

Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

Vol. 63/1 Enero-Junio 2015

Sumario

Monográfico: Derecho de la competencia y descentralización

La descentralización del sistema español de competencia. Ventajas e inconvenientes

Arseni Gibert Bosch

Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y las Autoridades autonómicas en la aplicación del Derecho de la competencia

Javier Guillén Caramés

El futuro de la aplicación descentralizada de la defensa de la competencia

Francisco Hernández Rodríguez

La 'Red española de autoridades de la competencia': Las posibilidades de un modelo descentralizado para ganar en eficiencia

José Antonio Rodríguez Miguez

Contratación administrativa y administración local en la Autoridad Vasca de la Competencia. El caso 'Pinosolo'

Guillermo Aranzabe Pablos

Some brief considerations on the Commission's 'non-unlimited' discretionality when rejecting

Competition Law complaints under Regulation 1/2003 - The General Court's ruling in case t-201/11 si.mobil v European Commission

Pablo Figueroa Regueiro

Understanding How and Why the U.S. Competition Law System is Decentralized

Robert Roulusonis

Estudios

A vueltas con la financiación de los partidos en España: la LO 8/2007 y las reformas de octubre de 2012 y marzo 2015

David Almagro Castro

Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

Demelsa Benito Sánchez

La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

La vuelta del concepto de 'Deutsche Leitkultur' a raíz de los actuales planes de integración de los inmigrantes en Alemania

María Elósegui Itxaso

Examen de las fuentes para el estudio de la historia del matrimonio y de las uniones permanentes: una aproximación desde Navarra

Roldán Jimeno Aranguren

'Medidas de regeneración democrática'. La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España

Inés Olaizola Nogales

La oscilante doctrina del Tribunal Constitucional sobre la definición de las consultas populares por la vía de referéndum. Una revisión crítica a través de cuatro sentencias

Joan Ridao Martín

Notas

El nuevo estatuto del Gobierno en la Constitución marroquí de 2011

Amina El Messaoudi

¿La democracia líquida como alternativa a la política clásica?

Un estudio contextual

Gabriele Vestri

El artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: una visión crítica

Susana Viñuales Ferreiro

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904

Vol. 63/1 Enero-Junio 2015

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Universidad de Deusto
Bilbao
2015

Estudios de Deusto

Vol. 63/1 Enero-Junio 2015

Primera época (1904-1920)

Segunda época (1953 hasta la actualidad)

Directores de la revista Estudios de Deusto

1ª ÉPOCA*

1904-1909	Isidoro ZAMEZA
1909-1916	Ignacio María IBERO
1916-1918	Vicente LEZA
1918-1920	Matías IBINAGABEITIA

2ª ÉPOCA

1953-1960	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO (secretario de redacción)
1961-1962	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO
1963-1965	Luis María ESTIBÁLEZ
1966-1974	Andrés Eliseo DE MAÑARICÚA
1975-1990	Juan CHURRUCA
1991-2014	Ignacio María BEOBIDE
2014-	Luis Ignacio GORDILLO

* Durante la 1ª Época no se nombró Director ni se constituyó Consejo de Redacción, sino que la dirección de la publicación formalmente correspondía al Rector del entonces llamado Colegio de Estudios Superiores de Deusto.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Este número ha sido patrocinado por la Autoridad Vasca de la Competencia



© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - E48080 Bilbao

Correo electrónico: publicaciones@deusto.es

<http://www.deusto-publicaciones.es/>

ISSN: 0423-4847 (versión impresa)

ISSN: 2386-9062 (versión digital)

Depósito legal: BI-0000-2015

Impreso y encuadernado en España/Printed and bound in Spain.

Publicación impresa en papel ecológico.

Director:

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto, España)

Secretario:

Javier Pérez Duarte (Universidad de Deusto, España)

Consejo de redacción:

Danièle Alexandre (Université de Strasbourg, Francia); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto, España); María Soledad Gil Nobajas (Universidad de Deusto, España); Marta Enciso Santocildes (Universidad de Deusto, España); Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra, España); Ana Isabel Herrán Ortiz (Universidad de Deusto, España); Lela P. Love (Cardozo Law School, Estados Unidos); Nerea Magallón Elozegui (Universidad de Deusto, España); Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna, Italia); Joseph Stulberg (Moritz Law - Ohio State University, Estados Unidos); Patrick Wautelet (Université de Liège, Bélgica)

Consejo Asesor y Evaluador:

Ricardo de Ángel Yagüez (Universidad de Deusto, España); Vito Breda (University of Southern Queensland, Australia); Juan I. Echano Basaldúa (Universidad de Deusto, España); Ken Fox (Hamline University, Estados Unidos); Miodrag Jovanovic (Univerzitet u Beogradu, Serbia); Francisco Marcos (IE Law School, España); Hassan Qaqaya (UNCTAD, Suiza); Haluk Kabaalioglu (Yeditepe Üniversitesi, Turquía); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto, España); Alejandro Martínez Charterina (Universidad de Deusto, España); Ramón Múgica Alcorta (Universidad de Deusto, España); Martín Oudin (Université François Rabelais – Tours, Francia); Carlos Romero Rey (Poder Judicial, España); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco, España); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto, España); Manuel María Zorrilla Ruiz (Universidad de Deusto, España)

Administración:

Facultad de Derecho. Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 295 Fax: 944 139 099

e-mail: revistaestudios@deusto.es

Web: <http://revista-estudios.deusto.es/>

Suscripciones:

Marcial Pons Librero. Agencia de suscripciones

C/ San Sotero, 6. 28037 Madrid

e-mail: revistas@marcialpons.es

Tfno. 913 043 303 Fax: 913272367

Precios de suscripción:

Europa 45 €

Número suelto 25 €

IVA incluido

Estudios de Deusto está incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Estudios de Deusto

Vol. 63/1 Enero-Junio 2015

Sumario

Monográfico: Derecho de la competencia y descentralización

- Arseni GIBERT BOSCH, *La descentralización del sistema español de competencia. Ventajas e inconvenientes* 19-36
- Javier GUILLÉN CARAMÉS, *Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y las Autoridades autonómicas en la aplicación del Derecho de la competencia* 37-83
- Francisco HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El futuro de la aplicación descentralizada de la defensa de la competencia* 85-104
- José Antonio RODRÍGUEZ MIGUEZ, *La 'Red española de autoridades de la competencia': Las posibilidades de un modelo descentralizado para ganar en eficiencia* 105-129
- Guillermo ARANZABE PABLOS, *Contratación administrativa y administración local en la Autoridad Vasca de la Competencia. El caso 'Pinosolo'* 131-148
- Pablo FIGUEROA REGUEIRO, *Some brief considerations on the Commission's 'non-unlimited' discretionality when rejecting Competition Law complaints under Regulation 1/2003 - The General Court's ruling in case t-201/11 si.mobil v European Commission* 149-156
- Robert ROULUSONIS, *Understanding How and Why the U.S. Competition Law System is Decentralized* 157-168

Estudios

- David ALMAGRO CASTRO, *A vueltas con la financiación de los partidos en España: la LO 8/2007 y las reformas de octubre de 2012 y marzo 2015* 171-203
- Demelsa BENITO SÁNCHEZ, *Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo* 205-228
- Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española* 229-265
- María ELÓSEGUI ITXASO, *La vuelta del concepto de 'Deutsche Leitkultur' a raíz de los actuales planes de integración de los inmigrantes en Alemania* 267-286
- Roldán JIMENO ARANGUREN, *Examen de las fuentes para el estudio de la historia del matrimonio y de las uniones permanentes: una aproximación desde Navarra* 287-326
- Inés OLAIZOLA NOGALES, *'Medidas de regeneración democrática'. La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España* 327-358
- Joan RIDAO MARTÍN, *La oscilante doctrina del Tribunal Constitucional sobre la definición de las consultas populares por la vía de referéndum. Una revisión crítica a través de cuatro sentencias* 359-385

Notas

- Amina EL MESSAOUDI, *El nuevo estatuto del Gobierno en la Constitución marroquí de 2011* 389-401
- Gabriele VESTRI, *¿La democracia líquida como alternativa a la política clásica? Un estudio contextual* 403-422
- Susana VIÑUALES FERREIRO, *El artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: una visión crítica* 423-435

Recensiones

- José María MORALES ARROYO, *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional. El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España*, por Germán Teruel Lozano 439-447
- Francisco Javier DÍAZ REVORIO, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, por José Manuel Vera Santos 449-454

- Marta DEL POZO y Almudena GALLARDO RODRÍGUEZ, *¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas*, por Enrique Álvarez Conde 455-457
- Joan OLIVER ARAUJO, *El futuro territorial del Estado español ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, por Rafael Ramis Barceló 459-465
- María PÉREZ-UGENA COROMINA, *La objeción de conciencia entre la desobediencia y el derecho constitucional*, por Clara Souto Galván 467-469

Estudios de Deusto

Volume 63, Issue 1, January-June 2015

Table of Contents

Special Issue: Decentralization and Competition Law

Arseni GIBERT BOSCH, <i>The Decentralization of the Spanish Competition System. Advantages and disadvantages</i>	19-36
Javier GUILLÉN CARAMÉS, <i>The competences of the National Markets and Competition Commission and the Regional Authorities in the application of the Competition Law</i>	37-83
Francisco HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, <i>The future of the decentralized application of defense of competition</i>	85-104
José Antonio RODRÍGUEZ MIGUEZ, <i>The «Spanish competition authorities network»: the opportunities of a decentralized system to grow up in efficiency</i>	105-129
Guillermo ARANZABE PABLOS, <i>Administrative Contracting and Local Administration in the Basque Competition Authority. The 'Pino-solo' Case</i>	131-148
Pablo FIGUEROA REGUEIRO, <i>Some brief considerations on the Commission's 'non-unlimited' discretionality when rejecting Competition Law complaints under Regulation 1/2003 - The General Court's ruling in case t-201/11 si.mobil v European Commission</i>	149-156
Robert ROULUSONIS, <i>Understanding How and Why the U.S. Competition Law System is Decentralized</i>	157-168

Studies

- David ALMAGRO CASTRO, *Revisiting the funding scheme of Spanish Political Parties. The Organic Law 8/2007 and the October 2012 and March 2015 reform* 171-203
- Demelsa BENITO SÁNCHEZ, *Analysis of the crime of corruption incorporated in International business transactions by the Organic Law 1/2015 reforms, of March 30* 205-228
- Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *The International criminal response to corruption. Consequences on the Spanish legislation* 229-265
- María ELÓSEGUI ITXASO, *The return of the concept of 'Deutsche Leitkultur' following current integration plans of immigrants within Germany* 267-286
- Roldán JIMENO ARANGUREN, *Examination of the Sources for the Study of the History of Marriage and Unmarried Couples: An Approach from Navarre* 287-326
- Inés OLAIZOLA NOGALES, *'Measures of democratic regeneration'. The new regulation of the funding system of political parties in Spain* 327-358
- Joan RIDAO MARTÍN, *The oscillating doctrine of the Constitutional Court on the definition of the public consultations by referendum. A critical review through four judgments* 359-385

Notes

- Amina EL MESSAOUDI, *The new statute of the Government in the 2011's Moroccan Constitution* 389-401
- Gabriele VESTRI, *Liquid democracy, an alternative to classical politics? A contextual study* 403-422
- Susana VIÑUALES FERREIRO, *Article 41 of the Charter's Fundamental Rights of the European Union: a critical approach* 423-435

Book reviews

- José María MORALES ARROYO, *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional. El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España*, por Germán Teruel Lozano 439-447
- Francisco Javier DÍAZ REVORIO, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, by José Manuel Vera Santos 449-454

- Marta DEL POZO y Almudena GALLARDO RODRÍGUEZ, *¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas*, by Enrique Álvarez Conde 455-457
- Joan OLIVER ARAUJO, *El futuro territorial del Estado español ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, by Rafael Ramis Barceló 459-465
- María PÉREZ-UGENA COROMINA, *La objeción de conciencia entre la desobediencia y el derecho constitucional*, by Clara Souto Galván 467-469

**Monográfico: Derecho
de la competencia
y descentralización**

LA DESCENTRALIZACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE COMPETENCIA. VENTAJAS E INCONVENIENTES

Arseni Gibert Bosch

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. EL ÁMBITO DE LAS VENTAJAS 3. EL ÁMBITO DE LOS INCONVENIENTES 3.1. *Algo sobre magnitudes* 3.2. *Algo sobre especialización* 3.2.1. *Especialización funcional en materia de enforcement* 3.2.2. *Especialización funcional en materia de advocacy* 3.3. *Algo sobre la proximidad* 4. PARA FINALIZAR, UNAS CONSIDERACIONES SOBRE DOS TEMAS DE ACTUALIDAD RELACIONADOS CON LA DESCENTRALIZACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

No se puede decir que haya habido nunca unanimidad absoluta en relación a la conveniencia o no conveniencia de la descentralización del sistema español de defensa de la competencia propiciada por la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) de 11 de noviembre de 1999 (STC 208/1999)¹. La sentencia reconocía competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas (CCAA) en materia de defensa de la competencia en base a las ya consolidadas como propias de las mismas en materia de comercio interior y recogidas por sus Estatutos de Autonomía.

La STC 208/1999 fue aplicada o desarrollada mediante la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las comu-

¹ Dicha sentencia resolvió sendos recursos presentados por los gobiernos catalán y vasco a determinadas prescripciones de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (LDC-1989).

nidades autónomas en materia de defensa de la competencia (Ley 1/2002) y en base a la misma, diferentes CCAA (no todas) y en diferentes momentos, principalmente entre los años 2003 y 2005, crearon sus primeros órganos autonómicos de competencia para el ejercicio de las competencias reconocidas.

Este proceso de descentralización fue inicialmente bastante controvertido y, aunque la nueva situación se ha ido consolidando y aceptando de forma relativamente general, las reticencias latentes de los menos partidarios de la descentralización afloran intermitentemente de forma explícita. Se podría decir metafóricamente que a la manera del Guadiana.

Probablemente esta situación tiene su lógica a partir del hecho que, como casi todo, la descentralización tiene ventajas e inconvenientes. Trataré de unas y otros en este texto, intentando ser objetivo aunque no neutral, pues mi balance es claramente favorable a la descentralización, no tan solo casi por obligación en función de mi ubicación en el sistema, sino también por un convencimiento absoluto del mayor peso de las ventajas.

Con carácter previo al análisis sobre los beneficios o perjuicios del sistema, conviene mencionar a diversos aspectos que influyen o pueden influir en dicho análisis.

En primer lugar, hay que recordar que el modelo descentralizado era experimental y sigue siendo, en la Unión Europea (UE) prácticamente excepcional: solo en Alemania había ya un modelo descentralizado, con diferencias notables con el modelo español, pero con competencias significativas atribuidas a los *Länder*. En cambio, la aplicación del derecho de la competencia estaba y sigue estando centralizado en la mayoría de los estados miembros de la UE, salvo algún caso en que se ha otorgado alguna función auxiliar a las administraciones territoriales, como por ejemplo Italia, país en donde se ha iniciado, de hecho, una profundización en esta línea descentralizadora.

Esta clara mayoría puede hacer pensar en la no necesidad o conveniencia de descentralizar y situar por ello el modelo descentralizado en una variable del campo de los inconvenientes. Sin embargo, algunos episodios concretos más allá de la UE pueden suscitar percepciones de signo contrario. Un ejemplo claro y además muy famoso es el caso Microsoft en los EEUU. La *Federal Trade Commission* (FTC) actuó impelida por la acumulación de hasta 17 denuncias o quejas procedentes de organismos de competencia o similares de 17 estados de la Unión. Más adelante, al hablar de las ventajas, veremos cómo en España, las estadísticas son favorables a la descentralización puesto que, empíricamente, acreditan que tanto la actividad sancionadora como las actuaciones pro competitivas de otra naturaleza se han ampliado con la descentralización y han abarcado supuestos o subsectores no abordados anteriormente con el modelo centralizado.

Además, la diversidad de modelos estructurales de los órganos de defensa y promoción de la competencia en el mundo, no se limita a la dicotomía centralizado/descentralizado dentro de cada estado. Ni siquiera es esta la diferencia más relevante. Hagamos un pequeño inciso para desviarnos, por un breve espacio del texto, del tema central y veamos una breve descripción panorámica de otras diferencias de modelo.

Hay casos en los que solo se ejerce la función sancionadora (*enforcement*) y prácticamente no se actúa en el campo que en España hemos dado en llamar promoción de la competencia (*advocacy*). De hecho así era en buena medida en la Europa continental hasta que la Comisión Europea en su Comunicación «Una política de Competencia Pro-activa para una Europa Competitiva» de 20 de abril de 2004², que formaba parte del nuevo paquete de modernización de las normas comunitarias de competencia, dio un fuerte impulso a las políticas de promoción de la competencia. En España los primeros informes sobre la situación de no competencia de algunos sectores se hicieron públicos durante los años 90. Eran trabajos descriptivos sobre la escasa o nula competencia en algunos sectores importantes de la economía, sugerían remedios para introducirla y consiguieron un cierto impacto por su novedad en el panorama del análisis de la situación económica. La emisión de algunos informes de ese tipo continuó a partir de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (LDC-1989) que no ponía énfasis en la promoción de la competencia. Las recomendaciones de esos informes fueron por lo general poco atendidas por los sucesivos gobiernos, una situación que ha mejorado algo a lo largo de los años aunque no de forma muy significativa.

Pero hay más e importantes diferencias entre modelos. Una muy relevante es la relativa a las condiciones y garantías de independencia de los organismos. Hay casos explícitos de no independencia, es decir, organismos que son directamente unidades administrativas de los gobiernos, aunque lo más frecuente es que sean independientes, tanto respecto de los operadores económicos como de los gobiernos. Una independencia necesaria, esencial para ser más exactos³. Pero incluso entre los no independientes hay enormes diferencias: en Australia y Nueva Zelanda, por ejemplo, el grado de independencia decisoria es elevado aunque instrumentado de forma distinta a la habitual: la función instructora se ejerce directamente por parte de unidades gubernamentales pero resuelve la jurisdicción mediante tribunales especializados en competencia que, además, controlan la calidad pro competitiva de la regulación⁴.

² <http://eur-lex.europa.eu/procedure/ES/190522>.

³ Para constatarlo solo hay que observar algunas reacciones de los departamentos gubernamentales impulsores de normas sectoriales ante informes críticos de los órganos de competencia.

⁴ Algo poco necesario en esos países.

En España, hasta el año 2007 el órgano instructor era una unidad administrativa del Ministerio de Economía y el órgano independiente solamente resolvía y emitía algunos informes. La propia Comisión Europea tiene una Dirección General de Competencia que resuelve directamente los expedientes, aunque están sometidos a la posterior revisión por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Son excepciones que confirman la regla general de independencia cuando menos formal, puesto que la efectiva depende en buena medida de la consolidación en cada país de la cultura de independencia de las instituciones que la requieren⁵. En última instancia, lógicamente, lo decisivo es la independencia de ejercicio, es decir, como casi siempre en asuntos de esa índole, lo decisivo son las personas.

Finalmente, en el campo de los modelos, el más habitual es el especializado estrictamente en competencia. Así era en España hasta 2013. Pero algunos abarcan otras funciones: regulación sectorial de sectores específicos, políticas de defensa de los consumidores y usuarios etc⁶.

2. EL ÁMBITO DE LOS INCONVENIENTES

Recuperando el núcleo central del texto, se intenta ahora una aproximación a los principales inconvenientes.

Tal vez el más esgrimido por los poco entusiastas de la descentralización sea el relativo a los riesgos de aplicación no homogénea de las normas de competencia. Sin negar el hecho de que cuántos más organismos apliquen las mismas normas más posibilidades de incremento de un riesgo que conviene evitar, por varias razones este temor me parece una apreciación bastante subjetiva. En el sistema español, en principio horizontal, sin relación jerárquica entre el organismo central y los autonómicos, se establece sin embargo una

⁵ Tomemos como referencia nuestro país. Cuando un organismo independiente (excluyo ahora los de competencia ya que, por diversas razones de carácter positivo entre las cuales que sus resoluciones finalizan la vía administrativa pero están sometidas a la revisión jurisdiccional, tienen una tradición mejor que otros organismos). Pero en general es fácil observar que, con frecuencia, el día anterior al previsto para la toma de una decisión importante por parte de alguno de estos organismos, los medios de comunicación nos muestran una mesa con la ubicación en la misma de los miembros –con sus nombres– del órgano colegiado del organismo en cuestión y con indicación del partido que los ha propuesto y en base a ello pronostican el resultado de la votación. Casi siempre aciertan.

⁶ En el caso español, la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) tiene una cierta similitud con el organismo holandés y con el lituano, integra competencia, la regulación de siete sectores y tiene algunas funciones relacionadas con la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Algunos países han integrado reguladores sectoriales pero han mantenido separado el de competencia, es el caso de Alemania con el *Bundeskartellamt*.

cierta relación de primacía del central en diversos aspectos. Uno de ellos, tal vez el más importante, es la capacidad del órgano central para personarse como parte interesada en los expedientes que tramitan los órganos autonómicos de competencia, lo que le permite alegar en los procedimientos contradictorios en la fase de instrucción y también, lo que es más importante y a mi juicio impropio o cuando menos mal instrumentado, impugnar resoluciones de dichos órganos autonómicos de competencia⁷.

La descentralización no es ni el único ni el más importante factor de riesgo. En este sentido, basta con analizar resoluciones de un mismo órgano, tanto central como autonómico, para comprobar que, sobretodo según las distintas etapas y composición de los mismos, tampoco resulta muy difícil constatar criterios distintos e incluso contradictorios. Y eso es así en todos los niveles, autonómico, central de todos los estados miembros e incluso europeo en aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Afortunadamente, en todos los casos el intérprete final de las resoluciones es la jurisdicción correspondiente en cada supuesto⁸ y en las distintas instancias a las que las partes pueden apelar. Y es entonces cuando acaba la discusión y queda sentada jurisprudencia que, como es inevitable, tampoco siempre es perfectamente uniforme. En resumen, podríamos afirmar que, el garante de la aplicación correcta y homogénea de las normas no es otra, en realidad, que la jurisdicción.

Por supuesto que los órganos autonómicos creemos que hay que esforzarse permanentemente para que dicha aplicación sea lo más homogénea posible, pero son pertinentes dos consideraciones más. La primera es que la im-

⁷ Una facultad que hasta 2007 estaba atribuida al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), una unidad administrativa del Ministerio de Economía que instruía los expedientes de infracción y los trasladaba al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), órgano independiente de resolución que en principio debiera ser el que, en caso de existir esta facultad, debiera ejercerla. Esta disfunción se trasladó por vía de disposiciones adicionales genéricas de atribución de todas las funciones del SDC a los órganos de instrucción/investigación de las nuevas instituciones de competencia ya integradoras de todas las funciones, en 2007 la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y en 2013 la CNMC y no fue atribuida como parecería lógico a los órganos de resolución de dichas nuevas instituciones. Parece plausible poner en duda si la intención expresa del legislador era la de exceptuar esta función de la prescripción del art. 8f del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que, al asignar al Consejo de la CNMC (órgano resolutorio) sus funciones reza como sigue: *Acordar, a propuesta del Secretario del Consejo o de otras unidades competentes de la Comisión, la interposición de recursos, la personación en procesos judiciales y procedimientos administrativos y la intervención, como amicus curiae, en los procedimientos a que hace referencia la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

⁸ Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA, Audiencia Nacional, Tribunal Supremo o equivalentes en todos los países y TJUE a nivel europeo.

pugnación no parece el único ni el mejor instrumento para coordinar la aplicación homogénea de las normas. La segunda, que en cualquier supuesto –parece una obviedad– los instrumentos de dicha coordinación deberían ser entre órganos de instrucción en fase de instrucción y entre órganos de resolución en fase de resolución. En ningún caso que un órgano de instrucción «vigile» órganos de resolución.

Otro inconveniente de la descentralización es cierta dificultad de aplicación de la Ley 1/2002 en diversos aspectos, tal vez el principal el relacionado con la asignación de casos entre el órgano central y los autonómicos, fundamentalmente regido por los puntos de conexión definidos por la citada Ley y cuyo criterio básico es el de los efectos sobre un territorio que desborde o no el de la respectiva comunidad autónoma. Admitiendo de entrada que la delimitación no puede ser perfecta y que por lo tanto el problema no es soluble al 100%, mi opinión personal, ya expresada frecuentemente por especialistas en este tipo de materias, que no es mi caso, es que la Ley 1/2002 debería haber sido integrada en la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de las competencias (LDC-2007). De este modo, se habría aprovechado la oportunidad para mejorar las disfunciones detectadas y resolver los puntos débiles, puestos en evidencia por la experiencia en su aplicación y que dan pie a interpretaciones excesivamente discrecionales que generan algunos conflictos. Hay que reconocer que la buena voluntad de las partes ha evitado que dichos conflictos proliferen y se agraven; asimismo, esta buena voluntad por parte de todos, se ha traducido en un conjunto de mecanismos que se dieron en llamar «colaboración no reglada» que permiten, sin forzar en ningún caso la norma, usar los márgenes de diálogo, intercambio ágil de información y flexibilidad en la interpretación cuando esta es posible, que ha dado y está dando muchos frutos y evitando muchos conflictos elevados al mecanismo de arbitraje reglado previsto⁹. Unos buenos resultados lógicamente modulados con el tiempo, según los interlocutores cambiantes responsables de la utilización de dichos instrumentos.

Vinculado al mecanismo de asignación de casos, la descentralización presenta otro potencial inconveniente, el riesgo de *forum shopping*, es decir, que un presunto infractor tenga medios y oportunidad de elegir la autoridad de competencia que tramitará el caso. El riesgo es mínimo y tiende a cero si no concurre el consentimiento o la negligencia de alguna de las autoridades. Sin embargo, no podemos asegurar que no se haya dado algún caso de *forum shopping* durante los años transcurridos desde el inicio del proceso de descentralización, pero si se ha producido, ha sido en contadas ocasiones. A estos efectos es importante minimizar los casos de traslado de expediente y

⁹ Lo cual supone evitar generar y dilucidar conflictos formales y, sobretudo consumo de tiempo en los procedimientos, un tiempo que en ocasiones, cuando se alarga, puede ir en detrimento de los intereses de alguna de las partes implicadas en el procedimiento.

cuando sea necesario que se produzcan, tener claras las reglas y el control para eludir este riesgo.

Por último, otro riesgo subyacente es el de la distancia y el tamaño de los órganos de competencia. De la misma manera que los reguladores de los gobiernos locales tal vez sean más susceptibles de ser convencidos, o capturados, por los operadores económicos en los distintos mercados, que los reguladores de los gobiernos autonómicos, e igual suceda con éstos en relación a un gobierno central más distante y de más entidad, no se puede despreciar el riesgo de que los órganos autonómicos de competencia les ocurra algo parecido en relación con el central. Pero no hay que sobrevalorar este riesgo. Los tamaños y capacidad de presión de las empresas y los *lobbys* son también mayores, en alguna medida proporcionalmente a los tamaños y capacidad de resistencia de los gobiernos de cada nivel y los órganos autonómicos en relación al central. En cualquier caso, además de la eventual presión de los operadores, los gobiernos –de todos los niveles– también caen algunas veces en la tentación de intentar influir en las decisiones de los organismos de competencia. Una vez más hay que insistir en el hecho que, en última instancia todo depende de la independencia de ejercicio, y ésta depende principalmente de las personas.

Y creo sinceramente que aquí se puede cerrar el capítulo de inconvenientes.

3. EL ÁMBITO DE LAS VENTAJAS

Por lo que se refiere a las ventajas de la descentralización, éstas pueden dividirse en tres: 1) de MAGNITUD; 2) de ESPECIALIZACIÓN; y 3) de PROXIMIDAD.

3.1. *Algo sobre magnitudes*

Si tuviéramos alguna certeza de que los problemas de competencia que detectamos, investigamos, tramitamos y resolvemos mediante procedimientos sancionadores o que tratamos desde los distintos tipos de documentos y de puntos de vista de los trabajos de promoción de la competencia, tienen una correlación más o menos aproximada con el universo de problemas de mal funcionamiento de los mercados por razón de infracciones o disfunciones derivadas de insuficiente competencia por diversas razones, tal vez la descentralización aportaría relativamente pocas ventajas.

Pero no podemos estar nada seguros de que sea así, es posible o más bien probable que la cantidad oculta de problemas tenga una magnitud extraordinariamente mayor que la parte conocida. Aplicando una sencilla metáfora, puede que la parte conocida (incluida la intuida) sea el agua de los ríos y los lagos de la tierra, y que la parte no conocida sea la de la inmensidad oceánica.

Intentando una aproximación que pretenda ser conceptualmente descriptiva tal vez sean procedentes algunas preguntas:

- ¿Cuántos cárteles hay?
- ¿Cuántas conductas ilícitas en términos de competencia se producen?
- ¿Qué relación hay entre estas magnitudes y las de los casos detectados y tramitados por los órganos de competencia?

Son preguntas sin respuesta. Si se detectan 50 cárteles podemos pensar que hay 100, si detectamos 101, podemos pensar que hay 500, si detectamos 501 podemos pensar que hay 1000. Algo parecido ocurre con las prácticas ilícitas. Si se denuncian o se detectan 100 podemos pensar que hay 500 o directamente 1000, o 2000, o más.

Lo que sí sabemos es que se han detectado casi por casualidad cárteles poco previsibles que han venido siendo operativos durante 25 años o más. Lo que también sabemos es que cada vez que, por las razones que sea, investigamos o estudiamos un nuevo sector o subsector, casi siempre, por no decir siempre, llegamos a la conclusión de que hay no solo el problema de competencia del que habíamos tenido indicios, sino también alguno más. Y asimismo sabemos que los problemas que se detectan en un territorio, con toda probabilidad, idénticos o parecidos, se producen también en otros territorios.

Seguimos sin saber la magnitud de lo que no se detecta, pero lo que sabemos permite afirmar sin ningún género de dudas que se trata de una magnitud muy grande, probablemente enorme.

Hasta aquí una constatación de lo que ignoramos que ocurre en una parte del trabajo de los órganos de competencia, la que viene determinada por el *enforcement*, por las prácticas anticompetitivas sancionables del ámbito empresarial y de las administraciones cuando actúan como operadores económicos. Es decir, la parte vinculada al procedimiento sancionador que tal vez podríamos estimar, aunque obviamente sin precisión, como aproximadamente la mitad del problema global.

De un problema que tiene su lógica, puesto que las empresas vivirían mejor sin competencia, por lo menos a corto plazo: ganarían más dinero sin necesidad de competir y a costa de otras empresas o de los consumidores y usuarios de bienes y servicios. A largo plazo seguramente les iría peor, perderían temple competitivo, la economía de su entorno se debilitaría y perdería paulatinamente su capacidad de competir con empresas operativas en entornos más habituados a la competencia. Ello ha sido siempre así y lo es todavía mucho más en un mundo globalizado y con decrecientes barreras territoriales de tipo proteccionista. Pero el razonamiento básico en muchas ocasiones se centra en el corto y el medio plazo y en realidad los cárteles son muy productivos desde este punto de vista.

Hemos afirmado que esto es algo parecido a la mitad del problema. Pásemos ahora a la otra mitad con algunas nuevas preguntas:

- ¿Cuántas normas hay?
- ¿Cuántas de ellas contienen prescripciones anticompetitivas no justificadas, no proporcionales y no discriminatorias?
- ¿Qué relación hay entre las que informamos y sobre las cuales hacemos recomendaciones y el número global de normas existentes?

Para esas preguntas no tenemos tampoco respuestas o las tenemos solo muy parciales. Sabemos que en España hay un gobierno central y el número de Ministerios que el mismo tiene en cada momento. Sabemos que hay 17 gobiernos autonómicos con su número de consejerías asimismo variable en el tiempo. Sabemos que cada uno de estos ámbitos tiene sus cámaras legislativas, cuyos grupos parlamentarios tienden a priorizar las enmiendas de adición y a olvidar que existen las de supresión. Sabemos que hay cincuenta diputaciones provinciales, consejos comarcales en algunas CCAA, alrededor de 9000 ayuntamientos y algunas otras entidades locales. Y solo tenemos una idea bastante remota de cuántos organismos relacionados con estas administraciones (consorcios, mancomunidades, empresas, fundaciones, organismos autónomos de diversos tipos, medios propios de todas esas administraciones con distintas forma de personalidad jurídica etc.).

Lo que no sabemos es cuántas normas de todo rango (leyes, decretos, ordenes, otras disposiciones, ordenanzas municipales diversas etc.) están vigentes y se promulgan cada año. Por lo tanto no conocemos sus contenidos eventualmente anticompetitivos, son demasiadas para poder leerlas, haría falta un impensable número de lectores cualificados y un número todavía mayor de personas cualificadas para actuar sobre los problemas detectados.

Tampoco sabemos en cuántas ocasiones –todos estos agentes– actúan como operadores económicos y lo hacen con orientación anticompetitiva. Ni tampoco el número, ni siquiera aproximado, de encomiendas de gestión que se encargan mutuamente para evitar licitaciones que deberían hacerse. No sabemos la cantidad licitaciones para obras, concesiones, y contratación pública generan todas estas entidades, aunque sabemos que es un número ingente, enorme. No sabemos cuántas de estas licitaciones están en alguna medida pre adjudicadas ni las que, consciente o inconscientemente, facilitan la colusión por parte de las empresas que concurren. Tampoco sabemos cuántas ayudas públicas no notificables a Bruselas gestionan y que, pese a ser menores, pueden también distorsionar la competencia. Solo conocemos algunas de las rentas regulatorias derivadas del clientelismo de algunas administraciones.

Es mucho lo que no sabemos, muchísimo más que lo que sí sabemos. Porque sobre esta inmensa cantidad de normas, actos, decisiones, licitaciones, ayudas, etc., casi lo único que sabemos con cierta seguridad, por la experiencia en forma de muestra derivada de nuestro trabajo sobre estos temas, es que se trata de una magnitud que puede suponer aproximadamente la otra mitad del problema. Tal vez más.

Porque en realidad lo que ignoramos no es solo lo que pasa, dónde y cuándo pasa. Lo más importante es que ignoramos el potencial real existente de mejora de la eficiencia de los sistemas económicos y de los beneficios para consumidores y usuarios en supuestos de optimización de las condiciones de competencia.

Y es a partir de esta enorme bolsa de desconocimiento que deducimos una de las grandes ventajas de la descentralización, que no es otra que el incremento de agentes pro competitivos y, sobretodo, el incremento de actividad tanto en *enforcement* como en *advocacy* que ha producido la descentralización incremento de detección de casos, incremento del número de expedientes sancionadores en alguna medida por el factor proximidad, de normas revisadas y de sectores o subsectores analizados, de propuestas y recomendaciones sobre la mejora pro competitiva de la regulación. Un incremento modesto, sin duda, pero modesto era también el punto de partida.

Para confirmar este incremento nada mejor que su cuantificación, tanto en *enforcement* como en *advocacy*, aunque sea con alguna imprecisión¹⁰. Partiendo de los datos de 2002¹¹, se han registrado por bienios y hasta 2013, las actividades acumuladas de los órganos de competencia (central y autonómicos en sus distintas estructuras en diversas etapas temporales).

Veamos como resumen de trabajo de recopilación efectuado¹² los respectivos gráficos de ambos tipos de actividad.

¹⁰ Imprecisión inevitable, sobretodo en *advocacy* por las diferentes nomenclaturas de las distintas autoridades sobre los trabajos realizados, por algunas pequeñas discrepancias entre memorias y páginas web, por no computación de trabajos menores o simplemente no registrados etc.

¹¹ Antes de la descentralización dado que los primeros trabajos de los primeros órganos autonómicos de competencia creados datan de 2003.

¹² En la ACCO están disponibles los datos sintetizados en estos dos gráficos clasificados por tipologías (con desglose detallado) y por órgano emisor. Se ha considerado que a efectos globales y dada la relativa imprecisión ya reconocida anteriormente, lo importante era incluir en este texto una imagen clara de la intensidad del crecimiento de actividad global, en buena medida debida a la descentralización.

Gráfico 1. Datos agregados relativos a las resoluciones en materia de defensa de la competencia adoptadas por el conjunto de organismos de competencia¹³

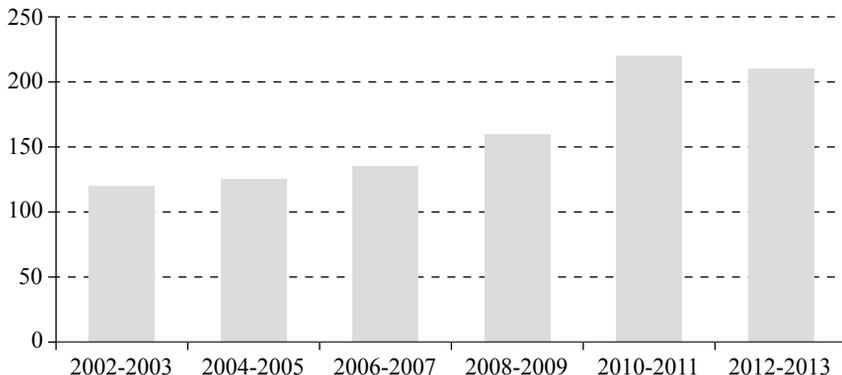
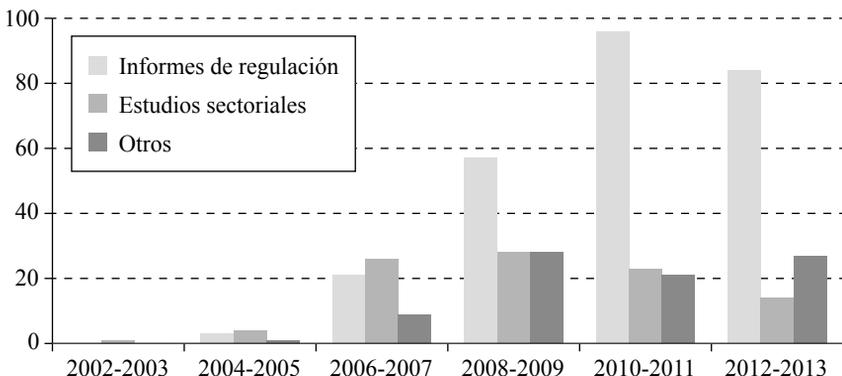


Gráfico 2. Datos agregados relativos a los documentos de promoción elaborados por el conjunto de organismos de competencia¹⁴



¹³ Los datos contenidos en este gráfico son datos aproximados obtenidos a partir de la consulta de las páginas web de los distintos organismos de competencia (estatal y autonómicos) así como de sus respectivas memorias de actividades. Incluyen las resoluciones recaídas en expedientes sancionadores, archivos, terminaciones convencionales y resoluciones de recursos.

¹⁴ Los datos contenidos en este gráfico son datos aproximados obtenidos a partir de la consulta de las páginas web de los distintos organismos de competencia (estatal y autonómicos) así como de sus respectivas memorias de actividades. No se han tenido en cuenta

Los datos hablan por si solos: el incremento de agentes, a pesar de su modestia y escasez de medios en muchos casos, ha supuesto un incremento de actividad relativamente notable en el ámbito del *enforcement* (el factor proximidad ha incidido en denuncias que antes no se concretaban) y muy notable, casi se podría decir espectacular, en *advocacy*, en cantidad de normas informadas, en estudio de mercados locales, etc. Aunque hay que tener en cuenta que en este ámbito una parte importante de este crecimiento corresponde al órgano central, pues es a partir de 2007, con la nueva LDC, que el concepto de promoción de la competencia se incorpora en el ámbito de las funciones obligatorias de los órganos de competencia, así como también se configura como obligatoria la petición de informe de regulación sobre normas con rango de Ley.

Y aún algo más importante: el potencial de crecimiento de actividad global derivada de la descentralización es mucho mayor del actualmente efectivo. En estos momentos tan solo hay 4 órganos autonómicos de competencia que, a pesar de su limitación de recursos materiales y humanos, pueden considerarse «completos», es decir, que por una parte instruyen y resuelven y, por otra, realizan una actividad de promoción de la competencia de magnitud significativa. El resto tienen estructuras muy diversas, algunos solo instruyen expedientes y su característica común es su pequeña dimensión y escasez de medios. Hay que añadir que algunas CCAA no han creado ningún tipo de estructura y que alguna otra lo ha hecho muy recientemente. Un desarrollo de la descentralización más completo y homogéneo, aún sin grandes estructuras ni medios, desarrollaría este potencial a niveles mucho más elevados.

3.2. Algo sobre especialización

Las actuaciones de las autoridades de competencia son diversas y de naturaleza bastante diferenciada. Algunas más propias de un organismo central

los datos relativos a los informes sobre ayudas públicas, informes sobre concentraciones y los antiguos informes de apertura de establecimientos comerciales.

Según los datos expuestos se puede constatar un aumento significativo del número de documentos de promoción elaborados a partir de la entrada en vigor del nuevo esquema institucional y la creación de los organismos autonómicos de competencia. En cuanto al período 2010-2011 es relevante el gran número de informes de regulación elaborados, los cuales responden, en gran parte, a la actividad de adaptación normativa a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicio). Asimismo, la ligera disminución en la actividad de promoción de la competencia durante el período 2012-2013 puede deberse, en parte, tanto a la supresión de algunos órganos autonómicos como a la disminución de medios materiales y principalmente humanos que haya podido producirse como consecuencia de los ajustes de personal efectuados por las Administraciones Públicas durante los últimos años.

potente en estructura y medios, otras más asequibles para órganos más flexibles y ágiles para que sus técnicos alternen con facilidad actividades distintas. También en este sentido la descentralización ofrece algunas importantes ventajas.

3.2.1. Especialización funcional en materia de enforcement

Un primer nivel de especialización comporta que el organismo central sea el idóneo para instruir y resolver los casos más importantes por multitud de razones: la magnitud de los efectos; el ámbito territorial afectado; la necesidad de aplicación de medidas disuasorias a grandes empresas con medios propios o profesionales de defensa solo equiparables a los medios disponibles en un organismo de mayor tamaño, más entidad y recursos de inspección (informática sofisticada, inspecciones simultáneas que requieren mucho personal¹⁵ etc.) que los disponibles por parte de los órganos autonómicos de competencia, etc. También para la aplicación de los programas llamados de «clemencia», puesto que los grandes cárteles suelen actuar en un ámbito territorial que desborda el de una comunidad autónoma, y requieren asimismo capacidades de gestión de este tipo de casos más adecuadas que las habituales disponibles en los órganos autonómicos de competencia.

