estímulo para la propia virtud (frente a la «mano invisible» del liberalismo economicista o la «mano de hierro» de la burocracia liberticida).

La extraordinaria importancia que para los republicanos tiene el pensar en el diseño institucional de ámbitos tan cotidianos y concretos como los descritos nace de la convicción de que los grandes ideales como «libertad» y «república» descansan «en ordenamientos que, en sustancia, son pedestres y hasta aburridos». Por eso, Pettit, hace propia la acusación que se hacía a los fabianos de ser «socialistas de agua y gas», para «argüir a favor de una especie de republicanismo de agua y gas»<sup>24</sup>.

Obviamente, para los republicanos, con ser tan importante todo lo dicho sobre el diseño institucional orientado a asentar el constitucionalismo, el edificio republicano carecería de base sólida si no estuviera sostenido, a su vez, por una red de *normas cívicas* que sean aceptadas de forma generalizada por la población y que sirvan como refrendo crítico del ejercicio legítimo del poder por parte de las autoridades. Un clima de civilidad que sancione, aplaudiendo y reprobando las conduc-

---

blicano coherente), véase Ovejero, F. «Democracia liberal y democracias republicanas. Para una crítica del elitismo democrático», en *Claves de Razón Práctica*. N.º 111. Abril 2001. pp 18-30.

<sup>24</sup> Ph. Pettit. *Ibid.*, p. 310.

tas ciudadanas, según se ajusten o no al código de civilidad republicana, permitirá que funcione con eficacia la estrategia de la «mano intangible». El Estado republicano desconfía tanto de un orden espontáneo («mano invisible») como de un orden impuesto («mano de hierro») y favorece un control que supone tanto la interiorización ciudadana de los valores de la civilidad republicana, como el sentido de pertenencia e identificación con los grupos que defienden y hacen suyos dichos valores. Es importante resaltar esto último, ya que, como sigue diciendo Pettit, esta identificación es algo natural que servirá para hacer menos costoso de lo que puede parecer el cumplir con el ideal de civilidad republicana. «De manera que no es necesario un milagro de autonegación para que se den en una comunidad manifestaciones de una civilidad ampliamente difundida; esa civilidad tiene que limitarse a ser testigo de la naturaleza irrepresiblemente social de nuestra especie»<sup>25</sup>. Interiorizar la civilidad republicana e identificarse con los grupos que la hacen suya genera necesariamente un clima de confianza, que tiene la doble virtualidad de que, por un lado, en las relaciones sociopolíticas no se pondrá en peligro el ideal de libertad como no-dominación, y, por otro, de que se podrán aplicar medidas de control sobre las autoridades, sin tener que aplicar la estrategia de la desviación antes señalada y dejada de lado por los republicanos.

### *¿República de la virtud?*

Está claro que el ideal de libertad como no-dominación sólo es posible con **la virtud cívica**, que es la piedra angular del proyecto político republicano. Sin ciudadanos y ciudadanas virtuosos, que sean capaces de participar con competencia y responsabilidad en la sociedad y que lo hagan de forma altruista y solidaria, no es posible que subsista el orden republicano. Los clásicos han incidido de forma constante en este aspecto.

Pero el realismo que nace de la evidencia sociológica de la calidad moral del ser humano medio obliga a reconocer, como dice Giner, lo que los clásicos, libres de complejos demóticos, planteaban: que, dado que la distribución social de la virtud es esencialmente asimétrica (dada la existencia de servidumbres propias de la desigualdad social y, sobre todo, dada la heterogeneidad de los seres humanos), «toda politeya compleja presencia la *formación de una clase cívica* en su seno... En condiciones de relativa estabilidad, la clase cívica abarca a una colecti-

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 136.

vidad transclasista forzosamente minoritaria y, en sí, también heterogénea»<sup>26</sup>. El republicanismo clásico prima una visión organicista de la sociedad, concibiendo a ésta como una comunidad ética articulada, en la que, aunque los ciudadanos no sean elites en el sentido convencional, no son asimilables a las masas, que para el republicanismo son siempre germen de despotismo y de la nueva forma de tiranía moderna: la tiranía de las mayorías. Los ciudadanos son alumnos aventajados que han sido capaces de autoseleccionarse destacando en el arte de la virtud cívica. Obviamente, ante esta forma de «elitismo» el republicanismo actual debe responder a la cuestión de si la mayoría de los ciudadanos en «circunstancias normales» son capaces de culminar con éxito este aprendizaje ético.

Los republicanos de nuestros días subrayan que el ideal de ciudadanía no exige seres humanos con madera de santos políticos o incorruptibles heroicos a lo Robespierre, que suelen ir asociados a los terrores virtuosos de tan infausta memoria, sino que está al alcance de la mayor parte de la ciudadanía, siempre que se sepa aplicar la pedagogía adecuada. Giner dice que la noción de clase cívica, igualitaria y libre, es diametralmente opuesta a la facción jacobina de los ciudadanos supuestamente virtuosos, a la «clase universal» ungida con destinos providenciales emancipatorios, o a la clase de un partido de iluminados, que en el pasado han sido fuente de tantas patologías sociales y de tanto sufrimiento humano. M. Viroli, dice al respecto: «Cierto, para mí, la virtud civil no consiste en la voluntad de inmolación por la patria. Se trata de una virtud civil para hombres y mujeres que desean vivir con dignidad y que, puesto que saben que no cabe vida digna en una comunidad corrupta, hacen lo que pueden, cuando pueden, para servir a la libertad común: desarrollan su profesión a conciencia, sin tratar de obtener ventajas ilegítimas ni aprovecharse de la necesidad o debilidad de los otros; viven la vida familiar sobre una base de respeto recíproco, de modo que su casa se parece más a una pequeña república que a una monarquía o a una congregación de extraños reunidos por el interés o la televisión; asumen sus deberes cívicos sin asomo de docilidad; son capaces de movilizarse para impedir que se apruebe una ley injusta o para forzar que quien gobierna afronte los problemas ateniéndose al interés común; participan en asociaciones varias (profesionales, deportivas, culturales, políticas y religiosas); prestan atención a las vicisitudes de la política nacional e internacional; quieren comprender, negándose al seguidismo o al adoctrinamiento; desean, en fin, conocer y discutir

---

<sup>26</sup> S. Giner. *Op. cit.*, p. 8.

la historia de la república y reflexionar sobre la memoria histórica». Tras afirmar que la heterogeneidad de motivos que llevan hombres y mujeres al compromiso sirve para el reforzamiento mutuo de los mismos, concluye diciendo que «no es una virtud civil imposible. Cualquiera de nosotros podría citar el nombre de muchas personas que responden a esta descripción del ciudadano dotado del sentido de la responsabilidad civil, y que sólo han hecho el bien a la comunidad y a sí mismos»<sup>27</sup>.

Es claro que los republicanos modernos, que son conscientes de que este ideal de ciudadanía es incompatible con algunos rasgos típicos del republicanismo clásico, como el propietarismo, la hostilidad hacia la disidencia y heterogeneidad sociales, la exclusión de los incapaces de independencia material y moral, como los negros y las mujeres, la supeditación del individuo a la comunidad, etc., lo que hacen es potenciar la dimensión relacional y societaria del republicanismo, exculpándolo tanto del individualismo posesivo subyacente al propietarismo liberal, como del colectivismo y comunitarismo totalitarios propios de los proyectos tribales. Los individuos en el republicanismo se relacionan desde el altruismo y la fraternidad, fuentes de la verdadera libertad, la positiva. Su individualismo no es como el liberal, jurnaturalista, racionalista y contractualista. No necesita la hipótesis del estado de naturaleza para legitimar el origen de la sociedad y el papel de las instituciones, siempre al servicio de los individuos y de sus derechos, sino que parten de que el ser humano es, como decía Aristóteles, un animal político dotado de lenguaje moral. La sociedad no carece de legitimidad de origen, aunque esté permanentemente necesitada de legitimación racional y moral, algo que realizan sus miembros cuando se comportan con la racionalidad y moralidad derivadas de su naturaleza final que es la ciudadanía. Lo individual y lo colectivo participan de una misma naturaleza humana, política y moral.

El igualitarismo formal de la democracia liberal necesita llenarse de contenido con la virtud de la justicia, que sólo puede realizarse con una concepción republicana de la propiedad, es decir, responsable y consciente de que su telos, como en Aristóteles, exige autolimitación y solidaridad, que se traduzcan en una verdadera versión del Estado social. No parece compatible con el ideal de una comunidad de iguales, en la que toda la gente disfrute con igual intensidad de la no-dominación, el que haya diferencias estructurales que hacen a unos más vulnerables, más pobres y más desgraciados, sin que los demás se sientan

---

<sup>27</sup> M, Viroli. *Op. cit.*, p. 41.

responsables de la situación. Sin caer en los excesos de la retórica colectivista, pero en coherencia con la lógica republicana que los revolucionarios franceses tuvieron presente cuando hablaban de libertad, igualdad y fraternidad, «querer la libertad republicana es querer la igualdad republicana; realizar la libertad republicana, realizar la comunidad republicana»<sup>28</sup>.

El patriotismo republicano se distancia, asimismo, del nacionalismo excluyente, ya que defiende un marco común para toda la ciudadanía, fomentando, como dice Giner, «la universal *deferencia ante las diferencias*»<sup>29</sup>. Aunque sigue incomodando la advertencia rousseauiana de que el republicanismo es incompatible con un universalismo que relativiza la lealtad exclusiva a la patria. No parece que sea tan fácil eliminar del republicanismo y de su voluntad general el riesgo excluyente de los comunitarismos.

### *Republicanismo y sociedades capitalistas*

Sin querer cuestionar la coherencia lógica del discurso republicano, me surge, una y otra vez, la pregunta de si el republicanismo, a la hora de proponer su ideal ético y político, se hace de verdad cargo de la realidad de nuestras sociedades modernas, pluralistas y organizadas conforme al paradigma del capitalismo liberal, especialmente, en esta etapa que, autores, como Dussel y otros, han calificado con acierto como la «edad de la globalización y de la exclusión». Aunque son varias las cuestiones que, en mi opinión, hacen problemática la viabilidad del proyecto republicano, como la asunción del pluralismo, de la tolerancia y de la neutralidad, exigencias de la sociedad democrática, me puedo dejar de referirme a una cuestión que ya mencioné al comienzo y que me parece determinante para nuestro tema. Me refiero al propietariosmo.

Si en la ciudad estado-griega el republicanismo prima lo público sobre lo privado, el bien común sobre el interés particular, y la propiedad privada es algo subordinado e instrumental, al servicio del ejercicio de la ciudadanía, no ocurre lo mismo en nuestras sociedades. Mientras que en el republicanismo clásico, la política es un ideal de vida en común, una *paideia* que modela la vida individual y la pone al servicio desinteresado de la patria (educación y ejército), en nuestras sociedades ocurre lo contrario. La política es un instancia útil e incluso

---

<sup>28</sup> P. Pettit, *Op. cit.*, p. 169.

<sup>29</sup> S. Giner, *Op. cit.*, p. 10.

necesaria, pero instrumental al servicio de la «sociedad civil» y del individualismo propietario. El comercio sustituye a la milicia y el intercambio entre iguales se convierte en el motor de las relaciones sociales. La ciudadanía sirve para disfrutar de los derechos y libertades de forma pacífica y segura, pero no exige renunciar a las propias pasiones e intereses. La red de instituciones que vertebran la socialidad sirven, a la vez, para corregir las pasiones y para educar en la virtud ciudadana.

Si las cosas son así, parece que estamos buscando la cuadratura del círculo. Creo que, en sociedades colonizadas por el espíritu del capitalismo, el republicanismo está condenado a ser una fórmula más, cargada en exceso de discurso normativo, mientras no plantee abiertamente la necesidad de «reabrir la cuestión del capitalismo». Propiedad privada y comunidad ética, como virtud republicana y comercio, son difícilmente compatibles, más allá de la débil vinculación que supone la socialidad moderna. El corazón de la república sigue atravesado por una pasión radicalmente antirrepublicana como es la del individualismo propietario<sup>30</sup>.

## **Republicanismo y cristianismo**

El republicanismo de los clásicos, como hemos visto, ha compartido un ideal de libertad y de autogobierno, de humanismo cívico, que en buena medida se ha ido configurando como la negación de una situación de tiranía, de monarquía absolutista y despótica, de sacralización irracional de estructuras sociales estamentales y jerárquicas... El hecho de que el cristianismo, al menos en las versiones más oficiales de las confesiones católica, protestante y ortodoxa, se haya vinculado históricamente a la causa de la monarquía del Antiguo Régimen ha sido motivo suficiente para convertirse en el blanco de sus críticas y hasta de su negación por el republicanismo. Se ha llegado a convertir en un lugar común entre los historiadores republicanos (Pocock, Skinner) el afirmar que el republicanismo se ha desarrollado al margen e incluso en contra de la tradición cristiana.

El citado Pettit confiesa en el Prefacio de su obra que el ideal republicano de libertad como no-dominación, cautivó inmediatamente su imaginación, «tal vez porque daba sentido a mi experiencia cuando, en vías de ser sacerdote, pasé varios años en organizaciones que más tarde

---

<sup>30</sup> Para abundar en el tema, véase artículo de D. Velasco. «La Tercera Vía y las legitimaciones de un nuevo socialismo», en *Iglesia Viva*. N.º 207. 2001.

aprendí a describir, en los términos de E. Goffman, como instituciones totales. Aunque estas escuelas y seminarios ofrecían grandes oportunidades de estudio y camaradería, desde luego no nos enseñaron a mirar a las autoridades de frente, confiados en saber cuál era nuestra posición y ajenos al temor de estar sujetos a juicio caprichoso. Al contrario: se nos comunicaba un sentido de vulnerabilidad y exposición sistemáticas al arbitrio de la autoridad, haciendo a veces incluso virtud de esa práctica. Yo tuve que poner cota a la subordinación inherente a esa educación, y la noción de libertad como no-dominación ofrecía una vía satisfactoria para explicar qué había de malo en esas prácticas. Nuestra formación había tratado de cultivar la ilibertad; estaba pensada para producir estudiantes pasivos, sin criterio, inseguros de su posición.»<sup>31</sup>

Una gran parte de la historia del catolicismo y una experiencia biográfica como la de Pettit, seguramente compartida por una gran mayoría de fieles católicos, siguen siendo argumentos incontestables para afirmar que la Iglesia católica es uno de esos modelos de «sociedad total» en la que no se educa para la mayoría de edad o para el ejercicio de la libertad como no-dominación. Para mí, la cuestión ahora, es si, más allá de los argumentos aducidos por republicanos como Pettit, que en gran medida comparto<sup>32</sup>, se puede también sostener que es el mismo cristianismo el que queda cuestionado desde este ideal de libertad republicano y que la génesis y desarrollo del republicanismo nada ha tenido que ver con la tradición cristiana.

En mi opinión, es obvio que la vinculación de la Iglesia con la tradición monárquica, símbolo de los valores antirrepublicanos, es fruto de una contingencia histórica que, por muy larga que haya sido, no se puede legitimar desde una genuina concepción cristiana de la libertad. Al contrario, el republicanismo debería ser para la Iglesia un argumento que le llevara a recuperar la verdadera inspiración evangélica que, sin duda alguna, está mejor encarnada por el ideal republicano de libertad como no-dominación que por la sórdida experiencia de la servidumbre voluntaria. La Iglesia debería reapropiarse la gran lección republicana de que la lógica inmanente a la «economía de la salvación»

---

<sup>31</sup> Pettit, Ph. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>32</sup> Véase D. Velasco. *Derechos humanos y Doctrina Social de la Iglesia: del anatema al diálogo*. Universidad de Deusto. 2000. Creo que es pertinente recordar aquí la distinción adleriana entre «la idea de esclavitud», que la Iglesia rechaza, y la «institución social de la esclavitud», que la Iglesia practica, tanto en el sentido institucional, jurídico-político de la misma (como ideología de dominación) como en su forma espiritual (dogmatismo doctrinal y dominación de las conciencias). Véase T. De la Rocca. «La transformation du christianisme dans la société occidentale, selon Max Adler», en *Social Compass*. N.º 40. 1993, pp. 83-90.

le exige poner los medios institucionales necesarios para evitar el ejercicio arbitrario de la autoridad y del poder en la Iglesia, tanto *ad intra* como *ad extra*. Y digo «reapropiarse», porque creo que hay una larga tradición cristiana, que se remonta al cristianismo primitivo y que ha perdurado a lo largo de toda la historia occidental, que ha tenido un carácter republicano y que buena parte de los autores que se citan como testigos del republicanismo anticristiano no habrían sido republicanos a no ser por su inspiración cristiana.<sup>33</sup> Pero, antes de abundar en el rigor analítico de esta convicción, veamos cuáles son los argumentos que algunos autores republicanos han aducido contra el cristianismo.

### *Las críticas del republicanismo clásico al cristianismo*

Para una mayoría de los clásicos del republicanismo, el cristianismo ha sido responsable de que la dimensión política de la vida humana se haya convertido en algo accidental y secundario, hasta llegar a vaciarse de contenido ético y de virtualidad sociogenética y humanizadora. La prioridad de la dimensión espiritual del ser humano individual, identificada, a su vez, con un mundo religioso y trascendente, en el que el creyente se juega su salvación eterna, se afirma a costa de lo que supone la afirmación del mundo de lo temporal. En todo caso, los verdaderos lazos comunitarios con los que el creyente debe desarrollar su vocación se tejen en el ámbito de una comunidad eclesial y de un «cuerpo místico» que, por su propia lógica, se van a convertir en antagonistas del mundo político secular y que van a exigir de sus miembros una fidelidad y una obediencia que ningún otro imperativo de pertenencia política o social podrá poner legítimamente en cuestión. La cuestión de la doble pertenencia y de la doble fidelidad de los cristianos tendrá una de sus expresiones más genuinas en la relativización de la política y del poder temporal en función del fin más importante de todo ser humano que es la salvación.

Según algunos autores, como es el caso de H. Arendt, los estoicos, primero (y las escuelas menores en general), y los cristianos, más tarde, silenciaron la dimensión política del ser humano, entendida como el ejercicio de una actividad creadora, dialógica y pública, tal como lo concibe Aristóteles. En efecto, con la caída de la ciudad-estado griega desaparece el ciudadano como sujeto político y se convierte en súbdito de una organización imperial y despótica del poder. Los estoicos em-

---

<sup>33</sup> Véase A. Black. «Christianity and Republicanism: From St. Cyprian to Rousseau». *American Political Science Review*. Vol. 91, N.º 3. Sept. 1997, pp. 647-656.

prenden la tarea de reconstruir un nuevo concepto de ciudadanía, ahora vaciado de todo contenido político concreto y fundamentalmente referido a una ciudad cosmopolita, identificada con el mundo planificado desde la Providencia divina. La operación ideológica estoica que, como dice Wolin<sup>34</sup>, es, a la vez, una desnaturalización de la política y una politización de la naturaleza, sólo es posible porque el nuevo ciudadano estoico centra todo su esfuerzo en construirse, como dice G. Sabine, lentamente un alma. Lo que le importa, sobre todo, es la interioridad del ser humano, que vinculado religiosamente a un destino universal y divino debe saber cumplir sabiamente con su vocación, sin dar demasiada importancia a las contingencias históricas y políticas de este mundo terrenal. La importancia del status sociopolítico del individuo es algo accidental. Marco Aurelio y Epicteto podrán compartir su vocación «estoica» sin que lo impida su respectiva condición de emperador y de esclavo.

El cristianismo habría seguido esta forma de estoicismo resignado, que, depreciando el valor de este mundo pasajero, centra todo su interés en alcanzar la salvación definitiva. Esta se juega, fundamentalmente, en el ámbito de la interioridad de cada ser humano, en la forma en que se es fiel a una vocación que sólo cada uno conoce y que se descubre tras una laboriosa tarea de introspección contemplativa. Lejos queda el ruido del ágora y, más lejos aún, el ideal heroico asociado al riesgo de afrontar la vida pública con coraje y creatividad. La vida pública pierde su virtualidad realizadora de ciudadanos éticos, libres e iguales, y se convierte en el inevitable marco en que los creyentes deben llevar a cabo su vocación. Los demás, ya no son los «otros» con quienes formamos una misma comunidad «agonal», sino los miembros de un «cuerpo místico» al que pertenecemos por lazos misteriosos y sacramentales, cuando son creyentes fieles a la disciplina eclesial, o, simplemente, los súbditos de un poder que todos debemos obedecer porque así lo quiere Dios. Si este poder se pone al servicio de la causa de los creyentes, quienes lo ejerzan y quienes lo sufran gozarán de un plus de legitimidad y de legitimación de los que, por supuesto, carecen quienes no la sirven.

La sociedad que construyen tanto los estoicos como los cristianos dejaría, pues, sin peso específico a «lo político» y lo convertiría en algo instrumental y accidental respecto a lo religioso. La dimensión espiritual e interior de la libertad, que es la que cuenta, es perfectamente

---

<sup>34</sup> Wolin, S.S. *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*. Amorrortu. Buenos Aires. 1973, pp. 89-93.

compatible con una situación de dependencia e incluso de servidumbre sociopolíticas. En escenario así dibujado, estaríamos imposibilitados para pensar el valor de la libertad como no-dominación.

A lo largo de la historia occidental, esta forma de entender la relación entre cristianismo y política ha sido reafirmada por buena parte de los clásicos del pensamiento político moderno, especialmente en contextos en los que el cristianismo se ha asociado a formas premodernas o reaccionarias de legitimación del poder político. En el caso de los autores de la tradición republicana, como Maquiavelo, Rousseau, Montesquieu, la razón aducida en su crítica del cristianismo será casi la misma que he descrito, ya que nace tanto de su pasión por recuperar la herencia clásica de una ciudad-estado idealizada, como de su visión negativa del papel del cristianismo en la historia de Occidente.

Para Maquiavelo, por ejemplo, el ideal republicano renacentista, del que participa y que reformula, se traduce en una permanente lucha contra la necesidad y la fortuna, que se alimenta de la virtud, del coraje, de la astucia, de la disciplina, de la versatilidad agonal del actor, obligado sin cesar a dislocar su personalidad dependiendo de las circunstancias siempre cambiantes del escenario político. Para la actividad política, el cristianismo es un mal consejero, ya que promueve actitudes de pasividad, resignación, ausencia de coraje cívico y de patriotismo, rechazo a la milicia armada y a la religión civil, y carece de las otras virtudes consideradas imprescindibles cuando se trata de defender la libertad y el autogobierno<sup>35</sup>. No se trata, pues, de que Maquiavelo no sea consciente de la enorme importancia que tiene la religión en su época, de su influencia en el comportamiento de sus conciudadanos, de su capacidad de crear cohesión social y de otras

---

<sup>35</sup> «Y así puede verse, analizando atentamente la historia romana, qué útil resultó la religión para mandar los ejércitos, confortar a la plebe, mantener en su estado a los hombres buenos y avergonzar a los malos... Teniendo en cuenta todo esto, concluyo que la religión introducida por Numa se cuenta entre las primeras causas de la felicidad de aquella ciudad, porque ella produjo buenas costumbres, las buenas costumbres engendraron buena fortuna, y de la buena fortuna nació el feliz éxito de sus empresas». *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. I, 2, Alianza Universidad. Madrid. 1984, pp. 64-66. Refiriéndose al cristianismo dice: «Nuestra religión ha glorificado más a los hombres contemplativos que a los activos. A esto se añade que ha puesto el mayor bien en la humildad, la abyección y el desprecio de las cosas humanas, mientras que la otra lo ponía en la grandeza de ánimo, en la fortaleza corporal y en todas las cosas adecuadas para hacer fuertes a los hombres. Y cuando nuestra religión te pide que tengas fortaleza, quiere decir que seas capaz de soportar, no de hacer, un acto de fuerza. Este modo de vivir parece que ha debilitado al mundo, convirtiéndolo en presa de los hombres malvados, los cuales lo pueden manejar con plena seguridad, viendo que la totalidad de los hombres, con tal de ir al paraíso, prefieren soportar sus opresiones que vengarse de ellas». *Ibid.* II, 2, p. 188.

virtualidades sociopolíticas. Pero no cree que sea el cristianismo que conoce el que pueda cumplir adecuadamente esta función. La verdad es que, como señalan los intérpretes autorizados de Maquiavelo (Leo Strauss, Q. Skinner, C. Lefort, J.G. A. Pocock), tampoco la religión y la virtud clásicas, tal como las podían entender los sabios de la época, sirven a Maquiavelo para lograr los fines patrióticos que persigue. Su ruptura con el humanismo cívico lo sería también con el humanismo clásico. Maquiavelo está pensando en la virtud estrictamente política y en función de ella hay que entender su propuesta de «religión civil».

La religión civil de Rousseau, que aparece como el auxilio imprescindible que subsana las deficiencias congénitas del bello pero frágil edificio de la racionalidad contractualista rousseauiana, es también polémicamente anticristiana. El cristianismo se alejó, desde un comienzo, del ideal pagano de una ciudad-estado en la que la religión era fuente de entusiasmo, de entrega activa, de patriotismo y de comunidad de conciudadanos. La ciudadanía cristiana, por el contrario, tiene un carácter universal, ya que se basa en la convicción de que la fraternidad universal es el auténtico origen y destino de todos los seres humanos. La patria de los cristianos poco tiene que ver con el patriotismo republicano. Las virtudes vinculadas a este último poco valor pueden tener para quien tiene sus ojos puestos en la salvación eterna en cuyo logro debe invertir todos sus talentos<sup>36</sup>. La pasividad respecto al compromiso sociopolítico del cristianismo sólo se romperá para traer la ruina a la república. En efecto, el carácter congénitamente intolerante de la dogmática cristiana se traduce en el peor de los vicios, como es la intolerancia civil o el fanatismo. El remedio está, pues, en una religión civil deísta y política, a la vez, que discipline, motive e incluso entusiasme con la causa republicana<sup>37</sup>.

Pero Rousseau, como más adelante veremos, difícilmente habría podido escribir su contrato social sin sentirse heredero de una concep-

---

<sup>36</sup> «Pero, al no tener esta religión ninguna relación particular con el cuerpo político, deja a las leyes la sola fuerza que ellas sacan de sí mismas sin añadirles ninguna otra, y por fuerza queda sin efecto uno de los grandes vínculos de la sociedad particular. Más aun, lejos de destinar los corazones de los ciudadanos al Estado, los despega de él como de todas las cosas de la tierra: no conozco nada más contrario al espíritu social... Los verdaderos cristianos están hechos para ser esclavos; lo saben y no se conmueven apenas por ello; esta breve vida tiene poco valor a sus ojos». J. J. Rousseau. *Del Contrato Social*. Alianza Editorial. Madrid. 1980, pp 136-139. En este último capítulo del *Contrato social*, Rousseau reitera su rechazo del fanatismo al que considera fruto natural de las religiones dogmáticas como el cristianismo, situándose explícitamente en la estela de Hobbes.

<sup>37</sup> Véase J. J. Rousseau, *op. cit.*, p. 140.

ción ética de la política, que tiene además un claro talante cristiano y «sacramental» que sólo podría explicarse desde una tradición cristiana secularizada.

El caso de Montesquieu es, una vez más, el de un ilustrado, iniciado desde muy niño en los clásicos griegos, profundamente anticlerical, que profesa un deísmo racionalista y que ve en el cristianismo una fuente de intolerancia y de fanatismo que se debe controlar políticamente e instrumentalizar al servicio de la buena marcha de la sociedad. De hecho, en la historia, el cristianismo, y especialmente el catolicismo,<sup>38</sup> lejos de servir para cuestionar la depravación de la sociedad francesa bajo el despotismo, lo legitima aún más. Aplica a la religión su teoría sociológica de que debe comprenderse en relación con el clima, el tiempo, la historia, el estado social y demás variables que constituyen el secreto de su naturaleza. Bien comprendida y bien utilizada, la religión puede servir a la causa de la libertad y convertirse en un dique contra el absolutismo. Incluso la misma Iglesia, una vez que se limiten su riqueza y su autoridad y se le impida ser intolerante, puede jugar un buen papel en la creación del orden moral y social. Montesquieu, como una gran parte de los autores de la época y como la mayoría de los teóricos de la sociología posteriores veía en la religión una buena fábrica de cemento social y en el ateísmo una fuente de anomía social<sup>39</sup>.

### *Por un cristianismo republicano*

Pero no todos los autores republicanos han mantenido esta posición de rechazo frente al cristianismo. Allí donde el cristianismo ha sido un factor clave para la construcción del proyecto republicano, la valoración del mismo ha sido, obviamente, muy distinta. Así ha ocurrido en la tradición anglosajona vinculada al puritanismo y radicalismo inglés del siglo XVII, así como a buena parte de la revolución americana<sup>40</sup>. Fi-

---

<sup>38</sup> Refiriéndose a la escisión religiosa provocada por la reforma, dice: «La religión católica conviene más a una Monarquía, y la protestante a una República... Esto se debe a que los pueblos del Norte tienen y tendrán siempre un espíritu de independencia y de libertad que no tienen los pueblos del Sur, y a que una religión que no tiene cabeza visible conviene más a la independencia debida al clima que la que la tiene». Montesquieu. *El espíritu de las Leyes. Libro XXIV, cp 5*. Tecnos. Madrid. 1972. p. 347. Véanse los capítulos XXIV y XXV dedicados a la relación de las leyes con la religión. *Ibid.* pp. 343, ss. 3.

<sup>39</sup> Véase M. Régalo, *Montesquieu et la religion*, Académie Montesquieu, Bordeaux, 1998. Según este autor, Montesquieu heredó de su familia el odio a los jesuitas y el anticlericalismo.

<sup>40</sup> Uno de los primeros textos programáticos de la revolución, como es la *Declaración de derechos del Buen Pueblo de Virginia* (12/VIII/1776), dice así: «Que ningún pueblo

guras tan importantes como la de A. de Tocqueville son un referente emblemático de todo lo positivo que la religión cristiana aportó a la construcción de la democracia americana y a la democracia, en general, ya que, como él mismo nos recuerda, «en América vio más que América». Son numerosísimos los textos que abundan en el papel decisivo de la religión cristiana en la construcción de la democracia norteamericana. «La mayor parte de la América Inglesa ha sido poblada por hombres que, después de haberse sustraído a la autoridad del papa, no se habían sometido a ninguna supremacía religiosa. Llevaban, pues, al Nuevo mundo un cristianismo que yo no podía pintar mejor que llamándolo democrático y republicano. Esto favoreció singularmente el establecimiento de la república y de la democracia en los negocios. Desde el principio, la política y la religión se encontraron de acuerdo, y después no dejaron de estarlo»<sup>41</sup>.

Tocqueville, lo mismo que los otros clásicos del pensamiento político ya citados, no está tanto interesado en la religión desde la perspectiva dogmática, cuanto desde la sociológica, y, desde esta última, valora su virtualidad para la defensa de la libertad y de la democracia, que en algunos casos se puede pervertir<sup>42</sup>.

Tocqueville fue muy crítico respecto de un cristianismo evasor, vinculado al despotismo y a la corrupción, del que la historia está pla-

puede tener una forma de gobierno libre, ni los beneficios de la libertad, sin la firme adhesión a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud y sin retorno constante a los principios fundamentales... y que es deber recíproco de todos el practicar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo.

<sup>41</sup> A. de Tocqueville. *La Democracia en América*. I, II.<sup>a</sup> parte, cap. IX. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires. 1963, p. 287.

<sup>42</sup> Cito un texto de la Introducción de *La Democracia en América* en el que se describe lo que decimos. «Se encuentran aún entre nosotros cristianos llenos de celo, cuya alma religiosa quiere alimentarse de las verdades de la otra vida. Son los que lucharán sin duda a favor de la libertad humana, fuente de toda grandeza moral. El Cristianismo que reconoce a todos los hombres iguales ante Dios, no se opondrá a ver a todos los hombres iguales ante la ley. Pero, por el concurso de extraños acontecimientos, la religión se muestra momentáneamente comprometida en medio de poderes que la democracia derriba, y le sucede a menudo que rechaza la igualdad que tanto ama, y maldice la libertad como si se tratara de un adversario, mientras que, si se la sabe llevar de la mano, podrá llegar a santificar sus esfuerzos. Al lado de esos hombres religiosos, descubro otros cuyas miradas están dirigidas hacia la tierra más bien que hacia el cielo; partidarios de la libertad, no solamente porque ven en ella el origen de las más nobles virtudes, sino sobre todo porque la consideran como la fuente de los mayores bienes, desean sinceramente asegurar su imperio y hacer disfrutar a los hombres de sus beneficios. Comprendo que éstos van a apresurarse a llamar a la religión en su ayuda, porque deben saber que no se puede establecer el imperio de la libertad sin el de las costumbres, ni consolidar las costumbres sin las creencias; pero han visto la religión en las filas de los adversarios, y eso ha bastado para ello; unos la atacan y otros no se atreven a defenderla». A. de Tocqueville. *Op. cit. Introducción*, pp. 37-38.

gada de ejemplos. Valga como muestra de esta crítica este texto sacado del Prefacio de *El Antiguo Régimen y la Revolución*. «Se encontrarán incluso buenos cristianos, porque la patria de éstos no es de este mundo y la gloria de su religión es producirlos en medio de la mayor corrupción de costumbres y bajo los peores gobiernos; el imperio romano en su extrema decadencia estaba lleno de ellos»<sup>43</sup>. Pero, siempre, la religión no sólo es un rasgo connatural al ser humano, sino una fuerza con enorme poder de integración y de cohesión social. Mientras que el ateísmo es una fuente de materialismo craso, especialmente peligroso, ya que deriva hacia un individualismo destructivo, la religión es fuente de altruismo y de solidaridad con los demás. Como su coetáneo Stuart Mill, preferirá que el individuo crea en la reencarnación, aunque sea en un cerdo, que el que no crea en nada.

Algunos republicanos actuales subrayan, dentro de esta tradición puritana de la que se sienten herederos, la dimensión bíblica, como uno de los pilares básicos del republicanismo. Parece claro que el referente bíblico de la Alianza, del que surge un nuevo pueblo con seres humanos dotados de un corazón nuevo, es el ejemplo inmediato en el que se inspira el pacto fundacional que da origen a la conversión liberadora y a la nueva sociedad. Desde el proyecto utópico de los hombres de la Quinta Monarquía, a las experiencias americanas del «nuevo Israel» o «Nueva Jerusalén», hay una constante en los movimientos sociales americanos que sería incomprensible sin el horizonte bíblico.

Pero creo que la fuente de inspiración cristiana del republicanismo no se debería circunscribir a esta tradición puritana y bíblica del radicalismo inglés y de la revolución liberal americana, sino que habría que saberla encontrar en los orígenes del cristianismo primitivo y seguir su rastro a través de la historia europea, medieval, moderna y contemporánea. En las próximas páginas intentaré mostrarlo siquiera de forma telegráfica.

### *¿Un cristianismo y una Iglesia republicanos?*

Creo que hay datos suficientes para poder afirmar convincentemente que la comunidad cristiana primitiva tenía más carácter republicano que monárquico.<sup>44</sup> Si por «república» entendemos, como dice

---

<sup>43</sup> Tocqueville, A. *Op. cit.* p. 22.

<sup>44</sup> El uso del concepto republicano es analógico, ya que la Iglesia, como comunidad de creyentes no debería confundirse con ningún régimen político concreto, pero su necesaria institucionalización no permite pensar que la cuestión de la forma de organizar la relación

A. Black, «un orden institucional en el que los gobernantes son elegidos y están sujetos a la ley, las decisiones importantes se toman en grupo y el pueblo es partícipe reconocido de la política, y, además, hay una ética política que obliga a los ciudadanos a preocuparse del bien común y les reconoce el derecho de ser tratados con respeto y equidad por las autoridades públicas»<sup>45</sup>, creo que en la *ekklesia* primitiva todos los creyentes, gozando de un mismo status moral ante Dios, formaban una comunidad universal de bautizados, que no sólo tenía un carácter cósmico y escatológico sino, también, una dimensión institucional y jurídica que daba visibilidad pública a una nueva forma de entender las relaciones humanas y sociopolíticas. H. Küng, refiriéndose a lo que fue el protocristianismo, según el paradigma judeocristiano, dice así: «A la Iglesia del paradigma judeocristiano se le podría aplicar en el mejor sentido el adjetivo *democrática* (en todo caso, no aristocrática o monárquica): *una comunidad en libertad, igualdad y fraternidad*. Porque esta Iglesia no era: —una institución de dominación, incluso gran inquisición, sino una comunidad de libres; —una Iglesia de clases, razas, castas o cargos, sino una comunidad de hermanos y hermanas»<sup>46</sup>. Y lo que dice del paradigma judeocristiano, lo afirma también del paradigma ecuménico-helenista. No hay duda: si ya a la Iglesia del paradigma judeocristiano se le puede calificar de democrática en el mejor sentido del término, una comunidad en libertad, igualdad y hermandad, tanto más puede aplicarse el adjetivo a *las comunidades paulinas*. En ningún otro lugar se muestra con claridad tan impresionante como en la frase que Pablo escribe a su comunidad de Galacia: Porque todos, al bautizaros vinculándoos al Mesías, os revestisteis del Mesías. Ya no hay más judío ni griego, esclavo ni libre, varón y hembra, pues vosotros hacéis todos uno, mediante el Mesías Jesús»<sup>47</sup>.

Más que la actitud de la comunidad eclesial frente al orden político, que es un tema debatido, como lo muestran los numerosos estudios de sociología del cristianismo primitivo<sup>48</sup>, nos interesa subrayar su forma

---

eclesial entre salvación, verdad, cohesión y poder, sea intrascendente, ya que no todas las formas de gobierno gozan de la misma legitimidad.

<sup>45</sup> A. Black. *Op. cit.*, p. 647.

<sup>46</sup> H. Küng. *El cristianismo. Esencia e historia*. Ed. Trotta. Madrid. 1997, p. 95.

<sup>47</sup> H. Küng. *Ibid.*, p. 136. La cita de Gálatas: Ga. 3, 27-29.

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, R. A. Horsley (ed.) *Paul and Empire: Religion and Power in Roman Imperial Society*. Harrisburg. Pensilvania. Trinitry Press International. 1997, sobre todo, la sección cuarta, en la que escriben autores como P. Donfried, E. Schüssler-Fiorenza y el mismo R. Horsley, en la que presentan una visión paulina de la sociedad de corte igualitarista, en radical oposición a la política imperial; véase, también, J. Churruca. «Actitud del cristianismo ante el imperio romano», en *Poder político y derecho en la Roma clásica*. Ed. Complutense. Madrid. 1996, pp. 139-189.

de entender la propia vida comunitaria, su nuevo ideal de comunidad que, a pesar de que su finalidad última fuera trascendente, convocaba a los fieles a una original forma de participación mucho más intensa que la participación política clásica. El *corpus Christi*, figura utilizada en los clásicos y que hará suya la Iglesia, quiere reflejar la imagen plástica de ser un «cuerpo vivo», dotado de una vida tan rica e intensa y de unas cualidades místicas y espirituales que hace que sus miembros se sientan religados por unos lazos afectivos y por una fuerza emocional absolutamente desconocidos para el mundo clásico.

Hay un texto que recogen los tres sinópticos que, también, puede servir de pórtico para una relectura del cristianismo desde la clave del republicanismo. «Sabéis que los que son tenidos por jefes de los pueblos los gobiernan tiránicamente, y que los poderosos los oprimen con injusticias. No tiene que ser así entre vosotros. El que quiera ser el mayor, que sea vuestro servidor; y el que quiera ser el primero, que sea esclavo de todos. Pues tampoco el hijo del Hombre ha venido a ser servido sino a servir y a dar su vida en rescate por todos» (Mc. 10, 41-45). La libertad que nace del Espíritu, de la verdad, de la condición de hijos de Dios, no es compatible con ninguna servidumbre ni dominación. «De la servidumbre al servicio» ha sido el lema que no pocos exegetas han utilizado para expresar el proyecto liberador que inspira toda la historia de la salvación, tal como se concibe en la experiencia cristiana. Aunque ya, desde finales del siglo I, haya una preocupación por resaltar la virtualidad nómica del cristianismo para la sociedad secular y para el orden público, se de una recepción del lenguaje jurídico romano para expresarlo y, finalmente, se acepten estructuras diocesanas, que reflejaban la de las provincias romanas, sin embargo, el espíritu que anima la configuración eclesial tiene un carácter propio y original que se expresa en clave republicana o, dicho con mayor propiedad, sinodal. El concilio de Jerusalén, tal como se describe en los *Hechos de los Apóstoles*, podría servir de paradigma en la praxis institucionalizadora y constituyente de la Iglesia. Recordemos que, en un principio, la pluralidad de corrientes de tradición, no eran tanto diferentes grupos en el sentido de entidades con una vida propia y sociológicamente distinta, cuanto diversas tendencias, definidas por su posición concreta ante la circuncisión (judaizantes o no), más que por su carácter etnocultural (judeo-cristianos y cristianos de la gentilidad, o paulinos y petrinus).<sup>49</sup> La toma de decisiones y la recepción eclesial de las mismas tendrá un carácter consensuado.

---

<sup>49</sup> Véase V. Fusco. *Les premières communautés chrétiennes*. Ed. Du Cerf. Paris. 2001.

Los cristianos se creen el nuevo pueblo elegido por Dios y la *Ekklesia* adquiere el doble significado de ser un ideal trascendente de comunidad escatológica, la de los salvados y, a la vez, el de ser la asamblea de los cristianos en un lugar concreto. Un reto permanente para la iglesia primitiva será el permanecer unida, ordenada, y siempre contando con el consenso, sin el que no se comprenden ni la libertad ni la obediencia bien entendidas. La forma en que se aborda la sucesión apostólica, que acabará vertebrando la institución de la Iglesia católica, es muestra de cómo un proceso de constitucionalización se construye en referencia a algo que viene revelado, dado de lo alto y, a la vez, a un logro institucional que se alcanza a través de la negociación y el consenso. Discusiones, sínodos provinciales o nacionales, concilios, son el ejemplo más patente de lo que decimos. La unión de la Iglesia refleja la legitimidad que nace de la búsqueda común de la verdad y del consenso.<sup>50</sup> Buscar la implicación del mayor número posible de participantes en la generación del consenso a la hora de tomar las decisiones se convirtió en una forma de actuar típica del sinodalismo, como lo será más tarde del republicanismo. Hasta mediados del siglo II, en que se configura la estructura de un episcopado monárquico, el modelo eclesial más común es el colegial y sinodal.

Desde el concilio ecuménico de Nicea, este proceder de la Iglesia primitiva se convertiría en un precedente, inédito hasta entonces, que inspirará el pensamiento y la praxis política occidental, hasta nuestros días<sup>51</sup>. Más allá de la necesaria institucionalización de la Iglesia que, como sabemos, se hizo liquidando las corrientes milenaristas y heréticas que, ante el inminente Apocalipsis, no querían perder ni tiempo ni radicalidad evangélicos en las tareas organizativas, a las que consideraban de naturaleza perversa, fue la forma que tuvo la Iglesia de resolver

---

<sup>50</sup> La figura de San Cipriano, obispo de Cartago, subrayó de forma reiterada, en unos momentos de gran tensión intraeclesial el carácter consensuado y colegiado de la autoridad episcopal y se convirtió en un importante referente para el constitucionalismo medieval. Su sentencia «nada sin vuestro consejo y sin el consenso del pueblo», aplicado a su tarea episcopal, es reflejo de un quehacer episcopal vinculado a formas estructurales de consenso. Véase H.J. Sieben. «Consensus, unanimitas und maior pars auf Konzilien, von der Alten Kirche bis zum Ersten Vatikanum», en *Von Apostelnkonzil bis zum Ersten Vatikanum*. Paderborn. 1996. pp. 510-511; asimismo, Angelo de Bernardino. «Caminos de koinonía en los primeros siglos cristianos». *Concilium*. N.º 291, junio 2001, pp. 46-64.

<sup>51</sup> No se trata de magnificar en exceso el carácter autogestionario del sinodalismo, ya que, como es sabido, los emperadores ejercieron un importante papel de tutelaje en la convocatoria y el control de los concilios, pero sí de subrayar adecuadamente el significado de dicho fenómeno. Esto es especialmente significativo en el momento actual de la Iglesia, cuando el Vaticano aborta con su centralismo uniformizante la virtualidad de los sínodos, como ha ocurrido con el sínodo africano.

sus conflictos, tanto los relacionados con las disputas a propósito de los recursos escasos: cargos, honores, dineros, como, sobre todo, los conflictos primarios, relacionados con la constitución de la Iglesia misma, la que reveló una conducta política de la Iglesia de singular significado e importancia. Las técnicas de transacción y de negociación mencionadas son la demostración de una elasticidad e inventiva eclesiales tan ricas que sin ellas sería incomprensible una parte importante de la tradición política occidental, incluida la republicana.

Me parece, pues, que no se debe seguir manteniendo la imagen infundada de que la historia del cristianismo, desde Constantino a Lutero, ha sido la de una monarquía papal. Creo que, más allá de la imagen de Bonifacio VIII y del agustinismo político triunfantes o de la aprobación del «dogma» de la infalibilidad papal en el Vaticano I, lo que la historia del pensamiento político evidencia es la permanencia de una denuncia constante de la pretensión papal de legislar y determinar la doctrina sin contar con el consenso conciliar. En efecto, la relevancia de lo consensual en la organización y en el quehacer eclesiales ha sido enorme a lo largo de toda la Edad Media. Parece evidente que la Iglesia fue por delante de las experiencias comunales y que éstas estuvieron inspiradas y legitimadas por elementos religiosos que garantizaban la fidelidad y la cohesión. Sin desconocer el papel que, sin duda, tuvieron en la creación del republicanismo medieval y renacentista los ejemplos del mundo clásico y del mundo germano<sup>52</sup>, el modelo eclesial parece obvio que ha tenido una singular importancia, dada la simbiosis que en no pocos casos se daba entre lo cristiano y lo secular. El referente de un movimiento religioso de enorme trascendencia, en el que hay que inscribir por su singular relevancia a las órdenes mendicantes, y, más en concreto, a la orden de los dominicos, debe tenerse en cuenta para encontrar un ámbito paradigmático de constitucionalismo. No hay que olvidar, por otro lado, que no pocos de los humanistas retóricos de las repúblicas italianas, por ejemplo, no se mostraron partidarios de los aspectos más democráticos del republicanismo. El ejemplo de Savonarola, expresión de un idealismo cristiano, no debería olvidarse cuando se reflexiona sobre el republicanismo de la época. Se sobredimensiona injustamente el alcance de la figura de Maquiavelo, cuando se quiere subrayar el carácter anticristiano de dicho republicanismo.

El Conciliarismo es el ejemplo más evidente de que en la historia del cristianismo occidental ha existido una gran afinidad entre republi-

---

<sup>52</sup> Véase el capítulo que G. Sabine dedica al tema en «El pueblo y la ley» de su obra *Historia de la teoría política*, que apenas se suele tener en cuenta. Fondo de Cultura Económica. México-Madrid-Buenos Aires. 1945, pp. 154-171.

canismo y cristianismo.<sup>53</sup> El intento de reformar la Iglesia imponiendo al papa la voluntad conciliar suponía reafirmar la permanente creencia en la autoridad de los concilios, reafirmar la cultura constitucionalista de las comunas y parlamentos medievales y actualizar la cultura cívica republicana. Si hay algo esencial en la constitución de la Iglesia es esta capacidad del concilio de poder destituir al papa. El hecho de que el papado saliera vencedor de la crisis del conciliarismo, no significa que éste desapareciera de la historia. Su relevante papel en el calvinismo posterior y en todo lo que dicho calvinismo generó, como ya hemos mencionado al hablar del puritanismo, son una muestra clara de lo que decimos. Creo que se puede decir, con razón, que si el fracaso del conciliarismo en el interior de la Iglesia católica sirvió para ir desterrando progresivamente de la misma el proyecto republicano de *ekklesia*, su éxito en la historia nacida de la Reforma protestante, especialmente la calvinista, y su influencia en el pensamiento secularizado de la Ilustración deben ser necesariamente tenidos en cuenta a la hora de explicar las relaciones entre republicanismo y cristianismo.

Pero, incluso, al referirnos a la Iglesia católica, creo que hay una experiencia frustrada que podía haber resucitado en la Iglesia su mejor tradición de republicanismo. Me refiero a la de la Iglesia constitucionalista francesa que vio en la revolución no sólo un peligro para la Iglesia, sino, sobre todo, una oportunidad para una nueva y más evangélica configuración de la misma<sup>54</sup>. Si la mentalidad hegemónica en la Iglesia no hubiera sido la del pensamiento reaccionario, las cosas se habrían resuelto de otra manera y el pensamiento que inspiró la obra revolucionaria habría podido ser entendido de forma diametralmente opuesta a como se hizo. Así, por ejemplo, Rousseau, en vez de ser condenado como uno de los corifeos diabólicos de la conspiración del mal, podría haberse comprendido como un divulgador de la versión secularizada de lo que debería ser una comunidad cristiana. Rousseau es, en mi opinión, el autor que, obsesionado por la degradación moral de la sociedad (tan bien descrita en sus discursos) busca una fórmula que la regenere de raíz y cree haberla encontrado en su *Contrato social*, que es un re-

---

<sup>53</sup> Véase la obra del mismo A. Black. *Political Thought in Europe, 1250-1450*. Cambridge University Press. Cambridge. 1992.