Sin duda, la liberación del órgano central del deber de instruir y resolver casos de menor entidad, favorece este tipo de especialización y redundante en mayor eficacia para detectar, investigar conductas de grandes operadores y disuadir y restaurar las condiciones de mercado en sectores de gran importancia para la eficiencia económica y afectación a gran número de consumidores y usuarios

Los órganos autonómicos de competencia, lógicamente especializados en casos con afectación menos extensa territorialmente y con efectos adversos para menos personas o empresas, terminan conociendo mejor las especificidades y los casos que se replican a lo largo de su territorio. En este sentido, reciben *inputs* desde ámbitos próximos y la detección de algunos tipos de problemas tiende a ser más probable.

3.2.2. Especialización funcional en materia de advocacy

En un sentido muy equiparable al expuesto en el punto 2.1, también los trabajos de promoción de la competencia admiten una clasificación por trascendencia, efectos prácticos e importancia de la afectación en los mercados

¹⁵ Es justo destacar que cuando los órganos autonómicos de competencia han necesitado refuerzos de este tipo para alguna inspección, el órgano central siempre ha respondido satisfactoriamente y destacar, asimismo, que dichos órganos también han colaborado frecuentemente con inspecciones del órgano central en los respectivos territorios.

de las recomendaciones de los trabajos, tanto si se refieren a la regulación como al funcionamiento de los mercados sectoriales o subsectoriales.

En el caso de la regulación es fácil formular dos afirmaciones: (a) en los casos –que los hay– en los que la calidad de la legislación estatal es alta, principalmente la de carácter básico o la que regula las instituciones locales, esta calidad debería trasladarse en cascada a las regulaciones sectoriales respectivas de los otros niveles de la administración pero no siempre sucede así; y (b) es impensable que un órgano central, por muchos medios que disponga, pueda llegar a detectar problemas de competencia derivados, poniendo un ejemplo extremo, de ordenanzas municipales. Y ya hemos dicho y está comprobado que los hay en abundancia. No se trata de que los órganos autonómicos lleguen a todas partes (por lo general, y debido a sus medios relativamente precarios, poco trabajo de promoción de la competencia pueden hacer en momentos de puntas de trabajo en casos de instrucción de expedientes sancionadores), pero sin duda sus recursos los pueden aplicar, y los aplican en buena medida, a aspectos que quedan muy lejos de los ámbitos más globales de actuación del organismo central.

Esa complementariedad se manifiesta también en la cooperación entre el órgano central que, al elaborar estudios sectoriales puede contar, y de hecho cuenta, con la colaboración de los órganos autonómicos aportando información específica de sus territorios respectivos.

3.3. *Algo sobre la PROXIMIDAD*

Ya ha quedado dicho que la proximidad puede ayudar a la detección de problemas específicos. Pero su verdadera dimensión como ventaja de la descentralización es en la mayor penetración potencial de lo que hemos convenido en llamar «cultura de competencia». Hay que insistir: potencial. No es que sea fácil, puesto que incrementar la cultura de competencia requiere tenacidad y paciencia. Todavía algunas empresas, sobretodo pequeñas, o sus organizaciones más o menos gremiales acuden a los órganos autonómicos con intención de denunciar por competencia desleal a algún competidor que según ellos «revienta precios» y debemos explicarles, no sin alguna dificultad, la naturaleza de la competencia y sus virtudes. Asimismo, todavía muchísimos consumidores y usuarios no tienen una noción muy clara de las ventajas que les suponen la introducción o el incremento de competencia en los distintos sectores.

Aunque por otra parte, la experiencia de estos años acaba demostrando que el trabajo de promoción no suele tener efectos inmediatos o espectaculares en ninguno de sus objetivos, pero acaban penetrando y ofreciendo resultados. Ya ha ocurrido en alguna ocasión que los grupos parlamentarios de las parlamentos y asambleas legislativas autonómicas han usado informes de regulación de los órganos autonómicos de competencia para pedir explica-

ciones al respectivo gobierno. También hay casos de informes de regulación que no han sido tomados en consideración por los departamentos del gobierno impulsores de las normas informadas, pero en cambio sí han contribuido a mejorar la regulación sectorial cuando algunos años después han sido modificadas por otras razones. Hay que insistir: paciencia y tenacidad.

Por otra parte hay algo muy importante que hay que tomar en consideración y valorar adecuadamente. Se trata del crecimiento considerable y constante de las consultas que se reciben en los órganos autonómicos de competencia. Consultas que realizan municipios, colegios profesionales, asociaciones gremiales, empresas y particulares. Consultas que son, por supuesto, siempre contestadas, en ocasiones verbalmente y más frecuentemente por escrito. Un trabajo de los órganos autonómicos que aunque se registra, no ha sido computado en los datos sobre actividad reflejados en los gráficos 1 y 2, excepto en los casos en que, por tener un interés más general, se realizan versiones genéricas y son hechas públicas.

En ocasiones la respuesta es delicada. Hay que poner atención en no incurrir en el riesgo de generar un supuesto que pueda dar pie a una apelación a la confianza legítima, y para ello hay que tender a dar respuestas más explícitas en relación a «lo que no se puede hacer» que a «lo que sí se puede hacer». Pero, en cualquier caso, este es un campo de generación de cultura de competencia de magnitud creciente y que por ello está adquiriendo una notable importancia.

4. PARA FINALIZAR, UNAS CONSIDERACIONES SOBRE DOS TEMAS DE ACTUALIDAD RELACIONADOS CON LA DESCENTRALIZACIÓN.

Insistiendo en la importancia de la cultura de competencia, tal vez sea oportuno mencionar, la extraordinaria oportunidad que ofrece la transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Directiva 2014/104/UE). Hay un aspecto de la misma que tiene el máximo interés desde el punto de vista de la promoción de la cultura de competencia: la posibilidad de reclamación colectiva, incluso cuando los perjudicados son personas indeterminadas o de difícil determinación. Tal posibilidad figuró durante mucho tiempo en el texto del proyecto de Directiva pero se fue diluyendo durante las negociaciones, de manera que finalmente no se incluyó como obligación en el texto de la Directiva 2014/104/UE.

Sería importante regular esta posibilidad de tal forma que resultara viable dicho tipo de reclamaciones, lo cual es sin duda posible puesto que por lo menos en un Estado miembro –el Reino Unido– pero también aunque algo

menos en Alemania, Dinamarca u Holanda, este tipo de reclamaciones se produce con cierta frecuencia.

A mi juicio, tal decisión comportaría tres importantes ventajas para las políticas de consumo (muy descentralizadas) y de competencia:

- a) En primer lugar, las asociaciones de consumidores y usuarios tendrían una fuente de financiación que las reforzaría sensiblemente, lo que permitiría eliminar las subvenciones que reciben y sus consecuencias en forma de dependencia de la administración, variable que afecta sin duda a las políticas de consumo en relación con servicios públicos asimismo muy descentralizados tales como los sanitarios, educativos, de transporte público y otros.
- b) Por otro lado, se eliminaría el tratamiento individual –caso a caso– de cada una de las reclamaciones de consumo que se presentan, de forma muy repetitiva, por un elevado número de usuarios y principalmente relacionadas con algunos servicios públicos de interés general prestados por empresas privadas¹⁶. Se trata de supuestos en los que suele haber algún problema de competencia. Tratar individualmente estas reclamaciones tiene dos graves inconvenientes: a) es muy costoso para la administración responsable de la defensa de los consumidores y usuarios, y b) no es disuasorio (vía sanción o vía mediación), ya que se resuelven reclamaciones individuales de la minoría reclamante pero la práctica que motiva la reclamación se sigue produciendo a costa de la mayoría no reclamante. Trasladar estos casos a las políticas de competencia permitiría efectos más disuasorios tanto desde el punto de vista de la sanción directa como de la reclamación posterior de daños que se propone regular.
- c) Finalmente, la *advocacy*, o promoción de la competencia, recibiría un impulso importantísimo debido a que algunos de estos casos de reclamaciones colectivas resultarían muy notorios y producirían un eficaz paso adelante en la percepción de los ciudadanos respecto a cómo las restricciones a la competencia les afectan directamente.

Por otro lado, está irrumpiendo con fuerza un fenómeno de matriz tecnológica, y con un desarrollo y crecimiento vertiginosos, un fenómeno que, de forma probablemente provisional y con discutible acierto, se ha convenido en llamar economía colaborativa. No lo vamos a abordar en profundidad por varias razones; plantea muchas incertidumbres sobre las que reflexionar, entra en conflicto con sectores tradicionales lo que acentúa pulsiones proteccionistas y resistencias al cambio a pesar de la conciencia generalizada de que es impar-

¹⁶ Un tipo de reclamaciones masivas que en el Reino Unido denominan «*supercomplaints*».

ble e introduce elementos novedosos¹⁷ que requieren probablemente flexibilidad y cambios significativos en la cultura regulatoria más convencional.

Si se menciona en este texto es porque por una parte, tiene claras implicaciones con la competencia y por otra, se desarrolla paradójicamente en un ámbito conceptualmente global, pero con aplicación concreta en ámbitos locales en muchos casos; es decir, relaciona temática de competencia con descentralización del sistema. La ACCO publicó en julio de 2014 un documento de carácter más bien descriptivo¹⁸ y sigue trabajando para profundizar en el seguimiento y comprensión del fenómeno. Por otra parte la Dirección de Promoción de la Competencia de la CNMC está elaborando un estudio sobre dos sectores concretos concernidos por la económica colaborativa. La evolución de este fenómeno estará, sin duda, muy presente en los próximos años en la actividad de los órganos de competencia.

A modo de conclusión brevísima, cabe esperar que este texto haya contribuido modestamente a la valoración positiva del modelo de competencia descentralizado.

TITLE: The Decentralization of the Spanish System of Competition. Advantages and disadvantages.

RESUMEN: En las presentes líneas se aborda con la necesaria 'altura de miras' tanto los potenciales inconvenientes como las irrefutables bondades de la descentralización del sistema español de defensa de la competencia. Desde el prisma de los inconvenientes se analizan riesgos como el de aplicación no homogénea de normas, o el del propio efecto del fórum shopping. Desde la perspectiva de las bondades se vislumbra desde el incremento de agentes pro competitivos y, sobretudo, el incremento de actividad tanto en enforcement como en advocacy hasta una mayor penetración potencial en la «cultura de competencia». La ocasión se presta, además, a comentar dos cuestiones de rabiosa actualidad; a saber, de un lado, la transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, y de otro lado, los entresijos de la economía colaborativa.

PALABRAS CLAVE: descentralización, defensa de la competencia, ventajas, inconvenientes, homogénea, economía colaborativa.

¹⁷ Novedosos pero equiparables a otros de naturaleza similar fruto de la ciencia y de los avances tecnológicos a lo largo del tiempo y que la propia Biblia ya nos anunciaba: *A la vieja economía la substituye la nueva economía. Lucas 21.*

¹⁸ <http://acco.gencat.cat/web/.content/80_accoco/documents/arxiu/actuacions/ES_7_2014_TRANSACCIONES_ENTRE_IGUALES_Y_COMPETENCIA_CAST.pdf>

ABSTRACT: In the present lines is addressed with necessary 'high-mindedness' both the potential inconvenients and irrefutable kindnesses of the decentralization of the Spanish system of defense of the competition. From the prism of the disadvantages there are analyzed risks as the application not homogeneous of procedure, or the effect of the forum shopping. From the perspective of the kindness it is glimpsed from the procompetitive agents' increase and, overcoat, the increase of activity so much in enforcement as in advocacy up to a major potential penetration the «culture of competition». The occasion offers the chance to comment, in addition, on two questions of highly topical, on one hand, the transposition of Directive 2014/104/UE of the European Parliament and of the Council of November 26, 2014, relative to certain procedures for which the damage actions are ruled under the National Law, by infractions of the Competition Law of the members states of the European Union and, on the other hand, the intricacies of the collaborative economy.

KEY WORDS: decentralization, defense of the competition, advantages, disadvantages, homogeneous, collaborative economy.

*RECIBIDO: 18.11.2014
ACEPTADO: 29.05.2015*

LAS COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA Y LAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Javier Guillén Caramés

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: LA CREACIÓN DE AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE LA COMPETENCIA 2.1. *La fase inicial: la configuración desigual del modelo de autoridad autonómica de competencia* 2.2. *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y su incidencia en la progresiva equiparación del modelo de autoridad de competencia* 3. LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA 3.1. *La necesidad de garantizar la coordinación en la aplicación del Derecho de la Competencia: criterios empleados por la Ley 1/2002* 3.1.1. *Los puntos de conexión: la necesidad de una precisa delimitación de los mismos.* 3.1.2. *Criterios previstos por la Ley 1/2002 para delimitar cuando una conducta altera la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional.* 3.1.3. *Criterios conectados directamente con el principio de unidad de mercado para delimitar cuando una conducta altera la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional.* 3.2. *Consecuencias jurídicas derivadas del alto grado de complejidad en la determinación de los criterios establecidos en la Ley 1/2002: la posible conflictividad* 3.3. *Ambitos de la ejecución del Derecho de la Competencia atribuidos en exclusiva al Estado* 3.4. *El problema del procedimiento de control de concentraciones empresariales: ¿posible invasión del ámbito competencial autonómico?* 3.5. *Ambitos de la ejecución del Derecho de la Competencia atribuidos a las Comunidades Autónomas* 3.5.1. *La actividad de defensa de la*

competencia 3.5.2. La actividad de promoción de la competencia: una nueva forma de actividad administrativa en el Derecho de la Competencia A) Delimitación de la actividad de promoción de la competencia B) Encuadre jurídico de la actividad de promoción: el empleo del soft law en el Derecho de la Competencia C) La regulación económica mediante técnicas de soft law: sus efectos jurídicos. Límites a la actividad de promoción de la competencia autonómica.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre de 1999, dictada con motivos de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los representantes del Gobierno vasco y catalán, estimó en parte los mismos, declarando la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente o por remisión en diversos preceptos de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia¹.

Como consecuencia del fallo, se generaron unos efectos concretos que se traducían en la necesidad de establecer, mediante Ley estatal, el marco normativo básico para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado y las Comunidades Autónomas recogidas en la LDC 16/89 y en su desarrollo reglamentario. En este sentido, debe recordarse que la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales quedó diferida hasta el momento en que establecidos por Ley estatal los criterios de conexión pertinentes pudieran las Comunidades Autónomas ejercer las competencias que el Alto Tribunal les reconoció.

Debe traerse a colación del mismo modo, que el legislador –al que la STC 208/1999 sorprendió cuando, precisamente, se estaba discutiendo en el Senado un proyecto de Ley que venía a modificar la LDC 16/89– había optado por tomarse un periodo de reflexión y había introducido en la Ley que estaba tramitando –que terminó siendo la Ley 52/1999– una Disposición Final Segunda que permitía al Gobierno aplazar hasta el 1 de octubre del 2000 la presentación al Congreso de los Diputados del proyecto de ley necesario para la correcta ejecución de la sentencia.

Pues bien, la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, viene a cumplir esta función, si bien con un cierto retraso respecto a la fecha prevista en la Ley 52/1999, pues el proyecto de Ley no fue presentado ante el Congreso hasta el día 22 de junio de 2001, siendo calificado

¹ *Vid.*, sobre este tema, mi libro *Libre competencia y Estado autonómico*, Marcial Pons-URJC, Madrid 2006.

por la Mesa el día 26 del mismo mes, por lo que prácticamente habían transcurrido casi dos años desde que tuvo lugar el pronunciamiento del TC². Este hecho fue así denunciado por algunos grupos parlamentarios en los trámites de discusión de este proyecto de Ley, pero forzoso es reconocer, como advirtió tempranamente MARTINEZ LAGE, «que todos ellos parecían hacerlo «con la boca pequeña»: todos los grupos reconocían –además de los retrasos derivados del cambio de legislatura– la delicadeza y dificultad de este texto legislativo». Así, por ejemplo, el portavoz de Convergencia i Unió en la Comisión del Congreso que debatió el proyecto con competencia legislativa plena –se trataba de la Comisión de Economía y Hacienda–, afirmaba lo siguiente:

«hay que admitir que estamos ante un texto de difícil configuración y no ya por lo delicado de la materia (...) la dificultad (...) se debe sobre todo a la confluencia de tres niveles administrativos –competencias normativas y ejecutivas en el ámbito de la Unión Europea (...), competencias normativas y ejecutivas del Estado español y competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas»³

En efecto, recordando una vez más lo dispuesto por la STC 208/1999 que nunca cuestionó la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre esta materia, sino que se limitó a reconocer a las Comunidades Autónomas su competencia en la ejecución de la LDC, siempre y cuando no afectara a la unidad del mercado, en cuyo caso esta competencia de ejecución correspondería al Estado. Por lo tanto, respecto a la Ley 1/2002, debe afirmarse que nos encontramos ante un texto legislativo difícil, delicado y aparentemente polémico, o al menos, engendrado bajo el signo de la complejidad, por los conceptos jurídicos indeterminados con los que se pretende delimitar la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia en España.

En definitiva, puede decirse que con la aprobación de la Ley 1/2002 se dio cumplimiento al mandato establecido por el TC en la ya citada sentencia y, por tanto, supuso la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales por ella, acabándose de esta forma la situación de transitoriedad que se derivaba del contenido del fallo constitucional. Debe advertirse, que el examen de los criterios establecidos por la Ley 1/2002 deben ser interpretados en el nuevo marco desarrollado por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) que modifica sustancialmente el sistema de aplicación pública de la normativa de competencia y que modifica parcialmente la Ley 1/2002. Así, el nuevo art. 13 LDC se refiere a los órganos competentes de las CCAA estableciendo que

² BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 40-1, de 29 de junio de 2001.

³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, núm. 108, de 27 de septiembre de 2001, pág. 5226.

1. Los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de esta Ley ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley de acuerdo con los dispuesto en la misma y en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia⁴.

2. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Una de las consecuencias que derivaban del cumplimiento de la STC 208/1999, esto es, una vez el Estado estableciera los puntos de conexión y las medidas de coordinación necesarias para que la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia, era la creación de una organización específica por parte de aquellas CCAA que lo estimaran pertinente de cara a poder desarrollar sus competencias ejecutivas sobre este ámbito.

En este sentido, han sido varias las CCAA que han creado autoridades de defensa de la competencia, de distinta naturaleza, en sus respectivos ámbitos territoriales: Cataluña, Madrid, Galicia, País Vasco, Extremadura, Aragón, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Valencia y Andalucía. El modelo y forma de organización de cada una de ellas ha sido desigual y, en consecuencia su funcionamiento y eficacia ha sido dispar⁵. En las siguientes

⁴ Como señala PAREJA, C., «En congruencia con dicha previsión, la Disposición Adicional Octava (...) establece expresamente que las referencias a las funciones, potestades y procedimientos de la CNC y sus órganos directivos se deberá entender efectuada a los órganos de competencia autonómicos cuando las dichas actuaciones de refieran a los supuestos en que el ejercicio de la competencia corresponda a dichos órganos autonómicos, conforme a los criterios de conexión establecidos en el artículo 1 de la Ley. Tal equiparación tienen un inevitable carácter genérico, a fin de no coincidir la capacidad autoorganizatoria de que disfrutaran las Comunidades autónomas para la estructuración de sus propios órganos de defensa de la competencia»; a ello se añade que debe entenderse que la equiparación entre órganos estatales y autonómicos vienen a reemplazar a la previsión análoga contenida en la DA Primera de la Ley 1/2002, que dispuso asimismo dicha equiparación, aunque estableciéndola mediante una referencia a los artículos concretos de la LDC 16/89 que atribuían funciones a los órganos estatales que, en virtud de dicha Disposición, debía entenderse que eran susceptibles de ser ejercidas por parte de las autoridades autonómicas que se puedan crear; *vid.*, «DA 8ª», en *Comentario a la LDC*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid 2012, págs. 1156 y ss.

⁵ Como acertadamente señala MARCOS, F., «en la mayoría de las CCAA la creación de autoridades de defensa de la competencia no ha sido fruto de una reflexión previa sobre las flamantes competencias autonómicas en la materia, ni sobre el sentido de los nuevos órganos autonómicos y su necesidad y encaje en la realidad económica local», *vid.*, «Au-

tes líneas examinaré los modelos que han desplegado las autoridades autonómicas de competencia que se han creado, distinguiendo la evolución que han tenido las mismas en función de la legislación de competencia que han tenido y tienen que aplicar la cual fue objeto de un profundo cambio en el año 2007, lo que conllevó la implantación de un nuevo modelo de autoridad de competencia.

2.1. *La fase inicial: la configuración desigual del modelo de autoridad autonómica dirigida a la ejecución del Derecho de la Competencia*

En la fase inicial de creación de autoridades autonómicas de competencia puede afirmarse, en primer lugar, que el legislador estatal ya preveía que no todas las CCAA iban a desarrollar una organización *ad hoc* de defensa de la competencia a imagen y semejanza de la organización estatal, sino que cada una de ellas, en función de sus características, optaría por un modelo concreto, lo que podría conllevar, como de hecho ocurrió, una desigual aplicación de la legislación de competencia en función del modelo de organización escogido por cada Comunidad Autónoma.

De este modo, en función de la fórmula de organización escogida podíamos encontrarnos con CCAA que sólo tenían un organismo de instrucción atribuyendo la potestad de resolución de sus expedientes a la autoridad de competencia estatal, CCAA que tenían una organización completa para desarrollar sus competencias ejecutivas en defensa de la competencia y, por último, CCAA que no crearon ningún órgano u organismo específico a tales efectos en cuyo caso seguirán conociendo de los asuntos relativos a la libre concurrencia los órganos estatales⁶. Ante estas distintas opciones la Ley 1/2002, de coordinación de competencias entre el Estado y las CCAA, incluyó, concretamente en su inicial art. 4.1, una fórmula de colaboración dirigida especialmente a aquellas CCAA que en un principio no quisieran desarrollar una organización específica o acabada de defensa de la libre competencia; dice así:

«El Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán celebrar convenios de colaboración con los

toridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción», Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia (CEU San Pablo), núm. 31/2012.

⁶ Murcia (Decreto 13/2004, de 13 de febrero) y Canarias (Decreto 118/2006, de 1 de agosto del Servicio de Defensa de la Competencia) crearon una unidad inserta en la Administración autonómica con competencias de instrucción, encargándose la autoridad de competencia estatal de la resolución de los procedimientos sancionadores que se pudieran incoar por dichas autoridades autonómicas, a través de la fórmula de distintos convenios bilaterales celebrados entre el Estado y los respectivos gobiernos autonómicos.

órganos competentes de las Comunidades Autónomas para la instrucción y resolución de los procedimientos que tengan por objeto conductas que sean competencia tanto del Estado como de estas últimas. Dichos convenios establecerán las fórmulas y mecanismos concretos a través de los cuales se instrumentará la referida colaboración»

Era de suponer, por tanto, que habría CCAA que no desarrollarían una organización específica atribuyendo, mediante el empleo del instrumento de los convenios de colaboración, al Estado la facultad para instruir y resolver los expedientes de ámbito infraautonómico que serían de los relativos a procedimientos sancionadores y a la concesión de autorizaciones singulares que son los ámbitos de defensa de la competencia que en un principio son de competencia autonómica.

En un primer momento, sólo tres CCAA, Cataluña, Galicia y Madrid, desarrollaron una organización específica en defensa de la competencia en términos muy parecidos si bien el tipo de norma empleada para ello fue distinto en Cataluña y Madrid –reglamento y Ley– frente a Galicia –Ley⁷. Con carácter general estas tres CCAA crearon una estructura organizativa idéntica a la del Estado, de tal modo que la instrucción y las labores de inspección e investigación se encomendaron a un órgano específico, mientras que la fase de resolución se encontraba atribuida a otro órgano que se configuraba como un organismo de carácter administrativo, con personalidad jurídica propia, que ejercía sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico.

En cuanto a sus fines, como no podría ser de otra manera a tenor de la STC 208/1999, se circunscriben a preservar el funcionamiento del mercado intracomunitario y procurar una competencia efectiva del mismo, mediante el ejercicio de las funciones de instrucción, resolución, inspección, así como la consultiva que viene especialmente atribuida a dichos organismo por sus Leyes correspondientes⁸.

⁷ La CA Catalana lo hizo a través del Decreto 222/2002, de 27 de agosto, por el que se crean los órganos de defensa de la competencia de la Generalidad de Cataluña, lo que había sido autorizado previamente por la Ley 21/2001, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas; la CA Gallega por medio de la Ley 6/2004, de 12 de julio, reguladora de los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, y, finalmente, Madrid aprobó el Decreto 239/2001, de 11 de octubre por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía e Innovación tecnológica de la Comunidad de Madrid y la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, de creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

⁸ Sobre los TDC autonómicos y su organización inicial específica, *vid.*, GUILLÉN CARAMÉS, J., «La creación de órganos administrativos de defensa de la competencia por las Comunidades Autónomas», *Revista General del Derecho*, IUSTEL, 2003; AMILS AR-

2.2. *La nueva Ley 15/2007 de defensa de la competencia y su incidencia en el modelo de autoridad autonómica de competencia*

La reforma profunda de la legislación de competencia que se originó con la reforma de la Ley 16/1989, a través de la Ley 15/2007, que cambia sustancialmente la estructura, funciones y potestades de las autoridades de competencia, fundamentalmente la de ámbito estatal, esto es la actual Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)⁹, iba a acarrear la reestructuración del modelo de autoridad autonómica de competencia que en líneas generales ha sido muy similar al modelo configurado por el Estado¹⁰. El cambio de un modelo dual de aplicación de la LDC a través de dos organismos (normalmente el servicio de defensa de la competencia por un lado y, por otro, el Tribunal) hacia un modelo de organismo único, conllevó por parte de las Comunidades Autónomas un replanteamiento del modelo, así como una nueva configuración de sus autoridades autonómicas al sistema de organismo único con la finalidad de que pudieran prestar con mayor grado de eficacia y eficiencia las nuevas funciones que se establecen en la nueva LDC.

Conviene resaltar que ni la LDC ni la Ley 1/2002 condicionan o establecen modelos concretos de naturaleza organizativa que deban seguir las CCAA para poder ejercer sus competencias de ejecución sobre la defensa de la competencia. Sin embargo, en líneas generales dichos modelos se han caracterizado, normalmente, por un claro seguimiento del modelo de organización previsto por la legislación de competencia para la Administración General del Estado.

En este sentido, se han manifestado las CCAA de Galicia, Cataluña, País Vasco y Andalucía¹¹ que han procedido a reestructurar su modelo de autoridad de competencia por medio de nuevas normas que han adaptado las nuevas exigencias que demanda el Derecho de la Competencia con el fin de poder cumplir adecuadamente con los fines que prevé la LDC, así

NAL, R., «Los nuevos tribunales autonómicos de defensa de la competencia», *GJ*, núm. 224, 2003, págs. 66 y ss.

⁹ Creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio.

¹⁰ En la actualidad se encuentra en estado de tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley recreación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, presentado por el Gobierno el 10 de octubre de 2012, y que tiene como finalidad la fusión de la CNC con los organismos reguladores de carácter sectorial (energía, telecomunicaciones, servicios postales, transportes)

¹¹ Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia; Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de Competencia; Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de Competencia y la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía.

como la legislación comunitaria de competencia. Por otro lado, otras CCAA que, inicialmente habían creado sus autoridades de competencia, han decidido su supresión, fundamentando la misma en criterios de ahorro económico, como han sido los casos de la Comunidad de Madrid y Castilla-La Mancha¹².

La nueva configuración de este nuevo modelo de autoridades autonómicas de la competencia se sustenta, como señala el preámbulo de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de Competencia, obviamente para dicha CA, si bien el resto de las normas autonómicas que crean estas nuevas autoridades de competencia emplean argumentos similares, sobre los siguientes pilares:

«El nuevo modelo que se implanta en estas CCAA pretende reforzar la capacidad para incorporar, con operatividad y eficacia, los parámetros de modernización que exige la normativa europea, relativos a aspectos como la importancia de las políticas de competencia para los consumidores y usuarios; el refuerzo del enfoque económico en la metodología de trabajo de las autoridades de competencia; el aprovechamiento de los beneficios que aportan la cooperación entre autoridades de la competencia y los intercambios de información y experiencia entre estas autoridades; pero sobre todo, el fomento de las políticas de promoción de la competencia de carácter proactivo

Un modelo de competencia moderno y eficaz debe dar una respuesta solvente a la vertiente reactiva de la política de competencia, que es lo que sanciona conductas prohibidas, a partir de las denuncias interpuestas o los indicios obtenidos. Pero con ello no basta, ya que, adicionalmente, debe aplicar una política proactiva caracterizada por el fomento y la promoción de la competencia. Esta segunda vertiente se concibe como un instrumento de política económica fundamentada en el análisis y estudio de los mercados, capaz de suministrar información útil para la acción de gobierno, sugerir mejoras en la legislación sectorial orientadas a eliminar barreras de entrada, corregir prescripciones anticompetitivas, mejorar y simplificar la regulación, así como divulgar la cultura de la competencia con el fin de favorecer que las empresas adopten estrategias procompetitivas

En primer lugar, uno de los elementos centrales sobre lo que ha girado la reforma de las autoridades autonómicas de competencia ha sido el de

¹² En la Comunidad de Madrid lo prevé el art. 9 de la Ley 6/2011 de la Comunidad de Madrid, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas; mientras que en la Comunidad castellano manchega se ha suprimido la autoridad de competencia por medio del Decreto 177/2011, de 14 de julio, de supresión de los órganos de defensa de la competencia de Castilla-La Mancha. Sobre la extinción de las autoridades de competencia autonómicas, *vid.*, MARCOS, F., «Autoridades autonómicas...», *op. cit.*, págs. 5 y ss.

fortalecer la independencia de este tipo de organismos encargados de la defensa de la competencia y lograr la necesaria integración en un organismo único de los cometidos de instrucción y resolución de expedientes que hasta la fecha venían siendo desarrollador por dos órganos diferenciados. Este objetivo se ha conseguido mediante la creación de una autoridad única de competencia. De esta manera, la integración en una única institución se hace respetando la separación funcional y orgánica de las dos funciones de instrucción y resolución de los expedientes sancionadores, salvaguardando la independencia de la fase de instrucción y la seguridad jurídica de las partes que puedan resultar afectadas por la resolución final. Así, lo han recogido las Leyes reguladoras de estas nuevas autoridades de competencia que han configurado a las mismas como organismos autónomos, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para ejercitar sus funciones que son fundamentalmente las de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en su respectivo ámbito autonómico. Para cumplir con sus funciones eficazmente sus normas de creación acentúan la importancia de la independencia funcional y orgánica de los mismos, estableciendo que deben actuar con autonomía orgánica, financiera y funcional; con plena independencia de las Administraciones públicas y de los agentes económicos, con el fin de evitar la denominada captura del regulador.

En segundo lugar, las leyes autonómicas de creación de estas autoridades de competencia persiguen como otro objetivo esencial el reforzamiento de estas instituciones para poder obtener una eficaz persecución y sanción de las conductas contrarias a la competencia así como un nivel adecuado de competencia efectiva en los mercados autonómicos, siguiendo la línea de acción de la LDC y las nuevas tendencias que se están desarrollando a nivel europeo en este ámbito material. Entre estas nuevas funciones debe destacarse, como ya hemos tenido ocasión de estudiar en apartados anteriores, la actividad de promoción de la competencia que está llamada a jugar un papel fundamental en la política moderna de competencia y que tiene una marcada finalidad de regulación de los operadores en los mercados.

Finalmente, debe destacarse que desde una perspectiva orgánica, las nuevas autoridades autonómicas de competencia se estructuran en tres órganos fundamentales a semejanza de la CNMC: el Presidente, el Consejo y la Dirección de Investigación. El primero de ellos tienen atribuidas las funciones de dirección, coordinación y representación de la autoridad; el Consejo o Tribunal es el órgano máximo de resolución y decisión de la autoridad; y, por último, el Director de Investigación suele tener encomendadas, en general, las funciones de instruir los expedientes, de preparar los informes relativos a las conductas prohibidas por la LDC, así como los relativos al control de concentraciones empresariales.

3. LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

3.1. *La necesidad de garantizar la coordinación en la aplicación del Derecho de la Competencia: criterios empleados por la Ley 1/2002*

Dos son los objetivos que de forma esencial se persigue con la aprobación de la Ley 1/2002. Primero, lograr definir las diferentes atribuciones que como poderes jurídicos, tanto en las funciones legislativas como en las ejecutivas, han de permanecer en la órbita del Estado. En segundo lugar, la de fijar las técnicas de coordinación entre los órganos estatales y autonómicos de defensa de la competencia, con la finalidad de garantizar de este modo la uniformidad de la aplicación de las normas de competencia en todo el mercado nacional, junto con los mecanismos de cooperación y de información recíproca.

En este sentido, y como se estudiará en los epígrafes siguientes de este trabajo, el correcto funcionamiento de esta Ley va a depender en numerosas ocasiones, del grado de colaboración que las distintas administraciones con competencias sobre la defensa de la libre competencia vayan a tener entre sí. Este principio de cooperación, junto con el de coordinación, van a ser los motores que impulsen la maquinaria de esta nueva Ley en el sentido y con la intensidad que tendremos ocasión de examinar. Ya de su propia Exposición de Motivos, e incluso de su propio enunciado, se deduce esta afirmación, que va a verse plasmada desde un punto de vista procedimental en el intercambio de información entre las autoridades encargadas de velar por la defensa de la competencia. Y es que, como señala J. E. SORIANO «la continuidad en el tejido de las funciones públicas, creando sinergias, cooperación, colaboración, resultan esenciales para garantizar el cometido de las funciones públicas al servicio de los objetivos e intereses generales, evitando despilfarros, holguras, y otras carísimas e ilegales disfunciones administrativas»¹³.

En este apartado examinaremos la delimitación que lleva a cabo la Ley 1/2002 en orden a determinar genéricamente el ejercicio de las competencias por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, según los fundamentos jurídicos de la STC 208/1999. Debido a la complejidad que se deriva del Derecho de Competencia, habrá que tener en cuenta a la hora de delimitar cuándo pueden ejercer sus competencias las autoridades de competencia estatal y cuándo las autonómicas, diversos criterios, impregnados de un alto grado de indeterminación debido a la especial casuística que tiene la correcta interpretación de determinados conceptos con un fuerte contenido económico y, por ello, con un alto grado de variabilidad, que son especialmente im-

¹³ *Vid.*, «Comentario de urgencia a la Ley 1/2002», *GJ*, núm. 218, 2002, pág. 12.

portantes dentro de este ámbito, especialmente en la definición del mercado y la determinación del poder del mercado de un operador, lo que sin duda deberá tenerse en cuenta para ver si se trata de un ámbito supraautonómico o que afecte al mercado nacional, en cuyo caso la competencia corresponderá a los órganos de competencia del Estado; o, por el contrario se trata de un ámbito infraautonómico y entonces de competencia autonómica.

3.1.1. Los puntos de conexión. La necesidad de una precisa delimitación de los mismos

La Ley 1/2002 introduce el concepto jurídico indeterminado de los puntos de conexión como técnica tendente a definir y concretar el alcance territorial de determinados hechos con el fin de poder determinar cuál de las instancias territoriales –Estado o Comunidades Autónomas– va a poder ejercitar su competencia ejecutiva en la defensa de la competencia¹⁴. Si bien la introducción de los puntos de conexión pudo causar cierta sorpresa en la doctrina administrativa, como advierte X. ARZOZ, especialmente, en este ámbito de delimitación competencial donde las competencias tienen en principio un carácter territorial, hay que señalar que este concepto no resulta extraño al Derecho Público desde que nuestra CE atribuyó desde un primer momento funciones legislativas y ejecutivas a los entes autonómicos sobre diversas materias¹⁵. En este sentido, el empleo de los puntos de conexión puede examinarse desde una doble perspectiva: por un lado en aquellos supuestos derivados de la existencia de una pluralidad de ordenamientos de ámbito territorial, esto es, cuando las competencias legislativas sobre una determinada materia se encuentren atribuidas de forma exclusiva o compartida a las CCAA; y, de otro, cuando nos enfrentamos a la delimitación de competencias ejecutivas, bien entre las CCAA y el Estado, bien entre las CCAA entre sí. Será sobre esta última vertiente sobre la que se centra la Ley 1/2002 al

¹⁴ Como señala I LASAGABASTER «por puntos de conexión se viene entendiendo «aquellas circunstancias cuya concurrencia implica que una determinada actividad se someta al régimen jurídico o al régimen de intervención de una o varias Comunidades Autónomas o del Estado», *vid.*, «El territorio y la eficacia de las normas jurídicas», en *Informe Pi i Sunyer sobre CCAA*, II, Instituto de Derecho Público, 1994, págs. 791 y ss.

¹⁵ *Cfr.*, «Comunidades Autónomas, puntos de conexión y defensa de la competencia», *RAP*, núm. 64, 2002, págs. 11 y ss. Señala el citado autor que el empleo de la técnica de los puntos de conexión se ha venido desarrollando frecuentemente en otras ramas jurídicas, concretamente, en el Derecho internacional privado donde constituyen un elemento particular de las llamadas normas de conflicto. En este sentido, las normas de conflicto son «aquellas normas de Derecho internacional privado que, para la regulación de la situación privada internacional, determinan, de entre los distintos ordenamientos vinculados con el supuesto, cuál de ellos debe regir dicha situación».

establecer los puntos de conexión que marcarán el ejercicio de las competencias ejecutivas en defensa de la competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El art. 1 de la Ley 1/2002 establece los puntos de conexión que delimitan de forma general el ejercicio de las competencias por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas en la defensa de la competencia. Estos puntos tienen su fundamento en la STC 208/1999, concretamente en su Fundamento Jurídico 7º, según el cual la competencia se halla limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en el territorio de cada Comunidad Autónoma y que no afecten al mercado supraautonómico. Ello supone que la competencia del Estado se extiende no sólo a la formación, sino también a todas las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en el ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma¹⁶.

¹⁶ Debe señalarse que la jurisprudencia del TC no siempre ha seguido este criterio de la dimensión supracomunitaria para atribuir el ejercicio de una determinada competencia al Estado. En este sentido, la STC 13/1992 ha considerado necesario justificar en cada caso la necesidad de una gestión centralizada de la competencia para atribuir la misma al Estado. Así, por ejemplo, la STC 196/1997, de 13 de noviembre, en que el problema a resolver era la conformidad de la atribución estatal de una competencia ejecutiva en materia de legislación de la propiedad intelectual, señaló que la atribución de la autorización a la competencia estatal «está plenamente justificada, pues trata de asegurar el mantenimiento de un régimen jurídico unitario de la gestión de explotación de los derechos de la propiedad intelectual y de la uniformidad de la ordenación jurídica de la materia». De todas formas aquella exigencia es una exigencia material y no meramente formal como ha precisado la STC 242/1999, de 21 de diciembre, que al hilo de un conflicto de competencia relativo a la concesión de ayudas a empresas turísticas señaló que el hecho de que las agrupaciones de empresas en «supuestos de supraterritorialidad puedan resultar beneficiarias también de las ayudas», ello no supone la atracción «hacia el Estado de la competencia de gestión, máxime cuando cabe establecer los puntos de conexión necesarios para que se realice la gestión autonómica o, alternativamente, justificar su improcedencia para mantener la gestión centralizada». En definitiva, puede establecerse, como hace el TC en su STC 190/2000, de 13 de julio, que resulta especialmente importante para nuestro objeto de estudio pues el título competencial examinado es el 149.1.13ª CE que es uno de los títulos competenciales que el Estado tiene para actuar en defensa de la competencia, señalando que «la perspectiva territorial general que es propia del art. 149.1.13ª Ce no puede tener como consecuencia necesaria la centralización de toda la normativa que deba establecerse, ni tampoco de todas las medidas de ejecución que hayan de adoptarse, puesto que ello supondría, sencillamente, el desapoderamiento de las competencias autonómicas con las que concurre. En definitiva, la centralización de las funciones de formación y de ejecución sólo puede tener lugar, como venimos insistiendo, en supuestos excepcionales que aparezcan plenamente justificados, pues la regla ha de ser la de que las Comunidades Autónomas competentes desarrollen normativamente los Planes y los apliquen, incluso

Pues bien, el citado art. 1 Ley 1/2002, en su apartado primero reproduce, casi textualmente, este pronunciamiento señalando que

«Corresponde al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas»

El empleo de los dos criterios –alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o alterar la libre competencia en el conjunto del mercado nacional– como elemento de juicio para entender admitida la entrada en juego de la competencia ejecutiva del Estado en vez de la autonómica, han sido objeto de crítica por la doctrina científica por no atender a la denominada *doctrina de los efectos* que predica que cada Estado aplicará su legislación de defensa de la competencia respecto a aquellas conductas o prácticas que se produzcan dentro de su territorio, doctrina que es la generalmente reconocida en el Derecho de la competencia, y es asimismo acogida por el legislador español y comunitario¹⁷. Así, por un lado, el art. 1.1. LDC señala que «se

cuando su ejecución pueda tener alcance supraterritorial, pues es responsabilidad del Estado en estos casos fijar los puntos de conexión que permiten la ejecución autonómica de las medidas, dado que hemos dicho que el traslado de la titularidad de la competencia de gestión sólo puede tener lugar, como se apuntó en la STC 329/1993, cuando, además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y, aun en este caso, cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación».

¹⁷ Esta doctrina se aplica como criterio de conexión con la correspondiente legislación de defensa de la competencia. De este modo, cada Estado aplica su legislación antitrust a los efectos restrictivos que un acuerdo o una práctica restrictiva tenga por objeto producir en su territorio, sin perjuicio de que la práctica o sus responsables se localicen en un tercer Estado. En este sentido, esta doctrina se concibe, como señala ARZOZ, X., «como una posible aplicación extraterritorial de la legislación interna en virtud de dos circunstancias. Por un lado, cada sujeto de Derecho internacional solo pretende salvaguardar la libre competencia en el ámbito territorial sobre el que ejerce su jurisdicción. Por otro lado, los mercados nacionales operan en un contexto de mercados abiertos, y por tanto ni las conductas anticompetitivas con repercusión en el mercado nacional ni sus responsables se localizan necesariamente en éste». Continúa el citado autor señalando que «la producción de efectos internos es el punto de conexión necesario y suficiente para el ejercicio de la competencia en materia de defensa de la competencia», en este sentido, se trata por tanto, de un punto de conexión «suficiente porque cada Estado actúa sólo en relación con los efectos que se producen en su territorio, con independencia de que esos efectos internos

prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia *en todo o en parte del territorio nacional*»; y, de otro, el art. 101.1 TFUE establece que «serán incompatibles con el *mercado común* y quedarán prohibidos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia *dentro del mercado común*». Por lo tanto, los críticos con la técnica empleada por la Ley 1/2002 a la hora de definir los puntos de conexión concluyen que el legislador estatal debiera haber retenido el criterio de los efectos como punto de partida también para la atribución de las competencias autonómicas¹⁸.

El legislador estatal ha acogido en parte esta doctrina de los efectos si bien con un carácter más restringido, en el sentido de que para que una CA pueda ejercer su competencia ejecutiva y de este modo pueda entrar a conocer sobre la adecuación o no a la LDC de una determinada conducta o práctica restrictiva, resulta necesario que los efectos de la misma se produzcan de forma exclusiva dentro de su territorio, puesto que en caso contrario sería el Estado el competente para actuar. Esta tesis es la mantenida por la STC 208/1999, así como por la mayoría de los autores que han entrado a comentarla reconociendo que las CCAA sólo podrán ejercitar sus competencias ejecutivas sobre la defensa de la competencia en relación con aquellas prácticas cuyos efectos no superen el territorio correspondiente¹⁹. De este modo

sean exclusivos, coincidentes o adicionales a los producidos en otros Estados». Por ello la aplicación de la doctrina de los efectos a la defensa de la competencia no precisa de la exclusividad de los efectos internos y, en consecuencia, no impide la posibilidad de intervenciones paralelas o sucesivas por parte de las autoridades competentes de una pluralidad de Estados. En general, sobre estos aspectos, *vid.*, «Comunidades Autónomas, puntos...», *cit.*, págs. 42 y ss.

¹⁸ *Ibidem.*, pág. 49; y CASES, LL., «La competencia en España 1999», *Anuario de la Competencia 1999*, Marcial Pons-ICo, 2000, pág. 20.

¹⁹ *Vid.*, entre otros, MAGIDE HERRERO, M., «El reparto competencial en materia de defensa de la competencia...», *cit.*, págs.; LOPEZ BENITEZ, M., «Defensa de la competencia. Perspectivas abiertas tras la STC 208/1999», *RarAP*, núm. 17, 2000, págs. 134 y ss.; BELANDO GARÍN, B., «Defensa de la competencia y comercio interior», *REDA*, núm. 106, pág. 271. En contra de esta interpretación se muestra ARZOZ, X., «Comunidades Autónomas, puntos de...», *cit.*, págs. 50 y ss., para quien el uso de los dos sintagmas utilizados por el TC y, ulteriormente por el legislador (ámbito supraautonómico y conjunto del mercado nacional), no tienen sustantividad propia sino que son la misma cosa, de tal modo que deben ser interpretados de forma única de tal modo de «que sólo el sintagma «en el conjunto del mercado nacional» sería el indispensable elemento integrante del título competencial estatal».

el legislador estableció, como ya se ha indicado, un doble criterio para conocer cuándo una determinada práctica que pueda contravenir lo dispuesto en la LDC debe ser fiscalizada por los órganos estatales de defensa de la competencia: por un lado, que la práctica restrictiva altere o pueda alterar un ámbito supraautonómico, y, de otro, que la misma pueda afectar al conjunto *del mercado nacional*.

La elección de esta fórmula dicotómica por el legislador ha originado una fuerte crítica a la misma por la inexactitud e indeterminación de estos dos sintagmas que pueden ocasionar problemas a la hora de interpretar los mismos y, por ende, a la hora de atribuir el ejercicio de la competencia ejecutiva sobre la defensa de la competencia bien al Estado bien a las CCAA. El epicentro de las posturas contrarias a la opción adoptada por el legislador que, a mi juicio, lo que se limitó a realizar fue una mera transposición del contenido de la STC 208/1999 con una técnica jurídica poco acertada, radican en el contenido que debe tener la expresión ámbito supraautonómico que identifican con el *conjunto del mercado nacional*, de tal modo que la primera debe entenderse integrada dentro de la segunda que tiene un contenido más amplio. De este modo y, de acuerdo con esta postura, quedarían correctamente salvaguardadas las competencias ejecutivas de las CCAA y no se produciría un vaciamiento de las mismas al conocer el Estado de las conductas que alteren los ámbitos supraautonómicos²⁰. Sin embargo, no parece que esta sea la interpretación que debe hacerse pues de la lectura e interpretación gramatical y teleológica del art. 1 Ley 1/2002 no cabe inferirse tal deducción. En mi opinión, una cosa es que una conducta altere o pueda alterar un ámbito supraautonómico (así, por ejemplo, la instalación de una gran superficie comercial o un casino en una localidad ubicada en una zona limítrofe entre dos CCAA puede implicar que estas empresas puedan realizar conductas prohibidas por la LDC y desplegar con ello efectos contrarios a la defensa de la competencia en un ámbito supraautonómico y no por ello afectar al conjunto del mercado nacional), y otra muy distinta que afecte al conjunto del mercado nacional que es una realidad más amplia (por ejemplo, que una aerolínea de carácter regional pacte precios con el resto de las aerolíneas españolas). De todas formas hay que convenir que para que el Estado pueda accionar su competencia ejecutiva en el supuesto de conductas anticompetitivas que puedan tener efectos supraautonómicos resultará necesario que estos tengan una especial relevancia para el Derecho de la competencia en ambas instancias territoriales, de tal modo que si la conducta o práctica restrictiva sólo tiene una especial incidencia en una CA desplegando tan sólo efectos de escasa importancia para la defensa de la competencia en otra u otras CCAA el Estado no

²⁰ Vid., ARZOZ, X., «Comunidades Autónomas, puntos de...», *cit.*, págs. 51 y ss.

deberá intervenir y será la CA donde los efectos anticompetitivos desplieguen toda su eficacia la competente para actuar su competencia ejecutiva²¹.

Acto seguido, en el apartado segundo del art. 1 Ley 1/2002, se establecen los criterios y reglas que deberán permitir solventar en qué supuestos debe entenderse que una determinada conducta que sea susceptible de alterar la libre competencia de un operador económico va a tener una trascendencia supraautonómica o va afectar al mercado nacional, lo que implicará la puesta en marcha de los órganos estatales de defensa de la competencia, que deberán adoptar, como se analizará más adelante, las correspondientes medidas de información dirigidas a los órganos autonómicos con el propósito de que tengan noticia de la apertura de una acción administrativa tendente a examinar una posible conducta infractora de la LDC, lo que a su vez puede suponer en el supuesto de que los órganos autonómicos no estén de acuerdo con la calificación que los órganos estatales han realizado de la conducta a efectos de poder dilucidar la Administración competente, la activación de los mecanismos de resolución de conflictos previstos en el art. 2 de la Ley 1/2002.

Sin entrar en mas detalles sobre este último punto, es menester en este momento analizar los criterios empleados tanto por la Ley 1/2002, tendentes a poder discernir cuando una conducta que altere la libre competencia va a afectar a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, lo que conllevará que los órganos competentes para examinar si la misma es contraria a la LDC son el SDC y el TDC del Estado. Pero como paso previo al examen de estos criterios, pienso que es necesario primero analizar los conceptos relevantes para la defensa de la competencia en orden a determinar si una conducta altera la competencia en un mercado y cómo se determina este a tal efecto. Resulta, por tanto, evidente que sólo en función de la deli-

²¹ Podría tenerse en cuenta lo previsto en el art. 6 LDC que señala: «Cunado así lo requiera el interés público, la comisión Nacional de la Competencia, mediante decisión adoptada de oficio podrá declarar, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia, que el artículo 1 no es aplicable a un acuerdo, decisión o práctica, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 o bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo. Dicha declaración de inaplicabilidad podrá realizarse también con respecto al artículo 2 de esta Ley». Igualmente, señala PRAT MASIP, C., que se echa en falta en el texto de la Ley 1/2002 «un factor *de minimis* en el reparto de competencias teniendo en cuenta que el principio fundamental en que se basa el mismo es la *teoría del efecto*», por tanto, partiendo de la base que para que se produzca el correcto ejercicio de las competencias ejecutivas «por parte de uno u otro órgano *antitrust*, deben producirse efectos *antitrust* en el territorio en causa, entendemos que el *efecto* debería ser *sustancial* –como nos tiene acostumbrado el derecho de la competencia en el campo sustantivo; así el *efecto* puede adquirir relevancia jurídica», *vid.*, «Aspectos procesales de la Ley 1/2002 de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», *Derecho de la competencia europeo y español*, Dykinson-URJC, IV, 2004, pág. 140.

mitación de los conceptos básicos de la defensa de la competencia –mercado de referencia, mercado geográfico, mercado de producto, etc.– y a partir de su correcta definición se podrán examinar los criterios establecidos por la Ley 1/2002²².

3.1.2. Criterios previstos por la Ley 1/2002 para delimitar cuando una conducta altera la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional

Con un carácter general y, un tanto inconcreto, se establece el primer criterio para conocer cuándo una conducta que sea contraria a la libre competencia va a tener que ser conocida por los órganos estatales, en el primer apartado del art. 1 de la Ley 1/2002. De este modo el art. 1.2.a) Ley 1/2002 establece al respecto lo siguiente:

«Cuando una conducta altere o pueda alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, o sus efectos sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma»

Cuatro son los criterios que deben tenerse en cuenta, si bien no se aclara en el texto de la Ley si para que se estime que la conducta reviste un carácter supraautonómico o afecta al mercado nacional, deben darse todos ellos de forma conjunta o, por el contrario deben ser tenidos en cuenta de forma individual, bastando que se dé uno de ellos para que la conducta sea considerada de carácter supraautonómico o que afecta al mercado nacional. A este respecto, se ha pronunciado, de forma un tanto confusa MARTINEZ LAGE, señalando que, en su opinión, «estos cuatro criterios (...) no deben ser utilizados individualmente sino tomados como parámetros de utilización conjunta para determinar si nos hallamos en presencia de una conducta que pueda afectar a la unidad del mercado nacional. Es más, en algún caso, la débil dimensión de alguno de ellos (por ejemplo, «la modalidad y alcance») podría ser determinante de la no atribución de la competencia al Estado que podría venir determinada por otro de los parámetros (por ejemplo, la dimensión del mercado)», lo que realmente arroja poca claridad sobre la cuestión. En general, puede

²² Si bien en orden a delimitar estos conceptos, surge el problema de qué autoridad de competencia, estatal o autonómica, será la encargada de efectuar este análisis económico que tendrá como consecuencia fundamental la determinación del ente competente para ejercitar la competencia ejecutiva sobre este ámbito.

decirse que la respuesta a este interrogante va a depender de la categoría de normas de Derecho de la Competencia que se esté aplicando. Así, si se examina un acuerdo restrictivo entre empresas, su poder de mercado determinará la gravedad de la restricción, lo que será tenido en cuenta a la hora de determinar si restringe la competencia y si afecta al comercio supracomunitario. En cambio, si se trata de una conducta relacionada con el abuso de posición dominante serán otros los criterios que deban emplearse para ver si el mismo afecta al mercado nacional o no.

- i) *La dimensión del mercado.* Este es el primero de los criterios que se emplean para determinar si se afecta a la unidad del mercado nacional. Su razón de ser es evidente, al igual, que su origen de procedencia del Derecho Comunitario²³. Significa que en determinados supuestos puede verse afectado el mercado nacional aunque los efectos se produzcan sólo en una Comunidad Autónoma, si la dimensión del mercado es lo suficientemente extensa, intensa y preocupante. Debe observarse que para determinar la dimensión del mercado será necesario haber usado de los criterios propios del Derecho de la Competencia anteriormente enunciados. Por tanto, puede concluirse señalando que las conductas que afecten a la totalidad de una Comunidad Autónoma, difícilmente dejarán de afectar al conjunto del mercado nacional y, serán en consecuencia, de competencia de los órganos estatales de competencia.
- ii) *La cuota de mercado.* Este es un elemento de gran importancia para determinar la relevancia geográfica de la práctica correspondiente. Este criterio resulta de difícil interpretación, pues en primer lugar debe preguntarse en qué mercado debe medirse. ¿en el nacional?, o ¿en el autonómico?. Se decanta por la primera opción MARTINEZ LAGE, argumentando que «el impacto relativo sobre la economía autonómica» hace que sea preferible su medición en el mercado nacional²⁴. En sentido contrario, se encuentra J. E. SORIANO, para quien la cuota de mercado debe medirse «tanto en el mercado geográfico regional como en

²³ El TJUE viene interpretando en el ámbito del art. 102 TFUE que el territorio de un Estado miembro es una parte sustancial del mercado común, a efectos de determinar la aplicabilidad de este artículo a una conducta determinada (STJCE *Michelin*, As. 322/81, de 9 de noviembre de 1983). En el ámbito del art. 101 TFE, la jurisprudencia comunitaria considera que «una práctica colusoria que se extienda a todo el territorio de un Estado miembro tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional, que obstaculizan de este modo la interpretación económica perseguida por el Tratado», y supone, por tanto, una afectación a los intercambios comunitarios (STJCE *Wouters*, C-309/99, de 19 de febrero de 2002). Sobre este tema, *vid.*, MARTINEZ LAGE, S., «La aplicación de...», *cit.*, pág. 6.

²⁴ *Ibidem*.

el nacional y, luego, entrar en el debate correspondiente»²⁵. En mi opinión, la realidad práctica será la encargada de dilucidar esta controversia, pues en función de qué órgano sea el primero en actuar, nacional o autonómico, bien a instancia de parte o de oficio, le corresponderá tomar la decisión. Bien es cierto, que será deseable que en el examen de la cuota de mercado se tenga en cuenta tanto el mercado nacional como el autonómico, pues sólo así se podrá llegar a la correcta determinación de qué órgano debe actuar²⁶.

- iii) *La modalidad y alcance de la restricción*. Este es un criterio que aparece, igualmente enunciado en el art. 10.2 LDC para la cuantificación de las sanciones, como elemento determinante de la gravedad de las conductas²⁷. Se trata de un factor que se tiene en cuenta para examinar la probabilidad de impacto de una conducta en otros mercados, pues si la restricción de la competencia es amplia, se puede erigir en el obstáculo para que a normal competencia entre empresas y operadores discurra por cauces de normalidad. En este sentido, piénsese en la acción coordinada de cárteles idénticos en diversas zonas localmente delimitadas del territorio nacional o, incluso, la práctica devastada y hunda un mercado local que luego no pueda recuperarse con

²⁵ «Comentarios de...», *cit.*, pág. 14.

²⁶ Así, por ejemplo la Resolución del TDC de 28 de abril de 2003 (Expdte. A 322/02 *Contrato tipo Comisión IBERIA*) autoriza a un modelo de contrato-tipo de comisión mercantil para la promoción y venta de servicios de transporte aéreo por las agencias de viajes minoristas establecidas en España. En este supuesto resulta clara la afectación al conjunto del mercado nacional debido a la cuota de mercado que tiene IBERIA por lo que la competencia para conocer de este asunto es clara a favor del TDC estatal. En cambio, la Resolución de 8 de abril de 2003 (Expdte. A 313/02 *Pacto Foodservice-Mercat*) aborda la solicitud de una autorización singular para un pacto de no competencia vinculado a un contrato de arrendamiento con opción de compra de una empresa de distribución alimentaria a hostelería y restauración que tiene una cuota pequeña (2 por 100) del mercado balear, que sería el mercado geográfico relevante, por lo que en este caso correspondería a los órganos autonómicos conocer de esta autorización. Sobre los criterios de aplicación de la Ley 1/2002, *vid.*, X. ARZOZ, «El impacto de los puntos de conexión de la Ley 1/2002 en la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia: análisis de las resoluciones adoptadas en 2003 por el TDC», en *Anuario de Defensa de la Competencia*, Marcial Pons-ICO, Madrid 2004, págs. 327 y ss.

²⁷ El art. 10.2 LDC dispone: «La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; b) la dimensión del mercado afectado; c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) La duración de la restricción de la competencia; f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas».

facilidad, para entender que el impacto puede ser «crucial para todo el territorio español»²⁸.

- iv) *Los efectos sobre los competidores actuales o potenciales y sobre los consumidores.* Resulta un criterio que encierra una especial relevancia para la unidad de mercado. En efecto, aunque una determinada conducta se lleve a cabo en el territorio de una Comunidad Autónoma, sus efectos sobre los competidores y los consumidores, de otras Comunidades Autónomas pueden ser evidentes, con el perjuicio que ello conlleva para la unidad del mercado. Imaginemos, por ejemplo, un acuerdo de precios entre los hoteleros de una Comunidad Autónoma determinada, el efecto que este tiene sobre los consumidores del resto de España es evidente.

De este modo, se puede comprobar como la dificultad que existe para delimitar los ámbitos que pueden ser de ámbito intraautonómico o de ámbito supraautonómico, implica o deriva que una determinada conducta que en un principio pudiera parecer que es de ámbito intraautonómico, en realidad no lo es, por el impacto que producen en el conjunto del mercado nacional, lo que conlleva la necesaria intervención de los órganos estatales, como así ha previsto la Ley 1/2002; si bien también puede ocurrir del mismo modo la situación contraria.

Fruto de esta dificultad se planteó el conflicto de competencia 7601-2007 por el Consejo de gobierno de la Comunidad de Madrid contra el Acuerdo del Pleno del TDC, por el que se mantenía la competencia de dicho órgano estatal sobre el expediente 627/2007, Estación Sur de Autobuses de Madrid, por entender que la conducta alteraba la libre competencia en un ámbito supraautonómico²⁹. El TC resolvió dicho conflicto en su STC 71/2012, de 16 de abril, en el que tras citar su jurisprudencia establecida en la STC 208/1999 y recordar su confirmación por la STC 12/2003, de 19 de junio, establece que

«las facultades en materia de defensa de la competencia corresponden al Estado siempre que la práctica pueda alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tal acto se realice en el territorio de una Comunidad Autónoma; y, que, por el contrario, la facultad ejecutiva corresponde a la Comunidad autónoma sólo cuando concurren dos circunstancias: que la práctica

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ La conducta prohibida realizada por la empresa concesionaria de la Estación Sur de autobuses de Madrid, Esamsa, consistía en la negativa injustificada de adjudicarle a la empresa competidora Anibal SL, en la citada estación, una taquilla de venta de billetes para la explotación de la línea internacional Santarem (Lisboa)-Madrid-Paris así como a instalar una línea telefónica en el local que dicha empresa posee en la misma estación.

restrictiva tenga lugar en el territorio de la Comunidad y, además, que no «afecten al mercado supraautonómico» o no tenga «trascendencia sobre el mercado supraautonómico». En el presente caso resulta incontrovertido que la práctica restrictiva tuvo lugar en el territorio de la Comunidad Autónoma que plantea el conflicto, por lo que la disputa se centra en la segunda circunstancia, esto es, la determinación si la conducta imputada a Esamsa tiene o no trascendencia supraautonómica»;

De este modo, el TC desestima el presente conflicto positivo de competencia planteado al declarar que el TDC era el órgano competente para conocer del asunto:

«En efecto, la actuación imputada a Esamsa –negativa injustificada de la adjudicación de una taquilla de venta de billetes a Anibal SL, necesaria para la explotación de la línea internacional Santarem (Lisboa)-Madrid-Paris, para la que esta empresa contaba con la correspondiente autorización administrativa– trasciende el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Madrid. De acuerdo con lo manifestado por el abogado del Estado, si la conducta imputada a Esamsa fuera merecedora de reproche por producir efectos restrictivos a la competencia empresarial, dichos efectos no podrían dejar de trascender del ámbito geográfico de la Comunidad de Madrid. Al tratarse de aspectos relacionados con una línea regular de transporte de viajeros por carretera de carácter internacional con parada en Madrid la decisión sobre la denegación de la taquilla solicitada y de otros servicios tiene consecuencias no sólo en el territorio de la Comunidad de Madrid, sino también en el mercado supraautonómico de transporte de viajeros.

Con independencia de la importancia en términos de negocio de la venta de billetes en taquilla d la estación de autobuses, importancia que la parte recurrente pone en duda como consecuencia de los múltiples medios que en la actualidad permiten la adquisición de títulos de transporte de viajeros por carretera, en la resolución del presente conflicto nada aporta la mayor o menor relevancia de la disponibilidad de una taquilla, decisión que interesa, en su caso, para resolver el problema de fondo, ajeno a la identificación del órgano competente desde la perspectiva constitucional. Lo relevante es que la imposibilidad de vender billetes en la Estación sur de autobuses en las mismas o similares condiciones que lo hacen sus competidores en esta línea regular, puede ser susceptible de vulnerar la libre competencia entre empresas y generar una situación de desventaja competitiva para Anibal SL, que desarrolla su actividad no sólo en el territorio de la Comunidad de Madrid sino también fuera de dicho ámbito. Por lo que la decisión material sobre la práctica imputada a Esamsa corresponde al tribunal de Defensa de la Competencia, ya que la hipotética desventaja competitiva se produciría en la explotación de una línea de transporte internacional y, pr tanto, la práctica restrictiva tendría incidencia supraautonómica».

3.1.3. Criterios conectados directamente con el principio de unidad de mercado para delimitar cuando una conducta altera la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional

De semejante intensidad son los supuestos enumerados en el art. 1.2.b) Ley 1/2002, en el que se atribuye la competencia a los órganos estatales de competencia en todos los supuestos en los que una conducta, además de afectar a la libre concurrencia, vulnere, principios reconocidos en nuestra CE por atentar contra el equilibrio económico entre las diversas partes del territorio nacional, al afectar de forma directa al principio de unidad de mercado. Dice así el mencionado precepto:

«Cuando una conducta pueda atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, suponer la compartimentación de los mercados o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, aun cuando tales conductas se realicen en el territorio de una Comunidad Autónoma»³⁰.

De nuevo, se entiende que son puntos de conexión que determinan la competencia del Estado, un conjunto de hechos que, cada uno de ellos, pueden generar una importante afección a un elemento fundamental de la libre competencia. Así, con base en una Comunidad Autónoma, aquellas conductas que pudieran, en su caso, obtener privilegios o interponer barreras a terceros que ocasionen desequilibrios interterritoriales, perfectamente conseguibles si cuentan con el apoyo o consentimiento de los poderes más cercanos sí que pueden ocasionar la alteración de un equilibrio económico adecuado y justo. De igual modo, el establecimiento de este tipo de barreras puede constituir también obstáculos a la libre circulación y establecimientos

³⁰ Como puede observarse al leer el citado precepto se trata de la integración en el mismo del contenido de los arts. 138.1, 139.2 y 149.1.1ª CE, con el fin de configurar la competencia ejecutiva estatal en la defensa de la competencia. Resulta discutible la elección efectuada por el legislador pues no parece que la finalidad inmediata de la legislación de defensa de la competencia sea la de proteger estos fines de naturaleza constitucional, cuya principal finalidad es la deservir de límites al ejercicio de las competencias autonómicas para que la unidad de mercado no se vea afectada. En idénticos términos critica esta opción de la Ley 1/2002 ARZO, X., quien advierte que «los fines explícitos de los citados preceptos son ajenos a la defensa de la competencia y, además, no pueden ser alcanzados al amparo de cualquier título estatal, sino a través de aquellos títulos que les corresponden objetivamente», *vid.*, «Comunidades Autónomas, puntos de...», *cit.*, pág. 67.

de personas y bienes, lo que conlleva que estas conductas deban ser examinadas por los órganos estatales.

También la denominada compartición de los mercados o el acceso igual a las condiciones básicas que permitan ingresar en un mercado, son aspectos lo suficientemente graves, como para comprender que el asunto concreto va más allá de los poderes normales que tienen atribuidas las Comunidades Autónomas. En este sentido, señala J. E. SORIANO que «un mercado puede quedar convertido en una «isla» mediante técnicas que operando con base solamente en una autonomía separen dicho mercado total o parcialmente de la libertad de acceder al mismo. Ese es con toda evidencia, un asunto de trascendencia nacional, no solamente regional. Igual es el caso en que una acción coordinada o al menos combinada de diferentes operadores pueda llegar a romper la facilidad común de acceso económico a un territorio concreto»³¹.

En definitiva, cuando un mercado se compartimenta la consecuencia fundamental que de este hecho se deriva es que se produce una quiebra de todo el mercado, lo que supone, por tanto, un grave atentado a la propia unidad. Así lo ha destacado la jurisprudencia del TJCE que una vez más, nos sirve de soporte para el estudio de la descentralización de la aplicación de la defensa de la competencia en España, como consecuencia de la STC 208/1999, dice así en la conocida sentencia *Consten/Grundig*:

«un acuerdo entre un productor y un distribuidor que tenga como objetivo reconstituir las particiones nacionales en el comercio entre los Estados miembros podría ser contrario a los objetivos más fundamentales de la Comunidad (...) El Tratado cuyo preámbulo y texto dispositivo pretenden suprimir las barreras entre los Estados (...) no puede permitir a las empresas la recreación de tales barreras (ni tampoco a los poderes públicos)»³².

En conclusión la garantía de la preservación de un mercado nacional opera como criterio de determinación de la competencia ejecutiva a los órganos estatales, de tal modo que les confiere la potestad de examinar aquellas conductas que desde esta perspectiva puedan atentar a la libre concurrencia implicando un riesgo para la unidad del mercado.

3.2. Consecuencias jurídicas derivadas del grado de indeterminación de los criterios establecidos en la Ley 1/2002 para la delimitación de los puntos de conexión: la posible conflictividad

Como se ha podido comprobar del examen de los diversos criterios empleados por la Ley 1/2002 en orden a delimitar qué ente territorial –Estado o

³¹ *Ibidem.*, pág. 15

³² Sentencia de 13 de julio de 1966, As, 56 y 58/64.

CCAA– puede accionar sus competencias ejecutivas en defensa de la competencia, se puede deducir que debido en gran parte al elevado grado de indeterminación de los denominados puntos de conexión, así como la necesidad de acudir a criterios de carácter económico de difícil concreción debido a la variabilidad de los mismos, puede afirmarse que la finalidad esencial de la citada Ley, esto es la, eliminación de las posibles controversias competenciales que pudieran surgir debido a la atribución de competencias ejecutivas tanto al Estado como a las CCAA queda un tanto difuminada³³. En este sentido puede señalarse que parte de los conflictos que puedan suscitarse entre el Estado y las CCAA con ocasión del ejercicio de sus competencias ejecutivas van a tener causa en la redacción de la Ley. En la medida en que los criterios de deslinde competencial no se encuentran suficientemente determinados, va a existir una zona de incertidumbre o zona gris en orden a concretar que autoridad de competencia es la competente para aplicar la LDC. De hecho parece que el propio legislador era consciente de que el empleo de conceptos que adolecen de un alto grado de indeterminación iba a ocasionar diversos conflictos en el futuro, especialmente, cuando las CCAA comenzarán a crear sus propias autoridades encargadas de velar por la defensa de la competencia y estas iniciaran la aplicación de la LDC³⁴. Parece por estos motivos que el legislador optó por incluir en la Ley 1/2002, en su artículo segundo, un sistema de resolución extrajudicial de conflictos con el fin de ir delimitando por el órgano encargado de resolver los mismo (Junta Consultiva) cuando determinadas conductas o prácticas restrictivas pueden ser consideradas de ámbito supraautonómico o afecten al conjunto del mercado nacional, en cuyo caso será el Estado el que acciones su competencia ejecutiva, o cuando son de ámbito infraautonómico desplegando su acción para conocer de las mismas las CCAA³⁵.

No se trata de estudiar con detalle el sistema de resolución de conflictos creado por la Ley 1/2002 que excedería de nuestro ámbito de análisis, sino de

³³ En parecidos términos se expresa ARZOZ, X., quien advierte que la «titularidad estatal de competencias ejecutivas no depende de criterios precisos, objetivos y previsibles, sino de conceptos jurídico indeterminados, de criterios finalistas (intereses supraautonómicos) o, dada la adopción de un criterio rígido de territorialidad, de la mayor o menor voluntad de apreciar efectos, más o menos directos, en más de una Comunidad Autónoma», *vid.*, «Alternativas a la solución judicial de los conflictos competenciales en materia de defensa de la competencia», *RAP*, núm. 164, pág. 47.

³⁴ Da la sensación que o bien el legislador se limitó a transcribir o, empleando términos de Derecho comunitario, a transponer la STC 208/1999, o bien debido al ámbito fundamentalmente económico sobre el que despliega su acción la defensa de la competencia no supo o no pudo concretar mejor los puntos de conexión en orden a determinar con la debida claridad y precisión cuando debía entrar a conocer el Estado o cuando las CCAA la aplicación de la LDC.

³⁵ Téngase en cuenta sobre este unto la ya examinada STC 71/2012, de 16 de abril.

examinar la naturaleza jurídica de los conflictos que pueden ocasionarse derivados de la falta de concreción en el establecimiento de los puntos de conexión. En principio, una vez fijados los criterios de deslinde competencial y, de este modo, concretado que ente territorial puede activar su competencia ejecutiva en defensa de la competencia, es de suponer que la cuestión litigiosa que pueda surgir sea de naturaleza eminentemente aplicativa, centrándose sobre cuestiones de hecho que deben ser resueltas con carácter previo a la aplicación de la norma atributiva de la competencia (por ejemplo, la dimensión del mercado afectado, los efectos sobre los consumidores, etc.)³⁶. Por lo tanto la cuestión conflictiva que será objeto de discusión entre las partes no debería radicar sobre la titularidad de la competencia, sino sobre la determinación del hecho que determinará el ejercicio de aquella. De ello se deduce que un conflicto acerca de la interpretación de cómo deben aplicarse los puntos de conexión establecidos en la Ley 1/2002 no constituirá un conflicto de competencias de naturaleza constitucional, por lo que las partes no podrían plantear un conflicto de competencias ante el TC. De tal modo que en el caso de que no se resuelva el conflicto mediante los mecanismos previstos en el art. 2 de la Ley 1/2002, la vía pertinente para resolver el mismo será la jurisdicción contencioso-administrativa³⁷.

No obstante, a pesar de lo señalado, ello no significa como señala X. Arzo que se excluyan de forma tajante las controversias competenciales entendidas estas en sentido constitucional. Esto se debe esencialmente a que debido a la indeterminación de los criterios empleados por el legislador para la atribución del ejercicio de la competencia, pueden surgir dudas acerca de la propia titularidad de la misma. Así, por ejemplo, cuando el Estado pretenda ejercitar su competencia ejecutiva para conocer de una conducta que pueda afectar a la unidad de mercado (art. 1.2.b) Ley 1/2002), puede alzarse la oposición de alguna CA que se considere en un principio competente en virtud de los criterios

³⁶ Vid., ARZOZ, X., «Alternativas a la...», *cit.*, pág. 48.

³⁷ La distinción entre controversias competenciales y controversias sobre cuestiones de hecho tiene su raíz en la STC 88/1989, de 11 de mayo (caso ATINA). En esta sentencia el TC distinguió entre un conflicto sobre el alcance territorial de una competencia autonómica y un conflicto acerca de la dimensión territorial de un supuesto de hecho. El conocimiento de la primera cuestión corresponde al TC mientras que el segundo debe ser resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa. Sobre esta jurisprudencia, *vid.*, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Justicia administrativa y Comunidades Autónomas», *RAP*, núm. 121, 1990, págs. 84 y ss.; GARCÍA ROCA, J., «Conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Supremo: la competencia diferenciada entre las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa», *RVAP*, núm. 62, 2002, págs. 89 y ss.; GÓMEZ MONTORO, A. J., y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «De nuevo sobre quién debe resolver los conflictos territoriales de competencia», *REDA*, núm. 99, 1998, págs. 369 y ss.

establecidos en el art. 1.3 de la Ley 1/2002. De igual modo, podría el Estado invocar el criterio de la territorialidad para reclamar el ejercicio de la competencia ejecutiva, mientras que la CA podría plantear no ya la existencia de que una determinada conducta tenga o no una dimensión supraautonómica, cuestión más o menos fáctica y sujeta a verificación y prueba, sino la propia definición del alcance territorial de sus competencias ejecutivas en defensa de la competencia, cuestión de naturaleza constitucional³⁸. Esta posibilidad de que se puedan plantear conflictos de competencia de naturaleza constitucional ya viene prevista en la Ley 1/2002, cuando señala en su art. 2.1 *in fine* que emitido el informe (por cierto, de naturaleza no vinculante) de la Junta Consultiva, órgano encargado de resolver el hipotético conflicto, se podrá iniciar el procedimiento por el órgano que se considere competente «sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional».

Estas posibilidades alternativas que nos depara la Ley 1/2002, en el supuesto de que no se resuelva el conflicto, esto es, bien la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, bien la vía constitucional no puede ser considerada como un mecanismo eficaz en la defensa de la competencia. En este ámbito se precisa cierta celeridad por parte de la Administración a la hora de resolver los procedimientos de defensa de la competencia, pudiéndose ocasionar graves perjuicios para las empresas y, por ende, para el correcto funcionamiento del mercado la dilación de los procesos debido a la aparición de conflictos sobre qué administración es la competente para entrar a conocer de una determinada conducta que presuntamente vulnera la LDC. El legislador debería haber tenido en cuentas estas consideraciones y haber establecido con una mayor claridad y precisión los puntos de conexión necesarios para determinar qué ente territorial puede accionar su competencia ejecutiva.

3.3. Ámbitos de la ejecución del Derecho de la competencia de exclusiva competencia del Estado

En virtud de lo expuesto resulta evidente que existen una serie de actuaciones que quedan retenidas en poder del Estado por constituir elementos que sí afectan al interés general del mercado nacional. De forma expresa como pretendiendo reafirmar aquellos supuestos de defensa de la competencia que deben ser de competencia del Estado, pero que podrían ocasionar dudas en su interpretación, como así ha ocurrido en el trámite parlamentario, en donde se cuestionaba la exclusión del conocimiento por parte de las Comunidades Autónomas de los temas relacionados con el control de concentraciones, la Ley 1/2002 ha querido zanjar la cuestión y en su art. 1 apartado 5 establece de forma taxativa lo siguiente:

³⁸ *Vid.*, ARZOZ, X., «Alternativas a la...», *cit.*, pág. 49.

«Corresponderá en todo caso al Estado:

- a) La aplicación de las normas contenidas en el capítulo II y en el capítulo III del Título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- b) La autorización, mediante reglamentos de exención, de categorías de acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas a que se refiere el artículo 5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- c) La representación en materia de defensa de la competencia ante otras autoridades nacionales, Foros y Organismos Internacionales y, en concreto ante la Unión Europea, la OCDE, la OMC y la UNCTAD.
- d) La aplicación en España de los artículos 81.1 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, de acuerdo con los dispuesto al respecto en el artículo 25.c) de la Ley de Defensa de la Competencia³⁹».

En primer lugar son atribuidos a la exclusiva competencia de los órganos estatales de competencia los aspectos relacionados con las concentraciones y ayudas públicas, así como los reglamentos de exención.

Respecto al caso de las concentraciones empresariales parecía lógico, puesto que, en definitiva, se trata de un aspecto de defensa de la competencia que debería dentro de la órbita del mercado nacional, si bien ha ocasionado cierta conflictividad competencial con las CCAA como tendré ocasión de examinar en el apartado siguiente. Además en este ámbito la aprobación mediante normas de los denominados reglamentos de exención por categorías implica el ejercicio de la competencia legislativa del Estado en defensa de la competencia. Por otro lado, el tema de las ayudas públicas presenta una vertiente más problemática sobre la que no podemos detenernos en exceso en este punto. Valga destacar dos aspectos a tener en cuenta sobre las mismas que hace justificable la decisión adoptada por el legislador estatal: en primer lugar, en las ayudas públicas, además del control que puedan ejercer en su caso las autoridades europeas desde el momento en que constituyen un factor que puede extenderse más allá del ámbito territorial del Estado, no existe duda de que son un elemento que queda incorporado a todas las actividades de la empresa, de este modo se proyecta en todos sus ámbitos de actuación⁴⁰.

³⁹ En la actualidad, recuérdese que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las referencias a los arts. 81 y 82 del TCE deben hacerse a los arts. 101 y 102 TFUE.

⁴⁰ Sobre el régimen jurídico de las ayudas estatales, *vid.*, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid 1993, págs. 129 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado*, Cuadernos Civitas, Madrid 2002, págs. 24 y ss.

Este hecho hace que el receptor de la ayuda se encuentre en todo momento bajo sospecha, pues no existirá una actuación empresarial que no quede afectada de uno u otro modo por la ayuda; actuación que normalmente tendrá un ámbito territorial supraautonómico. En segundo lugar, es cierto que normalmente las ayudas suelen ser otorgadas por las Administraciones más cercanas a los sujetos receptores de las mismas. Ello hace que los intereses locales puedan suponer una afectación del mercado nacional, por lo que se estima pertinente que se ponga una prudente distancia entre el que otorga la ayuda y el que la recibe, lo que justifica que sean los órganos estatales los competentes para dilucidar estos aspectos⁴¹.

En segundo lugar, la representación internacional del Estado en materia de defensa de la competencia resulta algo obvio, pues se entronca con el título competencial establecido en la cláusula 3ª del art. 149.1 CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales.

Por otro lado, en lo que se refiere a la aplicación en nuestro país de los arts. 101 y 102 TFUE, esta había sido atribuida por el Reglamento 1/2003 a las autoridades nacionales –CNMC–, así como la jurisdicción contencioso-administrativa competente para controlar la actividad de éstos (todo ello sin perjuicio de la posible aplicación directa de las normas de defensa de la competencia por parte de la jurisdicción civil –jueces mercantiles– en los conflictos *inter privados*). La exigencia de garantizar un mínimo de seguridad jurídica a los operadores económicos, así como la interpretación uniforme del Derecho Comunitario en España hace que sea del todo oportuno esta referencia expresa en la Ley 1/2002, como fue puesto de manifiesto en una enmienda introducida por el Grupo Parlamentario Popular, cuya justificación era la de «aclarar que la aplicación en España de la normativa comunitaria sobre conductas contrarias a la competencia, es una competencia, en todo caso, estatal»⁴².

No obstante, el ejercicio por parte del Estado de las competencias referidas a la aplicación en España de la normativa de Derecho Comunitario en la defensa de la competencia, puede suscitar alguna duda respecto a la posible inconstitucionalidad de este precepto. Como es bien conocido la ejecución

⁴¹ En este sentido afirma ARZOZ que la «actividad de supervisión de las ayudas públicas otorgadas por lo poderes públicos, que encaja en la materia de defensa de la competencia en la medida en que las ayudas públicas ponen barreras u obstáculos financieros a la libre competencia, tiene que ver sin duda con la configuración de un mercado único y, en general, con el principio de unidad económica, y además no admite su fraccionamiento en una pluralidad de entes supervisores», de este modo «una supervisión de la incidencia de las ayudas otorgadas por el conjunto de los poderes públicos sólo tiene sentido con carácter unitario», *cfr.*, «Comunidades Autónomas, puntos de...», *cit.*, pág. 58.

⁴² Enmienda núm. 61, BOCG, Serie A, núm. 40-11, de 8 de noviembre de 2001.

interna de las normas comunitarias no implica una alteración del orden de distribución competencial por lo que la respuesta sobre a quién corresponde la aplicación de este Derecho de defensa de la competencia deberá ser resuelta de igual modo conforme a las reglas internas de reparto de competencias, ya que no existe un título competencial atributivo de la competencia específica de ejecución del Derecho Comunitario⁴³. Por este motivo resulta necesario atender a la distribución competencial que opera nuestro bloque de constitucionalidad respecto a la defensa de la competencia en el sentido establecido por la STC 208/1999.

De acuerdo con este pronunciamiento jurisprudencial las competencias ejecutivas sobre este ámbito corresponden a las CCAA, si bien en aquellos supuestos en que la conducta anticompetitiva altere o pueda alterar el comercio supraautonómico o el conjunto del mercado nacional será el Estado el que tenga la competencia de ejecución con la finalidad fundamental de salvaguardar la unidad de mercado, competencia que encuentra su razón de ser en el art. 149.1.13^a. En base a este precepto y, por ello, a la necesidad de aplicar de forma uniforme el Derecho Comunitario de la competencia en nuestro país de tal modo que no se produzca una aplicación desigual del mismo que pueda conducir a una quiebra de la ordenación general de la economía y de la unidad de mercado es por lo que la atribución de esta competencia de ejecución del Derecho Comunitario es efectuada a favor del Estado por el art. 5.d) de la Ley 1/2002, por lo que este artículo no adolece, en mi opinión, de signos de inconstitucionalidad.

3.4. *El problema del control de concentraciones de empresas: ¿posible invasión del ámbito competencial de las Comunidades autónomas?*

Como acaba de examinarse, la Ley 1/2002 atribuyó la competencia sobre el procedimiento para el control de concentraciones económicas con la obligación de notificación previa al Estado. De este modo, todas aquellas operaciones de concentración empresarial en las que las sociedades afectadas superen los umbrales, que vienen determinados en atención al volumen de negocio y cuota de mercado de las mismas, de acuerdo con lo previsto en la LDC (2007) han de notificarse a la autoridad de competencia del Estado, esto es la CNC, debiendo suspenderse su ejecución hasta que la misma dictamine sobre su autorización o no.

Como apunta F. MARCOS, la propia STC 208/1999 que ya ha sido examinada en profundidad, no hizo ningún pronunciamiento expreso sobre este ámbito del Derecho de la Competencia, lo que pudo influir en el legislador estatal al

⁴³ Sobre la ejecución del Derecho Comunitario, *cfr.*, *El control y la ejecución del Derecho Comunitario*, MAP, Madrid 1998, págs. 83 y ss.

contemplar en la Ley 1/2002, la competencia exclusiva del Estado en este ámbito material del Derecho de la Competencia⁴⁴. Este hecho hizo que algunas Comunidades autónomas se mostraran críticas con esta opción empleada por la Ley 1/2002, señalando que algunas operaciones de control de concentraciones podían tener una incidencia muy relevante en el ámbito autonómico lo que podía justificar la intervención de las autoridades autonómicas en el procedimiento de autorización de control de concentraciones empresariales⁴⁵.