<sup>54</sup> Véase D. Velasco, «Los antecedentes histórico-ideológicos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948» en *La Declaración Universal de los derechos humanos en su cincuenta aniversario*. Universidad de Deusto. 1999, pp. 275 ss., en donde describo la situación y explico el porqué del desenlace contrarrevolucionario. Recojo solamente la opinión que Touchard pone en boca de Monseñor Affre. «...que la causa del sacerdote es la causa del pueblo y que fue Jesucristo el primero que dio al mundo la causa republicana: libertad, igualdad y solidaridad». Véase H. Küng, *Op. cit.*, p. 736.

flejo de la eclesiología cristiana. En efecto, en el momento sacramental del contrato, el individuo pasa del estado de naturaleza al civil y experimenta una conversión moral e intelectual que le convierte en miembro de la nueva comunidad política, del nuevo cuerpo místico cuya voluntad general será la garantía infalible de salvación. Es como si estuviéramos refiriéndonos al bautismo cristiano, que, además de rescatar al ser humano del reino del pecado, le introduce en la comunidad salvífica de la Iglesia, de cuyo cuerpo formará siempre parte. La verdadera libertad del creyente estará vinculada en adelante a la comunión con la comunidad eclesial, como la libertad del ciudadano estará intrínsecamente vinculada a la obediencia al contrato y a sus leyes. Las características que tiene la voluntad general de Rousseau son de neto origen eclesiológico, como se muestra en los numerosos documentos conciliares que usan términos análogos para calificar a la autoridad revestida de voluntad general. Los lazos de amistad y fraternidad que vinculan al creyente con la Iglesia se subsumen en el concepto de ciudadanía<sup>55</sup>. El hecho de que, como ya hemos visto anteriormente, Rousseau no explicita su república en clave cristiana, sino deísta, no quita peso al argumento de que su republicanismo no sólo no es incompatible con el cristianismo, sino que es de clara inspiración cristiana.

Como concluye Black en su citado artículo, del análisis histórico ideológico se pueden sacar dos conclusiones claras. La primera que no existe una conexión necesaria entre cristianismo y monarquía. El que se hayan aducido argumentos teológicos de diverso tipo para argumentar a favor de dicha conexión no deja de ser algo contingente y arbitrario, porque, y es la segunda conclusión, existen argumentos teóricos y prácticos para vincular cristianismo y republicanismo, como hemos podido comprobar. Es obvio que ninguna de estas conexiones posibles, monárquica o republicana, agota la posibilidad que tiene el cristianismo de inculturarse en ideas y formas políticas del más diverso alcance. En estos tiempos, en los que el reto del multiculturalismo nos obliga a resituarnos de forma modesta la historia de las ideas y de las formas políticas occidentales, e incluso al cristianismo en su configuración occidentalista, es importante no simplificar las cuestiones y no cerrarse nunca a la mutua fecundación que nace de dos ilustraciones: la de la razón y la de la fe. Republicanismo y cristianismo pueden fecundarse mutuamente, especialmente en estos tiempos en que necesitamos construir una democracia global: de ciudadanos libres e iguales y con institucio-

---

<sup>55</sup> Son seis veces las que he contabilizado en el *Contrato Social* de Rousseau en que se habla de esta conversión del individuo en ciudadano y de lo que la misma supone. Véase Rousseau. *Op. cit.*, pp. 226 y ss.

nes responsables que garanticen unas relaciones humanas basadas en la no-dominación. Tanto el republicanismo como el cristianismo van a ser necesarios para posibilitar esta tarea.

### *Cristianismo y virtud republicana*

Si el cristianismo ha creado desde sus orígenes una estructura institucional legitimada en el consenso, ha sido, sin duda alguna, porque la comprensión de la libertad como no-dominación ha inspirado lo más genuino del quehacer cristiano. Ya hemos citado el texto de los sinópticos en donde se afirma explícitamente lo que decimos. Falta, ahora, saber si esta propuesta evangélica, que vincula el ejercicio de la autoridad y de la libertad a la actitud de servicio, posibilita o no el ejercicio de la virtud republicana.

Recordemos que la virtud cívica, que posibilita un ejercicio competente y responsable de la ciudadanía republicana, no es viable en un contexto de masificación, por lo que exige una cierta aristocracia espiritual inmunizada tanto frente al individualismo posesivo como frente al colectivismo totalitario. De hecho, en el republicanismo clásico, este ideal virtuoso estaba hipotecado a rasgos de claro talante elitista y excluyente. Pero, como planteábamos al comienzo de estas páginas, el republicanismo teórico de los modernos tiene todavía por delante el reto hasta ahora irresuelto de hacer plausible para la ciudadanía, universalmente contemplada, la conversión moral de que hablaba Rousseau: trascender el egoísmo y el particularismo y buscar libre y responsablemente el bien común. En algunos de los clásicos más importantes, como Rousseau o Tocqueville, esta conversión sólo era posible gracias al auxilio de la religión, aunque ésta se denomine «civil».

Creo que este papel regenerador de la religión que ha proporcionado la dosis de altruismo universal demandado por el republicanismo, lo ha cumplido y lo puede seguir cumpliendo el cristianismo con éxito. Más allá de la visión tenebrista de los republicanos críticos del cristianismo, hay una amplia tradición cristiana que ha mostrado su extraordinaria virtualidad liberadora. Me limito a recordar que las diferentes teologías de la liberación, que en el siglo xx<sup>56</sup> han iluminado el horizonte de una humanidad más libre e igualitaria, han bebido en los filones más vivos de la tradición cristiana y han permitido dinamizar con fuerza las luchas de innumerables personas y comunidades en contra de la dominación y de la injusticia. Creo que no se ajusta a la realidad la identificación del cristia-

---

<sup>56</sup> Véase R. Gibellini. *La teología del siglo xx*. Sal Terrae. Santander. 1998.

nismo con un estoicismo resignado o con un cinismo satisfecho, aunque, como ya he reconocido antes, dicha identificación siga dándose en una buena parte de quienes se confiesan cristianos. La misma Iglesia católica tiene pendiente su asignatura «republicana», para ser fiel a sus raíces.

Una de las tradiciones más genuinas del cristianismo es la que a lo largo de toda la historia de Occidente ha seguido manteniendo el principio de que Dios ha querido que todos los bienes estén al servicio de todos los seres humanos. Es verdad que la forma concreta en que la Iglesia ha legitimado la propiedad privada y la desigualdad ha sido un blasfemo mentís de la voluntad salvífica, liberadora y universal del Dios cristiano. Pero, en lo más coherente de su doctrina y de su praxis, no ha faltado nunca la denuncia del propietario injusto. Desde la patrística a la doctrina social de la Iglesia, hay testimonios claros de lo que decimos. Me limito a recordar encíclicas actuales, como la *Populorum Progressio*, de Pablo VI, o la *Sollicitudo Rei Socialis*, de Juan Pablo II, que, en mi opinión, son dos de las críticas más consecuentes al proceso de globalización economicista, el peor de los enemigos de un verdadero proyecto democrático y republicano<sup>57</sup>.

Finalmente, si, como afirma H. Béjar, la levadura del republicanismo fermenta en el mundo del asociacionismo y de las redes ciudadanas, del voluntariado y de los nuevos movimientos sociales, creo que hay que constatar como un significativo dato sociológico, que una buena parte de los miembros que conforman esta nueva realidad social lo hace desde una inspiración cristiana. Es verdad que no es fácil evaluar la calidad de la «virtud republicana» que se supone subyace a dicha realidad y que, en no pocos casos, pueda ser meramente la expresión de una nostalgia de la plusvalía espiritual que el estilo de vida materialista genera en muchos creyentes. Pero, no lo es menos, que para otros muchos el evangelio cristiano es fuente inagotable de compromiso para vivir humanamente, libres de toda dominación e injusticia, y para solidarizarse con quienes las padecen.

Concluyo con la advertencia que J. B. Metz hacía a ilustres representantes de la Ilustración, con motivo del cuarenta aniversario de la publicación de la *Dialéctica de la Ilustración* de Adorno, afirmando que la cultura de la Ilustración, como cultura de la libertad, de la democracia y de los derechos humanos, si quiere tener futuro, debe abrirse a las aportaciones que puede ofrecerle la memoria de Dios de la tradición bíblico-cristiana, «la cual todavía hoy permite hablar de humanidad y de solidaridad, de opresión y de liberación, y protestar contra una injusticia que clama al cielo»<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Véase D. Velasco. *Derechos humanos y Doctrina social de la Iglesia: del anatema al diálogo*. Universidad de Deusto 2000, pp. 29-42.

<sup>58</sup> Citado por R. Gibellini. *Op. cit.*, p. 14.

# EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA EVOLUCION DEL ESTADO

Juan-Cruz Alli Aranguren

*Sumario:* 1. El Estado liberal de Derecho. 1.2. El Derecho Administrativo en el pensamiento de O. Mayer. 2. El tránsito hacia el Estado Social de Derecho. 2.1. El Derecho Administrativo en el pensamiento de L. Duguit. 2.2. El Derecho Administrativo en el pensamiento de F. Fleiner. 3. El Estado Social de Derecho. 3.1. El Estado Social y sus implicaciones. 3.2. El Estado Social y la procura existencial de E. Forsthoff. 4. El Estado Social y Democrático de Derecho. 5. La crisis del Estado Social y Democrático de Derecho.

La directa relación del Derecho Administrativo con el poder hace que su evolución se halle directamente emparentada con la evolución del Estado y de los sistemas políticos, que vierten las ideologías sobre la organización de la sociedad y del Estado. Como dijo P. LUCAS VERDÚ, «las normas constitucionales expresan una ideología jurídicamente organizada en una estructura social»<sup>1</sup>. Para TRIEPEL, «el Derecho Público no es actuable sin consideración a la política; conceptos como Estado de Derecho, Estado Social, libertad, igualdad, dignidad humana, etc., no pueden interpretarse sin recurrir a las convicciones sociales y políticas de la comunidad»<sup>2</sup>. En tal sentido se expresó GRANDI:

«Nosotros creemos no sólo que no existen confines o diafragmas entre Política y Derecho, sino que estamos convencidos de que entre ellos hay un nexo absoluto, en cuanto representan fases indisociables en el devenir de un pueblo. La política es la vida del Derecho: éste es la certeza, la unidad y la fuerza de la primera. El Derecho no está compuesto solamente de esquemas y de categorías lógicas sustancialmente inmutables. Debe proceder y desarrollarse, en su contenido esencial, en

---

<sup>1</sup> P. LUCAS VERDÚ, «Política y Justicia Constitucionales. Consideración sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional», en *Tribunal Constitucional, II*, Madrid, 1981, p. 1489.

<sup>2</sup> Citado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional español: posibilidades y perspectivas*, REDC, enero-abril 1981, p. 85.

<sup>3</sup> Citado por HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la Ciencia del Derecho, I*, Madrid, 1971, p. 338.

relación constante, coherente y orgánica, con las graduales transformaciones de la organización política y de la legislación del Estado»<sup>3</sup>.

Esta relación genera la dificultad de convertir la ideología en ciencia, tal y como observó H. KELSEN:

«Casi toda la ciencia jurídica tradicional se caracteriza por su tendencia a confundir la teoría del derecho positivo con ideologías políticas, disfrazadas unas veces con la especulación metafísica de la justicia, otras con la doctrina del derecho natural. La ciencia jurídica tradicional confunde el problema de la esencia del derecho —esto es, la cuestión de lo que el derecho realmente sea— con la cuestión acerca de lo que debiera ser».

La ciencia, como conocimiento, tiene siempre la tendencia inmanente al poner su objeto al descubierto. Pero la ideología política vela la realidad, ya sea transfigurándola, a fin de conservarla y defenderla, ya desfigurándola, a fin de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra realidad. Toda ideología tiene sus raíces en la voluntad, no en el conocimiento; en el elemento emocional de nuestra conciencia, no en el elemento racional, brota de ciertos intereses o, más bien, de intereses distintos del interés por la verdad»<sup>4</sup>.

Sea o no parte de su evolución histórica, queda señalada la diferencia entre la época anterior y la posterior a la Revolución Francesa, de modo que, en el sentido actual de la disciplina, ésta se configura a partir de 1789 y se construye dentro del denominado Estado liberal de Derecho. La evolución de éste marca también al Derecho Administrativo, en cuanto corresponde a la Administración Pública un papel distinto en el régimen liberal o en el intervencionismo del Estado Social de Derecho. Como ha dicho JACQUES CHEVALLIER :

«Les grands auteurs du début du siècle XX eux-mêmes, tout en s'efforçant de construire une science du droit administratif, indissociable d'une théorie générale de l'État et adossé aux sciences sociales, entendent faire œuvre doctrinale»<sup>5</sup>.

Seguidamente se expone la relación directa del Derecho Administrativo con la evolución del concepto y función del Estado desde el Estado liberal al Estado social y democrático de Derecho, garante de los derechos y libertades de las personas, a través de algunos significativos autores pertenecientes al mismo ámbito cultural, considerados «padres» de este campo del conocimiento. Nos centramos en significativos tratadistas europeos por cuanto en el capítulo siguiente se examinarán

<sup>4</sup> H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1979, pp. VIII-IX.

<sup>5</sup> J. CHEVALLIER, «Doctrine ou science?», *L'Actualité juridique-Droit administratif*, 7-8, 2001, p. 603.

las aportaciones de los autores españoles, recogiendo la evolución del Derecho Administrativo español desde el liberalismo al Estado establecido por la Constitución de 1978.

Todo ello nos confirmará, como expuso SANTAMARÍA, que «el Derecho Administrativo y la Administración son, ante todo, un producto histórico, y sólo desde una respectiva histórica pueden ser comprendidos»<sup>6</sup>.

Además, el proceso de evolución histórica nos aporta la experiencia de la mutación de las instituciones respecto a su finalidad y contenido, porque, como constató F. A. HAYEK:

«La ordenación de la sociedad [...] no es fruto exclusivo del nacimiento de instituciones y prácticas proyectadas a tal fin, sino resultado también, en gran parte, de un proceso denominado en un principio «desarrollo» y más tarde «evolución», mediante el cual ciertos comportamientos, adoptados por otras razones, o surgidos incluso de modo meramente accidental, prevalecieron porque aseguraron la primacía sobre los demás grupos de aquel de cuyo seno surgieron»<sup>7</sup>.

## 1. El Estado liberal de Derecho

Como es sabido, una de las características del orden político liberal era la oposición entre Estado y sociedad, a los que se concebía como dos sistemas autónomos, lo cual producía la inhibición del Estado frente a los problemas económicos y sociales. El Estado constituía una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica. La sociedad, en cambio, era considerada como un orden espontáneo con una racionalidad inma-

---

<sup>6</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Madrid, 1987, p. 35.

<sup>7</sup> F. A. HAYEK, *Derecho, Legislación y Libertad*, I, Madrid, 1978, p. 21. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, Madrid, 1973, p. 247, pone de ejemplo del origen de la institución del Primer Ministro delegado de Jorge I para presidir al Gabinete por el desconocimiento del inglés por el Rey.

El mismo autor, en *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, 1978, p. 89, explica su teoría de la *evolución adaptable*: «...las relaciones entre los hombres y sus instituciones, complejas, metódicas y, en sentido muy definido, encaminadas hacia determinadas miras, podría prosperar lo que se debía poco a un plan, lo que no se inventaba, sino que surgía de las separadas acciones de numerosos individuos que ignoraban lo que estaban haciendo. Tal demostración de que algo más grande de los designios de los individuos podía surgir de los chapuceros esfuerzos de los seres humanos, representó en cierto aspecto incluso un mauro desafío a todos los dogmas planificadores de la última teoría de la evolución biológica. Por primera vez se demostró la existencia de un orden evidente que no era resultado del plan de la inteligencia humana ni se adscribía a la invención de ninguna mente sobrenatural y eminente, sino que provenía de un tercera posibilidad: la evolución adaptable».

nente, expresada en leyes económicas y de otra índole, más poderosas que cualquier ley jurídica, una racionalidad de estructura horizontal sustentada sobre relaciones competitivas, a las que se subordinaban las otras clases o tipos de relaciones<sup>8</sup>. Tal estructura inmanente a la sociedad no sólo tenía una solidez superior a cualquier orden o intervención, sino que generaba, además, el mejor de los órdenes posibles tanto en lo económico como en lo social. Bajo tales supuestos, el Estado ni debía ni podía tratar de modificar el orden social natural, sino que habría de limitarse a asegurar las condiciones ambientales mínimas para su funcionamiento espontáneo y, todo lo más, a intervenir transitoriamente para eliminar algún bloqueo al orden autorregulado de la sociedad. De este modo, el Estado y la sociedad eran imaginados como dos sistemas distintos<sup>9</sup>.

El orden jurídico liberal se fundamenta en un Estado limitado en su actividad, cuya soberanía se orienta a garantizar el orden público y a la creación del Derecho Público, que se centra en la regulación legal de los derechos de la libertad y la propiedad, ésta eje del Derecho Privado:

«La burguesía trataba de preservarse de invasiones en la libertad personal y propiedad privada, y planteó, como cosa de Estado de Derecho, la exigencia de que tales invasiones sólo pudieran verificarse «a base de una ley»<sup>10</sup>.

El Estado de Derecho liberal presenta las siguientes características:

- A. Los valores básicos del Estado liberal eran la libertad y la propiedad individuales, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio.
- B. Las exigencias de establecer:
  - el imperio de la ley como expresión de la voluntad general;
  - la división de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial);
  - la legalidad de la administración por actuar conforme a la ley y existencia de control judicial dela misma, y
  - la declaración y régimen de garantía de los derechos y libertades fundamentales.

---

<sup>8</sup> Para F. A. HAYEK, *Derecho...*, II, cit., p. 134, «considerar las cosas de otro modo es considerar la sociedad, no como un orden espontáneo de hombres libres, sino como una organización cuyos miembros están obligados a servir una única jerarquía de fines. Esto, sin embargo, implica transformar la sociedad en un sistema totalitario en el que la libertad personal brilla por su ausencia».

<sup>9</sup> L. GARCÍA PELAYO, «El Estado social y sus implicaciones», en *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, 1985, pp. 18 y ss.

<sup>10</sup> C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, p. 172.

La expresión *Estado de Derecho* se empieza a utilizar a mitad del siglo XIX y se desarrolla en su construcción doctrinal en el primer cuarto del XX<sup>11</sup>. Sin embargo, era condición para la existencia del Derecho público, como constató HAURIUO al decir que «es la cuestión de la autolimitación del Estado (autolimitación objetiva) y de la realización del Estado de derecho lo que hallamos en los términos de nuestros desarrollos, como lo encontramos a la entrada, porque en cierto sentido, es la única cuestión del derecho público»<sup>12</sup>.

El sintagma surge como *Rechtsstaat* en el Derecho alemán para designar a un Estado cuyo poder está sometido al Derecho, aun cuando el modo de tal sumisión es diferente según los distintos autores. Será JELLINEK quien desarrolle más sistemáticamente el concepto desde la autolimitación y la personalidad jurídica del Estado sujeto de Derecho y limitado por el que el mismo crea, como lo expone CARRÉ DE MALBERG:

«Esta teoría (de la autolimitación) ha sido precisada y desarrollada por JELLINEK. Así como en las relaciones internacionales el Estado no puede hallarse ligado o limitado sino en virtud de su propia voluntad y de su libre consentimiento, en el interior y en sus relaciones con sus súbditos la soberanía implica que el Estado no puede estar a más limitaciones que aquellas que resultan del derecho que ha creado el mismo. Es lo que JELLINEK expresa, bajo una forma no ya negativa sino positiva, al decir que la soberanía es la cualidad de la potestad estatal en virtud de la cual dicha potestad posee la facultad exclusiva de ligarse o delimitarse jurídicamente a sí misma».

«...el Estado no puede desasirse de su orden jurídico actual y de sus limitaciones presentes sino a condición de constituirse una organización y un orden nuevos, que formarán para él nueva fuente de limitaciones. A este respecto, está destinado a un régimen de limitación permanente, y en este sentido el concepto de soberanía resulta esencialmente distinto del de omnipotencia. Pero al menos el Estado es soberano por cuanto queda dueño de fijarse continuamente a sí mismo las reglas que por su naturaleza puedan limitarlo, y desde este punto de vista también, se ve que las limitaciones puestas a su potestad dependen de su voluntad»<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> M. J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. Évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, 1992. Según M. GARCÍA PELAYO, *La crisis...*, cit., p. 53, «la expresión Estado de Derecho no se ha incorporado a las Constituciones más que raramente en tiempos muy recientes y en pocos casos. Por consiguiente, su formulación no está dada por el Derecho positivo, sino que es resultado de la construcción de los juristas. Vagamente enunciado por primera vez por KANT y por HUMBOLDT y de modo más riguroso por MOHL».

<sup>12</sup> M. HAURIUO, *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 706.

<sup>13</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, México, 1948, p. 225.

En Francia el sistema se fundamenta en la separación de poderes, en el respeto de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre y en la ley como expresión de la voluntad general<sup>14</sup>. En la Tercera República se concibe el Estado de Derecho como la supremacía del Parlamento, por la confusión entre ley formal y ley material. En el artículo 3 de las leyes constitucionales de 25 de febrero de 1875, en especial la llamada *Constitution Grévy*, el Poder ejecutivo queda reducido a vigilar y asegurar la ejecución de las leyes. Este modelo es el que CARRÉ DE MALBERG denomina *Estado legal* (*État légal*) porque en él reina la ley: «un Estado en el que todo acto de la potestad administrativa presupone una ley a la que se remite y cuya ejecución ha de asegurar». Estado legal en cuanto, formalmente, está sujeto a ley, pero no *Estado material de Derecho*:

«El Estado legal busca simplemente asegurar la supremacía de la voluntad del Legislativo y no implica más que la subordinación de la Administración a las leyes», mientras que «el Estado de Derecho significa que los ciudadanos no pueden verse afectados por otras medidas administrativas que las autorizadas por el orden jurídico vigente [...] que exige la subordinación de la Administración tanto a los reglamentos administrativos como a las leyes [...] el desarrollo natural del principio sobre el que reposa el Estado de Derecho implicaría no puede de ningún modo, por medio de leyes particulares, derogar las reglas generales consagradas por la legislación existente. Será conforme al espíritu de este régimen que la constitución establece como superior y garantiza a los ciudadanos los derechos individuales que deben estar por encima de los actos del legislador. El régimen del Estado de Derecho es un sistema de limitación, no sólo de las autoridades administrativas, sino también del Poder legislativo»<sup>15</sup>.

La evolución de la construcción del Derecho Administrativo correspondiente al Estado liberal de Derecho que surge de la Revolución Francesa la estudiaremos a través de dos significativos autores: el francés MAURICE HAURIOU y el alemán OTTO MAYER.

### 1.1. *El Derecho Administrativo en el pensamiento de M. HAURIOU*

El estudio de la obra de HAURIOU permite analizar la historia y evolución del Derecho Administrativo en Francia y el alcance de su teoría de la institución aplicada al Derecho Administrativo.

---

<sup>14</sup> E. DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1972, p. 33, «La separación de poderes constituye, en efecto, el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo de los reyes en nombre de los derechos del pueblo: legislativo popular, pues, intentando limitar el poder omnímodo del ejecutivo dominado por el rey [...]».

<sup>15</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1920, pp. 491-492.

Se ha de destacar que no se trata de una obra puramente teórica, sino que encierra una gran preocupación práctica, como lo demuestra su análisis de la doctrina del Consejo de Estado y su preocupación por armonizar legislación, jurisprudencia y doctrina. Así lo advierte en el prefacio a la primera edición del *Précis de Droit Administratif*:

«He emprendido la tarea de exponer el Derecho Administrativo utilizando algunos importantes progresos realizados en estos últimos años por la Jurisprudencia del Consejo de Estado»<sup>16</sup>.

Para HAURIUO existen, en el Derecho Administrativo, tres grupos de reglas:

1. Las reglas de fondo son aquellas «cuyo núcleo se ha formado en torno a la noción del patrimonio, y que comprendía las reglas sobre la personalidad jurídica del Estado, de los departamentos, de los municipios y de los establecimientos públicos, así como las referentes al dominio privado de estas diversas personas administrativas».
2. Las reglas del «procedimiento o del contencioso formado con ocasión de los litigios suscitados por la actividad de la Administración, y que por otra parte, como ocurre siempre en los Derechos nuevos, contiene aún numerosas reglas de fondo mezcladas con reglas de forma»<sup>17</sup>.
3. El grupo de las reglas «sobre la Administración y el acto administrativo, que, constituido el último, debe su existencia a la práctica del recurso por exceso de poder dirigido contra las decisiones de las autoridades administrativas, y comprende las reglas sobre las condiciones de existencia y validez de estas decisiones»<sup>18</sup>.

A partir de las relaciones entre estas reglas, se enfrenta con el problema del acto administrativo, al cual durante mucho tiempo se relegó al ámbito de lo contencioso, de modo que «se asimilaban las decisiones administrativas a las sentencias». Tal asimilación era incorrecta, por cuanto el acto de administración no podía ser una sentencia que pone fin a un litigio, sino que «era él quien provocaba ese litigio; y, por otra parte, que, so pena de confundir todas las nociones, no cabía transformar a todas las administraciones en jueces. Este error, sin embargo, se ha mantenido en detrimento de la concepción general del Derecho Administrativo».

---

<sup>16</sup> M. HAURIUO, *Obra Escogida* (traducción de SANTAMARÍA PASTOR y MUÑOZ MACHADO), Madrid, 1976. *Mélanges MAURICE HAURIUO*, París, 1929. L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen HAURIUO au droit administratif français*, París, 1966.

<sup>17</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 23.

<sup>18</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 24.

Fue el Consejo de Estado quien suprimió tal asimilación, tras superar la idea del Ministro-Juez tras haberse logrado la separación entre Administración y Jurisdicción:

«En efecto, al no considerar ya el acto de administración como una sentencia, inmediatamente se plantea la cuestión de averiguar qué es esa manifestación de voluntad que encierra. Y esta es la única respuesta posible: si se reflexiona sobre el hecho de que detrás del administrador que toma la decisión hay una persona administrativa, Estado, departamento o municipio, por cuya cuenta el administrador actúa, y que esa persona administrativa, para cumplir su misión, que consiste en asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, ostenta unos derechos, se llega fácilmente a la conclusión de que el acto de administración es una decisión relativa al ejercicio de derechos, y que, desde una perspectiva general, la Administración es el ejercicio de derechos de personas administrativas»<sup>19</sup>.

A partir del concepto de *acto administrativo* señala HAURIUO las diferencias entre Derecho Administrativo y Derecho Privado y el lugar y orden de los tres grupos de reglas:

«Las reglas de fondo sobre las personas administrativas y sus derechos; las reglas sobre la administración o el ejercicio de sus derechos; las reglas sobre el contencioso o sobre los litigios que pueden ser provocados por el ejercicio de los derechos».

Las unidades administrativas tienen una doble personalidad y, por tanto, derechos privados y derechos administrativos de poder, exorbitantes del derecho común, que son la clave del Derecho Administrativo:

«[...] hay que proclamar que las unidades administrativas tienen una doble personalidad: la de persona privada, que permite el disfrute de los derechos privados y la de poder público, que le confiere el disfrute de derechos de poder, entre los que se hallan los derechos de policía»<sup>20</sup>.

«Por consiguiente, es necesario hablar del derecho de dominio público, del Derecho del impuesto, del derecho de expropiación, de los derechos de policía, como se habla del derecho de dominio privado, y clasificar en el grupo de las reglas de fondo todo lo que se ha convenido en llamar materias administrativas»<sup>21</sup>.

En la Introducción a la quinta edición (1903) de su *Précis de Droit Administratif et de Droit Public General*, HAURIUO realiza una introducción al Derecho Administrativo francés «como elemento compo-

<sup>19</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 25.

<sup>20</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 26.

<sup>21</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 27.

nente del régimen de Estado», que «ocupa un lugar concreto en el Derecho general de una nación»<sup>22</sup>.

HAURIUO reconoce que fue DICEY quien en su *Introduction à l'étude du Droit Constitutional* definió la esencia del Derecho Administrativo francés al configurarlo como un «Derecho de equidad basado en la prerrogativa de la Administración»:

«Es un Derecho de equidad en el mismo sentido que el Derecho de equidad inglés, por diferenciarse del Derecho común en sus orígenes y principios; en sus orígenes, por proceder de la concesión de gobierno, mientras que la Ley Común surge de la voluntad popular; en sus principios porque se inspira en ideas sociales distintas de la estricta justicia distributiva»<sup>23</sup>.

Está, además, basado en la prerrogativa de la Administración, es decir, regula las relaciones entre la Administración y los administrados, admitiendo entre las dos partes una desigualdad fundamental, reconociendo que la Administración está sustraída al Derecho común y concediéndole jurídicamente privilegios.

El instrumento u órgano de su desarrollo ha sido la jurisdicción administrativa, especialmente la del Consejo de Estado; la concepción jurídica que le ha servido para ordenarse como un derecho ha sido la teoría del acto administrativo. Es decir, que junto a los caracteres que interesan al Derecho público general y al Derecho Constitucional [...] conviene situar estos otros, más especialmente técnicos; el Derecho Administrativo francés es un Derecho jurisprudencial, pretoriano, hecho por el juez administrativo<sup>24</sup> [...]; es, finalmente, un Derecho organizado conforme a la teoría del acto de administración, es decir, del acto jurídico. En definitiva, estamos en presencia de un Derecho de equidad basado en la prerrogativa de la Administración, hecho por el juez y organizado conforme a la teoría del acto»<sup>25</sup>.

Para HAURIUO, el sistema descrito resulta satisfactorio por cuanto permite la colaboración de los ciudadanos con el poder, en un marco de equidad y de generosidad:

---

<sup>22</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 50.

<sup>23</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 50.

<sup>24</sup> Sobre el importante papel del Consejo de Estado en la construcción del Derecho Administrativo afirma: «En realidad, el Consejo de Estado se encuentra aislado, y mantiene la concepción tradicional de nuestro Derecho con su solo esfuerzo. Es una tarea para la que está bien armado y en la que, hasta ahora, no ha fallado en momento alguno, a pesar de haber sufrido algunos ataques famosos, pero una tarea que día a día se torna más peligrosa a medida que el aparato legislativo se vuelve más impulsivo, ya que una pequeña ley imprevista y rápidamente votada, fruto de una coalición de rencores, puede trastornar todo el contenido» (p. 64).

<sup>25</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 51.

«El poder público ha entrado tan rápidamente en la vía de las concesiones, que nuestro Derecho Administrativo ya ha merecido ser comparado a un Derecho de equidad que se superpone al Derecho Común al menos hasta la mitad del camino. Cuanto más nos abandonamos a él, con más generosidad se comporta; se ha humanizado hasta el punto de reconocer que somos colaboradores suyos y que tenemos derechos en la gestión de los servicios públicos. Este resultado puede deberse en parte al espíritu de contradicción que, junto con el deseo de simplicidad, es uno de los rasgos de nuestro espíritu nacional y que, al empujarnos a dar más cuanto menos se nos pide, nos confiere una suerte de generosidad; pero en sí mismo, y cualquiera que sea la causa a la que se deba, no puede negarse que es satisfactorio»<sup>26</sup>.

Afirma HAURIUO que la prerrogativa de la Administración no resuelve todas las cuestiones, siendo preciso hacerlo de acuerdo con los principios que inspiran el Derecho Administrativo, por cuanto «este Derecho no es en absoluto perfecto y presenta defectos innegables, pero a la que considero que puede ponerse remedio mediante el desarrollo de sus propios principios»<sup>27</sup>.

Califica de elementos sustanciales del Derecho Administrativo el proceso al acto administrativo expreso presunto y la competencia administrativa:

«Considero que el proceso al acto se ha hecho poco menos que perfecto con la ley de 17 de julio de 1900, que ha asimilado el silencio guardado durante cuatro meses por un administrador sobre una reclamación a una decisión desestimatoria. Será sencillo hacer comprender al público esta simple idea: que sólo se puede litigar con la Administración con ocasión de un acto, que es necesario obtener previamente sobre el punto litigioso, que para ello es preciso formular una declaración y que, si no se obtiene una decisión positiva, una vez transcurridos cuatro meses se puede intentar el recurso. Con este punto estamos, pues, satisfechos, pero queda ahora por desbrozar el tema de la competencia. A pesar de los esfuerzos de coordinar, pues aún subsisten incoherencias, muchas se deben a antiguos textos cuya revisión habría que preparar ya. La partición de atribuciones es consecuencia inevitable de la separación de poderes, y se formula en una serie de principios bastante claros; lo que habría que aligerar es la lista de excepciones injustificadas»<sup>28</sup>.

En la sexta edición (1907) de su *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* HAURIUO expone su teoría del Estado, Derecho Publico y

---

<sup>26</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 61.

<sup>27</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 61.

<sup>28</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., pp. 64-65.

del Derecho Administrativo y su evolución en relación con los cambios sociales que han dado lugar al régimen administrativo:

«El Estado es una formación social que evoluciona como todas las cosas, e incluso muy rápidamente. Yo no diría que se transforma sino que se desarrolla, y que caracteres que, en un principio, se hallaban débilmente marcados, se van acentuando y se convierten en predominantes, mientras que otros se debilitan.

El régimen administrativo ha sido más útil por el considerable dominio colectivo que ha creado, por el formidable presupuesto que todos los años detrae de las fortunas privadas, por la masa de funciones que ha centralizado, y por la seguridad que ha instaurado en todas partes su legislación y sus servicios públicos, metódicamente organizados. Ha creado en el seno del Estado una sustancia real y nutritiva que va distribuyéndose automáticamente a los ciudadanos en forma de “bienes”, de tal forma que cada uno alcance a tener algo de ella. Durante el período de conquista de las libertades políticas, el Estado multiplicó y aumentó los hombres; ahora aumenta y multiplica los bienes. Sin duda, los bienes pueden existir bajo los regímenes políticos más rudimentarios; la posesión de la tierra y la de algunos objetos mobiliarios pueden hallarse garantizados en estados sociales inferiores, pero tan sólo el Estado Administrativo, en su atmósfera saturada de estabilidad y seguridad, puede favorecer el desarrollo de bienes de una naturaleza no tan groseramente corporal, como son los valores mobiliarios, la propiedad industrial y literaria, las funciones públicas y las profesiones comerciales [...]»<sup>29</sup>.

En el proceso de desarrollo del Estado distingue HAURIUO entre los bienes y las riquezas que se crean: «si las riquezas se producen siempre gracias a la iniciativa y al riesgo individual, el régimen administrativo no aspira más que a obtener de las riquezas producidas un número mayor de bienes»<sup>30</sup>. Desde esta perspectiva, el elemento fundamental del Estado es aquel que crea y garantiza los bienes:

«[...] este papel principal no puede corresponder ni al elemento del poder o de la soberanía, que desempeña, en materia de seguridad jurídica, el papel de última *ratio*, ni a la ley, que no puede hacer otra cosa que delimitar los contornos exteriores de las cosas y los límites de las actividades, sino a las instituciones que tienen los equilibrios de las fuerzas activas de la que está hecha la estabilidad social»<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 82.

<sup>30</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 84.

<sup>31</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 84.

A partir del principio de separación de poderes califica al Estado como «institución de instituciones» y a cada uno de ellos como una institución:

«Un principio como el de la separación de poderes sería letra muerta sin la institución, sólidamente establecida, de cada uno de los poderes por separado; la separación de la autoridad administrativa y de la autoridad judicial no hubiera resistido en la práctica sin la institución de una jurisdicción de conflictos»<sup>32</sup>.

La misión de la Administración no es, exclusivamente, la de ejecución de la ley, correspondiéndole también «la de graduar y dar vida a las instituciones»:

«Si la Administración pública se deja imbuir gradualmente por la convicción de que su función es la de graduar y dar vida a las instituciones, una concepción vieja de nuestro Derecho Público va a desaparecer: la de que el poder ejecutivo tiene como única misión asegurar la aplicación de las leyes»<sup>33</sup>.

«La ejecución directa de la ley por vía administrativa es algo que ha existido, pero que ahora nos hiere como un anacronismo. La ley no tiene ya necesidad de esta sanción, pesada y peligrosa, porque está sostenida por las mismas instituciones a las cuales se aplica»<sup>34</sup>.

Su planteamiento de la institución admite la personalidad jurídica del Estado, tras comentar las opiniones de GIERKE, IHERING, MICHOD, ESMEIN y DUGUIT:

«La teoría de la institución admite la personalidad subjetiva del Estado e incluso la admite como una realidad social, no como una ficción, únicamente limita el alcance de esta personalidad subjetiva mediante otra noción, que es la de la individualidad del Estado. Esta individualidad objetiva no es otra que el Estado como institución, con sus medios del derecho disciplinario y de los fenómenos estatutarios. Cada una de las nociones tiene su propio campo. El Estado no es más que una institución si planteamos la cuestión de las relaciones de los órganos entre sí, o de los súbditos con los órganos; en este caso, el punto de vista objetivo de la institución y del estatuto es el que conviene. Por añadidura, el Estado es una persona jurídica, pero únicamente en las relaciones del tráfico jurídico propiamente dicho, es decir, en sus relaciones con las

---

<sup>32</sup> M. HAURIU, *Obra...*, cit., p. 85. En sus *Principios de Derecho público y constitucional*, Madrid, 1927, p. 84, define la institución como «una idea objetivada, transformada en una obra social por su fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades individuales indefinidamente renovadas».

<sup>33</sup> M. HAURIU, *Obra...*, cit., p. 88.

<sup>34</sup> M. HAURIU, *Obra...*, cit., p. 89.

partes, o con las personas que lo acompañan, en cuanto unos y otros no son contemplados como órganos o súbditos suyos»<sup>35</sup>.

En la Introducción a la séptima edición (1911) del *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, HAURIUO aplica la teoría de la institución al concepto del Derecho Administrativo:

«El Derecho Administrativo no está fundado únicamente en relaciones jurídicas. Sin duda está penetrado por un importante tráfico jurídico [...] el tráfico que constituye la gestión de los servicios públicos aumenta el contencioso administrativo ordinario; y todo ello se encuentra ligado a la personificación jurídica de las Administraciones públicas.

El Derecho Administrativo es el derecho de esos personajes poderosos que son las Administraciones públicas [...]».

Sin embargo, estos personajes poderosos que son las Administraciones públicas están sometidos a la ley, al Derecho y a los derechos reconocidos a las personas. De tal modo que es el Derecho Administrativo el que busca mantener el equilibrio entre las prerrogativas del poder administrativo y la garantía de los derechos de los ciudadanos:

«Al ser este un Derecho de los personajes poderosos y al estar, por otra parte, completamente penetrado por el privilegio de la acción directa de estos personajes, el Derecho Administrativo posee un capítulo desconocido [...] que es el del ejercicio de los derechos»<sup>36</sup>.

## 1.2. *El Derecho Administrativo en el pensamiento de O. MAYER*

FORSTHOFF otorgó a OTTO MAYER el título de fundador del Derecho Administrativo alemán, aun cuando recordara la «vuelta a VON STEIN» de R. SMEND<sup>37</sup>. Su obra *Le Droit administratif allemand*, publicada en 1903, responde al momento histórico del Estado liberal de Derecho surgido de la Revolución Francesa. Sostiene FORSTHOFF que «el paradigma del Estado de Derecho de que MAYER se sirve, se encuentra

<sup>35</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., p. 90.

<sup>36</sup> M. HAURIUO, *Obra...*, cit., pp. 99-100. En las pp. 37-42, aplica al Derecho Constitucional la idea del equilibrio entre la prerrogativa y la garantía, que M. HAURIUO expuso como característica del Derecho Administrativo, en cuanto le corresponde buscarlo entre el poder público y los derechos y libertades de los ciudadanos. Lo define «por la conciliación de la autoridad y la libertad [...] en el marco del Estado». El Derecho Constitucional se reduce a «un problema de conciliación de lo individual y lo colectivo, de la libertad y la autoridad [...] de determinar los campos respectivos del poder del Estado [...] y de la autonomía propia de los individuos [...]».

<sup>37</sup> E. FORSTHOFF, *Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*, Madrid, 1966, p. 64.

determinado más por las formas del Derecho Administrativo francés, que por el curso especial de la historia de la Administración alemana», así como por el paralelismo con la concepción del Derecho Privado al adoptar la sistemática propia de las instituciones del Derecho Civil<sup>38</sup>.

Para MAYER, el Estado constitucional liberal se caracteriza por:

- A. La división de poderes, de los cuales se da primacía al legislativo constituido por los representantes de los ciudadanos y que representa a la soberanía nacional, instaurándose la soberanía de la ley<sup>39</sup>.
- B. La declaración de derechos del hombre y del ciudadano, basada en la igualdad jurídica y en el reconocimiento de una esfera de libertad individual en la que se fundan los derechos fundamentales a los que no alcanza la intervención del poder ejecutivo.
- C. La vigencia del principio de legalidad del que se derivan consecuencias para la actividad administrativa y para la construcción del Derecho Administrativo, como:
  - a) La preeminencia de la ley por la habilitación para que la Administración intervenga en cuanto afecte a la propiedad y la libertad de los ciudadanos.
  - b) La reserva de la ley para conocer de tales materias en las que la Administración no puede inmiscuirse.
  - c) La actividad de la Administración referida a la defensa de este círculo de legalidad, dejando en manos de la libertad y la autonomía de los individuos el resto de las actividades sociales, económicas, etc.
  - d) Sometimiento de la Administración y los particulares a las normas, de modo que dentro de ellas se producen las relaciones jurídicas entre ellos: «la acción de la Administración ha de ser dirigida, en la medida de lo posible, por reglas de Derecho»<sup>40</sup>.

MAYER entiende que la Administración es una parte de la actividad estatal de carácter residual por no constituir ni legislación ni Justicia:

«Para toda actividad que no sea ni Justicia ni Legislación se introduce la palabra Administración, no para reemplazar al vocablo Gobierno sino para designar una nueva rama de actividad, la cual, desprendiéndose también del Gobierno se ubica al lado de la Justicia, forma como ésta su opuesto».

---

<sup>38</sup> E. FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., pp. 85-87.

<sup>39</sup> O. MAYER, *El Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1949, p. 73. Contrapone el concepto de la ley como expresión exclusiva de la soberanía popular con la colaboración con el príncipe en el ejercicio del poder legislativo propia del sistema alemán (p. 77).

<sup>40</sup> O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 80.

La Administración es «toda la actividad del Estado que no es Legislación ni Justicia», a fin de atender a «la realización de los fines del Estado»<sup>41</sup>. Tal actividad «se ejerce bajo la autoridad del orden jurídico que él debe ejercer»<sup>42</sup>. De modo que el orden jurídico es el límite de la Administración y el fin de los Tribunales<sup>43</sup>. Resume su pensamiento diciendo:

«La Administración es la actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico. Podremos dispensarnos de agregar la condición de que debe ser una actividad separada de la Legislación y de la Jurisdicción; eso está suficientemente especificado en las palabras bajo su orden jurídico. En efecto, en la Legislación, tal como la entendemos, el Estado se encuentra sobre este orden jurídico; en la Justicia, todo se hace por este orden jurídico. En cuanto a la Administración, su dependencia respecto del orden jurídico bajo el cual ella actúa, es menos estricta y más variada. Fijar la naturaleza de esta dependencia es el primer problema que tendremos que resolver»<sup>44</sup>.

Al Gobierno corresponde «la alta dirección, el impulso que parte del centro para hacer marchar los asuntos en el sentido de una buena política y el interés general»<sup>45</sup>.

El Derecho Administrativo es el Derecho «público propio de la administración»<sup>46</sup>, el «relativo a la Administración», que regula las relaciones jurídicas, de modo que «no puede existir cuestión de Derecho Administrativo en tanto no se trate de relaciones entre el Estado y los súbditos, sean súbditos aislados o reunidos en grupos determinados»<sup>47</sup>.

El paralelismo que establece con el sistema del Derecho Civil hace que la relación jurídica ocupe un papel central dentro de su sistema. Pero como esta institución es insuficiente para soportar el peso de todo el Derecho Administrativo, según señala FORSTHOFF, amplió el esquema con el concepto del *deber general de obediencia del súbdito*, que configura una relación de sujeción general, con la relación de sujeción especial de las personas sujetas a determinadas obligaciones específicas, que no provenían de una ley sino de normas dictadas por la propia Administración, «por la entrada en una institución pública, la cual era definida como la unión de medios materiales, personales en manos de la Administración para el logro de determinados fines de ésta»<sup>48</sup>.

---

<sup>41</sup> O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 10.

<sup>42</sup> O. MAYER, *El Derecho...*, cit., cit., p. 18.

<sup>43</sup> O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 15.

<sup>44</sup> O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 15.

<sup>45</sup> O. MAYER, *El Derecho...*, cit., pp. 4-5.

<sup>46</sup> O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 22.

<sup>47</sup> O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 17.

<sup>48</sup> FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., pp. 87-88.

La relación jurídica precisa de un acto de la Administración que declare una situación individual de acuerdo con la regla del Derecho. El acto administrativo «determina ahora una relación jurídica, que la misma autoridad está obligada a respetar y poner en ejecución tanto en beneficio del súbdito como contra él», porque «lo esencial es siempre la determinación jurídica del caso individual»<sup>49</sup>. El acto administrativo completa la idea capital del *Rechtsstaat*, del Estado sometido al régimen del Derecho por la adaptación, a lo administrativo, de las formas judiciales de la sentencia. Considera que la gran aportación revolucionaria es el acto administrativo, anteriormente inexistente, y su paralelismo con la sentencia, de modo que si la sentencia está subordinada a la ley y los agentes han de ejecutarla, la ley se impone a los actos y los agentes se hallan subordinados a aquella y éstos: «no se logró someter exteriormente la Administración al poder de la Justicia. Pero la Administración debió adoptar ideas de las que era autora la Justicia»<sup>50</sup>.

## 2. El tránsito hacia el Estado Social de Derecho

La transición del Estado liberal de Derecho al Estado Social de Derecho será consecuencia de los cambios sociales y de las críticas al modelo por su insuficiencia para conocer las nuevas preocupaciones sociales y el nuevo significado de la actividad administrativa. La Administración liberal del Estado gendarme va a ir adquiriendo mayor protagonismo precisamente porque la burguesía dominante quiere fomentar la riqueza y necesita de una Administración activa que establezca las condiciones económicas para que la iniciativa privada desarrolle sus proyectos de enriquecimiento. Al mismo tiempo, la crisis social que el liberalismo económico había causado exigía medidas para evitar que se cuestionase el orden socio-económico y prosperaran las nuevas ideologías anticapitalistas en sus deseos de cambio revolucionario del orden liberal.

El último tercio del siglo XIX fue un período de agitación social como consecuencia de la fase económica depresiva entre 1870 y 1890, la depauperización, la aplicación de la ley de bronce del salario, la reducción del consumo, que fueron valoradas como el fin del sistema capitalista por sus insuficiencias y contradicciones internas<sup>51</sup>. Este con-

---

<sup>49</sup> O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 82.

<sup>50</sup> O. MAYER, *El Derecho...*, cit., p. 76.

<sup>51</sup> E. DÍAZ, *El socialismo de Fernando de los Ríos*, Sistema, 152-153, 1999, p. 300, recoge la opinión de Fernando de los Ríos sobre el capitalismo: «Lo propio del capitalismo

vencimiento en los sectores más radicales llevó a actitudes revolucionarias que se manifestaron violentamente en la Comuna de París de 1871. Esta revolución antiburguesa sacudió el orden liberal y terminó con una gran represión. Los sublevados se levantaron «contra la religión, contra la burguesía, contra la industria, contra la familia, contra el trabajo, contra todo lo que constituye la dignidad, la seguridad y la vida de un pueblo»; no tienen «por dogma más que un ateísmo grosero, por doctrina más que un materialismo abyecto, por programa más que el vagabundo armado, la expropiación de todas las clases por una sola, la igualdad de las partes en el comedero humano, la ralea de la fortuna pública y privada lanzada como presa a los apetitos y codicias del proletariado»<sup>52</sup>.

El movimiento obrero se recuperó y fue reconocido en Francia por la Ley de 21 de marzo de 1884 como consecuencia del acuerdo entre los líderes obreros, los republicanos reformistas y algunos sectores conservadores.