Así, algunas CCAA, inicialmente, no establecieron en su legislación de competencia, referencias a esta materia, si bien hubo otras que sí que contemplaron la posible intervención de las autoridades autonómicas de competencia como interesadas en el procedimiento de control de concentraciones que pudiera desarrollarse ante la CNC. Así, el art. 3.2.b) de la Ley 6/2004, de 12 de julio, reguladora de los órganos de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, preveía una competencia de naturaleza consultiva y de emisión de informe en «*los procedimientos de las operaciones de concentración económica regulados en la Ley de Defensa de la Competencia cuando así lo solicite el tribunal de Defensa de la Competencia de la Administración General del Estado*»⁴⁶. Del mismo modo, la legislación gallega reconocía la capacidad de recabar información para enviar al Estado en este tipo de procedimientos, así como la facultad de personarse en los procedimientos de control de concentraciones ante la CNC cuando la operación afecte a empresas ubicadas o con establecimientos abiertos en la Comunidad gallega⁴⁷.

⁴⁴ *Vid.*, «Competencias autonómicas en los procesos de concentración de empresas», *In Dret*, Barcelona, octubre de 2001, págs. 18 y ss.

⁴⁵ En este sentido, FRANCO señaló críticamente que la Ley 1/2002 no aprovecharse «todas las potencialidades que representan los órganos de defensa de la competencia para que las autoridades autonómicas ejerciesen funciones en materia de control de concentraciones», *vid.*, «La nueva Ley de Defensa de la Competencia y los órganos autonómicos», *Gaceta Jurídica de la Competencia*, núm. 248, págs. 97 y ss. Igualmente, CRUCELEGUI advierte que «no se puede obviar que algunas operaciones de concentración tienen una incidencia muy relevante (a veces exclusiva) en el ámbito territorial de una sola Comunidad autónoma. En consecuencia, hubiera sido conveniente prever mecanismos de colaboración (o delegación) con los órganos autonómicos de competencia en el análisis de operaciones de concentración de ámbito autonómico», *vid.*, «Los modelos de aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia en la UE y en el Estado español», *Cuadernos Europeos de Deusto*, vol. 38, págs. 104 y ss.

⁴⁶ De forma similar la Comunidad de Aragón recogió las competencias sobre control de concentraciones empresariales de manera análoga a Galicia, en su art. 3.d), e) y F) del Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón por el que se crean y regulan los órganos de defensa de la competencia en Aragón.

⁴⁷ La nueva Ley gallega 1/2001, de 8 de marzo de 2011, desaparece la posibilidad de personarse en los procedimientos de control de concentraciones ante la CNC, si bien se

Igualmente, la LDC se hizo eco de estas preocupaciones y en su nueva redacción del año 2007 estableció una mínima intervención de las Comunidades Autónomas en aquellas operaciones de control de concentraciones que sean objeto de examen detallado, en segunda fase del procedimiento, al que pasan por entenderse que pueden obstaculizar la competencia en el mercado⁴⁸. Así, su art. 58.1 señalaba en su segundo párrafo que «en el supuesto de que la concentración incida de forma significativa en el territorio de una Comunidad autónoma, la Dirección de Investigación solicitará informe preceptivo, no vinculante, a la Comunidad Autónoma afectada, a la que remitirá junto con la nota sucinta, copia de la notificación presentada, una vez resueltos los aspectos confidenciales de la misma, para emitir el informe en plazo de veinte días».

Sin embargo, justo con anterioridad a la reforma recogida en la LDC, ya se habían alzado diversas voces críticas de algunas Comunidades autónomas por la exclusión prácticamente total de su competencia en este ámbito material del Derecho de la Competencia. El argumento principal, teniendo en cuenta, la jurisprudencia vertida por el TC en su STC 208/1999, consistía en que si las operaciones de concentración podían afectar de forma principal a un ámbito territorial exclusivamente autonómico, la competencia debería corresponder a las CCAA. En este sentido, se recogió en la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 en el que se recoge expresamente este argumento al disponer su art. 154 que en sus apartados 1 y 2 señala:

«1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se ejercen principalmente en Cataluña.»

2. Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia en el ejercicio de las actividades económicas que alteren o puedan alterar la libre competencia en el mercado en un

prevé, dentro de lo que califica como funciones de colaboración y coordinación, la colaboración con la CNC en el control de concentraciones previsto en la LDC mediante el envío de la información que la CNC le solicite y la emisión de informe a solicitud de la CNC en aplicación de lo dispuesto en el art. 58.1 de la LDC.

⁴⁸ La LDC ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por el Consejo de Gobierno de Canarias, el 1 de abril de 2008, contra los arts. 9 y 13 de la misma, puesto que al regular el procedimiento de control de concentraciones, se ignora las competencias de las CCAA respecto de aquellas operaciones que se produzcan en el mercado geográfico canario. De este modo, la Comunidad Canaria estima que la reserva de competencia exclusiva a la CNC en esta materia infringe la competencia de las CCAA respecto de aquellas transacciones que se produzcan en el ámbito territorial insular como mercado geográfico definido. Sobre este particular, *vid.*, F. Marcos, «Competencias autonómicas...», *op. Cit.*, págs.. 31 y ss.

ámbito que supere el territorio de Cataluña. Esta competencia incluye en todo caso:

- a) La ejecución en medidas relativas a los procesos económicos que afecten a la competencia.*
- b) La inspección y ejecución del procedimiento sancionador.*
- c) La defensa de la competencia en el ejercicio de la actividad comercial».*

Si bien no aparece recogida de forma expresa la competencia autonómica sobre el control de concentraciones empresariales, quedaba claro que el propósito del apartado 2 letra a) iba encaminado en esa dirección. Así, lo entendió el Estado que presentó recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, que reformaba el Estatuto de Autonomía de Cataluña, entre los que se encontraba el citado precepto. El TC en su STC 31/2010, de 28 de junio, estimó que

«definida en los términos antes expuestos el alcance de la competencia asumida por la Comunidad autónoma, esto es, limitada territorialmente al ámbito autonómico, así como a las actuaciones restrictivas de la competencia en el mismo y de acuerdo, en todo caso, con la legislación estatal, no existe en principio razón alguna (...) para que la Comunidad Autónoma no pueda asumir competencias estrictamente ejecutivas en relación con aquellas concentraciones siempre que resulten incluidas en el ámbito de la competencia autonómica y carezcan de trascendencia supracomunitaria».

De esta manera el TC consideró que no se existen argumentos para desajajar el control de concentraciones empresariales del resto de las funciones de ejecución que desarrollan las autoridades de competencia, de tal modo que cuando se refieran a operaciones que limiten sus efectos al ámbito intraautonómico y no afecten al conjunto del mercado podrán ser competencia de las autoridades de competencia autonómicas.

La legislación autonómica aprobada con posterioridad a este pronunciamiento del TC, así como tras la aprobación de la nueva LDC, ha recogido las competencias autonómicas en este ámbito. Así, por ejemplo, la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia, recoge en su art. 2.3 su competencia exclusiva sobre las «actividades económicas que se ejercen principalmente en Cataluña y que alteran o pueden alterar la competencia, en los términos establecidos por el artículo 154.1 y 2 del Estatuto», recogiendo en su art. 10.2.b) entre las funciones del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia las de «ejercer las funciones que la legislación de competencia atribuye al órgano colegiado en materia de concentraciones empresariales». En parecidos términos recoge esta función la Ley 1/2012, de 12 de febrero, de la Autoridad Vasca de Competencia, que en su art. 3.7 establece entre las competencias de dicha autoridad la de ejercer «las funciones que la legislación de defensa de la competencia le atribuye en materia de

concentraciones empresariales y cualesquiera otras competencias que pudiera asumir de conformidad con la normativa vigente en materia de promoción y defensa de la competencia».

Para finalizar este apartado, conviene señalar que a pesar de las previsiones de las normas autonómicas de defensa de la competencia en materia de concentraciones empresariales, reconociendo de forma expresa la competencia de las autoridades autonómicas en el ámbito de las concentraciones empresariales de cuyos efectos no trasciendan del territorio autonómico, la virtualidad de estas previsiones sigue siendo de un alcance limitado. En primer lugar, porque la gran parte de las operaciones de concentración conllevan actividades de empresas que desarrollan sus actuaciones en un plano supra-autonómico lo que conlleva que la competencia sea de la CNMC.

A estos efectos, conviene recordar como hace F. MARCOS que el sistema de control de concentraciones previsto en la legislación española emplea dos elementos o umbrales diferentes, que operan de forma alternativa, para identificar aquellas alteraciones de la estructura de mercado que puede implicar distorsiones en el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado⁴⁹. Sólo deben notificarse a las autoridades de competencia las operaciones en las que las empresas que participan en la transacción superan ciertos umbrales en su volumen de negocios o exceden de una cuota de mercado determinada. De este modo, como se prevé en la LDC se mantiene el umbral de la cuota de mercado para la notificación obligatoria de aquellas operaciones de concentración empresarial en las que, como consecuencia de las mismas, se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicios afectados (art. 8.1.a) LDC). Este es el criterio que de manera principal establece y podría habilitar la existencia de concentraciones de relevancia exclusivamente autonómica, puesto que en la medida que el ámbito geográfico del mercado relevante pueda ser autonómico o infraautonómico, cabría la posibilidad de enervar la competencia de las autoridades autonómicas sobre estas operaciones de concentración empresarial. Sin embargo, tras la reciente reforma de la LDC por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), se limita ostensiblemente la posibilidad de actuación de las autoridades de competencia autonómicas en el control de concentraciones, puesto que se exige un volumen de negocios mínimo adicional a la cuota de mercado para la aplicación del umbral del art. 8.1.a) LDC. En este sentido, la Disposición Final Tercera de la LES que modifica el citado precepto dispone lo siguiente:

⁴⁹ *Vid.*, «Competencias autonómicas en...», *op. cit.*, págs. 35 y ss. Igualmente, sobre la interpretación y alcance del art. 8.1.a) LDC, *vid.*, FOLGUERA CRESPO, J., y VIDAL MARTINEZ, P., «Artículo 8», en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas-Thomsonreuters, Madrid 2012, págs. 375 y ss.

«Quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en la letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo»⁵⁰.

3.5. Ámbitos del Derecho de la Competencia de competencia de las comunidades autónomas

Tal y como ha quedado delimitada la competencia estatal parecía innecesario definir la competencia de las Comunidades Autónomas que sería la que en ejecución de la LDC, no correspondiese al Estado, conforme a los criterios señalados. Sin embargo, la Ley 1/2002 ha creído necesario delimitar la competencia de estos entes territoriales.

Recordemos que la STC 208/1999 delimitó la competencia de las Comunidades Autónomas empleando para ello dos criterios concurrentes. El primero se refería al lugar donde deben llevarse a cabo las actuaciones administrativas; el segundo se refería al lugar donde se cometan las conductas infractoras. De esta forma, según el pronunciamiento jurisprudencial, una Comunidad Autónoma ostentará competencia siempre que 1) las actuaciones ejecutivas hayan de realizarse en su territorio, y no afecten al mercado nacional, y 2) cuando se trate de actos realizados dentro del territorio de la Comunidad Autónoma y a su vez carezcan de trascendencia sobre el mercado supraautonómico.

La Ley 1/2002 en el apartado tercero del art. 1 parece haber acogido tan sólo el segundo criterio, esto es, el relativo a las conductas, al señalar que

«Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia respecto de los procedimientos que tengan por objetos las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma»⁵¹

⁵⁰ Sobre este punto, *vid.*, NAVARRO, E., «Artículo 55. Notificación de concentración económica», en *comentarios a la Ley de defensa de la Competencia*, Civitas-Thomson Reuters, 2013, págs. 913 y ss.

⁵¹ Así, por ejemplo, en la Resolución del TCDC de 10 de marzo de 2004 que resolvía un recurso de alzada contra la Resolución de 25 de noviembre de 2003 de la Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat de Catalunya, en la que se acordaba el

Podría pensarse en qué ocurriría, si por ejemplo, una posible conducta abusiva con efecto sobre una única Comunidad Autónoma realizada por una empresa cuya sede social se encuentre en otra Comunidad. En este supuesto hipotético, las actuaciones administrativas, desde las simples notificaciones hasta la ejecución de las sanciones, pasando por las inspecciones, habrán de realizarse en distinta Comunidad Autónoma. Por lo que el interrogante gira en torno si habría que trasladar la competencia a la CNC, por considerar que se trata de un ámbito supraautonómico, o, por el contrario, se podría mantener la competencia autonómica por afectar la conducta a sólo una Comunidad Autónoma. Parece claro que en estos supuestos en que los efectos de la conducta anticompetitiva se produjeran en el ámbito exclusivo de una CA la competencia para conocer de la misma sería de esta, sin que pudiera alegarse que el ámbito supraautonómico sobre el que puedan desplegarse alguna de las actuaciones autonómicas sea justificación necesaria para entender que la competencia ejecutiva deba trasladarse a los órganos estatales. Todo ello, sin perjuicio, de que en ocasiones sean necesarios acudir a los principios de colaboración y de auxilio mutuo, regulados en los arts. 4 y ss. LPC y en el art. 4 de la Ley 1/2002, con el fin de poder ejercitar plenamente la competencia autonómica⁵²; así como los previstos en el art. 15 LDC que establece la coordinación de la CNC con los órganos competentes de las CCAA:

«1. La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los órganos competentes de las Comunidades autónomas se llevará a cabo

archivo de la denuncia formulada en su día contra el *Colegi de Detectius Privats de Catalunya*, se planteó por los recurrentes la posible incompetencia de la Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat al entender que las conductas (se referían al cobro por parte del Colegio Profesional de la habilitación temporal a los detectives no residentes en Cataluña, al cobro del visado colegial de documentos profesionales e incluso a la obligatoriedad de colegiación) eran susceptibles de afectar a un ámbito supraautonómico vulnerando de este modo lo dispuesto en el art. 1.1 de la Ley 1/2002. El TCDC señaló que las conductas denunciadas se realizan en el ámbito territorial de Cataluña, y es en «ese ámbito donde se podría alterar de *forma esencial* la libre competencia». Por lo tanto, «el mercado geográfico donde se podrían materializar las conductas denunciadas que, en ningún caso, y por la misma naturaleza de las actividades del Colegio, inciden en un ámbito superior al de Catalunya, ya que el Colegio no tiene capacidad de actuación más allá de este ámbito territorial», cuestión por cierto que fue reconocida por el SDC estatal mediante el envío de la nota sucinta en cumplimiento del art. 2 de la Ley 1/2002.

⁵² El art. 4 de la Ley 1/2002 relativo a los aspectos institucionales de la ejecución por parte de las Comunidades Autónomas de la LDC dispone: «1. El Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas para la instrucción y resolución de los procedimientos que tengan por objeto conductas que sean tanto competencia del Estado como de estas últimas. Dichos convenios establecerán las formas y mecanismos concretos a través de los cuales se instrumentará la referida colaboración».

según lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

2. A los efectos de facilitar la cooperación con los órganos jurisdiccionales y la coordinación con los órganos reguladores, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas habilitarán los mecanismos de información y comunicación de actuaciones, solicitudes e informes previstos en los artículos 16 y 17 de la presente Ley respecto de aquellos procedimientos que hayan sido iniciados formalmente según lo previsto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades autónomas en materia de Defensa de la Competencia».

3.5.1. La actividad de defensa de la competencia

De acuerdo con lo previsto en la LDC así como en la Ley 1/2002 las autoridades de competencia autonómicas tienen competencia, en función de lo dispuesto por su normativa de creación, para la instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores sobre aquellas conductas prohibidas por los arts. 1, 2 y 3 de la LDC que afecten a la competencia en el ámbito autonómico y que no excedan de él o afecten al conjunto del mercado nacional. Así, se prevé en las distintas leyes autonómicas de creación de las nuevas autoridades de defensa de la competencia como, por ejemplo, la Ley 1/2012, de 2 de febrero de la Autoridad Vasca de Competencia, dispone en su art. 3 lo siguiente:

«La autoridad vasca de la competencia incoará, instruirá y resolverá procedimientos sancionadores que tengan por objeto conductas restrictivas de la competencia, tales como conductas colusorias, abuso de posición dominante y falseamiento de la libre competencia por actos desleales que afectan al interés público, tal como se regula en la normativa de defensa de la competencia. En el ejercicio de dicha competencia la autoridad vasca de la competencia podrá:

a) imponer multas sancionadoras por vulneración de la legislación de defensa de la competencia,

b) imponer multas coercitivas respecto de las obligaciones establecidas en sus resoluciones, así como por incumplimiento del deber de colaboración,

c) adoptar medidas cautelares y de ejecución forzosa,

d) eximir del pago de multas o reducir sus importes, realizar inspecciones a empresas y asociaciones de empresas»

Estas competencias, como ya se ha señalado, no sólo pueden ejecutarse respecto de los procedimientos sancionadores sobre conductas que distorsionen la competencia siempre que no afecten a un ámbito territorial superior a

las respectiva CA, sino que además las competencias autonómicas en este particular, deben desplegarse sobre conductas anticompetitivas que tengan una relevancia mínima, esto es, que afecten de forma significativa al interés público que se protege: el orden público económico. De este modo, las autoridades autonómicas podrán aplicar con cierto margen de discrecionalidad la regla de *minimis* prevista en el art. 5 de la LDC que establece que «las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 (...) no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia».

Finalmente, aunque será objeto de examen ulterior, debe señalarse que a los efectos de garantizar una aplicación uniforme de la LDC, se establece la posibilidad de que la DI comparezca como interesada en los procedimientos sancionadores incoados por las autoridades autonómicas de competencia e incluso la posibilidad de que el Consejo de la CNC pueda recurrir aquellos actos de las autoridades autonómicas que pongan fin al procedimiento sancionador⁵³.

3.5.2. La actividad de promoción de la competencia

La actividad administrativa desplegada por las autoridades de competencia se ha centrado, tradicionalmente, en la persecución de las conductas ilícitas desde la perspectiva *antitrust*. Así, por un lado, ha ejercido la potestad sancionadora frente a los acuerdos o conductas restrictivas de la competencia e, igualmente, frente a los denominados abusos de posición de dominio. Por otro lado, se ha desarrollado del mismo modo una actividad de control frente a las estructuras de mercado a través del análisis y estudio de las concentraciones económicas, pudiendo éstas ser autorizadas, con o sin condiciones, o, por el contrario, ser denegadas su implementación.

Frente a esta modalidad de intervención administrativa *ex post*, en los sistemas modernos de competencia se ha ido progresivamente incluyendo entre sus formas de actuación administrativa las políticas de carácter proactivo denominadas de *promoción de la competencia o advocacy* –en términos anglosajones–. Se trata de políticas encaminadas a la persuasión, esto es, a

⁵³ Como señala MARCOS, F., *op. cit.*, pág. 14, «desde hace algún tiempo la DI se persona con regularidad como interesada en los procedimientos sancionadores incoados por las autoridades autonómicas». De igual forma, el Consejo de la CNC ha impugnado en vía jurisdiccional dos resoluciones adoptadas por las autoridades autonómicas: la Resolución de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía de 10 de noviembre de 2010 (S/11/2010, *Compañías Aseguradoras de Córdoba*), y la Resolución del tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid de 22 de diciembre de 2010 (2/2010, *Centros Sociosanitarios*):

evitar problemas de competencia en los mercados, en lugar de perseguirlos. Por lo tanto, obedecen a una intención claramente de control *ex ante*, con una finalidad de regulación de aquellos mercados que adolecen de problemas de competencia, con independencia de los factores que contribuyen a la creación de esas disfuncionalidades anticompetitivas que pueden tener su origen en la propia regulación pública (por ejemplo, en la regulación de los contratos públicos), o puede ser de origen en conductas privadas de los distintos operadores en el mercado⁵⁴.

Por estas razones, debe advertirse desde un primer momento que la actividad de promoción de la competencia se dirige principalmente a impedir que normas de naturaleza regulatoria o de cualquier otro tipo puedan crear ineficiencias en los mercados o puedan amparar restricciones en los mismos.

A) *Delimitación de la actividad de promoción de la competencia*

El concepto de promoción de la competencia o *advocacy* ha sido definido por contraposición a la actividad de limitación –*enforcement*– que habitualmente ha sido ejercida por las autoridades de competencia. En este sentido, se ha definido la *competition advocacy* como «todas aquellas actividades llevadas a cabo por las autoridades de competencia que no se corresponden con la categoría de las actividades administrativas de policía» (International Competition Network)

De este modo, la actividad administrativa de promoción de la competencia comprende tanto las actividades encaminadas a «convencer» a las diversas Administraciones Públicas para que se abstengan de adoptar medidas innecesariamente anticompetitivas, como aquellos otros esfuerzos dirigidos a intentar acercar la política de competencia a los diversos operadores económicos que actúan en los mercados, así como a los consumidores y usuarios.

Junto a esta vertiente convencional de la actividad de promoción de la competencia, fundamentalmente sustentada en la consulta o revisión de la regulación por parte de las autoridades de competencia, se ha ido extendiendo y consolidando una interpretación más amplia de esta modalidad de actuación administrativa abriéndose también a la promoción del conocimiento jurídico y económico del Derecho de la Competencia.

⁵⁴ Sobre la actividad de *advocacy*, *vid.*, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., «Promoción versus defensa de la competencia en España, una visión de conjunto», *Dereito*, vol. 19, núm. 2, 2010, págs. 52 y ss.; P. AVILA, «El papel de la Comisión Nacional de Competencia en la actividad de regulación de las Administraciones Públicas», en *Derecho de la Competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, (Dir. J. Guillén Caramés), Civitas-Thomson Reuters, Madrid 2011, págs. 375 y ss.; SALA ARQUER, J.M., «Artículos 25 y 26», en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid 2010, págs. 621 y ss.

Las nuevas normas autonómicas de creación de autoridades de competencia han dado una gran importancia a esta forma de actividad administrativa de clara tendencia reguladora de los mercados, pues se configura como un instrumento de política económica que contribuye, por una parte, al correcto funcionamiento de los mercados y, en consecuencia, al dinamismo y la competitividad de la economía, y, por otra, a la defensa del interés general, concretado en los intereses de los consumidores y usuarios. Fiel reflejo de esta nueva forma de desarrollo de una política proactiva de la competencia lo constituye la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia, que establece en su art. 3.3 entre las competencias de esta institución las de:

«promover la competencia en los mercados ejerciendo las siguientes funciones:

- a) Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia,*
- b) Realizar informes generales sobre sectores, con propuestas que ayuden a corregir o mejorar una competencia efectiva,*
- c) Realizar informes sobre la actuación del sector público,*
- d) Realizar informes sobre el impacto de las ayudas públicas sobre la competencia efectiva en los mercados,*
- e) Dirigir a las administraciones públicas propuestas conducentes al mantenimiento o restablecimiento de la competencia en los mercados,*
- f) Proponer al consejero o consejera competente en materia de política económica y defensa de la competencia, para la elevación, en su caso, al Consejo de Gobierno, las directrices de política de defensa de la competencia en el marco de la política económica de aquél o aquélla y, en particular, las propuestas de elaboración y reforma normativa correspondientes»*

Finalmente, se ha incluido dentro de la actividad de promoción, la posibilidad de que las autoridades autonómicas de competencia puedan impugnar ante la jurisdicción competente los actos sujetos al Derecho Administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la ley, cuando de ellos se derivan obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. Esta potestad de impugnación se encuentra originariamente prevista en el art. 13.2 LDC que dice expresamente:

«Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos a Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior

a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados»⁵⁵.

Este nuevo instrumento del que pueden servirse las autoridades autonómicas de la competencia puede revestir una cierta relevancia respecto a la eliminación de determinadas trabas y barreras que las Administraciones Públicas –autonómicas y locales– pueden establecer contra la libre competencia en los mercados⁵⁶.

B) Encuadre jurídico de la actividad de promoción: el empleo del soft law en el Derecho de la competencia

En general, este tipo de actuaciones que pueden desarrollar las autoridades de competencia, se encuentran dirigidas a promover la competencia efectiva en los mercados y, en consecuencia, a regular directa o indirectamente los mismos. Este claro componente regulador se identifica con los denominados instrumentos de *soft law* empleados habitualmente por la Comisión Europea en el ámbito del desarrollo de la política de competencia europea, con la finalidad de

⁵⁵ Esta previsión ha sido trasladada a las normas autonómicas de competencia, por ejemplo, art. 3.4 de la Ley 1/2012 de la autoridad vasca de la competencia; o el art. Art. 14 de la Ley 1/2011 reguladora del Consejo Gallego de la Competencia.

⁵⁶ Hasta la fecha las CCAA no han hecho uso de esta potestad de impugnación. Sí, la ha empleado en varias ocasiones la CNC, en virtud del art. 12.3 LDC, habiendo hasta la fecha dos pronunciamientos judiciales. En primer lugar, tenemos la sentencia del tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana de 22 de octubre de 2012 en el que la CNC impugnaba el Decreto 24/2010, de 29 de enero del Consell, relativo al Plan de Modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera, al considerar que el plazo establecido para la prórroga de las concesiones era contrario a la legislación comunitaria en esta materia constituyendo una clara obstrucción de la libre competencia. El Tribunal estimó el recurso de la CNC señalando que el Decreto valenciano era claramente contrario a la legislación comunitaria y que, por tanto, el mantenimiento de esta norma dentro del ordenamiento jurídico produciría un efecto perverso en sede de competencia que no cuenta con el aval del Derecho europeo ni del Derecho estatal. La segunda sentencia proviene del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de mayo de 2012, en que la CNC había impugnado la Resolución de 22 de junio de 2010 de la Consellería de Medio Ambiente, territorio e Infraestructuras por la que se inadmitiese por falta de legitimación el requerimiento formulado por la CNC para que declarase la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 26 de febrero de 2010 de la Dirección General de Movilidad por la que se aprobó el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera de Galicia. En este asunto, el Tribunal desestimó el recurso de la CNC por falta de legitimación de la misma. Sobre este punto, *vid.*, GUILLÉN CARAMÉS, J., «La impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las Administraciones Públicas restrictivas del Derecho de la Competencia», en *Derecho de la Competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid 2011, págs.. 441 y ss.

incidir en el comportamiento de los operadores en el mercado, así como de dirigir indirectamente sus conductas en los mismos.

En la Unión Europea (en adelante UE) se identifican este tipo de técnicas de cierta naturaleza normativa, con los denominados actos atípicos de carácter no vinculante establecidos en el TFUE: recomendaciones y dictámenes. La importancia de este tipo de instrumentos ha sido reconocida tanto por la doctrina jurídica como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE⁵⁷.

Por lo tanto, el empleo de este tipo de instrumentos de *soft law*, resulta de gran importancia en el desarrollo de una política de competencia pro activa por parte de las autoridades administrativas.

La primera nota destacable acerca de los actos de *soft law* producidos por las autoridades de competencia es que se caracterizan por su falta de adecuación a ninguna tipología clásica de normas, ni tampoco se requiere un procedimiento específico para la producción de los mismos.

Junto a esta nota de ausencia de formalidad en la aprobación de este tipo de instrumentos de tanta importancia en el Derecho de la Competencia, la segunda característica esencial de los mismos es la ausencia de efectos jurídicos vinculantes, si bien ello no quiere decir que carezcan de efectos jurídicos, como más adelante se examinará, lo que puede tener una incidencia en el desarrollo de esta actividad por parte de las autoridades autonómicas de la competencia.

En general, pueden destacarse los siguientes caracteres esenciales de los instrumentos de *soft law* en el Derecho de la Competencia:

- a) Son normas jurídicas dirigidas a una pluralidad de destinatarios, que carecen de efectos obligatorios, ni poseen procedimientos formales y reglados de elaboración⁵⁸.
- b) No pueden emplearse como parámetro de enjuiciamiento de disposiciones generales, ni tampoco de actos administrativos.
- c) No son susceptibles de impugnación directa ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁵⁷ Sobre este punto, *vid.*, ALONSO GARCÍA, R., «El *soft law* comunitario», *RAP*, núm. 154, 2001, págs. 63 y ss.

⁵⁸ Si bien la Disposición Adicional Tercera de la LDC dispone: «La Comisión Nacional de la Competencia podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia». Por lo que aunque no se establece un procedimiento concreto, deberá escucharse la opinión del Consejo de Defensa de la Competencia, que se configura como el único elemento reglado en el proceso de elaboración de este tipo de normas de *soft law*, como son las Comunicaciones interpretativas.

- d) Su principal carácter se encuentra en el ámbito de la interpretación jurídica, dando sentido a las disposiciones generales del ordenamiento jurídico y coadyuvando a éstas en el proceso de enjuiciamiento de actos administrativos.

C) *La regulación económica mediante las técnicas del soft law: sus efectos jurídicos. Límites a la actividad de promoción de la competencia autonómica*

EL *soft law* tiene la virtualidad de producir efectos con una extensión que comprende tanto a los poderes públicos como a los particulares que operan en el mercado. Desde esta perspectiva, puede apuntarse una dualidad de ámbitos sobre los que este tipo de instrumentos despliegan una especial intensidad jurídica.

Por un lado, aquellos actos de *soft law* adoptados por las autoridades de competencia con la finalidad de constreñir su propia conducta y, así otorgar seguridad jurídica a quienes se relacionan jurídicamente con aquéllas (por ejemplo el tema de las Directrices de cuantificación de multas)

Por otro lado, puede tener efectos frente a los operadores económicos – públicos o privados– desde el prisma de interpretación de las normas –legales o reglamentarias–. Se trata, en consecuencia de imponer una obligación o un deber a quien tiene la facultad de interpretar y aplicar el Derecho de la Competencia a que lo haga teniendo en cuenta el contenido del *soft law* aplicable a cada asunto del que se esté conociendo (STJUE *Grimaldi*, 322/88, de 13 de diciembre de 1989).

Dos puntos son relevantes a la hora de examinar los efectos que puede desplegar el *soft law* en la normativa de competencia. De un lado, las normas legales o reglamentarias –*hard law*– pueden contener determinaciones expresas en dónde se establezcan los efectos que debe desplegar el *soft law*. En este sentido, no suele ser el Derecho de la Competencia un sector en el que las normas legales o reglamentarias contengan este tipo de reenvío hacia el *soft law*, si bien la Disposición Adicional Tercera de la LDC parece establecer esta fórmula de reenvío al disponer que

«La Comisión Nacional de la Competencia podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia».

En este sentido la CNC ha aprobado dos Comunicaciones al respecto: la Comunicación sobre cuantificación de sanciones en 2009, y la Comunicación sobre Terminación Convencional de Expedientes sancionadores en 2011, que constituyen dos normas de *soft law* cuya finalidad esencial es establecer

unas directrices de carácter general que guíen la actuación sancionadora de la CNC y contribuyan a aumentar la seguridad jurídica de los operadores económicos que actúan en los mercados.

De otro lado, nos encontramos con la posibilidad de que el *hard law* no determine los efectos que debe tener el *soft law*, en cuyo caso hay que distinguir dos vertientes para determinar cuáles son los posibles efectos de este tipo de instrumentos⁵⁹.

En primer lugar, puede señalarse una *vertiente anulatoria*, de tal manera que el *soft law* no constituye parámetro de enjuiciamiento de disposiciones generales ni tampoco de actos administrativos. Si bien, en este caso, si las autoridades de competencia se apartan de lo dispuesto en el *soft law* emanado por ellas, surge el deber de motivar dicha decisión, tal y como se deriva del art. 54.1.c) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común (LPC). De este modo, por medio de la motivación se intenta garantizar la seguridad jurídica de los operadores económicos sujetos a las reglas de la competencia.

Pero junto a esta vertiente, puede apreciarse una segunda posibilidad que es la que podría denominarse *vertiente interpretativa*. En este caso, el *soft law*, no es una disposición aplicable en la resolución de conflictos en el ámbito del Derecho administrativo, si bien se configura como un deber de interpretación del *hard law de conformidad con el soft law*. Se trata, por tanto, de una manifestación de una voluntad reguladora por parte de las autoridades de competencia, si bien, manifestada al margen de los cauces formales de regulación. Al igual que en la vertiente anulatoria, se trata de garantizar la seguridad jurídica de las empresas que pueden dirigir sus conductas económicas en un sentido o en otro guiadas por las directrices emanadas de las autoridades de competencia. Puede señalarse, que las autoridades de competencia al aprobar y publicar (bien en boletines oficiales, bien en su propia página web) instrumentos de *soft law*, generan en los operadores económicos lo que podría denominarse una *expectativa reguladora*, en virtud de la cual, se marcan criterios y se completa el sentido e interpretación que deben darse a las normas del Derecho de la Competencia (*hard law*).

Por lo tanto, resulta evidente que la actuación normativa por parte de la CNC y las autoridades autonómicas de la competencia al aprobar *soft law* de naturaleza interpretativa de la LDC y sus normas de desarrollo puede generar en las empresas sujetas a la aplicación de la LDC, una creencia legítima de que un determinado proceder de la CNC de acuerdo con sus criterios de interpretación de la norma de *hard law*, de tal modo que puede y debe quedar vinculada la CNC por dicha actuación interpretativa, por lo que si empleara

⁵⁹ *Vid.*, al respecto, SARMIENTO, D., *El soft law administrativo*, Civitas-Thomson, Madrid 2008, págs. 162 y ss.

una interpretación diferente y no debidamente motivada se podría afectar al principio de confianza legítima en el precedente administrativo quedando afectada de esta manera la seguridad jurídica de las empresas y pudiendo ser nula la actuación administrativa. Así, por ejemplo, la CNC ha empleado el principio de confianza legítima en la actuación previa de la autoridad de competencia en su Resolución de 14 de abril de 2010⁶⁰, si bien opta por que en este caso no se encuentra afectado, al señalar lo siguiente:

«(...) el Consejo entiende que podían existir dudas razonables de que la medida regulatoria impuesta por el ACM de 2002, de limitar la duración de los nuevos contratos de adquisición de derechos audiovisuales de fútbol a tres años, pudiera ser interpretada por clubes y operadores no dominantes como un indicio de que duraciones superiores podían resultar incompatibles con el Derecho de la Competencia. No obstante, en la medida en que el Informe de fútbol de 11/6/2008 se pronuncia claramente sobre la limitación de los contratos de adquisición en exclusiva de estos derechos (...) y sobre la prohibición de los derechos de tanteo y retracto, la alegación de la confianza legítima en la actuación precedente de las autoridades de competencia (...) resulta notablemente debilitada, y claramente no puede prosperar desde la fecha en que la DI notifica a las partes el primer PCH (...)»

Del mismo modo, es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009, en la que también se alegaba la vulneración de la confianza legítima por parte de la autoridad de competencia al interpretar *soft law antitrust*, en la que se resuelve que

«en el presente caso, si bien es cierta la existencia de dudas interpretativas sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado a los contratos de suministro de combustibles y carburantes en exclusiva, amparados en estas fórmulas contractuales complejas, no podemos entender que la actuación de las compañías recurrentes se haya visto sorprendida por la actuación del tribunal de Defensa de la Competencia, que aflora en la Comunicación de 24 de diciembre de 1962, en que se adoptan criterios para determinar la naturaleza de la actuación que desarrollan agentes y comisionistas, desde la perspectiva de aplicación del anterior artículo 85 del Tratados, en las Decisiones de la Comisión de 23 de noviembre de 1973 y de 19 de diciembre de 1984 (...) y que por ello cabe calificar de predecible»

Finalmente, otro ejemplo que puede traerse a colación es la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 1999, en el asunto *Cartel de la Sidra* en la que sostuvo que

⁶⁰ Expte. S/0006/07, *AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1º y 2º División*.

«la aplicación de tal principio, puede implicar la ausencia de responsabilidad en el ámbito sancionador, cuando el administrado haya obrado guiado por la confianza que en la corrección de su actuar haya generado la Administración. Pero para que tal principio opere con toda su extensión, entendemos que es preciso que la Administración que con sus actos concluyentes genere la confianza, debe ser la Administración competente en la materia; pues no cabe que genere confianza quien con nitidez no es competente para ello».

En definitiva, la aprobación de *soft law* por parte de la autoridad de competencia, estatal o autonómica, puede generar un grado de certidumbre y creencia en el operador económico sujeto a la LDC a la hora de interpretar la legislación de competencia. Si bien, debe advertirse que el principio de confianza legítima se puede ver igualmente afectado no solo por las actuaciones o precedentes realizados por la autoridad de competencia, sino también por otras autoridades administrativas que carecen de competencia sobre del Derecho *antitrust*⁶¹.

De este modo, queda claro que el empleo del *soft law* tiene una clara intención reguladora produciendo claros efectos jurídicos *ad extra* que inciden de forma significativa en los diversos operadores económicos que actúan en los mercados. De este modo, las autoridades autonómicas deben ser cautelosas en el desarrollo de la actividad de promoción puesto que en numerosos casos los efectos jurídicos que pueden desplegarse sobre los sujetos económicos pueden trascender el ámbito territorial de una CA, así como afectar a la unidad de mercado que, como ya he señalado, constituyen límites al ejercicio de las competencias autonómicas en el Derecho de la Competencia.

⁶¹ Así, por ejemplo, lo establece la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000, en el asunto *ANELE* señalando que «en el presente caso no cabe la menor duda de que esa recomendación hecha por ANELE a sus empresas editoras asociadas, venía dada por la que a ella le había realizado a su vez el Ministerio de Educación y Ciencia, como se infiere de la administra admoción de «la necesidad de que esas subidas fueran limitadas. Es decir, cumpliendo el deseo manifestado por la Administración, ANELE primero, y los editores después pusieron coto a la subida libre los precios en la legítima confianza de que actuaban de forma correcta. Sería absurdo sancionar una conducta que la propia Administración sancionadora aconsejaba».

Esta tesis ha sido criticada por J. COSTAS al advertir que, en su opinión, la respuesta correcta a la cuestión no puede ser otra más que, con carácter general, «sólo la actuación de la autoridad de competencia constituirá un signo externo lo suficientemente concluyente para generar legítimamente en la empresa confianza en la legalidad de su conducta anticompetitiva, que le exima de toda culpabilidad en el ámbito del Derecho sancionador de defensa de la competencia», *vid.*, «La confianza legítima en la actuación de las Administraciones Públicas como límite al Derecho de Defensa de la Competencia», en *Derecho de la Competencia y...*, *op. cit.*, pág. 125.

A ello puede añadirse que si las autoridades autonómicas de competencia a la hora de implementar la actividad de promoción de la competencia mediante la regulación de los mercados inciden, de forma directa o indirecta, en las conductas de los operadores privados o públicos —cuando éstos actúan en el mercado en régimen de Derecho privado— puede constituir un exceso competencial al incidir sobre el título competencial «legislación mercantil» que es competencia exclusiva del Estado, en virtud del art. 149.1.6ª CE.

TITLE: The competences of the National Markets and Competition Commission and the Regional Authorities in the application of the Competition Law.

RESUMEN: Desde la STC 208/1999 que se limitaba parcamente a reconocer a las Comunidades Autónomas su competencia en la ejecución de la Ley de Defensa de Competencia, siempre y cuando no afecta a la unidad de mercado, ha proliferado toda una red autonómica de Autoridades de Competencia con una idiosincrasia propia. Tal complejo panorama requiere un sesudo y honesto análisis de los correspondientes títulos competenciales en materia de derecho de la competencia, analizando la aplicación del ámbito de las competencias exclusivas del Estado, de las competencias de ejecución de las CCAA, e incluso las posibles invasiones competenciales en materias como el problema del control de las concentraciones.

En el mismo orden de ideas, la vigencia de la Ley 15/2007 supuso un punto de inflexión en cuanto al paradigma organizativo de las autoridades de competencia, superando el modelo dual y avanzando hacia un modelo de organismo único. Ante tal avance las distintas CCAA tuvieron que reaccionar, bien adaptándose a los nuevos vientos, o incluso condenándose a su propio ostracismo. Las que sobreviven apuestan por fortalecer su independencia, y por lograr la necesaria integración en un organismo único de los cometidos de instrucción y resolución de expedientes.

En tal sentido, no resultará baladí ahondar en la actividad específica de las autoridades de competencia, que no solo compendian la instrucción y resolución de procedimientos sancionadores, sino también actividades propiamente de promoción merced a instrumentos propios del soft law.

Como cuadratura de todo esta compleja red de agentes guardianes de la defensa de la competencia, entrarán en escena criterios previstos por la Ley 1/2002 para delimitar cuando una conducta altera la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, entre otros la dimensión del mercado, la cuota de mercado, el alcance de la restricción, etc.

PALABRAS CLAVE: Títulos competenciales, exclusivas, compartidas, ejecución, autoridades, independencia, instrucción y resolución, Ley 15/2007.

ABSTRACT: From the STC 208/1999 that was limiting merely to recognizing to the Regional Communities their competence in the execution of the

Law of Defense of Competition, as long as does not concern the unit of market, has proliferated the whole regional network of the Competition Authorities with an own idiosyncrasy. Such a complex panorama needs a brainy and honest analysis of the corresponding competence titles as for law of the competence, analyzing the application of the area of the exclusive competences of the State, the competences of execution of the CCAA and even the possible competence invasions in matters as the problem of the control of the concentrations.

In the same order of ideas, the force of the Law 15/2007 supposed a point of inflexion as for the organizational paradigm of the Competition Authorities, overcoming the dual model and advancing towards a model of the unique organism. That such an advance provokes that CCAA had to react, well adapting to the new winds, or even being condemned to his own ostracism. Those who survive bet for strengthening its independence, and for achieving the necessary integration in the unique organism of the assignments of instruction and resolution of processes.

In this sense, mercy will not turn out to be paltry to analyze deeply the specific activity of the Competition Authorities, which not only summarize the instruction and resolution of sanctioning procedures, but also activities properly of promotion in light of the own instruments of the soft law.

As squaring of quite this agents' complex network guardians of the defense of competition, will enter scene criteria foreseen by the Law 1/2002 to delimit when a conduct alters the free competence in a supra autonomic or in the set of the domestic market, among others the dimension of the market, the market share, the scope of the restriction, etc.

KEY WORDS: Competence titles, exclusives, shared, execution, authorities, independence, instruction and resolution, Law 15/2007.

RECIBIDO: 29.05.2015

ACEPTADO: 04.06.2015

EL FUTURO DE LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco Hernández Rodríguez

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. EL NACIMIENTO DEL SISTEMA DESCENTRALIZADO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL MODELO ESPAÑOL 3. LOS MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y EL SISTEMA DE REPARTO DE COMPETENCIAS PREVISTO EN LA LEY 1/2002 4. LA REALIDAD DE LAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA 5. PRESUPUESTOS PARA UNA FUTURA REFORMA DEL SISTEMA DE APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. INTRODUCCIÓN

Transcurridos ya más de quince años desde que el Tribunal Constitucional atribuyese a las Comunidades Autónomas competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia, dando lugar a la aparición de diversas autoridades autonómicas de defensa de la competencia y a la creación de un sistema descentralizado sin parangón e otros países de nuestro entorno, disponemos ya de una experiencia que nos permite realizar un análisis realista sobre el funcionamiento del sistema.

La creación de autoridades de competencia autonómicas ha estado, desde el principio, rodeada de críticas y de voces que desde diversos ámbitos han venido proponiendo su supresión. Tras la desaparición de las autoridades de Castilla la Mancha y de Madrid, aunque esta última simplemente se

convirtió en un órgano de instrucción, y la publicación del informe CORA, que proponía la supresión de los órganos autonómicos de competencia parecía que estábamos asistiendo a la desaparición del sistema descentralizado de defensa de la competencia pocos años después de su puesta en marcha. Sin embargo, en vez de suprimirlos, algunas Comunidades Autónomas optaron por reformar sus órganos de competencia con la intención de hacerlos más baratos y eficientes (Valencia, Castilla León), otras acometieron reformas más profundas (Galicia, Andalucía) y finalmente, un tercer grupo de Comunidades, que había reformado sus órganos de competencia hacía poco tiempo, los ha mantenido igual (Cataluña, País Vasco). Así las cosas, la realidad es que, con el paso de los años, el funcionamiento del sistema descentralizado ha ido adquiriendo una mayor eficacia y corrigiendo algunos de sus defectos, a la vez que se mejora la coordinación y las autoridades autonómicas reorientan su actividad hacia aquellas áreas en las que puede resultar más útil.

El objeto de este breve comentario no es más que realizar algunas reflexiones sobre el funcionamiento del sistema de aplicación descentralizado de defensa de la competencia y proponer algunas líneas de actuación que puedan mejorar su funcionamiento en el futuro.

2. EL NACIMIENTO DEL SISTEMA DESCENTRALIZADO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL MODELO ESPAÑOL

La sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 de 11 de noviembre, al reconocer a las Comunidades Autónomas competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia abrió la puerta a la creación en España de un sistema descentralizado de aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso interpuesto por la Generalitat de Cataluña y el Gobierno Vasco al entender que aquellas Comunidades Autónomas que tenían asumidas competencias en materia de comercio interior no podían ser privadas de la posibilidad de aplicar la Ley de defensa de la Competencia en sus respectivos territorios. Sin embargo, la legislación sobre defensa de la competencia, al ser considerada legislación mercantil quedaba reservada al Estado.

La aplicación descentralizada de la normativa de defensa de la competencia presenta, a priori, algunas ventajas, como que puede dar lugar a un incremento de la actividad en materia de defensa de la competencia, la mayor cercanía y el mejor conocimiento de los mercados locales por parte de las Autoridades autonómicas, o que permite a la Autoridad estatal focalizar sus recursos en los casos más graves.

Tabla 1. Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes en aplicación de la Ley 1/2002

	Cataluña	Galicia	Madrid	Valencia	Araaón	Castilla v León	País Vasco	Murcia	Extremadura	Andalucía	Canarias	Navarra
2002	2											
2003	15											
2004	9											
2005	11	1	3	2								
2006	12	8	6	2	4	1	4	1				
2007	8	11	6	3	7	8	10	0	1			
2008	8	17	15	5	7	2	12	1	3	14	3	
2009	11	7	9	9	2	7	7	1	4	14	2	
2010	16	13	21	8	4	5	10	2	2	14	5	
2011	14	14	15	7	9	3	12	2	3	15	7	
2012	12	21	8	7	2	7	9	0	2	11	6	
2013	7	8	16	12	5	13	7	4	3	22	8	
2014	7	9	11	9	5	13	4	3	3	26	2	5
Total	132	109	110	64	45	59	75	14	21	116	33	5

Fuente: Web expedientes interna CNMC.

Por lo que respecta al incremento de actividad los datos corroboran que la creación de autoridades autonómicas ha supuesto un incremento muy notable del número de expedientes que se tramitan cada año. El aumento de actividad, tanto sancionadora como de promoción dará lugar a una mayor competencia en el mercado español y a un aumento de la productividad y de la eficiencia de las empresas. Así, en el año 2014 se sometieron al trámite de asignación 98 expedientes, de los que 74 se iniciaron en las autoridades autonómicas y 24 en la CNMC. Como pone de manifiesto la propia CNMC, «*el mayor número de casos presentados en la respectiva CA, frente a los presentados en la CNMC, se debe, por un lado, al conocimiento cada vez mayor*

que tiene el mercado de las autoridades autonómicas y de sus competencias, así como a la actividad de oficio de éstas»¹.

Si a los expedientes sometidos a asignación le añadimos las 36 colaboraciones no regladas que han tenido lugar en 2014 resulta que el volumen de casos relacionados de una u otra forma con las autoridades autonómicas es de 130. Al margen del sistema descentralizado se encuentran los casos que entran directamente en la CNMC y son resueltos por ésta sin pasar el trámite de asignación.

En segundo lugar, la mayor cercanía y el conocimiento más profundo de los mercados locales que pueden tener los órganos autonómicos es la ventaja más comúnmente reconocida de la aplicación descentralizada². En los casos de dimensión local, la cercanía de la autoridad facilita la denuncia y permite obtener información de forma más rápida y con un menor coste. También se puede realizar el seguimiento de mercados locales de una forma más eficiente.

Otra ventaja ligada a la aplicación descentralizada de la normativa de defensa de la competencia es que la autoridad nacional puede concentrar sus esfuerzos en los grandes casos, aquellos que resultan más perjudiciales para la sociedad en su conjunto y que por su dimensión y complejidad requieren de importantes recursos. Así, por ejemplo, si nos fijamos en las resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en una fecha anterior al comienzo de la descentralización como el año 1999, nos encontramos con resoluciones como «peleteros Utrera», «hoteles Hernani», «Colegio de ingenieros técnicos industriales de Burgos», «material eléctrico Murcia 2», o «funerarias Tenerife». En cambio, y quizá como consecuencia del elevado número de casos resueltos de naturaleza local, escaseaban los expedientes de dimensión nacional. En la actualidad, asuntos como los citados son resueltos por las autoridades autonómicas y si nos fijamos en los expedientes de la CNMC podemos comprobar que son mayoritariamente casos relacionados con grandes empresas que afectan a todo el mercado nacional.

Frente a estas ventajas, los detractores del sistema alegan que supone la duplicación de organismos y que puede romper la unidad de aplicación del derecho de la competencia en el territorio nacional. Evidentemente todo proceso de descentralización supone la creación de organismos autonómicos donde antes sólo había un órgano central. Sin embargo, una cosa es el aumento del número de organismos, que siempre tiene un coste que puede ser

¹ CNMC, «Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA y novedades», diciembre 2014.

² En este sentido vid. MARCOS, F, «Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción», Documento de Trabajo serie Política de la Competencia, nº31/2002, Instituto Universitario de Estudios Europeos, pág. 6.

rentable o no dependiendo de cómo funcione el nuevo sistema y, en este caso, del valor que se le de al incremento de la actividad de defensa de la competencia y otra muy diferente es que se pueda hablar de duplicidades. Existe duplicidad entre dos organismos cuando ambos pueden resolver el mismo caso dependiendo del lugar donde se presente la denuncia o de la voluntad del denunciante. Sin embargo, el sistema que crea la Ley de coordinación garantiza que sea cual sea el lugar de presentación de la denuncia, siempre será resuelta por el único organismo que resulte competente de acuerdo con los criterios de asignación que la propia Ley contiene. Es decir, existen diferentes organismos que aplican la misma normativa a casos diferentes en función de si sus efectos se limitan a la esfera autonómica o la superan alcanzando una dimensión nacional.

Por lo que respecta a la posibilidad de que se rompa la unidad de criterio en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley de coordinación contiene algunas medidas para evitar que esto se produzca y la realidad es que no se ha producido hasta la fecha. La Ley 1/2002 convierte a la CNMC en la guardiana del sistema al permitirle que se persone en todos los expedientes de las autoridades autonómicas.

3. LOS MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y EL SISTEMA DE REPARTO DE COMPETENCIAS PREVISTO EN LA LEY 1/2002

Para llevar a la práctica lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional resultaba imprescindible la aprobación de una Ley que estableciese los criterios para el reparto de competencias entre la Autoridad estatal y las autonómicas y crease los mecanismos de coordinación necesarios para garantizar una aplicación uniforme de la Ley de Defensa de la Competencia en todo el territorio nacional. Con este fin se aprobó la Ley 1/2002, de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. El contenido de la Ley se puede dividir en dos grandes bloques: el primero se refiere al reparto de competencias y el segundo a la coordinación entre Autoridades,

Por lo que respecta al reparto de competencias, (arts. 1-3), la Ley establece los puntos de conexión que delimitan el ejercicio de las competencias por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas y crea un mecanismo para resolver los conflictos que pueda generar la aplicación de los puntos de conexión. El artículo primero acude al criterio de la supra-territorialidad como criterio de asignación de competencias al Estado, de forma que sólo corresponderán a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia los procedimientos que sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma.

Como acertadamente afirma MARCOS, el recurso a la supra-territorialidad como criterio de asignación de competencias al Estado desequilibra siempre la balanza del reparto de asuntos en beneficio del Estado y sienta las bases de posibles conflictos³. La experiencia de estos años nos ha enseñado que en un mercado único, regido por la libertad de establecimiento y la libre circulación de personas y mercancías en todo el territorio nacional, es difícil encontrar conductas, aún de pequeña dimensión, cuyos efectos no desborden de alguna forma el límite territorial de una Comunidad Autónoma. Un buen ejemplo de ello lo tenemos en el caso de las desmotadoras de algodón. Un caso en el que encontrándose en Andalucía todas las desmotadoras y más del 99% de la producción de algodón fue asignado a la CNMC porque se entendió que ese porcentaje menor del 1% del algodón que se producía fuera de la Comunidad de Andalucía era suficiente para producir el desbordamiento.

Además, el artículo primero contempla una serie de casos en los que determinadas conductas, a pesar de que se realicen exclusivamente en el territorio de una Comunidad Autónoma, se asignan al Estado al entender el legislador que alteran la libre competencia en un ámbito supraautonómico. Sin embargo, se echa en falta un precepto en sentido contrario que permita asignar a las Comunidades Autónomas aquellos casos en que por ser muy reducidos los efectos que producen fuera de la Comunidad Autónoma apenas afectan al mercado nacional.

Si al desequilibrio que preside el sistema de reparto de competencias previsto en la Ley 1/2002 le unimos el hecho de que determinadas materias, como por ejemplo la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el control de concentraciones o la elaboración de reglamentos de exención por categorías están reservadas en exclusiva al Estado, resulta fácil comprender las críticas que consideran que esta la Ley refleja un elevado nivel de desconfianza hacia las Comunidades Autónomas así como la intención de reservar a la autoridad estatal competencias cuya titularidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional es, cuando menos, discutible⁴.

Con relación a los mecanismos de coordinación (art. 4-5), entendemos que el legislador está pensando más en crear mecanismos para que el órgano estatal garantice una aplicación uniforme de las normas de competencia que en dotar al sistema de instrumentos que permitan una coordinación eficaz entre todas la autoridades. Así la Ley contempla un único mecanismo de

³ Vid MARCOS, F., ob. cit. pág.10

⁴ En este sentido vid., entre otros CRUCELEGUI, J. L., «Los modelos de aplicación descentralizada del derecho de la competencia en la UE y en el Estado Español», Cuadernos europeos de Deusto nº 38, 2007, págs.81-129, pág.126.

coordinación, el Consejo de Defensa de la Competencia, que se ha mostrado poco operativo en la práctica. En cambio, medidas como la obligación que se impone a los órganos autonómicos de notificar a la CNMC todos los acuerdos y resoluciones adoptados, tanto en la fase de instrucción como de resolución, que pongan fin al procedimiento, la posibilidad de que la Dirección de investigación se persone como interesada en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos autonómicos o la petición por parte de la CNMC al órgano autonómico de informe preceptivo no vinculante respecto de aquellas conductas que afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, sí han servido para garantizar un alto grado de uniformidad en la aplicación de la Ley de defensa de la Competencia en todo el territorio nacional.

4. LA REALIDAD DE LAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

No resulta fácil referirse de forma general a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia debido a la diversidad existente, que ha sido una característica del sistema descentralizado desde su nacimiento. Así, entre las autoridades existentes en la actualidad nos encontramos con realidades muy diversas tanto en lo que se refiere a su configuración jurídica como a su presupuesto y objetivos.

Se pueden distinguir tres fases en la evolución de las autoridades autonómicas de la Competencia que, en cierto modo, han seguido la estela que dejaba la normativa estatal en su evolución. En una primera fase, las autoridades autonómicas replicaban de forma mimética la naturaleza del Tribunal de defensa de la Competencia separando resolución e instrucción en órganos separados y denominándose tribunales. En la segunda fase, tras la creación de la Comisión Nacional de la Competencia algunas autoridades se reformaron para integrar instrucción y resolución en un órgano único siguiendo el modelo de la CNC. En la actualidad, tras la conversión de la Comisión Nacional de la Competencia en un órgano multifuncional, tras su integración con los reguladores sectoriales en el seno de la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se comienzan a gestar también autoridades autonómicas de tercera generación. Así, en el caso de Galicia está prevista la integración del Consello Galego da Competencia con el Instituto Gallego de Consumo para crear una autoridad única de competencia y consumo, mientras que en Andalucía se ha dotado de nuevas funciones a la Agencia Andaluza de Defensa de la Competencia.

A día de hoy hay en España 12 autoridades autonómicas de competencia que podemos clasificar en tres grupos:

1. Autoridades con órgano de instrucción y resolución integrado: Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco
2. Autoridades con una estructura dual de instrucción y resolución: Comunidad Valenciana, Castilla León, Aragón y Extremadura
3. Autoridades que sólo tienen órgano de instrucción (resuelve el Consejo de la CNMC): Canarias, Madrid, Murcia y Navarra.

Con independencia de su diversa configuración jurídica, desde un punto de vista práctico, la principal distinción entre autoridades autonómicas viene dada por las enormes diferencias existentes entre sus presupuestos y medios humanos y materiales, que determinan los niveles de actividad de cada una de ellas.

Si en un principio se podría pensar que la coordinación entre doce autoridades diferentes con la CNMC resultaría problemática, fundamentalmente por los defectos ya reseñados de la Ley de coordinación, la realidad ha sido muy distinta y el funcionamiento del sistema descentralizado ha funcionado con una mínima conflictividad y elevados niveles de cooperación. Así, desde su creación en 2002, los órganos de competencia sólo han acudido 4 veces a la junta consultiva en materia de conflictos y si bien el Consejo de Defensa de la Competencia, que es el principal órgano de coordinación creado por la Ley 1/2002 ha resultado ser poco eficaz, se han creado diversos grupos de trabajo que funcionan con regularidad y contribuyen de forma notable a mantener la coordinación en la aplicación de la normativa de competencia, a la vez que permiten un intercambio fluido de información entre las distintas autoridades.

En el ámbito de la instrucción funcionan los grupos de trabajo de «aplicación de la Ley 1/2002 por los órganos de instrucción», «asignación de expedientes» y «red de autoridades de competencia», que están presididos por la dirección de competencia de la CNMC. Además hay un grupo de trabajo de promoción y se está poniendo en marcha un grupo de trabajo de órganos de resolución. Uno de los mejores ejemplos del alto nivel de coordinación alcanzado es el funcionamiento de la red de competencia (REC).

Uno de los instrumentos de cooperación y coordinación entre las autoridades españolas de competencia que ha venido resultando más eficaz es la denominada «*Red de Cooperación de los Órganos Competentes en materia de competencia (REC)*». Se trata de una red informática articulada en el marco de la plataforma de la administración electrónica, de la Administración General del Estado (AGE), gestionada por el Centro de Recursos de Comunicación e Información para Administraciones, Empresas y Ciudadanos (CIRCA)⁵.

⁵ La administración electrónica de la AGE se apoya en Portal de la Administración Electrónica en la dirección <http://administracionelectronica.gob.es/> gestionada técnica-

Se trata, como señala la propia CNC⁶, de «*un espacio común de intercambio de información que permite la comunicación y coordinación fluida y permanente entre todas las autoridades de competencia de las distintas Administraciones (Estatual y autonómica)*».

Para la actualización de este «*espacio común de intercambio de información*» se creó y está en funcionamiento desde 2008⁷ un Grupo de Trabajo, de los creados en el seno del Consejo de Defensa de la Competencia.

Esta Red permite, tanto la transmisión horizontal de información entre las autoridades de competencia españolas, como agilizar el funcionamiento del mecanismo de asignación de casos (en este caso con carácter bilateral entre la CNMC y la autoridad de competencia autonómica directamente afectada), así como la notificación interna entre la CNMC y las autoridades de competencia y de estas con aquella⁸, de forma rápida, segura y sin coste.

Otra manifestación de este clima de entendimiento son los cursos de inspección para personal de las autoridades autonómicas que organiza anualmente la CNMC o las jornadas nacionales de la competencia que se vienen celebrando desde el año 2008.

Por lo que se refiere a los niveles globales de actividad podemos aportar algunas cifras que demuestran que la descentralización en la aplicación de la normativa de competencia ha supuesto un aumento de actividad en términos generales. Así, desde 2001, año en que comienza a funcionar la Autoridad Catalana hasta diciembre de 2014 se sometieron 799 expedientes al trámite de asignación previsto en la Ley 1/2002. Esta cifra recoge sólo los expedientes que tuvieron entrada en una Autoridad Autonómica y las que entraron por la Comisión Nacional pero tenían, por lo menos en apariencia, dimensión autonómica. Los casos que entran por la Autoridad estatal y que, en opinión

mente por el CIRCABC (Centro de Recursos de Comunicación e Información para Administraciones, Empresas y Ciudadanos).

⁶ CNC, *Aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia 2008-2012*, p. 41. http://www.cncompetencia.es/Portals/0/PDFs/Docs/CNC-informe%20autonom%C3%ADas5_indexado.pdf

⁷ En la reunión del Consejo de Defensa de la Competencia, de 19 de diciembre de 2008 se creó el «Grupo de actualización y mantenimiento de la Red de Cooperación de los Órganos Competentes en materia de competencia». CNC, *Aplicación de la Ley 1/2002...*, op. cit. p. 41.

⁸ Para analizar la experiencia en la asignación de casos la CNMC, como antes la CNC, han publicado diversos informes específicos. El último de ellos estos informes se ha publicado en diciembre de 2014: CNMC, *Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCA y novedades Año 2014*. Este informe se puede consultar en la web oficial de la CNMC en la dirección: http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Competencia/Instituciones/201402_InformeCoordinacionCCAA.pdf

de ésta, no limitan sus efectos exclusivamente al territorio de una Comunidad Autónoma no se someten al trámite de asignación y quedan, de facto, al margen del sistema previsto en la Ley 1/2002. Aunque la Ley de Coordinación no exceptúa estos expedientes del trámite de asignación, la CNC y ahora la CNMC lo han venido haciendo a pesar de la opinión contraria de las autoridades autonómicas.

Desafiando las predicciones más pesimistas, los hechos parecen corroborar que la aplicación descentralizada se encuentra en una fase de consolidación, caracterizada por un nivel de actividad en materia de defensa de la competencia cada vez más elevado, un alto grado de coordinación y cooperación entre las Autoridades, que han desarrollado mecanismos más eficaces que los inicialmente previstos en la Ley de coordinación, y muy baja conflictividad. Es el momento, por tanto, de superar ciertos temores y desconfianzas que han lastrado el funcionamiento del sistema y de crear un nuevo marco jurídico que sustituya al previsto en la Ley 1/2002, permitiendo que la aplicación descentralizada suponga un aumento cuantitativo y cualitativo de la actividad relacionada con la defensa de la competencia en España en beneficio de toda la sociedad. Buena prueba de que avanzamos hacia una nueva etapa lo constituye el Plan Estratégico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que contiene interesantes propuestas para reforzar la colaboración con las autoridades autonómicas.

5. PRESUPUESTOS PARA UNA FUTURA REFORMA DEL SISTEMA DE APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Cualquier iniciativa de reforma del sistema de aplicación descentralizada de la defensa de la competencia debería asentarse sobre dos pilares fundamentales: por un lado, resulta necesario reformar la Ley 1/2002 de coordinación de competencias, una norma más orientada a resolver los conflictos, que en muchos casos generaría ella misma, fundamentalmente por el inadecuado sistema de reparto de competencias, que a sentar las bases de funcionamiento de un sistema eficiente basado en la lealtad constitucional y sin apenas conflictividad. Por otro lado, las autoridades autonómicas deben evolucionar a la luz de la experiencia adquirida y perfilar su actividad hacia aquellos ámbitos en los que su trabajo puede ser más eficaz, orientándose hacia aquellos sectores a los que a la CNMC le puede resultar más difícil llegar. Las recurrentes críticas a la duplicidad de organismos se responden con eficacia y complementariedad.

Por lo que respecta a los cambios normativos, hay que decir que si bien la reforma de la Ley de coordinación constituye el paso imprescindible para la mejora del sistema, no es ésta la única norma en la que se pone de manifiesto

una cierta desconfianza hacia las Autoridades autonómicas. Así, nos parece significativo que en la Ley de Unidad de Mercado se asignen importantes competencias a la CNMC y sin embargo se prescindiera totalmente de las autoridades autonómicas a pesar de que podrían complementar perfectamente la actividad de ésta. Si el cumplimiento de todas las funciones que la Ley de unidad de mercado atribuye a la CNMC puede resultar excesiva, las autoridades autonómicas están especialmente bien situadas para asumir ciertas funciones, por ejemplo, en relación con las corporaciones locales, incluso limitando su actividad a los ayuntamientos que no lleguen a un determinado número de habitantes, que en muchos casos se quedarán fuera del radio de actividad de la autoridad estatal. Las Autoridades autonómicas de competencia son organismos que, en sus respectivas comunidades, aplican normativa estatal y garantizan su cumplimiento, colaborando de esta forma a la unidad de mercado.

El modelo diseñado en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia⁹, para la asignación de casos, basado en «competencias excluyentes» (Estado/Comunidad Autónoma), contrasta notablemente con el diseñado en la Unión Europea sobre la base del Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 [hoy 101 y 102 TFUE] del Tratado¹⁰ y sus normas de desarrollo y complemento¹¹.

Entendemos que este modelo, que no ha sido modificado tras la aprobación de la vigente LDC, ni tras la creación de la CNMC, desaprovecha la

⁹ A este respecto, vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «La Ley 1/2002, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, ISSN 1139-3289, Tomo 22, 2001, págs. 1449-1457.

¹⁰ DO L 1, de 4.1.2003, p. 1.

¹¹ Cfr. la Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia (Esta Declaración común se puede descargar en http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_es.pdf) y Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO C 101, de 27.4.2004, p. 43). Como recuerdan Ortiz Blanco, Luis y Lamadrid de Pablo, Alfonso («EU Competition Law Enforcement: Elements for a discussion on effectiveness and uniformity»), en *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2011*, Chapter 4, 2012, pp. 45 a 104, en concreto, 100, nota 222), a los que cita RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. («La «Red Española de Autoridades de la Competencia»: las posibilidades de un modelo descentralizado para ganar en eficiencia», en esta misma publicación), este documento no sólo vincula a la Comisión, sino también a los Estados miembros que suscribieron, como se recoge en la propia Comunicación (nota 4), la Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia, disponible en el registro del Consejo, en <http://register.consilium.eu.int> (documento no 15435/02 ADD 1).

oportunidad de flexibilizar el rígido sistema de asignación de casos previsto en aquélla¹², ignorando que el modelo de la Unión Europea debe, en buena medida, su éxito al papel desempeñado por la European Competition Network (ECN), en la aplicación del principio básico de las competencias concurrentes, diseñado y aplicado en el marco de la Unión Europea¹³.

La asignación de casos entre la Comisión Europea y/o una o varias ANC no responde a criterios rígidos, sino que es aplicado de manera flexible, lo que contrasta acentuadamente con lo que ocurre en el ámbito del Derecho español de la competencia que, tal y como ha sido interpretado por nuestro Tribunal Constitucional, se asienta en un sistema de «competencias excluyentes», que se aplica atendiendo a criterios en exceso formalistas y, a la postre, mucho menos claros y eficientes¹⁴.

El debate se suscita así en torno a la expresión, nada ambigua y enormemente flexible¹⁵, de la Autoridad «*mejor situada*», si bien esta expre-

¹² No obstante debe reconocerse, como apunta RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. «que la LDC corrigió uno de los rasgos más evidentes de la Ley 1/2002 que era la existencia de notables asimetrías entre las exigencias impuestas al, por aquel entonces SDC, y las requeridas a los órganos autonómicos en materia de competencia. A través de la reforma del Artículo 5.Dos, letra b), de la Ley 1/2002, introducida por la LDC, estos desequilibrios son corregidos de forma sencilla, superando el absurdo de que las Comunidades Autónomas hubieran de mandar copia de todas las denuncias y el SDC únicamente nota sucinta.

¹³ No se trata, sin embargo, del criterio general en el ámbito de la competencia pues, por ejemplo, en materia de Ayudas de Estado, donde la Comisión tiene competencias exclusivas o en sede de concentraciones la Comisión o las ANC «tendrá(n) competencia exclusiva para adoptar las decisiones que correspondan, conforme al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, de 29.01.2004, p. 1), cuando se aprecie que tienen «dimensión comunitaria» o solamente nacional, lo que se hace en función de parámetros concretos y fijos previstos en la propia norma. En materia de concentraciones resulta de interés la STPI sentencia de 14 de julio de 2006, Endesa/Comisión, asunto T-417/05, Rec. 2006 p. II-2533, a propósito de la frustrada operación Gas Natural/ENDESA.

¹⁴ En el punto 5 de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO C 101, de 27.4.2004, p. 43) se señala «5. El Reglamento [1/2003] del Consejo se basa en un sistema de competencias concurrentes en el que todas las autoridades de competencia tienen potestad para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado y deben buscar un reparto eficaz de los asuntos cuando se considere que una investigación es necesaria. [...]»

¹⁵ Como recuerda FOLGUERA, el Reglamento 1/2003 no establece normas que regulen con carácter imperativo el reparto de asuntos entre la Comisión y las Autoridades nacionales de la competencia, sino que opta porque éste se decida de forma consensuada y flexible en el seno de la propia REC (ECN) (FOLGUERA CRESPO, J.: «El concepto de autoridad bien situada y la cooperación en el seno de la red de autoridades de competencia», en MARTÍNEZ LAGE, S./PETITBÓ, J. A. (Dirs.): *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y la Unión Europea*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005, pp.

sión se reserva, en realidad, para cuando la atribución la pretenda la propia Comisión¹⁶.

En este sentido, y como ya tuvimos ocasión de señalar, parecería más razonable admitir una aplicación más «flexible» de este criterio, de tal suerte que la simple existencia de «desbordamientos» del ámbito territorial autonómico; esto es, de intercambios comerciales con otras zonas del territorio nacional, o la existencia de algún establecimiento fuera de la comunidad autónoma de referencia, no debería generar, por sí solo, una alteración de la libre competencia en un ámbito supra-autonómico en el sentido del artículo 1 de la Ley 1/2002.

Por tanto, nos parece razonable interpretar, como señala Rodríguez Miguez¹⁷, esta norma en el sentido de que la competencia ejecutiva corresponderá al Estado sólo cuando la conducta restrictiva afecte de forma significativa a un mercado supra-autonómico o al conjunto del mercado nacional.

La vía sería admitir que el desbordamiento debería ser sensible o significativo, concepto ya presente en el ordenamiento español en textos como la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, que resulta de aplicación a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el «territorio de varias Comunidades Autónomas», excepto cuando en una de ellas se desenvuelva «con carácter principal», caso en el que la cooperativa quedaría sometida a la legislación específica de la correspondiente Comunidad Autónoma¹⁸.

209 a 226; en concreto, p. 214. Respecto de los casos de cártel en que se apreció afectación del mercado intracomunitario examinados por la CNC desde su creación y en los que se consideró que ésta era la Autoridad mejor situada, vid. CORTI VARELA, J.: «Tipología de cártels en un estudio de los 20 casos resueltos por la CNC y la CNMC», en el Capítulo 3 de la presente obra.

¹⁶ Comunicación ECN, punto 8 in fine: «9. Estos criterios indican que debe existir un vínculo material entre la infracción y el territorio de un Estado miembro para que se considere bien situada a la autoridad de competencia de dicho Estado. Puede esperarse que, en la mayoría de los casos, las autoridades de los Estados miembros donde la competencia se ve afectada apreciablemente por una infracción estarán bien situadas, siempre que puedan poner fin efectivamente a la infracción, a través de acciones individuales o concurrentes, a menos que la Comisión esté mejor situada (véanse los puntos 14 y 15). El subrayado es nuestro.

¹⁷ RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., «La “Red Española de Autoridades de la Competencia”: las posibilidades de un modelo descentralizado para ganar en eficiencia», op. cit.).

¹⁸ Esta interpretación ha sido defendida por COSTAS COMESAÑA, J.: «La descentralización del Derecho español de defensa de la competencia: Una visión crítica de la STC 308/99 y la Ley de coordinación», en el marco del Encuentro sobre el presente y el futuro del sistema comunitario y español de defensa de la competencia, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, sede de Galicia, celebrado en Pontevedra, los días 12 a 14 de julio de 2006, de quien tomamos esta idea y que consideramos plenamente vigente y asumible.

Esta idea se podría combinar con la atribución de una competencia general a la CNMC que podría asumir la competencia de aquellos casos autonómicos cuya importancia o especial complejidad podría superar la capacidad de actuación de la correspondiente autoridad autonómica.

Otra fórmula podría ser, como sugiere Berasategui¹⁹, tomar como punto de partida la Ley de la Competencia alemana, estableciendo como único punto de conexión el efecto territorial de la conducta (artículo 48.2) pero con un mecanismo de flexibilidad: que permite a la autoridad regional ceder un asunto a la autoridad central (artículo 49.3), y el caso inverso, si ninguna otra autoridad regional se opone (artículo 49.4). Asimismo, y como nos recuerda este mismo autor, los tribunales alemanes exigen que el efecto sea ‘sustancial’; término equivalente al de afectación sensible o significativa al que ya aludimos.

Para ello sería preciso modificar la Ley 1/2002, circunstancia que podría aprovecharse para incorporar la nueva redacción a la vigente LDC, aprovechando los huecos que en su articulado ha dejado la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Esta solución técnica implicaría derogar la actual Ley 1/2002 y dotar de pleno contenido a la LDC, al incorporar una cuestión de tanta transcendencia como la relativa al reparto competencias.

El segundo gran tema sería crear una verdadera Red Española de Autoridades de Competencia. En este punto el sistema español es más avanzado que el europeo, aunque sus resultados han demostrado que podría ser más eficiente. El punto de partida sería el Consejo de Defensa de la Competencia, órgano del que carece propiamente la ECN.

Sería necesario reformularlo, tanto en su composición, artificialmente paritaria y con una presidencia *ex lege*, como en sus funciones y sacar mayor partido a la red virtual CIRCAB, cuya dimensión pública debería potenciarse y abrirse al público del mismo modo que lo está la ICN o la ECN. Dando así la idea de un verdadero sistema integrado de autoridades de competencia españolas que, desde sus respectivas competencias, trabajan en un objetivo común: el fortalecimiento de la competencia en el mercado español.

Esta idea debe presidir también la intervención de la CNMC en los expedientes autonómicos, reemplazando, posiblemente, su sistemática personación como parte interesada por una legitimación amplia para acudir a la vía contenciosa, en caso de desacuerdo y por un sistema de *Amicus Curiae*, como el vigente en las relaciones entre la Comisión Europea y las Autorida-

¹⁹ En este sentido, BERASATEGI, J., «Defensa de la competencia descentralizada», *Diario Cinco Días*, del 19-10-2006. Este breve, pero interesante artículo, cuyo contenido desconocemos si ha publicado con mayor detalle en algún otro sitio, puede descargarse en http://cincodias.com/cincodias/2006/10/19/economia/1161370547_850215.html

des nacionales de competencia, respecto de los expedientes en los que ésta última es la autoridad «mejor situada».

Por lo que respecta a la actividad de las autoridades autonómicas, la experiencia demuestra que la promoción es uno de los campos en los que su actividad puede resultar más eficaz y complementaria de la de la Comisión Nacional.

No existe en nuestro Derecho una definición de «promoción de la competencia», sino una serie de ámbitos, metodologías y funciones que contribuyen a evitar o suprimir comportamientos anticompetitivos²⁰.

Tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión europea en su Comunicación «una política de competencia proactiva para una Europa competitiva»²¹, la promoción de la competencia no sólo supone la realización de actividades de difusión entre los operadores económicos y las propias Administraciones Públicas acerca de cuáles son las conductas contrarias a la competencia y las ventajas para la sociedad de disponer de mercados más competitivos. La moderna dimensión de la promoción de la competencia incluye además todas aquellas otras acciones destinadas a impulsar o, en su caso, eliminar del Ordenamiento jurídico aquellas normas o actuaciones que restrinjan de manera innecesaria o desproporcionada la competencia.

Por lo tanto, su objetivo no son sólo los operadores económicos, públicos o privados, sino y de manera muy singular, como ya hemos anticipado, las Administraciones Públicas, en su dimensión de Poder Público, cuyas actuaciones, decisiones o reglamentaciones pueden impedir o restringir el funcionamiento competitivo de los mercados.

Un intento de definir de manera sistemática la Promoción de la competencia²² lo encontramos en la que ofrece el *Advocacy Working Group*, de la International Competition Network, que en 2002²³ ofrece la siguiente definición:

«Conjunto de actividades de la autoridad de la competencia encaminadas a promover un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas, por medio de mecanismos no coactivos, sobre todos a

²⁰ En este sentido, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Promoción versus defensa de la Competencia en España: una visión de conjunto», *Revista Dereito, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela*, nº 19, 2, 2010, pp. 51 a 98, p. 56.

²¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva. COM (2004) 293 final.

²² Como veremos más adelante, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2009, del 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia (BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2009), párr. 7.

²³ *Advocacy and Competition Policy*. Report prepared by the Advocacy Working Group ICN's Conference. Naples, Italy, 2002, p. 115. En particular, p. 25.

través de la interacción con otras administraciones públicas, la interacción con agentes económicos y la sensibilización del público acerca de los beneficios de la competencia²⁴».

Dada la importancia que esta función tiene para las Autoridades autonómicas de competencia, no debe extrañar que una de las definiciones más completa y descriptiva de la misma sea la que ofrece la E. de M. de la Ley 1/2009, del 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia²⁵, que establece que «*La promoción de la competencia incluye, además de la elaboración, canalización y divulgación de estudios y trabajos relacionados con la competencia, la capacidad de elaborar informes desde el punto de vista de la competencia, en el momento procedimental oportuno, tanto de los proyectos normativos de las administraciones públicas de Cataluña como de sus actuaciones, si afectan o pueden afectar, directa o indirectamente, al funcionamiento competitivo de los mercados.*»

De hecho, esta función figura de manera habitual en las normas reguladoras de las autoridades autonómicas de competencia y en alguna incluso aparece en el título²⁶.

Aunque su incorporación como función propia de las Autoridades de Competencia en España se produjo ya con la Ley 16/1989, de 16 de julio, de Defensa de la Competencia, que incorporaba alguno de los instrumentos de promoción de la competencia, lo cierto es que es a partir de la aprobación de la actual Ley 15/2007, de 3 de julio, también denominada como la anterior «de Defensa de la Competencia», cuando esta función cobra verdadera carta de naturaleza en nuestro país, siguiendo las recomendaciones del *Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*, que elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda y presentado el 20 de enero de 2005, sirvió de punto de partida para la reforma de la competencia en España²⁷.

²⁴ La traducción la tomamos de la ponencia de D. LUIS BERENGUER, «¿Qué se entiende por promoción de la competencia», ya citada. El texto original reza del siguiente modo: «*Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition.*»

²⁵ BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2009.

²⁶ Cfr. Ley 6/2007, de 26 de junio, se denomina, de manera muy acertada, «de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía» (BOJA núm. 131, de 4 de julio). Paradójicamente, como señala RODRIGUEZ MIGUEZ («Promoción versus defensa ...», op. cit., p. 33), el órgano andaluz de competencia recupera en exclusiva la expresión «defensa», pues se denomina «Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía», siguiendo la práctica tradicional de otros órganos españoles en la materia.

²⁷ El *Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia* dedicaba un epígrafe específico, bajo el título «Promoción de la defensa de la competen-

De hecho, dicho documento planteaba expresamente la necesidad de un «refuerzo de las funciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el ámbito del control normativo, de forma que disponga de información y de instrumentos para tratar de minimizar las distorsiones introducidas por el propio sector público.»

Pues bien, entendemos que son las autoridades autonómicas quienes están mejor situadas para desarrollar algunas de las funciones de promoción cuya realización preocupaba a los redactores del «Libro Blanco». En este sentido, las autoridades autonómicas deben reforzar su actividad en materia de control normativo en su Comunidad, centrándose no sólo en su gobierno sino también en los Ayuntamientos, donde a la CNMC le costaría mucho más llegar. Esta labor de control normativo debe ir más allá de la mera elaboración de informes y llegar hasta la impugnación de normas, incluyendo aquí las ordenanzas municipales, tal y como están haciendo ya algunas autoridades.

Esta labor entronca directamente con la actividad de las autoridades autonómicas como garantes de la unidad de mercado, como prueba el hecho de que algunas de ellas hayan sido designadas directamente como puntos de conexión en aplicación de lo dispuesto en la Ley de Unidad de Mercado y otras colaboren informando los diversos expedientes que afectan a su Comunidad. A pesar del «olvido» voluntario o involuntario del legislador, que da lugar a que no aparezcan mencionadas en la Ley de Unidad de Mercado, en la práctica las autoridades autonómicas se están convirtiendo en una pieza importante del sistema.

Finalmente, y sin salir del ámbito de la promoción, otro instrumento que se ha mostrado tremendamente eficaz son los informes sectoriales. A diferencia de la CNMC, que hace informes de promoción sobre problemas de competencia de dimensión nacional, las autoridades autonómicas pueden dotar a sus informes de una dimensión local, complementando en este sentido la actividad de la dirección de promoción de la CNMC. Un buen ejemplo de ello lo constituye el informe del Consello Galego da Competencia sobre «el mercado de los carburantes de automoción en Galicia: una visión desde la libre competencia»²⁸. Galicia es una de las Comunidades Autónomas con los carburantes más caros de España, y ninguno de los diversos informes elabo-

cia» dentro del apartado general de «Proyección social de la defensa de la competencia» a esta materia (apartados 211 a 214).

²⁸ El informe se puede consultar en la página web del Consello Galego da Competencia www.consellogalegodacompetencia.es. Otros informes realizados por este organismo que también se pueden consultar en su web son los referidos a la problemática de los precios en el sector lácteo gallego, los aparcamientos de los aeropuertos gallegos desde el punto de vista de la competencia o el informe sobre uniformes escolares.

rados sobre el sector tanto por la Comisión Nacional de la Energía como por la Comisión Nacional de la Competencia explicaban las razones de este hecho. Por esta razón, el Consello Galego da Competencia publicó un informe en el que consideraba que el diferencial de precios de Galicia con relación a otras Comunidades se debía, por lo menos en parte, a la existencia de una menor competencia en el mercado minorista y al menor número de gasolineras «low cost», especialmente de hipermercados, existente en la Comunidad. Las recomendaciones del informe para incrementar la competencia en el mercado minorista de carburantes de automoción en Galicia fueron asumidas por la Xunta de Galicia que, entre otras medidas, acaba de aprobar un Decreto para facilitar la apertura de gasolineras en la Comunidad, en los términos propuestos en el informe²⁹. Actuaciones de este tipo, que muy difícilmente puede realizar una autoridad estatal, dotan de sentido a las autoridades autonómicas y constituyen una línea a seguir.

Sólo el trabajo conjunto de la autoridad nacional y las autonómicas ha permitido pasar del panorama de desconfianza y conflictividad que dejaba entrever la Ley 1/2002 de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, hasta la realidad actual, en la que el sistema descentralizado funciona con relativa eficacia en un marco de colaboración y baja conflictividad. Si como afirmaba Erhard en su obra «Prosperity through competition», la libre competencia es la mejor forma de alcanzar y garantizar la «prosperidad»³⁰, no cabe duda de que un sistema que permite destinar más recursos a la defensa de la competencia y sobre todo, que permite que la labor de las autoridades de competencia llegue a todos los rincones, empresas y ciudadanos de un país, redundan en beneficio de toda la sociedad.

TITLE: The future of the decentralized application of defense of competition.

RESUMEN: El objetivo de estas breves líneas no es más que realizar algunas reflexiones sobre el funcionamiento del sistema de aplicación descentralizado de defensa de la competencia y proponer algunas líneas de actuación que puedan mejorar su funcionamiento en el futuro.

²⁹ Decreto 45/2015 de 26 de marzo, por el que se regula el procedimiento integrado para la implantación de instalaciones de distribución al por menor de productos petrolíferos, su puesta en funcionamiento, y se determinan los órganos competentes para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de hidrocarburos. Diario Oficial de Galicia, nº 68, 23 de abril de 2015, págs. 13992 y ss.

³⁰ ERHARD, L., «Prosperity through competition», edición inglesa, New York 1958, pág. 1.

Así, de un lado, la aplicación descentralizada de la normativa de defensa de la competencia presenta, a priori, algunas ventajas, como que puede dar lugar a un incremento de la actividad en materia de defensa de la competencia, la mayor cercanía y el mejor conocimiento de los mercados locales por parte de las Autoridades autonómicas, o que permite a la Autoridad estatal focalizar sus recursos en los casos más graves.