El proceso de transformación del Estado liberal se irá desarrollando desde finales del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial. Durante este período se produjo una recuperación económica, la explotación colonial<sup>53</sup>, la apertura de nuevos mercados, el incremento de la tasa de acumulación y de los salarios. Las mejores condiciones económicas redujeron la fuerza de los grupos revolucionarios, lo que propició la colaboración del movimiento obrero y de los partidos socialistas con las instituciones representativas, impulsando las reformas y las mejoras sociales.

La Constitución de Weimar configuró Alemania como una República democrática y federal en la que se reconocían los derechos fundamentales, dentro de la tradición liberal de la Constitución de 1849, que

---

es desentenderse del carácter del hombre a quien se utiliza como mercancía, comprando su trabajo». El capitalismo es la libertad de las cosas (libre mercado de oferta y demanda), y, consiguientemente, la explotación y esclavitud de las personas. La libertad económica capitalista no es una libertad para los hombres sino para las cosas. «Así como el capitalismo ha significado la exaltación de la idea de la libertad aplicada a los objetos económicos con el fin de hacer más fácil la servidumbre de los hombres, el socialismo, en cambio, representa el sometimiento de la economía a un régimen disciplinario para hacer posible un mayor enriquecimiento de la libertad de las personas»

<sup>52</sup> A.J. ARNAUD, *Comunicación al Centro del Pensamiento político* de GÉRARD DUPRAT, junio de 1975. Citado por E. PISIER-KOUCHNER, «L'obéissance et la loi: le Droit», en *Histoire des Idéologies*, III, París, 1978.

<sup>53</sup> E. DÍAZ, *El socialismo...*, cit., p. 301, recoge la opinión de Fernando de los Ríos sobre el proceso colonial: «Toda la política del imperialismo económico ha consistido precisamente en apoderarse de los pueblos económicamente para poder justificar después el intervenir en su vida política» [...]. Tras los capitales están pues los gobiernos; tras los gobiernos, los ejércitos [...] lo que afirmamos es que el capitalismo en sí mismo es una organización no de lucha, sino de guerra y, como tal, enemigo de la paz entre los pueblos».

incorporó principios socialistas. El régimen de derechos fue configurado como derechos junto y con el Estado, más que contra aquel, en un marco social que encuadraba fines económicos, sociales y políticos. Se incorporaron como principios finalistas que desarrollar por el legislativo y ejecutivo las ideas de justicia social en la economía, la sociedad y la educación. En su artículo 148 se dispuso que en las escuelas se procurara la formación moral, la educación cívica y el perfeccionamiento personal y profesional, conforme al espíritu alemán de humanidad y de reconciliación entre los pueblos. A tenor del artículo 151 la vida económica debía responder a principios de justicia para asegurar a todos una existencia humana digna. El artículo 156 previó la socialización de los medios de producción y el artículo 165 la autogestión y participación de los trabajadores en la dirección de las fábricas<sup>54</sup>.

En la construcción del nuevo orden político-social tuvieron una influencia decisiva las corrientes socialistas reformistas dispuestas a superar el sistema desde la libertad y la democracia. Es el modelo del socialismo liberal-democrático del *constitucionalismo social*, que describió FERNANDO DE LOS RÍOS:

«Mas si el principio del constitucionalismo social se ha elaborado en lucha con el conformismo del siglo XIX, no por ello es lícito decir que ha sido éste innecesario ni infructuoso; dentro de él, en su seno, y en parte por las propias facilidades que le ha ofrecido, se ha desarrollado la idea del constitucionalismo social y principia a realizarse; [...] y si en una primera etapa creyó suficiente a este propósito la libertad civil, la garantía personal, en una segunda estimó que era necesaria la libertad política y dedujo que requería ésta como forma instrumental la democracia. Y ahora, en una tercera etapa histórica, ante la presión social de nuevas fuerzas, ante la experiencia de siglo y medio de maquinismo capitalista y el requerimiento ideal de hombres de tendencia muy varias, comienza a hallar realización inequívoca el constituciona-

---

<sup>54</sup> Art. 156: «El Reich puede en virtud de la ley, previa indemnización, y aplicando analógicamente las normas en vigor para la expropiación, transformar en propiedad colectiva la propiedad de empresas privadas susceptibles de socialización [...]. El Reich puede además, en caso de urgente necesidad, establecida mediante ley, colocar en régimen de explotación común empresas y sociedades sobre la base de la autogestión y con el propósito de asegurar la colaboración de todos los factores de la producción, dando participación en la administración a patronos y obreros, y ordenar la producción, creación, distribución, empleo, fijación de precios, así como la importación y exportación de bienes, según reglas de utilidad general [...]». Artículo 165: «Los empleados y obreros están llamados a colaborar en pie de igualdad y en comunidad con los empresarios para establecer los salarios y condiciones de trabajo, así como a participar en el desarrollo económico global de las fuerzas de producción. Se reconocerá a las organizaciones de unos y otros, así como los acuerdos que ellas concluyan entre sí [...]».

lismo social, que sólo es posible negándole a las cosas lo que es privativo de las personas: la libertad»<sup>55</sup>.

Tales principios sentaron las bases para la constitución del Estado Social de Derecho, en el que, partiendo del principio de la justicia social, se reconocerá a la Administración un protagonismo en la conformación social, al mismo tiempo que se respetan los principios del sistema económico capitalista.

La construcción del Estado Social no es una mera corrección del Estado liberal, sino una realidad política con un nuevo imaginario político y jurídico, que pone en establecer y asegurar las condiciones adecuadas de vida su objetivo, por lo cual se ha hablado del «imaginario asegurador»<sup>56</sup>. Se aportaba una nueva visión de la sociedad y del papel del Estado y la Administración que exigía nuevas técnicas políticas y jurídicas, tanto para articular las relaciones Estado-Derecho como para la gestión de las necesidades sociales en una civilización más compleja y plural. El significado del Estado Social fue descrito por el español PEDRO DORADO:

«El Estado cooperativo cuyas funciones no son propiedad, por decirlo así, del soberano, sino más bien servicios colectivos, cuyos órganos y funcionarios no tengan otro carácter que el de administradores de los intereses generales y comunes, designados, por consecuencia, por la comunidad y responsables ante ella»<sup>57</sup>.

Se trata, además, de establecer un nuevo sistema de relaciones entre la persona, la sociedad y el Estado, con la reforma del Estado y del Derecho que legitime un nuevo modelo de comportamientos y relaciones jurídicas propias del Estado Social, distintas a las del modelo de Estado liberal. Como sentenció GURVITCH, el Estado de Derecho «es el predominio definitivo del orden del derecho social sobre el orden del derecho individual en el interior del derecho público»<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> J. A. PORTERO MOLINA, *El Derecho Político en la obra de Fernando de los Ríos*, Sistema, 152-153, 1999, p. 117.

<sup>56</sup> F. EWALD, *L'État providence*, París, 1986, p. 531.

<sup>57</sup> P. DORADO, *Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale*, RDP, XII, 1899, p. 251. G. PECES-BARBA, *Religión y Estado en Fernando de los Ríos*, Sistema 152-153, 1999, p. 172, recoge cómo este ilustre penalista fue separado de su cátedra en la Universidad de Salamanca por la dictadura de Primo de Rivera, a instancia del Obispo de la diócesis, tras una denuncia por exponer doctrinas perniciosas como el positivismo y el materialismo.

<sup>58</sup> G. GURVITCH, *L'expérience juridique et philosophie pluraliste du droit*, París, 1935, p. 263.

H. KELSEN cuestionó la objetividad y la juridicidad de un orden social justo, por cuanto se trata de un juicio de valor subjetivo fundado en valores emocionales:

«Es obvio que no puede existir un orden justo, esto es, capaz de procurar la felicidad de cada uno. La felicidad que un orden social es capaz de asegurar puede ser únicamente felicidad en sentido colectivo, esto es, la satisfacción de ciertas necesidades, reconocidas por la autoridad social, el legislador, como dignas de ser satisfechas, tales como la necesidad de alimentos, vestidos y habitación. Pero ¿qué necesidades humanas son dignas de ser satisfechas y, sobre todo, cuál es el orden jerárquico que les corresponde? Estos problemas no pueden ser resueltos por medio de un conocimiento racional. La solución de los mismos implica un juicio de valor determinado por factores emocionales y tiene, por ende, carácter subjetivo, válido únicamente para el sujeto que juzga y, por tanto, relativo sólo a él»<sup>59</sup>.

Al contrario que los juicios de valor, «los juicios jurídicos son juicios que pueden ser objetivamente comprobados con ayuda de los hechos. Por ello son admisibles dentro del ámbito de la ciencia del Derecho. Los de justicia no pueden ser objetivamente comprobados, consecuentemente, la ciencia jurídica no tiene lugar para ellos»<sup>60</sup>.

Por tratarse de los autores más relevantes de este momento, se recogen las opiniones de León DUGUIT en el Derecho francés y Fritz FLEINER en el Derecho alemán.

### 2.1. *El Derecho Administrativo en el pensamiento de L. DUGUIT*

La obra de DUGUIT con su concepción del Derecho, del Estado y su soberanía, de los derechos individuales, de la solidaridad, sus críticas al

---

<sup>59</sup> H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1979, p. 7. Define el juicio de valor como «un aserto por el cual se declara que algo es un fin, un último fin que no puede servir como medio para el logro de otro fin ulterior. Semejante juicio se halla siempre determinado por factores emocionales» (p. 8). «La necesidad de una justificación racional de nuestros actos emocionales es tan grande, que tratamos de satisfacerla aun a riesgo de engañarnos a nosotros mismos. Y la justificación racional de un postulado que se base en un juicio subjetivo de valor, esto es, en un deseo, en el que todos los hombres sean libres, por ejemplo, o en el de que sean tratados igualmente, es un autoengaño o —lo que equivale a lo mismo— una ideología» (p. 9).

B. DE JOUVENEL, *La soberanía*, Madrid, 1957, p. 297, afirma que «ninguna proposición es tan propia para escandalizar a nuestros contemporáneos como esta: es imposible establecer un orden social justo. Hacer justicia es aplicar en un reparto el orden de serie adecuado. Pero es imposible al espíritu humano establecer un orden de serie adecuado para todos los recursos y para todos los puntos de vista».

<sup>60</sup> H. KELSEN, *Teoría...*, cit., p. 57.

individualismo liberal<sup>61</sup>, su concepción del poder sindical, la función social de la propiedad<sup>62</sup>, su actitud favorable a la descentralización y el federalismo, y sus propuestas sobre el servicio público supuso cuestionar los valores del sistema liberal y del Estado de Derecho según había sido concebido desde la Revolución. Este autor inicia así una línea de pensamiento antiliberal en la doctrina administrativista, como ha señalado ALEJANDRO NIETO:

«DUGUIT [...] introduce la mala conciencia en el Derecho administrativo francés. Este autor denuncia el desplazamiento que ha experimentado el centro de gravedad de la disciplina —corrido desde la persecución de intereses colectivos a técnica de defensa de derechos individuales—, y para restablecer el equilibrio [...] insiste con energía en el fortalecimiento del factor desatendido, o sea, en lo que ahora se denominan servicios públicos. A tal efecto procede a desmontar la concepción idealista del Estado que los juristas conservadores habían estado elaborando durante un siglo. DUGUIT es un pragmático que ha comprendido que los atributos de soberanía cuasimítica con que venía envolviéndose el Estado era una maniobra ideológica a través de la cual pretendían las clases dominantes ocultar el fenómeno de la manipulación egoísta del mismo. A partir de ahora debe volver el Estado al servicio de la comunidad, liberándolo de quienes se lo han apropiado»<sup>63</sup>.

Por ello no deben sorprendernos las reacciones de sus conservadores contemporáneos cuando dijeron que había caído en una quimera anarquista (*chimère anarchiste*) (ESMEIN)<sup>64</sup>, que era autor de *une théorie proprement anarchique, incompatible avec les nécessités sociales* (MICHOD)<sup>65</sup>, *anarchiste de la chaire*<sup>66</sup>, que ha realizado *le tour de*

<sup>61</sup> Para N. PÉREZ SERRANO, *Tratado...*, cit., p. 210, el individualismo «tributa culto al individuo del cual acaba por consumir el sacrificio de la sociedad [...]. El Estado no es el Dios que HEGEL reverencia; tampoco es, sin embargo, el Satanás del que los anarquistas abominan: el Estado es un mal necesario [...]. Figuras preclaras del movimiento son en Alemania, HUMBOLDT; en Inglaterra, BENTHAM, los MILL y SPENCER, y en Francia no pocos teóricos de la época revolucionaria, y posteriormente Jules SIMON, LEROY-BEAULIEU y otros».

<sup>62</sup> L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, París, 1912, p. 19, analiza el derecho de propiedad desde «una concepción exclusivamente realista, que elimina sucesivamente la concepción metafísica del derecho subjetivo: es la noción de función social». «La propiedad no es el derecho subjetivo del propietario; es la función social del detentador de la riqueza» y «en realidad sólo se percibe una situación de hecho: la afección de la utilidad total de una cosa a un fin determinado» (p. 158).

<sup>63</sup> A. NIETO, La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo, RAP, 76, 1975, pp. 21-22.

<sup>64</sup> A. ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel*, París, 1927, p. 40.

<sup>65</sup> L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en Droit française*, 1906, p. 32.

<sup>66</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, París, 1910, p. 79.

*force d'être à la fois socialiste et anarchiste*<sup>67</sup> y conduce a «*l'anarchie doctrinale et juridique*»<sup>68</sup> (HAURIUO). A todos ellos respondió rechazando que fuera un epígono anarquista:

«...la anarquía consiste en negar la legitimidad de todo acto de [fuerza, coacción] política y no es ser anarquista decir que el poder gubernamental no puede legitimarse por su origen, sino solamente por el fin que persigue, que se impone legítimamente cuando y sólo se ejerce conforme al derecho social [...] Anarquista, si se quiere, mi doctrina, si puede llevar mejor que cualquier otra a limitar jurídicamente el poder del Estado y a fundar verdaderamente una regla de derecho determinando el sentido y el alcance de los actos de los gobernantes. Espero demostrar que mi doctrina calificada de anarquista, además de que sólo se adapta a los hechos sociales actuales, atiende a este doble desiderátum, y también que asegura la obediencia a las decisiones legítimas de los gobernantes mejor que la afirmación solemne del pretendido principio de autoridad, principio vacío de sentido y de contenido»<sup>69</sup>.

DUGUIT, secundando a la sociología de COMTE Y DURKHEIM, trata de acomodar el Derecho a la realidad social. Para ello, construye una doctrina del Derecho y del Estado basada en la naturaleza social del fenómeno jurídico y desembarazada de toda concepción metafísica, suprimiendo todo cuanto no pueda ser conocido por la experiencia.

DUGUIT fue un reformista, no un revolucionario, porque trató de superar el injusto orden liberal a partir del mismo, buscándole soluciones y alternativas desde el ejercicio de los derechos y libertades democráticos. Buscó una nueva vía de articular las relaciones entre las personas, la sociedad y el Estado, que superase el individualismo liberal y no cayese en el socialismo colectivista o en el puro anarquismo. Trató de hacer compatibles la libertad individual con el progreso social, el Estado y la solidaridad social, el mercado y el servicio público en beneficio de la libertad real de las personas. El nuevo Estado Social lo concibe desde la libertad individual y colectiva en un marco democrático en el que es posible la libertad real, que no formal, el protagonismo de la sociedad y el intervencionismo del Estado.

Su concepción jurídico-política del Derecho, el Estado y la sociedad se fundamenta en los siguientes cinco puntos:

<sup>67</sup> M. HAURIUO, *Les idées de M. Duguit*, RALT, 1911, p. 40.

<sup>68</sup> M. HAURIUO, *Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, RDP, XVII, p. 346.

<sup>69</sup> L. DUGUIT, *Traité...*, cit., pp. 653-654. Para N. PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1976, p. 208, el anarquismo es un «concepto exaltado de la libertad que detesta cualquier coacción, y rechaza, por tanto, el Estado, cuyo poder, contrario a la humana personalidad, no permite a ésta su cabal desenvolvimiento».

a) Rechazo del derecho subjetivo. Como ha recalcado BONNARD:

«Rechaza tanto el derecho subjetivo del individualismo constituido por el derecho individual natural, como el derecho subjetivo que resulte del ordenamiento jurídico creado por el Estado. Este sistema subjetivo lo sustituye por un sistema objetivo estableciendo la regla de Derecho como elemento fundamental del sistema jurídico»<sup>70</sup>.

b) Rechaza la idea del Derecho natural abstracto y metafísico.

Busca el fundamento social del Derecho en la misma sociedad y en sus relaciones sociales, en la «solidaridad» y la «interdependencia social», que son hechos objetivos que fundamentan las relaciones jurídicas. De este modo, la norma social es una «ley inherente al hecho social que determina la actitud activa o pasiva de todos los miembros del grupo social, para que éste y los individuos que lo componen puedan vivir y desarrollarse, ley cuya violación entraña forzosamente una reacción, que es el hecho del grupo vinculándose naturalmente a la ley que preside su vida»<sup>71</sup>.

c) La descentralización, el federalismo y el asociacionismo.

Manifiestan la solidaridad social, articulan la participación de los ciudadanos en los servicios y son factor de integración social. La interdependencia social que crean los grupos, asociaciones y sindicatos, colaborando en la prestación de servicios, constituye una auténtica descentralización:

«...cuando el hombre moderno, habiendo tomado una clara conciencia de la interdependencia social que vincula a todos los miembros del grupo, gobernados y gobernantes, ha reconocido a éstos el deber de asegurar la ejecución de las diversas tareas en todos los órdenes de la actividad humana, forzosamente ha debido producirse una tendencia descentralizadora. Los gobernantes, que sólo son los detentadores de la mayor fuerza, no pueden por ellos mismos, o por sus agentes directos, realizar estos trabajos. Serán entonces ejecutados necesariamente por grupos de individuos, con una cierta independencia respecto a los gobernantes imprimiendo el impulso al servicio, incluso dirigiéndolo, bajo el control y vigilancia de los gobernantes y sus agentes. Esto es precisamente la descentralización»<sup>72</sup>.

Por otra parte, la descentralización implica una forma de equilibrar el incremento del poder público que se deriva del aumento de los servicios públicos que reclama el progreso de la civilización:

---

<sup>70</sup> R. BONNARD, *Les idées de L. Duguit sur les valeurs sociales*, APDSJ, 19323, 1-2, p. 15.

<sup>71</sup> L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, I, París, 1921, pp. 81-82.

<sup>72</sup> L. DUGUIT, *Le droit social...*, cit., p. 140.

«...el número de los servicios públicos aumenta cada día; es un movimiento que coincide con el progreso de la civilización. Teóricamente esto no puede aumentar el derecho del poder de los gobernantes porque tal derecho no existe. Sin embargo, es difícil negar que aumenta su poder de hecho. Pero es necesario no olvidar que tal crecimiento del poder queda equilibrado, si no anulado, por un movimiento extremadamente importante, que es una de las características de la moderna evolución del derecho público: el movimiento descentralizador»<sup>73</sup>.

e) La regla objetiva de derecho que obliga a gobernantes y gobernados.

El Estado es un fenómeno social de fuerza que al carecer de legitimidad jurídica no puede crear Derecho, pero ha de estar sometido al que se cree en la sociedad. Pero la ley positiva que aquél crea tiene validez por su presunta conformidad al derecho objetivo.

f) El servicio público.

Para desmitificar el Estado liberal, rechaza la concepción de aquél como un poder soberano de dominación para convertirlo en un gestor de servicios públicos, que le legitima desde la satisfacción de las necesidades sociales interviniendo en sectores que el liberalismo había reservado a la iniciativa individual y a la propiedad. Alude a una nueva forma de Estado, estableciendo las bases del Estado Social al criticar el modelo liberal y proponer sustituir la soberanía por la solidaridad, la potestad por el servicio público: el Estado está formado por «un grupo de individuos que ostentan una fuerza que deben emplear para crear y gestionar los servicios públicos. La noción de servicio público se convierte en la noción fundamental del derecho público»<sup>74</sup>.

La idea del servicio público de DUGUIT se basa en la solidaridad como valor que estructura a la sociedad. Precisamente para hacerla efectiva se prestan los servicios públicos y se imponen a la Administración deberes prestacionales que cumplir<sup>75</sup>. Los gobernantes no son órganos de una persona colectiva que manda, sino «los gerentes de los negocios de la colectividad»<sup>76</sup>, por lo que «se impone la necesidad de un sistema de derecho público que dé fundamento y sanción a esta obligación positiva»<sup>77</sup>.

Precisamente critica la concepción que tiene ESMEIN del Estado como mero protector de los derechos individuales porque su conce-

<sup>73</sup> L. DUGUIT, *Les transformations...*, cit., p. 56.

<sup>74</sup> L. DUGUIT, *Les transformations...*, cit., p. XIX.

<sup>75</sup> E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, París, 1972.

<sup>76</sup> L. DUGUIT, *Traité...*, cit., II, p. 66.

<sup>77</sup> L. DUGUIT, *Les transformations...*, cit., p. 32.

ción es impotente para limitar el poder del Estado porque nada aporta para «crear la obligación del Estado de realizar prestaciones positivas para el beneficio del individuo [...] pero el individuo no le puede exigir ninguna ventaja. [...] Esmein rechaza formalmente reconocer al individuo el derecho de resistir a la opresión»<sup>78</sup>.

La considerable transformación consistente en dar prioridad al servicio eficiente a la solidaridad social, frente a la idea de poder:

«Esta noción de servicio público no será realidad más que en la medida en que encontremos, en las sociedades modernas, hechos de los que será la síntesis, y que serán como la subestructura de las instituciones positivas dibujadas por la expresión abstracta del servicio público»<sup>79</sup>.

«El poder de dominación existe siempre; pero no es un derecho subjetivo del que el Estado-persona jurídica sea titular; es ante todo una función social. Esta función social, es en el fondo el servicio público; y así M. Hauriou está cerca de reconocer que el servicio público es el único y verdadero fundamento del sistema moderno»<sup>80</sup>.

En opinión de DUGUIT el eje fundamental del Derecho Administrativo está en la protección de los intereses colectivos por medio de la prestación de los servicios públicos: «El servicio público es el fundamento y el límite del poder gubernamental. Por ello mismo mi teoría del Estado se encuentra acabada»<sup>81</sup>.

f) Superación del Estado gendarme por el Estado agente activo.

DUGUIT no cree en el liberalismo económico, ni en la «mano invisible del mercado», sino en una sociedad estructurada por grupos sociales, asociaciones y sindicatos, en un federalismo social dentro de un Estado descentralizado en el que corresponde al Estado el «control y la vigilancia»<sup>82</sup>, conforme a la regla de derecho nacida de la solidaridad o la interdependencia social<sup>83</sup>.

La interdependencia se desarrolla cuando el Estado organiza servicios públicos capaces de asegurar a los ciudadanos las comunicaciones, el transporte, el alumbrado eléctrico, la asistencia sanitaria, la enseñanza, el seguro contra el paro, etc.<sup>84</sup>. El intervencionismo del Estado

<sup>78</sup> L. DUGUIT, *Traité...cit.*, pp. 639-640.

<sup>79</sup> L. DUGUIT, *De la situation des particuliers à l'égard des services publics. A propos de l'arrêt du Conseil d'État*, 21 décembre 1906, Syndicat Croix de Seguey-Tivoli, RDP, 1907, p. 415.

<sup>80</sup> L. DUGUIT, *Les transformations du Droit public*, París, 1913, p. 39.

<sup>81</sup> L. DUGUIT, *Traité*, II, 3.<sup>a</sup> ed., p. 23.

<sup>82</sup> L. DUGUIT, *Le droit social...*, cit., pp. 41-42.

<sup>83</sup> L. DUGUIT, *Le droit social...*, cit., pp. 42-43.

<sup>84</sup> L. DUGUIT, *Les transformations...*, cit., pp. 47-51.

en la vida económica y social es una realidad «inevitable» e «innegable». Pero no resulta imprescindible adjudicar al Estado el único protagonista, porque también la sociedad puede autogestionarse bajo el control y vigilancia estatal:

«Todas las funciones económicas y sociales, que adquieren por el desarrollo del sindicalismo una estructura jurídica definida, pueden así, bajo el control de los gobernantes, dar el impulso y la dirección a la parte del trabajo que les incumbe»<sup>85</sup>.

Es, por tanto, una amplia concepción ideológica la que construye para superar el Estado gendarme y dar paso a otro activo que se compromete socialmente:

«La noción de servicio público fue colocada por Duguit en la base de su teoría general del derecho. No sólo los servicios públicos son, para él, un elemento del Estado, sino que expresan su esencia [...] Duguit enuncia una doctrina política. La actividad del Estado —sobre todo de los gobernantes— carece, en su opinión, de valor cuando no persigue un fin de servicio público»<sup>86</sup>.

g) La responsabilidad de los poderes públicos.

La idea de solidaridad implica la igualdad ante las cargas públicas, por lo que unos no pueden sufrir daños más gravosos que otros. Además, el deber del Estado de asegurar frente al riesgo social y contra todo daño proveniente de su actividad. También la noción de servicio público como sustituto de la de soberanía conduce a establecer la responsabilidad del Estado, frente a la irresponsabilidad que se derivaba de aquélla:

«Incontestablemente, es la mayor extensión dada a la responsabilidad del Estado lo que revela mejor que cualquier otra cosa, la transformación profunda del Estado moderno y la desaparición constante y progresiva de la noción de soberanía [...] Al mismo tiempo que se reduce la noción de soberanía, se amplía por el contrario la noción de la responsabilidad estatal»<sup>87</sup>.

h) El sindicalismo, elemento de integración social.

Su rechazo de la concepción individualista llevó a DUGUIT a entender que el orden social se ha de basar en la fuerza de los grupos y del movimiento sindicalista, como «movimiento de integración social que se extiende a todas las clases», como «movimiento social que consti-

<sup>85</sup> L. DUGUIT, *Le droit social...*, cit., p. 43.

<sup>86</sup> R. PINTO-M. GRAWITZ, *Méthodes des Sciences sociales*, Paris, 1969, pp. 162-163.

<sup>87</sup> L. DUGUIT, *Traité...*, III, p. 426.

tuye incontestablemente el hecho más importante, el más característico de nuestra época, quiero decir el movimiento que se ha convenido en llamar sindicalista»<sup>88</sup>. Frente al temor de la burguesía al movimiento sindical y a su legalización, DUGUIT lo defendió como factor de integración y pacificación social:

«El movimiento sindicalista no es una realidad de la guerra emprendida por el proletariado para aplastar a la burguesía, para conquistar los medios de la producción. No es, como pretenden los teóricos del sindicalismo revolucionario, la clase obrera consciente de sí misma para concentrar en ella el poder y la fortuna y eliminar la clase burguesa. Es un movimiento más amplio, mucho más fecundo, diría mucho más humano. No es un medio de guerra y de división social; creo que es, por el contrario, un potente medio de pacificación y de unión. No es una transformación sólo de la clase obrera; se extiende a todas las clases sociales y busca coordinarlas en haces armónicos»<sup>89</sup>.

Además del sindicalismo, el asociacionismo es otra forma de integración social, en una actitud que tenía enemigos en Francia desde la Revolución y la supresión de cualquier forma de organización social por la Ley CHAPELIER de 14 de junio de 1791<sup>90</sup>, para dejar al individuo sólo como dueño de su destino:

«Sindicatos obreros, sindicatos patronales, asociaciones de las diferentes categorías de funcionarios, federaciones de las diferentes agrupaciones, federaciones de trabajadores intelectuales, asociaciones agrícolas, asociaciones de pequeños comerciantes y de pequeños industriales, sindicatos de capitalistas, todos estos grupos se forman actualmente de una manera puede que desordenada, pero todos tienden consciente o inconscientemente al mismo fin, un fin de integración social»<sup>91</sup>.

DUGUIT reclamó la representación en el Parlamento de las fuerzas sociales, frente a la concepción individualista que la consideraba como un riesgo para el interés general. Sostuvo que tal presencia suponía una

---

<sup>88</sup> L. DUGUIT, *Traité...*, I, pp. 662-663.

<sup>89</sup> L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, París, 1908, p. 120.

<sup>90</sup> Conforme a la exposición de motivos de la Ley Chapelier se dijo: «No existe más que el interés particular de cada individuo y el interés general. A nadie está permitido inspirar a los ciudadanos un interés intermedio, separarlos de la cosa pública por un espíritu de corporación». Según expone A. HAURIU, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, 1979, p. 66, «los filósofos del siglo XVIII y los hombres de la Revolución no aceptan aún todas las libertades: repudian las de asociación y fundación, por considerarlas susceptibles de servir de ayuda para reconstruir un orden social incompatible con el individualismo absoluto».

<sup>91</sup> L. DUGUIT, *Traité...*, cit., p. 510.

mayor representatividad al incorporar a las nuevas fuerzas sociales surgidas con la industrialización:

«...el gran movimiento sindicalista, que se manifiesta en todos los países y particularmente en Francia, prepara para un próximo porvenir, se quiera o no, la representación profesional que será esencialmente sindical»<sup>92</sup>.

«Los hechos serán más fuertes que los hombres. Puede ser que el movimiento sindicalista no esté todavía suficientemente preparado para que se pueda iniciar la empresa de una legislación positiva sobre este punto [...]. Pero, ciertamente, en un porvenir que verán los jóvenes de hoy, se organizará, al lado de una representación proporcional de los partidos, una representación profesional de los intereses, es decir, una representación de las diversas clases sociales organizadas en sindicatos y en federaciones de sindicatos»<sup>93</sup>.

Esta concepción de representación orgánica le llevó a proponer que la representación profesional constituyese una Cámara, que podía ser el Senado, mientras que la Cámara de los diputados fuese elegida por sufragio universal<sup>94</sup>.

## 2.2. *El Derecho Administrativo en el pensamiento de F. FLEINER*

Para FLEINER, las nuevas actitudes ideológicas y los cambios sociales y económicos han dado un nuevo protagonismo a la Administración, lo que exige adecuar el Derecho Administrativo a la nueva actividad económica y a los nuevos modos de gestión. Todo ello ha de contribuir a la propia identidad del Derecho Administrativo y a su menor dependencia del Derecho privado, sin que ello impida la utilización de este último.

Afirma que es la Constitución el instrumento para que el Estado se constituya como persona jurídica y establezca órganos para utilizar su *imperium* o poder de dominación, que le permite «mandar a hombres libres y obligarlos a obedecer a sus mandatos»<sup>95</sup>. El Estado se manifiesta por medio de la Administración, que es «el conjunto de la actividad desplegada por el Estado o por otra persona jurídica de Derecho público, bajo el imperio de su propio orden jurídico, para realizar sus fines de existencia y que no entra en el campo de la legislación ni en el de la jurisdicción»<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> L. DUGUIT, *Traité...*, cit., II, p. 755.

<sup>93</sup> L. DUGUIT, *Le droit social...*, cit., p. 127.

<sup>94</sup> L. DUGUIT, *La représentation syndical au parlement*, RPP, 1911, pp. 28-45.

<sup>95</sup> F. FLEINER, *Les principes généraux de Droit Administratif Allemand*, París, 1933, p. 11.

<sup>96</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 9.

Expone FLEINER el proceso histórico que ha dado lugar a la configuración del Derecho administrativo alemán como un Derecho especial, advirtiéndole de su distinto origen respecto al Derecho Administrativo francés, por cuanto «no ha surgido de una crisis profunda del Estado y de la sociedad, sino de un lento proceso de transformación que se ha desarrollado en los territorios particulares»<sup>97</sup>. Desde el Estado patrimonial de la Edad Media, se evoluciona al Estado de policía de la reforma protestante y al absolutismo<sup>98</sup>. La propia configuración del Estado de Derecho fue distinta en cuanto se mantuvo el poder legislativo en los príncipes y la doctrina del Fisco reconocerá que al Estado, persona jurídica única, se puede aplicar el Derecho Público y el Privado. Ese último irá perdiendo papel en la medida en que se incrementaba el protagonismo de la Administración y su actuación como poder al margen de la situación de igualdad propia del Derecho Privado. De tal modo que «el Derecho público ha nacido como un Derecho especial para las relaciones que se refieren a la Administración en las que el Derecho privado no constituye el Derecho adecuado»<sup>99</sup>, o como el que regula «las relaciones jurídicas de dominación entre el Estado y los ciudadanos»<sup>100</sup>.

Corresponde al Derecho Administrativo «regular las relaciones jurídicas que nacen entre el Estado administrador (u otra persona pública encargada de la gestión de una administración pública) y sus súbditos (individuos o grupos)», puesto que «todo orden jurídico tiene como misión delimitar los derechos y las obligaciones de los sujetos de derecho en relación unos con otros»<sup>101</sup>.

Acepta FLEINER la supremacía del Derecho Privado sobre el Administrativo, por su mayor solidez material, formal y sistemática «en la codificación integral contenida en el Código civil alemán y, además, en la posición central que ocupa la jurisdicción civil y en la formación principalmente civilista de una gran parte de los juristas alemanes que está ligada a ella»<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., pp. 24-25.

<sup>98</sup> Respecto al origen divino del poder en que se funda el absolutismo, A. HAURIUO, *Derecho...*, cit., pp. 124-129: La doctrina del origen divino del poder [...] ha tenido dos formas sucesivas: la doctrina del derecho divino sobrenatural y la doctrina del derecho divino providencial. La doctrina del derecho divino sobrenatural fue defendida especialmente por BOSSUET [...]. La doctrina del derecho divino providencial, sostenida por Joseph de MAISTRE y BONALD».

<sup>99</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 32.

<sup>100</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 36.

<sup>101</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 35.

<sup>102</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 33.

Ahora bien, al no tratarse de un sistema dotado de la misma «unidad de estilo» del francés, determina que el Derecho Administrativo alemán alcance a todas las normas que regulan la actividad de las Administraciones públicas, sean de Derecho Público o de Derecho Privado<sup>103</sup>. Además, existen formas e instituciones comunes a ambos derechos, y su origen no las caracteriza para siempre en uno de los ámbitos, porque pueden adaptarse a las necesidades de su utilización por los poderes públicos, ya que ambos Derechos «se completan y penetran mutuamente»<sup>104</sup>. Por ello, el Derecho Administrativo debe comprender, en sentido estricto, las «disposiciones de Derecho Público cuya reunión constituye un Derecho especial de la Administración pública. De otra manera, Derecho Administrativo es el Derecho público establecido para las necesidades de la Administración pública»<sup>105</sup>.

Precisamente el elemento de poder o dominación propio del Estado y de su agente la Administración, como *potentior persona*, es el que define la naturaleza de las relaciones jurídicas que establece y el determinante del orden jurídico, público o privado, aplicable<sup>106</sup>.

Tras la Primera Guerra Mundial se incrementó la intervención del Estado en la vida económica y social. Si inicialmente se utilizó el servicio público, posteriormente se ha acudido a nuevas formas para intentar lograr una mayor eficacia y eficiencia, reducir la burocratización y los controles. Ello ha llevado a las Administraciones a utilizar formas de gestión privada por «la superioridad de los principios de la economía privada en la gestión de las grandes empresas económicas; las formas estrictas de Administración pública se mostraron demasiado pesadas para dar facilidades puramente económicas». Esta situación lleva a diferenciar entre la Administración de autoridad (*Hoheitsverwaltung*) y la administración económica o de empresas (*Betriebsverwaltung*).

El supuesto paradigmático es la empresa pública «organizada jurídicamente o simplemente técnicamente en establecimientos públicos independientes o no independientes respecto de la organización administrativa general, con el objeto de poder ser llevada de acuerdo con los principios distintos de los que se aplican a la Administración Pública, como una empresa comercial particular»<sup>107</sup>. También se ha acudido a utilizar el Derecho Mercantil para la creación de sociedades cuyo capital social es de titularidad pública. FLEINER considera que «el Derecho

---

<sup>103</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 44.

<sup>104</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 45.

<sup>105</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 44.

<sup>106</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 38.

<sup>107</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 81.

Privado ha ayudado a la Administración Pública a extender el ámbito de su poder de una manera casi imposible de apreciar»<sup>108</sup>.

El intervencionismo económico demuestra «que el Estado quiere que ciertas ramas importantes de la vida económica sean reguladas a determinados efectos en interés público, que confía esta reglamentación a grupos y órganos representativos (cuerpos de administración autónoma) que proceden del ámbito de la economía industrial. El Estado se reserva el control supremo»<sup>109</sup>.

### 3. El Estado Social de Derecho

#### 3.1. *El Estado Social y sus implicaciones*

Según GARCÍA PELAYO<sup>110</sup> fue VON STEIN el precursor de la idea del Estado Social, partiendo de supuestos hegelianos y de la distinción entre el Estado y la sociedad, afirmó que las formas políticas del futuro serían la democracia social o la monarquía social. Para superar la tendencia de la sociedad a la dependencia, la servidumbre y la miseria física y moral, situación que es contradictoria con la idea y principio del Estado, con sus intereses y su estabilidad. A la construcción de la idea del Estado social también contribuyó el pensamiento socialdemócrata clásico, para el que el Estado, que ha sido y es un instrumento de dominación de clases, puede mejorar las condiciones de vida de los trabajadores. La formulación de la idea del Estado Social de Derecho se debe a HERMANN HELLER<sup>111</sup>, quien, ante la crisis de la democracia y del Estado de Derecho, sostuvo que la solución estaba en introducir en aquél el «momento social»:

«La solución no está en renunciar al Estado de Derecho, sino en dar a éste un contenido económico y social, realizar dentro de su marco un nuevo orden laboral y de distribución de bienes: sólo el Estado Social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a la anarquía económica y frente a la dictadura fascista y, por tanto, sólo él puede ser la vía política para salvar los valores de la civilización»<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 84.

<sup>109</sup> F. FLEINER, *Les principes...*, cit., p. 86.

<sup>110</sup> L. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, 1985, pp. 18 y ss.

<sup>111</sup> H. HELLER, *Teoría del Estado*, México, 1942.

<sup>112</sup> L. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones...*, cit., p. 17.

La idea del Estado social fue constitucionalizada en 1949 por la Ley Fundamental de Bonn. La Constitución Española de 1978 establece en su artículo 1 que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho». El Estado Social es la forma estatal que se corresponde históricamente con la etapa del neocapitalismo o capitalismo tardío que se desenvuelve en Europa tras la Segunda Guerra Mundial. El neocapitalismo aceptó la idea y la praxis del Estado social, en cuanto le proporcionó un marco social estable, un desarrollo económico y un bienestar social que suprime las tentaciones de alterar el sistema y en el que el consumo le genera beneficios, mientras que en otros las dialécticas de ambos términos pueden entrar en tensión. La libertad del mercado es limitada y controlada para evitar las disfunciones económicas y sociales, por lo que se le denomina «economía social de mercado».

El Estado social significa, históricamente, la adaptación del Estado tradicional a las condiciones sociales de la civilización industrial. Los valores básicos del Estado democrático liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. Los derechos individuales se complementan con los derechos sociales, que los harán posibles realmente, en cuanto «pretensiones del ciudadano frente al Estado en el ámbito económico social»<sup>113</sup>.

El Estado social no sólo no niega los valores y derechos citados, sino que pretende hacerlos más efectivos, dándoles una base y un contenido material, partiendo de que individuo y sociedad son dos términos en implicación recíproca, de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro. Se trata de establecer un Estado material de Derecho, cuyo concepto

«no se refiere a la forma, sino al contenido de la relación Estado-ciudadano, bajo la inspiración de criterios materiales de justicia; no gira necesariamente en torno a la legalidad, sino que entiende que ésta ha de sustentarse en la legitimidad, en una idea del Derecho expresión de los valores jurídico-políticos vigentes en una época»<sup>114</sup>.

Históricamente se ha producido tanto por una coerción de la sociedad por parte del Estado, como una coerción del Estado por la socie-

---

<sup>113</sup> P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho...*, cit., p. 192. Para C. SCHMITT, *Teoría...*, cit., p. 196, «tales derechos presuponen una organización estatal a la que se incorpore el individuo titular del derecho. Con eso, su derecho se relativiza ya. Es condicionado, y ciertamente, por una organización que incluye al individuo, le asigna su puesto, mide y racionaliza su pretensión».

<sup>114</sup> M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones...*, cit., p. 54.

dad. Desde el punto de vista estatal, en los años anteriores a la Segunda Guerra Mundial, el Estado liberal entendió que para subsistir debía intervenir en los aspectos económicos y sociales y añadir a sus objetivos los de la regulación del sistema social. Por su parte, la sociedad ejercía una acción coercitiva sobre el Estado por haber perdido su capacidad de autorregulación, y buscaba en el marco estatal la acción reguladora de la que carecía. Todo ello marca una tendencia a la *estatización* de la sociedad, pero también con una tendencia a la socialización del Estado y, por tanto, a la difuminación de límites entre ambos. Estado y sociedad son dos sistemas imbricados a través de redes y nexos complejos, con factores reguladores que escapan de los respectivos sistemas y con un conjunto de subsistemas. Tanto el sistema estatal como el sistema social hay que considerarlos desde la perspectiva de un sistema más amplio en el que cada uno de los términos sirve a finalidades complementarias y posee cualidades y principios estructurales igualmente complementarios.

La política social sectorial del último tercio del siglo XIX se transforma en política social generalizada, programada, integrada y sistemática. El *Rapport Beveridge* que inicia el nacimiento del sistema en el Reino Unido pretender realizar «una ofensiva contra cinco males colosales: contra la necesidad física [...], contra la enfermedad, que es a menudo el origen de la necesidad y acarrea muchos otros males; contra la ignorancia, que ninguna democracia debe tolerar entre sus ciudadanos; contra la miseria [...]; y contra la ociosidad, que destruye la riqueza y corrompe a los hombres». Se trata, también, de coronar los esfuerzos y sufrimientos de la guerra contra el mal que representaba el nazismo, porque, tanto «en la paz como en la guerra, no se gobierna para la gloria de los que dirigen ni de las razas, sino para la dicha del hombre ordinario [...] El fin de la victoria es vivir en un mundo mejor que el antiguo»<sup>115</sup>.

Otro tanto sucede en el campo económico, donde de las medidas subsidiarias correctivas de los malos efectos o de las deficiencias transitorias de un sistema considerado en general como autorregulado, se pasa a una política estatal de dirección permanente y programada del sistema económico, sin perjuicio del poder de decisión de las empresas privadas. El Estado puede promover el cambio, dentro de ciertos lími-

---

<sup>115</sup> W. BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services*, Londres, 1942, pp. 170-171. Fue teorizado por T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, 1950, para quien la dimensión social de la ciudadanía consiste en el «derecho de participar plenamente en la herencia común y vivir de un ser civilizado conforme a las normas que prevalecen en la sociedad».

tes, de la estructura misma del sistema económico y convertirse en uno de sus principales agentes.

Frente a la idea del orden social liberal, dotado de una racionalidad inmanente, el Estado social entiende que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la irracionalidad y que sólo la acción del Estado puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado. Por consiguiente, el Estado ha de ser el regulador decisivo del sistema social y ha de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad a través de medidas directas o indirectas. Como ha expuesto ELÍAS DÍAZ:

«El calificativo social quiere así hacer referencia [...] a la corrección del individualismo clásico liberal, a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social. [...] En concreto son dos los puntos de vista del liberalismo que precisan someterse a una mayor crítica y revisión: el individualismo y el abstencionismo estatal. Frente a ello, lo que se propugna en el Estado Social de Derecho es un Estado decididamente intervencionista, un Estado activo, un Estado [...] dotado de un ejecutivo fuerte»<sup>116</sup>.

Según FORSTHOFF, el hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones, de bienes y servicios materiales e inmateriales, de unas posibilidades de existencia designadas como espacio vital. En este espacio hay un *espacio vital dominado*<sup>117</sup>, que el individuo puede controlar y estructurar por sí mismo, y un *espacio vital efectivo*<sup>118</sup>, donde el individuo desarrolla fácticamente su existencia constituido por el conjunto de cosas y posibilidades de las que se sirve, pero sobre las que no tiene control o señorío. Conforme la sociedad se ha hecho más compleja, el individuo ha perdido el control de la estructura y medios de su propia existencia y

<sup>116</sup> E. DÍAZ, *Estado...*, cit., pp. 96-97.

<sup>117</sup> FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 25, el espacio dominado está constituido por «aquel que está asociado al hombre de un modo tan intenso que le es lícito considerarlo como de su pertenencia exclusiva, como su propiedad, estimándose a sí mismo como su señor o dueño. Se trata de la granja, de las fincas que le pertenecen, de la casa en que vive».

<sup>118</sup> FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 25: «es aquél en el que la vida, más allá del ámbito dominado, se cumple efectivamente. Ahora bien, el desarrollo técnico industrial de los siglos XIX y XX ha traído consigo el que se haya incrementado extraordinariamente a causa del perfeccionamiento de los modernos medios de comunicación, el espacio vital efectivo, que todavía se encuentra en fase de crecimiento, mientras que el espacio vital dominado se ha reducido fuertemente hasta desaparecer por completo de algunos sectores. La casa fue sustituida por el piso, por el cuarto amueblado, por la habitación para dormir. La reducción del espacio vital dominado, que llega a la minimización, caracteriza el modo de vida del medio urbano, principalmente el de la gran ciudad».

siente necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que se carece de poder de ordenación y disposición directa. Esta situación le produce la *menesterosidad social*<sup>119</sup>, es decir, la inestabilidad de la existencia. Para atajar esta situación el Estado tiene la responsabilidad de proporcionar la *procura existencial*<sup>120</sup> a sus ciudadanos. Según la tesis de HUBER, la política estatal para la existencia debe consistir en garantizar las condiciones de libertad del individuo en la sociedad de nuestro tiempo, y no en anularla mediante un sistema perfecto de protección estatal.

Una mínima satisfacción de las condiciones de existencia es necesaria para acrecer la legitimidad y el consenso en el sistema cuyos beneficiarios principales son, sin duda, los estratos superiores. El Estado social ha reducido la intensidad de la lucha de clases y de la energía revolucionaria de los partidos obreros y, consecuentemente, la conversión de tal lucha, de una oposición generalizada y politizada de ámbito nacional, en una oposición limitada al ámbito de las empresas o sectores industriales, sin poner en riesgo el sistema. Por otra parte, el ideal del pleno empleo y la expansión de las prestaciones sociales y de los servicios públicos son condición para el desarrollo económico general y para la reproducción del sistema económico en su configuración actual.

Lo que caracteriza cualitativamente al Estado Social no es tanto una política de nacionalización de los medios de producción, cuanto una más justa distribución de lo producido llevada a cabo por la adecuada utilización para tal fin de la potestad fiscal y de la prestación de servicios de *procura existencial*:

«En esta nueva perspectiva, los derechos o libertades no constituyen ya para los individuos unos poderes de actuar, sino las facultades de re-

---

<sup>119</sup> FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 26, entiende por menesterosidad social (*soziale berdürftigkeit*) «la situación en que se encuentra aquél que tiene que procurarse los abastecimientos vitales necesarios deseados, necesarios o que rebasan la medida de lo estrictamente necesario, no mediante la utilización de sus cosas propias, sino por medio de la apropiación».

<sup>120</sup> FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 12: «Lo decisivo (para su determinación) sólo puede consistir en el hecho de que se trata de prestaciones de la Administración que, por su naturaleza, sean ofrecidas a la generalidad, de tal modo que sea lícito suponer que también deben ser accesibles a cualquiera que cumpla las condiciones del supuesto de hecho normativo». Las funciones del Estado buscarán «una regulación justa, socialmente adecuada a las oportunidades de apropiación», que concreta en: «1. La garantía de una relación de salarios y precios, lo que supone el derecho al trabajo y a una remuneración equitativa del mismo. 2. La regulación de la demanda, de la producción y del consumo. 3. La aportación de prestaciones de las cuales depende, de un modo perentorio, el hombre incardinado en las formas modernas de la vida propia de la sociedad de masas» (p. 27).

clamar determinadas prestaciones de parte del Estado: instrucción, trabajo, asistencia, etc... [...] los derechos económicos y sociales, los *derechos prestacionales*, implican una acción positiva del Estado, el cual, a partir de entonces, se convierte en el principal actor jurídico de los nuevos derechos y libertades. Pero debemos recordar que el Estado recibe en este caso más bien invitaciones que órdenes. La violación de los *derechos prestacionales* es mucho más difícil de comprobar que la de las libertades individuales clásicas»<sup>121</sup>.