Sin embargo, de otro lado, los detractores del sistema descentralizado alegan que supone la duplicación de organismos y que puede romper la unidad de aplicación del derecho de la competencia en el territorio nacional.

En otro orden de consideraciones, será menester de estas líneas ilustrar brevemente cuál ha sido el íter protagonizado por las autoridades de competencia, auspiciado por modificaciones normativas a las que se han ido adaptando las distintas autoridades de competencia. Sin duda, en todo ese recorrido se alza como piedra angular la promoción de la competencia, cuestión que suscita la preocupación y ocupación tanto del legislativo cuando dicta la Ley 1/2002, de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia como de las propias autoridades que apuestan por la sinergia con instrumentos de cooperación tan eficientes como la «Red de Cooperación de los Órganos Competentes en materia de competencia (REC)».

PALABRAS CLAVE: sistema descentralizado, promoción de competencia, autoridades de competencia, ventajas, inconvenientes.

ABSTRACT: The aim of these brief lines is not any more that to realize any reflections on the functioning of the system of application decentralized of defense of competition and to propose some lines of action that could improve its functioning in the future.

Thus, on one hand, the decentralized application of the regulation of defense of competence presents, a priori, some advantages, as which it can give place to an increase of the activity in defense of competence matter, the major nearness and the best knowledge of the local markets on the part of the autonomous Authorities, or that allows to the state Authority to focus its resources in the most serious cases.

Nevertheless, on the other hand, the detractors of the decentralized system invoke that it supposes the duplication of organisms and that it can break the unit of application of the law of competence in the national territory.

In another order of considerations, it will be necessary of these lines to illustrate brief which has been the iter led by the competition authorities, supported by normative modifications to which the different competition authorities have been adapting. Undoubtedly, in all this tour there raises as angular stone the promotion of the competence, question that provokes the worry and occupation so much the legislative one when dictates the Lay 1/2002, of February 12 of coordination of the competence of the State and the Autonomous Communities as for defense of competition, like of

the own authorities that bet for the synergy with instruments of cooperation so efficient as the «Network of Cooperation of the Competent Organs as for Competition».

KEY WORDS: decentralized system, competence promotion, competence authorities, advantages, disadvantages.

RECIBIDO: 29.05.2015

ACEPTADO: 04.06.2015

LA ‘RED ESPAÑOLA DE AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA’: LAS POSIBILIDADES DE UN MODELO DESCENTRALIZADO PARA GANAR EN EFICIENCIA

José Antonio Rodríguez Miguez

SUMARIO: 1. LAS REDES Y LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 2. LA INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN): UNA RED DE COMPETENCIA A ESCALA PLANETARIA. 3. LA EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN) COMO INSTRUMENTO PARA LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA. 4. LA RED ESPAÑOLA DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA Y SU FUTURO
4.1. La aplicación descentralizada de la competencia en España. 4.2. La REC en un sistema de competencias excluyentes: la necesidad de señalar a la autoridad mejor situada 4.3. El Consejo de Defensa de la Competencia: acto y potencia 5. CONCLUSIONES: HACIA UNA VERDADERA RED ESPAÑOLA DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA.

1. LAS REDES Y LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

No cabe duda de que vivimos en una sociedad de «redes». Todos –o casi todos– formamos parte de una o varias de ellas, ya sean sociales, profesionales, académicas o de cualquier otra índole. El mundo de la competencia no es ajeno a esta realidad y por ello, en el específico campo del Derecho de la Competencia, existen diversos ejemplos de redes, tanto públicas como privadas.

En el presente trabajo nos vamos a centrar en tres de ellas, que presentan como rasgo común el hecho de estar formadas, total o parcialmente, por autoridades de competencia, lo que las dota de un cierto carácter «institucional», aunque sobre esta idea y sus matizaciones nos referiremos de inmediato. Por otro lado, debemos advertir que emplearemos el término «red» en un sentido amplio, es decir, dando tal calificación tanto a las de contenido virtual (se denominan redes porque conectan instituciones o personas), como aquellas que tiene una estructura organizativa de carácter institucional, de la que surge el «efecto red», que vamos a destacar.

A pesar de este elemento común, la presencia y/o participación de autoridades de competencia, sus diferencias son notables, yendo más allá de la obvia de sus respectivos ámbitos territoriales de actuación. Estas diferencias, lejos de hacerla incompatibles permiten hablar más de complementariedad, sin que sea posible ignorar, no obstante, la existencia de una cierta «rivalidad»¹ entre ellas, fundamentalmente debida al origen de sus recursos, procedentes de los estados que las integran.

Su estudio conjunto nos permitirá no sólo conocerlas mejor, sino apreciar su aludida complementariedad, sin perder de vista el objetivo, —sólo hace unos años inimaginable—, de una futura convergencia² si no institucional, sí al menos, —y ello puede ser más factible y relevante—, en la propia regulación y aplicación global³ del Derecho de la Competencia.

Esta interesantísima vertiente de la cuestión no será abordada en esta ocasión, pues excedería los límites del planteamiento general de este número monográfico de la Revista. Nuestra atención se centrará en el análisis de estas redes en tres ámbitos diferentes, el global, representado principalmente por la *International Competition Network* (ICN), el regional, —en los términos ya apuntados—, centrándonos en el caso de la *European Competition Network* (ERC⁴) para, en tercer lugar, y a partir de análisis de los anteriores ejemplos,

¹ Esta idea es apuntada con claridad por KOVACIC, W. E./HOLLMAN, H., «The International Competition Network: Its Past, Current, and Future Role», *Scholarly Commons*, George Washington University Law School, pp. 274 a 323, en concreto, p. 286. Este excelente trabajo se puede descargar en: <http://www.lti.lv/#!vieslekcijas/cvdu>

² Resultan especialmente relevantes las reflexiones que acerca de esta cuestión realiza el Profesor R. Whish en una brillante conferencia dictada en 2014, que se puede reproducir en la red: «Prof. Richard WHISH QC (Hon) guest lecture at the Latvian Law Institute, Riga, Latvia», May 30, 2014, disponible en la dirección <http://www.lti.lv/#!vieslekcijas/cvdu>

³ Acerca de las particularidades del fenómeno de la globalización en el ámbito de la competencia, vid. GERBER, D. J., *Global Competition: Law, Markets and Globalization*, Oxford University Press, 2010.

⁴ Empleamos para este estudio su denominación en inglés y su correspondiente abreviatura, para evitar la confusión con la Red Española de Autoridades de Competencia, que convencionalmente se denomina como «REC», que son las siglas de la ECN en castellano.

centrar nuestra reflexión constructivamente crítica, en el caso de la que denominamos *Red Española de Autoridades de la Competencia (REAC)*, cuya consolidación y potencialidad está todavía lejos de ser una realidad, aunque su importancia para una eficiente aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia en España resulta incuestionable.

Finalmente debemos señalar que en la medida en que el propósito de este número de la Revista es profundizar en la «Aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia», nuestro examen de dichas redes tendrá esta orientación, teniendo especialmente presente que dos de ellas, la ECN y la REC tiene su origen, precisamente, en dicha aplicación descentralizada, en el ámbito de la Unión Europea y de España, respectivamente⁵.

2. LA INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN): UNA RED DE COMPETENCIA A ESCALA PLANETARIA

Lo primero que resulta preciso subrayar es que la ICN no es la única, ni siquiera la más antigua de las redes de competencia de carácter internacional y vocación universal⁶ de las que existen en la actualidad. Sin embargo, debemos anticipar ya que alguno de sus rasgos la hacen especialmente singular y la diferencian de otras redes con las que comparte, al menos en parte, objetivos y ámbito de actuación potencial y cuyas limitaciones, en parte, viene a corregir y superar.

En efecto, junto a la ICN, y nacidas con anterioridad a ella, podemos citar, entre otras, el *Competition Law and Policy Committee (CLPC)*, de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)⁷; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (más conocida por sus siglas en inglés, como la UNCTAD⁸), en el marco de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de Comercio (OMC). Estos ejemplos, sin

⁵ Como tendremos ocasión de señalar, ambas dimensiones quedan claramente delimitadas, en la medida en que la descentralización en España sólo alcanza la de las infracciones sin dimensión comunitaria, pues en nuestro Derecho interno la competencia para aplicar los artículos 101 y 102 TFUE se reserva en exclusiva a la CNMC.

⁶ Empleamos el término universal en un doble sentido, pues nos referimos tanto a vocación de agrupar a miembros, sean o no Estados, de todo el planeta, como en el sentido de que su ámbito territorial aunque tenga ciertas limitaciones no se circunscribe a una determinada región o área geográfica (Europa, América, ...).

⁷ También conocida por sus siglas en inglés como la OCDE (Organisation for Economic Co-operation and Development), creada tras la firma en París de la «Convención de la OCDE», el 14 de diciembre de 1960. El texto en español de esta Convención puede consultarse en la web oficial de la organización, en la dirección: <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/convenciondelaoecde.htm>

⁸ United Nations Conference on Trade and Development.

embargo, no son ni los únicos, ni siquiera los más antiguos⁹, pero sí perviven en la actualidad y, lo que es más importante, pueden evolucionar o integrarse entre sí o, al menos, cooperar conjuntamente.

La exposición de las características de la ICN se hará, en buena medida, en contraposición a las de las otras tres, y será precisamente lo que la diferencia de aquéllas, lo que explique que la ICN se haya convertido, en muy poco tiempo, en un actor fundamental del panorama de la competencia en el ámbito internacional.

De las redes internacionales «de competencia» que vamos a examinar, es la OCDE la más antigua. Su creación se remonta a 1961 y su marcado carácter «institucional» viene determinado por sus dos características principales: sólo pueden ser miembros «plenos» Estados desarrollados¹⁰ y son éstos los que proveen de financiación al organismo.

Ambas notas (Estados más desarrollados y financiación de los Estados) determinan, en buena medida, el principal problema de esta organización, pues condicionan tanto sus objetivos como su capacidad real al depender de la financiación de sus miembros que puede verse influida por la coyuntura política de cada momento.

En el ámbito específico de la competencia, las actividades de la OCDE se desarrollan a través del *Competition Law and Policy Committee* (CLPC), que actúa como foro de debate entre sus miembros en asuntos de competencia y promueve la armonización de normas y criterios entre ellos. Adicionalmente, en el seno de la OCDE se ha creado el Grupo sobre Comercio y Competencia (*Group on Trade and Competition*) para analizar las relaciones entre ambos ámbitos¹¹. Es preciso subrayar, no obstante, que en los últimos tiempos la OCDE está incrementando sus actuaciones dirigidas a Estados no miembros de la organización¹².

⁹ Diversos autores dan cuenta de proyectos fallidos de coordinar las políticas de competencia a escala global e incluso con el propósito de elaborar un marco normativo internacional en materia de competencia, iniciados con anterioridad a los que examinamos en este trabajo. A título ilustrativo, THEM DO, K., «The Perspectives of International Cooperation in Competition Law and Policy», en *ZweR*, n° 3, 2009, pp. 289 a 314; en concreto, pp. 291 y 292, cita los de la International Trade Organization (ITO) en 1948, el Economic and Social Council of United Nations (ECOSOC), en 1953 o el General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), en 1965, que por diversas razones no alcanzaron el éxito. Este interesante y documentado trabajo puede consultarse en: <file:///C:/Users/jrodriguez/m/Downloads/SSRN-id1554065.pdf>

¹⁰ La representación de los Estados miembros de la OCDE tiene un alto carácter de representación que, en algunos casos, como el de España, por ejemplo, tiene rango diplomático.

¹¹ Cfr. THEM DO, K., «The Perspectives...», op. cit., p. 294.

¹² Cfr. THEM DO, K., «The Perspectives...», op. cit., p. 294.

A lo largo de sus años de existencia, la OCDE ha adoptado numerosos documentos, sin carácter vinculante (*soft law*), principalmente recomendaciones, informes¹³ y catálogos de «buenas prácticas» en materia de cárteles, concentraciones económicas y cooperación¹⁴. Desde hace algunos años, además, la OCDE promueve un Forum Global de Competencia (*Global Forum on Competition* o *GFC*)¹⁵ que reúne a funcionarios de alto nivel procedentes de las autoridades de competencia de más de noventa países para debatir temas de competencia.

Por su parte, la UNCTAD, fue creada sólo unos años después, concretamente en 1964, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). A diferencia de la OCDE, los destinatarios de sus actividades no son los países más desarrollados, sino, precisamente, los países menos desarrollados o en vías de desarrollo, lo que hace ambas organizaciones complementarias. Su objetivo principal en sede de competencia y protección de los consumidores es asegurar que los países miembros de la organización disfruten los beneficios de la competencia y de la inversión privada en sectores clave de sus economías y que ello redunde en un incremento del bienestar de los consumidores¹⁶.

Sin embargo, y al igual que ocurre con la OCDE, el principal problema de la UNCTAD radica en que su financiación procede también de sus miembros, por lo que sus actividades quedan igualmente condicionadas por los recursos que se le transfieran.

Las actividades de la UNCTAD en el ámbito de la competencia se llevan a cabo a través de un programa específico, el «Programa sobre las Políticas de Competencia y Consumo» (*Competition and Consumer Policies*), que cuenta con un reducido cuadro de personal propio (*Competition and Consumer Policy Branch*), que coordina la actuación en esta área tanto de un grupo intergubernamental creada a tal efecto, el «Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Derecho y Política de la Competencia» (GIE) y de un Grupo *ad hoc* de Expertos en materia de protección a los consumidores.

La UNCTAD¹⁷ sirve como foro de debate para los representantes de los Gobiernos que forman parte de la organización acerca de cuestiones relacio-

¹³ Una relación de los Informes elaborados por el CLPC puede consultarse en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/reportsbythecompetitioncommittee.htm>

¹⁴ Los textos de estas recomendaciones y catálogos de buenas prácticas pueden consultarse en: <http://www.oecd.org/competition/recommendations.htm>

¹⁵ <http://www.oecd.org/competition/globalforum/abouttheglobalforumoncompetition.htm>

¹⁶ Cfr. Web oficial UNCTAD, en la dirección: <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/Competition-Law-and-Policy.aspx>

¹⁷ Para más detalles acerca de los objetivos y actividades de la UNCTAD es útil consultar la web oficial del organismo, en la dirección: <http://unctad.org/en/Pages/About%20>

nadas con la política de la competencia, principalmente a través de la reunión anual del GIE, pero también desarrolla una importante labor de investigación, análisis y documentación en temas de competencia y consumo y, sobre todo, desarrolla una importante labor proveyendo de asistencia técnica a los países en vía de desarrollo asociados con el fin de ayudarles a seguir las recomendaciones y buenas prácticas identificadas en el marco de sus actividades¹⁸.

A la hora de resumir sus actividades no debemos olvidar dos logros especialmente relevantes, aunque su grado de eficacia real haya sido relativo. Nos referimos, por una parte, al texto codificado en 1980 bajo el título «Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas» (más conocido como el «UN Set»)¹⁹, que se considera el primer «código internacional de competencia»²⁰, y que aunque es obvio, no ha logrado su objetivo principal, su implantación general, es una clara referencia de a dónde se puede llegar, siendo su revisión cada cinco años, en el seno de las UNCTAD²¹, una oportunidad para debatir sobre el proyecto e ir actualizando su contenido.

Junto al «UN Set», la UNCTAD ha aprobado una «Ley-Tipo de Defensa de la Competencia»²², a disposición de los países –especialmente en vías de desarrollo– que deseen implantar una legislación de competencia²³. Este mo-

UNCTAD/A-Brief-History-of-UNCTAD.aspx

¹⁸ Esta labor de asistencia técnica ha sido especialmente intensa con América Latina, a través del programa COMPAL. Vid. a este respecto, <http://www.programacompal.org/>

¹⁹ El subtítulo de este documento es más expresivo: «Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas». Este documento puede consultarse en: <http://unctad.org/es/docs/tdrbpconf10r2.sp.pdf>

²⁰ Cfr. THEMN DO, K., «The Perspectives...», op. cit., p. 292.

²¹ Acerca de esta Conferencia y su actividad revisora, vid. United Nations Conference for the Review of the Set, en la web oficial de las UN en la dirección: <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/United-Nations-Conference-for-the-Review-of-the-Set.aspx>

²² El punto de partida para la elaboración de esta ley-tipo se encuentra en la reunión del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Derecho y Política de la Competencia celebrada los días 7 al 9 de junio de 1999, que fue aceptada por la UNCTAD, que estableció también el carácter revisable del documento, cuya primera versión data del año 2000 (<http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf5d7.en.pdf>). El texto y sus sucesivas revisiones pueden consultarse en: <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>

²³ Este modelo no es el único existente pues tanto el Banco Mundial como la OCDE han llevado a cabo iniciativas parecidas. Vid. LEE, C. H., «Model Competition Laws: The World Bank-OECD and UNCTAD Approaches Compared» in C. LEE & C. MAY-FONG (Eds.), *Competition Policy in Asia*, 2006. 21-35. Disponible en: <http://works.bepress.com/clee/4>

delo, también sometido a continuas revisiones, constituye una pauta de mínimos cuyo alcance práctico es indudable para fomentar la competencia en los países que todavía permanecen al margen de esta regulación.

El tercer ejemplo que vamos a examinar antes de centrarnos en la ICN es el de la OMC. Aunque la OMC encuentra su precedente en los Acuerdos del GATT de 1947, su actual forma y configuración como organización internacional nos lleva a 1994, año en el que tras las largas negociaciones de la llamada «Ronda de Uruguay» del GATT (1986-1994), se firmó su Acta Final, a la que se incorporaron tanto el Acuerdo por el que se establecía la propia OMC (o Acuerdo sobre la OMC), como en diversos anexos, los más de 60 acuerdos alcanzados en el curso de las negociaciones.

Los avances de esta Ronda de negociaciones fueron especialmente importantes, pues además de crear una estructura organizativa con entidad propia, de la que carecía el GATT, se lograron acuerdos en materias como el comercio de mercancías, de servicios, de propiedad intelectual, la solución de diferencias, el mecanismo de examen de las políticas comerciales y se suscribieron numerosos acuerdos plurilaterales²⁴.

La OMC se configuró desde un principio como un marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos que también se habían aprobado y que resultan vinculantes para los mismos²⁵.

Es preciso reconocer el éxito de la OMC, pues en la actualidad está integrada por 160 países²⁶ y varios de los acuerdos que mejor han funcionado tienen un indudable alcance antitrust, como los relativos al comercio de mercancías (GATT), servicios (GATS²⁷) o los relativos a Subvenciones y Medidas Compensatorias y a Medidas Antidumping. Lo cierto es que no se llegó, ni entonces, ni es previsible a corto plazo al consenso necesario para aprobar

²⁴ La relación y el texto de los acuerdos del GATT 1994 se pueden consultar en la web oficial de la OMC en la dirección: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/inbrief_s/inbr03_s.htm

²⁵ Artículo II. Ámbito de la OMC

²⁶ El status de miembro se ha reconocido también a la propia Unión Europea (a este respecto, vid. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/european_communities_s.htm), existiendo un amplio número de observadores integrado por Gobiernos que todavía no se han incorporado a la condición de miembros así como por un amplio abanico de organizaciones internacionales intergubernamentales (la lista de Miembros y Observadores se puede consultar también en la web oficial de la OMC en la dirección: Miembros y Observadores, en la dirección https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm).

²⁷ General Agreement on Trade in Services, aprobado en la Ronda Uruguay del GATT.

acuerdo alguno de contenido propiamente antitrust²⁸, pese a ser, sin duda, como ha destacado la Doctrina, la OMC el vehículo más adecuado para hacer frente al difícil reto de un sistema de competencia a escala global²⁹.

Es en este contexto donde se crea en 2001 la ICN³⁰, cuya naturaleza y especiales características permiten considerar con fundamento³¹ que puede estar llamada a jugar un papel decisivo en la promoción de la competencia a escala global, a pesar de que sea preciso reconocer, como entre otros afirma Them Do³², que el panorama de la política internacional actual resulta bastante ilusorio creer en la posibilidad de alcanzar un consenso general que permita adoptar un código internacional de competencia que pueda ser aplicado por una autoridad internacional única, pues los Estados miembros no se muestran proclives a limitar su soberanía en una materia tan sensible.

Como ya hemos anticipado implícitamente al aludir a sus predecesoras, la creación de la ICN responde, en buena medida, a las limitaciones advertidas

²⁸ El tema de la aprobación en el seno de la OMC de un acuerdo global y específico en materia antitrust se suscitó en la Conferencia Intergubernamental de Singapur (1996) de la que surgió la creación de un Grupo de Trabajo destinado a analizar las interrelaciones entre la política comercial y la de competencia, cuyos resultados pasarían posteriormente a la «Agenda de Doha», con motivo de la siguiente conferencia intergubernamental de 2001 en busca de un consenso, que finalmente no fue alcanzado en la ulterior reunión de Cancún (2003), adoptándose finalmente en 2004, en el marco del «July 2004 package» la decisión de 1 de agosto de 2004, del Consejo General de la OMC la decisión de que el debate sobre la política de la competencia «will not form part of the Work Programme set out in that Declaration and therefore no work towards negotiations on any of these issues will take place within the WTO during the Doha Round». Por lo que en la actualidad, el grupo de trabajo que se había creado está actualmente inactivo. El texto de esta Decisión, identificada como «WT/L/579», puede consultarse en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm Acerca de esta cuestión, vid. por todos, KOVACIC, W. E./HOLLMAN, H., «The International ...», op. cit., pp. 300 y 301.

²⁹ Vid. en este sentido, THEM DO, K., («The Perspectives...», op. cit., pp. 290 y 291), o, quien recuerda el estado de la cuestión tras la declaración cerrando, al menos temporalmente, el debate, del Secretario General de la OMC al decidir, el 1 de agosto de 2004, que la cooperación internacional en materia de competencia quedaba excluida del marco de trabajo de la Ronda de Doha.

³⁰ Como se ha señalado su creación efectiva encontró el momentum preciso a raíz del caso GE/Honeywell y la diferente percepción de esta operación de concentración económica entre la Administración antitrust estadounidense y la Comisión Europea. Acerca de este desencuentro, vid., entre otros, DONNA E. PATTERSON/CARL SHAPIRO «Transatlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons» en *Antitrust Magazine, ABA Section of Antitrust Law*, Fall, 2011, pp. 18 a 26. Accesible en: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/divergence.pdf>

³¹ Vid. KOVACIC, W. E./HOLLMAN, H., «The International...», op. cit., p. 276.

³² Cfr. THEM DO, K., «The Perspectives...», op. cit., p. 291.

en aquéllas. Como señalan Kovacic y Hollman³³, el gran objetivo de la ICN es facilitar la convergencia en las grandes cuestiones del Derecho de la Competencia, como son sus aspectos sustantivos, procedimentales y administrativos. Con este propósito, la ICN se implica en proyectos destinados a (1) incrementar el conocimiento de los diferentes sistemas individuales de competencia, examinando las diferencias y similitudes entre ellos; (2) identificando y buscando el consenso respecto de las grandes cuestiones del Derecho de la competencia, y (3) apoyando a las diferentes jurisdicciones nacionales para mejorar su nivel técnico.

La singularidad de la ICN frente a las otras redes examinadas obedece a diversos motivos. En primer lugar, no es una red ni de gobiernos ni de autoridades de competencia, pues aunque participen en ella, no se excluye la presencia tanto de organizaciones internacionales, como académicos o expertos individuales, que también participan en sus actividades, lo que indudablemente enriquece los debates.

En segundo lugar, es una red «prácticamente virtual», pues no es un organismo internacional y carece prácticamente de estructura institucional propiamente dicha, lo que dota de mayor agilidad a la ICN y reduce sus costes y consecuentemente incrementa su independencia real, pues, como tercer nota general, la financiación de la ICN no depende los Estados.

Las actividades de la ICN son dirigidas desde la Directiva de la ICN (Steering Group) y mantiene 5 Grupos de Trabajo activos³⁴: Advocacy, Agency Effectiveness, Cartel, Merger y Unilateral Conduct, que han impulsado diversas recomendaciones y catálogos de buenas prácticas³⁵, así como Workshops y una conferencia internacional anual.

3. LA EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN) COMO INSTRUMENTO PARA LA APLICACIÓN DESCENTRALIZADA DEL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA

El origen y la finalidad de la ECN es más claro y concreto, pues se configura como un instrumento al servicio de una eficiente aplicación descentralizada de los artículos 101 y 102 TFUE, que son los que regulan la prohibición de los acuerdos colusorios y el abuso de posición dominante en el marco de la Unión Europea.

Se trata, a diferencia de los ejemplos ya examinados, de una red de competencia de ámbito regional. El interés de su estudio radica no sólo en que es la red en cuyo contexto jurídico nos desenvolvemos como miembros de la

³³ Vid. KOVACIC, W. E./HOLLMAN, H., «The International...», op. cit., p 275.

³⁴ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current.aspx>

³⁵ Cfr. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/icnguidance.aspx>

Unión Europea, sino también en que, como en el caso de la Red Española de Autoridades de Competencia, su creación surge con motivo del proceso de descentralización de la aplicación administrativa del Derecho de la competencia, por lo que su estudio nos ayudará a perfilar cómo debería ser la red española cuya existencia real es mucho más limitada que la de la ECN.

La ECN se configura como red en virtud de la aprobación del Reglamento (CE) n° 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 [hoy 101 y 102 TFUE] del Tratado³⁶ (en adelante, el «Reglamento 1/2003»), junto al que se aprobó también la menos conocida Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia³⁷, en la que, entre otros extremos se formulan los principios generales que regirán la red, mientras que los «pormenores»³⁸ de su funcionamiento y, en especial, criterios de asignación, se desarrollan a través de un instrumento de soft law: la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia («Comunicación sobre la REC», o como ya expusimos para evitar confusiones, «Comunicación ECN»)³⁹

Con la aprobación del Reglamento 1/2003, la Comisión renunció al monopolio que hasta entonces venía ejerciendo en la aplicación pública de dichos preceptos; al amparo del conocido como el «Reglamento 17», en vigor desde 1962, que es al que reemplaza el Reglamento 1/2003⁴⁰.

El Reglamento 1/2003 supuso además el abandono del sistema de notificación previa de los acuerdos que inicialmente prohibidos por el artículo 101.1 TFUE, podían ampararse en la excepción que se recoge en el apartado 3° del mismo precepto⁴¹, en favor de un sistema, denominado de «excepción

³⁶ DO L 1, de 4.1.2003, p. 1.

³⁷ Esta Declaración común se puede descargar en http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_es.pdf

³⁸ Cfr. Declaración común..., cit. punto 4.

³⁹ DO C 101, de 27.4.2004, p. 43. Como recuerdan ORTIZ BLANCO, Luis y LAMADRID DE PABLO, Alfonso («EU Competition Law Enforcement: Elements for a discussion on effectiveness and uniformity», en *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2011*, Chapter 4, 2012, pp. 45 a 104, en concreto, 100, nota 222), este documento no sólo vincula a la Comisión, sino también a los Estados miembros que suscribieron, como se recoge en la propia Comunicación (nota 4), la Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia, disponible en el registro del Consejo, en <http://register.consilium.eu.int> (documento no 15435/02 ADD 1).

⁴⁰ Reglamento (CEE) n° 17 del Consejo: primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 13 de 21.02.1962).

⁴¹ El sistema de notificación previa obligatoria pervive, en mayor o menor grado en otros campos del Derecho Europeo de la Competencia como el de las concentraciones económicas y las ayudas de Estado.

legal», en el que son los propios operadores económicos quienes deben evaluar (autoevaluación) sus prácticas a la luz de todo el artículo 101 TFUE.

La conveniencia de crear una red de autoridades de competencia para facilitar la aplicación del nuevo sistema es planteada por el propio Reglamento 1/2003, reconociéndose además la necesidad de crear mecanismos de información y de consulta⁴².

En la medida en que el Reglamento 1/2003 se construye bajo la premisa de que las competencias de la Comisión y las Autoridades nacionales de la Competencia (ANC) son concurrentes (y no repartidas de forma excluyente)⁴³, sus respectivas funciones, así como en su caso la de los órganos judiciales nacionales que resuelven litigios entre particulares, resultan necesariamente complementarias⁴⁴.

De este modo, y aunque se afirme que la ECN se configura como un «foro de discusión y cooperación», lo es «para la aplicación y el control del cumplimiento de la política comunitaria de competencia», por lo que con su creación se pretende proporcionar un marco estable y definido para la cooperación de las autoridades europeas de competencia en la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, pero que, al mismo tiempo, sirva de base para «crear y mantener una cultura común de competencia en Europa.»⁴⁵

El papel de la ECN resulta vital y debe su éxito, en no poca medida, a la flexibilidad con la que el principio básico de las competencias concurrentes ha sido diseñado y aplicado⁴⁶.

⁴² Cfr. Punto 15 de la parte expositiva del Reglamento 1/2003. Esta «sugerencia» se completa con la que se exponen en los tres puntos siguientes de la misma parte dispositiva del Reglamento 1/2003 (Punto 16 a 18), que ofrecen una pautas claras para la interpretación de las previsiones que el propio reglamento incorpora para hacer efectiva la aplicación descentralizada de los artículos 101 y 102 TFUE.

⁴³ La Comunicación ECN habla claramente de «división del trabajo» (epígrafe 2), afirmando que un sistema de competencias concurrentes se basa en que «todas las autoridades de competencia tienen potestad para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado y deben buscar un reparto eficaz de los asuntos cuando se considere que una investigación es necesaria. Al mismo tiempo, cada miembro de la Red es totalmente libre para decidir si es o no oportuno investigar un asunto.» (punto 5, párr. primero).

⁴⁴ Así se recoge en el punto 1 de la Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (DO C 101, de 7.4.2004, p. 65).

⁴⁵ Cfr. Comunicación ICN, punto 1.

⁴⁶ No se trata, sin embargo, del criterio general en el ámbito de la competencia pues, por ejemplo, en materia de Ayudas de Estado, donde la Comisión tiene competencias exclusivas o en sede de concentraciones la Comisión o las ANC «tendrá(n) competencia exclusiva para adoptar las decisiones que correspondan, conforme al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, de 29.01.2004, p. 1), cuando se aprecie que tienen «dimensión

La asignación de casos entre la Comisión Europea y/o una o varias ANC no responde a criterios rígidos, sino que es aplicado de manera flexible, lo que contrasta acentuadamente con lo que ocurre en el ámbito del Derecho español de la competencia, tal y como ha sido interpretado por nuestro Tribunal Constitucional, se asienta en un sistema de «competencias excluyentes», que se aplica atendiendo a criterios en exceso formalistas y, a la postre, mucho menos claros y eficientes⁴⁷.

Como ya anticipamos, los criterios de asignación de casos en el marco de la ECN están recogidos en la Comunicación ECN⁴⁸. En primer lugar, y con carácter previo al proceso de asignación, debe resolverse si la conducta cuestionada afecta o puede afectar al mercado intracomunitario o sus efectos (actuales o potenciales) se limitan únicamente a todo o parte de un Estado miembro (afectación al comercio entre Estados miembros)⁴⁹.

De apreciarse la afectación del mercado intracomunitario, los asuntos podrán ser tramitados: a) por una única autoridad nacional de competencia, posiblemente con la ayuda de las de otros Estados miembros; b) por varias autoridades nacionales de competencia actuando de forma concurrente; o c) por la propia Comisión⁵⁰.

comunitaria» o solamente nacional, lo que se hace en función de parámetros concretos y fijos previstos en la propia norma. En materia de concentraciones resulta de interés la STPI sentencia de 14 de julio de 2006, Endesa/Comisión, asunto T-417/05, Rec. 2006 p. II-2533, a propósito de la frustrada operación Gas Natural/ENDESA.

⁴⁷ En el punto 5 de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO C 101, de 27.4.2004, p. 43) se señala «5. El Reglamento [1/2003] del Consejo se basa en un sistema de competencias concurrentes en el que todas las autoridades de competencia tienen potestad para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado y deben buscar un reparto eficaz de los asuntos cuando se considere que una investigación es necesaria. [...]»

⁴⁸ DO C 101, de 27.4.2004, p. 43.

⁴⁹ Artículos 101.1 y 102 TFUE. Esta fundamental cuestión es abordada por la Comunicación de la Comisión – Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado [hoy artículos 101 y 103 TFUE] (DO C 101 de 27.4.2004, p. 81). Por lo general, como recuerda GIPINI, en los casos de aplicación del artículo 101 TFUE sólo será precisa la delimitación del mercado relevante cuando sea el único medio que permita establecer la afectación de la competencia o del mercado entre Estados miembros [GIPPINI FOURNIER, E.: *Community...op. cit.*, p. 72. Sin perjuicio, claro está, de que sea preciso para determinar la cuota de mercad a efectos de la aplicación de alguna exención por categorías como las previstas en el Reglamento (UE) n° 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L L 102, de 23.04.2010, p. 1) en relación con las Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 130, de 19.5.2010, p. 1).

⁵⁰ Cfr. Comunicación ECN, punto 5.

Como reconoce la Comunicación⁵¹, en la mayoría de los casos, será la autoridad que recibe una denuncia o incoe de oficio un procedimiento la que seguirá siendo responsable del mismo. No obstante, se prevé la posibilidad de un «segundo reparto» de un asunto, que solamente se plantearía al principio del procedimiento cuando la autoridad a la que le correspondería inicialmente considerase que «no está bien situada para actuar o cuando otras autoridades se consideran también competentes (...⁵²)». Es decir, cuando la ANC no se considere competente o, de algún modo quiera rehusar la atribución o cuando exista un «conflicto de atribución» entre varias ANC, que haya que resolver, sin excluir que puedan ser varias de forma concurrente.

Es en este contexto, cuando la ANC que *prima facie* se consideraría competente no lo estime así, o sean varias las que creen estarlo al mismo tiempo, cuando cobra especial significado la existencia de la ECN.

El debate se suscita así en torno a la expresión, nada ambigua y enormemente flexible⁵³, de la Autoridad «mejor situada», si bien esta expresión se reserva, en realidad, para cuando la atribución la pretenda la propia Comisión⁵⁴.

La Comunicación ECN utiliza principalmente la expresión de Autoridad «bien situada», considerando como tal a la que reúna la totalidad de los siguientes requisitos:

⁵¹ Cfr. Punto 6 Comunicación ECN.

⁵² En este paréntesis, el punto 6 de la Comunicación ECN se remite a los puntos 8 a 15 de la misma.

⁵³ Como recuerda FOLGUERA, el Reglamento 1/2003 no establece normas que regulen con carácter imperativo el reparto de asuntos entre la Comisión y las Autoridades nacionales de la competencia, sino que opta porque éste se decida de forma consensada y flexible en el seno de la propia REC (ECN) (FOLGUERA CRESPO, J.: «El concepto de autoridad bien situada y la cooperación en el seno de la red de autoridades de competencia», en MARTÍNEZ LAGE, S./PETITBÓ, J. A. (Dirs.): *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y la Unión Europea*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005, pp. 209 a 226; en concreto, p. 214. Respecto de los casos de cártel en que se apreció afectación del mercado intracomunitario examinados por la CNC desde su creación y en los que se consideró que ésta era la Autoridad mejor situada, vid. CORTI VARELA, J.: «Tipología de cárteles un estudio de los 20 casos resueltos por la CNC y la CNMC», en el Capítulo 3 de la presente obra.

⁵⁴ Comunicación ECN, punto 8 in fine: «9. Estos criterios indican que debe existir un vínculo material entre la infracción y el territorio de un Estado miembro para que se considere bien situada a la autoridad de competencia de dicho Estado. Puede esperarse que, en la mayoría de los casos, las autoridades de los Estados miembros donde la competencia se ve afectada apreciablemente por una infracción estarán bien situadas, siempre que puedan poner fin efectivamente a la infracción, a través de acciones individuales o concurrentes, a menos que la Comisión esté mejor situada (véanse los puntos 14 y 15). El subrayado es nuestro.

1. *que el acuerdo o práctica tenga efectos reales o previsibles, directos y sustanciales, sobre la competencia en su territorio, se ejecute en su territorio o proceda del mismo;*
2. *que la autoridad pueda poner efectivamente fin a toda la infracción, es decir, pueda ordenar el cese de la misma de modo que se ponga fin a la infracción y pueda, en su caso, sancionarla adecuadamente;*
3. *que pueda reunir, posiblemente con la ayuda de otras autoridades, las pruebas requeridas para probar la infracción»⁵⁵.*

Pero tal condición puede recaer en la propia Comisión, que sería en este caso, siguiendo la terminología de la propia Comunicación ECN, la «mejor situada». Así, la Comisión se considera «particularmente bien situada» (es la «mejor situada»):

- 1.º *Cuando «uno o varios acuerdos o prácticas, incluidas las redes de acuerdos o prácticas similares, tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales)⁵⁶.*
- 2.º *Cuando el asunto «está estrechamente ligado a otras disposiciones comunitarias cuya aplicación esté reservada a su competencia exclusiva [la de la Comisión] o cuya aplicación por la Comisión redunde en una mayor eficacia, así como en los casos en que el interés comunitario requiera la adopción de una decisión de la Comisión para, a raíz de la*

⁵⁵ Cuando se aprecie la posible afectación del mercado intracomunitario en relación con conductas que puedan infringirlos artículos 101 y/o 102 TFUE, se deberá dar traslado del caso a la REC en cuyo seno se producen los contactos informales entre la Comisión y las ANC que resultarán en la asignación del caso. No obstante, el carácter confidencial de estos contactos, como en general de los diversos instrumentos de coordinación (tanto los previstos en el Reglamento 1/2002, como en la Ley 1/2002), dificulta conocer cuándo y cómo se han producido, aunque se puede deducir su existencia cuando la conducta se haya materializado en más de un Estado miembros. Esta falta de transparencia ha sido apuntada, respecto de los instrumentos de coordinación del Reglamento 1/2003, por Ortiz Blanco, Luis y Lamadrid de Pablo, Alfonso («EU Competition...», op. cit., pp. 97 y 98, con sus correspondientes notas), quienes se hacen eco de la opinión de los interesados en los expedientes que apuntan, frente a la complacencia de la Comisión, que dicha laguna provoca que sus opiniones al respecto sean de carácter básicamente «abstracto» y como en el concreto tema de la asignación de casos, sería más conveniente un sistema que determinara con mayor certidumbre la autoridad competente para conocer del caso. Debemos señalar en este punto que si bien compartimos la primera afirmación, manifestamos nuestras dudas acerca del segundo aspecto, pues la flexibilidad del sistema es una de sus virtudes y la posibilidad de que la Comisión se asigne aquellos casos que considere de interés trata, precisamente, de mantener cierto equilibrio.

⁵⁶ Cfr. Punto 14 de la Comunicación ECN. La propia Comunicación ECN, dado su carácter de soft law, se permite dar varios ejemplos de esta situación.

aparición de un problema de competencia nuevo, desarrollar la política comunitaria de competencia o para velar por su observancia efectiva.»⁵⁷

Este sistema implica, en consecuencia, que la competencia para conocer del posible ilícito antitrust corresponderá, en principio, a la Autoridad o Autoridades mejor situadas; si bien la norma reserva a favor de la Comisión, de forma más o menos pautada, la posibilidad de avocar para sí el asunto.

Así se establece en el artículo 11.6 del Reglamento 1/2003⁵⁸, en el que, tras formular el principio general de que la Comisión y las ANC «aplicarán las normas de competencia comunitarias en estrecha colaboración.»⁵⁹

Y al exponer los medios de información recíproca que se establecen, afirma que la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión priva a las ANC de su competencia para aplicar los artículos 101 y 102 TFUE; si bien, si una ANC estuviera actuando ya en un asunto, la Comisión «únicamente incoaría el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia.»⁶⁰

Al mismo tiempo, la ECN ha aprobado diversos documentos de interés, como el ECN Model Leniency Programme, cuya primera versión data de septiembre de 2006⁶¹, así como diversas Recomendaciones⁶², en temas como los poderes de investigación, procedimientos para recabar pruebas en formato digital, entre otras.

Se trata, en suma, de un sistema que ha venido funcionando de manera satisfactoria, al permitir a la Comisión centrarse en los casos más complejos e importantes, por lo general de dimensión internacional (Microsoft, Intel, Google, entre otros), sin que otras prácticas (sean acuerdos o abusos) hayan quedado sin persecución, al intensificarse la labor investigadora y represora de las ANC, ejerciendo el poder que se les ha reconocido desde el 1 de mayo de 2004⁶³.

⁵⁷ Cfr. Punto 15 de la Comunicación ECN.

⁵⁸ Bajo el expresivo epígrafe de «Cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros», del que se infiere que la Comisión asume el expediente cuando sus peculiares características lo hagan aconsejable.

⁵⁹ Artículo 11.1 Reglamento 1/2003.

⁶⁰ La facultad de la Comisión para avocar un caso persiste hasta el momento en que la ANC haya dictado su resolución definitiva; si bien, es requisito ineludible que la Comisión haya procedido a su incoación.

⁶¹ La última versión data de noviembre de 2012. Texto disponible en: http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf

⁶² Las Recomendaciones de la ECN pueden descargarse en: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>

⁶³ Un examen exhaustivo de los primeros años de funcionamiento de la ECN puede verse en LÓPEZ GÁLVEZ, I., «La red española de autoridades ECN. Dos años de cooperación en la aplicación de las normas de competencia», *AdC*, n° 1, 2006, pp. 39 a 58.

Idioma: español

4. LA RED ESPAÑOLA DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA Y SU FUTURO

La Red Española de Autoridades de Competencia, como veremos en breve, parte de una situación claramente diferente y, a nuestro juicio, mucho mejor, que la que se prevé en el ámbito interno español, donde el principio de descentralización se combina acertadamente con el de eficacia, en beneficio del interés general del correcto y buen funcionamiento del sistema.

4.1. *La aplicación descentralizada de la competencia en España*

La aplicación descentralizada del Derecho español de la competencia se suscitó ya durante la tramitación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, primera ley de competencia adoptada tras la aprobación de la Constitución de 1978. Sin embargo, dicha competencia no fue reconocida entonces. Hubo que esperar a que diez años después, el Tribunal Constitucional, en su STC 208/1999, declarara la inconstitucionalidad de determinados aspectos de la Ley 16/1989⁶⁴, afirmando que las Comunidades Autónomas disponían de competencia ejecutiva para aplicar, bajo ciertos parámetros, la legislación nacional de competencia.