El Estado social es la forma histórica superior de la función distribuidora del Estado. Si consideramos la amplitud de los recursos destinados a tal función y la complejidad del proceso organizativo y técnico destinado a hacerla efectiva, podemos considerar al Estado Social como un sistema de distribución y redistribución del producto social, que afecta a la totalidad de la economía nacional, a las políticas de cualquier especie y a los intereses de todas las categorías y estratos sociales. El notable incremento del poder estatal exige sistemas adecuados para su control:

«cuanto más intensamente la vida económica se convierte en ámbito de ordenación pública, cuanto más estrechos se hacen los lazos y conexiones entre el interés y los titulares de la soberanía, tanto más importa que la soberanía continúe siendo soberanía, capaz de asumir y cancelar la contraposición de los intereses particulares. En esa capacidad radica la prueba de validez de toda constitución económica de la que, en rigor, no debería hablarse allí donde falta una acción disciplinadora de la soberanía...»<sup>122</sup>.

El modelo de Estado social de origen británico fue superado por las políticas socialdemócratas de protección social de los países escandinavos durante los años setenta. La lucha contra la pobreza que había caracterizado las políticas anteriores, una vez superada debía dar lugar a una superación de las desigualdades sociales proporcionado a los ciudadanos las condiciones para superar las situaciones de desigualdad.

### 3.2. El Estado social y la *procura existencial* según E. FORSTHOFF

FORSTHOFF expone la evolución histórica de la relación de la Administración con el orden social, que en el Estado absoluto se manifiesta en el *ius eminens* y en sus intervenciones limitadas o no conformadoras como la expropiación de terrenos, o conformadoras, como la coloniza-

---

<sup>121</sup> A. HAURIOU, *Derecho...*, cit., p. 211.

<sup>122</sup> FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 31.

ción interior<sup>123</sup>. En el Estado liberal de Derecho, el Estado debe ser gendarme y protector de los derechos fundamentales de la burguesía, y garantizar la libertad de mercado, sin una intervención conformadora del orden social.

La crisis del Estado liberal de Derecho se acentuó tras la Primera Guerra Mundial cuando los gobiernos han de hacer frente a los problemas sociales generados por la economía de mercado burguesa, la industrialización, la emigración y concentración urbana y la graves tensiones sociales y políticas que produce la proletarización de partes importantes de la sociedad. Los movimientos políticos revolucionarios que pregonaban la lucha de clases y la conquista del poder por el proletariado, la creciente fuerza de las organizaciones sindicales y hasta la concienciación que se produce desde la doctrina social católica, suscitan una reacción que pone en la idea de justicia social el objetivo de la acción de los poderes públicos. Ya no se trataba de garantizar los derechos de la libertad burguesa, sino más bien de conseguir que esa libertad sea real para todos desde un orden social justo.

La Constitución alemana de Weimar, posterior a la Gran Guerra de 1914, recogió la estructura fundamental del Estado liberal de Derecho y los derechos fundamentales tradicionales, pero añadió el principio de justicia social que posibilitaba que los poderes públicos realizaran acciones de conformación social que, necesariamente, limitaban la autonomía del orden social y el *laissez faire* de la economía de mercado liberal<sup>124</sup>. En opinión de FORSTHOFF:

«se trataba de una fórmula de propaganda [...] que carecía de todo contenido concreto y a la que no se puede someter a interpretación; por consiguiente, no tenía relevancia jurídica alguna. Era ciertamente justo y necesario que el Estado otorgara protección a aquellos grupos en la miseria y no podían salir de ella por sí mismos. El Estado es Estado social en el sentido de deber intervenir en la vida económica con pequeñas correcciones para evitar su destrucción; pero esto no es algo nuevo,

---

<sup>123</sup> FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 101.

<sup>124</sup> W. ABENDROTH, E. FORSTHOFF, K. DOEHRING, *El Estado Social*, Madrid, 1986, pp. 17-18: «posee todo un complejo normativo de reglas de carácter social [...] incluye de un modo muy consciente [...] la idea central de 1918 en el sentido de que había que socializar la gran industria [...] y recogió en el artículo 165 la idea del soviét en forma de autogestión y de participación de los trabajadores en la dirección de la fábrica. De este modo esta Constitución positivó aquellas concepciones jurídicas sustanciales que había expresadas con la vieja fórmula del «Estado de Derecho democrático y social», nacida de la Revolución Francesa de 1848. En las controversias posteriores [...] esta positivación jurídica del contenido material de una fórmula que fue originariamente política, se utilizó en el debate jurídico para transformarlas en norma jurídica fundamental».

sino que existía desde el Mensaje imperial de 1881. Esta idea tenía que ser profundizada ya que ahora los refugiados y, por supuesto, aquellos funcionarios que hubieran sido separados de sus cargos tenían que ser indemnizados. En todo lo demás, la fórmula del Estado social de Derecho no significaría jurídicamente nada; por consiguiente, no vincula al legislador, a él y sólo a él incumbe determinar el modo de establecer la indemnización solicitada al poder público, según las exigencias cambiantes de cada día, y sin que la legislación le imponga aquí comportamiento alguno»<sup>125</sup>.

Los cambios en las relaciones del Estado con el orden social los realizan de modo disperso y sin conexión sistemática los Gobiernos y la Administración económica, utilizando diversas técnicas, como el incremento de las autorizaciones y aprobaciones, intervenciones para asegurar la integridad del orden social. La intervención conformadora afecta a los negocios jurídicos considerados hasta entonces espacios de la autonomía de la voluntad, como las relaciones y los conflictos laborales, o para evitar el abuso de posiciones económicas; así como intervenciones directas en materia de reglamentación del empleo o la prestación de servicios sanitarios y de seguridad social, etc., construcción de viviendas y escuelas, etc.<sup>126</sup>.

Desde una Administración neutra, garante de los derechos de libertad y propiedad y del orden liberal, se pasará a una Administración configuradora, intervencionista, prestadora de servicios a los ciudadanos, en la que se amplían las relaciones jurídicas con aquéllos haciéndolos partícipes, que se inspira en la consecución de un orden social más justo en el que se garanticen la libertad, la justicia y la igualdad<sup>127</sup>. El principio de legalidad formal se sustituye por la legalidad material y por la acomodación de la actividad a los principios rectores del orden social y económico, de modo que se establezca lo que FORSTHOFF denomina «procura existencial» (*Daseinvorsorge*).

Todo ello se va a intentar en el Estado Social de Derecho, que reúne las siguientes características:

- a) Se mantiene el principio de separación de poderes, ampliándose el control de legalidad de las actividades de la Administración.

<sup>125</sup> ABENDROTH, FORSTHOFF, DOEHRING, *El Estado...*, cit., pp. 29-30.

<sup>126</sup> FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., pp. 102-104.

<sup>127</sup> J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988. R. GARCÍA MACHO, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, 1982. A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, 1980. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, I, Madrid, 1988. L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1988.

La separación del Legislativo respecto del Ejecutivo se reduce en relación con la existencia de mayorías y de dirección partidista de aquél desde el Gobierno.

- b) Se trata de garantizar el Estado formal de Derecho con el sometimiento de la actividad administrativa al principio de legalidad.
- c) Se establece el Estado material de Derecho, en cuanto que los órganos del Estado deben procurar que los intereses objetivamente superiores prevalezcan sobre los inferiores, así como asegurar la igualdad personal y material y la seguridad vital y jurídica.
- d) El objetivo del Estado social de Derecho rebasa el de la mera garantía de la igualdad, seguridad jurídica y protección de la libertad y de la propiedad concebidas por la ley, aspirando a una transformación del orden social existente, procurando superar la desigualdad social y económica de sus miembros, establecer la igualdad de oportunidades y crear una sociedad democrática avanzada basada en la participación.

La separación entre el Estado y la Sociedad del orden liberal burgués, que condujo a una situación social injusta, insolidaria y degradante de la dignidad de muchas personas, será superada por la presión social y por la concienciación de la necesidad de hacerlo. Como reconoció FORSTHOFF:

«cuando [...] el orden social no es para el Estado un dato, sino cometido y objeto de la conformación, la situación es completamente distinta. En este caso, en efecto, el presupuesto de la acción estatal es que la situación social tiene que ser mejorada, que no puede ser considerada como fundamentalmente justa. Esta presunción sólo puede alcanzar realidad cuando existe un canon, un ideal social, una representación de lo que es una conformación justa de la existencia. Mucho menos puede pensarse tampoco, por eso, una actividad estatal dirigida al mejoramiento de la situación social, sin la existencia anterior de una idea concreta de lo que es el orden social adecuado y justo»<sup>128</sup>.

Este nuevo modelo de relación Estado-Sociedad ha dado lugar a «un estado de imperceptible ósmosis entre el Estado y la Sociedad industrial que comienza con las vinculaciones entre los partidos y los sindicatos y termina en la estrecha comunicación entre las fuerzas sociales y los Ministerios y Gobierno»<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> FORSTHOFF. *Tratado...*, cit., p. 109.

<sup>129</sup> FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 18.

La participación en los bienes y en la procura existencial constituye «una especie de sucedáneo de aquellas sobrepasadas seguridades que encerraban en sí los derechos fundamentales»<sup>130</sup> y supone «una restricción de la autonomía privada del negocio jurídico»<sup>131</sup>. La Administración pública subviene a la menesterosidad social y cubre el campo que deja libre la autonomía privada. Siempre queda un margen al juego de la autonomía privada, incluso dentro de esta ordenación jurídico-pública, por lo cual no es obligatorio ni aceptar ni participar y se puede rechazar la oportunidad de servirse de esas prestaciones que están incluidas en la procura existencial de carácter público<sup>132</sup>.

Se plantea FORSTHOFF si la responsabilidad de garantizar la procura existencial es o no exclusiva del Estado, admitiendo transformar su responsabilidad directa en subsidiaria:

«en el sentido de que el Estado se limite a una inspección o control de los sujetos o titulares infraestatales en cuanto a la prestación realizada en forma comunitaria. Pero incluso en este caso sería imprescindible una normativa estatal que habría de fijar, con carácter unitario, los principios generales de la regulación de las relaciones de prestación para poner ciertos límites necesarios a la autonomía de los titulares o sujetos aportadores de la prestación, para garantizar, dentro de un cierto marco, para la totalidad del Estado la unidad jurídica y para satisfacer los restantes intereses trascendentes del Estado»<sup>133</sup>.

La consecución de la procura existencial implica para FORSTHOFF transformar la dogmática del Derecho Administrativo del Estado liberal de Derecho, que se fundamentó en el «enfrentamiento de una esfera de libertad individual, por principio ilimitada, con una esfera del obrar estatal, por principio limitada»<sup>134</sup>. Se trataba de garantizar la libertad individual y la autonomía social por el principio de legalidad formal de la actividad administrativa, sin tomar en consideración la realidad de las personas en la sociedad y si, efectivamente, se hallaban en condiciones de ejercer su libertad por disponer de unas mínimas condiciones de vida como tales personas. Frente a tal actitud, «en el siglo xx lo primero que procede es percatarse de cómo y en qué condiciones desarrollan los hombres su simple y natural existencia para preguntarse

---

<sup>130</sup> FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 116-117.

<sup>131</sup> FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 42.

<sup>132</sup> FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 36.

<sup>133</sup> FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 43.

<sup>134</sup> FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 42.

después lo que los hombres con esa existencia hacen, cuáles son sus exigencias de libertad, orden, bienestar, etc.»<sup>135</sup>.

Tras el cambio del proceso, el Estado Social de Derecho exige cambiar la dogmática del Derecho Administrativo por otra «vinculada a la realidad»<sup>136</sup>, que valore las actividades administrativas y las relaciones jurídicas que se producen entre la Administración y los ciudadanos:

«el contacto del individuo con el Estado no se actualiza ya en actos singulares, como por ejemplo, una disposición de policía o un permiso aislado, sino que es una situación permanente. Con ello los puntos de vista se desplazan fundamentalmente. Lo esencial para el individuo no es ya hacer valer su derecho en los casos concretos en que éste se le niega, sino hacer que esta situación permanente se desenvuelva sin rozamientos y de la manera más ventajosa para ella. Cuanto más poderoso socialmente es el individuo tantas más posibilidades se le ofrecen para ello, posibilidades que no consisten en la utilización de medios jurídicos, sino en la solución de conflictos por medio de negociaciones. Se llega aquí a acuerdos según el principio *do ut des*, pues la Administración tiene también interés en ellos, ya que cuanto más interviene en la vida social, tanto más precisa de una cooperación de los factores sociales»<sup>137</sup>.

El nuevo papel del Estado y de la Administración, garantes y suministradores de la procura existencial, dieron lugar a una Administración prestadora de servicios a los ciudadanos e intervencionista sobre sus actuaciones, que actúa dentro del Estado de Derecho. Tal cambio tenía que influir en la sistemática y en las técnicas del Derecho administrativo alemán, rompiendo la simetría de la construcción del Estado de Derecho liberal que, según MAYER, se apoyaba en la legalidad formal, la distinción entre norma general y mandato individual, relación entre Estado y particular limitada a la garantía de la libertad y a la propiedad, y paralelismo entre fin público y actividad jurídica pública, fin privado y régimen jurídico privado.

La actividad de la Administración utiliza tanto la intervención directa con formas jurídico públicas como con las de Derecho Privado, sin perder su condición, porque

«al traspasar, pues, la Administración la frontera de la acepción tradicional, sirviéndose de las formas jurídicas del Derecho Privado, no cesa por ello de ser Administración pública, sino que lo único que hace es extraer las consecuencias implícitas en el hecho de que el ámbito de

<sup>135</sup> FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 41.

<sup>136</sup> FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., pp. 28-29.

<sup>137</sup> FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., p. 34.

las funciones administrativas se ha ampliado esencialmente y ha abandonado los tipos de sus formas tradicionales»<sup>138</sup>.

El nuevo reto es poder atender, simultáneamente, las prestaciones del Estado social, la tecnificación de la sociedad y las garantías del Estado de Derecho, con la nueva sistematización jurídica del Estado Social de Derecho.

#### 4. El Estado Social y Democrático de Derecho

El sintagma Estado Social y Democrático de Derecho definió al Estado Federal alemán de la Ley Fundamental de Bonn (Arts. 20 y 28)<sup>139</sup>, de donde pasó al artículo 1 de la Constitución española de 1978. Refleja la nueva concepción socialdemócrata europea del papel del Estado como configurador de la vida social, cuyos precedentes hay que referirlos a la Revolución de París de 1848<sup>140</sup>.

Si el Estado Social de Derecho trató de superar las injusticias del Estado liberal de Derecho, el Estado Social y Democrático de Derecho entiende que la democracia no es sólo política sino también social, que está perfeccionando a aquélla, haciendo que la democracia política sea democracia real desde la igualdad de oportunidades sociales que proporciona la acción estatal. El Estado social y democrático asume los valores básicos del Estado democrático liberal (la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos por el sufragio), pero les aporta un nuevo significado y los complementa con otros criterios axiológico-políticos. En realidad, nin-

<sup>138</sup> FORSTHOFF, *Tratado...*, cit., pp. 113-114.

<sup>139</sup> Dispone su artículo 20: «La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social». Según el artículo 28 «el orden constitucional de los Länder deberá ajustarse a los principios básicos del Estado de Derecho, republicano, democrático y social de la Ley Fundamental».

<sup>140</sup> ABENDROTH, FORSTHOFF, DOEHRING, *El Estado...*, cit., pp. 15-16: «La fórmula de Estado de Derecho democrático y social, tal y como entonces apareció en las publicaciones de LOUIS BLANC, tenía un contenido concreto. Iba referida al derecho al trabajo que entonces fue configurado como un derecho fundamental. Esto se explicaba porque la revolución de 1848 fue consecuencia de una grave crisis económica con un paro masivo. A la vez apuntaba al mandato que confería el Estado democrático para que creara por sí centros de producción que fuesen administrados por los trabajadores empleados en ellos con la fórmula cooperativa y en concurrencia con el capitalismo privado de la primera época. Este conjunto de ideas fue vinculado entonces por LOUIS BLANC a la fórmula del Estado de Derecho Democrático y Social tomándola de OWEN, que la había acuñado en los años treinta en los momentos iniciales del movimiento obrerista inglés».

guno de estos valores ha tenido una significación unívoca y permanente a lo largo de la historia, sino, todo lo más, una coincidencia en una idea básica susceptible de distintas configuraciones. Además, pretende hacerlos efectivos dándoles una base y un contenido material partiendo del supuesto de que individuo y sociedad son dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro.

Si por Estado social entendemos un concepto distinto frente a otras estructuras estatales, hemos de considerarlo como un sistema democráticamente articulado. Sólo mediante la vía democrática la tendencia a la estatización de la sociedad puede ser neutralizada por un proceso de socialización del Estado, de modo que el Estado social, en su genuino sentido, es contradictorio con el régimen autoritario. Sólo el régimen democrático está en condiciones de servir a la vez a los valores políticos, económicos y funcionales de una sociedad desarrollada y sólo sobre el régimen democrático puede construirse un verdadero y eficaz Estado social.

Así pues, el Estado social tiene como supuesto la democracia política. Se caracteriza, además, por pretender la instauración de la democracia social, cuyas formas capitales son la democracia económica y la democracia empresarial. Se trata de una democracia más compleja que la democracia política clásica, no sólo por el mayor número de sus actores, sino también por la pluralidad de los sectores a los que se extiende y por la cantidad y heterogeneidad de los problemas que ha de abordar. Pero precisamente esta complejidad la hace más adecuada a las condiciones de la sociedad industrial y postindustrial. Como ha señalado ABENDROTH:

«Esta es la situación en la que hoy nos encontramos. Ciertamente, la fórmula del Estado social juega hoy todavía un papel en la agitación de los partidos políticos y ocasionalmente también en la discusión jurídica. Pero es interesante comprobar que, al igual que en FORSTHOFF, la fórmula del Estado Social y del Estado Social de Derecho ha perdido toda conexión con la fórmula del Estado de Derecho democrático y Social. La Ley Fundamental, por el contrario, unió estos aspectos de modo muy consciente para expresar que la noción del Estado Social no sólo encierra exigencias concretas del particular frente al poder público, sino que tiene sentido pleno cuando pone de manifiesto que una democracia sólo puede funcionar si ésta se extiende a la sociedad y ofrece a todas las clases sociales las mismas oportunidades en el proceso económico»<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> ABENDROTH, FORSTHOFF, DOEHRING, *El Estado...*, cit., p. 30.

La participación democrática de los ciudadanos y su protagonismo en todos los ámbitos políticos y sociales, alcanza también a la Administración y a considerar que el interés público no es exclusivo de la actividad administrativa. La sociedad organizada también busca satisfacer intereses colectivos que forman parte del interés público general. Este concepto justifica la participación en el asesoramiento y toma de decisiones, la dotación de legitimación o de medios que en otras épocas eran exclusivos de los poderes públicos.

En el Estado Social y Democrático de Derecho los derechos fundamentales que el mismo reconoce suponen un nuevo paradigma, al que han de servir los poderes públicos. Se configuran, como reconoce la Constitución española de 1978, como «valores superiores del ordenamiento jurídico» (art. 1)<sup>142</sup>, por cuanto «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1). Como expuso PÉREZ LUÑO:

«la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad: corolario de la componente social y colectiva de la vida humana Estado social de Derecho<sup>143</sup>.

Los derechos y libertades fundamentales constituyen un límite a la actividad del Estado en la concepción del Estado liberal de Derecho, «en el que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual»<sup>144</sup>. Sin embargo, en el Estado Social de Derecho constituyen «un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los Poderes Públicos»<sup>145</sup>, que le obligan a hacerlos eficaces

---

<sup>142</sup> M. GARCÍA PELAYO, *La crisis...*, cit., p. 64, «Estado Social de Derecho significa un Estado sujeto a la ley legítimamente establecida con arreglo al texto y a la praxis constitucionales con indiferencia de su carácter formal o material, abstracto o concreto, constitutivo o activo, y la cual, en todo caso, no puede colidir con los preceptos sociales establecidos por la Constitución o reconocidos por la praxis constitucional como normativización de unos valores por y para los cuales se constituye el Estado Social y que, por tanto, fundamentan su legalidad».

<sup>143</sup> PÉREZ LUÑO, *Derechos Fundamentales*, Madrid, 1984, p. 20.

<sup>144</sup> E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo*, Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1981, p. 11.

<sup>145</sup> PÉREZ LUÑO, *Derechos...* cit., p. 20.

como valores objetivos básicos, a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y a «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», según dispone el artículo 9.2 CE. Como expuso B. HECK:

«El Estado debe crear las condiciones óptimas y, en la medida de sus posibilidades, también la sociedad, que garanticen y regulen la libertad; esto es, que realicen tanto comunitaria como personalmente en permanente concurrencia de las distintas fuerzas una ciudadanía y sociedad capaces y dispuestas, conscientes de sus responsabilidades morales. En el orden democrático como expresión de la libertad en la responsabilidad, es en última instancia el nivel ético-moral de los ciudadanos quien decide si aquél resulta capaz de afirmar el bien común o si, por el contrario, dicho bien resulta destruido en la lucha de intereses y en la irresponsabilidad del libertinaje y anarquía. El orden democrático otorga a los valores fundamentales de la libertad, la justicia y la solidaridad, el máximo de oportunidades. [...] La Constitución y las leyes solamente de modo general pueden establecer el uso que hagamos de nuestra numerosa libertad, cómo deba configurarse la realidad constitucional en un Estado de Derecho social y libre, el grado de nuestra libertad, justicia y solidaridad, tanto en el aspecto personal de hombre a hombre como la vivencia colectiva de esa libertad, justicia y solidaridad y, asimismo, determinar si dichos valores configuran el clima moral de la sociedad que actúa sobre nosotros de mil diversos modos, y todo ello sentido como reto y como oportunidad. [...] Esto supone mucho. En la República Federal de Alemania nosotros hemos establecido nuestro Estado democrático en el cual unos ven un Estado de Derecho liberal y otros un Estado Social. Esta diferencia refleja los distintos acentos en los que se coloca la interdependencia entre los derechos fundamentales. Con ello, en suma, se apela al modo concreto como en la realidad política se engarzan contradictoriamente Estado de Derecho y Estado Social en la interpretación tradicional de la doctrina constitucional. Han fracasado todos los intentos de superación de las contradicciones entre ambas nociones»<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Prólogo a K. DOEHRING, en ABENDROTH, FORSTHOFF, DOEHRING, *El Estado...*, cit., pp. 113-114. Para G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, 1965, pp. 38-39, «el Derecho no puede imponerse la misión de servir directamente el cumplimiento de los deberes éticos: el cumplimiento de los deberes de la ética es, por fuerza del mismo concepto, obra de la libertad, que no es posible, por tanto, imponer mediante la coacción jurídica. Ahora bien, si el Derecho no puede imponer el cumplimiento de los deberes éticos, sí puede hacerlo posible: el derecho es la posibilidad del cumplimiento de los deberes morales o, dicho en otros términos, la medida de la libertad exterior sin la que no podría existir la libertad interior necesaria para las decisiones éticas. La garantía de aquella

## 5. La crisis del Estado Social y Democrático

El Estado Social atribuyó al Estado una gran importancia en la vida económica y social, reforzando sus medios de intervención y conformación social al mismo tiempo que se garantizaban los espacios de la libertad individual y los derechos políticos y sociales. Podemos afirmar que fue el gran momento del «servicio público» en el más amplio sentido. Sin embargo, en el último tercio del siglo XX se cuestionó tal protagonismo estatal como consecuencia de las crisis económicas, de los procesos de creación de espacios políticos y económicos supraestatales y descentralizaciones infraestatales. Las causas de la «crisis del Estado social» las ha descrito ALAISTAR COLE:

«la importancia de los nuevos agentes decisores, asociados o privados [...] el debilitamiento de los partidos políticos clásicos, la desacralización de las grandes instituciones, el déficit de representación social, la menor capacidad de movilización de las ideologías tradicionales, el aumento de la tecnificación de los procesos de gobernación moderna, en fin por los desafíos planteados al Estado por la integración europea y por la globalización»<sup>147</sup>.

En el mismo período surge una concepción ideológica neoliberal que critica al Estado Social por su ineficacia y sus costes, que ponen en peligro el progreso económico, propiciando su vuelta al modelo de Estado de Derecho liberal<sup>148</sup>. Además, se aduce la pérdida de legitimidad, de confianza y de aceptación de las instituciones de protección social. Según expone VELASCO el modelo neoliberal de la «nueva derecha» pretende recuperar el libre mercado con un «Estado mínimo», de acuerdo con los siguientes puntos de programa político: «la extensión del mercado a más y más áreas de la vida; la creación de un Estado despojado del compromiso “excesivo”, tanto con la economía como con la provisión de oportunidades; la restricción del poder de ciertos grupos (los sindicatos, por ejemplo) para hacer valer sus metas y objetivos; la formación de un gobierno fuerte que aplique la ley y el orden»:

---

libertad externa constituye la esencia y la médula de los derechos del hombre. De donde se deduce que estos derechos tienen un carácter absoluto; pero no porque tengan tomado cuerpo de Derecho positivo, bajo esta o aquella versión, sino porque son necesarios para dar paso al cumplimiento de los deberes morales».

<sup>147</sup> A. COLE, «Les réseaux et l'espace public. Leçons de France et de Grande-Bretagne», en B. FRANÇOIS y E. NEVEU, *Espaces publiques mosaïques. Auteurs. Arènes et rhétorique des débats publics contemporains*, Rennes, 1999, p. 250.

<sup>148</sup> B. JOBERT (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe. Idées et pratiques gouvernementales*, París, 1994. J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, Nueva York, 1973.

«El Estado mínimo [...] es la forma menos entrometida del poder político que se corresponda con la defensa de los derechos individuales. Dada la extraordinaria diversidad de los individuos, nadie puede imponer su propia visión de la utopía a los demás individuos, por lo que la utopía es el marco para la libertad y para la experimentación, es decir, el Estado mínimo. Este marco es “libertario” y de *laissez faire*. El Estado va más allá de sus límites legítimos cuando se convierte en un instrumento para promover la igualdad, ya sea de oportunidades o de resultados. Para NOZICK, el Estado debería ser sólo un «organismo protector contra la fuerza, el robo, el fraude y el incumplimiento de los contratos, gracias a su monopolio de la fuerza»<sup>149</sup>.

Constituye un tópico hablar de la «crisis del Estado social» desde un neoliberalismo que cifra en el mercado todas las virtudes y, basándose en la globalización, rechaza el papel del Estado redistribuidor<sup>150</sup>. Asimismo sostiene que la financiación del gasto público supone detraer recursos del sector privado al que se priva de competitividad respecto a otros productores y economías que, con menores costes, se encuentran en mejores condiciones para competir en el mercado global.

La cuestión estriba en si el ejercicio de la solidaridad y la función redistribuidora deben ser o no competencia exclusiva del Estado, o ha de existir un mayor compromiso social, de modo que la superación de la crisis del Estado social se realice sin volver a una situación que aquél superó. Mientras se mantenga la lógica del derecho social y no se sustituya por la del mercado, no parece verosímil hablar de la citada crisis, aunque se pueden introducir variantes al mismo. RASANVALLON propone seguir actuando en el marco del derecho social con un compromiso conjunto de la sociedad y el Estado:

«En nuestro marco jurídico estatal-individualista no hay otras formas posibles de reagrupación en la sociedad civil que la de la empresa y la asociación. Ni la empresa ni la asociación han generado, además, derecho autónomo relacionado con su específica función social. Para tapar este hueco GURVITCH, profundizando en la vía abierta por DUGUIT y HAURIUO, hablaba de crear la teoría del derecho social. Su objetivo

---

<sup>149</sup> D. VELASCO CRIADO, *Pensamiento Político Contemporáneo*, Bilbao, 1997, pp. 327-328. Cita el autor a F. HAYEK para quien el tratar de «alterar la posición material de determinadas personas o de aplicar la justicia distributiva o social» es un ejemplo de coerción ilegítima, incompatible con un orden democrático liberal, en el que el mercado determine la elección «colectiva» sobre bases individuales (p. 329).

<sup>150</sup> Para F. A. HAYEK, *Derecho...*, II, cit., p. 184, «a menudo se acusa a la Gran Sociedad y al sistema de mercado de carecer de una pactada escala de objetivos. Tal carencia, sin embargo, más que defecto constituye su más destacado mérito, puesto que da origen a la libertad individual y a todos sus valores anejos».

era superar las diferencias entre los hechos sociales, que no podían ser aprehendidas sólo a partir de lo individual o de lo estatal, de modo que el derecho, reconociendo que de las “comunidades activas” deben proceder los hechos normativos.[...] Solamente en el marco de tal esfuerzo jurídico es posible pensar en formas no estatales de socialización»<sup>151</sup>.

Ahora bien, resulta evidente que la situación de principios del siglo XXI no es la misma que la posguerra y la segunda mitad del siglo XX en que se consolidó la evolución que del Estado liberal había llevado al Estado Social. Si los cambios sociales, económicos y culturales dieron lugar a los procesos de transformación de los modelos de Estado que hemos señalado, los que se han venido operando en los últimos años también tienen efectos sobre el Estado y el Derecho Público modificando los modos y técnicas de actuación de la Administración desde la idea del pensamiento único liberal del Estado mínimo con una Administración mínima y no configuradora de la vida social, ni equidistribuidora.

---

<sup>151</sup> P. RASANVALLON, *La crise de l'État providence*, París, 1981, p. 116.

# EJERCICIO FLEXIBLE DE LA JURISDICCION SOCIAL\*

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto  
Profesor Visitante de la Universidad «Montesquieu» de Burdeos (Francia),  
de la Universidad de Łodz (Polonia) y del Instituto Pernambucano  
de Derecho del Trabajo de Recife (Brasil)

## 1. Emergencia de la idea de flexibilidad

El advenimiento a la situación de crisis económica —causada por las dificultades de aprovisionamiento energético de los procesos productivos— obligó a reemplazar el clásico *principio de irregresividad de las adquisiciones sociales* por *soluciones de transacción* que, de una parte, garantizaban la continuidad y/o reconversión de los procesos industriales, y, de otra, mitigaban los efectos de la destrucción del empleo. Es cuando —gracias a la reacción lúcida de los sindicatos— todas las parcelas del complejo sector que el Derecho Social constituye, acogen soluciones basadas en el concepto novedoso de *flexibilidad*. Hasta entonces y ante la suficiencia de los beneficios consecuentes al ejercicio de la libertad de empresa, primaba la *rigidez* propia de la tenacidad con que los sindicatos defendían la irreversibilidad de los derechos adquiridos, individual y colectivamente, por los trabajadores. En adelante, los enojos competitivos —surgidos de la crisis económica— exigen adoptar fórmulas que —sacrificando el progreso de estas adquisiciones— amplían el campo del Derecho dispositivo y reducen la esfera del Derecho necesario. El segundo va perdiendo el terreno que, gracias al fenómeno de la *desregulación*, el primero conquista paso a paso.

---

\* Texto de la ponencia presentada al *II Curso de formación continuada de Jueces y Magistrados en el orden social*, que, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y el Instituto de Estudios Sociolaborales de la Universidad de Deusto, se dedicó al tema *Incidencia de la flexibilidad en el Derecho de las relaciones de trabajo* y tuvo lugar en Bilbao de 28 a 30 de marzo de 2001.

Los excesos de la flexibilidad sugieren, no obstante, el peligro de una *desocialización neoliberal* del Derecho de las relaciones de trabajo.

## 2. Reflexiones elásticas sobre la flexibilidad

Una presentación didáctica e inteligible de lo que la flexibilidad es y significa, depende de un razonamiento que, sin desistir de su rigurosa construcción, pretenda mostrarse imaginativo y creador. La flexibilidad se ha convertido, a fin de cuentas, en una más de las variantes que, andando el tiempo, ofrece la máxima de la *filosofía del devenir*, que —rompiendo con la misteriosa rigidez de la *filosofía del ser*— situaba el objeto del conocimiento en la *mudanza de las cosas* que incluso llegaban a cambiar de naturaleza. El misterio de todo lo insondable se desvanece gracias al empeño —quizás más influyente que el propio entendimiento— de sustitución y de cambio.

El Derecho Social ha sido un agente notable de esas mutaciones y —como destacaron comparaciones muy lúcidas— ha contrapuesto su arrojo y sus aptitudes de improvisación —no de temeridad, ni de falta de arrestos dogmáticos— a la autoridad del acreditado Derecho Romano, que alardea de su acopio de sabiduría, y a la apostura del Derecho Privado general, que se precia de la modernidad de sus adquisiciones. El Derecho Social brinda, hoy por hoy, las oportunidades de elevar el concepto de flexibilidad a una *noción múltívoca* que, manejada con imaginación y racionalidad, produce benéficos efectos, en vez de la confusión que se le augura, y hace visible el *verdadero rostro* —desencajado y un tanto envejecido por el castigo de las adversidades históricas— de una disciplina que, como el Derecho Social, mantiene la voluntad de un vigoroso resurgir y persigue tenazmente las verdades que son eco de sus transformaciones.

La flexibilidad refleja, en primer término, la metodología que analiza la crisis de las relaciones industriales para lograr la coexistencia del civismo de sus protagonistas y la irrenunciabilidad de sus actitudes, morales, intelectuales y pragmáticas. La *lucha de clases* no queda entonces abolida —al uso del viejo corporativismo autoritario— ni superada —como, sin éxito, intentaron las experiencias del marxismo— y sí sustituida por la confrontación que, ante los desafíos de la crisis económica, obliga a un ejercicio de equilibrio tan difícil como imprescindible. La postura tolerante de los sindicatos —inmersos en las contradicciones de unas *realidades flexibles* que les conminan y sorprenden— abunda en criterios de razonabilidad encaminados a gestionar con acierto —por aquello de que *lo mejor es ene-*

*migo de lo bueno*— los problemas a que el nuevo estado de cosas da lugar.

La *flexibilidad* insinúa que muchas de las adquisiciones de la *democracia industrial* —fatigosamente alcanzadas y afectadas, más tarde, por dificultades de financiación y cumplimiento— tienen que moderarse, sin sacrificarse por completo. No con el fin de aumentar el beneficio de los empleadores, ni retornar al pretérito imperfecto de su *dominación organizadora*, sino para aliviar las cargas que, por imperio de inexcusables funciones sociales, gravan, en adelante, el ejercicio de la iniciativa económica. La novedad consiste en que, además de atribuir derechos, *la libertad de empresa obliga*, urgiendo el cuidado del contenido económico de algunos derechos constitucionales, el fomento de la riqueza, la satisfacción de los servicios esenciales de la comunidad y, especialmente, la promoción del empleo y la lucha contra su degradación.

La *flexibilidad* también quiere decir que, como conviene a la naturaleza de las cosas, los poderes públicos—emanados de la voluntad indivisible del Estado soberano—han de aceptar un dato histórico que, lejos de obedecer a una *minimización superficial*, manifiesta la identidad y el destaque de las organizaciones sindicales. El sindicato es titular de una soberanía que —asociada al concepto y el empuje de la *libertad sindical*— no se supedita a la soberanía del Estado y, a causa de su fuerza expansiva, engendra un ordenamiento jurídico diferenciado del Derecho objetivo estatal. La soberanía sindical no se disuelve ni se desnaturaliza por el hecho de que, como *sujeto de base institucional*, el sindicato despliegue sus actividades en el marco territorial de la soberanía del Estado y acate condiciones que, sin vulnerar el contenido esencial o núcleo invulnerable de su elenco de libertades, integran la *dosis de control* con que, ante la presencia sindical, el Estado se obliga a reaccionar.

La *flexibilidad* exige que los cultivadores de las disciplinas —jurídicas y extrajurídicas— cuyo conocimiento y perfección inciden en las realidades sindicales, abandonen las posturas simplificadoras que minimizan la notabilidad de este fenómeno e ignoran la vastedad del espacio jurídico en que se movilizan sus agentes. El Derecho Sindical está formado por las libertades de Derecho de Gentes que los constituyentes han acumulado y hecho suyas, a causa del impacto cultural de su arraigo. Su tratamiento no puede desdecirse de sus orígenes históricos y de la tradición que le acompaña. Cualquier cosa, menos disminuir o silenciar esa importancia.

La *flexibilidad* demanda que el legislador tenga presentes —sin acceder al simplismo del pensamiento débil ni despreciar las tentativas de

convención y de pactismo— las diferentes formas de acuerdo en la vida de relación, porque unas son vitandas, otras menos aconsejables, y otras imprescindibles para el éxito de sus experiencias. Ha de ser consecuente y receptivo con las aportaciones sindicales que transmiten e interpretan las demandas relativas a cuantos intereses generales requieren protección legislativa. Esta cooperación presenta unas garantías de veracidad y exactitud que no existen o escasean en otros sectores del ordenamiento jurídico.

La *flexibilidad* indica que el valor superior del ordenamiento jurídico —que, a la luz del art. 1.1 CE, ensalza la justicia como síntesis de la igualdad y de la libertad que el art. 9.2 CE ordena promover—no se realiza plenamente si el juez prosigue reducido al papel del *oráculo que repite las palabras de la ley*. Sorprende que —incomprensible e interesadamente— sobrevivan islotes de pensamiento en que la *doctrina enmudecedora de la jurisdicción* sigue triunfando. La reflexión estructuralista denunció esta simplicidad y, con el tiempo, dispuso de los mejores acompañamientos para ganar la batalla librada contra una pretensión empobrecida y reductora. El juez ordinario que aplica el Derecho Social —frente a experiencias históricas más maleables que las de otros sectores del ordenamiento jurídico— utiliza, con harta frecuencia, los aleccionamientos de una Historia del Derecho que, hasta el día de ayer, ha sido puro y simple Derecho Positivo. Esta aproximación da idea de la complejidad e interés de unas operaciones judiciales ignoradas por cuantos atribuyen al Derecho Social una simplicidad de que carecen su metodología y sus instituciones. El juez forma parte de un poder del Estado que debe combatir la petrificación, la rutina o los hábitos del *pensamiento unidireccional*. Aplica, sin mayores dificultades interpretativas, las normas de Derecho Social cuyas proposiciones —amén de ser inteligibles e inequívocas— no disienten de las exigencias dictadas por las nuevas realidades del tiempo y del lugar que hace falta verificar y definir. Tiene que interpretar esas normas cuando las realidades sociales —nacidas de los avances y signos de los tiempos— comunican a la ley un espíritu y finalidad— que, lejos, de mostrar nada nuevo, modernizan el viejo *spiritus mobilis* de la ciencia canónica —cuyas divergencias o progresos se distancian de la voluntad del legislador que puso ese Derecho en la ciudad.

El *ejercicio flexible de la jurisdicción social* —que significa algo de todo esto— conviene a las iniciativas del juez ordinario que, identificado con los principios y preceptos constitucionales, está en posesión del denominado *sentimiento constitucional*, presto a separar las recetas caducas del *uso alternativo del Derecho*, de las iniciativas creadoras que sugiere la interpretación elástica de la legalidad fundamental, hos-

til a las superficialidades y flaquezas del *pensamiento débil*, y empeñado, día tras día, en aunar las luces y las sombras de un razonamiento jurídico que, para merecer este nombre, tiene que ser *moralmente comprometido, socialmente distributivo y justo y, desde la perspectiva jurídica, intelectualmente valioso y persuasivo*.

### 3. Promoción de los derechos sociales a la cualidad de derechos fundamentales

Así como los jueces ordinarios que aplican el Derecho Social, ejercitan los controles de constitucionalidad —directos o difusos— que están a su alcance, les incumbe también acomodar el Derecho del Estado miembro a los *cambios de rumbo* que se siguen de la emergencia y el reconocimiento de los nuevos derechos fundamentales en el espacio social europeo.

La lectura de la dec. 5 Pr. VCTUE y la más reciente redacción del art. 136 I VCTR muestran cómo los *derechos de carácter social* se rotulan deliberadamente *derechos fundamentales de los trabajadores* y adquieren una fisonomía que, lejos de cualquier ligereza semántica, obedece a una finalidad consciente y responsable.

Es novedad de calado muy hondo la que, mejorando una trascendente calificación, ofrece el art. 136 I VCTR. El art. 2.58 TA emprendió la *operación depuradora* consistente en derogar el Prot. PS y el APS, que, sin pertenecer a las cláusulas dispositivas de la VATUE, proclamaba unos postulados de política social cuya sinceridad y magnitud estaban en razón inversa de la naturaleza de una sistematización poco convincente. La consideración inicial del Prot. PS expresaba el *escueto deseo* —algo menos que un objetivo programático y obviamente distinto de la eficacia preceptiva directa— de aplicar, partiendo del *acervo comunitario* o bloque de constitucionalidad de cada materia, la CCDSFT, sin robustecer las situaciones jurídicamente definidas en ella, ni anticipar iniciativas desautorizadas por el ambiguo *texto de compromiso* que las exaltaba.

El art. 136 I VCTR —que asigna a la Comunidad y a los Estados miembros el objetivo de *lograr una protección social adecuada*— declara que esta finalidad se relaciona con el antecedente de los *derechos sociales fundamentales* enunciados en la CSE y con los que, más tarde, ha sancionado la CCDSFT, relativas ambas—intencional e inequívocamente— a los *derechos fundamentales de los trabajadores*.

El discurso constitucional comunitario revela que los *derechos sociales se consolidan como derechos fundamentales* y gozan de las

cualidades que provocan su ascenso a esta categoría de magnitud cualificada.

Los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros están obligados a acatar y compartir las consecuencias de un reconocimiento de esta clase. De ahí, los deberes —impuestos a cada país comunitario integrante de la UE— de promover las oportunas reformas constitucionales y corregir, si es de caso, una distribución que no se condice con la calificación que los derechos sociales acaban de obtener. Su configuración como derechos fundamentales deriva del respeto debido a la naturaleza de las cosas, condena los arbitrios u opciones gratuitas que intenten desvirtuarla, y termina imponiéndose a la voluntad del constituyente europeo que, a la vista del horizonte histórico de la razón práctica, les anexiona a su repertorio cultural. Lejos de una actitud de otorgamiento complaciente, tan importante calificación predetermina, con énfasis no disimulado, las operaciones jurídicas que los poderes públicos deben llevar a cabo para consumarla, pues, es inalienable e inseparable de la condición —personal y profesional— de los trabajadores a quienes protege.

El imperativo del art. 136 I VCTR puede cumplirse o demorarse y, según ello, facilitar o no la reforma constitucional que, de acuerdo con la novedad implantada, reconozca esa sugestiva ascensión y sitúe los derechos sociales bajo la rúbrica —que encabeza la sec. 1.<sup>a</sup>, cap. 2.º, tít. II CE— *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. El que semejante labor de adaptación se omita y se prescinda del procedimiento de reforma fijado en los arts. 87.1 y 168 CE, no impide que una propuesta tan rotunda deje de producir las consecuencias técnicojurídicas que le son inherentes.

He aquí, uno de los aspectos en que el *principio de primacía del Derecho comunitario* interviene y uno de los campos en que las acciones de los jueces ordinarios pueden registrar interesantes experiencias. La primacía es algo más que la preponderancia excluyente o el prevalecimiento del mandato o la prohibición —de una norma jurídica europea— sobre una disposición estatal cuya incompatibilidad con la primera conduce a inaplicarla, cuando menos, si no hay dispositivos más enérgicos que faciliten su expulsión del ordenamiento jurídico. La primacía no atañe solamente al contenido de las normas que, gobernando una institución determinada, soportan una relación que, más que en la noción de jerarquía, se basa en la de competencia o interdicción de diferencias reguladoras. La primacía repercute también en lo concerniente a la calificación y la naturaleza de la norma afectada. El Derecho objetivo de los Estados miembros no puede contrariar la descripción dogmática de una institución ni el carácter que, en razón de

ella, le confiere el ordenamiento comunitario. No es dable reducir la importancia o degradar la excelencia jurídica de una institución que las normas comunitarias han diseñado con especial delicadeza o a la que asignan mejor condición o procuran una tutela más intensa que la que la legalidad constitucional u ordinaria del Estado le otorga.

Urge que los jueces ordinarios —situados en esa encrucijada— se apropien la calificación que el ordenamiento jurídico comunitario ha transmitido, no hace mucho, a los derechos sociales. Su naturaleza no puede soportar, por más tiempo, las contradicciones o el demérito de los criterios que, respecto a su régimen jurídico, mantienen los Derechos constituidos de ciertos Estados miembros.

El *ejercicio flexible de la jurisdicción social* no puede soslayar este punto de vista y tiene que hacer de él la clave de una de sus obsesiones. Cabe promover cuestiones prejudiciales que —amparadas en el art. 234 VCTR— propugnen las respuestas a los interrogantes que el nuevo planteamiento suscita. Actuando como *jueces del espacio comunitario*, la vinculación al principio de primacía del Derecho comunitario les impone la obligación de reconocer y dar trato de derechos fundamentales a los derechos de stirpe social que, inicialmente ayunos de esa consideración, subyacen —en la sec. 2.<sup>a</sup>, cap. 2.º, tít. I y en el cap. 3.º, tít. I CE— a las respectivas rúbricas *De los derechos y deberes de los ciudadanos* y *De los principios rectores de la política social y económica*.

#### 4. Control directo o indirecto de la constitucionalidad de las normas

El control de la constitucionalidad de las normas jurídicas de Derecho Social compromete también las acciones de los jueces ordinarios. Mientras que la legislación autoritaria dotó de un tratamiento más discreto a otros sectores del ordenamiento jurídico, el Derecho de las relaciones individuales de trabajo —ya que el de las relaciones colectivas estaba proscrito— y el Derecho de la Seguridad Social desarrollaron una política social cuyas diferencias con los modelos corporativos truncados por el advenimiento y desenlace de la Segunda Guerra Mundial —a saber, el nacionalsocialista alemán y el fascista italiano— habían consistido en sustituir la inspiración paganizante de sus experiencias por el depósito de la doctrina social de la Iglesia Católica. Un abundante cuerpo de legislación —en sentido material o vertical— del sistema previgente ha sido aplicado —tras la apertura del edificio constitucional— en circunstancias que requerían sensibilidad jurídica y acierto para dilucidar las cuestiones que así se originaban.

Las normas de Derecho Social anteriores al momento del tránsito, se sujetaban —sin distinciones de rango jerárquico— al control de los jueces ordinarios, que —además de cumplir la misión específica que les atribuían los arts. 117.1 CE, 1.1 LOPJ y 1.7 C.c.— adquirirían otros compromisos impuestos por el artículo 9.1 CE. Se obligaban a mantener el ordenamiento jurídico exento de impurezas y a cuidar de que en él no penetrasen ni sobreviviesen *elementos inconstitucionales de grueso calibre*. Frente a la tolerante presunción de adecuación o suficiencia constitucional de las normas de Derecho Social previgentes a la carta política, entra en juego una carga más exigente de cooperación. El simple atisbo, aun no confirmado, de que cualquiera de esas normas —legal o de rango inferior a la ley— era inadaptable al orden constitucional, explicaba —para evitar los inconvenientes del *miedo al vacío*— la tentativa de un ajuste —no descabellado ni dialécticamente violento, y sí provisto de fuerza persuasiva— a los principios y preceptos constitucionales que intervenían como criterios contextuales de interpretación. Sólo si fracasaba este empeño, la *consigna catártica* de la DD 3 CE llevaba a declarar la incompatibilidad —con la ley fundamental— de las normas de Derecho Social que no se acomodaban a la letra y/o el espíritu constitucionales. *Inadecuación constitucional* —género conceptualmente ajeno a la inconstitucionalidad en sentido propio— y no *inconstitucionalidad sobrevenida* —especie inadmisibles de inconstitucionalidad— es la rotulación que, llamando a las cosas por su nombre, hay que tener por buena.

Distintas consecuencias se siguen de la inadaptación que así se aprecia. Los jueces ordinarios —que, al iniciarse estos ejercicios de control, razonaban entre luces y sombras— no crean situaciones jurídicas nuevas, antes bien —más o menos distantes de la entrada en vigor de la legalidad fundamental— declaran, como parte del discurso anejo a su deber de efectiva tutela, que la *oposición de la norma jurídica* discutida a los principios o preceptos fundamentales de nueva factura, impide que la primera forme parte, siquiera por vía de adopción, del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho que augura el art. 1.1 CE. La norma viciada es abolida por el principio o precepto constitucional con el que —irreductiblemente— se muestra incompatible. La constatación judicial *alza el velo* de una situación jurídica que, nacida cuando ha entrado en vigor la ley fundamental, pasa inadvertida y sólo se descubre con posterioridad. Dicha declaración afirma, como conviene a su naturaleza, que la derogación se ha producido desde el momento —a saber, la vigencia del texto constitucional— en que tuvo lugar la colisión de ambas normas. El precio pagado por esta forma de control directo —que

conduce a inaplicar una norma de Derecho Social previgente— es la reducción de la *eficacia derogatoria* a los confines de la cosa juzgada material que regula el art. 1.252 I C.c. El juez ordinario no puede transferir a otros órganos jurisdiccionales —por mucha fuerza persuasiva que asista a su construcción doctrinal— la obligatoriedad de un parecer que sólo es vinculante si, como rezan los arts. 5.1 LOPJ y 1.6 C.c., procede de la justicia constitucional o de la jurisprudencia social ordinaria. Queda, eso sí, ligado al *precedente* de la resolución que ha dictado, con la intensidad y excepciones que, a la luz del art. 14 CE, son propias del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

El *control difuso* —encaminado a depurar el espacio normativo del Derecho Social previgente— interviene cuando, tras las actuaciones de instrucción, el juez ordinario suscita una cuestión de inconstitucionalidad. Los arts. 163 CE y 35.1 LOTC se contraen a los casos de *contradicción constitucional* de las normas con rango de ley postvigentes a la inauguración del nuevo ordenamiento jurídico. Es claro que, a causa del momento de su consumación, el vicio acusado difiere de la *oposición preconstitucional* que figura en la cláusula de la DD 3 CE. Ahora bien, el supuesto de origen se ensancha por obra de una reforma innominada, al admitirse que los jueces ordinarios —cuyo poder no incluye el control directo de la inconstitucionalidad de las leyes sociales— propongan a la justicia constitucional la ampliación de esa censura y la *derogación* —no la *nulidad*— de la ley preconstitucional que acusa ese defecto.

La censura de la constitucionalidad de las normas con rango de ley que, según el art. 149.1 núms 7.º y 17.º CE, pertenecen al acervo del Derecho Social y son posteriores a la legalidad fundamental, corresponde a la justicia constitucional competente para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad que, según los arts. 163 CE, 34 y sigs. LOTC, entablan los jueces ordinarios. El art. 5.2 y 3 LOPJ reitera la que de antiguo tuvo trato de mejor doctrina y exige el *esfuerzo de razonamiento* que, antes de deducir la cuestión de inconstitucionalidad, hay que intentar para adecuar —naturalmente y sin estrépito— la norma discutida a los principios y preceptos constitucionales, evitando, si cabe, su contradicción con estos últimos.

## 5. Acción de apoyo a las normas del ordenamiento sindical

La aplicación de las normas de Derecho Social —encomendada a los jueces ordinarios— importa a causa de las *acciones de apoyo* que

les corresponden. La protección del art. 24.1 CE —que, conforme al sentido propio de su proposición normativa, reconoce el derecho fundamental de todas las personas a la efectiva tutela judicial en la actuación de sus derechos subjetivos y en la ostentación de sus intereses legítimos— es ambiciosa y omnicompreensiva. Abarca, de una parte, las normas del ordenamiento jurídico estatal —a que aluden los arts. 1.1, 9.1 y 147.1 CE— e incluye, de otra, las emanadas de la autonomía colectiva que, como integrantes de un *ordenamiento jurídico extraestatal*, el art. 37.1 CE tiene en cuenta cuando —más allá de actitudes de *escueto reconocimiento*— *garantiza*, mediante el imperio de la ley, su implantación y subsistencia.

La *fuerza vinculante* —predicada del acervo de normas jurídicas que así se generan— se asemeja a la *fuerza de ley* que el art. 1.091 C.c. utiliza para favorecer la suerte de las obligaciones contractuales. Pertenecen éstas a un ordenamiento jurídico de parcas dimensiones y contienen cláusulas que, como *cuasileyes*, se robustecen con el *derecho procesal de acción* que faculta para obtener una respuesta judicial en los conflictos motivados por la insatisfacción del interés de alguno de los contratantes. La fuerza vinculante de la negociación colectiva —tendente a realizar la voluntad de una norma del ordenamiento jurídico extraestatal que, con recursos propios, no consigue alcanzar la plenitud a que aspira— difiere del concepto, que le es previo, de *eficacia general* de lo pactado. Esta consiste en la incorporación —automática y sin acto alguno de trasposición— que, gracias a las acciones legislativas de apoyo, afecta al contenido normativo de la negociación colectiva, cuyas cláusulas se insertan en cada una de las relaciones individuales de trabajo que experimentan la novación inherente a las mejoras contractuales que se han conquistado.

La fuerza vinculante presupone que el ordenamiento jurídico extraestatal —celoso de la efectividad de sus normas— sufre alguna indigencia que, quiérase o no, le obliga a solicitar y aceptar de buen grado la asistencia complementaria del poder del Estado. Ello sucede cuando, como es inevitable, la tosquedad y/o los defectos de dicho ordenamiento encierran impedimentos serios y, a veces, insalvables, para garantizar el cumplimiento y la coactividad de sus normas. Cierto que el artículo 37.2 CE prevé la adopción de las medidas de conflicto colectivo que comprenden las opciones autotutelares —predilectas de la acción sindical— y los modos de composición que, bajo el rótulo de *equivalentes jurisdiccionales* o *sustitutivos procesales*, no siempre forman parte del ordenamiento jurídico extraestatal. A falta de estos instrumentos, la acción de apoyo del Estado —que, lejos de quedar al albedrío de los poderes públicos, figura en el *recordatorio* que les

hace el art. 9.2 CE— resulta imprescindible para que aquellos fines prevalezcan.

El Estado soberano exige, por vía de control, que los sindicatos aspirantes a la investidura de la legitimación necesaria para intervenir en la negociación colectiva, se sometan a las *pruebas de representatividad* o arraigo que deben superar. La constancia de esta garantía —que contribuye a mejorar la paz social— compromete la oferta estatal de fuerza vinculante. Los derechos nacidos de las normas del ordenamiento jurídico extraestatal se completan —no menos que los procedentes del Derecho del Estado— con la atribución de las acciones procesales que, gracias a la amplitud del reconocimiento estampado en el art. 24.1 CE, permiten obtener la respuesta en que consiste el *pago de la deuda jurisdiccional*. Contestación, favorable o adversa, que —razonada y persuasivamente— resuelve las cuestiones de fondo que dimanan de conflictos planteados por la aplicación de las normas de aquel ordenamiento.

La correlación de los arts. 9.2 y 117.1 CE explica por qué los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico extraestatal no son de inferior condición a los amparados por la acción íntegra de la jurisdicción. En defecto de la fuerza vinculante que se les otorga, la suerte de las normas extraestatales se debilitaría y dependería de la efectividad —muy cuestionable— con que el nuevo ordenamiento implantase unos modos de composición que, a falta del necesario acierto, crean el riesgo de frustrar el resultado positivo que se espera de su puesta en práctica.

## 6. ¿Injerencias de la justicia constitucional?

El Derecho Social registra invasiones —más o menos visibles— de los pagos de la jurisdicción ordinaria por la justicia constitucional. Invasiones que, en otros órdenes de la jurisdicción, provocaron alguna reacción de corte anecdótico y resonancia publicitaria, incluida la apelación al ejercicio del *poder moderador* que instituye el art. 56.1 CE. Los jueces ordinarios deben neutralizar —mediante los recursos, que haberlos los hay, de la técnica jurídica— los episodios de invasión que pueden darse. Unos de ellos ocurren cuando la justicia constitucional no se limita a actuar sobre el cuerpo y el alma de la legalidad fundamental —de la que, según el art. 1.1 LOTC, es el supremo intérprete— e introduce, en el cuerpo del razonamiento o en la parte dispositiva de sus resoluciones, propuestas y/o definiciones sobre aspectos de la legalidad ordinaria que —vistas las referencias

del art. 161.1 *a* y *b* CE a los recursos y/o las cuestiones de inconstitucionalidad, y los recursos de amparo—en absoluto le competen. Los jueces ordinarios —a los que, sin perjuicio de sus deberes de cooperación a depurar el ordenamiento jurídico, los arts. 117.1 CE, 1.1 LOPJ y 1.7 C.c. facultan para decir la última palabra en los litigios de que entienden— se hallan en una situación inesperada e incómoda. Advierten que, más allá de los límites del juicio de constitucionalidad que les vincula, se da un exceso frente al que no pueden permanecer indiferentes. Tienen que defender sus competencias íntegras y no soportar reducciones o prejuicios del razonamiento en que consiste la efectiva tutela judicial que se demanda. También reparan en que, a la luz del artículo 5.1 LOPJ, afrontan una doctrina —la emanada de la justicia constitucional— cuyo acatamiento resulta inexcusable. Se ven en un trance de *equilibrio inestable*, aún disponiendo de instrumentos para avocar a sí la aplicación de la legalidad ordinaria que entonces reivindica. La situación —intelectualmente indeseada y poco grata— requiere el concurso de la fortaleza, para hacerle frente, y el éxito del entendimiento para resolverla conforme a Derecho. La sujeción a los principios y preceptos constitucionales —que el art. 9.1 CE recaba de los poderes públicos— exige, conforme a la doctrina de su separación o independencia, evitar que ciertas variantes —excesivas o atípicas— de control del poder judicial por la justicia constitucional, adquieran carta de naturaleza. Es, muchas veces, difícil, cuando no imposible, emprender el examen de un problema de legalidad constitucional—referido al conocimiento de la justicia de este nombre— sin hacer incursiones en el campo de la legalidad ordinaria. La línea divisoria de ambas legalidades aparece sinuosa y/o difusa. Ahora bien, las extralimitaciones advertidas no se reducen a las inevitables *sacudidas del pulso* que provoca la aplicación de la legalidad fundamental, sino que se perciben con trazos de espeso grosor. Restringen el contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental que otorga el art. 24.1 CE, porque, sin título excluyente de la competencia del juez ordinario, le sustraen —algo así como *entrando de puntillas* en el espacio que le corresponde— aspectos centrales de su atribución y ejercicio.

Más rotunda es la hipótesis de la privación —sustracción del bien debido al sujeto que la sufre— del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Las resoluciones que, estimando las pretensiones de un recurso de amparo, anulan el acto judicial que ha infringido derechos fundamentales o libertades públicas de índole social, sólo deben producir el efecto —inherente a esta especie de *casación constitucional*— de anular la decisión impugnada y situar al interesado

en la posición jurídica que se le reintegra. Es a partir de entonces cuando —recobrada la competencia que había agotado al dictar la resolución anulada— el juez ordinario predeterminado por la ley debe pronunciar otra nueva —colmando el vacío consiguiente a la declaración de nulidad— y procurar que, al aplicar la legalidad ordinaria, el contenido esencial del derecho constitucional vulnerado se respete conforme a lo establecido en el recurso de amparo. El derecho reconocido en el artículo 24.1 CE es —además de un derecho fundamental de las partes integradas en la relación jurídicoprocesal que se extingue con la sentencia de fondo— un *derecho fundamental del poder judicial del Estado* que, en su calidad de titular, tiene interés en preservarlo y evitar su demérito. El poder judicial ha de atenerse al criterio adoptado por la justicia constitucional al resolver el recurso de amparo —que ha purgado el acto judicial del vicio que se le atribuye— y completar su actividad cooperativa con la justicia constitucional. Su competencia ordinaria le obliga a construir el discurso, motivado y convincente, en que el cumplimiento de la *prestación de justicia* —objeto del derecho procesal de acción— ha de consistir.

Ambos niveles de invasión destacan el riesgo —algunas de cuyas experiencias pertenecen a la aplicación de las normas de Derecho Social— de que la justicia constitucional abunde en una de dos actitudes. La primera prejuzga cuestiones o aspectos de una legalidad ordinaria cuya aplicación no le compete. La segunda va más lejos de un prejuicio parcial de razonamiento y/o decisión, puesto que se subroga en la posición del juez ordinario —de cuya intervención se prescinde— y anticipa el *fallo* que le corresponde pronunciar. Se da entonces un fenómeno afín al de las *jurisdicciones de excepción* que el art. 137.6 CE ha proscrito.

La operación tiene lugar, por lo común, cuando se estima el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia en que un órgano jurisdiccional colegiado ha examinado y resuelto las objeciones propias de un recurso extraordinario. La irregularidad se manifiesta en que —declarada la vulneración del derecho fundamental o la libertad pública que se aduce— el órgano de la justicia constitucional no devuelve el proceso al juez ordinario, sino que se adueña de su tramitación y resuelve el problema de fondo que aquél debe dilucidar. A dicho fin, declara la firmeza de la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional que ha entendido del asunto en la instancia y que fue revocada por la voluntad del órgano que —en la cima de la estructura jurisdiccional ordinaria— resuelve los recursos extraordinarios de casación o análogos. De la lectura de los arts. 3.1, 4, 5.1 LOPJ, 2.1 y 3 LOTC se infiere que el poder de la justicia constitucional no llega al punto de cercenar el sistema de

recursos jurisdiccionales —regulados por el legislador ordinario y expresivos de los derechos fundamentales a la efectiva tutela judicial y a un proceso con todas las garantías— y privar a la sentencia de instancia de la impugnabilidad que la estimación del recurso de amparo le ha restituido. Al concepto de las que, según el artículo 245.3 LOPJ, se consideran *sentencias firmes*, se suma el de aquellas que la justicia constitucional declara inimpugnables sin haberse agotado —tras el resultado del juicio de constitucionalidad— el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. No es eso lo que garantiza el artículo 24.2 CE. La aplicación y el esclarecimiento del texto constitucional —a cargo de su supremo intérprete— admiten muchas y muy imaginativas variantes, pero también requieren dejar a salvo un derecho fundamental que la justicia constitucional está en la obligación de respetar.

## **7. Protección del Derecho Social frente a interpretaciones políticas o sindicales**

Los jueces ordinarios se someten únicamente al imperio de la ley en la decisión de los conflictos concernientes a la aplicación del Derecho Social. La Ley —que gobierna sus iniciativas y determinaciones— puede ser, conforme a los arts. 117.1 CE y 1.1 LOPJ, la emanada del ordenamiento estatal —que menciona el art. 149.1 núms. 7.º y 17.º CE— o la surgida del ordenamiento extraestatal que, con la garantía del art. 37.1 CE, deriva de la autonomía colectiva. El origen y los ingredientes de unas y otras *leyes* —sumados a los medios técnicos de aplicación e interpretación que facilitan los arts. 1.7, 3 y sigs. C.c.— defienden de los riesgos que aquejan a la independencia del poder judicial. Este no tiene por qué —salvo si, en ocasiones dudosamente tentadoras, sus componentes se enrolan en otros ejércitos y se apresuran a intervenir en otras guerras— soportar las tensiones que refleja el funcionamiento de las Administraciones Públicas. No siempre es fácil que los principios de jerarquía y de coordinación —muestra elogiada de un propósito racionalizador— se armonicen con el *pleno sometimiento a la ley y al Derecho* que —tan didáctica como ingenuamente— el artículo 103.1 CE requiere para aligerar la carga de politicidad que convive con aquellos principios.

Las operaciones judiciales de aplicación del Derecho objetivo —protegidas contra estas dificultades— también dependen de otras exigencias. Es una el respeto a los valores superiores del ordenamiento jurídico, pues —si la justicia sintetiza la igualdad y la libertad efectivas— el vértice de la pirámide que representa el ordenamiento jurídico

no está ocupado por la legalidad fundamental, sino por un *bloque interior de moralidad legalizada* que, formando parte de aquél, hace prevalecer esos valores sobre el texto constitucional que se somete a ellos. Otro es el *contenido constitucional* que abarca los preceptos explícitos y los principios que, partiendo de ellos, se formulan deductivamente. Otro es el *imperio de las normas subconstitucionales* o parcela del Derecho escrito que forma la legislación en sentido material o vertical. Otro es, en fin, el *bloque complementario* de la doctrina de la justicia constitucional y de la jurisprudencia social ordinaria. He ahí la condición necesaria y suficiente del ejercicio de la independencia judicial y la proscripción de cualesquiera acciones de invasión o injerencia de otros poderes públicos.

La *independencia* equivale a una prerrogativa función de doble alcance. Desautoriza las tentaciones —que, a veces, aquejan al poder judicial— de ocupar las parcelas de otros poderes del Estado. Prohíbe las inhibiciones que, algunas veces, hacen del poder judicial un protagonista del Estado de Derecho que reacciona con exceso de morigeración.

La *independencia* es la garantía y certidumbre de que los referentes de la función de juzgar se condensan en las normas jurídicas que se seleccionan adecuadamente, se interpretan, si son confusas o poco comprensibles, y se aplican para facilitar la respuesta constitutiva de la efectiva tutela judicial. La independencia quiere decir algo más. A saber, significa que el proceso psicológico de aplicación del Derecho Social objetivo no puede sufrir la interferencia de prejuicios o tomas de postura que hipotequen el entendimiento y la voluntad de la persona física que juzga. De ahí, que el art. 126.1 CE complete la cláusula del art. 117.1 CE y declare que el acervo de incompatibilidades judiciales —materia reservada a la ley y no a *escapismos arbitristas*— ha de garantizar la independencia de los funcionarios judiciales. Pieza capital de las prohibiciones que fija el art. 127 CE, es la de pertenecer a partidos políticos y sindicatos, pues—de no mediar semejante interdicción y conforme a las pautas de funcionamiento democrático que, condicionando su presencia en el ámbito territorial de la soberanía del Estado, imponen los arts. 6 y 7 CE a esos *poderes de hecho*— los Jueces y Magistrados podrían militar en comunidades cuya naturaleza y objetivos pugnan con las bases de su independencia. Los deberes de fidelidad al sindicato o al partido político tropezarían con la necesidad de preservar ese valor. El juez que, vinculado a un partido, comparte sus opciones de pluralismo político, o, afiliado a un sindicato, elige su diversidad competitiva, no ignora que los reductos de su conciencia moral y su convencimiento intelectual son cautivos de los prejuicios y/o consignas que acompañan a esas adscripciones.

Sorprende que el art. 159.4 CE mitigue el sistema de incompatibilidades de los Magistrados del Tribunal Constitucional, pues, aunque les veda el desempeño de cargos directivos en sindicatos y partidos políticos, no les prohíbe afiliarse y militar en unos y otros. ¿Cómo conciliar la independencia —que les reconoce el art. 159.5 CE— con los compromisos de sometimiento doctrinal que, en la línea del pensamiento sindical o político, les impone su cualidad de afiliados? Sin advertir la estridencia de la conclusión, el constituyente no rechaza que los pareceres emitidos, en una circunstancia hipotética, por los Magistrados del Tribunal Constitucional obedezcan legítimamente —ya que no se liberan de las dependencias doctrinales que esas vinculaciones engendran— a las orientaciones y pautas de las ideologías con que su afiliación les obliga a comulgar. Cabe hacer lecturas políticas o sindicales del texto constitucional que, aunque autorizadas por el art. 159.4 CE, difieren de las conclusiones estrictamente jurídicas que su aplicación desencadena. No quiere ello decir que, en tales casos, la independencia de los Magistrados resulte contradicha porque —si, fieles a sus compromisos políticos y sindicales, asimilan y comparten una determinada orientación— las continúan aplicando con una libertad psicológica exenta de perturbaciones externas.

Cuando la aplicación del Derecho Social recaba del juez ordinario, conforme al artículo 5.1 CE, la aceptación de una doctrina de esa procedencia, es fácil comprender el conflicto si —contra lo preceptuado en el art. 117.1 CE— la solución no se somete exclusivamente al imperio de la ley. El juez ordinario ha de resolver el dilema entre acatar la aplicación e interpretación de una norma constitucional que ofrecen conclusiones de juricidad discutible, y el rigor que, bajo el imperio exclusivo de la ley, conduce a otras incompatibles o sustancialmente divergentes.

## 8. Utilización y productividad del proceso social

El Derecho Social sustantivo cuenta con el auxilio de adquisiciones procesales muy valiosas. El modelo de proceso social que —sin atisbar el signo de un futuro constitucional impredecible— adoptó el sistema autoritario, coexistía con un proceso civil que, ya en los lejanos tiempos de su implantación, había provocado el reproche de ignorar y/o eludir las más avanzadas corrientes científicas que a la sazón prevalecían. Los rasgos de inquisición discreta, oralidad, intermediación, concentración y tendencia a la verdad material, definían el proceso social y se contraponían a las notas distintivas —específicas del proceso civil— de

dispositividad, rogación absoluta, escritura, mediación, preclusión y asentimiento a la verdad formal. Las adquisiciones del proceso social acreditaron, fuera de toda duda, lo progresivo de sus innovaciones. Su asentamiento constitucional ha sido estimulante y relativamente cómodo. Lo primero, por la facilidad con que su estructura se ajusta a las orientaciones básicas de la nueva legalidad fundamental. Lo segundo, porque su eficacia le acredita como solución que todos han aceptado de buen grado. La suma de sus caracteres cumplía la exigencia central de oralidad que —al ser indisociable de sus otras peculiaridades y presentarse por el constituyente como el *buque insignia de esa flota de principios*— encarece el art. 120.2 CE. No había reparos de peso que, a la luz de la DD 3 CE, dificultaran la incorporación de este modelo de proceso al orden constitucional recién asentado.

Otra ventaja se desprende de la copiosa doctrina que, al resolver los problemas procesales llevados al amparo constitucional, ha corregido vicios y colmado vacíos que, aún habida cuenta de la excelencia técnicojurídica del proceso social, se debían a su estirpe autoritario. La versión más reciente del texto procesal —desoyendo, sin convincente justificación, la reserva de Ley a que obligan los arts. 24.2 y 53.1 CE— ha conseguido, empleando la formula de los arts. 82.1 y 5 CE, un resultado de sana fidelidad constitucional y utilidad indiscutible. No pocas voces se han sumado al coro de los argumentos en pro de las ventajas obtenidas si la tarea codificadora del Derecho Procesal Civil hubiese echado mano de este antecedente y elegido soluciones más simplificadas.

Los jueces ordinarios se mueven en un marco procesal cuyo régimen pretende disipar la endémica hostilidad sindical al ejercicio de un poder del Estado que los sindicatos combatieron y frente al que nunca ocultaron su desconfianza y sus recelos. Actitud fomentada por el antecedente emocional que denunciaba una judicatura poblada por jueces moderados de extracción burguesa, desconocedores del interior de las relaciones industriales y entregados a la causa de los clásicos derechos individuales que, para proteger las libertades de comercio y de cambio, defendía la *actitud antisindical* del demoliberalismo. Ello, sin olvidar que, hasta su conversión en interlocutor aceptado por el Estado social y democrático de Derecho, el sindicato mantuvo inmovible la promesa de liquidar el Estado de Derecho liberal burgués y acabar, gracias a la revolución, con la lucha de clases. El sindicato que —vinculado por ulteriores compromisos históricos— no ha rehusado los contactos y la cooperación con los poderes legislativo y ejecutivo del Estado, no ha intensificado sus relaciones con el poder judicial, ciertas de cuyas competencias se estiman lesivas de la autonomía colectiva. El sindicato se

proclamaba juez y parte en muchos aspectos de las relaciones colectivas y, celoso de esa autonomía, se negaba a delegar en terceros la decisión de sus incidencias conflictivas.

Se precisaba desvanecer la desconfianza sindical ante un modelo de proceso cuyo interés y eficacia merecen promoción y progreso. Sorprende que —tras los reproches de judicialización dirigidos al sistema autoritario— la experiencia democrática no haya sustituido del todo o, al menos, en medida notable, el acceso a la jurisdicción social por los *equivalentes jurisdiccionales* a los que el sindicato adjudica la máxima excelencia.

La idea —sabiamente explícita en el art. 7 CE— de que los sindicatos *no avanzan socialmente en solitario* y que, al insertarse en los tejidos de contribuciones o acciones solidarias, se benefician de las medidas de apoyo que el art. 9.2 CE pone a cargo de los poderes públicos, provoca una conclusión elemental. La de que el proceso en materia social se convierte en un provechoso instrumento cuyas ventajas vencen las resistencias que, en otros tiempos, se alzaron contra la sustitución de la autonomía sindical por la expresión de la soberanía del Estado que, conforme a los arts. 1.2 y 117.1 CE, representa el poder judicial.

El apoyo que procura la *oferta procesal* del Estado se refleja en aspectos notables. Los arts. 1 y 2 LPL —que van más lejos de la tasa de conocimiento prevista en el art. 9.5 LOPJ— abarcan el control judicial de las *controversias sindicales propias e impropias*, y no sólo de los denominados conflictos colectivos entre los sujetos de las relaciones industriales. El art. 17.2 LPL —que, reproduce, guardadas las distancias, el pasaje del art. 7 CE— plantea los problemas relativos a la *legitimación expansiva de los sindicatos* en toda clase de procesos y no sólo en aquellos a los que, por determinación legal, tienen acceso. El art. 20.1 LPL innova la *sindicación de acciones* consistente en las intervenciones sindicales que, aunque dirigidas a proteger los intereses individuales de los trabajadores, producen las repercusiones colectivas que son propias de la actitud testimonial y del precedente que sientan. Los arts. 151.1 y 152 a LPL legitiman activamente al sindicato para promover conflictos colectivos que —dada la conexión de los arts. 24.1 CE y 9.5 LOPJ— incluyen, aunque este aspecto se soslaya indefectiblemente, las controversias de naturaleza económica. El art. 171.1 LPL rescita las medidas de sustentación que, para reprimir judicialmente las conductas antisindicales, ponen fin a la desigualdad material de situaciones en que las iniciativas abusivas o ilícitas de los empleadores no pueden ser neutralizadas por la reacción de los sindicatos y sí por las *acciones de apoyo* de un poder del Estado.

## 9. Predilecciones interpretativas en el ámbito del Derecho Social

La aplicación que de las normas de Derecho Social hacen los jueces ordinarios, se señala por la tendencia —yacente en la naturaleza de las cosas— a optar por los criterios interpretativos de mayor provecho, sin desdeñar los que —para precisar el contenido y/o alcance de las proposiciones normativas confusas o poco inteligibles— se manejan de antiguo.

La aplicación de las normas del Derecho individual del trabajo exige acudir, en ocasiones, al auxilio esclarecedor de los contenidos del depósito del Derecho de Gentes de la OIT. El art. 10.2 CE cuida de recordarlo cuando —para hacer más comprensibles las normas rectoras de los que, según la dec. 5 Pr. VCTUE y el art. 136 I VCTR, son, hoy en día, los *derechos subjetivos fundamentales de los trabajadores*— se remite al elemento contextual que facilitan esos materiales.

Otro criterio afín es el también llamado contextual, a que apela el art. 3.1 C.c. en la *hipótesis originalista* de que algunas normas jurídicas dispongan de un entorno que favorece el éxito de la interpretación sistemática en el todo del cuerpo que las ha reunido. Esta perspectiva ha dado paso al uso postconstitucional de un *contexto común*, que —compartido por todos los sectores del ordenamiento jurídico— reside en los principios y preceptos constitucionales, y, dentro de estos, en los concernientes a la relación individual de trabajo.

Interviene, no menos, el elemento sociológico que resulta de trasladar al campo de la interpretación la teoría civilística de la *presuposición* o la *mudanza de la base del negocio*. El fenómeno de la regionalización o autonomización de esas normas, depende de la frecuencia con que dicho elemento de interpretación entra en juego. La *reinterpretación* —¿no es ello acaso sorprendente?— de uno de los conceptos indeterminados que enumera el art. 3.1 C.c. —a saber, el de la *realidad social*, en singular, del tiempo en que la norma ha de aplicarse— es consecuencia de la situación sobrevenida que, como hace notar el art. 143 CE, determina la nueva estructura del Estado compuesto de las autonomías. De ahí, que, en vez de una sola y única realidad social, se aprecien tantas *realidades sociales*, en plural, como círculos de naturaleza autonómica corresponden a los *hechos diferenciales* respectivos. Cada una de esas realidades incide en las operaciones de aplicación de las normas del Derecho individual del trabajo —muy sensibles al advenimiento y celeridad de los cambios— y justifica una *tarea cuasilegislativa* que rebasa los confines conceptuales de la interpretación tradicional. Tarea que remoja el mensaje del legislador y —consumando el

esfuerzo a que invita el art. 9.2 CE— lo transforma en otro que atribuye a la norma jurídica un *espíritu y finalidad divergentes* de los que le acompañaron al tiempo de nacer.

Otras particularidades interpretativas se deben a la sensibilidad con que las cláusulas de la parte normativa de los convenios colectivos —pertenecientes a un ordenamiento jurídico extraestatal— han de entenderse, porque su gestación revela lo que en ellas hay de cuerpo de contrato y alma de ley. Su imagen convencional ocultaba el fenómeno que, bajo apariencia de una negociación entre iguales, suponía la *supremacía del poder sindical* que, dominando el proceso de la negociación colectiva, dictaba periódicamente las condiciones y consecuencias del cumplimiento de una deuda histórica. La que el Estado social de Derecho había contraído para resarcir a la clase trabajadora en dos conceptos. Uno, el derivado del daño colectivo imputable a las omisiones del Estado demoliberal que privó a esa clase del espacio social habitable que en justicia le correspondía. Otro, el consiguiente a la desigualdad que—rehusando elevar a derechos subjetivos y/o situaciones jurídicas, los intereses individuales y colectivos de los trabajadores— había primado los valores de la libertad de empresa y la iniciativa económica. Las acciones de apoyo del Estado confieren a esas cláusulas la eficacia general que les convierte en normas jurídicas de un ordenamiento que se beneficia de esa protección. El proceso de negociación colectiva ofrece pormenores y datos que hay que ponderar —como si se tratase de un negocio jurídico— para aplicar las reglas que los arts. 1.281 y sigs. C.c. dedican a la interpretación de los contratos. La eficacia general de esas cláusulas requiere, de otra parte, usar de los criterios de interpretación con que el art. 3.1 C.c. flexibiliza la aplicación de las normas jurídicas que acusan esa necesidad de aclaración.

La perspectiva del juez ordinario que —mediante sentencias normativas— resuelve conflictos colectivos de interpretación, no es la misma que la que precede a la decisión de una contienda individual. El *interés legítimo* —cubierto por la efectiva tutela judicial que garantiza el art. 24.1 CE— es entonces una variante del *interés general*, cuya asimilación y tratamiento requieren razonar con delicadeza y reflexión especiales.

## 10. Complementos de la justicia constitucional y la jurisprudencia social ordinaria

El juez ordinario cuenta con las aportaciones de la jurisprudencia social ordinaria que —no obstante la exhaustividad formal o *plenitud* del sector social del ordenamiento jurídico estatal y lo innecesario de

una *contribución suplementaria*— constituye, como anuncia el § 7 EMTPC.c. y confirma el art. 1.6 C.c., un *complemento cuasinormativo*. Sus experiencias depuran el mensaje de las normas jurídicas, señalan sus inflexiones y/o matices, y dotan de los ingredientes que hacen de su aplicación una tarea accesible a la receptividad intelectual y eficiente para la tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos. Puede decirse que —emulando un conocido dicho filosófico sobre la identidad de la persona individual— *cada norma jurídica es ella y su entorno jurisprudencial*. Se da la circunstancia de que, al aplicar el Derecho Social objetivo, los jueces ordinarios pueden emplear con más frecuencia —como lo prueba la estadística— la doctrina de la justicia constitucional que la que, en los temas de Derecho Social, procede del acervo jurisprudencial propiamente dicho.

La jurisprudencia social ordinaria se alimenta de las *operaciones monofilácticas* típicas de la casación tradicional. Su cualidad de recurso extraordinario requiere la *sujeción al precedente* explícito en la reiteración de los fallos que obedecen a una misma *razón de decidir*. De los arts. 9 a 203.1 LPL se concluye que este recurso sólo se puede interponer contra las sentencias dictadas, en única instancia, por unos órganos colegiados cuya producción decisoria no es muy abundante. El verdadero *componente provocador* de las respuestas jurisprudenciales —a saber, las decisiones de los órganos judiciales unipersonales que, también en única instancia, entienden de la mayoría de las cuestiones litigiosas— no tiene acceso a la casación tradicional y sólo se controla, con las restricciones del *blindaje* que se ha implementado, por medio del recurso que —llamado impropriamente de casación para la unificación de doctrina— pretende reducir o eliminar las diferencias interpretativas a que alude el art. 217 LPL. No se ha colmado el espacio que quedó vacío cuando, tras desaparecer el recurso de suplicación de ámbito estatal, fue sustituido por el homónimo de ámbito autonómico, que estimula el fenómeno de la *regionalización del Derecho del Estado*. Este medio de impugnación cumple, con dificultades y reservas, las funciones que se retiran a la casación tradicional y que el recurso de casación para la unificación de doctrina no agota satisfactoriamente.

Los jueces ordinarios se auxilian modestamente de la casación tradicional, porque así resulta de la reducción consiguiente al reparto de las competencias judiciales en materia social. Los arts. 188.1, 189 y 203.1 LPL lo acreditan. Los *fallos* de la casación para la unificación de doctrina adquieren una utilidad dependiente de su selectividad y de las dificultades de individualizar las cuestiones objeto de censura.

No ocurre lo mismo con las decisiones emanadas de la justicia constitucional. La interposición —muy frecuente en materia de Dere-

cho Social— de recursos de amparo que denuncian la vulneración judicial del derecho fundamental o la libertad pública invocados, determina —aún mediante las *reflexiones condicionadas* o hipotéticas que, sobre los aspectos de fondo, suelen anticipar las decisiones de inadmisión a trámite— una voluminosa aportación de criterios complementarios de ese sector del ordenamiento jurídico. No fue pacífico ni fácil, durante algún tiempo, especificar qué decisiones de la justicia constitucional vinculaban a los jueces ordinarios en su aplicación e interpretación de la legalidad. Los artículos 5.1 y 7.1 LOPJ han resuelto el problema y aclarado que esa vinculación incluye la doctrina sentada en la resolución de los recursos de amparo. El provecho de esta contribución se explica por la sutileza con que se ha construido una suerte de *uso alternativo o concurso aparente* de normas constitucionales. Aunque casi todas las situaciones peculiares del Derecho Social objetivo subyacen a las rúbricas de la sec. 2.<sup>a</sup>, cap. 2.º, tít. I y del cap. 3.º, tít. I CE, que respectivamente rezan *De los derechos y deberes de los ciudadanos* y *De los principios rectores de la política social y económica*, la polivalencia de los arts. 14 y 24 CE ha permitido referir a los derechos fundamentales que ahí se reconocen —a saber, la igualdad material y la ausencia de discriminaciones, y la efectiva tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos de todas las personas— muchos aspectos de Derecho Social que, por definición, carecían de esa cobertura.

Alguna que otra reflexión es necesaria. La justicia constitucional ha construido, en buena parte, la doctrina de la protección y garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, gracias a la materia prima o contribución facilitada por el planteamiento de dichos recursos de amparo. El Derecho Social se ha beneficiado de una *dosís de complementariedad* más densa que la de otros sectores del ordenamiento jurídico, aunque, con razón, se denuncien las injerencias de la justicia constitucional en el campo de la legalidad ordinaria. Los jueces ordinarios —obligatoriamente informados del Derecho aplicable a los casos que enjuician— se ven en la necesidad —más acuciante— de adquirir noticia de esas aportaciones y redoblar su esfuerzo de conocimiento del cuerpo de doctrina que ponen a su alcance.

## 11. Flexibilidad metodológica en el uso de los complementos jurisprudenciales

Difiere la medida en que el juez ordinario se sirve de los complementos normativos que le facilitan las iniciativas jurisprudenciales. Ha sido, a todas luces, un error —más explicable por un designio sublimi-

nal de *ajuste de cuentas* que por los imperativos de la técnica jurídica— prescindir del *grueso contingente* de la doctrina de suplicación estatal, cuya contribución fue decisiva para unificar el sector social del ordenamiento jurídico, ya que los mecanismos de atribución de competencias reducían considerablemente el conocimiento de la casación tradicional. La antigua doctrina de suplicación se ha proscrito en lo que podía ofrecer de complemento cuasinormativo y referencia contradictoria respecto al recurso de casación para la unificación de doctrina. Recurso que ha vuelto innecesariamente sobre temas que la primitiva suplicación había resuelto y que se han replanteado para intentar, sin éxito, determinados cambios de criterio. Lo cual no impide que los *fallos* de la suplicación se sigan invocando para fundar resoluciones que descansan en su solvencia doctrinal.

El uso que los jueces ordinarios hacen de la doctrina de suplicación del espacio autonómico, asegura la aplicación uniforme del Derecho Social en ese ámbito, pero no suprime las contradicciones cuya imposibilidad o dificultad de localización las hace irreductibles. A cambio de cierta *unificación autonomizada* del Derecho del Estado a que alude el art. 149.1 núms. 7.º y 17.º CE, aparecen los riesgos de que —contra el imperio del principio ontológico de no contradicción— las normas jurídicas del Derecho Social *puedan ser y dejar de ser al mismo tiempo*, convirtiéndose en el resultado de su fraccionamiento en dos o más versiones regionalizadas. Fenómeno que —reflejando la tendencia a edificar un Derecho Social autonómico— se debe, de una parte, a que el actual recurso de suplicación no cumple los objetivos que alcanzaba su predecesor, y, de otra, a lo insuficiente del recurso de casación para la unificación de doctrina en orden a las finalidades que su rotulación dice perseguir.

Se pregunta si una lectura flexible de las decisiones de la casación para la unificación de doctrina obliga a aceptar —aun cuando el requisito de la reiteración no concurra— las *adiciones* que se suman a la elección —inherente a la naturaleza del recurso— del criterio que, por más acertado, debe prevalecer y preferirse. Se cuestiona también si la doctrina anterior de casación —aparentemente contradicha por la posterior que se desdice de su tesis— debe imponerse, como precedente inamovible, o soportar la revisión exigida por la introducción de criterios regeneradores que impiden petrificar las conclusiones a que, según el art. 14 CE, lleva el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Se advierte, en fin, la flexibilidad con que, a diferencia de los criterios de la casación tradicional, se accede a la doctrina de la justicia constitucional que el art. 5.1 LOPJ declara vinculante. Si los primeros

han de ser reiterados, los segundos se eximen de esta necesidad, porque probablemente no va a repetirse la oportunidad —aprovechable entonces— de construirlos y dar a conocer su novedad. Si los unos sólo pueden fundarse en las razones decisorias o argumentos centrales del discurso efectuado, los otros pueden figurar en afirmaciones que, aún hechas de pasada, revelan el propósito de fijar una nueva doctrina. Los pareceres de la casación tradicional se expresan mediante sentencias definitivas, mientras que la doctrina de la justicia constitucional puede emanar de resoluciones interlocutorias y definitivas. La casación tradicional opera a través del recurso así denominado y la justicia constitucional genera su doctrina en cualesquiera de los procedimientos que sus competencias le atribuyen.

## 12. De la *flexibilidad* a la *recivilización* del Derecho Social

La *acción resocializadora* pertenece a las obligaciones pendientes de cumplir por el juez ordinario que aplica las normas de Derecho Social. La libertad de decisionismo político del legislador puede degradar el *Derecho flexible* a un instrumento que debilita las relaciones de trabajo y engendra riesgos merecedores de alguna reflexión.

Cabe que las soluciones flexibles —aún las que, a primera vista, muestran aspectos más intranquilizadores y objetables— convengan a las necesidades surgidas de la crisis económica y a las atenciones de la coyuntura en que se han suscitado. El peligro de las soluciones flexibles no está en la implantación de los nuevos derechos y obligaciones que introducen, minorando los derechos adquiridos —individual y colectivamente— por los trabajadores y disipando la confianza puesta en la consolidación del clásico principio de irrevocabilidad de las adquisiciones sociales. Lo que, en el fondo, inquieta es el perjuicio anejo a ciertos abusos incontrolables de los derechos llamados a reforzar una libertad de empresa que, a la luz del art. 38 CE, adquiere la naturaleza de un *derecho-función*.

Allí donde intervienen los *derechos-función* —cuyos poderes facilitan el cumplimiento de las cargas que llevan consigo— es fácil que, a causa de las dificultades de control, se transformen en *productos perversos* que aprovechan lo que tienen de *derechos útiles* y eluden cuanto hay en ellos de *deberes gravosos*. Cuando las anomalías de la desnaturalización pueden corregirse, sólo cuenta el esfuerzo necesario para enmendarlas y ponerles fin. Lo cierto es que esas demasías son, difícilmente perceptibles y —lo que es más grave— apenas controlables. Su perpetuación reafirma un estado de cosas en que las

consecuencias de la flexibilidad no constituyen el resultado de ejercitar regularmente los derechos que innova, sino la *petrificación* que, a causa de una actuación antisocial e irreprimible, adquieren sus excesos. La multiplicación y la impunidad de estas situaciones vigoriza las tentaciones de abuso y explica que el *ensayo de la flexibilidad*, lejos de respetar su pureza conceptual, desencadene consecuencias indeseadas por el ordenamiento jurídico que la recibió e hizo suya con fines distintos.

A la dificultad de controlar los excesos de la flexibilidad, se suman la exaltación de los principios neoliberales y la *coartada de la globalización*. Los antiguos reformadores sociales —que se situaron en la perspectiva existencial y realista del *orden natural*— concibieron el futuro del *achicamiento del mundo* como la oportunidad estelar de que la justicia se repartiese a través de los vasos comunicantes de la modernidad histórica. Objetivo que hoy parece servir a otras aspiraciones. La *mundialización* —acercamiento de los escenarios históricos y sociales, e incremento de las interacciones que antes se congelaban y disolvían en espacios menores— se ha erigido en el título legitimador de un neoliberalismo que no cuida de vigilar sus formas, al servirse de las oportunidades que conquista, ni vacila en mostrar el más endurecido de los rostros posibles.

Los jueces ordinarios —enfrentados a esta novedad jurídica y social— no tienen que acudir al *uso alternativo* del Derecho y les basta con ocuparse de la medida en que las soluciones neoliberales —que se propagan y van prevaleciendo— se condicen o pugnan con las consignas capitales que, al amparo de los arts. 1.1 y 9.2 CE, inspiran el proyecto del Estado social y democrático de Derecho. No se trata de emprender un drástico vaciado del ordenamiento jurídico y sí de aligerar el *ingrediente de escasez social* con que la legislación establece ciertas soluciones neolibradoras. Hace falta que las realidades sociales del tiempo y del lugar —accesibles al juez ordinario por precepto del art. 3.1 C.c.— respalden unas *iniciativas flexibles de signo contrario* que, al menos en parte, suavicen las nuevas rigideces que han puesto de moda las servidumbres de la economía.

Lo que, a través de concesiones obligadas y derrotas apenas percibidas, quedaba del conflicto industrial —clave de la esperanza de una clase que vivió sus expresiones civilizadas y eficaces— se esfuma aceleradamente. La *mundialización económica* fomenta el ejercicio irreprimible de la libertad de empresa y, con ella, el traslado de los procesos productivos a lejanos espacios geográficos, cuya tradición cultural ignora los afanes de justicia social y disipa el peligro de que sus expresiones puedan recrudecerse o revivir. Circunstancia que obliga al sindi-

cato a posturas de mayor transigencia, porque —al decaer su potencial en el clásico escenario del conflicto industrial— la negociación colectiva sólo cubre una parte de sus objetivos y desplaza la otra al campo de una negociación individual en que se reitera el dominio contractual de la parte más fuerte.

Ante la magnitud y las repercusiones de estas realidades sociales, los jueces ordinarios no se encuentran con las manos vacías a la hora de someterse exclusivamente al imperio de la ley. El *espíritu móvil* de las leyes que aplican —evocado, como fundamental, por el art. 3.1 C.c— obliga a ponderar sus novedades y, gracias a la dosis de poder interpretativo que otorga, facilita la eliminación de las consecuencias menos deseables de una neoliberalización que ha puesto al mundo del trabajo en trance de sacrificar las más caras de sus esperanzas.

Una parte de la opinión pública asimila el mensaje de que la mundialización inaugura un proceso de conspiración contra los pobres y se propone esquilmarlos concienzudamente. Otro sector desautoriza esta postura y la denuncia como la conclusión de una doctrina que, para desalentar a los pueblos subdesarrollados, fabrican economistas —subdesarrollados también— de escaso fuste intelectual.

La *recivilización del Derecho Social* obedece, propiamente hablando, a la tentativa de aprovechar sus numerosas experiencias jurídicas para erigir un sistema en que la utilización ordenada de las mismas facilite la construcción de una teoría que, lejos de hacer caso omiso de las realidades, acierte a explicarlas en la variedad y riqueza de sus manifestaciones. Recivilizar el Derecho Social es destinar los recursos de la dogmática y la técnica jurídica a obtener soluciones que permitan al juez ordinario insertarse en las contradicciones de la sociedad a la que sirve, exhumar los rasgos de la civilización a la que pertenece y, con su auxilio, transformar el Derecho en justicia.

La recivilización que propugna el pensamiento neoliberal, tiene poco que ver con ese esfuerzo constructivo, porque propende a acelerar la pérdida de los contenidos sociales del ordenamiento jurídico y a rebajar su complejidad —legítima y fatigosamente conquistada— al marco de un episodio más del Derecho común de las obligaciones.

### 13. Consideraciones consiguientes

Las anteriores reflexiones, se exponen, como es propio del tema que abordan, a críticas y disidencias. Su lectura puede provocar la re-

flexión con que, hace años, un moralista anglosajón censuraba a los fieles católicos del continente su avidez por soluciones —cerradas y seguras— que eliminasen toda discrepancia y que, una vez aceptadas, gobernasen la conciencia individual a que se destinaban. Advertía que, en su lugar, tenía que aspirarse a obtener pareceres o criterios con que *formar esa conciencia* y no desistir de la parte de autoformación correspondiente a la responsabilidad y creatividad de cada uno. También es ésta una verdad cada vez más implacable en el presente y el porvenir del Derecho.

Frente a la tentación de reemplazar por las adquisiciones de la inteligencia artificial, las funciones insustituibles del modo natural de comprender, esta reflexión vale siempre y en todo lugar. Recuerda la represión que, hace más de ocho siglos, se desencadenó contra la iniciativa de quienes, intuyendo y augurando el futuro libre del entendimiento, osaron inventar la máxima ... *atrévete a pensar...*, con que, mucho después, el racionalismo ilustrado cooperaría a levantar el edificio de un Derecho moderno y ambicioso

## Abreviaturas y siglas

APS:	Acuerdo sobre Política Social adjunto al Prot. PS.
art.:	artículo.
cap.:	capítulo.
C.c.:	Código Civil español de 24.7.(8)89.
CCDSFT:	Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 8 y 9.12.(9)89.
CE:	Constitución española de 27.12.(9)78.
CSE:	Carta Social Europea de 18.10.(9)61.
dec.:	decisión.
DD:	Disposición Derogatoria.
EMTPC.c.:	Exposición de Motivos de la L.31.5.(9)74, de reforma del Título Preliminar del Código Civil.
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.7.(9)85.
LOTG:	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3.10.(9)79.
LPL:	Ley de Procedimiento Laboral (RD. Leg. 7.4.(9)95).
n.º:	número.
núms.:	números.
OIT:	Organización Internacional del Trabajo.
§:	parágrafo
Pr.:	Preámbulo
Prot. PS:	Protocolo relativo a la Política Social, adicional a la VATUE.
sec.:	sección.
TA:	Tratado de Amsterdam de 2.10.(9)97.

VATR:	Versión Anterior del Tratado de Roma de 25.3.(9)57.
VCTR:	Versión Consolidada del Tratado de Roma, modificado por el TA.
VCTUE:	Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea, modificado por el TA.
tít.:	título.

# PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA\*

Antonio Javier Perez Martín

*Sumario:* I. Inicio de la ejecución. 1. Cuestiones generales. A. Legitimación para solicitar la ejecución. B. Juzgado competente para la ejecución. C. Forma de solicitar la ejecución. D. Intervención de Abogado y Procurador. E. Costas de la ejecución. 2. Ambito de la ejecución. 3. Momento desde el que puede solicitarse la ejecución. A. Medidas Provisionales. B. Medidas fijadas por los cónyuges en el convenio regulador. C. Pronunciamientos de la sentencia definitiva. 4. Régimen transitorio de las ejecuciones en la nueva LEC. A. Sentencias dictadas antes de entrar en vigor la nueva LEC y que se encuentran pendientes de resolución del recurso de apelación. B. Ejecuciones que se encuentren en trámite a la entrada en vigor de la nueva LEC. II. La ejecución de los pronunciamientos de contenido económico. 1. Medidas de garantía ante el impago de pensiones. 2. Solicitud de ejecución. 3. Auto despachando ejecución. 4. Oposición del ejecutado por las causas establecidas en la LEC y en el CC. A. Pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia. B. Caducidad de la acción ejecutiva. C. Pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público. D. Compensación. E. Pluspetición o exceso. F. Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda. G. Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia pronunciamiento de condena. 5. Otras causas de oposición. A. Supuesto en el que el hijo tiene ingresos propios, aunque convive en el domicilio familiar. B. Proporcionalidad de los alimentos al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. C. Interposición de una demanda de modificación. D. Estar conviviendo el cónyuge beneficiado de la pensión compensatoria con una tercera persona o haber accedido a un trabajo remunerado. E. Haber formado el deudor una nueva familia. F. Situación de desempleo del progenitor. G. No haber ejercido el derecho de visitas. H. Estar trabajando el otro conyuge y ganar más dinero que él. I. Descuento de los meses de vacaciones. J. Haberse impugnado la paternidad por parte del obligado al pago de la

---

\* Jornadas de Derecho de Familia. Los procesos matrimoniales en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Bilbao, 7 y 8 de junio.

pensión alimenticia. K. Extinción de la pensión alimenticia del cónyuge tras la sentencia de divorcio. L. Existencia de una reconciliación temporal durante la época en la que se reclaman las pensiones. M. Traslado voluntario del hijo mayor de edad al domicilio del progenitor obligado al pago de alimentos. N) Cambio tácito de la guarda y custodia o convivencia temporal del hijo menor de edad con el progenitor no custodio. 6. Tramitación de la oposición del ejecutado. A. Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales. B. Sustanciación de la oposición por motivos de fondo. 5. Otras cuestiones relacionadas con el pago de las pensiones. A. Administración de la pensión alimenticia. B. Prestación de los alimentos en casa del alimentante. III. La ejecución del pronunciamiento de atribución del uso de la vivienda. IV. La ejecución del pronunciamiento sobre atribución de guarda y custodia. V. La ejecución del pronunciamiento sobre régimen de visitas.