En este contexto, similar, que no igual al de la Unión Europea, de la aplicación descentralizada de la normativa nacional de competencia, se produce la aprobación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia (en adelante Ley 1/2002), que siguiendo las indicaciones del TC respecto al desarrollo ulterior por el legislador estatal de los criterios de

⁶⁴ El proceso arranca con la controvertida STC nº 208/1999, de 11 de noviembre [Publicada en el BOE de 16 de diciembre de 1999, nº 300 (suplemento) y, su rectificación posterior, en el BOE de 14 de abril de 2000, nº 90 (suplemento)]. El TC declaró la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», contenida en la versión originaria de la ya derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por desconocer las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de «comercio interior». La descentralización de la aplicación del derecho de la Competencia en España es un tema al que hemos dedicado especial atención. A este respecto, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: La reforma del sistema español de defensa de la competencia: La descentralización administrativa de la aplicación del Derecho de la competencia en España, Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia, Nº 22, CEU Ediciones, 2006. <http://hdl.handle.net/10637/3057>, «Defensa de la Competencia y Comunidades Autónomas», en Beneyto, J. M. y Mailló, J. (eds): *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 61 a 107 y más recientemente, «Descentralización y eficiencia en la protección de los consumidores y la competencia: el caso español», *Revista de Derecho de la Competencia*, CEDEC, vol. 10, nº 14, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Bogotá, 2014, pp. 207 a 233.

asignación, estableció las «reglas de juego» en las que dicha aplicación descentralizada debía desenvolverse. La Ley 1/2002 optó frente al modelo claramente definido del Reglamento 1/2003 y la ECN, sobre la base de competencias concurrentes, por el más rígido de las competencias excluyentes, impulsando, al mismo tiempo, instrumentos para llevar a cabo la imprescindible coordinación que la aplicación descentralizada exige.

Como ya podemos adelantar, a nuestro juicio, el diseño institucional resulta mucho más rígido e ineficiente, propiciando conflicto de atribución, superados en la experiencia española con importantes dosis de lealtad institucional, pero que no ocultan el hecho principal de que un sistema de competencias excluyentes permite a las partes impugnar la asignación efectuada, incluso aunque no hubiera existido conflicto sino consenso entre las administraciones potencialmente competentes, lo que resta eficacia al sistema.

En el sistema de aplicación descentralizada de las normas de competencia españolas no se puede hablar, en puridad, de una verdadera «red de competencia», comparable a la ECN, sino de mecanismos de coordinación y asignación de casos, diseñados en la citada Ley 1/2002, al que se ha añadido a posteriori, una red interna, virtual en sentido propio (electrónica), para tal propósito: la denominada «*Red de Cooperación de los Órganos Competentes en materia de competencia (REC)*».

De este modo, la REC es un simple recurso informático, articulada en el marco de la plataforma de la administración electrónica de la Administración General del Estado (AGE), gestionado por el Centro de Recursos de Comunicación e Información para Administraciones, Empresas y Ciudadanos (CIRCABC)⁶⁵.

La REC es, en definitiva, como se recoge en un documento de la propia CNC⁶⁶, «*un espacio común de intercambio de información que permite la comunicación y coordinación fluida y permanente entre todas las autoridades de competencia de las distintas Administraciones (Estatal y autonómica)*».

Para la actualización de este «*espacio común de intercambio de información*» se creó y está en funcionamiento desde 2008⁶⁷ un Grupo de Trabajo, de los creados en el seno del Consejo de Defensa de la Competencia.

⁶⁵ La administración electrónica de la AGE se apoya en Portal de la Administración Electrónica en la dirección <http://administracionelectronica.gob.es/> gestionada técnicamente por el CIRCABC.

⁶⁶ CNC, *Aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia 2008-2012*, p. 41. http://www.cncompetencia.es/Portals/0/PDFs/Docs/CNC-informe%20autonom%C3%ADas5_indexado.pdf

⁶⁷ En la reunión del Consejo de Defensa de la Competencia, de 19 de diciembre de 2008 se creó el «Grupo de actualización y mantenimiento de la Red de Cooperación de los

Es, precisamente este organismo, el Consejo de Defensa de la Competencia, el único en sentido estricto (formalmente «no virtual»), que reúne a todas las autoridades españolas de competencia (la actual CNMC y las Comunidades Autónomas), en el que se puede identificar, de forma muy desdibujada lo que el *Libro Blanco*, que precedió la modélica aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, denominó en su día, enfáticamente, el *Sistema Español de Defensa de la Competencia*⁶⁸.

Vamos a hacer un breve examen crítico y constructivo tanto del sistema de competencia excluyente, como del funcionamiento del Consejo de Defensa de la Competencia.

4.2. *La REC en un sistema de competencias excluyentes: la necesidad de señalar a la autoridad mejor situada*

Frente al modelo de «competencias compartidas» del Reglamento 1/2003, en el que la asignación de casos pivota sobre la base de la autoridad «mejor situada», que no excluye ni la atribución compartida ni la posible avocación por la Comisión Europea, la Ley 1/2002 consagra un sistema de «competencias excluyentes», que no fue alterado tras la aprobación de la vigente LDC, ni tras la creación de la CNMC, desaprovechándose en ambas ocasiones la oportunidad de incorporar su texto a la nueva norma y de flexibilizar el rígido sistema de asignación de casos previsto en aquélla⁶⁹.

En consecuencia y desde una perspectiva práctica, el principio de «competencias excluyentes» veta, por una parte, la posibilidad de que las Autoridades Autonómicas puedan conocer de la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, que se reserva en exclusiva a la CNMC y, por otro, delimita a partir de unos puntos de conexión⁷⁰, el reparto de competencias entre la

Órganos Competentes en materia de competencia». CNC, *Aplicación de la Ley 1/2002...*, op. cit. p. 41.

⁶⁸ Cfr. *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, Ministerio de Economía y Hacienda, 20 de enero de 2005. Disponible en: http://www.cncompetencia.es/tabid/76/Default.aspx?EntryId=11366&Command=Core_Download&Method=attachment

⁶⁹ No obstante debe reconocerse que la LDC corrigió uno de los rasgos más evidentes de la Ley 1/2002 que era la existencia de notables asimetrías entre las exigencias impuestas al, por aquel entonces SDC, y las requeridas a los órganos autonómicos en materia de competencia. A través de la reforma del Artículo 5.Dos, letra b), de la Ley 1/2002, introducida por la LDC, estos desequilibrios son corregidos de forma sencilla, superando el absurdo de que las Comunidades Autónomas hubieran de mandar copia de todas las denuncias y el SDC únicamente nota sucinta.

⁷⁰ La CNC primero y hoy la CNMC han publicado los resultados de la aplicación de estos puntos de conexión en sucesivos informes: CNC: *Aplicación de la Ley 1/2002, de 21*

CNMC y los órganos autonómicos de defensa de la competencia allí donde están constituidos, respecto de los casos «nacionales» (sin incidencia comunitaria)⁷¹.

Esta atribución exclusiva a la CNMC de los casos de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE se mantuvo tanto con la aprobación de la LDC como tras la creación de la CNMC en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Únicamente, y como ya se preveía en la LDC, la hoy Dirección de Competencia de la CNMC podrá recabar un informe del órgano autonómico de competencia en cuyo ámbito territorial la conducta incida de forma «significativa»⁷².

La exclusividad se transforma en un reparto excluyente de competencias entre la CNMC y las autoridades autonómicas de competencia cuando la conducta prohibida carece de incidencia europea. En estos casos el sistema que consagra la Ley 1/2002 exige determinar la autoridad competente en función de que sus efectos se circunscriban exclusivamente al ámbito territorial de una Comunidad Autónoma con autoridad de competencia propia o, afecte a más de una Comunidad Autónoma o al conjunto del territorio nacional.

En estos casos, y con escaso margen de maniobra, la Ley 1/2002⁷³ determina el órgano competente para instruir y resolver, con la posible apelación en caso de disenso a la Junta Consultiva en materia de conflictos, cuyo pronunciamiento puede ser recurrido al propio Tribunal Constitucional⁷⁴.

de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia 2008-2012, que incorpora los datos de la edición anterior que recogía el período 2008-2010 y CNMC: *Informe sobre la aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA y novedades*, correspondiente a 2013. Estos informes se pueden consultar en: www.cnmc.es/

⁷¹ La afectación del mercado intracomunitario no siempre resulta pacífica, especialmente cuando la conducta se puede centrar en una parte de un Estado Miembro. Tal es el caso, por ejemplo, de la Resolución 6 de Octubre de 2011, en el Expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez, en el que se cuestionó que el asunto debiera asignarse a la CNC, en detrimento de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, al cuestionarse la afectación intracomunitaria y circunscribirse a una única provincia andaluza. Vid. FD nº 2º. La afectación del mercado intracomunitario y, por ello, la asignación a la CNC y no a la Autoridad andaluza fue respaldada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 15 de octubre de 2012, nº de recurso 608/2011, FD 3º.

⁷² Conforme a lo dispuesto en el artículo 5. Cuarto, de la Ley 1/2002 y del artículo 33.2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RLDC).

⁷³ Esta cuestión es tratada exhaustivamente por GUILLEN CARAMES; J.: «La descentralización...», op. ci., en concreto, pp. 824 a 854.

⁷⁴ Vid. STC Sentencia 71/2012, de 16 de abril de 2012. Conflicto positivo de competencia 7601-2007. Planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid frente al

4.3. *El Consejo de Defensa de la Competencia: acto y potencia*

El Consejo de Defensa de la Competencia (CDC) es creado por la Ley 1/2002, regulándolo en el artículo que dedica a los «Mecanismos de coordinación»⁷⁵.

Al CDC se le atribuye la condición de «órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia».

A pesar de que una lectura rápida y superficial de esta previsión podría inducirnos a pensar que el CDC es un órgano equivalente a la ECN o incluso que tendría una formalidad mayor incluso que aquélla, un examen más detallado nos libra del error.

Ello es así, en buena medida, porque la ECN y el CDC se enmarcan en contextos diferentes y en una también diferente comprensión del principio de descentralización administrativa.

La aprobación de la nueva LDC, a pesar de no integrar el texto de la Ley 1/2002, –lo que como ya hemos señalado reiteradamente hubiera sido lo más adecuado⁷⁶–, modifica las funciones del CDC⁷⁷, al que se apela en diversas ocasiones a lo largo de su articulado.

De acuerdo con la nueva redacción dada al Artículo 5.Uno.3:

«3. El Consejo de Defensa de la Competencia, como órgano de participación y colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, asumirá las siguientes funciones:

a) Realizar el seguimiento periódico de la política de defensa de la competencia por parte de las distintas Administraciones públicas.

b) Promover el intercambio de información y la realización y publicación de estudios en los que se pongan de manifiesto los criterios seguidos

acuerdo del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 31 de mayo de 2007 por el que se mantiene la competencia de dicho órgano sobre el expediente núm. 627-2007, Estación sur de autobuses de Madrid. Competencia estatal para resolver el expediente sancionador al producirse la hipotética desventaja competitiva en la explotación de una línea de transporte internacional, de modo que la práctica restrictiva tendría incidencia supra-autonómica (STC 208/1999). Con voto particular (BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2012).

⁷⁵ Cfr. Artículo 5 Ley 1/2002.

⁷⁶ Vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: *La reforma del sistema español de defensa de la competencia: La descentralización administrativa de la aplicación del Derecho de la competencia en España*, Documento de Trabajo, Serie Política de la Competencia, N° 22, CEU Ediciones, 2006, pp. 13 a 17 y «Defensa de la Competencia y Comunidades Autónomas», en BENEYTO, J. M. y MAILLO, J. (eds): *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 61 a 107; en concreto, p. 72.

⁷⁷ La Disposición Adicional Décima, que se incorpora ex novo al texto del PLDC durante su paso por el Congreso de los Diputados. En el Senado se hizo una pequeña adición para mejorar su redacción.

por las distintas Administraciones en aplicación de la normativa de defensa de la competencia y, en su caso, la necesidad de hacer que éstos sean uniformes.

c) Informar sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a las materias de la defensa de la competencia en las que las Comunidades Autónomas tienen competencias de ejecución.

d) Elaborar directrices sobre la interpretación del apartado 2 del artículo 1 de la presente Ley.»

El único cambio introducido, –y no es nada irrelevante–, afecta a la letra d), que se incorpora al texto del precepto, que sólo recogía las tres funciones anteriores. A partir de ahora descansará sobre el Consejo de Defensa de la Competencia de elaborar directrices sobre la interpretación de los casos en que «*ex lege*» se considere que existe afectación supra-autonómica y, por lo tanto, la competencia es de la Administración General del Estado. Este mecanismo permitirá matizar notablemente los conceptos recogidos en dicho precepto, que serán interpretados por un órgano en el que las Comunidades Autónomas están también representadas.

No debemos pasar por alto que el CDC ha alumbrado diversos grupos de trabajo (obre criterios de asignación, el funcionamiento de la REC y promoción de la competencia); cuyos frutos son, sin duda, interesantes, pero puede sacarse más partido a la estructura ya existente.

Por su parte, las Autoridades Autonómicas de la Competencia han venido impulsando la celebración anual de unas Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia, asumidas en años sucesivos por una de las autoridades autonómicas, con la colaboración de las demás, sobre temas de actualidad en materia de competencia⁷⁸.

Además de estos supuestos, la propia LDC requiere el concurso del Consejo de Defensa de la Competencia en, al menos, tres ocasiones más:

1.º El Artículo 1.5 LDC establece que «*[...] el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional [de los Mercados y] de la Competencia*». Se trata de las conocidas como exenciones por categorías, que al revestir la forma de real de decreto podrían ya considerarse subsumidas en la función c) aludida en la enumeración anterior.

⁷⁸ La última edición, correspondiente a 2014, se desarrolló en Valencia, siendo organizada por la Comisión de Defensa de la Competencia de la Generalitat Valenciana, bajo el título «Nuevos Hechos, Nuevo Derecho de la Competencia». El programa de esta jornada está disponible en: <https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Home/novedades/competencia/2014/Triptico.pdf>

2.º Las Declaraciones de inaplicabilidad, del Artículo 6 LDC, que podrán ser adoptadas, en su caso, por la CNMC, «previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia», que como ya señalamos, debe entenderse como preceptivo, aunque no vinculante y,

3.º Las Comunicaciones de la CNMC, recogidas en la Disposición Adicional Tercera de la LDC, en la que se precisa que «[e]n particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia». Esta audiencia, entendemos que, como en el caso anterior, es preceptivo, pero no vinculante para la CNC.

En todos estos casos, sin embargo, el procedimiento prevé únicamente que el CDC será oído, lo que no implica necesariamente, como ocurre con otros órganos en funciones consultivas, que el CDC emita un informe en sentido estricto, en el que pudiera exponer su posición.

Ello nos llevaría a pensar que podría tratarse de un error de base con que se diseñó el CDC: su composición paritaria AGE y Comunidades Autónomas, con el voto de calidad del presidente del CDC, que lo es, el de la CNMC por exigencia legal⁷⁹. Esta fórmula resta eficacia real al órgano, lo que sería especialmente relevante toda vez que sus pronunciamientos carecen de fuerza vinculante. Es decir, el Gobierno o, en su caso, la CNMC puede resolver lo que estime conveniente dentro de sus competencias, sin que sea preciso que el CDC haya siempre de apoyarlo (por el puro reparto de voto), permitiendo dar algún valor a las opiniones contrarias que, en su caso, se pudieran suscitar en su seno.

5. CONCLUSIONES: HACIA UNA VERDADERA RED ESPAÑOLA DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Lo expuesto hasta ahora nos llama a la reflexión. Dos son, al menos, los puntos débiles del llamado *Sistema Español de Defensa de la Competencia*: el sistema de asignación de casos diseñado sobre la base de «competencias excluyentes» y la inexistencia de una verdadera Red Española de Autoridades de Competencia. Sin embargo, ambos pueden tener solución.

Respecto del primero, el sistema de competencias excluyentes puede mejorarse, si la interpretación constitucional no admite el cambio de fórmula hacia el más eficiente, a nuestro juicio, de las competencias concurrentes.

En este sentido, y como ya tuvimos ocasión de señalar, parecería más razonable admitir una aplicación más «flexible» de este criterio, de tal suerte

⁷⁹ Vid. Orden ECC/2557/2014, de 29 de diciembre, por la que se nombran los miembros del Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia en representación de la Administración General del Estado y su Secretario (BOE Núm. 8, de 9 de enero de 2015).

que la simple existencia de «desbordamientos» del ámbito territorial autonómico; esto es, de intercambios comerciales con otras zonas del territorio nacional, o la existencia de algún establecimiento fuera de la comunidad autónoma de referencia, no debería generar, por sí solo, una alteración de la libre competencia en un ámbito supra-autonómico en el sentido del artículo 1 de la Ley 1/2002.

Por tanto, nos parece razonable interpretar esta norma en el sentido de que la competencia ejecutiva corresponderá al Estado sólo cuando la conducta restrictiva afecte de forma significativa a un mercado supra-autonómico o al conjunto del mercado nacional.

La vía sería admitir que el desbordamiento debería ser sensible o significativo, concepto ya presente en el ordenamiento español en textos como la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, que resulta de aplicación a las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el «territorio de varias Comunidades Autónomas», excepto cuando en una de ellas se desenvuelva «con carácter principal», caso en el que la cooperativa quedaría sometida a la legislación específica de la correspondiente Comunidad Autónoma⁸⁰.

Esta idea se podría combinar con la atribución de una competencia general a la CNMC que podría asumir la competencia de aquellos casos autonómicos cuya importancia o especial complejidad podría superar la capacidad de actuación de la correspondiente autoridad autonómica.

Otra fórmula podría ser, como ya se ha sugerido⁸¹, tomar como punto de partida la Ley de la Competencia alemana, estableciendo como único punto de conexión el efecto territorial de la conducta (artículo 48.2) pero con un mecanismo de flexibilidad: que permite a la autoridad regional ceder un asunto a la autoridad central (artículo 49.3), y el caso inverso, si ninguna otra autoridad regional se opone (artículo 49.4). Asimismo, y como nos recuerda este mismo autor, los tribunales alemanes exigen que el efecto sea 'sustancial'; término equivalente al de afectación sensible o significativa al que ya aludimos.

⁸⁰ Esta interpretación ha sido defendida por COSTAS COMESAÑA, J.: «La descentralización del Derecho español de defensa de la competencia: Una visión crítica de la STC 308/99 y la Ley de coordinación», en el marco del Encuentro sobre el presente y el futuro del sistema comunitario y español de defensa de la competencia, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, sede de Galicia, celebrado en Pontevedra, los días 12 a 14 de julio de 2006, de quien tomamos esta idea y que consideramos plenamente vigente y asumible.

⁸¹ En este sentido, BERASATEGI, J., «Defensa de la competencia descentralizada», *el Diario Cinco Días*, del 19-10-2006. Este breve, pero interesante artículo, cuyo contenido desconocemos si ha publicado con mayor detalle en algún otro sitio, puede descargarse en http://cincodias.com/cincodias/2006/10/19/economia/1161370547_850215.html

Para ello sería preciso modificar la Ley 1/2002, circunstancia que podría aprovecharse para incorporar la nueva redacción a la vigente LDC, aprovechando los huecos que en su articulado ha dejado la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Esta solución técnica implicaría derogar la actual Ley 1/2002 y dotar de pleno contenido a la LDC, al incorporar una cuestión de tanta transcendencia como la relativa al reparto competencia.

El segundo gran tema sería crear una verdadera Red Española de Autoridades de Competencia. En este punto el sistema español es más avanzado que el europeo, aunque sus resultados han demostrado que podría ser más eficiente. El punto de partida sería el Consejo de Defensa de la Competencia, órgano del que carece propiamente la ECN.

Sería necesario reformularlo, tanto en su composición, artificialmente paritaria y con una presidencia *ex lege*, como en sus funciones y sacar mayor partido a la red virtual CIRCBAC, cuya dimensión pública debería potenciarse y abrirse al público del mismo modo que lo está la ICN o la ECN. Dando ahí la idea de un verdadero sistema integrado de autoridades de competencia españolas que, desde sus respectivas competencias, trabajan en un objetivo común: el fortalecimiento de la competencia en el mercado español.

Esta idea debe presidir también la intervención de la CNMC en los expedientes autonómicos, reemplazando, posiblemente, su consideración de parte interesada por la legitimación para acudir a la vía contenciosa, en caso de desacuerdo, por un sistema de *Amicus Curiae*, como ocurre en las relaciones entre la Comisión Europea y las ANC, respecto de los expedientes en los que la autoridad «mejor situada» es la ANC.

El reparto de competencia actual, y ello no tendría porque cambiar, no establece una jerarquía entre la CNMC y las Autoridades Autonómicas de Competencia, sino de igualdad en sus respectivos ámbitos de actuación. De ello se sigue que la única capacidad unificadora, en puridad, procede de los tribunales y no de la CNMC, cuyos criterios, entendemos, no son inamovibles, ni los únicos posibles, por lo que no se deberían excluir criterios alternativos, al menos, mientras los tribunales no se pronuncien al respecto.

De este modo tendríamos una verdadera red, creíble y capaz. Todo es ponerse a ello.

TITLE: The «Spanish competition authorities network»: the opportunities of a decentralized system to grow up in efficiency.

RESUMEN: El presente trabajo analiza el papel de las redes de competencia en una eficiente aplicación de las normas antitrust con la perspectiva de lograr un marco normativo de carácter internacional, sin que deba descartarse la posibilidad de llegar al consenso necesario para articular

una autoridad capaz de resolver eventuales conflictos de dimensión internacional.

Su estudio conjunto nos permitirá no sólo conocerlas mejor, sino aprender de su experiencia, con el propósito de configurar del modo más eficiente posible una verdadera Red Española de Autoridades de Competencia.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Competencia, Organización Mundial del Comercio (OMC), Red Internacional de Competencia (RIC), Red Europea de Competencia (REC).

ABSTRACT: This paper analyzes the role of competition networks in an efficient application of antitrust rules with a view to achieving international regulatory framework, without sprading out the possibility of reaching consensus necessary to articulate an authority able to resolve any conflicts with an international dimension.

Their joint study will allow us not only to know them better, but to learn from their experience, in order to set the most efficient manner possible a true Spanish Network of Competition Authorities.

KEY WORDS: Competition Law, antitrust Law, World Trade Organizatrion (WTO), International Competition Network (ICN), European Competition Network (ECN).

RECIBIDO: 15.05.2015

ACEPTADO: 29.05.2015

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL EN LA AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA. EL CASO PINOSOLO¹

Guillermo Aranzabe Pablos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES DEL CASO. 3. CONCURSO PÚBLICO DEL «COMPLEJO DEPORTIVO PINOSOLO». 4. DENUNCIA. 5. RESOLUCIÓN DEL CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA (CVC). 5.1. *Prueba de presunciones.* 5.1.1. *Similitud de planos.* 5.1.2. *Similitud de archivos.* 5.1.3. *Facturas emitidas por PUJOL.* 5.2. *Subsunción de las conductas en el artículo 1.1 de la LDC.* 5.2.1 *Existencia de una concertación.* 5.2.2 *Existencia de un falseamiento de la competencia en el mercado.* 5.2.3 *Conclusión.* 5.3. *Subsunción de las conductas en el artículo 3 de la LDC.* 5.3.1. *El comportamiento de las empresas como acto de competencia desleal.* 5.3.2. *Falseamiento de la competencia.* 5.3.3. *Afectación al interés público.* 5.3.4 *Conclusión.* 5.4. *Concurrencia de infracciones.* 5.5. *Sanción.* 6. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo analiza un caso examinado en la Autoridad Vasca de la Competencia por infracción a la normativa reguladora de la defensa de la competencia.

¹ Resolución CVC 05/2012, asunto CONCURSO PINOSOLO. http://www.competencia.euskadi.net/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/concurso%20pinosolo%20pdd.pdf

El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante, CVC)² ha considerado probado en su Resolución de 21 de mayo de 2013 que esta infracción se cometió en el seno de una licitación pública convocada por una administración local para la construcción de una infraestructura deportiva³.

Me propongo, por tanto, exponer los elementos relevantes del caso y explicar los argumentos utilizados por el Consejo Vasco de la Competencia para declarar probada la comisión de la infracción.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

El 26 de diciembre de 2006, el Ayuntamiento de Leioa (Bizkaia) adjudicó una licitación pública referente al contrato de redacción de proyectos y dirección de obras de urbanización en el municipio de Leioa. La adjudicación se hizo a favor de la empresa ARCAIN INGENIERIA y ARQUITECTURA S.L. (en adelante, ARCAIN) y otras dos empresas más.

La adjudicación del referido contrato implicaba que Ayuntamiento de Leioa encargaría una serie de labores de consultoría y asesoramiento a ARCAIN en relación a tres actuaciones urbanísticas a realizar en el área de Pinosolo-Torresolo: un polideportivo denominado «Complejo Deportivo Pinosolo», una instalación de ola artificial y una zona lúdico-deportiva exterior. Las encomiendas se separaron en el tiempo y fueron de diferente entidad.

Así, respecto del concurso del «Complejo Deportivo Pinosolo» se le encomendó la consultoría y asistencia técnica en la ejecución de labores previas (tales como trabajos de campo, estudio de necesidades y fórmulas de contratación, elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas), así como se le hizo parte de la Comisión Evaluadora que prestaría asistencia técnica al Consejo de Administración de LEIOA KIROIAK S.A.U. (en adelante, LEIOA KIROIAK)⁴ en la adjudicación del concurso del «Complejo Deportivo Pinoso-

² Órgano resolutor de la Autoridad Vasca de la Competencia. Está compuesto por las siguientes personas: Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Presidente; Dña. Natividad Goñi Urriza, Vocal; y D. Rafael Iturriaga Nieva, Vocal.

³ La Resolución en cuestión ha sido objeto de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, no habiéndose emitido pronunciamiento judicial hasta la fecha.

⁴ Sociedad mercantil unipersonal de titularidad del Ayuntamiento de Leioa, cuyo objeto social consiste en realizar estudios, proyectar, construir, conservar, mantener, financiar y explotar, por sí misma o por terceros, las instalaciones deportivas que se le encomiendan por el Ayuntamiento.

Fue constituida el 16 de julio de 2008 en el momento de abordar el desarrollo urbanístico de la zona de Pinosolo-Torresolo en lo que se refiere a la proyección y edificación de los equipamientos deportivos previstos.

lo», lo que supone asignar a ARCAIN dos de los tres miembros de la Comisión Evaluadora (55% de la puntuación total de los criterios de adjudicación).

Respecto de la Instalación «Ola Artificial», se encomendó a ARCAIN la redacción del proyecto y dirección de la obra. Asimismo, respecto de la «Zona lúdico-deportiva» exterior, se encomendó a ARCAIN la redacción del proyecto básico y la dirección de la obra.

3. CONCURSO PÚBLICO DEL «COMPLEJO DEPORTIVO PINOSOLO»

LEIOA KIROLAK convocó el 29 de agosto de 2009 la licitación pública para la redacción de proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del «Complejo Deportivo Pinosolo» con un presupuesto de 50.191.363,50 euros.

El Consejo de Administración de LEIOA KIROLAK acordó recabar el asesoramiento técnico que considerase oportuno para informar las ofertas del concurso del «Complejo Deportivo Pinosolo». Se acordó crear una Comisión Evaluadora y, para constituirla, se contrataron los servicios de una empresa experta en lo relativo a la ingeniería y la arquitectura, así como los servicios de un experto en gestión y funcionalidad. Esas empresas expertas resultaron ser ARCAIN (que, en su labor de consultoría, aportó dos técnicos) y AFP GRUPO (que aportó uno).

El 8 de febrero de 2010 la Comisión Evaluadora emitió su propuesta de adjudicación del concurso «Complejo Deportivo Pinosolo». El resultado emitido por la Comisión situaba en primer lugar por puntuación total a la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ.

El 10 de febrero de 2010 el Consejo de Administración de LEIOA KIROLAK aprobó el acuerdo sobre la adjudicación provisional del concurso del «Complejo Deportivo Pinosolo» a favor de la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ. Contra dicha adjudicación provisional DGM DE ARQUITECTOS, S.L.P., empresa de arquitectura participante en otra UTE (en adelante, DGM), interpuso recurso especial al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)⁵. Dicho recurso fue estimado parcial-

⁵ «1. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos. No se dará este recurso en relación con los actos dictados en procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 97.

mente el 28 de junio de 2010, anulándose la adjudicación provisional para que, retrotrayendo actuaciones, se procediese a una nueva valoración.

El 15 de julio de 2010 la Comisión Evaluadora emitió un segundo informe de evaluación de las ofertas. En el informe figuraba de nuevo en primer lugar por puntuación total la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ.

El 20 de julio de 2010 el Consejo de Administración de LEIOA KIROLAK aprobó el acuerdo sobre nueva adjudicación provisional del concurso «Complejo Deportivo Pinosolo» a favor de la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ.

Contra esta segunda adjudicación provisional DGM interpuso recurso especial al amparo del citado artículo 37 de la LCSP. Dicho recurso fue estimado parcialmente el 12 de noviembre de 2010, anulándose nuevamente la adjudicación provisional. A juicio del Consejo de Administración de LEIOA KIROLAK, no había estado completamente garantizada la imparcialidad y transparencia de la valoración realizada para acordar la adjudicación provisional. Por ello, se estableció de nuevo la obligación de retrotraer las actuaciones y realizar una nueva valoración por una Comisión Evaluadora diferente.

El 23 de diciembre de 2010, por Resolución del Presidente del Consejo de Administración de LEIOA KIROLAK, se designó la segunda Comisión Evaluadora para el concurso del «Complejo Deportivo Pinosolo». La nueva Comisión estuvo formada por un representante de cada una de las siguientes empresas: BM² ARQUITECTOS, S.C.-MNB; ABC-DEF; E IDEA & DIMENSIONA, SLP.

El 11 de febrero de 2011, el Consejo de Administración de LEIOA KIROLAK aprobó el acuerdo sobre la adjudicación definitiva del concurso del «Complejo Deportivo Pinosolo» a favor de la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ.

En julio de 2012, el Ayuntamiento de Leioa renunció a la construcción del «Complejo Deportivo Pinosolo» y rescindió el contrato suscrito con la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ.

4. DENUNCIA

El 24 de enero de 2011 DGM presentó denuncia ante el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia⁶. En la denuncia se alegó que se habría producido

2. Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

(...)

⁶ Antiguo órgano instructor en materia de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Extinguido en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia.

un intercambio de información entre ARCAIN y la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ, de la que formaban parte AROS ESTUDIO DE ARQUITECTURA, S.A. (en adelante, AROS) y EXCAVACIONES VIUDA DE SAINZ, S.A. (en adelante VIUDA DE SAINZ).

A juicio del denunciante, se habría dado una concertación entre ARCAIN y la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ en la que el redactor del proyecto, PUJOL ARQUITECTURA, S.L.P. (en adelante PUJOL), habría jugado un papel decisivo. La concertación tendría como objetivo la adjudicación del concurso del «Complejo Deportivo Pinosolo» a la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ y se habría instrumentado mediante tres elementos: un intercambio de información previa sobre los pliegos del concurso y sobre la oferta de la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ; una sobrevaloración de la oferta de la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ; y una infravaloración de la oferta de la UTE del denunciante.

Con relación al intercambio de información el denunciante aportó como prueba un CD (en adelante CD1) que recogía el proyecto técnico que ARCAIN había realizado para la actuación urbanística de la Instalación «Ola Artificial». El CD1 contenía, junto con la información referida a la Instalación «Ola Artificial» que debía hacerse disponible para todos los licitadores en el concurso del «Complejo Deportivo Pinosolo» (en aras de conseguir coherencia entre los proyectos), un plano de las cubiertas que correspondía precisamente a la actuación urbanística en el «Complejo Deportivo Pinosolo».

Ese plano (que según informe técnico presentado por la denunciante provendría del proyecto técnico redactado por PUJOL) se presentó posteriormente por la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ a la licitación del «Complejo Deportivo Pinosolo». Es decir, según el denunciante, se le habrían entregado los planos de la UTE que resultaría adjudicataria de la licitación del «Complejo Deportivo Pinosolo» en 2009, durante la fase de preparación del proceso, por parte de la empresa pública encargada de la gestión del proyecto de la Instalación «Ola Artificial», la Sociedad Pública Foral KIROLGINTZAN S.A.⁷ (en la actualidad, AZPIEGITURAK, S.A.⁸) (en adelante KIROLGINTZAN).

Por ello, el denunciante sostuvo que la oferta de la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ no fue secreta, tal y como exige el artículo 129.2 de la LCSP, vigente

⁷ Sociedad constituida en el año 2001, bajo la denominación social de Meaztegi, S.A.U. Posteriormente, en abril de 2006, se cambió la denominación por Kirolgintzan, S.A.U. Tenía como objeto social la planificación, elaboración de proyectos, construcción, conservación, mantenimiento y explotación, de cualquier infraestructura, equipamientos, instalaciones, servicios, complejos edificatorios o bienes destinados a cualquier actividad de carácter deportivo, de esparcimiento o cultural, derivados de acuerdos adoptados por la Diputación Foral de Bizkaia. Se le encargó la gestión del proyecto denominado «Instalación de ola artificial».

⁸ Sociedad Pública Unipersonal de la Diputación Foral de Bizkaia, creada el 6 de julio de 2010 fruto de la fusión de las empresas forales Azpiegitura, S.A.U., Bideak-Bizkaiko Bideak, S.A.U., Kirolgintzan S.A.U y Bizkailur, S.A.U.

en el momento en el que ocurrieron los hechos objeto de denuncia⁹. El denunciante estimó, además, que el acuerdo entre los operadores era apto para restringir la competencia en el citado concurso público.

La denuncia por infracción de la normativa de competencia se presentó contra las mercantiles ARCAIN, AROS, VIUDA DE SAINZ y PUJOL.

5. RESOLUCIÓN DEL CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA (CVC)

5.1. Prueba de presunciones

Para acreditar la existencia de infracción a la normativa de la competencia el CVC empleó la prueba de presunciones basada en los hechos acreditados como probados en el Pliego de Concreción de Hechos emitido por el instructor del expediente sancionador¹⁰.

5.1.1. Similitud de planos

En 2008 el Ayuntamiento de Leioa adjudicó a ARCAIN la redacción del proyecto y dirección de obra de la Instalación «Ola Artificial». Como el proyecto del «Complejo Deportivo Pinosolo» se complementaba con la Instalación «Ola Artificial», se concedió acceso al proyecto de Instalación «Ola Artificial», elaborado por ARCAIN, a todas las empresas que mostraron su intención de presentar ofertas en dicho concurso.

KIROLGINTZAN, en cumplimiento de sus funciones de gestión en el proyecto de la Instalación «Ola Artificial», fue la empresa encargada de entregar

⁹ Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 132 y 166 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo.

¹⁰ La procedencia de la aplicación de la prueba de presunciones en el ámbito del procedimiento sancionador ha sido reiteradamente avalada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Irlanda v. Reino Unido*, STEDH 18 enero 1978; *Angelova v. Bulgaria*, STEDH 13 junio 2002; *Tahsin Acar v. Turquía*, STEDH 8 Abril 2004; *Nachova y otros v. Bulgaria*, STEDH 6 julio 2005; *Virabyan v. Armenia*, STEDH 2 octubre 2012), del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas (*Suiker*, STJCE de 16 de diciembre de 1975; *Materias Colorantes*, STJCE de 14 de julio de 1972; *G. Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG.*, STJCE de 14 de julio de 1981; *Hi-Fi Pioneer*, STJCE de 7 de junio de 1983; *Hasselblad*, STJCE de 21 de febrero de 1984; *Pasta de madera*, STJCE de 31 de marzo de 1993), del Tribunal Constitucional (*SSTC 174/85 y 175/85*, de 17 de diciembre; *STC 150/1987*, de 1 de octubre; *STC 157/98*, de 13 de julio) o del Tribunal Supremo (*STS de 26 de julio de 1985*; *STS de 18 de noviembre de 1986*; *STS de 15 julio de 2002*).

a los interesados la documentación del proyecto. La distribución se hizo en formato CD.

Para ello, el 11 de septiembre de 2008 ARCAIN había entregado a KIROLGINTZAN un CD con la información referente al proyecto de la Instalación «Ola Artificial» (en adelante CD2). En este CD2 constaba el archivo informático denominado *Xref\Copia de proyectado.dwg*. Dicho archivo recogía un plano de cubiertas con cotas detalladas incluidas del que posteriormente debía ser «Complejo Deportivo Pinosolo».

El 2 de octubre de 2008, ARCAIN entregó al Ayuntamiento de Leioa copia en CD del proyecto de la Instalación «Ola Artificial» (en adelante CD3). En ese CD también consta el archivo denominado informáticamente *Xref\Copia de proyectado.dwg* que contiene el mismo plano.

El plano contenido en los CDs 2 y 3 resultó similar a otro presentado por la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ en la licitación del «Complejo Deportivo Pinosolo» en noviembre de 2009 (en adelante CD4).

El CD oficialmente distribuido por KIROLGINTZAN (en adelante CD5) con el proyecto referente a la Instalación «Ola Artificial» es distinto del que ARCAIN le había entregado y no contenía el archivo *Xref\Copia de proyectado.dwg*. Ese CD5 fue entregado por KIROLGINTZAN al resto de empresas participantes en la licitación del «Complejo Deportivo Pinosolo»¹¹.

Una comparación visual de los planos presentados en 2008 por ARCAIN (contenido en el archivo *Xref\Copia de proyectado.dwg* del CD2) y en 2009 por la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ (contenido en el CD4) evidencia una similitud tanto con carácter general como en detalles concretos.

En efecto, la similitud general se podía encontrar tanto en zonas generales (piscina, cubiertas, etc.) como en detalles específicos (forma trapezoidal propuesta para las zonas verdes de la entrada en los dos casos, coloreado de la

¹¹ Dado que los CDs resultaron elementos probatorios relevantes, se incluye una explicación de cada uno de ellos:

- CD1, presentado por DGM en la denuncia;
- CD2, presentado por ARCAIN a KIROLGINTZAN, contiene el proyecto de la Instalación «Ola Artificial» y el archivo «Xref\Copia de proyectado.dwg»;
- CD3, presentado por ARCAIN al Ayuntamiento de Leioa, contiene el proyecto de la Instalación «Ola Artificial» y el archivo «Xref\Copia de proyectado.dwg»;
- CD4, presentado por la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ a la licitación del «Complejo Deportivo Pinosolo», contiene el proyecto que constituye su oferta;
- CD5, oficialmente distribuido por KIROLGINTZAN a los licitadores del «Complejo Deportivo Pinosolo», contiene el proyecto de la Instalación «Ola Artificial», pero no contiene el archivo «Xref\Copia de proyectado.dwg»;
- CD6, oficialmente distribuido por KIROLGINTZAN a DGM ante notario, una vez realizada la primera adjudicación provisional, contiene el proyecto de la Instalación «Ola Artificial», pero no contiene el archivo «Xref\Copia de proyectado.dwg».

zona de la piscina, etc.). Dada tal similitud visual, se procedió a solicitar sendos informes técnicos.

Así, el informe emitido por el Decano del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco Navarro consideró que el plano contenido en el archivo *Xref\Copia de proyectado.dwg* era un encaje volumétrico que incorporaba información muy superior al de un mero esbozo o croquis. Informó, además, que no era, en modo alguno, habitual la fijación de cotas en centímetros en un croquis o encaje volumétrico, a causa del escaso grado de definición que se suele alcanzar en la fase inicial de diseño. Igualmente consideró que no resultaba habitual la fijación de cotas en centímetros en proyectos sometidos a licitación pública. Continuó el informe expresando que las cotas y flechas graficadas reforzaban el criterio de que el plano examinado formaba parte de un documento con mayor desarrollo que un mero croquis o esbozo, y que en el intento material de ocultamiento de la información disponible, no había sido eliminada la capa de dibujo que contenía dichos datos numéricos y gráficos.

A un requerimiento de información realizado por el SVDC a PUJOL, empresa autora del proyecto presentado por la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ, acerca de si el plano contenido en los CDs 2 y 3 era de su autoría, respondió que, si bien no había sido confeccionado por ella, sí observaba que el diseño de una parte de la cubierta presentaba similitudes con planos confeccionados por ella con ocasión de su trabajo con AROS.

Por todo ello, el CVC consideró probado que el plano presentado por ARCAIN en 2008 al Ayuntamiento de Leioa y a KIROLGINTZAN no era un mero esbozo o croquis sino un documento más elaborado que no podía ser considerado como propio de una fase de preparación de una licitación.

5.1.2. Similitud de archivos

En el expediente sancionador instruido a tal efecto, constan varios informes técnicos informáticos que analizan la similitud entre el plano del CD 2 (entregado en 2008 por ARCAIN a KIROLGINTZAN) y el del CD 4 (entregado por la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ en 2009 en la licitación del «Complejo Deportivo Pinosolo»). Dos de los citados informes fueron encargados por el SVDC y otro fue presentado por DGM junto con la denuncia.

De ellos se derivaron las siguientes constataciones: que en los archivos contenidos en ambos CDs existían capas en las que coincidían partes de los nombres¹² y que las «cadenas de caracteres» de algunos de los archivos eran coincidentes (H:\PROYECTES-CONCURSOS\Leioa\).

¹² EST_PRO, EST_REF, FIP_PRO, FIP_VID, Z_AUX, Z_EDIFICACION, Z_PAV, Z_plaza, Z_SIMBOLOGIA, Z_TRA_251, Z_TRA_253, Z_TRA_254, Z_TRA_255, Z_TXT, Z_VEG, Z_VIAL.

Ambas constataciones llevaron a conclusiones semejantes. Como expresaba uno de los informes encargados por el SVDC, «estas coincidencias pueden deberse a que uno de los dos archivos parte de una copia del otro, uno de los archivos toma ciertos elementos directamente del otro, o bien en algún momento del proceso ambos han sido editados en el mismo equipo».

Se dio, asimismo, la circunstancia de que, como reconoció ella misma en la instrucción del expediente, la empresa PUJOL tenía un antiguo directorio denominado PROYECTES-CONCURSOS, dentro del cual existía un subdirectorío en el que guardaba todo lo relacionado con concursos públicos, incluidos los concursos del Ayuntamiento de Leioa.