## I. Inicio de la ejecución

Una vez que los cónyuges de mutuo acuerdo o en su defecto el juez han establecido las medidas que van a regular en el futuro las relaciones personales, patrimoniales y paterno filiales de los cónyuges, su incumplimiento va a dar lugar al inicio de una tortuosa, complicada y eternizable ejecución de sentencia que, a pesar de las modificaciones que se han introducido en la LEC, vamos a seguir padeciendo tanto los justiciables como los profesionales del derecho.

### 1. Cuestiones generales

#### A) LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA EJECUCIÓN

En principio, la ejecución de las resoluciones dictadas en los procedimientos matrimoniales sólo puede iniciarse a instancia de parte, si bien, y respecto exclusivamente a cuestiones que afecten a los menores de edad, cabe la posibilidad de que a instancia del Ministerio Fiscal o de oficio pueda el tribunal acordar las medidas que estime convenientes, y concretamente las enumeradas en el art. 158 del CC<sup>1</sup>. No se in-

---

<sup>1</sup> Conforme a lo establecido en el art. 158 del CC, el Juez, de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

corporó al texto de la ley una enmienda del Grupo Socialista que pretendía que la ejecución de las disposiciones de carácter patrimonial contenidas en sentencias que versen sobre asuntos de familia fuesen ejecutadas de oficio por el órgano jurisdiccional de 1.ª Instancia, ni tampoco la creación de un fondo de pensiones.

Si en la sentencia se han fijado pensiones alimenticias destinadas a hijos mayores de edad, surge la cuestión de determinar si la legitimación para reclamar las no abonadas la tiene el progenitor con el que éstos conviven o cabe la posibilidad de que los hijos puedan reclamarlas directamente dentro del procedimiento matrimonial. Respecto a esta cuestión, nada aclara el texto de la nueva LEC, y por tanto seguimos con la misma incertidumbre que hasta ahora, aunque bien es cierto que la tesis mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia<sup>2</sup> se inclinan por la primera de las opciones, es decir, sólo tendrán legitimación para reclamar la ejecución de la sentencia el progenitor con el que convivan los hijos mayores. No obstante, existen secciones de Audiencias, como las Sec. 3 y 4 de la AP de Granada<sup>3</sup>, que exigen la personación del hijo

---

<sup>2</sup> «Si bien es cierto que se estableció a favor de una hija de los litigantes, dicho pronunciamiento recayó en la litis de separación matrimonial de los mismos, que no admite, en ningún caso, otras partes que los cónyuges, pues las medidas complementarias a adoptar en la sentencia, conforme a lo prevenido en los artículos 91 y siguientes del Código Civil, aunque afecten a los hijos, no legitiman, en modo alguno, a éstos para personarse en el procedimiento a fin de defender sus derechos de forma independiente, siendo sus progenitores los únicos legitimados al efecto, en cuanto las referidas medidas están subordinadas, y por ello son inseparables, al nuevo estado civil, ejercitándose las acciones correspondientes, en especial las de carácter alimenticio, en virtud de la representación que por Ley corresponde a padre y madre (art. 154.2 en relación con el 93.1 del Código Civil), lo que nos lleva además a resolver sobre la legitimación de la madre para solicitar la ejecución de acuerdo a lo que resulta de la jurisprudencia citada y del redactado del propio artículo 91 y del art. 93 del Código Civil» (SAP de Madrid Sec. 22ª, de 26 de septiembre de 1995 y SAP de Barcelona, Sec. 18ª de 16 de septiembre de 1999).

<sup>3</sup> Si bien es verdad que la obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos no cesa con la mayoría de edad de éstos, sino que, conforme al artículo 142 del CC se prolonga mientras el hijo no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, también es cierto que el art. 39 del CC, según la redacción que le da la Ley de 15 de octubre de 1990, permite que estos derechos de los hijos mayores de edad puedan ser hechos efectivos en el mismo procedimiento de separación o divorcio de sus progenitores; pero para ello es indispensable, no sólo que quede acreditado que el hijo no ha completado su formación por causa que no le sea imputable, como exige el art. 142, sino también, por aplicación de principios procesales inderogables, que lo solicite persona legítima, la que no es precisamente la madre, que no es quien para servir de intermediaria, pues carece de poder o representación para actuar en nombre de un hijo mayor de edad que cuenta con plena capacidad jurídica y que puede, o bien comparecer en el procedimiento de separación o divorcio, haciendo valer sus propios derechos, o bien interponer un procedimiento de alimentos contra su padre, que puede ser el especial y sumario que le brindan los artículos 1.609 y ss. de la LEC» (SAP Granada, sec. 3ª, 27 de enero de 1998).

mayor de edad, tanto para la fijación de la pensión, como lógicamente para la reclamación de atrasos y que no permiten en ningún momento la representación por parte del progenitor.

#### B) JUZGADO COMPETENTE PARA LA EJECUCIÓN

Según señala el art. 545 de la LEC, será competente para la ejecución de resoluciones judiciales y de acuerdos judicialmente homologados, el tribunal que conoció del asunto en primera instancia.

#### C) FORMA DE SOLICITAR LA EJECUCIÓN

La forma general de solicitar la ejecución es mediante la presentación de una demanda ejecutiva que debe reunir los requisitos que se contienen en el art. 549 de la LEC, no obstante, el segundo número de este artículo señala que cuando el título ejecutivo sea una sentencia o resolución dictada por el tribunal competente para conocer de la ejecución, la demanda ejecutiva podrá limitarse a la solicitud de que se despache la ejecución, identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda.

#### D) INTERVENCIÓN DE ABOGADO Y PROCURADOR

De conformidad con lo establecido en el art. 539 de la LEC, el ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por Letrado y representados por Procurador.

#### E) COSTAS DE LA EJECUCIÓN

Las costas que se causen en la ejecución de las resoluciones matrimoniales serán de cargo del ejecutado, sin necesidad de expresa imposición (art. 539,2 de la LEC).

### 2. *Ambito de la ejecución*

Teniendo en cuenta las distintas resoluciones que pueden dictarse a lo largo de los procedimientos matrimoniales por los que pueden pasar los cónyuges —medidas previas, provisionales, sentencia de separación, divorcio y nulidad, sentencia de modificación de medidas, sentencia declarando la eficacia civil de una resolución eclesiástica—, hay que precisar que cada una de ellas tendrá su propia ejecución autó-

noma. Sin embargo, el art. 555 de la LEC, permite la acumulación de ejecuciones: «A instancia de cualquiera de las partes, se acordará la acumulación de los procesos de ejecución pendientes entre el mismo acreedor ejecutante y el mismo deudor ejecutado». Dicha acumulación se sustanciará en la forma prevenida en los arts. 74 y ss. de la LEC, es decir, deberá solicitarse ante el tribunal que conozca del proceso más antiguo, y su tramitación dependerá de que las ejecuciones se encuentren pendientes ante un mismo tribunal o ante distintos tribunales.

### 3. Momento desde el que puede solicitarse la ejecución

#### A) MEDIDAS PROVISIONALES

Los pronunciamientos que se contengan en los autos de medidas previas y provisionales son ejecutables inmediatamente, ya que contra los mismos no cabe interponer ningún tipo de recurso. No obstante, será de aplicación lo dispuesto en el art. 548 de la LEC: «El tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los veinte días posteriores a aquél en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado».

¿Podremos reclamar las pensiones alimenticias —o contribución a las cargas del matrimonio— desde la fecha del auto o, como señala el art. 148 del CC desde que se presentó la demanda? No existe unanimidad entre los tribunales en esta cuestión diferenciándose básicamente dos posturas:

—*La pensiones sólo deben abonarse desde la fecha en que se dicta el auto de medidas provisionales.*

En materia de alimentos en sede del proceso de familia, no rige el principio de retroactividad del art. 148 del CC, pues existen normas propias especiales de aplicación preferente, y al estar previsto en el sistema la existencia de medidas provisionales del art. 104 del CC, así como de medidas provisionales del art. 103, la vigencia de las medidas establecidas en la sentencia definitiva no desplegará sus efectos sino desde la fecha de la propia sentencia que las establece<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> *La pensión alimenticia debe abonarse desde la fecha del auto de medidas provisionales y no desde la presentación de la demanda. AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 13 de marzo de 1998. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.* Es preciso enjuiciar la pretensión del demandante de que los efectos de las medidas provisionales se esta-

—*Las pensiones alimenticias se abonarán desde la presentación de la demanda, con independencia de la fecha en que se haya dictado el auto de medidas provisionales.*

La base de esta tesis se encuentra en lo establecido en el art. 148 del CC: «*La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*», artículo que resulta de aplicación a las pensiones alimenticias fijadas en los procedimientos matrimoniales por disponerlo expresamente el art. 153 del CC: «*las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate*»<sup>5</sup>.

blezcan desde la fecha del auto que las estableció, y de los medios de prueba practicados se desprende con absoluta claridad, que la retroactividad de los efectos de las obligaciones económicas de carácter alimenticio del auto que fijó las medidas provisionales, no fueron en absoluto solicitadas por la parte que instó tales medidas, por lo que el reconocimiento de tal carácter en el auto impugnado implica que la juzgadora de instancia incurrió en incongruencia *supra petita*. No hay que olvidar que en los litigios matrimoniales, cualquiera de las partes dispone de la posibilidad de instar la adopción de medidas provisionalísimas del art. 104 del CC, que en su configuración tras la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no precisan las notas de urgencia que la anterior regulación exigía, y sólo ha de acreditarse la oportunidad y la necesidad de tales medidas entre las que figura, sin lugar a dudas como de superior relevancia, el establecimiento y fijación de alimentos para cubrir las necesidades de la familia por mientras se interpone la demanda de separación y tales medidas son sustituidas, en su caso, por las de carácter «provisional». En consecuencia con lo anterior, el art. 148 del CC es la norma general sobre alimentos, que cede ante la regulación especial de los mismos en los procedimientos de familia, por lo que su aplicación no puede ser nunca dispuesta de oficio en lo que se refiere a la fecha de retroacción de los efectos, sino siempre por rogación de parte, y previo pronunciamiento motivado en cada uno de los supuestos que puedan presentarse. Tal conclusión es la que se desprende de una interpretación sistemática del procedimiento típico de familia, pues de lo contrario, las reiteradas fases en que el juez ha de pronunciarse sobre la cuantía de los alimentos en un mismo litigio, —medidas provisionalísimas, provisionales, modificación de medidas, oposición al auto de medidas, Sentencia definitiva en la instancia y sentencia de apelación—, pugnaría con los principios más elementales de la seguridad jurídica, ante la posibilidad de retrotraer efectos respecto a la regulación consecutiva de una misma materia.

<sup>5</sup> *La pensión alimenticia fijada en la sentencia matrimonial producirá sus efectos desde la fecha de interposición de la demanda, ya que resulta de aplicación lo establecido en el art. 148 del CC, AP BARCELONA, Sec. 18, Sentencia de 16 de febrero de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.* La única cuestión sometida a examen en esta alzada por la esposa apelante, es la relativa a la fecha que ha de tomarse en consideración para el abono de la pensión alimenticia, esto es, el *dies a quo* a partir del cual la prestación de alimentos debe producir sus efectos, es decir, si es el de la fecha de la sentencia, cual indica la resolución de instancia, o el de la interposición de la demanda, como sos-

Junto a estas dos opciones, podemos incluir a una tercera intermedia que incluye a ambas, y que sostiene que la pensión alimenticia hay que abonarla desde la fecha de presentación de la demanda si en esa fecha ya no existía la convivencia entre los progenitores y se incumplían

---

tiene la recurrente, y en concreto si es aplicable a los procesos matrimoniales la normativa contenida en el art. 148 del CC.

Siendo ésta la sola cuestión controvertida en la presente apelación, es de señalar que, por lo que respecta al *dies a quo* para el devengo de los alimentos, este Tribunal es del todo favorable a la interpretación de que es perfectamente aplicable a los casos como el que nos ocupa el contenido del art. 148 del CC, de forma que aquéllos deben devengarse desde la fecha de la interposición de la demanda. Esta misma tesis ya fue sostenida con reiteración por la Sala 1.<sup>a</sup> de la extinta Audiencia Territorial de Cataluña, así, entre otras, en sentencias de 14 de abril de 1987 y 21 de septiembre de 1988, y también por esta misma Audiencia Provincial, así en sentencias de la Sección 1.<sup>a</sup> de 31 de octubre de 1996, y de esta misma Sección 18.<sup>a</sup> de 25 de noviembre de 1998 y 19 de enero de 1999, por citar sólo algunas de las más recientes, en las cuales se destaca, que la naturaleza de la obligación de alimentos de los padres para con sus hijos nace del hecho mismo de la procreación y se configura por la Ley como obligación legal, y que, por ende, no puede ser constituida por sentencia, sino declarada, y de ahí que, como toda obligación que deriva de un hecho jurídico o de un acto jurídico, tiene que producir sus efectos, en tanto que afirmados y reconocidos por una sentencia, desde la fecha de la acción, es decir, desde la demanda rectora de la litis. Históricamente este es precisamente el contexto del art. 148 del CC, cuya redacción original se mantiene en la actualidad, la cual se corresponde a un momento cronológico en que las reclamaciones de alimentos por razón de la generación biológica se canalizaban a través del juicio declarativo correspondiente, en estricta observancia de lo dispuesto en el art. 1.615 de la L.E.C. en relación con el 1.609 de la misma, que configura el procedimiento —aún más antiguo— de alimentos provisionales. De otra parte, la distinción entre alimentos entre parientes y alimentos derivados de situaciones de crisis convivenciales, que ciertamente ha tenido más o menos fortuna desde la definitiva regulación de la separación y del divorcio por la reforma de la Ley de 7 de julio de 1981, no tiene dogmáticamente sentido, ni tampoco, en la realidad social actual, atendiendo a la configuración que la Ley de la potestad del padre y de la madre —de aplicación preferente en Cataluña— hace de los alimentos, así como la definitiva que realiza el nuevo Código de Familia de 15 de julio de 1998, en el cual desaparece precisamente la dicotomía antes mencionada. Ciertamente algunos autores defienden e incluso hay Tribunales que sancionan que las sentencias de separación, nulidad o divorcio están llamadas a regular *ex nunc* todos los efectos civiles del cambio de estado que efectivamente constituyen, y entre ellos también las previsiones en materia de alimentos por causa de generación biológica, por el hecho de que los arts. 91, 93 y concordantes del CC se limitan a indicar al Juez de Familia su obligación de pronunciarse en cuanto a estos aspectos, en defecto de convenio regulador —art. 90 CC—. Pero sostener tal tesis, según criterio de esta Sala, implica desconocer la naturaleza intrínseca de la obligación de reconocimiento o fijación de efectos, ya que una cosa es que la Ley indique al Juzgador que de oficio puede regular aspectos que incluso las partes no han planteado, dada la naturaleza de orden público de tales medidas y atendido el interés asimismo público de que tales cuestiones no queden sin resolver, y otra bien distinta es derivar su pronunciamiento al nacimiento de las obligaciones mencionadas. A menudo se argumenta que para el aseguramiento de situaciones perentorias, como es la alimenticia, existen las medidas provisionálísimas, las provisionales. —Arts. 102 y 103 del CC— o las

las obligaciones alimenticias y desde la fecha del auto de medidas provisionales cuando cesó la convivencia por efecto de éste<sup>6</sup>. Realmente, con esta tesis se da cumplimiento a lo establecido en el art. 148 del CC, ya que «la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir», necesidad que surge desde el momento en el que uno de los progenitores deja de abonar las cantidades necesarias para atender al sustento de los hijos.

Así pues, habrá que analizar cada supuesto de forma individual y aplicar una u otra tesis según las circunstancias que concurren en cada caso. Lo que no parece lógico es que se dicte el auto de medidas a los

---

cautelares, a adoptar al amparo del art. 158 del propio Texto Legal, pero mantener que para conseguir un pronunciamiento desde el mismo momento en que surge la necesidad alimenticia, deba siempre acudir al procedimiento cautelar, comporta, de un lado, convertir a este procedimiento, que es secularmente facultativo, en una vía procesal obligatoria «de facto», y, de otro, reducir la obligación legal derivada de un hecho natural jurídicamente protegido a una obligación derivada de un simple acto de autoridad, conclusión ésta que resulta inaceptable desde los postulados del propio art. 39.3 de nuestra Carta Magna, y todo ello sin olvidar la nefasta y discriminatoria consecuencia en todos aquellos casos en que la sentencia no realiza ninguna modificación del estado civil de las personas —como ocurre en las situaciones *more uxorio*—, en que la misma tesis resultaría inaceptable, debiéndose de aplicar forzosamente en éstas el art. 148 del CC, de forma que las situaciones matrimoniales se verían comparativamente penalizadas. Por tanto, en cuanto a este extremo, debe concluirse que la obligación de alimentos declarada en sentencia producirá sus efectos desde la demanda que objetiva su necesidad, siendo de añadir, finalmente, que además ello no comporta ni implica en absoluto una interferencia del inveterado principio «in praeteritum non profitetur».

<sup>6</sup> *La pensión alimenticia fijada en el auto de medidas provisionales debe abonarse desde la fecha en que se rompe la convivencia en razón de las medidas acordadas. AP Zaragoza, sec. Auto de 1 de marzo de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.* La aplicabilidad del art. 148 CC a las pensiones señaladas en los litigios matrimoniales no ha sido objeto de una solución tan uniforme como sería de desear, así, las SAP de Madrid, de 18-3-1992, Burgos, 10-5-1993 y Baleares, 16-2-1998, se inclinan por una respuesta negativa, mientras que las SAP de Vizcaya, de 10 y 24-11-1997 se han pronunciado en sentido contrario, si bien en contemplación del caso particular que se les planteaba, en el que se apreciaba un notable retraso en la adopción de las medidas por parte del juzgado.

La argumentación de la que parece partir la esposa es la de que en todo caso el devengo de los alimentos se produce siempre al menos desde su reclamación, pero tal afirmación supone una lectura poco atenta del precepto. Como recuerda la STS de 10-11-1987, el derecho a los alimentos surge desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, y ocurre que tal necesidad no surge en los litigios matrimoniales sino desde que se rompe la convivencia en razón de las medidas acordadas, momento a partir del cual, y esta es la finalidad perseguida por el art. 103 CC, es necesario subvenir a las necesidades familiares en una situación de disgregación familiar, por lo que el pago de las contribuciones en él acordadas no tiene que llevarse a cabo sino cuando ésta se produce, lo que ocurrió en el presente caso, y este extremo no es discutido por la esposa, el día 19-10-1997. Si ello es así, el marido tan sólo había de pagar por el mes de octubre los 12 días que faltaban hasta la siguiente mensualidad, esto es, 38.710 ptas.

diez meses de haberse solicitado y luego el tribunal mantenga que la pensión alimenticia debe abonarse sólo desde la fecha de auto cuando al presentarse la demanda uno de los progenitores ya había abandonado el domicilio familiar y desatendido sus obligaciones. No obstante, y en estos casos, cabe la posibilidad de acudir a lo establecido en el art. 132 de la LEC: «*Las actuaciones del juicio se practicarán en los términos o dentro de los plazos señalados para cada una de ellas. 2. Cuando no se fije plazo ni término, se entenderá que han de practicarse sin dilación. 3. La infracción de lo dispuesto en este artículo por los tribunales y personal al servicio de la Administración de Justicia de no mediar justa causa será corregida disciplinariamente con arreglo a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio del derecho de la parte perjudicada para exigir las demás responsabilidades que procedan*» y por tanto, será cuestión de exigir las responsabilidades que procedan.

#### B) MEDIDAS FIJADAS POR LOS CÓNYUGES EN EL CONVENIO REGULADOR

Cuando las partes acuerdan regular los efectos de la separación o divorcio por medio de un convenio regulador, en el que fijan una serie de obligaciones económicas, cabe preguntarse ¿desde qué fecha podrá reclamarse el pago de estas obligaciones?, ¿desde la fecha del convenio regulador o desde la fecha en que se apruebe judicialmente el mismo? El párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil señala que «*Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivas por la vía de apremio*», pero ciertamente el precepto legal no nos resuelve la cuestión, ya que de él únicamente se desprende que antes de la reclamación por vía de apremio será necesario la homologación judicial del convenio regulador, por lo que queda en el aire la exigibilidad de las pensiones que han transcurrido desde la firma del convenio regulador hasta la fecha de la sentencia.

Para resolver la controversia habrá que tener en cuenta dos cuestiones:

- La finalidad para la que se otorgó el convenio regulador, esto es, si fue con motivo de una separación de hecho, o para regular las relaciones personales y paterno-filiales entre los cónyuges una vez que se dicte la sentencia de separación o divorcio. Es decir, habrá que tener en cuenta si tras la firma del convenio continúan o no conviviendo ambos cónyuges en el mismo domicilio y cumpliendo voluntariamente sus obligaciones personales y paterno filiales.

—La naturaleza que se le atribuya al convenio regulador. Si es considerado únicamente como un requisito procesal para interponer una demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo, sus efectos se producirán desde que el juez incorpore el convenio a la sentencia<sup>7</sup>. Si por el contrario, el convenio regulador se considera como una transacción entre los cónyuges sometida a condición —aprobación judicial—, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.120 del Código Civil, los efectos de la obligación condicional, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella, y por tanto, podrán exigirse las obligaciones de tipo económico que figurando en el convenio no se hayan hecho efectivas<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> *La pensión fijada en el convenio regulador debe hacerse efectiva desde la fecha de aprobación del mismo y no desde la presentación de la demanda.* **AP. BARCELONA. Sec. 12. Auto de 21 de febrero de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López Carrasco Morales.** Contra el pronunciamiento del juez de instancia se alzó el esposo, invocando la infracción del art. 90 del CC, en cuanto que el auto aclaratorio retrotrae los efectos del convenio al momento de presentar demanda, y no al de aprobación de sentencia por auto. Dicha pretensión debe ser estimada pues no tratándose de los provisionales del art. 1.609 a 1.616 de la L.E.C., fundados en disposición del art. 148 del CC sino en el art. 90 del CC, es visto que su efectividad en la cuantía de 35.000 ptas., lo serán desde su aprobación por el Juez, fecha en que podrán hacerse efectivos por la vía de apremio (párrafo antepenúltimo del citado art. 90 del CC), y no desde la presentación de la demanda, como incorrectamente expresa el auto de aclaración de 27 de junio de 1997, que se revoca.

<sup>8</sup> *Las cantidades por pensión compensatoria y alimentos de los hijos fijadas en la sentencia de separación, deben satisfacerse desde la fecha de suscripción del Convenio.* **AP BARCELONA, Sec. 18, Auto de 15 de septiembre de 1999. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana M.ª García Esquius.** En lo que al fondo del asunto concierne la pretensión de la ejecutante debe prosperar en base a que las cantidades por pensión compensatoria y alimentos de los hijos, fijadas en la sentencia de separación, deben satisfacerse, lógicamente y a sensu contrario de lo que interpreta el esposo, desde la fecha de suscripción del Convenio. Cabe citar aquí la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de abril de 1997 que recoge la doctrina jurisprudencial al respecto: «La Sentencia de 25 junio 1987 declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial; la de 26, enero 1993 añade que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses, lo acordado en el Convenio es válido y eficaz como negocio jurídico bilateral que es, aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, una de las cuales es notario en ejercicio, y la aprobación judicial u homologación le otorgará eficacia procesal, pero la validez de sus pactos no deriva de su aprobación judicial sino de su naturaleza de negocio jurídico y de la fuerza vinculante de los contratos que consagran» los artículos 1.255, y ss. del Código Civil.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, las partes vienen obligadas a cumplir el negocio jurídico concertado al amparo del principio de autonomía de la voluntad y si conforme a lo que dispone el artículo 1.258 del Código Civil en la interpreta-

### C) PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

En cuanto a los pronunciamientos de la sentencia definitiva, es necesario efectuar la siguiente distinción:

#### A) Pronunciamiento respecto a la causa de separación, divorcio y nulidad

El pronunciamiento que se contenga en la sentencia respecto a la separación de los cónyuges, la disolución y la nulidad del vínculo, en principio sólo puede tener eficacia cuando la sentencia adquiera firmeza. No obstante, existe otro camino por el que llegar a la firmeza de este tipo de pronunciamiento: Cuando una de las partes haya recurrido la sentencia, y no haya hecho constar expresamente en su escrito de preparación del recurso, que recurre el pronunciamiento principal del procedimiento, siempre y cuando el cónyuge que inicialmente no recurrió la sentencia, no presente escrito de impugnación de la sentencia respecto a este pronunciamiento, con ocasión del traslado del escrito de interposición del recurso que se prevé en el art. 461 de la Lec. Por expresa disposición del art. 525 de la LEC no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional las sentencias dictadas en los procesos sobre nulidad matrimonial, separación y divorcio.

#### B) Medidas del art. 91 del CC

Respecto a las medidas que se contienen en la sentencia de separación, divorcio y nulidad, por expresa disposición del art. 774,5 de la LEC, estas medidas pueden ejecutarse desde la fecha de la sentencia en que se hayan adoptado, puesto que los recursos que se interpongan contra la misma no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Ahora bien ¿Qué pasa si luego la Audiencia revoca algún pronunciamiento de la sentencia? Respecto a la medida de

---

ción de los contratos debemos estar en primer lugar a la literalidad de sus cláusulas, no cabe duda de que cuando las partes dicen que las cantidades pactadas se actualizarán «anualmente en función del Índice de precios al consumo determinado por el Instituto Nacional de Estadística, y serán vigentes, en cuanto a las inicialmente establecidas durante todo el año 1992, correspondiendo la primera actualización a enero de 1993», están diciendo precisamente eso y no otra cosa porque si hubieran condicionado la actualización a la aprobación judicial y a la fecha en que éste se produjera, deberían haberlo indicado expresamente y no lo hicieron. Por tanto, ante la claridad del redactado del Convenio a ella deberán someterse: corresponde la primera actualización de todas las cantidades pactadas, alimenticia, compensatoria y por cargas del matrimonio, a enero de 1993, como solicita la esposa.

guarda y custodia, régimen de visitas y atribución del uso de la vivienda familiar el pronunciamiento no podrá tener efecto retroactivo por razones obvias. Sin embargo la cuestión controvertida se centra en el pronunciamiento de contenido económico, ya que la pensión alimenticia que señaló el Juzgado de Instancia pudo ser modificada al alza o a la baja, e incluso no fijarse en la sentencia de la Audiencia Provincial:

- Supuesto en el que la Audiencia aumenta la cuantía de la pensión alimenticia que fijó el juzgado.* En principio, y salvo que la Audiencia dé carácter retroactivo a su decisión, no se podrá reclamar la diferencia entre las pensiones alimenticias abonadas y las que realmente debió abonar.
- Supuesto en el que la Audiencia rebaja la cuantía o declara la no procedencia de la pensión alimenticia.* Tratándose de pensiones alimenticias y teniendo en cuenta el carácter y naturaleza esencialmente consumibles de las mismas, no procederá su devolución<sup>9</sup>.

### C) Pronunciamientos en materia de derecho dispositivo de las partes

La acción ejecutiva de este tipo de pronunciamientos sólo podrá iniciarse cuando la sentencia adquiera firmeza, no obstante, conforme a lo establecido en el art. 525 de la LEC, serán ejecutables provisionalmente los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones

---

<sup>9</sup> *Aun cuando en el caso de autos no resulta aplicable con efectos retroactivos el art. 93,2 del CC, no procede las devoluciones del importe de las pensiones alimenticias abonadas por el padre desde la mayoría de edad de las hijas. AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 3 de abril de 1998. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Isabel Cámara Martínez.* «La cuestión en definitiva que se plantea en esta alzada es la relativa a determinar si procede devolver o no lo indebidamente percibido en concepto de pensión alimenticia, esto es, el carácter retroactivo o irretroactivo de lo indebidamente percibido por dicho concepto, debiéndose estar a este último, en base a las siguientes consideraciones: a) por analogía con la interpretación que nuestro T.S. da al art. 1.615 de la L.E.C. relativo a los alimentos provisionales en Sentencia de fecha 26 de octubre de 1897:»... no puede darse efecto retroactivo a la sentencia de segunda instancia que disminuye la pensión alimenticia en la primera, atendido el carácter ejecutivo que a ésta atribuye el art. 1.615 de la L.E.C., ni dada la naturaleza de los alimentos procede devolución ninguna de los que han debido percibirse por dicha razón desde que se asignaron»; b) porque este es el carácter en el que se inspiró el legislador al redactar el párrafo segundo del art. 148 del CC a cuyo tenor si fallece el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente; c) y finalmente el carácter irretroactivo es claro por cuanto lo recibido en concepto de alimentos puede estar ya consumido al tiempo de exigir el alimentante la devolución al alimentista»

patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso, entre los que lógicamente se encuentra la pensión compensatoria.

La ejecución provisional debe solicitarse mediante una demanda que podrá limitarse a la solicitud de que se despache la ejecución provisional, identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda. Es necesario precisar que no hace falta prestación alguna de fianza.

¿Quién puede pedir la ejecución provisional? Señala el art. 526 de la LEC *«quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia»*. Por lo tanto puede solicitarla incluso la parte que haya apelado la sentencia.

¿Cuándo puede pedirse la ejecución provisional? De acuerdo con lo establecido en el art. 527 de la LEC *«podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído sentencia en éste»*. No es obstáculo para pedirla que se hayan remitido los autos a la Audiencia Provincial, en este caso, el solicitante deberá obtener previamente de ésta testimonio de lo que sea necesario para la ejecución y acompañar dicho testimonio a la solicitud.

Dictado el auto en el que se acuerda la ejecución provisional de la sentencia, el ejecutante no puede interponer recurso alguno, aunque cabe la posibilidad de que formule oposición. Teniendo en cuenta que básicamente los pronunciamientos de derecho dispositivo de las partes tienen contenido económico, será aplicable lo establecido en el art. 528,3 de la LEC, y por tanto, no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. En este caso, el ejecutado habrá de indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone, así como ofrecer caución, si las medidas alternativas no fueren aceptadas por el tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria resultare posteriormente confirmado.

Habiéndose solicitado y concedido la ejecución provisional es necesario analizar las consecuencias que puede tener posteriormente los pronunciamientos de la Audiencia Provincial:

- Sentencia de apelación que confirma la procedencia y cuantía de la pensión compensatoria fijada en 1.ª Instancia.** En este caso, la ejecución continuará si no hubiese terminado.

- Sentencia de apelación que fija una pensión compensatoria inferior.** Según lo dispuesto en el art. 533,2 de la LEC «*Si la revocación de la sentencia fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, anualmente, desde el momento de la percepción, el tipo del interés legal del dinero*».
- Sentencia de apelación que fija una pensión compensatoria superior.** Teniendo en cuenta que conforme a lo establecido en el art. 576 de la LEC, la sentencia dictada en apelación retrotrae sus efectos a la fecha de la sentencia de 1.<sup>a</sup> Instancia, procederá reclamar la diferencia entre las pensiones compensatorias abonadas y las que realmente debió abonar<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Durante la vigencia de la anterior LEC, y aplicando el art. 921 de la LEC, de similar contenido al art. 576 de la nueva LEC, el criterio mayoritario se inclinaba por esta tesis: **AP BARCELONA, Sec. 12, Auto de 1 de julio de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.** «*La resolución objeto de la apelación estimó el recurso de reposición interpuesto por el actor, contra la providencia de fecha 24.7.1998, mediante la cual el juzgador de la instancia resolvió la pretensión ejecutoria formulada por la demandada, por la que la misma interesaba que se despachara ejecución por la deuda de atrasos devengada en concepto de pensión compensatoria desde la fecha de la sentencia de separación dictada en instancia en los presentes autos (3.7.97), que fue confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 4.5.1998. La resolución judicial impugnada estimó el recurso contra la providencia que dio lugar a la pretensión ejecutoria y establece la fecha de los efectos de la pensión compensatoria fijada por la sentencia de la Audiencia Provincial, en la de la sentencia dictada en apelación. La pretensión de la recurrente tiene por objeto solicitar de la Sala que se revoque la referida resolución y se establezca el carácter retroactivo de la obligación constituida, fijando sus efectos en los de la fecha de la sentencia dictada en la instancia el 3.7.1997. La necesidad de acoger lo solicitado por el recurrente deriva de lo establecido en el art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los arts. 919 y 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que consagran la naturaleza ejecutiva de las sentencias firmes, en base al fundamental principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, así como el criterio jurisprudencial de determinación de los efectos de las resoluciones judiciales en la fecha de la sentencia de instancia, tal como viene expresado por la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 4.11.1991, 18.3.1993 y 18.11.1996, y ha reiterado esta Audiencia Provincial, en los Autos de esta sección de 3.10.1995 (rollo 320/94), 26.6.1997 (rollo 905/96) y de 9.11.1998 (rollo 718/97), entre otras resoluciones. En el caso de autos, la obligación que atañe al actor de abonar la pensión compensatoria en la cuantía fijada por la sentencia firme de separación, le es exigible desde que tal resolución desplegó su eficacia, con retroacción de sus efectos a la fecha de la sentencia de instancia, que fue confirmada plenamente en la alzada en cuanto a la las medidas adoptadas para regular los efectos de la crisis matrimonial. Ha de tenerse presente que las facultades revisoras que competen a la Sala de apelación, conllevan la ficción legal de sustituir o mantener el contenido obligacional de las sentencias dictadas en la instancia, sin que*

- Sentencia de apelación que revoca totalmente la sentencia de instancia y no fija pensión compensatoria.** En este caso será de aplicación lo establecido en el art. 533,1 de la LEC: *«Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara totalmente, se sobreseerá la ejecución provisional y el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado»*. Lógicamente esta reclamación se llevará a efecto dentro de la propia ejecución de sentencia matrimonial.
- Sentencia de apelación que establece una pensión compensatoria que fue desestimada en 1ª Instancia.** Habida cuenta que conforme a lo establecido en el art. 576 de la LEC, los efectos de la sentencia dictada en apelación se retrotraen a la fecha de la sentencia de 1ª Instancia, procederá reclamar todas las pensiones devengadas desde esta fecha.

#### 4. Régimen transitorio de las ejecuciones en la nueva LEC

Una cuestión práctica de extraordinaria importancia es la relativa a la eficacia y ejecución de las medidas que se contienen en la sentencia o su propia ejecución, cuando la sentencia se dicte con anterioridad a la

---

*pueda beneficiar a la parte que ha visto atendida parcialmente su pretensión, la demora necesaria derivada de la sustanciación del recurso. En consecuencia, el motivo de impugnación ha de ser acogido, y la resolución de instancia ha de ser revocada en su integridad»*.

**AP MADRID, Sec. 22, Sentencia de 16 de julio de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco:** *«Partiendo que la propuesta del Convenio Regulador protocolizado notarialmente, por su falta de ratificación y sanción judicial no es por esta razón un elemento determinante ni vinculante a los efectos de la fijación de la pensión compensatoria, sino, por el contrario, un elemento más a la hora de su determinación judicial, según el artículo 97 del Código Civil, sirviendo de orientación y referencia como en el presente caso de autos, en que no existe una concreción de la situación económica y patrimonial de los litigantes; circunstancia ésta, que unida a la forma y modo de vida llevada por el matrimonio reveladora de una holgada situación económica y de dependencia de la esposa frente al esposo según el status del matrimonio, conlleva necesariamente a la conclusión de confirmar la cuantía de la pensión compensatoria fijada en 1.ª instancia al no concurrir error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba a los efectos de su cuantificación; pensión compensatoria que al ser confirmada en esta instancia tendrá efectividad desde la fecha de la sentencia de 1.ª instancia tanto en su cuantía como en la temporalidad de la misma a los efectos de computar los cinco años de vigencia»*.

entrada en vigor de la LEC. Analicemos los distintos supuestos que pueden presentarse:

a) *Sentencias dictadas antes de entrar en vigor la nueva LEC y que se encuentra pendientes de resolución del recurso de apelación*

A estos supuestos será de aplicación lo establecido en la disposición transitoria tercera de la LEC, es decir, la apelación se sustanciará de acuerdo con la normativa anterior, no obstante, podrá pedirse conforme a lo dispuesto en la nueva LEC la ejecución provisional de la sentencia estimatoria apelada. Por tanto, en cualquier momento antes de que se dicte la sentencia por la Audiencia Provincial, cualquiera de las partes podrá solicitar la ejecución provisional de la sentencia. Es necesario aclarar que el pronunciamiento principal de separación, divorcio y nulidad no alcanzará firmeza hasta tanto se dicte la sentencia de apelación, ahora bien: ¿Qué pasa con las medidas que se acordaron en la sentencia? ¿Tendrá eficacia inmediata o habrá que esperar a que se dicte la sentencia de apelación? Las disposiciones adicionales de la LEC no señalan nada respecto a esta cuestión, de lo que cabe deducir que, por aplicación del art. 2,3º del CC, estas medidas no se beneficiarán de lo establecido en el art. 774, 5 de la nueva LEC. No obstante, parece que, al menos respecto a los pronunciamientos de contenido económico, podrá solicitarse la ejecución provisional. En cuanto al resto de pronunciamientos la única vía posible es el art. 158 del CC.

b) *Ejecuciones que se encuentren en trámite a la entrada en vigor de la nueva LEC*

De acuerdo con lo señalado en la disposición transitoria sexta de la LEC «Los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que puedan realizar o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante».

## **II. La ejecución de los pronunciamientos de contenido económico**

### *1. Medidas de garantía ante el impago de pensiones*

Como en algunos supuestos, la demora en el pago de la pensión puede repercutir muy negativamente en los beneficiarios de la misma, privándoles incluso de las necesidades más básicas para subsistir, cuando el progenitor o el cónyuge no cumple regularmente con su obli-

gación en el modo, lugar, tiempo y cuantía que se estableció en el convenio regulador o en la resolución judicial, se hace preciso adoptar algún tipo de medidas que evite los inconvenientes del impago. Teniendo en cuenta la distinta naturaleza de las pensiones habrá que distinguir entre la alimenticia y la compensatoria.

#### A) PENSIONES ALIMENTICIAS

Por lo que respecta a los hijos menores de edad, señala el art. 158 del CC, que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. En cuanto a los hijos mayores de edad, el art. 148,3 del CC preceptúa que *«El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades»*.

Así pues, el juez podrá acordar las medidas que estime oportunas para garantizar el pago de las pensiones futuras. Si el obligado al pago de la pensión es un trabajador por cuenta ajena, la medida más usual es la retención directa de la pensión por parte de la empresa donde presta sus servicios, garantizándose de esta forma, que los beneficiarios de la pensión reciban mensualmente y dentro del plazo señalado. Por tanto, ante un incumplimiento reiterado, la parte presentará un escrito en el juzgado solicitando la retención de la pensión de los haberes que perciba el demandado, debiendo tenerse presente al formular este escrito lo siguiente:

- Se hará constar claramente el nombre y dirección de la empresa a la que hay que dirigir el oficio de retención.
- Igualmente se consignará el nombre de la entidad bancaria y el número de la cuenta corriente o cartilla de ahorros donde deben ingresarse las pensiones.
- Es conveniente solicitar que una vez librado el oficio se entregue a la parte para que cuide de su diligenciado y retorno, ya que en caso contrario, se corre el riesgo de que el juzgado remita el oficio por correo sin que quede constancia de la recepción del mismo, lo cual puede plantear algunos problemas si la empresa no procede de inmediato a la retención de la nómina.
- Para evitar posibles impedimentos del juzgado en el momento de acordar la retención, no está de más presentar junto con el escrito una fotocopia de la cartilla de ahorros o del extracto de la cuenta

corriente donde debía hacerse el pago de la pensión, para acreditar de esta forma el incumplimiento.

Recibido el escrito en el juzgado, y sin necesidad de abrir ningún incidente, se dictará providencia acordando la retención y librando el oficio correspondiente. La única circunstancia que debe comprobar el juzgado es que conste de alguna forma el incumplimiento del cónyuge o del progenitor, puesto que si este último está abonando regularmente la pensión, se le estaría penalizando con esta medida, ya que no podemos olvidar la trascendencia social y económica que tiene la retención en la nómina, que en algunas ocasiones lleva al trabajador a perder el empleo y en otras, le priva de la posibilidad de solicitar un préstamo bancario, ya que estas entidades valoran muy negativamente estas retenciones en nómina.

Cuando no pueda emplearse la medida anterior por ser el deudor trabajador autónomo o aparentemente no realiza ningún trabajo remunerado, el garantizar el pago futuro de las pensiones resulta más complicado. No existe inconveniente en acudir a todo el abanico de garantías personales y reales de nuestro derecho de obligaciones: como garantías reales la prenda, la hipoteca y anticresis, el embargo de bienes muebles o inmuebles, con anotación preventiva en el Registro de la Propiedad respecto de éstos, o la constitución de un depósito o la retención de una cuenta corriente o depósito de dinero o valores, etc.; como garantías personales la fianza, el aval bancario y cláusulas personales. No obstante en la práctica forense, dejando a un lado la retención de cuentas corrientes o depósitos bancarios, el resto de las medidas no tienen eficacia práctica. Una cuestión importante en estos casos es determinar que límite temporal podemos establecer para garantizar las pensiones, es decir, cuantas pensiones futuras podremos garantizar. Con la legislación anterior, el art. 1.891 de la LEC permitía garantizar el pago de las pensiones alimenticias correspondientes a un año, sin embargo en la actual LEC no encontramos precepto alguno en este sentido, de lo que cabe deducir que este pronunciamiento quedará a criterio discrecional del Juez, quien a la vista de la cuantía de la pensión y la reiteración en el impago podrá establecer lo que considere adecuado al caso.

Hay que tener en cuenta que en caso de impago reiterado de las pensiones alimenticias será de aplicación lo dispuesto en el art. 776,1.º de la LEC *«Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas»*.

## B) PENSIONES COMPENSATORIAS

A diferencia de la pensión alimenticia, no encontramos en el ordenamiento jurídico ninguna norma que nos permita garantizar el cumplimiento de las futuras pensiones compensatorias. Por vía del art. 578 de la LEC podríamos ampliar la ejecución iniciada con los vencimientos de nuevos plazos, pero el mismo artículo contiene un importante obstáculo cuando señala *«Al notificarle el auto que despache la ejecución, se advertirá al ejecutado que la ejecución se entenderá ampliada automáticamente si, en las fechas de vencimiento, no se hubieren consignado a disposición del Juzgado las cantidades correspondientes»*, de lo que se deduce que no se puede adoptar medida alguna de ejecución para todas las futuras mensualidades, ya que la ampliación del embargo dependerá de que el deudor abone o no cada una de las futuras pensiones dentro del plazo.

¿Podría aplicarse al impago reiterado las multas coercitivas que se contienen en el art. 776.1.º de la LEC? La circunstancia de que este artículo haga referencia *«al cónyuge o progenitor»* en principio nos hace inclinarnos por una respuesta afirmativa, ya que claramente se está refiriendo a obligaciones entre cónyuges. Claro que entre cónyuges, existen obligaciones alimenticias y compensatorias, y por otro lado, siempre que el legislador habla de medidas se está refiriendo a las del 103 del CC, y que diferencia de las *«pretensiones»* que se formulen en los procesos a que se refiere este Título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable». Teniendo en cuenta que en la LEC no se establece la posibilidad de imponer multas para el pago específico de prestaciones dinerarias<sup>11</sup>, posiblemente sea más lógico interpretar que no cabe esta posibilidad en los supuestos de impago de pensiones compensatorias.

Ante estos graves inconvenientes, habrá que tomar buena nota para que cuando se solicite una pensión compensatoria se pida igualmente, como señala el art. 97 del CC, la fijación de las garantías para su efectividad, entre las que puede estar sin duda la retención de sueldos ante el impago reiterado.

### 2. *Solicitud de ejecución*

Cuando la persona obligada al pago de la pensión alimenticia o compensatoria no lo verifica dentro del plazo establecido, la parte be-

---

<sup>11</sup> Sólo se prevé la posibilidad de imponer multas coercitivas al ejecutado en caso de no presentar la declaración de bienes.

neficiaria de dicha prestación no tendrá mas remedio que acudir al juzgado para obtener el pago de lo que se le adeuda.

No se establece en la LEC la necesidad de requerimiento previo antes del inicio de la vía de apremio, ya que el art. 580, señala: «*Cuando el título ejecutivo consista en resoluciones judiciales que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero, no será necesario requerir de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes*». Ahora bien, una cosa es que no sea necesario y otra bien distinta que la parte ejecutante considere oportuno este previo requerimiento antes de iniciar la vía de apremio.

El ejecutante presentará demanda ejecutiva ante el tribunal que dictó la resolución, reclamando:

- El **pago de las pensiones atrasadas**, cuya cuantificación deberá efectuar. Con la finalidad de evitar incidentes innecesarios en cuanto a la imputación de pagos a un determinado mes, es conveniente efectuar una liquidación mensual detallada en la que figuren las cantidades que debía abonar el obligado al pago y las que efectivamente ingresó.
- La **cantidad que prevea para los intereses** que, en su caso, puedan devengarse durante la tramitación. Conforme el art. 576 de la LEC: «*Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad en dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley*».
- Una cantidad presupuestada para las costas de ejecución**. Como señalamos antes, de acuerdo con el art. 539,2 de la LEC, las costas que se causen en la ejecución de las resoluciones matrimoniales serán de cargo del ejecutado, sin necesidad de expresa imposición. Según lo establecido en el art. 575 de la LEC, la cantidad presupuestada para intereses y costas, no podrá superar el 30%<sup>12</sup> de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación.

En la demanda de ejecución también deberá expresarse:

---

<sup>12</sup> Excepcionalmente, si el ejecutante justifica que, atendiendo a la previsible duración de la ejecución y al tipo de interés aplicable, los intereses que pueda devengarse durante la ejecución más las costas de ésta superaran el límite fijado en el párrafo anterior, la cantidad que provisionalmente se fije para dichos conceptos podrá exceder del límite indicado.

- a) Los bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tuviere conocimiento y, en su caso, si los considera suficientes para el fin de la ejecución.
- b) Si no pudiese designar bienes, se solicitarán las medidas de localización e investigación que considere oportunas, es decir, que se libre oficio por el juzgado a entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. Al formular estas indicaciones, el ejecutante deberá expresar sucintamente las razones por las que estime que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado. Hay que tener en cuenta que el tribunal no reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo, o a través de su Procurador, debidamente facultado al efecto por su poderdante

Habida cuenta que mensualmente irán venciendo nuevas pensiones, el ejecutante podrá reclamar que la ejecución que solicita quede ampliada por el importe de los nuevos vencimientos de principal e intereses<sup>13</sup>.

### 3. *Auto despachando ejecución*

El tribunal, tras examinar la demanda dictará auto despachando la ejecución y acordando el embargo de bienes del deudor en cuantía sufi-

---

<sup>13</sup> Art. 578 de la LEC: 1. Si, despachada ejecución por deuda de una cantidad líquida, venciera algún plazo de la misma obligación en cuya virtud se procede, o la obligación en su totalidad, se entenderá ampliada la ejecución por el importe correspondiente a los nuevos vencimientos de principal e intereses, si lo pidiere así el actor y sin necesidad de retrotraer el procedimiento.

2. La ampliación de la ejecución podrá solicitarse en la demanda ejecutiva. En este caso, al notificarle el auto que despache la ejecución, se advertirá al ejecutado que la ejecución se entenderá ampliada automáticamente si, en las fechas de vencimiento, no se hubieren consignado a disposición del Juzgado las cantidades correspondientes.

Cuando el ejecutante solicite la ampliación automática de la ejecución, deberá presentar una liquidación final de la deuda incluyendo los vencimientos de principal e intereses producidos durante la ejecución. Si esta liquidación fuera conforme con el título ejecutivo y no se hubiera consignado el importe de los vencimientos incluidos en ella, el pago al ejecutante se realizará con arreglo a lo que resulte de la liquidación presentada.

3. La ampliación de la ejecución será razón suficiente para la mejora del embargo y podrá hacerse constar en la anotación preventiva de éste conforme a lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 613 de esta Ley.

En el caso del apartado anterior, la ampliación de la ejecución no comportará la adopción automática de estas medidas, que sólo se acordarán, si procede, cuando el ejecutante las solicite después de cada vencimiento que no hubiera sido atendido.

ciente a cubrir la cantidad reclamada, más otra presupuestada para intereses y costas. Como señala el art. 575,2 de la LEC: «*Sin perjuicio de la pluspetición que pueda alegar el ejecutado, el tribunal no podrá denegar el despacho de la ejecución porque entienda que la cantidad debida es distinta de la fijada por el ejecutante en la demanda ejecutiva*». Si el ejecutante no hubiese designado bienes de embargo, el tribunal acordará, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante haya indicado, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. (Art. 590 de la LEC).

Dicho auto se notificará al ejecutado, sin citación ni emplazamiento, para que en cualquier momento pueda personarse en la ejecución.

Los trámites de ejecución posteriores están en función de que el ejecutante haya señalado o no bienes sobre los que trabar embargo.

- a) *Cuando el ejecutante designa en su demanda ejecutiva bienes suficientes sobre los que trabar embargo*

El tribunal directamente y sin necesidad de diligencia de embargo, dictará resolución decretando embargados los bienes.

- b) *Supuesto en el que el ejecutante no hubiese designado bienes*

En este caso, el tribunal de oficio, y sin previa petición de parte dictará providencia acordando requerir al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título. Este requerimiento se hará con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren. El tribunal podrá también, mediante providencia, imponer multas<sup>14</sup> coercitivas periódicas al ejecutado que no respondiere debidamente al requerimiento a que se refiere el apartado anterior (art. 589 de la LEC).

---

<sup>14</sup> Para fijar la cuantía de las multas, se tendrá en cuenta la cantidad por la que se haya despachado ejecución, la resistencia a la presentación de la relación de bienes y la capacidad económica del requerido, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto el apremio económico en atención a la ulterior conducta del requerido y a las alegaciones que pudiere efectuar para justificarse.

Una vez que se conozcan bienes del ejecutado sobre los que trabar embargo, bien como resultado del requerimiento efectuado a éste o como consecuencia de la investigación en organismos y registros públicos, entidades financieras, etc., se procederá a trabar embargo sobre los bienes que el ejecutante designe. De lo establecido en el art. 587 de la LEC, se deduce que el embargo podrá llevarse a efecto directamente por el tribunal dictando una resolución declarando embargados los bienes o mediante la personación de la comisión judicial en el domicilio del demandado redactando la correspondiente acta de la diligencia de embargo. En uno u otro caso, el embargo se entenderá hecho desde que se decreta por la resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba.

Dada la especialidad de las cantidades que se reclaman en estos procedimientos hay que reseñar lo establecido en el art. 608 de la LEC: *«Lo dispuesto en el artículo anterior —limitaciones en el embargo de sueldos— no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada»*. Teniendo en cuenta que expresamente el precepto hace mención a la pensión alimenticia, debe descartarse la posibilidad de que este beneficio en cuanto al embargo de sueldos y pensiones pueda aplicarse a la pensión compensatoria.

Los trámites posteriores se acomodarán a las normas generales del procedimiento de apremio que se contienen en los arts. 634 y ss. de la LEC.

#### 4. Oposición del ejecutado por las causas establecidas en la LEC

El ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito. El escrito de oposición no suspenderá el curso de la ejecución. Los motivos de oposición se regulan en los arts. 556 y 558 de la LEC.

##### A) PAGO O CUMPLIMIENTO DE LO ORDENADO EN LA SENTENCIA

De acuerdo con lo establecido en el art. 1.156 del CC las obligaciones se extinguen por el pago, y por tanto, si el ejecutante ha abonado

las pensiones que se le reclaman podrá oponerse a la ejecución. Por señalarlo expresamente el art. 556 de la LEC dicho pago deberá justificarse documentalmente. Si el pago se ha verificado antes de presentarse la demanda ejecutiva, no podrá seguirse adelante con la ejecución. Si el pago se verifica después de presentarse la demanda ejecutiva, serán de cargo del ejecutado las costas generadas.

Analicemos distintas situaciones que, en relación con el pago, pueden presentarse en la práctica:

a) Pago efectuado en metálico al cónyuge sin extenderse recibo alguno

En ocasiones el ejecutado alega que tiene abonadas las pensiones que se le reclaman y que dicho pago se hizo en metálico entregándose a la persona del otro cónyuge sin que éste le diese recibo alguno. Como el art. 556 de la LEC exige que la oposición a la ejecución fundada en el pago se justifique documentalmente, la circunstancia de que no se haya extendido recibo alguno impide que esta causa de oposición pueda prosperar. No se ha previsto en la ley la posibilidad de abrir un incidente para determinar la realidad de dicho pago acudiendo al resto de pruebas que se admiten en nuestro ordenamiento jurídico. Es frecuente proponer la prueba de interrogatorio de testigos para acreditar dicho extremo, sin embargo, y aunque ha sido derogado por la nueva LEC, sobre esta materia planea el espíritu del art. 1.248 del CC, en cuanto a que la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos será apreciada por los tribunales conforme a lo establecido en la LEC, cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito.

b) Pago realizado en metálico directamente a los hijos

Este es otro supuesto que se presenta en la práctica con bastante frecuencia, el obligado al pago de la pensión entrega determinadas cantidades a los hijos, que incluso se documentan por medio de un recibo firmado por el hijo, bien en el momento en que se produce la entrega, o posteriormente cuando el progenitor que convive con ellos reclama las pensiones. La jurisprudencia no viene admitiendo estos pagos como motivo para extinguir la obligación alimenticia<sup>15</sup>, ya que habiéndose

---

<sup>15</sup> *La pensión alimenticia de los hijos mayores de edad debe entregarse al progenitor con el que conviven, no siendo posible el pago directo a los hijos. AP MADRID, Sec. 22,*

establecido en la resolución judicial, la cuantía, el tiempo, el modo y la forma en que deben abonarse las pensiones, todo pago que se realice sin la observancia de ello, debe ser considerado como un acto de mera liberalidad.

c) Pago en otra cuenta distinta a la designada

Aunque no es muy frecuente, hay veces en que el obligado al pago de la pensión, en vez de ingresar su importe en la cuenta designada por el progenitor que convive con los hijos, abre una cuenta a nombre de éstos en la que ingresa puntualmente el importe de las pensiones, y todo ello con el fin de no entregar el dinero al otro cónyuge y por otro lado cumplir lo establecido en la sentencia.

Esta conducta no tiene ninguna justificación legal, y el tribunal acordará que el ejecutado entregue la cantidad consignada en esta cuenta a la parte ejecutante o bien que se libre oficio a la entidad bancaria donde está ingresado el importe de la pensión al objeto de que la transfiera a la cuenta designada por la parte ejecutante. Igualmente se acordará requerir al deudor para que en lo sucesivo efectúe los ingresos en esta cuenta. Si el cónyuge obligado al pago de una pensión entiende que existe algún obstáculo para hacer efectivo el importe de la misma, deberá utilizar los medios legales para solventar la situación, pero no alterar unilateralmente lo dispuesto en la resolución judicial en cuanto

---

**Sentencia de 19 de octubre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.**

Las pensiones alimenticias que en una litis matrimonial se establecen en pro de los hijos comunes, bien menores, bien mayores de edad, aunque tienen por finalidad lógica, y no podía ser de otro modo, el satisfacer las necesidades de aquéllos, en los términos sancionados en el artículo 142 del Código Civil, ello, en modo alguno, excluye la legitimación activa del progenitor con el que conviven, tanto para reclamar el derecho del común descendiente, como para administrar las sumas que se perciban del otro procreador, sobre la base ya de la representación legal que corresponde al ascendiente, en virtud de lo prevenido en el artículo 154.2º de dicho texto legal, o, en su caso, del apoderamiento que realiza el hijo emancipado al efecto, lo que ha de presumirse además cuando, como acaece en el caso, el hijo alcanza la mayoría de edad tras ser dictada la sentencia de separación, divorcio o nulidad, y ello en tanto no se desautorice de modo expreso al padre o madre con el que aquél convive.

La pretensión que, al respecto, dedujo el demandante, a los efectos del abono directo a la segunda de sus hijas de la pensión alimenticia, sólo tendría viabilidad cuando la obligación se hubiese sancionado en una litis de alimentos *stricto sensu*; y no siendo ello así, debe ser mantenida en los términos derivados de la pactación originaria de las partes, máxime cuando no se han modificado de modo sustancial las circunstancias que entonces condicionaron dicha estipulación, único supuesto en el que podrían activarse los mecanismos contemplados en los artículos 90 y 91, *in fine*, del repetido Cuerpo legal.

al modo, lugar, tiempo y cuantía de hacer efectiva su obligación económica.

## B) CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA

Cuando ha transcurrido un tiempo excesivo desde que se dictó la sentencia hasta que se presenta escrito por la parte ejecutante reclamando el pago de las pensiones, puede suceder que transcurran bastantes años, siendo alegada en estos supuestos por el ejecutado la prescripción de parte de la deuda que se reclama.

¿Qué plazo de prescripción debe aplicarse a la reclamación de las pensiones alimenticias o compensatorias? Como viene siendo habitual, no existe unanimidad en la jurisprudencia menor y nos vamos a encontrar con resoluciones de las Audiencias Provinciales que mantienen criterios dispares.

### a) El plazo de prescripción es de cinco años

El artículo 1.964 del Código Civil constituye la norma genérica a aplicar a la prescripción de aquellas acciones personales *«que no tengan señalado término especial»*; pero como la que aquí nos ocupa —pago de pensión alimenticia— viene específicamente contemplada en el número 1.º del artículo 1.966, que establece en cinco años el plazo prescriptivo de la acción para reclamarla, junto con el de otras acciones que se refieren a pagos periódicos, es visto que esta norma específica deberá prevalecer sobre la genérica. El artículo 1.966 del Código Civil no se refiere al derecho a exigir alimentos que es imprescriptible y así lo ha declarado el Tribunal Supremo, sino a las pensiones alimenticias ya devengadas y aún no percibidas o atrasadas.

### b) El plazo de prescripción es de quince años

El Tribunal Supremo, según estableció en sentencia de 15 de diciembre de 1908, sancionando la doctrina reiterada, entre otras, por las sentencias de 22 de abril de 1915 y 7 de julio de 1921, declaró que «cualquiera que sea la naturaleza de la acción deducida en juicio, la ejecutoria que en éste recae constituye un nuevo y verdadero título, con efectos en derecho propios e inherentes a la misma, del que se deriva una acción personal para el cumplimiento de la resolución judicial distinta de la primitiva en que se basó la petición formulada en el pleito; y esto sentado, no habiendo la Ley fijado plazo especial para el ejercicio de la referida acción, es manifiesto que el plazo para la prescripción de

la misma tiene que ser el de quince años a tenor de lo prevenido en el artículo 1.964 del Código Civil, relacionado con el 1.971» (STS de 19 de febrero de 1982), determinando la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en sus sentencias de 19 de noviembre de 1941 y 13 de octubre de 1965, que los principios de orden procesal señalan de un modo general el momento de la publicación de la sentencia como el que indica el comienzo de producción de sus efectos para las partes y para el exterior, y estableciendo en la sentencia de 17 de enero de 1970 que para exigir el cumplimiento de las obligaciones declaradas por sentencia, debe comenzar el término de la prescripción desde que quede firme la sentencia que declare la obligación o a que ésta deba su origen, por ser el momento en que empieza la eficacia de la resolución, debiendo partir el cómputo del plazo desde la notificación a las partes que es cuando éstas se enteran de los derechos y obligaciones que les impone la resolución. La prescripción que reconoce el artículo 1.966 del Código Civil, con relación a pensiones alimenticias ya devengadas se refiere a las que provengan del período de tiempo precedente de los cinco años anteriores a la presentación de la demanda en que se solicitan (STS de 24 de febrero de 1989).

También se fundamenta el plazo de prescripción de quince años en la siguiente tesis: en estos casos resulta de aplicación la ya antigua doctrina del Tribunal Supremo, establecida en sentencia de 13 de abril de 1910, que establece como el plazo prescriptivo de cinco años se aplica a la acción del alimentista para reclamar del obligado a prestar los alimentos, mas no así a la del que los ha suministrado sin estar obligado (cuando un progenitor soporta las necesidades alimenticias de los hijos que debía haber pagado el otro) frente al deudor legal de las mismas, acción ésta que al no tener señalado plazo prescriptivo alguno especial, se encuentra sometido al de quince años señalado en el artículo 1.964 del CC.

La línea jurisprudencial dominante sostiene que por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de pagar pensiones alimenticias, debiendo contarse dicho plazo desde el día en que pudieron reclamarse las mismas (artículo 1.969 del CC), y tratándose de la pensión alimenticia decretada en procedimientos matrimoniales, ésta pudo reclamarse desde la fecha de la resolución que la acordó (o desde la fecha de interposición de la demanda si se sigue el artículo 148 del Código Civil).

Respecto a la pensión compensatoria, entendida como «*pago que debe hacerse por años o plazos más breves*» y por aplicación del artículo 1.966.3.º, igualmente le resulta aplicable la prescripción de cinco años, debiendo en este caso computar dicho plazo desde la fecha de la sentencia firme que la acordó.

La tesis de que tanto la pensión alimenticia como la compensatoria prescriben a los cinco años encuentra también su fundamento en el art. 518 de la LEC. «La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso o en resolución arbitral caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución». Lógicamente tratándose una obligación de prestación periódica, prescribirán sólo los cinco últimos años.

c) PACTOS Y TRANSACCIONES QUE SE HUBIEREN CONVENIDO PARA EVITAR LA EJECUCIÓN, SIEMPRE QUE DICHS PACTOS Y TRANSACCIONES CONSTEN EN DOCUMENTO PÚBLICO

Suele ser frecuente en las ejecuciones de las resoluciones matrimoniales que uno de los cónyuges alegue como motivo de oposición al pago de las pensiones que se le reclaman, la existencia de un acuerdo verbal o escrito con el otro cónyuge por el que se extinguió la deuda, se modificó la cuantía de la obligación, o se transigió con el pago de otras deudas.

Como estos acuerdos no constan en el procedimiento, debe darse traslado a la parte ejecutante, y a la vista de sus manifestaciones, resolver la cuestión. A estos efectos, habrá que distinguir entre pensión alimenticia y pensión compensatoria:

a) Acuerdos de reducción o de extinción de la pensión alimenticia de hijos menores de edad

La pensión alimenticia a favor de los hijos es un derecho única y exclusivamente de ellos, su titularidad no es compartida con nadie, y los padres tan sólo son los administradores, a los que se les exige la misma diligencia que para administrar sus propios bienes —artículo 164 del Código Civil—. Por tanto, todo pacto entre los cónyuges tendente a modificar la cuantía de la pensión alimenticia o a suprimirla temporal o totalmente es radicalmente nulo<sup>16</sup>, puesto que cualquier cir-

---

<sup>16</sup> *Ineficacia del acuerdo privado de los progenitores para suspender la obligación alimenticia fijada en sentencia de separación de mutuo acuerdo. AP BARCELONA, Sec. 12, Sentencia de 6 de julio de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.* Por sentencia de divorcio, dictada en fecha 6 de junio de 1995 en sede de proceso de mutuo acuerdo de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981 de 7 de julio, se ratificó entre las partes y se refrendó judicialmente el Convenio Regulador de 22 de

cunstancia modificativa en esta materia perteneciente al *ius cogens* debe contar con la preceptiva homologación judicial.

b) Acuerdos de reducción o de extinción de la pensión alimenticia de hijos mayores de edad

Al ser mayores de edad los hijos, ya no encontramos los obstáculos que se han señalado en el apartado anterior, puesto que ya se ha extinguido la patria potestad. Si el progenitor que convive con los hijos mayores de edad —pero dependientes económicamente de sus padres— insta la ejecución por impago de pensiones ¿Qué efecto tendrá el pacto verbal o escrito de estos hijos con el otro progenitor renunciando a la pensión o modificando su cuantía? En teoría, se trata de un convenio concertado libremente entre dos personas con plena capacidad de obrar respecto a un derecho subjetivo patrimonial del que es único titular el hijo mayor de edad, y con estos presupuestos, no queda otra opción que reconocerle plena eficacia, ya que ese concierto de voluntades entre el titular del derecho y el obligado a prestar los alimentos no es contrario a las leyes —el art. 151 del Cc permite la renuncia a los alimentos atra-

---

febrero de 1995, en el que se convino la contribución del progenitor no custodio, a las necesidades alimenticias del hijo del matrimonio en la suma de cincuenta mil pesetas mensuales.

En idéntica fecha de la suscripción del Convenio Regulador la progenitora envió carta a su exconsorte, permitiéndole la suspensión de la prestación de alimentos en favor del hijo del matrimonio, ante las dificultades económicas del obligado. Tal acuerdo, invocado por el accionante en la fase expositiva del proceso, ostenta nula eficacia, dado contravenir las prescripciones del artículo 1.814 del Código Civil que determina la no posibilidad de transigir sobre alimentos futuros.

En la época de la firma entre las partes del Convenio Regulador de la causa de divorcio el progenitor había culminado el percibo de la prestación de desempleo, tal como se constata por la documental aportada a los autos y por propio reconocimiento del mismo reflejado en el hecho segundo de la demanda. A pesar de ello, y en el convencimiento de acceder a un nuevo puesto de trabajo se comprometió a la satisfacción de la pensión de alimentos referenciada.

En la actualidad, y pese la alegación de la parte accionante de que se encuentra en situación de desempleo no subsidiado, las pruebas practicadas en la instancia procedimental ponen de manifiesto que, el actor acude asiduamente a la entidad empresarial A. tal como se infiere de la confesión judicial practicada al mismo, invitándole a comer algún día sin recibir ningún tipo de propina, si bien manifestó llevar una vida normal, comiendo en restaurantes y tomando aperitivos en los bares. La acreditación de tales circunstancias no concuerda con la carencia de ingresos del actor, y revela la percepción en forma encubierta de una indeterminada retribución salarial, lo que determina, en la línea argumental expresada en la sentencia apelada, la confirmación de la cuantía de la prestación de alimentos concedida en la misma, inferior a la señalada en la causa de divorcio, y respecto a cuya reducción no se ha alzado la contraparte.

sados—, a la moral ni al orden público, señalados como límites a la mencionada autonomía privada en el artículo 1.255 del Código Civil.

Sin embargo, hay que diferenciar diversas cuestiones:

- Renuncia a la pensión alimenticia del hijo que ya ha alcanzado independencia económica.** Esta renuncia debe entenderse válidamente efectuada, ya que será de aplicación la causa de extinción del art. 152,3º del CC sin que sea necesaria la interposición de ninguna demanda para ello. Ahora bien, dicho pacto —que puede consignarse en documento público sin dificultad— desplegará sus efectos hacia el futuro, pero ¿tendrá eficacia también para las pensiones anteriores, que precisamente son reclamadas en la ejecutoria? Conforme a lo establecido en el art. 151 del CC *«Las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse»*, ahora bien para que esta renuncia sea válida, tendrá que respetar lo establecido en el art. 6,2 del CC: *«La renuncia de derechos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»*. Si el hijo mayor de edad, renuncia a las pensiones alimenticias anteriores, que se devengaron cuando aún no había alcanzado dicha independencia, esta renuncia va en perjuicio del progenitor con el que convivía y que tuvo que sostener sus necesidades. Por el contrario, si esta renuncia se limita a las pensiones devengadas desde que alcanzó independencia económica, ya no perjudica al progenitor, puesto que no tuvo que soportar los gastos que generaba este hijo. Lógicamente, en esta materia será de aplicación lo establecido en el art. 247 de la LEC, es decir, *«Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho»*, y habrá que entender que existe abuso de derecho, cuando un progenitor reclama las pensiones alimenticias de un hijo que ya alcanzó independencia económica.
- Renuncia a la pensión alimenticia del hijo que aún continúa conviviendo en el domicilio familiar con el otro progenitor y que carece de independencia económica**<sup>17</sup>. Esta renuncia no puede te-

---

<sup>17</sup> Cuando las hijas mayores de edad continúan conviviendo en el domicilio familiar es ineficaz el acta notarial en el que las mismas renuncian a la pensión alimenticia. AP. BARCELONA. Sec. 12.ª Sentencia de 25 de enero de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. Tampoco puede acogerse la pretensión subsidiaria de que se exonere la demandante del pago de la contribución económica a las hijas mayores de edad, por haber renunciado las mismas a la prestación alimenticia a cargo del padre por acta de manifestaciones notarial de 3-6-1996, toda vez que la prestación de contribución a las cargas

ner eficacia alguna, ya que como hemos señalado en el apartado anterior, va en contra de tercero, es decir, del progenitor que debe seguir soportando los gastos de su mantenimiento.

### c) Acuerdos de reducción o de extinción de la pensión compensatoria

Perteneciendo la pensión compensatoria al derecho dispositivo de las partes, como perfectamente puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, el pacto de modificación o extinción temporal o total es perfectamente válido, sin que para ello sea necesario la aprobación judicial, ya que como señala la resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 1995, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la renunciabilidad de todo derecho salvo que con ello se contraríe el interés o el orden público o perjudique a tercero.

Evidentemente, otra cuestión distinta será la acreditación de dicho pacto que, por aplicación de lo establecido en el art. 556 de la LEC, *«deberá constar en documento público»*. Por tanto, queda fuera de esta previsión el acuerdo verbal o el pacto que conste en documento privado, que no tendrá eficacia alguna para impedir la continuación de la acción ejecutiva, sin perjuicio, claro está que posteriormente en un procedimiento declarativo pueda la parte perjudicada hacer valer su derecho.

### D) COMPENSACIÓN

La compensación, es otra de las causas que, conforme a lo establecido en el art. 1.156 del CC extinguen las obligaciones, y lógicamente, debe ser motivo de oposición en la ejecución, como efectivamente contempla el art. 557 de la LEC.

---

que dimanen del art. 93 del CC, no constituye propiamente un crédito de las hijas mayores de edad frente al padre, sino que es un crédito que pertenece directa y personalmente a la demandada, por razón de tener consigo en su domicilio a su cargo, a las hijas mayores de edad que carecen de independencia económica, razón por la cual la prestación ha de ser mantenida en tanto concurren los requisitos que el segundo párrafo del art. 93 del mencionado texto legal expresa. Por otra parte y aun cuando se conceptuara la prestación como un crédito directo a favor de las hijas, la naturaleza alimenticia del mismo determina que cualquier renuncia sobre los alimentos futuros, adolezca del vicio de nulidad radical, tal como establece el art. 151 del CC y no genere efectos jurídicos de ninguna especie.

Tales razones determinan que deba mantenerse la cuantía de la contribución paterna a los alimentos de las hijas comunes fijada en la sentencia de instancia, en tanto éstas permanezcan con la madre y no cuenten con independencia económica.

- a) Pagos realizados para atender los gastos de comunidad, agua, luz, teléfono, impuestos que graven la vivienda e incluso el arrendamiento de la vivienda familiar

Teniendo en cuenta las distintas pensiones que pueden fijarse en un procedimiento matrimonial, y su distinto régimen jurídico, a estos efectos se hace preciso distinguir:

—**Pensiones alimenticias.** Señala el artículo 151 del Código Civil que *«No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco puede compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas»*. Del texto legal, se desprende claramente que no cabe ningún tipo de compensación con los alimentos futuros, sin embargo, hay que analizar la posible compensación respecto de las pensiones alimenticias atrasadas, circunstancia admitida por el citado precepto legal.

Para que proceda legalmente la compensación, conforme indica el artículo 1.196 del Código Civil será preciso:

- 1.º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.
- 2.º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero.
- 3.º Que las dos deudas estén vencidas.
- 4.º Que sean líquidas y exigibles.
- 5.º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.

Analizando el concepto de las deudas que se quieren compensar, llegaremos a la conclusión de si es posible o no la compensación, y desde luego no lo será por deudas generadas por el uso o la propiedad de la vivienda, ya que éstas no están a cargo del hijo, sino exclusivamente de los cónyuges.

—**Pensiones compensatorias.** En el supuesto de que la deuda reclamada sea en concepto de pensión compensatoria, no existe ningún obstáculo legal ni ninguna restricción para que pueda operar la institución de la compensación si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 1.196 del Código Civil.

- b) Pago de la pensión que se reclama o parte de ella mediante el abono de diversos gastos de los hijos

En este supuesto la parte obligada al pago, se opone alegando que ha pagado el importe de matrícula de la universidad o colegio, libros, ropa, compra de vehículo para el hijo, viajes, estudios en el extranjero coincidiendo con la época de verano, etc. A tenor de lo acordado en el convenio judicialmente aprobado o en las medidas fijadas por el juez, resulta evidente que si el obligado al pago debe ingresar mensualmente en la cuenta designada el importe de la pensión, no puede detraer de la misma cantidad alguna para hacer directamente pagos respecto de las deudas que se originen por los hijos.

La línea jurisprudencial dominante entiende que todo pago efectuado por el deudor que no sea el ingreso de la cantidad fijada, deberá considerarse como un acto de liberalidad —artículo 618 del Código Civil—, ya que las sentencias deben cumplirse en sus propios términos y tratándose de cantidades líquidas su pago se ha de hacer en dinero. Por ello, el progenitor que no tiene la custodia de los hijos no viene obligado por la sentencia a tener que hacer ningún pago por estos conceptos, ya que se entiende que están cubiertos con el importe de la pensión alimenticia fijada en el convenio regulador o en la resolución judicial. Así pues, si además de cumplir su obligación de pagar la pensión alimenticia, quiere colaborar a mejorar el *status* de sus hijos, ello es perfectamente legítimo, pero pretender que tal colaboración espontánea sustituya a una obligación impuesta por la ley y por sentencia judicial, es totalmente inacogible. La razón fundamental de no admitir estos pagos es evitar que el progenitor que no tiene la guarda y custodia de los hijos, pueda unilateralmente decidir cuáles son las necesidades de los hijos en cada momento.

No obstante, bueno será examinar con prudencia las facturas presentadas, ya que si se trata de un pago que legalmente deba hacer el cónyuge que está a cargo de los hijos, como por ejemplo el pago ordinario de los colegios en el supuesto de que no se hubiese abonado, deberá darse traslado a la parte contraria para que manifieste si efectuó dicho pago, o las causas que se lo impidieron, dictándose a continuación resolución acordando deducir de la cantidad adeudada dicho importe.

Una cuestión que suscita numerosas dudas, se presenta cuando los hijos o alguno de ellos se encuentran internos en un colegio, y el progenitor que tiene que abonar la pensión alimenticia, se hace cargo del pago completo de los gastos del colegio, y luego, el otro progenitor le reclama el importe de la pensión fijada en el convenio durante el

tiempo en que el menor permaneció internado. Si tenemos en cuenta que durante su estancia en el colegio, el menor tenía cubiertas sus necesidades de alimentación, asistencia médica y educación, es evidente que por este concepto no podrá pagar doblemente, pero teniendo en cuenta que un menor, además de estos gastos tienen otros como son: ropa, gastos de bolsillo, viajes, etc., llegaremos a la conclusión de que el progenitor que paga el colegio no está exento de contribuir a los otros gastos que se incluyen dentro de la pensión alimenticia. De todas formas la cuestión no es tan simple, y dependerá del caso concreto.

### c) Pago de deudas de la extinta sociedad de gananciales

Otra causa de oposición al pago de la pensión alimenticia o compensatoria es la referente a que el deudor está haciéndose cargo directamente de deudas de la sociedad de gananciales, como puede ser por ejemplo el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar y que por consiguiente no tiene medios económicos suficientes para hacer frente a ambas deudas.

Como vimos anteriormente, en el caso de la pensión alimenticia no cabe compensación de ningún tipo<sup>18</sup>. Por lo que respecta a la pensión

---

<sup>18</sup> *El cónyuge que abona la contribución a la cargas del matrimonio fijada en el auto de medidas, no puede detraer cantidad alguna para hacer frente al 50% del pago de la hipoteca. AP MADRID, Sec. 22, Auto de 29 de junio de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.* La dirección letrada de la parte apelante suplica la revocación del auto dictado por el órgano *a quo*, en cuanto entiende que en la suma de 75.000 ptas. mensuales señalada en el auto de fecha 30 de julio de 1997, que acordó las medidas provisionales de carácter previo, estaba ya incluida la hipoteca que gravaba la vivienda familiar, por lo que dedujo la mitad de su importe, al corresponder el abono de la otra mitad a la esposa.

Por lo cual concluye dicha parte afirmando que no debe cantidad alguna, en cuyo sentido se propugna la decisión de la Sala, a la que se suplica, con carácter subsidiario la declaración de que la suma de 4.730 ptas. recogida en la resolución apelada para intereses lo sea sin perjuicio de la liquidación que proceda.

La resolución impugnada de adecuado cumplimiento a lo prevenido en el artículo 18-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre el cumplimiento en sus propios términos de las sentencias, que lógicamente debe hacerse extensivo a cualquier otra resolución judicial ejecutiva.

Y en efecto, de conformidad con el propio planteamiento de las partes, en orden a las consecuencias económicas de su separación, según se refleja en el segundo de los antecedentes de hecho del auto de 30 de julio de 1997, no puede entenderse, en modo alguno, que en la suma de 75.000 ptas. establecida como contribución del esposo a las cargas del matrimonio se incluya la mitad del pago de la hipoteca que grava el domicilio familiar, pues ni ese fue el ofrecimiento del entonces demandado, ni, en definitiva, la referida resolución autoriza a realizar detracción alguna de la antedicha cantidad, que, en consecuencia,

compensatoria, es evidente que una vez que la sociedad de gananciales queda disuelta por la sentencia matrimonial, y hasta su efectiva liquidación, si la sociedad carece de ingresos, son ambos cónyuges los que deben afrontar estas deudas, teniendo presente que todo pago que efectúe

---

debe ser entregada en su integridad a la esposa, y no parte a la misma y parte a la entidad bancaria acreedora. Y así inclusive pareció entenderlo el hoy recurrente cuando, como se alega de contrario, abonó a su esposa, en los primeros meses de la vigencia de las medidas provisionales, la suma total citada.

Debe, por ello, ser rechazado, en cuanto carente de toda consistencia lógico-jurídica, el recurso formulado, tanto en su petición principal, como en la que se deduce con carácter subsidiario, dado que, sin necesidad de declaración específica alguna, las sumas embargadas, cual en el caso acaece, para intereses y costas arrancan de un cálculo prudencial de lo que pudieran generarse finalmente por tales conceptos, sin perjuicio de su definitiva tasación y liquidación, como bien debe conocer la dirección letrada del referido litigante.

*Resulta improcedente excepcionar pagos para levantar deuda de préstamos hipotecarios o personales, a efectos de compensar deudas alimenticias a favor de los hijos, dado que no se trata de derechos de crédito que correspondan a los progenitores sino a los hijos, frente a sus padres.* **AP BARCELONA, Sec. 12, Auto de 27 de septiembre de 1999.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.** Mantiene el recurrente no ser conforme a Derecho el auto de 24 julio 1998, recaído en ejecutoria, en separación conyugal, que confirmó la providencia de 27 de mayo de dicho año al entender no existir deuda alguna por atrasos de pensiones, en base a considerar haber concurrido compensación de deudas alimenticias con deudas de la esposa, según se derivaba del auto de medidas provisionales de 10 octubre 1995 (medida quinta, que además de fijar 120.000 ptas. como contribución mensual de cargas familiares al esposo establecía que la esposa abonase el préstamo hipotecario, y el marido los préstamos personales), y como la hipoteca venció en 1997, entendió que las cantidades por pensiones y cargas familiares que el esposo ingresaba mensualmente en la cuenta designada por la mujer, las aplicó el Banco al pago de la hipoteca que iba a cargo de la esposa (y no pagaba) y el exceso quedaba en la cuenta para atender las necesidades de los hijos por lo que, fue el Banco o la esposa la que dispuso del dinero para otros fines, haciendo el Banco las compensaciones oportunas. Por tanto no ha sido el demandado el que retuvo cantidades, sino el Banco de forma automática, con beneplácito de la esposa y consecuentemente no ha habido perjuicio para la demandada; sería injusto que además de haber abonado las 120.000 ptas. de alimentos, puntualmente (luego elevada a 125.000 ptas. en separación, a partir de marzo 1998), tuviera que pagar el esposo la hipoteca de vivienda familiar, que fue obligación impuesta a la mujer en medidas provisionales. Por otro lado, si bien no son compensables las deudas por alimentos, las atrasadas pueden compensarse que es lo que invocó el recurrente en interpretación del artículo 151 del Código Civil. A tales argumentos se opuso la ejecutante por no haber pendiente préstamo hipotecario (que fue cancelado), y no ser la deuda alegada compensable, por lo que tachó de temerario el recurso interpuesto por el demandado, merecedor de su desestimación con costas. En igual sentido se pronunció el Ministerio Fiscal en su informe.

El planteamiento formulado por el recurrente para impugnar el auto apelado y la providencia ejecutoria de la que trae causa, es insostenible y ello por cuanto de lo que se trata en la ejecutoria es de dar exacto y puntual cumplimiento de una sentencia firme de separación legal, sin poder acudir a lo que en su día acordó el Juzgador en las medidas provisionales de 10 octubre 1995 (folios 28 y 29), dado que éstas terminan cuando sean sustituidas por las de la sentencia estimatoria (ex artículo 106 del Código Civil), de manera que resulta del

uno de ellos antes de su total liquidación se considerará como un crédito de éste con la sociedad de gananciales, de tal forma que posteriormente estas cantidades se computarán en su haber. Así pues, no hay ningún tipo de obstáculo legal para que pueda compensarse la deuda que un cónyuge pueda mantener en concepto de pensión compensatoria con aquellas otras cantidades que deba entregar para levantar las cargas de la sociedad de gananciales.

Un supuesto distinto a los anteriores es aquel que se presenta cuando en la resolución judicial o en el convenio regulador se pactó

---

todo improcedente y perturbador, excepcionar pagos para levantar deuda de préstamos hipotecarios o personales, a efectos de compensar deudas alimenticias a favor de los hijos, dado que no se trata de derechos de crédito que correspondan a los progenitores (sino a los hijos, frente a sus padres), según se infiere del artículo 142, 143.2.º y doctrina de antiguas sentencias del Tribunal Supremo de 6 julio 1895, 26 mayo 1908 y 20 octubre 1924, que desde el lado pasivo la califican de deuda correlativa y recíproca, personal, intransmisible, proporcional, irrenunciable e indeterminada en cuanto al tiempo, con la consecuencia de no poder ser compensable al no concurrir el carácter de obligados y acreedores, principales entre sí, el padre y la madre como requiere el artículo 1.196 del Código Civil para la compensación y como tampoco es admitido por ley la compensación entre alimentistas y alimentante, por expresa prohibición del párrafo primero del artículo 151 del Código Civil, y lo único que aquél puede hacer es la compensación o renuncia de pensiones atrasadas (facultades personalísimas que no se encuadran ni compadecen con propias de la patria potestad, del artículo 154 del Código Civil y las restricciones del 158.1.º del propio Código), quiere decirse que la alegación del recurrente resultaba improcedente y contraria a la legalidad, tanto en el orden sustantivo antes expresado, como en el orden procedimental y de eficacia jurídica de las resoluciones judiciales pues como ya viene reiterando esta Sala, cada proceso matrimonial es autónomo del anterior y las controversias suscitadas han de ser resueltas según lo alegado, debatido y probado en cada pleito, sirviendo la sentencia firme de título ejecutivo directo, según los propios términos recogidos en su parte dispositiva (ex artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, párrafo segundo). Por consiguiente, resulta inocuo a los efectos del recurso, que en unas lejanas medidas provisionales de 1995, se estableciera al lado de la obligación del esposo al levantamiento de cargas (120.000 ptas.) la de la esposa para pago de préstamo hipotecario y del esposo para pago de préstamos personales, dado el diferente ámbito en que se desarrollaban estas obligaciones, su diferente naturaleza jurídica y efectos jurídicos, que no cabe confundir ni en sus elementos personales, ni en su contenido económico, pues aquellas cargas familiares hacen alusión a las relaciones paterno-filiales y conyugales en materia alimenticia, mientras que la hipoteca y préstamos pertenecen a la esfera de los contratos civiles entre cónyuges, con terceros, con la consecuencia de la intangibilidad de los derechos de los hijos como acreedores de alimentos, frente a deudas contraídas por sus progenitores con Bancos o entidades de préstamos, que en manera alguna pueden quedar afectados por actos o contratos de los progenitores en perjuicio de sus derechos (principio favor *filii*) y que subyace en las anteriores normas del Código Civil que han sido citadas, y en la Jurisprudencia que las desarrolla, sentencias del Tribunal Supremo de 7 octubre 1970, sobre imprescriptibilidad del derecho a los alimentos, y de 13 octubre 1.966 relativas a prohibición legal de transigir alimentos futuros. Por consiguiente si el Banco Bilbao Vizcaya procedía a detraer de la cuenta del esposo el importe de 120.000 ptas. mensuales pero con ellas pagaba en primer

una pensión para contribuir a las cargas del matrimonio estando aún pendiente el pago del préstamo hipotecario. Ciertamente lo deseable sería que se especificase en la resolución o en el convenio qué conceptos se incluyen dentro de la contribución a las cargas. Si estaba incluida la amortización mensual del préstamo hipotecario, es evidente que procederá en todo caso la compensación de las cantidades adeudadas con aquellas otras que, en concepto de pago de hipoteca hubiese realizado directamente el ejecutado, tal y como resolvió la Sec. 12 de la AP de Barcelona en auto de 9 de diciembre de 1999.

#### E) PLUSPETICIÓN O EXCESO

En esta ocasión estamos ante supuestos en los que el ejecutante está reclamando más cantidad de la que realmente se adeuda por el ejecutado.

##### a) Reclamación de pensiones ya abonadas

Si el actor no ha contabilizado algún pago efectuado legalmente por el ejecutado puede y debe admitirse que el deudor se oponga al embargo efectuado. Acreditado el pago documentalmente, procede reducir su cuantía de la deuda inicialmente reclamada, continuando la ejecución por el resto.

##### b) No se ha calculado bien el importe de los atrasos

Como a veces es normal solicitar del juzgado la revalorización de la pensión y la reclamación de los atrasos, puede suceder, en especial cuando se fija como índice de revalorización el incremento que experimenta el sueldo del deudor, que no se haya calculado bien el importe de la deuda. Esta circunstancia, justifica la oposición a la demanda ejecutiva.

---

lugar la hipoteca de la vivienda familiar, y sólo el resto lo abonaba en cuenta de la esposa para alimentación de los hijos, quiere decirse por un lado que si así procedía la entidad bancaria era por instrucciones del cliente, o por su consentimiento, de manera que esta forma de compensar créditos y deudas, entre los esposos, era en perjuicio de los propios hijos, que en manera alguna pueden quedar afectados por tales maquinaciones fraudulentas. Por tanto, no habiendo dado cumplimiento a lo ordenado por la sentencia de separación, de acuerdo con sus propios términos, es visto que no quedó cumplida la obligación de abonar en su integridad el importe mensual a que ascendían los alimentos, 120.000 o 125.000 ptas. según los términos y períodos de la providencia ejecutiva de 27 mayo 1998 que acatada por la ejecutante, fue confirmada por Auto de 24 julio 1998 a que se contrae la apelación y que en razón a lo expuesto, ha de ser confirmado.

Dentro de este apartado podemos incluir también aquellos supuestos en los que la cuantía de la pensión se estableció de acuerdo con un porcentaje de los ingresos del obligado a su pago sin determinarse exactamente qué partidas se computarían para calcular el importe de la pensión. ¿Se tendrán en cuenta los ingresos íntegros o los netos? ¿Se incluirán conceptos como guardias, dietas, etc.? Al no haberse fijado con precisión esta medida, será en fase de ejecución de sentencia cuando el juez deba pronunciarse al respecto. La línea jurisprudencial dominante entiende que si sólo se ha indicado que la pensión consistirá en un porcentaje de los ingresos del cónyuge o del progenitor, habrá que aplicar el porcentaje sobre el sueldo neto sin que deban incluirse las partidas correspondientes a dietas, gastos de viaje, sustituciones eventuales, horas extras, guardias, etc., puesto que suponen la realización de un trabajo adicional o un mayor esfuerzo, que no debe penalizarse con la entrega de un porcentaje a los hijos o al otro cónyuge. Es evidente se deben incluir las pagas extraordinarias y que hay que estar atento a los posibles adelantos de la nómina que pueden reducir el líquido a percibir.

Intimamente relacionado con lo comentado en el párrafo anterior está el supuesto en el que un cónyuge reclama el porcentaje estipulado respecto de las devoluciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que percibe el cónyuge obligado al pago de la pensión. La cuestión es controvertida, ya que si bien los ingresos del trabajador se ven gravados mensualmente con unas retenciones a cuenta del impuesto que una vez liquidado pueden reintegrarse al mismo, no puede olvidarse que estamos hablando de un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta en función de su cuantía y de las circunstancias personales del contribuyente, quiere esto decir, que la posible devolución de Hacienda está en función de numerosos factores que no dependen únicamente de los ingresos, sino de las circunstancias actuales del cónyuge, de sus inversiones, de los incrementos o disminuciones patrimoniales, gastos personales, etc. Las escasas sentencias de las audiencias provinciales que se han pronunciado en la materia, no han admitido esta reclamación. No obstante, habrá que tener presente el posible fraude que pueda cometer el cónyuge obligado al pago de la pensión que solicita a su empresa que le eleven las retenciones para abonar menos cantidad a su ex-cónyuge.

c) Estar siguiéndose la ejecución de las pensiones reclamadas o de parte de ellas por vía penal

El artículo 227 del nuevo CP, después de definir el delito de abandono de familia por impago de pensiones, en su apartado tercero señala

que «*La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas*». Por consiguiente, si en la jurisdicción civil se está reclamando el pago de unas pensiones determinadas, es posible que en alguna ocasión el juzgado de lo penal esté al mismo tiempo ejecutando la sentencia y reclamando el pago de las pensiones que dieron lugar a la incoación del procedimiento penal, y que pueden coincidir en todo o en parte con las que se reclaman en el Juzgado de Familia. Evidentemente, como sólo uno de los juzgados podrá continuar con la vía de apremio, este hecho podrá ser alegado para que se paralice la ejecución civil o bien que se limite a la reclamación de las pensiones que no fueron objeto de denuncia penal.

No obstante, el artículo 109 del CP faculta al perjudicado para que pueda optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil derivada del delito de abandono de familia ante la jurisdicción civil. Si se produce esta opción, no existirá ningún obstáculo para que se continúe en el Juzgado de Familia la vía de apremio respecto de la totalidad de las pensiones impagadas.

F) FALTA DE CAPACIDAD O DE REPRESENTACIÓN DEL EJECUTANTE O NO ACREDITAR EL CARÁCTER O REPRESENTACIÓN CON QUE DEMANDA

En ocasiones, ante la reclamación de pensiones atrasadas, alega el ejecutado, que siendo mayor de edad el hijo que tiene reconocido el derecho a alimentos, el ejecutante carece de legitimación para instar en su nombre la demanda ejecutiva, es decir, carece de legitimación *ad proce-sum*. Dado que la mayoría de edad empieza a los dieciocho años, conforme establece el artículo 315 del Código Civil, y que entonces el hijo adquiere plena capacidad jurídica, resulta evidente que ninguno de los padres podrá representarlo, salvo que esté formalmente autorizado o apoderado para ello. Partiendo del hecho de que la pensión alimenticia ya está concedida dentro del procedimiento matrimonial resultaría incongruente que se remitiese al hijo mayor de edad a un procedimiento de alimentos para que pudiese reclamar las pensiones que no se han abonado por el progenitor, por lo que en la práctica, para desestimar las pretensiones del demandado se adoptan algunas de las siguientes soluciones:

- Personación en autos del hijo mayor de edad, manifestando que se adhiere a la petición de reclamación del pago de pensiones en todos sus extremos. Para la personación bastará la comparecencia del hijo ante el secretario judicial otorgando apoderamiento *apud—acta* a favor del mismo procurador que tiene el progenitor con el que convive.

- Dictar providencia acordando oír al hijo mayor de edad para que manifieste si autoriza o no al progenitor con el que convive para reclamar los alimentos adeudados, no accediendo a lo solicitado por el deudor si el hijo mayor de edad contesta en sentido afirmativo, y deduciendo el importe de la pensión alimenticia correspondiente al hijo mayor de edad, si lo hace en sentido negativo. No obstante habrá que tener en cuenta el comentario que efectuamos anteriormente en cuanto a que el hijo haya alcanzado o no independencia económica.
- Entender que la pensión fijada lo es por el concepto de levantamiento a las cargas del matrimonio, donde están incluidos los «gastos» de este hijo mayor de edad mientras siga viviendo en el domicilio familiar y no tenga ingresos propios. En este sentido el artículo 155.2 del Código Civil establece que es obligación de los hijos «*contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan en ella*».
- Justificar la representación, en base a las teorías de «legitimación por sustitución», «mandado verbal o tácito», «legitimación compartida» o por último, dentro de las facultades que le confieren la dirección, gestión y administración de la economía familiar.

Si la oposición del ejecutante se centra en la falta de legitimación *ad causam*, esto es, que al haber alcanzado la mayoría de edad el hijo, se ha extinguido la pensión alimenticia, la desestimación está asegurada, ya que este progenitor olvida:

- Que la mayoría de edad no figura entre las causas del artículo 152 del Código Civil por las que cesa la obligación de dar alimentos.
- Que el artículo 93 del Código Civil en su nueva redacción, establece que «*si convivieren en el domicilio familiar hijos mayores de edad que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y ss. de este Código*».
- Que el artículo 142 del Código Civil, entiende por alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Algunas Audiencias Provinciales, entre las que se encuentra la de Madrid, vienen aplicando el criterio de que si la sentencia se dictó con

anterioridad a que entrase en vigor la reforma del artículo 93 del Código Civil efectuada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, no es exigible el pago de la pensión alimenticia dentro del procedimiento matrimonial cuando los hijos van alcanzando la mayoría de edad. Esta tesis está basada en que dicha ley no tiene carácter retroactivo, y por tanto no será aplicable a los procedimientos anteriores. Sin embargo, hay que tener en cuenta que una vez que se ha establecido la pensión alimenticia, sólo podrá modificarse o extinguirse por alguna de las causas señaladas en los artículos 150 y 152 del Código Civil, y seamos realistas, lo único que se consigue con ello, es obligar al hijo mayor de edad, pero aún dependiente de sus padres, a que interponga un procedimiento en reclamación de alimentos.

#### G) NULIDAD RADICAL DEL DESPACHO DE LA EJECUCIÓN POR NO CONTENER LA SENTENCIA PRONUNCIAMIENTO DE CONDENA

Esta causa de oposición está relacionada con el despacho de ejecución en base a la reclamación de cantidades que no están incluidas en el convenio regulador ni en la resolución judicial. Un ejemplo de ello es el supuesto en el que el progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia se le reclama las cantidades que percibe de la empresa en concepto de «ayudas escolares» y que son consecuencia de los convenios colectivos firmados en las empresas. Si no se ha pactado nada respecto a estas ayudas en el convenio regulador o en la sentencia, no se podrá despachar ejecución para que entregue dichas cantidades, pues lo contrario vulneraría el artículo 18 de la LOPJ, ya que se estaría ejecutando un pronunciamiento que no se contiene en la sentencia. Igual sucede con el despacho de ejecución por gastos extraordinarios, sin que previamente se haya liquidado su cuantía. También cabe entender incluidos los supuestos en los que uno de los cónyuges reclama el pago de deudas de la sociedad de gananciales, cuando no existe en la sentencia o en el convenio regulador ninguna previsión al respecto.

Dentro de este apartado tenemos que comentar la posible oposición del ejecutado en base a que la deuda no es líquida y que por tanto, previamente a iniciarse la ejecución debe dictarse una resolución determinando la cuantía de la misma. Esta oposición no tendrá ningún éxito, puesto que no estamos ante un supuesto de deuda ilíquida, ya que la sentencia condena al pago de una cantidad líquida y determinada —por ejemplo veinte mil pesetas mensuales— y aunque contenga una cláusula de actualización, está perfectamente determinada —normalmente IPC o variación en el sueldo— y es conocida por el demandado ya puede acudir al Instituto Nacional de Estadística o comprobar sus pro-

prios ingresos. Por tanto, no cabe acudir al incidente de ejecución previsto en los arts. 712 y ss. de la LEC para supuestos de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas, sino al art. 571 de la LEC que regula la ejecución dineraria. La circunstancia de que pueda existir duda respecto a la cuantía realmente adeudada no convierte a la deuda en ilíquida, sino que es necesario oponerse a la ejecución en base a alguna de las causas que hemos alegado anteriormente. Quizás podría considerarse ilíquida la deuda dimanante de un convenio regulador en el que la cuantía de la pensión se hubiese fijado en un tanto por ciento de los ingresos del progenitor, siempre y cuando este no fuese un trabajador por cuenta ajena.

### 5. Otras causas de oposición

Señala el art. 564 de la LEC: «*Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrán hacerse valer en el proceso que corresponda*».

En principio, no tendrán eficacia alguna frente a la ejecución las siguientes causas de oposición:

#### A) SUPUESTO EN EL QUE EL HIJO OBTIENE INGRESOS PROPIOS, AUNQUE CONVIVE EN EL DOMICILIO FAMILIAR

La obtención de ingresos por el hijo mayor de edad que tiene asignada una pensión alimenticia es una circunstancia que puede dar lugar a una modificación de las medidas que se encuentren vigentes y que podrá estar dirigida bien a reducir la cuantía de la pensión alimenticia o bien a su propia extinción.

Si el deudor en el escrito de oposición a la ejecución alega que alguno de los hijos no tiene derecho a la pensión alimenticia por percibir ingresos propios, lo aconsejable será dar traslado a la parte contraria y al propio hijo. En el supuesto de mostrar su conformidad la parte ejecutante, evidentemente deberá descontarse el importe de las pensiones del hijo mayor de edad de la cantidad reclamada. Si no se muestra la conformidad con estas alegaciones, la cuestión desborda los límites de la ejecución de sentencia, ya que el progenitor obligado al pago de la pensión deberá iniciar el correspondiente procedimiento de modificación

de medidas, sin perjuicio de que deban seguir cumpliéndose las medidas que se encuentran actualmente vigentes.

B) PROPORCIONALIDAD DE LOS ALIMENTOS AL CAUDAL O MEDIOS DE QUIEN LOS DA Y A LAS NECESIDADES DE QUIEN LOS RECIBE

El artículo 146 del Código Civil, señala que *«La cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe»* y el artículo 147 que *«los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiera de satisfacerlos»*. Si iniciada la ejecución para el pago de los alimentos atrasados, alega que sus ingresos económicos se han reducido de tal manera que no puede atender al pago de la pensión fijada y que por tanto la pensión alimenticia debe reducirse e incluso extinguirse, estamos nuevamente en presencia de un hipotético cambio de circunstancias que permite al progenitor iniciar un procedimiento de modificación de medidas, al que pudo y debió acudir desde el momento en que cambió su situación económica.

La proporcionalidad de los artículos 146 y 147 del Código Civil no opera de forma automática en los supuestos en los que la pensión se ha establecido en una cantidad fija con sus correspondientes actualizaciones, y por tanto será preciso el inicio de un procedimiento de modificación. En cambio esta proporcionalidad sí opera automáticamente en el supuesto de que la pensión alimenticia se estableciera en base a un porcentaje de los ingresos del progenitor obligado al pago de alimentos.

C) INTERPOSICIÓN DE UNA DEMANDA DE MODIFICACIÓN

Si han cambiado las circunstancias económicas del cónyuge que presta la pensión alimenticia o compensatoria, y ha interpuesto demanda de modificación de medidas a fin de extinguir las pensiones o rebajar el importe de las mismas, no puede oponerse a la ejecución iniciada alegando que con carácter cautelar quede en suspenso la misma hasta que se dicte sentencia en el procedimiento de modificación, y ello por tres razones fundamentales:

- Que se están ejecutando pensiones atrasadas que llegado el día de su vencimiento no hicieron efectivas.
- Que en el procedimiento de modificación si bien podrá acordarse una rebaja en el importe de la pensión o incluso declarar que no

deberá pagarse en el futuro, son muy escasas las sentencias que acuerdan el carácter retroactivo de la misma.

—Que las medidas fijadas estarán vigentes y por tanto exigibles hasta que sean sustituidas judicialmente por otras.

No podemos olvidar que el procedimiento se encuentra en trámite de ejecución de sentencia y que éste no permite modificaciones del fallo, ya que la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado, que la sentencia ha de ejecutarse en sus propios términos.

D) ESTAR CONVIVIENDO EL CÓNYUGE BENEFICIADO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA CON UNA TERCERA PERSONA O HABER ACCEDIDO A UN TRABAJO REMUNERADO

Es cierto que en ocasiones la situación del cónyuge beneficiario de la pensión compensatoria se ha modificado sustancialmente y que ello podría constatarse fácilmente. En estos casos, puede resultar incluso injusto y contrario a derecho que un cónyuge tenga que seguir abonando la pensión compensatoria al otro, y suele ser motivo de oposición a la reclamación de las pensiones.

Lamentablemente, en nuestra legislación procesal no se contempla la posibilidad de extinguir la pensión compensatoria en fase de ejecución de sentencia, a pesar de que quede acreditado el cambio de circunstancias. Por ello, como señala el auto de la AP de Navarra de 16 de febrero de 1996 «La Sala no puede compartir la tesis del apelante, toda vez que el mismo recurrió a las vías de hecho dejando de satisfacer voluntariamente la pensión a la que estaba obligado. Si aquel entendía que no debía pagar la pensión compensatoria porque su ex-esposa convivía maritalmente con otra persona, dada su condición de obligado al pago de aquella, necesariamente estaba obligado a interponer una demanda de modificación de medidas con arreglo a lo que establece el artículo 101 del Código Civil.

No obstante, en la práctica se puede comprobar cómo algunos juzgados y tribunales dejan sin efecto en fase de ejecución de sentencia una pensión alimenticia o compensatoria, práctica que si bien no existe ningún obstáculo en aplicar cuando hay consenso entre ambos cónyuges y en base exclusivamente a criterios de economía procesal, no tiene ninguna cobertura legal cuando una de las partes se opone a la extinción de pensión o a la modificación de su cuantía, ya que es evidente que la resolución que acuerde este pronunciamiento tiene carácter constitutivo, circunstancia que impide su adopción en fase de ejecución de sentencia.

e) Haber formado el deudor una nueva familia

Nuevamente nos encontramos con una causa de oposición a la ejecución que no tiene ninguna virtualidad en cuanto a paralizar el cumplimiento de las medidas que actualmente se encuentran vigentes. Si el deudor entiende que el haber contraído nuevo matrimonio o haber tenido nueva descendencia es causa suficiente para instar una modificación de medidas, deberá presentar la correspondiente demanda, pero ello no le exime de cumplir lo establecido en el convenio regulador o en la resolución judicial.

f) Situación de desempleo del progenitor

La ausencia de ingresos por parte del progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia o compensatoria como consecuencia de la pérdida de trabajo tampoco puede tener efecto alguno para suspender la vía ejecutiva ni para reducir la cuantía de la deuda<sup>19</sup>. Por tanto,

---

<sup>19</sup> *No procede dejar en suspensión la obligación alimenticia del progenitor en base a la alegación de que ha agotado la prestación por desempleo.* AP MADRID, Sec. 22, Sentencia de 22 de junio de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández. Suplica la dirección Letrada del esposo, con revocación parcial de la sentencia de instancia, la suspensión temporal de la obligación alimenticia en pro de la hija común, dado que, si bien al tiempo de la presentación de la demanda el mismo percibía unas 80.000 ptas. mensuales por desempleo, acabó por agotar dicha prestación, y no tenía ingreso alguno cuando se dicta la resolución recurrida.

En lo que concierne a la pretensión económico-alimenticia deducida conviene recordar que, al tiempo de la suscripción, en el mes de abril de 1994, del convenio regulador aprobado, en los antecedentes autos de separación matrimonial, mediante sentencia de 27 de septiembre de dicho año, el esposo se encontraba en situación oficial de paro laboral, habiendo ya agotado la prestación por desempleo (*vid.* informe de vida laboral incorporado al folio 17 de los autos), y siendo beneficiario, en dicho momento, del correspondiente subsidio, según reconoce al absolver la segunda de las posiciones que le fueron formuladas.

La situación que, al tiempo del planteamiento de la litis de divorcio, se expone a la consideración judicial es exactamente la misma, pues apareciendo en el antedicho informe que Don Carlos José fue perceptor de prestación por desempleo en el período comprendido entre el 7 de noviembre de 1996 y el 6 de mayo de 1997, acaba por reconocer aquél, en la referida prueba de confesión, que está cobrando el subsidio, y ello con un período de vigencia hasta el mes de diciembre de 1998.

Y bajo tales condicionantes, no puede llegarse a pronunciamientos distintos de los que libremente asumieron las partes, con similares, cuando no idénticas, circunstancias económico-laborales. A mayor abundamiento, no puede olvidarse que, de conformidad con la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, en la actualidad sustituida por el R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (arts. 215 y 216), el antedicho subsidio se concede sobre la base de haber agotado la prestación por desempleo y tener el trabajador responsabili-

será necesario presentar la correspondiente demanda de modificación de medidas.

g) No haber ejercido el derecho de visitas

Este es un supuesto bastante común, ya que cuando el cónyuge que no tiene a los hijos no puede ejercer el derecho de visitas utiliza como medio de presión el impago de las pensiones, olvidando las necesidades que puedan estar pasando los hijos, dada la naturaleza y fin que tiene la pensión alimenticia. Debe rechazarse de plano dicha petición, sin perjuicio de que se requiera al otro cónyuge para que no impida y favorezca el ejercicio del derecho de visitas por parte del progenitor que no tiene la custodia de los hijos.

h) Estar trabajando el otro cónyuge y ganar más dinero que él

Se trata de otro caso en el que puede modificarse el importe de la pensión al haber cambiado las circunstancias económicas que se tuvieron en cuenta para fijar el importe de la pensión alimenticia o compensatoria, pero sin suspender el curso de la ejecutoria, deberá interponerse una demanda de modificación de medidas.

i) Descuento de los meses de vacaciones

Sin duda inducido por el error de que el pago mensual de la pensión alimenticia se hace para los gastos de ese mes concreto, algunos deudores solicitan el descuento de las pensiones correspondiente a los meses en que ejerciendo el derecho de visitas tienen consigo a sus hijos. Cuando se fija el importe de la pensión no se hace atendiendo a lo que mensualmente pueda necesitar un menor, sino que se calcula una cantidad global que luego se fracciona en mensualidades, existiendo de hecho meses en los que existen más gastos que en otros, debiendo por ello rechazarse de plano lo alegado por el ejecutado.

---

dades familiares, cuales las de asumir el mantenimiento de un hijo menor, pues, en otro caso, sólo procedería la concesión del subsidio en condiciones que no consta reúna el esposo, conforme es de ver por la lectura de los indicados preceptos. Y siendo ello así, no puede distraerse dicha aportación económica de la finalidad a que legalmente viene abocada, esto es la de satisfacer la carga representada por la hija dependiente del beneficiario.

Consideraciones todas ellas que hacen decaer la pretensión exoneratoria, aún con carácter temporal, de la obligación alimenticia, en razón a las circunstancias concurrentes al tiempo de la sustanciación de la litis ante el Organismo *a quo* y su resolución por la sentencia recurrida.

Como señala la sentencia de la AP de Madrid de 9 de diciembre de 1992 «Las pensiones han de pagarse siempre y en todos los meses del año, haya o no vacaciones de verano, Semana Santa o Navidad. Tomar posición distinta sería dejar al capricho del progenitor obligado al pago la cuantía que debe abonar contraviniendo los pactos preestablecidos o desobedeciendo la parte dispositiva de la sentencia».

j) Haberse impugnado la paternidad por parte del obligado al pago de la pensión alimenticia

Basta un breve comentario para desvirtuar este motivo de oposición: Mientras que no se destruya la presunción de paternidad que comporta la inscripción registral, hay que atribuir al padre, tal como viene determinado por la inscripción de nacimiento, la obligación alimenticia que le imponen con carácter genérico los artículos 110 y 154 del Código Civil y el artículo 39.3 de la CE y específicamente la resolución judicial o el convenio regulador vigente en el momento en el que se solicita la ejecución. Incluso existen supuestos en los que después de haberse acreditado que el que figuraba como padre en el registro civil no era el padre biológico debió seguir abonando la pensión al haberse desestimado la demanda de impugnación de paternidad por prescripción de la acción.

k) Extinción de la pensión alimenticia del cónyuge tras la sentencia de divorcio

Dada la imprecisión técnica de muchos convenios reguladores y de otras tantas sentencias judiciales que utilizan indistintamente los conceptos de contribución a las cargas del matrimonio, alimentos, manutención, ayuda familiar, etc., es posible que nos encontremos en fase de ejecución de una sentencia de divorcio en la que no se ha establecido ninguna pensión compensatoria para el cónyuge pero sí una pensión alimenticia. El cónyuge obligado al pago, aprovechando el tenor literal del artículo 143 del Código Civil relativo a las obligaciones alimenticias y las reiteradas manifestaciones del Tribunal Supremo en cuanto a que no caben alimentos entre cónyuges tras el divorcio, suele en ocasiones oponerse a la reclamación de atrasos alegando que ya no tiene obligación legal de entregar alimentos al otro cónyuge.

Evidentemente este motivo de oposición no puede prosperar, ya que olvida que en nuestro ordenamiento jurídico se establecen dos clases de obligaciones alimenticias, una la establecida en el artículo 143 del Código Civil y otra la del artículo 153 del Código Civil, que prevé

la existencia de alimentos por testamento o por pacto, y precisamente esta última calificación tienen los alimentos entre cónyuges que se incluyen en un convenio regulador de divorcio. No obstante, bien es cierto que otra cuestión muy distinta es que la resolución judicial sea la que contenga esta obligación alimenticia tras el divorcio. En este caso, la mayoría de las resoluciones de las audiencias provinciales que se han pronunciado en la materia, aunque con distintas fundamentaciones, no han estimado el motivo como causa de extinción de la obligación económica.

l) Existencia de una reconciliación temporal durante la época en la que se reclaman las pensiones

Después de dictada una sentencia matrimonial en la que se acuerda la separación de los cónyuges, es posible que posteriormente vuelvan a reanudar la convivencia, bien porque quieran concederse un nuevo intento de restablecer su unión o bien para cubrir una necesidad material del cónyuge que abandonó la vivienda, sin embargo, esta convivencia únicamente se prolonga durante algunos meses. Si posteriormente el cónyuge beneficiario de la pensión reclama el impago de diversas mensualidades ¿puede el demandado oponerse a la reclamación de las pensiones correspondientes al período en el que reanudaron la convivencia? La cuestión es controvertida<sup>20</sup> ya que si bien por un lado existe una resolución en la que figura como obligado al pago de una prestación

---

<sup>20</sup> *Ineficacia de la alegación de una reconciliación entre los cónyuges como motivo de oposición a la pensión alimenticia.* AP. BARCELONA. Sec. 12. Auto de 29 de abril de 1999. Ponente: Ilmo. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. La ejecución de las sentencias judiciales, proyección práctica de su eficacia, ha de ajustarse necesariamente a sus pronunciamientos específicos, lo que no impide que se consideren comprendidos en los mismos lo que sea consecuencia natural y obligada de aquéllos, por su naturaleza o por disposición legal, siempre, como ordena el art. 919 de la L.E.C., a petición de parte.

Instada ejecución de sentencia de separación matrimonial para la satisfacción de pensiones alimenticias atrasadas y actualizaciones de la prestación, se ha opuesto el esposo ejecutado aduciendo el intento de reconciliación de los consortes, en agosto y septiembre de 1995, durante tal período de tiempo se aduce la vida en común de los esposos, y la entrega a la ejecutante de la totalidad de ingresos del ejecutado.

*Prima facie*, y en cuanto al intento de reconciliación aducido por el ejecutado, de otra parte no puesto en conocimiento del órgano jurisdiccional que dictó la sentencia de separación, tal como previene el art. 84 del CC, a efectos de dejar sin efecto lo en ella resuelto, es de precisar que no consta en autos que el esposo atendiere al cumplimiento de las cargas familiares que en concepto de necesidades alimenticias debía satisfacer a sus descendientes, tal como atinadamente resuelve el auto impugnando, lo que hace atendible la deuda alimenticia surgida de ese intento efímero de reconciliación así como del resto de las pensiones reclamadas del año 1995.

periódica, por otro es posible que este cónyuge durante el período de convivencia hubiese contribuido al levantamiento de las cargas y por ello, podría incurrirse en un abuso de derecho por parte del actor reclamar cantidades que ya se abonaron en especie. La solución pasa citar a las partes a «vista» y practicar las pruebas necesarias con la finalidad de que el ejecutado pueda demostrar si durante ese período aportó cantidades para el sostenimiento de la familia. Si ello se consigue, habrá que deducir de la cantidad reclamada todas aquellas que pudieran incluirse en este concepto, y por el contrario si no se acredita no podrá minorarse la cuantía de la reclamación.

Desde luego lo que hay que dejar bien claro, es que aun en el supuesto de que se hubiese producido una auténtica reconciliación entre los cónyuges, esta circunstancia no supone la extinción ni la modificación automática de las medidas que se decretaron en la sentencia de separación, ya que no podemos olvidar que el artículo 84 del Código Civil señala: «Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación con los hijos, cuando exista causa que lo justifique».

m) Traslado voluntario del hijo mayor de edad al domicilio del progenitor obligado al pago de alimentos

Si el hijo mayor de edad decide voluntariamente trasladarse a vivir al domicilio del progenitor que, según el convenio regulador o la resolución judicial, venía obligado al pago de alimentos, es causa más que suficiente para que desde este momento deje de abonarse la pensión alimenticia al progenitor con el que convivía anteriormente el hijo.

Jurídicamente se ha producido un pacto entre el hijo mayor de edad y el progenitor, en virtud del cual opera el artículo 149 del Código Civil, puesto que el alimentante ha optado por prestar los alimentos recibiendo en su domicilio al hijo, y el alimentista ha aceptado esta forma de recibir los alimentos. Para dar fe de esta circunstancia a la fecha del traslado es conveniente la comparecencia del hijo en el juzgado para que ratifique esta circunstancia.

n) Cambio tácito de la guarda y custodia o convivencia temporal del hijo menor de edad con el progenitor no custodio

Es frecuente en algunos supuestos que aun cuando la guarda y custodia de los menores está atribuida a un cónyuge, sea el otro progenitor el que de hecho venga conviviendo con los hijos o con alguno de ellos, bien por un pacto entre los cónyuges o por deseo expreso de los meno-

res, sin que ello haya trascendido al procedimiento judicial. Presentada reclamación de impago de pensión por el cónyuge que legalmente tiene la custodia de los menores, el otro cónyuge se opone alegando la convivencia de éstos en su domicilio.

La solución resulta difícil, ya que si bien a tenor del auto o de la sentencia está obligado al pago de la pensión, ésta ha quedado sin contenido al tener el deudor de hecho la custodia de los hijos. La tramitación que creemos más adecuada, es dar traslado a la parte ejecutante de las manifestaciones del ejecutado, si ésta insiste en el pago de la misma, celebrar la vista dando a las partes la oportunidad de practicar pruebas —siendo fundamental la exploración de los menores—, resolviendo posteriormente la cuestión de la siguiente forma:

—Si se ha acreditado en forma la convivencia estable de los menores con el otro progenitor, la resolución que se adopte rebajará de la cantidad reclamada el importe de las pensiones devengadas durante el tiempo de convivencia<sup>21</sup>. Lo contrario sería amparar el

---

<sup>21</sup> *No procede ejecutar la sentencia de separación, ya que ambos cónyuges consintieron su modificación implícita cuando todos los hijos se trasladaron a convivir con el padre.* **AP BARCELONA, Sec. 12 Auto de 31 de marzo de 1998. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.** La representación de la parte recurrente fundó el recurso de apelación que ha sostenido ante la Sala en tres motivos diferenciados: a) la inexistencia de sentencia dictada en proceso modificadorio de las medidas reguladoras de los efectos de la separación, cuya circunstancia no ha sido tenida en consideración por el juzgador de instancia; b) la inaplicación del art. 93.2 del CC, en cuanto a que confiere al progenitor con el que conviven los hijos para reclamar alimentos en su nombre; y c) la inaplicación de la doctrina legal que posibilita la realización de la liquidación de la sociedad de gananciales en la fase de ejecución del proceso de separación matrimonial. En base a ello interesó la revocación de la resolución recurrida, y la solicitud de que fuera dictada otra conforme a derecho. Por la representación de la parte apelada se solicitó la confirmación del Auto impugnado.

El primero de los motivos del recurso, que tiende a que se reconozca plenos efectos y vigencia a la sentencia de separación de fecha 5 de diciembre de 1983, por cuanto la misma no ha sido modificada por resolución posterior, ha de ser analizado sobre la consideración de que las sentencias constitutivas de obligaciones, no pueden desvincularse de la propia vida de los derechos que, preexistentes a su declaración judicial, como es el de alimentos —art. 148 del CC—, la sentencia únicamente los concretó y determinó en un momento determinado de su historia —en el caso de autos en el año 1983—, sobre la base de los elementos fácticos que fueron ponderados en la resolución en la que se preveía una determinada situación de los hijos del matrimonio. Cesada la convivencia de los tres hijos que quedaron con la madre en el año 1998, cuando pasaron a residir con el padre, como ha sido plenamente reconocido por la ejecutante, el principio jurídico *rebus sic stantibus* ha de desplegar su eficacia íntegra, máxime cuando tal situación fue plenamente aceptada por la hoy ejecutante, que expresamente formuló desistimiento de la pretensión de ejecución que formuló en el año 1987, y expresó su conformidad con la cesación del pago de alimentos por el esposo desde tal fecha, puesta de manifiesto con el acto propio de no haber ins-

abuso de derecho del progenitor que, en virtud de la sentencia tenía la guarda y custodia de los menores, pero que luego no la ejerció de manera efectiva, conducta contraria a la buena fe que, como principio general, se recoge en el art. 7 del CC. Si la pensión alimenticia se fijó globalmente para varios hijos, la rebaja de la pensión deberá ser proporcional al número de hijos que han cambiado de custodia.

---

tado la ejecución de la sentencia hasta el 10 de mayo de 1996, cuando habían transcurrido más de ocho años desde que se produjo el hecho extintivo, y todos los hijos del matrimonio pasaron a residir con el padre.

Es cierto que la situación creada en 1988 debió ser objeto de nueva regulación con el ejercicio de la acción modificatoria de las medidas reguladoras de los efectos de la separación, pero tal omisión no es imputable únicamente al ejecutado, sino que también lo es a la propia parte ejecutante, que no acudió a los tribunales, pero dejó de cumplir las previsiones del convenio regulador en cuanto al cuidado de los tres hijos entonces menores que habían quedado a su cargo, pasando éstos a depender respecto a todas sus necesidades del padre, que también se había hecho cargo, en su propio domicilio, de los otros cinco hijos del matrimonio.

La apariencia de vigencia formal de la resolución que se ha pretendido ejecutar, no puede ser admitida por los tribunales, por cuanto implicaría un claro abuso de derecho, proscrito de nuestro sistema legal por el art. 7 del CC, sin que la circunstancia de que, cuatro años más tarde, en 1992, dos de las hijas decidiesen volver a convivir con la madre, altere la extinción operada de las medidas reguladoras de la separación en lo que se refiere a los alimentos de las mismas en sede del litigio matrimonial, ya que éstas, por su condición de personas mayores de edad, ejercitaron su libre derecho de opción a residir donde les conviniera, con plena capacidad de reclamar de sus progenitores los alimentos que precisaren, como de hecho consta que lo hicieron, concertando con el padre la ayuda directa que éste les ha venido prestando cuando le ha sido solicitada.

Es de considerar, por otra parte, que el status jurídico definido en la sentencia de separación respecto a los hijos y la atención de sus necesidades alimenticias, quebró con la circunstancia de que todos ellos pasaran a convivir y depender del padre, por lo que la nueva situación generada cuando las dos hijas regresaron a residir con la madre, es una circunstancia nueva, que debió ser regulada *ex novo*, en base a un elemental principio de seguridad jurídica, bien con el ejercicio de la acción modificatoria, o con la formulación de la oportuna reclamación de alimentos de las hijas mayores de edad contra sus progenitores. Ninguna de las circunstancias se han dado, lo que muestra, de forma evidente, que las hijas no han precisado mayores prestaciones alimenticias que las que sus padres les ha otorgado.

En conexión con lo anterior, ha de enjuiciarse el segundo de los motivos del recurso, relativo a la legitimación de la madre para reclamar los alimentos de las hijas que conviven con la misma, del otro progenitor, que el juzgador de instancia no ha reconocido. En tal sentido, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre la irretroactividad de la modificación del art. 93 del CC, por la ley de noviembre de 1990, respecto a las obligaciones dimanantes de sentencias anteriores a su promulgación, y en lo que se refiere a los hijos mayores de edad. Tal doctrina, acertadamente aplicada por el juzgador de instancia, implica la desestimación de la pretensión sostenida con el presente recurso por la parte recurrente en lo que se refiere a las prestaciones alimenticias de las hijas tras su mayoría de edad, sin perjuicio del derecho que asiste a las mismas para, si se encontraran en situación de necesidad, formular la acción de alimentos correspondiente.

—En el supuesto de que esta convivencia no haya quedado debidamente probada, o se haya limitado a algunos días o semanas, sin que ello haya supuesto una verdadera alteración del régimen establecido, no deberá tenerse en cuenta a efectos de reducir la cuantía de la deuda.

Si se opta por no tener en cuenta esta circunstancia y seguir la vía de apremio contra el progenitor que, a pesar de ejercer la guarda y custodia de los hijos, aparece como obligado al pago de una pensión en el convenio regulador o en la resolución judicial, se estaría permitiendo el abuso de derecho y el enriquecimiento injusto del progenitor que reclama el pago de la pensión, circunstancia expresamente prohibida por el artículo 11.2 de la LOPJ.

## 6. Tramitación de la oposición del ejecutado

Dependiendo de los motivos de oposición alegados por el ejecutado, se prevén en la LEC dos trámites distintos.

### A) SUSTANCIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LA OPOSICIÓN POR DEFECTOS PROCESALES

De las posibles causas que hemos enumerado anteriormente, sólo podrán alegarse como excepción procesal la falta de capacidad o de representación del ejecutado o no acreditar el carácter o representación con que demanda y la nulidad radical del despacho de ejecución.

Si el ejecutado hubiese alegado esta causa, de acuerdo con lo señalado en el art. 559 de la LEC, se dará traslado por cinco días al ejecutante para que pueda formular alegaciones. La resolución del tribunal puede ser alguna de las siguientes:

—Si entendiere que el defecto es subsanable, concederá mediante providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo.

---

Por lo que se refiere a la liquidación del patrimonio conyugal, no puede compartir la Sala el criterio del juzgador de instancia por el que se difiere a la ejecución de la sentencia de divorcio la liquidación del patrimonio ganancial, ya que la disolución del régimen económico que estuvo vigente entre los litigantes, fue un efecto automático, *ex lege*, de la sentencia de separación, tal como establece el párrafo 3.º del art. 1.392 del CC, en relación con el art. 95 del mismo texto legal, con independencia de que la efectiva liquidación no se haya producido hasta la fecha, resultando pertinente proceder a su práctica en sede de ejecución de la propia sentencia, tal como posibilita el art. 91 del CC, por los trámites previstos en los arts. 1.410 y concordantes del mismo texto legal, razón por la que debe prosperar el motivo del recurso referido a tal extremo.

- Si el defecto no fuese subsanable o no se subsanare dentro del plazo, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución, con imposición de costas a la parte ejecutante.
- Si no apreciase la existencia de los defectos procesales a que se limite la oposición, dictará auto desestimándola y mandando seguir la ejecución adelante, e impondrá al ejecutado las costas de la oposición.

## B) SUSTANCIACIÓN DE LA OPOSICIÓN POR MOTIVOS DE FONDO

Cuando se haya resuelto sobre la oposición a la ejecución por motivos procesales o éstos no se hayan alegado, el ejecutante podrá impugnar la oposición basada en motivos de fondo en el plazo de cinco días, contados desde que se le notifique la resolución sobre aquellos motivos o desde el traslado del escrito de oposición.

Las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de ésta, podrán solicitar la celebración de vista, que el tribunal acordará mediante providencia si la controversia sobre la oposición no pudiere resolverse con los documentos aportados, señalando día para su celebración dentro de los diez siguientes a la conclusión del trámite de impugnación.

Si no se solicitara la vista o si el tribunal no considerase procedente su celebración, se resolverá sin más trámites la oposición conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Cuando se acuerde la celebración de vista, si no compareciere a ella el ejecutado el tribunal le tendrá por desistido de la oposición y adoptará las resoluciones previstas en el apartado primero del artículo 442. Si no compareciere el ejecutante, el tribunal resolverá sin oírle sobre la oposición a la ejecución. Compareciendo ambas partes, se desarrollará la vista con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, dictándose a continuación la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

De acuerdo con lo establecido en el art. 561 de la LEC, oídas las partes sobre la oposición a la ejecución no fundada en defectos procesales y, en su caso, celebrada la vista, el tribunal adoptará, mediante auto, a los solos efectos de la ejecución, alguna de las siguientes resoluciones:

- a) **Declarar procedente que la ejecución siga adelante** por la cantidad que se hubiese despachado, cuando la oposición se desestimare totalmente. En caso de que la oposición se hubiese fundado en pluspetición y ésta se desestimare parcialmente, la

ejecución se declarará procedente sólo por la cantidad que corresponda. El auto que desestime totalmente la oposición condenará en las costas de ésta al ejecutado, conforme a lo dispuesto en el artículo 394 para la condena en costas en primera instancia.

- b) **Declarar que no procede la ejecución**, cuando se estimare alguno de los motivos de oposición enumerados en los artículos 556 y 557 o se considerare enteramente fundada la pluspetición que se hubiere admitido conforme al artículo 558. En este caso, se dejará ésta sin efecto y se mandará alzar los embargos y las medidas de garantía de la afección que se hubieren adoptado, reintegrándose al ejecutado a la situación anterior al despacho de la ejecución, conforme a lo dispuesto en los artículos 533 y 534. También se condenará al ejecutante a pagar las costas de la oposición.

Contra el auto que resuelva la oposición podrá interponerse recurso de apelación, que no suspenderá el curso de la ejecución si la resolución recurrida fuera desestimatoria de la oposición.

Cuando la resolución recurrida sea estimatoria de la oposición el ejecutante podrá solicitar que se mantengan los embargos y medidas de garantía adoptadas y que se adopten las que procedan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 697 de esta Ley, y el tribunal así lo acordará, mediante providencia, siempre que el ejecutante preste caución suficiente, que se fijará en la propia resolución, para asegurar la indemnización que pueda corresponder al ejecutado en caso de que la estimación de la oposición sea confirmada.

## *7. Otras cuestiones relacionadas con el pago de las pensiones*

### A) ADMINISTRACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Otra cuestión que se plantea en fase de ejecución de sentencia está relacionada con la administración de la pensión. En la práctica nos encontramos con el caso en el que el progenitor deudor se opone al pago alegando que quiere entregarle la pensión directamente al hijo mayor de edad para que sea éste el que la administre.

Ya que la administración de la pensión alimenticia de los hijos menores corresponde al progenitor con el que conviven, y siendo precisamente esa convivencia en el domicilio familiar la causa determinante de la concesión de la pensión alimenticia a los hijos mayores de edad dentro del procedimiento matrimonial, es evidente que será éste proge-

nitor el que igualmente se encargue de su administración<sup>22</sup>, destinando el importe de las pensiones a levantar la totalidad de las cargas familiares, no pudiendo en consecuencia, admitirse la tesis de que sean los propios hijos los que administren el importe de la pensión. No obstante resulta práctico al inicio de la ejecutoria, que comparezcan en autos los hijos mayores de edad manifestando que muestra su conformidad para que sea el progenitor con el que convive el encargado de administrar «su» pensión alimenticia, o bien designar la misma cuenta bancaria de este progenitor, para que se ingresen en ella «sus» pensiones.

#### B) PRESTACIÓN DE LOS ALIMENTOS EN CASA DEL ALIMENTANTE

El artículo 149 del Código Civil reformado por la Ley del Menor 1/1996, de 15 de enero, establece que *«El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra o perjudique el interés del alimentista menor de edad»*.

Si el obligado a pagar la pensión alimenticia hace uso del artículo 149 del Código Civil y opta por mantener en su propia casa al hijo, deberá examinarse el supuesto concreto, ya que no se trata de un derecho absoluto del alimentante que limite las facultades de los Tribunales para examinar las circunstancias concurrentes y que siempre se subordina a que no exista estorbo ni legal ni moral para que el alimentista se

---

<sup>22</sup> *El progenitor con el que convive el hijo mayor de edad es el que tiene que recibir la prestación alimenticia del otro progenitor. AP BARCELONA Sec. 12.<sup>a</sup>, Sentencia de 3 de abril de 1998. Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.* El párrafo segundo del art. 93 del CC añadido por Ley 11/1990, de 15 de octubre, supone la pervivencia del derecho de un cónyuge de ser perceptor de los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes del CC, para aquellos hijos que aun siendo mayores de edad o emancipados, sigan conviviendo en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. la persona legitimada para seguir percibiéndolos sigue siendo en el presente caso la madre, sin perjuicio de la intervención de este hijo mayor de edad como legitimado (coadyuvante) por su interés en la cuestión. No obstante, no se trata de un derecho de alimentos del hijo en el sentido propio del art. 142 y siguientes del CC, sino para el hijo en cuanto se halla inserto en un nuevo núcleo familiar formado tras la crisis conyugal. Será pues aquel progenitor a cuyo cargo queda la nueva entidad familiar formada, quien habrá de recibir la prestación para atender la carga que grava su patrimonio, al no ser su destinatario este hijo mayor de edad, sino aquel progenitor que asume a título principal (por convivir con él) la carga familiar de subvenir *prima facie* sus necesidades en tanto el hijo carezca de ingresos propios.

traslade a casa del alimentante<sup>23</sup>. Debe evitarse acceder a la solicitud del ejercicio de opción cuando el mismo pretende exclusivamente suprimir la pensión alimenticia, cuando el progenitor que lo solicita sabe de antemano que el hijo no se trasladará a su domicilio.

### III. La ejecución del pronunciamiento de atribución del uso de la vivienda

Dictada la resolución en la que se atribuye el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, a instancia de la parte beneficiaria de tal medida,

---

<sup>23</sup> *No se accede a la petición del padre de prestar los alimentos de la hija mayor de edad recibiendo a la misma en su propia casa. AP BARCELONA, Sec. 18, Sentencia de 22 de febrero de 1999. Ponente: Ilma. Sra. Magistrada D.ª Margarita Noblejas Negri-llo.* Fundamenta el apelante el recurso que se examina insistiendo en que, a la vista de que su hija, mayor de edad, no realiza ningún tipo de estudio, —siendo así que sus calificaciones académicas cuando estudiaba eran nefastas— ni menos aún actividad laboral, está legitimado para ejercitar la opción que le permite el art. 149 CC en cuanto a prestar los alimentos a la misma en la propia casa del alimentante con el fin de tener la posibilidad de cambiar la forma de vida de aquélla de forma tal que le permita poder acceder algún día al mercado laboral y proveer así a sus propias necesidades, o en otro caso, se suspenda la obligación de pago de alimentos acordada en la sentencia de separación y posterior de divorcio respecto de la misma.

Efectivamente, tanto la doctrina científica como del Tribunal Supremo, han establecido que tal derecho de opción en orden al cumplimiento de la prestación no tiene carácter absoluto, debiendo excluirse cuando a ello se opongan razones de orden legal u otras que afecten a las específicas circunstancias de los interesados, subordinándose a que no exista estorbo legal ni moral para que el alimentista se traslade a casa del alimentante. Y así, partimos de que la hija siempre ha vivido con su madre a la que se otorgó la guarda y custodia, de que la misma no desea trasladarse a casa del padre, si además no se aprecian circunstancias económicas en el patrimonio del obligado que presenten un quebranto o gravamen excesivamente oneroso, perturbador o distorsionante para el mismo cumplimiento la prestación en la forma señalada en la sentencia, son circunstancias que nos llevan a determinar que no existe razón bastante justa y admisible para quebrar la prolongada convivencia materno filial que con expresa anuncia del obligado se ha mantenido durante largos años, y que ahora desautoriza su ofrecimiento de proveer *in natura* a la satisfacción de la deuda alimenticia de que tratamos, razones de todas que imponen el rechazo y desestimación del recurso que se examina.

*No procede acceder a la petición del padre de prestar los alimentos en su propio domicilio. AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de mayo de 1998. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.* El motivo del recurso formulado en forma subsidiaria, que tiene por objeto la apreciación de la causa de extinción de la obligación alimenticia en cuanto al hijo, por mala conducta de éste, con invocación del art. 152 del CC, debe ser referido a las disposiciones del art. 12 de la Ley de alimentos catalana, por ser el texto legal de aplicación al caso de autos, y dicho precepto únicamente contempla, en relación con la causa de mala conducta invocada, el supuesto de que el hijo estuviese incurso en alguna de

se dictará auto requiriendo al cónyuge que tiene que abandonar la vivienda para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que se establezca en la sentencia. En dicho requerimiento, el tribunal podrá apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias.

No entendemos que pueda ser aplicable al presente supuesto lo prevenido en el art. 704 de la LEC —«*Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan se les dará un plazo de un mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más*»—, ya que este beneficio, está previsto para aquellos casos en que es el «grupo familiar» el que tiene que abandonar en pleno la vivienda.

Transcurrido el plazo señalado sin que el cónyuge haya abandonado la vivienda, se procederá de inmediato al lanzamiento.

Un problema que está surgiendo actualmente en relación con el uso de la vivienda familiar es aquel en el que el progenitor solicita al juzgado que se prive del uso de la vivienda a uno de los hijos mayores de edad que, en virtud de la sentencia matrimonial tenía también atribuido dicho uso. Las causas de esta decisión pueden ser múltiples, y en ellas no vamos a entrar en este momento, sin embargo, la cuestión que hay que resolver es el procedimiento adecuado para conseguir dicha finalidad. ¿Puede el progenitor prohibir la entrada del hijo sin decisión judicial? Entendemos que no, ya que el uso de la vivienda se concedió también al hijo. Acudir a la vía penal —denuncia por amenazas, coacciones, malos tratos, etc.— no va a solucionar el problema ya que en la mayoría de los casos el juez penal derivará la cuestión al juzgado de familia. Por lo tanto parece que corresponde al juez que dictó la sen-

---

las causas de desheredación especificadas en el art. 370, números 1, 2 ó 3 del Código de sucesiones y, en tal sentido, la prueba de tales circunstancias pesa sobre quien las alega, sin que de lo actuado haya quedado acreditado que el referido hijo haya realizado alguna de las actuaciones que el artículo 11 del mismo texto legal califica de «indignidad» hacia su padre, ni que le haya negado alimentos necesarios o lo haya maltratado de obra o injuriado, por lo que la mala conducta que se le atribuye no puede ser acogida, en tanto que la prosecución de los estudios del mismo, con el aprovechamiento medio exigible, no sólo ha quedado probada, sino que ha sido reconocida en confesión judicial por el recurrente.

Finalmente, tampoco es admisible la autorización de la opción que el recurrente solicitó en la instancia, y reitera ante la Sala para prestar los alimentos en su propia casa, toda vez que el derecho a tal opción también ha sido ejercitado por la madre, codemandada, que es el progenitor con quien quedaron los hijos tras la separación de sus padres, y en tal caso el art. 9.2 de la tan repetida ley 10/1996, de 29 de julio, confiere al juez la facultad discrecional de decidir, después de escuchar al alimentista y a los diferentes obligados; decisión discrecional del juzgador de instancia que, atendidas las circunstancias que concurren, ha de ser plenamente compartida por la Sala.

tencia matrimonial privar a ese hijo mayor de edad del uso de la vivienda. ¿Podrá adoptar esa decisión en fase de ejecución de sentencia o será necesario acudir a un procedimiento de modificación de medidas? La respuesta que han dado los tribunales se ha inclinado por la opción de exigir la presentación de una demanda de modificación de medidas<sup>24</sup>.

#### IV. La ejecución del pronunciamiento sobre atribución de guarda y custodia

No existe en la LEC ninguna previsión para este tipo de pronunciamiento, por consiguiente, cuando en una resolución el tribunal acuerde cambiar la guarda y custodia de los hijos menores de edad a favor del

---

<sup>24</sup> Imposibilidad de acordar el lanzamiento de un hijo de la vivienda familiar en fase de ejecución de sentencia. **AP BARCELONA, Sec. 12.<sup>a</sup>, Auto de 30 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.** La sentencia recaída en separación de fecha 21 de febrero de 1994, entre otras cosas concedió como medidas, el uso de la vivienda conyugal a favor de los tres hijos del matrimonio, en compañía de su madre, con la que quedaban. En escrito de 15 diciembre 1998, la madre solicitó del Juzgado, que requiera al hijo mayor Juan, para que en término de ocho días abandonase el domicilio conyugal, bajo apercibimiento de procederse a su lanzamiento; petición que desestimada en providencia de 8 enero 1999 «al no ser lo pedido objeto del procedimiento de ejecución de sentencia de separación conyugal luego confirmado dicho proveído por auto de 24 febrero de 1999, desestimatorio del recurso de reposición, que apelado por la madre en base a que en el pronunciamiento de la separación se otorgaba el uso y disfrute a favor de hijos y madre «en tanto en cuanto alcance dicha convivencia» (materno-filial) que la recurrente consideró imposible con el hijo Juan, por haber incidido en conducta violenta con tercero, y con la propia madre, por cuyo motivo condenado como autor de una falta de lesiones, y como tal hijo ya es mayor de edad, entendió no cumplía el requisito de pacífica convivencia recogido en la sentencia de separación, ni ostentaba ya derecho a usar la vivienda por ser mayor de edad, por lo que debió el Juzgador atender las peticiones de tutela efectiva del derecho y protección a la Sra. Salido a la vez que dar cumplimiento a la sentencia; o al menos abrir incidente de oficio de ejecución para con audiencia del hijo, proceder, en su caso, a obligar al hijo Juan salir de la vivienda.

La petición, en sus varias alternativas, no puede ser examinada ni resuelta en el cauce de la ejecución de sentencia de separación, pues contrariamente a lo que considera la recurrente, la imposición de abandonar la vivienda familiar, no está contenida en la sentencia de separación, pues precisamente la protección de los intereses de los hijos menores es un *desideratum* legal a través del principio *favor o bonorum filii*, en sede del artículo 91 y 96 del Código civil, como titulares de uso de la vivienda familiar, en que reflejamente participa el cónyuge en cuya compañía quedan, por lo que es visto que la negación de tal derecho con la consecuent salida del hijo, aunque haya llegado a la mayoría de edad, necesita de un proceso de privación, bien declarativo, o en incidente de modificación de efectos de medidas de la separación, por cambio sustancial de circunstancias, tal como previenen los artículos 90, párrafo penúltimo, o 91 *in fine* del Código Civil, en

otro progenitor, y la parte no dé cumplimiento voluntario al mismo, a instancia del otro progenitor, el tribunal dictará auto, bien requiriendo por un breve plazo al progenitor que tiene en su poder a los hijos menores o, dependiendo de la urgencia, acordando directamente la entrega.

Hay que tener en cuenta que, en estos supuestos será aplicable lo establecido en el art. 158 del CC, es decir, el tribunal, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

Si transcurrido el requerimiento, el progenitor no entrega a los menores al otro progenitor, el tribunal procederá a la entrega empleando para ello los apremios que crea precisos, ordenando la entrada en lugares cerrados y auxiliándose de la fuerza pública, si fuere necesario.

## V. La ejecución del pronunciamiento sobre régimen de visitas

No se fija en la LEC las medidas que procede adoptar para dar cumplimiento al régimen de visitas y estancias que se haya establecido a favor de los hijos y del progenitor no custodio. Es más, ¿procesalmente dónde podría incardinarse esta ejecución? No parece que el capítulo II del Título V «De la ejecución por deberes de entregar cosas» se adapte a las necesidades de este pronunciamiento, entre otras razones, por que los hijos no son cosas. Ahora bien ¿Podría acudir al Capítulo III del mismo Título que regula «La ejecución por obligaciones de hacer»? Es cierto que para el cumplimiento del régimen de visitas se requieren dos acciones, una que el progenitor que tiene la custodia entregue el hijo al otro progenitor, y una segunda, que este último recoja al menor y lo devuelva una vez finalizado el plazo señalado.

A la vista de lo establecido en el art. 776,2 de la LEC, el legislador parece que ha calificado al incumplimiento del régimen de visitas como «una obligación de hacer no pecuniaria de carácter personalí-

---

relación con la Disposición Adicional Sexta, regla octava, y Disposición Adicional Quinta, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, pero no como ejecución de medidas de separación que no contempla tal supuesto y que sería extralimitar el contenido propio de la sentencia con infracción del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de normas constitucionales (artículo 39, 1.º, y 2 en relación con el artículo 24.2º). Consiguientemente el motivo no puede prosperar por el cauce de la ejecución de sentencia como acertadamente expresa la providencia de 8 enero 99, y auto ahora apelado.

simo» ya que, entre el resto de medidas que se adoptan en los procedimientos matrimoniales no encontramos otra que pueda conceptuarse como tal. Por consiguiente, vamos a comprobar si, las normas que se contiene en el art. 709 de la LEC pueden servirnos para dar cumplimiento al régimen de visitas. En dicho precepto, se contempla —una vez verificado el requerimiento sin éxito— la posibilidad de que el ejecutante opte:

- Entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquel un equivalente pecuniario de la prestación de hacer.
- Solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra desde la finalización del plazo.

En caso de incumplimiento del régimen de visitas, no podrá el progenitor escoger la primera opción, ya que el art. 776,2, señala que *«En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del art. 709»*. Sin embargo, resulta de plena aplicación al caso que analizamos la segunda previsión, esto es, la imposición de una multa por cada mes que transcurra sin llevarse a efecto el régimen de visitas, y es más en el citado art. 776,2º de la LEC, señala el legislador que *«podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto»*.

Por tanto, la posibilidad que ofrece la LEC ante un incumplimiento del régimen de visitas es imponer una multa al progenitor custodio. Como señala el art. 709,3º *«Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal»*. Para la cuantificación de la multa, el art. 711 de la LEC establece unos parámetros que no son equiparables a la materia que analizamos, por lo que quedará a la discreción del tribunal su determinación.

No obstante, todos sabemos que el incumplimiento del régimen de visitas depende en gran parte de la conducta del progenitor custodio, pero también influyen otros factores como la actitud de los propios hijos frente a las visitas: Cuando éstos llegan a una determinada edad, resulta complicado, tanto en matrimonios en crisis como en situaciones de normalidad, que los hijos acepten voluntariamente las decisiones de

los padres. En otras ocasiones, es la propia conducta del progenitor no custodio la que motiva que los hijos detesten las visitas y si las realizan sean de manera forzada.

El sistema de multa puede ser una solución eficaz para algunos supuestos, pero en cambio, en otros, no creemos que vaya a solucionar el problema, y es más, cuando el progenitor custodio tenga medios económicos suficientes para afrontar sin dificultad el importe de las multas, esta opción sigue sin ser eficaz para el progenitor no custodio que verá cómo transcurren las semanas y los meses sin tener contacto con sus hijos.

La solución más eficaz para dar cumplimiento al régimen de visitas y que actualmente es una realidad en algunas ciudades, es el Punto de Encuentro, es decir, un lugar neutral donde se produce la entrega y recogida de los menores. Si se presenta algún obstáculo para el cumplimiento de la visita, los profesionales que trabajan en el mismo intervienen en una función mediadora.

Por último, es necesario hacer referencia a lo establecido en el art. 776,3.<sup>a</sup> de la LEC *«El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas»*. Las consecuencias del apercibimiento que hace el legislador afectan a ambos progenitores:

- Para el progenitor custodio en cuanto a que puede desembocar en un cambio de guarda y custodia.
- Respecto al progenitor no custodio, en una limitación o suspensión de dicho régimen.

La parquedad del legislador en el texto anterior nos plantea una importante duda ¿Se trata de una medida de ejecución de sentencia o por el contrario, sólo significa un importante argumento para, en procedimiento independiente solicitar la modificación de medidas? La ubicación del precepto dentro de *«La ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas»* nos induce a pensar que se trata de una medida propia de ejecución que puede adoptarse por el tribunal en esta fase, a modo de sanción por el incumplimiento del régimen de visitas. Sin embargo, por otro lado, la obligatoriedad de utilizar el procedimiento de modificación de medidas —independiente y autónomo del anterior— viene impuesta por el art. 775 de la LEC. Teniendo en cuenta que realmente no estamos en presencia de un cambio de circunstancias, sino de una sanción ante un incumplimiento de un pronunciamiento de la sentencia, lo lógico será incardinarla en la fase de ejecución.

# Estudios de Deusto



Universidad de  
Deusto