5.1.3. Facturas emitidas por Pujol

Desde 2008 existían numerosas facturas presentadas por PUJOL a AROS en las que el concepto era «*Concurso Pinosolo en Leioa. Pago a cuenta de honorarios finales*». Las fechas de las citadas facturas eran 23 de julio de 2008, 31 de agosto de 2008, 30 de septiembre de 2008, 30 de octubre de 2008 y 28 de noviembre de 2008. Sin embargo, sólo a partir del 27 de abril de 2011 se formalizó la relación contractual entre PUJOL y la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ.

El 31 de mayo de 2011 la factura presentada a la UTE tenía el concepto de «*Nuevo complejo deportivo Pinosolo en Leioa. Gastos de desplazamiento*» y, finalmente, el concepto de la factura de 3 de junio de 2011 era «*Proyecto básico de arquitectura del complejo deportivo Pinosolo*».

La diferencia de cuantías entre las facturas presentadas a AROS antes de la licitación (93.960 euros) y las posteriores a la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ (846.296 euros) es muy significativa.

En consecuencia, la existencia de 5 facturas emitidas por PUJOL a AROS previas en más de un año a la publicación de la licitación de 2009 puso de manifiesto, a juicio del CVC, que AROS estaba encargando trabajos relacionados con la licitación desde 2008, antes, por tanto, de la fecha en que se hicieron públicas las características de la licitación.

5.2. Subsunción de las conductas en el artículo 1.1 de la LDC¹³

5.2.1 Existencia de una concertación

El artículo 1.1 LDC exige la existencia de una concertación que produzca o pueda producir un falseamiento de la competencia en el mercado.

¹³ «Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional (...).»

Los hechos probados constituyen, a juicio del CVC, indicios suficientes para deducir que esos hechos encuentran su única razón de ser en la existencia de una concertación consistente en un intercambio de información entre AROS y ARCAIN. En su opinión, la concertación entre AROS y ARCAIN implicó una cooperación entre dos empresas que tuvo como objeto la alteración de las condiciones igualitarias en el proceso de contratación pública del concurso del «Complejo Deportivo Pinosolo». Esa coordinación se inició con el intercambio de información previo a la preparación de los pliegos de la licitación y se prolongó al menos hasta la segunda adjudicación provisional en que intervino ARCAIN.

El CVC tuvo en cuenta que la naturaleza de la concertación que se planteó no era entre empresas directamente competidoras, dado que el papel que jugó ARCAIN en la licitación fue el de empresa consultora del Ayuntamiento de Leioa y de LEIOA KIROLAK. No obstante, este hecho no constituyó obstáculo alguno para que la citada práctica fuera considerada como tipificable en el artículo 1.1, si bien fue tenido en cuenta para determinar la gravedad de la conducta, la cual se consideró grave y no muy grave.

5.2.2. Existencia de un falseamiento de la competencia en el mercado

El artículo 1.1 LDC exige, como se ha dicho, la existencia de un falseamiento de la competencia en el mercado. La información intercambiada entre ARCAIN y AROS en el mercado de la licitación era, en opinión del CVC, claramente estratégica y en ningún caso puede resultar equiparable a los contactos que se pueden dar entre licitadores y servicios técnicos y asesores de las entidades públicas, a fin de comprender mejor las características del proyecto licitado. La propia naturaleza de la información intercambiada y el papel que jugaron ambas en la licitación, unido a la relevancia de la garantía del secreto en las licitaciones de concursos públicos, llevaron al CVC a concluir que la concertación tuvo objetivamente aptitud para producir un falseamiento de la competencia que afectó al desarrollo del concurso y por lo tanto al interés público.

En efecto, el intercambio de información previo al concurso del «Complejo Deportivo Pinosolo» invalidó la garantía de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos que establecía el artículo 1 la LCSP¹⁴. Ade-

¹⁴ «La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.»

más dio al traste con la objetividad y la imparcialidad en la adjudicación. Por todas esas razones, el CVC consideró que se había generado un falseamiento de la libre competencia en ese mercado.

5.2.3. Conclusión

El CVC concluyó que el intercambio de información llevado a cabo entre ARCAIN y AROS, empresas no competidoras reales o potenciales en el mismo mercado, pero ambas con capacidad para incidir en el mismo, tuvo por objeto alterar el resultado de la licitación del «Complejo Deportivo Pinosolo» y, por tanto, supuso una infracción del artículo 1.1 de la LDC.

En efecto, el intercambio de información tuvo por objeto falsear, impedir o restringir la competencia en el mercado y objetivamente tuvo aptitud para hacerlo. No fue necesario, por tanto, demostrar la existencia de efectos de dicha conducta. No obstante, quedó acreditado que éstos tuvieron lugar, puesto que AROS ganó la licitación en un proceso viciado en su origen por no haberse respetado las garantías establecidas en la LCSP, habiéndose derivado efectos económicos de tal adjudicación.

5.3. *Subsunición de las conductas en el artículo 3 de la LDC*¹⁵

De acuerdo con el artículo 3 de la LDC, puede producirse falseamiento de la libre competencia por actos desleales, de los que pueden conocer las autoridades de competencia siempre que los actos afecten al interés público.

La doctrina de la extinta Comisión Nacional de la Competencia al respecto exigía la concurrencia de tres requisitos para poder aplicar el artículo 3 de la LDC¹⁶:

- a) La existencia de un comportamiento que pudiera tipificarse como de competencia desleal, para lo cual habría que recurrir a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).
- b) Que dicho comportamiento afectase al interés público, esto es, a la libre competencia en el mercado, que aparece configurada como el bien jurídico protegido por la LDC.
- c) Que la afectación fuera importante, o lo que es lo mismo, que tuviera entidad suficiente como para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado.

¹⁵ «La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.»

¹⁶ Véase por todas la Resolución de 9 de octubre de 1991, Expte. A 13/91, SUVECA.

5.3.1. El comportamiento de las empresas como acto de competencia desleal

El artículo 15.2 de la LCD exige para que un comportamiento sea desleal la infracción de las normas jurídicas reguladoras de la actividad concurrencial¹⁷.

En el caso que nos ocupa, el CVC consideró que la norma reguladora de la actividad concurrencial lo era la LCSP, en concreto en sus artículos 1¹⁸ y 129.2¹⁹. La legislación en materia de contratación de las Administraciones públicas constituye regulación de actividad concurrencial, ya que establece limitaciones a la actividad de provisión de bienes y servicios de la Administración en el mercado y, de este modo, establece un marco de igualdad entre los proveedores de bienes y servicios a la Administración.

El art. 129.2 LCSP obligaba a que las proposiciones de los interesados fueran secretas y a que se establecieran los medios que garantizaran tal carácter hasta el momento de la licitación pública. Para garantizar el secreto, las proposiciones se deben remitir en sobres cerrados y sellados. El quebrantamiento de dicho secreto puede afectar al principio de igualdad entre los licitadores en el proceso contractual. Precisamente el carácter secreto de las ofertas en un concurso pretende evitar situaciones de ventaja competitiva. El nivel de detalle en el procedimiento del desarrollo de las licitaciones busca ser garantista con los derechos de los administrados y proteger el interés general permitiendo a la Administración elegir con objetividad la opción más ventajosa.

La exigencia de separación de las distintas fases del procedimiento de licitación (como la proposición y la oferta propiamente dicha) tienen por objeto permitir una evaluación separada de las distintas cuestiones sin condicionar la valoración de cada parte. Todos estos sistemas tienen el objetivo de garantizar el secreto de la oferta en sí. Dicha garantía está puesta al servicio de la igualdad y de la limpieza en los procedimientos de selección. Esta igualdad y limpieza contribuyen a que la adjudicación se otorgue a la oferta más ventajosa y, por tanto, más pro-competitiva.

El ilícito de la norma concurrencial (LCSP) llevado a cabo por las partes consistió, a juicio del CVC, en la vulneración del deber de secreto en las proposiciones, considerado probado en base a la prueba de presunciones mencionada. En base a tal prueba de presunciones, el CVC consideró acreditado que ARCAIN (responsable de diseñar los pliegos de prescripciones técni-

¹⁷ «Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.»

¹⁸ Ver nota 12.

¹⁹ Ver nota 7.

cas del concurso «Complejo Deportivo Pinosolo» desde 2007) tuvo en su poder, casi un año antes de la apertura del concurso, el plano contenido en el archivo denominado *Xref\Copia de proyectado.dwg* que resultó similar y tenía origen común al que en 2009 sería presentado por la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ para formular su oferta a la licitación. Además ARCAIN facilitó esa información al Ayuntamiento de Leioia (poder adjudicador en última instancia) antes de la apertura (incluso de la redacción) de los pliegos. Las actuaciones de las empresas rompieron completamente, a juicio del CVC, la garantía de objetividad e imparcialidad en la adjudicación del concurso «Complejo Deportivo Pinosolo», vulnerando la esencia de la fórmula de la licitación pública destinada a garantizar tanto la igualdad de los particulares como la obtención por la convocante, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público.

La infracción de la norma concurrencial (LCSP) constituye, además, un acto de competencia desleal subsumible en el párrafo 2º del artículo 15 de la LCD. Dicha vulneración tuvo efectos negativos sobre el funcionamiento concurrencial del mercado y, en concreto, sobre la posición de igualdad de todas las licitadoras en el Concurso «Complejo Deportivo Pinosolo». Debido a la conducta de las dos empresas, el CVC consideró que no había quedado garantizado que el concurso se hubiera decidido empleando criterios de eficiencia.

5.3.2. Falseamiento de la competencia

Para que los hechos puedan ser incardinados en el tipo del artículo 3 de la LDC, resulta necesario que, por la actuación de las empresas, se verifique un falseamiento de la competencia que tenga entidad suficiente como para alterar de forma significativa el desenvolvimiento normal del mercado según la lógica de los hechos económicos. El mercado afectado por el tipo del artículo 3 en relación con una licitación fue considerado por el CVC, de acuerdo con la jurisprudencia, como el de la propia licitación²⁰.

El falseamiento se consideró producido porque los actos llevados a cabo por las empresas tuvieron la consecuencia de situar a una empresa en posición de ventaja, en el sentido de que no estuvo asegurado que su selección se hubiera realizado por criterios objetivos. El acceso al mercado y por tanto la competencia para acceder a él se da únicamente en el momento de la licitación. Es, por tanto, la preparación del proceso (en la que se incluye la definición de los pliegos) y la fase de adjudicación (en la que se incluye el proceso

²⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional SAN de 14 de noviembre de 2005, asunto Eléctrica de Eriste, S.L.

de evaluación de las ofertas) la que permite establecer los diferentes parámetros en los que se generará competencia.

Los elementos que llevaron al CVC a concluir que sí se produjo afectación en el mercado por la competencia se dividieron entre aquéllos que se produjeron durante la preparación de la licitación, en la licitación en sí misma y durante la fase de adjudicación que se extendió hasta la determinación definitiva de la empresa adjudicataria.

Durante la fase de preparación de la licitación, ARCAIN estuvo en posesión, en el momento de la preparación de los pliegos de condiciones técnicas, de un plano similar y que tenía origen común al de una de las empresas que serían licitadoras en el concurso «Complejo Deportivo Pinosolo». Por ello, tuvo la posibilidad, en calidad de asesor cualificado de LEIOA KIROLAK, de influir en los criterios de adjudicación y en la ponderación de cada uno de ellos. De hecho los criterios de adjudicación aprobados por LEIOA KIROLAK otorgaron un número muy elevado de puntos a los siguientes criterios, cuyo cálculo no está sometido a fórmulas matemáticas: 45% a la propuesta técnica presentada y 10% al estudio y conocimiento de la obra (siendo las otras, precio, plazo de redacción del proyecto y plazo de ejecución de la obra). Esos criterios son precisamente aquellos donde caben más elementos de subjetividad en el examen de las propuestas.

En la fase de evaluación dos elementos fueron tenidos en cuenta por el CVC. El primero fue que ARCAIN participó en las dos primeras comisiones de evaluación. LEIOA KIROLAK consideró que «no había estado completamente garantizada la imparcialidad y transparencia de la valoración realizada para acordar la adjudicación provisional» y anuló el resultado en dos casos (ante sendos recursos de la denunciante).

Del análisis de la primera adjudicación, el CVC dedujo que habían sido los elementos integrantes de la valoración técnica –en la que participó ARCAIN con dos de los tres votos de la Comisión Evaluadora– los que habían establecido diferencias entre la puntuación obtenida por las distintas empresas licitadoras. La puntuación obtenida por todas las empresas licitadoras en los tres criterios restantes (precio, plazo de redacción y plazo de ejecución) fue idéntica, por lo que, en la práctica, ARCAIN tuvo un peso decisivo en la evaluación.

El CVC no desconoció que existió una tercera Comisión Evaluadora que también consideró que la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ debía recibir más puntuación que las demás, pero este hecho no tuvo entidad como para desvirtuar las conclusiones, teniendo en cuenta todos los elementos previos a la evaluación, los cuales podrían dejar poco margen de actuación a las empresas que participasen en la evaluación posterior.

El segundo elemento tenido en cuenta por el CVC fue que, al seleccionar a una de las licitantes frente a las demás se estaba produciendo una selección

de la empresa que ocuparía en exclusiva el mercado relevante y se estaba eliminando del mismo a sus competidoras. Si esa selección se realiza sin alterar las reglas de la normativa de contratos y de la normativa de competencia, no merece reproche alguno, dado que la empresa más eficiente es la que ocupa el mercado en aras de la eficacia. En otro caso, la alteración de la competencia resulta evidente, dado que, en el caso examinado, la práctica llevada a cabo implicó que una empresa, prevaliéndose de una práctica ilegal, obtuvo una ventaja competitiva que eliminó a sus competidoras del mercado.

5.3.3. Afectación al interés público

El CVC, al examinar la afectación al interés público, tuvo en cuenta que el concurso del «Complejo Deportivo Pinosolo» alcanzó un valor superior a los 50 millones de euros. Pero además, desde un punto de vista cualitativo, consideró que nos encontrábamos ante una licitación pública y que el conocimiento por parte de ARCAIN del plano de la UTE AROS-VIUDA DE SAINZ antes de la preparación de los pliegos del concurso era un comportamiento que causó una grave perturbación en el principio de igualdad de trato y libre concurrencia en el mencionado concurso.

Siguiendo la jurisprudencia en materia de competencia, el CVC concluyó que «la afectación del interés público no está ligada al tamaño de la infracción o del mercado en el que se lleva a cabo sino que debe tenerse en cuenta la dimensión del acto de competencia desleal que provoca el falseamiento de la libre competencia²¹.

Por ello, el CVC concluyó que el interés público exige que siempre quede garantizado un proceso concursal en el que las empresas capaces de realizar la oferta más ventajosa sean las adjudicatarias de la licitación pública.

5.3.4. Conclusión

El CVC concluyó que las actuaciones llevadas a cabo por ARCAIN y AROS constituyeron una infracción del artículo 129.2 de la LCSP por vulneración del deber de secreto. Esa vulneración llevó consigo una vulneración del artículo 15.2 de la LCD en la medida en que se derivó de ella la infracción de normas jurídicas que tienen por objeto la regulación de la actividad concursal. Teniendo en cuenta que esa competencia desleal supuso una grave afectación a la competencia y tuvo acreditadas implicaciones de interés público, se generó una infracción del artículo 3 de la LDC.

²¹ *Íbidem*.

5.4. *Concurrencia de infracciones*

El CVC consideró, en consecuencia, que la conducta llevada a cabo por las empresas ARCAIN y AROS era susceptible de vulnerar no sólo el artículo 1.1 de la LDC, sino también el artículo 3.

La concurrencia de dos ilícitos es clara al analizar los preceptos citados. Los bienes jurídicamente protegidos por ambos preceptos coinciden, dado que en la LDC existe un único bien jurídicamente protegido, que es la libre competencia. Por ello, independientemente de que existan dos infracciones en las que puedan ser subsumibles los hechos probados, y dado que los mismos constituían una unidad, el CVC, para evitar vulnerar el principio *non bis in idem*, procedió a imponer una única sanción.

5.5. *Sanción*

El CVC consideró acreditado que AROS y ARCAIN participaron en dos infracciones graves, típicas, antijurídicas y culpables y que su responsabilidad no había prescrito²².

Para el cálculo de las sanciones tuvo en cuenta la gravedad de la infracción. El artículo 63.1.b) de la LDC establece que en el caso de las infracciones graves la sanción que puede imponerse puede alcanzar el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

En el caso de ARCAIN, dada su labor de consultor externo de la Administración en la licitación pública y dada su capacidad de influencia en la afectación a la competencia, el CVC consideró que existía una agravante muy cualificada, por lo que le impuso una sanción de multa de 89.000 euros.

En el caso de AROS, la sanción de multa impuesta ascendió a 45.000 euros.

²² Asimismo, consideró que debía absolver a las empresas PUJOL y VIUDA DE SAINZ.

Así, el CVC consideró que no se podía deducir la participación de PUJOL en las conductas constitutivas de infracción del artículo 1.1 LDC ni del 3 LDC.

Con relación a VIUDA DE SAINZ, el CVC consideró que no se había acreditado su participación en las conductas constitutivas de infracción del artículo 1.1 LDC. Respecto de su participación en la conducta infractora del artículo 3 LDC, el CVC tuvo en cuenta que, si bien formaba parte de la UTE adjudicataria de la licitación del «Complejo Deportivo Pinosolo», había quedado acreditado que ARCAIN tenía en su poder el plano del complejo deportivo al menos desde agosto de 2008, y que el compromiso de constitución de la UTE entre AROS y VIUDA DE SAINZ, por el contrario, no se produjo hasta el 9 de noviembre de 2009. Por ello, el CVC consideró que su participación en los hechos que constituyen la vulneración del deber de secreto, elemento de la infracción del artículo 3 de la LDC, no había quedado suficientemente acreditada.

Finalmente, el CVC ordenó a LEIOA KIROLAK la remoción de los efectos de las conductas prohibidas contrarias al interés público. Por tanto, se le ordenó abstenerse de abonar cualquier tipo de indemnización o compensación por daños y perjuicios a las infractoras derivados de la resolución del contrato del «Complejo Deportivo Pinosolo» o, en su caso, recuperar las cantidades ya abonadas en ese concepto.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Con esta Resolución, el CVC declara de forma indubitada que la contratación pública debe ajustarse a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

A juicio del CVC, el intercambio de información entre una empresa encargada de las labores previas a una licitación pública y otra empresa participante en dicha licitación pública constituye un acuerdo entre no competidores para alterar el resultado de la misma, por lo que supone una infracción del artículo 1.1 de la LDC.

Asimismo, el CVC considera que el citado intercambio de información constituye una infracción de una norma concurrencial, por lo que supone una infracción del artículo 3 de la LDC, en relación con los artículos 15.2 de la LCD y 129.2 de la LCSP.

Por nuestra parte, consideramos que la Resolución de 21 de mayo de 2013 del CVC constituye un elemento jurídico de primer orden que, sin duda, contribuirá a que las administraciones locales de la Comunidad Autónoma de Euskadi interioricen que la normativa reguladora de la libre competencia y la reguladora de la contratación pública están intrínsecamente ligadas, en aras a que las adjudicaciones públicas se produzcan en favor de la empresa que presente la mejor oferta, en favor de una óptima utilización de los recursos públicos y en favor, en consecuencia, del interés público.

TITLE: Administrative Contracting and Local Administration in the Basque Competition Authority. The 'Pinosolo' Case.

RESUMEN: Se presenta la ocasión de analizar la reciente Resolución de 21 de mayo de 2013 del Consejo Vasco de la Competencia (en adelante, CVC) que resulta sintomática de la necesaria simbiosis entre los entresijos del Derecho de la Competencia y la contratación pública. En esta ocasión se perciben una suerte de prácticas contrarias a la competencia debido a una cooperación entre dos empresas en una licitación pública que tuvieron como objeto la alteración de las condiciones igualitarias en el proceso de contratación pública del concurso del «Complejo Deportivo Pinosolo». De un lado, la concurrencia de la concertación tipificada

en el artículo 1.1 de la LDC al existir un intercambio de información estratégica entre las empresas. De otro lado, la concurrencia de un acto de falseamiento de la competencia del artículo 3 de la LDC al asistir ante un acto de competencia desleal –en concreto, el del artículo 15.2 de la LCD por infringir las normas reguladoras de la actividad concurrencial (entre otros los artículos 1 y 129.2 de la LCSP) que supone un falseamiento de la competencia al situar ilegítimamente a una empresa en posición de ventaja y que afecta de plano al interés público que descansa en el principio de que la empresa que concurra con la oferta más atractiva sea la adjudicataria de la licitación pública.

PALABRAS CLAVE: licitación pública, imparcialidad, objetividad, concertación, igualdad, falseamiento, interés público, ventaja.

ABSTRACT: The occasion arises to analyze the recent Resolution of May 21, 2013 of the Basque Competition Council (in forward, CVC) that turns out to be symptomatic of necessary symbiosis between the intricacies of the Competition Law and the public contracting. In this occasion there is perceived a kind of practices opposite to the competition due to a cooperation between two companies in a public bidding that took as an object the alteration of the equal conditions in the process of public contracting of the tender of the «Complex Sports Pinosolo». On a one hand, the concurrence of the conciliation typified in the article 1.1 of the LDC due to the existence an exchange of strategic information between the companies. On the other hand, the concurrence of an act of falsification of the competition of the article 3 of the LDC, at an act of disloyal competition –in concrete, that of the article 15.2 of the LCD for infringing the regulatory procedure of the concurrencial activity (among others the articles 1 and 129.2 of the LCSP) that involves a falsification of the competition on having placed illegitimately to a company in position of advantage and that affects flatly to the public interest that rests in the principle of that the company that competes with the most attractive offer is the tenderer of the public bidding.

KEY WORDS: public bidding, impartiality, objectivity, conciliation, equality, falsification, public interest, advantage.

RECIBIDO: 02.05.2015

ACEPTADO: 29.05.2015

SOME BRIEF CONSIDERATIONS
ON THE COMMISSION'S 'NON-UNLIMITED'
DISCRETIONALITY WHEN REJECTING
COMPETITION LAW COMPLAINTS
UNDER REGULATION 1/2003 - THE GENERAL
COURT'S RULING IN CASE T-201/11 SI.MOBIL V
EUROPEAN COMMISSION¹

Pablo Figueroa Regueiro

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. ANALYSIS OF THE *SI.MOBIL* RULING. 2.1. *Background*. 2.2. *Arguments of the parties*. 3. RULING OF THE GENERAL COURT. 4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCTION

According to the *Automec* case-law,² the European Commission has a discretion as to how it deals with complaints. That said, the Court of Justice of the European Union has clearly stated that the Commission's discretion

¹ The author together with PETER ALEXIADIS, a partner in Gibson Dunn & Crutcher LLP's Brussels office, acted for Si.mobil in Case T-201/11 *Si.mobil telekomunijacijske storitve d.d. v European Commission*, Ruling of 17 December 2014. The usual disclaimers apply.

² See, Case T-24/90 *Automec v. Commission* [1992], at paras. 73.

when rejecting complaints is «*not unlimited*».³ *Regulation 1/2003*⁴ awarded to the Commission two additional grounds under which to dismiss cases. Pursuant to Article 13 the Commission can dispose of complaints where «*one authority is dealing with the case*» (13(1)) or where a complaint «*has already been dealt with by another competition authority*» (13(2)).

In late 2014, the General Court has recently issued a Ruling in the context of the *Si.mobil* case interpreting the first of these provisions in a way which further enhances the Commission's «*not unlimited*» discretion when rejecting complaints (the «*Si.mobil* Ruling»⁵). More specifically, the General Court endorsed the Commission's deference to the National Competition Authorities of the EU Member States (the «NCA»s). In our view, in doing so, the General Court allowed the Commission to abdicate from its constitutional Role of Guardian of the Treaties and to disregard the effectiveness of the Competition provisions in those Treaties.⁶ The *Si.mobil* Ruling becomes particularly surprising in the light of a series of unambiguous and repeated statements of the Commission in relation to the institutional failures of certain NCAs.⁷

2. ANALYSIS OF THE SI.MOBIL RULING

2.1. Background

The *Si.mobil* Ruling hinged on the interpretation of Article 13(1) *Regulation 1/2003*, according to which, «*[t]he Commission may [...] reject a complaint on the ground that a competition authority of a Member State is dealing with the case*».

On 14 August 2009, Si.mobil telekomunikacijske storitve d.d. filed a complaint before the Commission against Telekom Slovenije d.d. («TS»), the incumbent mobile operator in Slovenia, for an alleged abuse of TS' dom-

³ See Case C-119/97 P *Ufex and Others v. Commission* [1999], at para. 89.

⁴ See *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles [101 and 103] of the [TFEU]*, Official Journal L 001, 04/01/2003 P. 0001 – 0025.

⁵ See Ruling of the General Court of 17 February 2014 in Case T-201/11 *Si.mobil v European Commission* [Not Yet Reported.]

⁶ Moreover, the *Si.mobil* Ruling was issued in the context of a broader series of Rulings which further enhance the Commission's discretion when rejecting complaints, see ALEXIADIS, P. and FIGUEROA, P., «Commission Discretion Unchained», *Competition Law Insight*, 17 March 2015.

⁷ See, e.g., the Speech of former Vice-President ALMUNIA, «Honing the instruments of EU competition control», International Competition Law Forum, St. Gallen, 15 May 2014, where former Vice President Almunia expressed concerns in relation to the lack of resources and independence of certain NCAs.

inant position consisting, *inter alia*, in margin squeezes and predatory pricing. On 24 January 2011, the Commission rejected the complaint mainly on the grounds that the Slovenian NCA (the «UVK») was already dealing with the case.

Si.mobil challenged these findings on appeal before the General Court, clearly stressing that Article 13(1) of *Regulation 1/2003* should be interpreted in the light of the general principle of effectiveness of EU law.

2.2. Arguments of the Parties

The Commission's case rested on the proposition that Article 13 of *Regulation 1/2003* should be interpreted in such a manner that the mere fact that a NCA *claims to be dealing with a case* is sufficient in and of itself to enable the Commission not to take the case.⁸ The implications of the position of the Commission are both sweeping and, it is respectfully submitted, disturbing. Let's posit an imaginary Member State which, perhaps as a consequence of budgetary cuts and / or internal opposition to the application of the Competition provisions in the Treaties, reduces its NCA to a small office with a single civil servant, with a phone and a fax line. Under the Commission's interpretation, *even in scenarios with an effect on trade between Member States*, and thereby meriting the application of the EU Competition rules, as long as such NCA claims to deal with, let's say a margin squeeze case (to name an example which tends to be resource-intensive to investigate), the Commission would be obliged to relinquish jurisdiction (!).

However, such proposition would involve a dramatic re-assessment of the Commission's role as regards the exercise of its jurisdiction in relation to subject-matter which falls within the exclusive competence of the Union such as, for example, the Competition Rules necessary for the functioning of the internal market. The Commission's approach would have far-reaching implications for the Community's legal order. By *de facto* completely disregarding the general legal principle of «effectiveness» from its decision to assert jurisdiction to apply European law, the Commission would be undermining the very foundations of the Treaties whose application is entrusted to ensure pursuant to Article 17 of the *Treaty on the European Union* (the «TEU»).⁹

Si.mobil takes the view that the rationale behind the Commission's radical defence strategy betrays the fact that its case is weak as a matter of both legal principle and on the basis of the information on *the file*.

The idea of effectiveness underlies a series of developments in the sphere of judicial protection and has been recognised as a general principle of Euro-

⁸ See Case COMP/39.707 *Si.mobil / Mobitel* (the «Decision»), at Section 2(1).

⁹ See Application, at Section IV.3.

pean Union law by the Court of Justice of the European Union (the «CJEU»).¹⁰ According to the CJEU, this principle requires, at a minimum,¹¹ that the exercise of Community rights is not made virtually impossible or excessively difficult.¹² According to a general rule of interpretation which derives from the principle of hierarchy of norms, the interpretation of a Community measure must be such as to render it compatible with the TFEU and with the general principles of law.¹³ Therefore, Article 13 of *Regulation 1/2003* should be interpreted in a way that ensures the most effective application of the Competition Law provisions of the TFEU.¹⁴

Moreover, aside from the Commission's wrongful exclusion of the general principle of effectiveness from its interpretation of Article 13 of *Regulation 1/2003*, the Commission's position is also at odds with both a literal and a purposive interpretation of *Regulation 1/2003* and its implementing rules.

Contrary to what the Commission suggests in its Defence, *Regulation 1/2003* was not introduced only, or even primarily, to achieve a decentralized application of the competition rules, and certainly *not at the expense of the doctrine of effectiveness of enforcement of Competition rules*.¹⁵ The following considerations provide clear evidence that the Commission's rather absolutist views are without foundation:

¹⁰ See, e.g., Joined Cases C-46 and C-48/93, *Brasserie du Pêcheur v Germany and the Queen v Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd* [1996] ECR I-1029, at para. 95. Professor Snyder highlights that «[t]he general principles of law, elaborated by the Court of Justice [...] surely include the right to an effective remedy» (see Snyder, F., «The Effectiveness of European Community Law: Institution, Processes, Tools and Techniques», *MLR 56:1*, January 1993, at p. 51).

¹¹ As explained in Tridimas, T, *The General Principles of EU law*, Oxford EC Law Library, at p. 424.

¹² See, *inter alia*, Case C-199/82 *Amministrazione delle Fianze dello Stato v. SpA San Giorgio* [1983] ECR 3595, at para. 14.

¹³ See Case 218/82 *Commission v Council* [1983] ECR 4063, at para. 15 and Case C-314/89 *Rauh* [1991] ECR I-1647, at para 17.

¹⁴ In any event, the General Principles of European Union law form part of the Union's legal order and their infringement therefore constitutes an «*infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application*» within the meaning of the second paragraph of Article 263 TFEU (see Case C-112/77 *Töpfer v. Commission* [1978] ECR 1019, at para. 19). In other words, a Decision should be annulled insofar as it would jeopardise the general principle of effectiveness, even if it were, *quod non*, to otherwise constitute a reasonable interpretation of Article 13 of *Regulation 1/2003*.

¹⁵ It is rare for rules on the allocation of jurisdiction or conflicts of law to completely disregard considerations of *effectiveness*. For example, much of U.S. law concerned with the efficient allocation of jurisdiction, and most presumptive jurisdictional measures, allocate jurisdiction based on the principle of effective implementation, as opposed to the rigid adherence to arbitrary rules (see, e.g., Hay, P., *Judicial Jurisdiction and Choice of Law: Constitutional Limitations*, 59 U. Colo. L. Rev. 9, 10, 1988).

- i. Regulation 1/2003 begins in its very first Recital with the observation that «*in order to establish a system which ensures that competition in the common market is not distorted, Articles [101] and [102] of the Treaty must be applied effectively and uniformly in the Community*».
- ii. According to Recitals 2 and 3 of Regulation 1/2003, the de-centralised system of implementation of the Competition Rules that the Regulation establishes intends to achieve a balance between «*the need to ensure effective supervision on the one hand and to simplify administration to the greatest possible extent on the other*».
- iii. The fact that achieving the effective application of Competition Rules is the key objective of the Regulation becomes further evidenced at its Recital 6, according to which the rationale for de-centralised enforcement is precisely to ensure the effectiveness of Competition Rules. In the words of Recital 6: «*[i]n order to ensure the effective enforcement of the Community competition rules, the competition authorities of the Member States should be associated more closely with their application*».¹⁶ The Regulation further highlights that it is only «*to this end that [the said competition authorities of the Member State]s should be empowered to apply Community law*».
- iv. Similarly, according to the European Commission's *Notice on the Handling of Complaints by the Commission under Articles [101 and 102 TFEU]* (the «*Notice on the Handling of Complaints*»): «*[t]he Regulation [1 /2003] pursues the objective of ensuring the effective enforcement of Articles [101 and 102 TFEU] through a flexible division of case work between the public enforcers in the Community*».¹⁷

Since ensuring the effectiveness of the competition provisions of Article 101 and 102 TFEU is one of the overarching objectives of *Regulation 1/2003*, it is, unsurprisingly, also a key objective that should be pursued by the network of National Competition Authorities created in order to implement the said Regulation. According to the Commission's *Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities* (the «*Notice on the Network of Competition Authorities*»), «*[t]he network formed by the competition authorities should ensure both an efficient division of work and an effective and consistent application of EC competition rules*».¹⁸

¹⁶ Further references to the principle of effectiveness can be found at Recitals 5 and 8 of *Regulation 1/2003*.

¹⁷ See *Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, OJ C 101, 27.4.2004, p. 65–77, at para. 20.

¹⁸ See *Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities*, Official Journal C 101, 27.04.2004, p. 43–53, at para. 3. Similarly, following the *Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of*

In short, far from being «irrelevant», as the Commission argued during the proceedings, the principle of effectiveness lies at the core of *Regulation 1/2003* and the system of allocation of jurisdiction established by that Regulation. Consequently, when in doubt as to how to interpret a rule, in our case, Article 13 of *Regulation 1/2003*, the Commission should pursue an interpretation that is more conducive to achieving an effective application of the Competition Law provisions.

3. RULING OF THE GENERAL COURT

However, on 17 December 2014, the General Court upheld the Commission Decision, *without any resort whatsoever whatsoever to the general principle of EU law when interpreting Regulation 1/2003*. More specifically, Si.mobil had alleged that the UVK did not have an effective system to apply EU Competition law. Despite conceding that the «*objective pursued by the [R]egulation 1/2003*» is to safeguard «*the effective application of the EU competition rules is attained*»,¹⁹ the General Court found that Article 13(1) of the Regulation does not require the Commission to carry out such an assessment. In the words of the General Court:

*«the requirement to ensure the effective application of EU competition rules cannot [...] have the effect of imposing an obligation on the Commission to verify [...] whether the competition authority concerned has the institutional, financial and technical means available to it to enable it to accomplish the task entrusted to it by that regulation.»*²⁰

In doing so, the General Court disregarded unambiguous statements in reports of the Commission as to institutional failures of the UVK to handle telecommunications sector-related competition law complaints. Moreover, arguably contradicting its finding according to which the Commission could disregard whether an NCA has the ability to effectively apply EU Competition law, the GC found that a statement made by a former President of the UVK, «*to the effect that, at the material time, that competition authority was in favour of the Commission examining the case does not show that the UVK*

Competition Authorities (the «Joint Statement on the Network of Competition Authorities»): «*[t]he cooperation within the Network is dedicated to the effective enforcement of EC competition rules throughout the Community*», at para. 5. See also para. 2, where it is stated that «*[i]n order to ensure that the Community competition rules are applied effectively and consistently, the Commission and the national competition authorities designated by the Member States [...] form together a network of competition authorities [...] for the application in close cooperation of Articles [101] and [102] of the Treaty*».

¹⁹ See Case T-201/11 *Si.Mobil v. Commission* [2014], at para. 56.

²⁰ See Case T-201/11 *Si.Mobil v. Commission* [2014], at para. 57.

did not have the capacity to deal with it».²¹ I.e., as long as an NCA has begun to deal with a case, even if the NCA in question clearly indicates that the Commission should take it, the Commission will not be able to.

4. CONCLUSION

«I will show you fear in a handful of dust»

(T. S. Eliot, «The Waste Land»)

The *Si.mobil* is disturbing in its disregard of the EU general principle of law of effectiveness and the Commission's preeminent Role as the Guardian of the exclusive competences of the Union. It should be highlighted, in this regard, that curtailing the powers of the discretionary powers of public authorities is a role that general principles of law usually enjoy in public law proceedings. In the words of Professor Tridimas, this principle turns the discretion left by the law to the authorities of the communities «into an obligation so as to enhance the protection of Community Rights».²²

The *Si.mobil* Ruling will place additional power (and burdens) on the NCAs during times where these face budgetary cuts and when the broader *ethos* in Europe is arguably sliding towards nationalism. The *Si.mobil* Ruling will make it (even more) difficult to make big national champions in countries more prone to regulatory capture subject to the EU Competition rules: all the national incumbents will need is to convince a national NCA to claim

²¹ See Case T-201/11 *Si.Mobil v. Commission* [2014], at para. 65.

²² See Tridimas, T., *The General Principles of EU law*, Oxford EC Law Library, at p. 422, quoting Joined Cases C-430 and C-431/93 *van Schijndel and van Veen v SPF* [1995] ECR I-4705. Note that this would also be the case under the laws of several decentralized Member States. For example, both under German and Spanish Public Law, the Administration, even when exercising discretionary powers, can never act in an unfettered manner, and one of its limits is set forth in the General Principles of Law (Proportionality, Human Rights, etc.). See regarding German law the rulings of the *Bundesverfassungsgericht* (German Federal Constitutional Court) BVerfGE volume 8 (1959), p. 155, 169 ff.; volume 40 (1976), p. 237, 247 ff.; volume 114 (2006), p. 196 ff and the *Bundesverwaltungsgericht* (German Federal Administrative Court), BVerwGE volume 117 (2003), 313, 317 ff. Regarding Spanish Law, and in the words of García de Enterría and Tomás Ramón Fernández: «the law, which awarded the Administration the power to act in a discretionary manner in the first place, did not, in order to do so, derogate the entire Legal Order which, including the General Principles of Law, is still binding on the Administration» (see GARCÍA DE ENTERRÍA, E. and FERNÁNDEZ, T. Ramón, *Curso de Derecho Administrativo. I*, Thomson Civitas, 2004 at p. 482; see further PARADA, R. *Derecho Administrativo I Parte General*, Marcial Pons, 2007, at pp.107 and 108). There are also rulings by the *Tribunal Supremo* (Spanish Supreme Court) to this effect (see, *inter alia*, rulings of 28 June 1978, 30 November 1980, 6 November 1981, 22 February 1984, 12 June 1985 and 1 and 15 of December of 1986).

it is investigating the case and the Commission will be pre-empted from taking it. We fail to see why the Commission and the General Court have cornered themselves into such scenario.

TITLE: Algunas breves consideraciones sobre la discrecionalidad 'no ilimitada' de la Comisión rechazando recursos de la Ley de Competencia conforme a la Regulación 1/2013 – La Resolución del Tribunal General en el caso T-201/11 Si.Mobil vs Comisión Europea.

RESUMEN: A finales de 2014 la Asamblea Legislativa ha publicado una Decisión en el contexto del caso Si.mobil que interpreta el artículo 13 de la Regulación 1/2003 en un camino que apuesta por la «no ilimitada» discrecionalidad de la Comisión para rechazar recursos. La mencionada Decisión estriba en la interpretación del ya mencionado artículo 13 que se interpreta por Si.mobil a la luz del principio general de eficacia de la ley de la Unión Europea. En efecto, la red formada por las autoridades de competencia debería asegurar tanto el reparto eficiente de trabajo como una efectiva y constante aplicación de las reglas de competencia de la Comunidad Europea. Mientras tanto, la Comisión propone que el artículo 13 de la Regulación 1/2003 debería ser interpretado de tal manera que el mero hecho de que una Autoridad de Competencia Nacional aduzca que está conociendo de un asunto resulte suficiente para incapacitar a la Comisión a que conozca del asunto. A pesar de esa disputa, lo cierto es que el 17 de diciembre de 2014, la Asamblea Legislativa ha secundado la Decisión de la Comisión.

PALABRAS CLAVE: discreción «no ilimitada», artículo 13, principio de eficacia, Autoridad de Competencia Nacional.

ABSTRACT: In late 2014, the General Court has recently issued a Ruling in the context of the Si.mobil case interpreting the first of these provisions in a way which further enhances the Commission's «not unlimited» discretion when rejecting complaints (the «Si.mobil Ruling»). The Si.mobil Ruling hinged on the interpretation of Article 13(1) Regulation 1/2003 that is interpreted by Si.mobil in the light of the general principle of effectiveness of EU law. Indeed, the network formed by the competition authorities should ensure both an efficient division of work and an effective and consistent application of EC competition rules. Meanwhile, The Commission proposes that Article 13 of Regulation 1/2003 should be interpreted in such a manner that the mere fact that a NCA claims to be dealing with a case is sufficient in and of itself to enable the Commission not to take the case. Despite the fact that dispute, the truth is that on 17 December 2014, the General Court upheld the Commission Decision.

KEY WORDS: «not unlimited» discretion, Article 13, principle of effectiveness, National Competition Authority.

*RECIBIDO: 02.05.2015
ACEPTADO: 29.05.2015*

UNDERSTANDING HOW AND WHY THE U.S. COMPETITION LAW SYSTEM IS DECENTRALIZED

Robert Roulusonis

SUMMARY: 1. THE DECENTRALIZED U.S. ANTITRUST AUTHORITY. 2. FEDERAL COMPETITION LAW ENFORCEMENT. *a) Department of Justice overview. b) Federal Trade Commission overview. 2.1. Why Federal Competition Authority is Decentralized. 2.2. Congress reacts with The Federal Trade Commission Act. 2.3. «The rub:» No standard to decide which federal agency adjudicates and when.* 3. STATE COMPETITION LAW ENFORCEMENT. *3.1. Federalism Accounts for Separation Between State and Federal Authority.* 4. PRIVATE PARTY COMPETITION LAW ENFORCEMENT. *4.1. Private Party Right of Action. 4.2. Policy for Private Right of Action. 4.3. Who is a Private Party that can enforce competition law?* 5. CONCLUSION.

1. THE DECENTRALIZED U.S. ANTITRUST AUTHORITY

U.S. antitrust law is decentralized; it is enforced by private parties, state agencies, and two federal agencies. As is natural in a federalist system, states share powers with the federal government. The decentralization within the federal government itself is a consequence of judicial and legislative history, not strategy. Private party right of action (PRA) in federal court is afforded by the federal government and PRA in state court by most states.

Whether a case falls under the jurisdiction of state court versus federal court hinges on whether or not the activity is substantially related to interstate commerce. Jurisdiction between the two federal agencies relies largely on

cooperation, not clear jurisdictional lines, between the two federal agencies, while private parties require standing to be in either jurisdiction. The following will discuss this U.S. decentralized system in three parts.

Initially it will address the complex situation of the two-headed federal authority. From there, it will delve into the nature of state antitrust authorities. Lastly, it will address private party rights of action, which is the exception in international competition law, in both the state and federal setting.

First, make note that the word enforcement can be misleading when speaking about competition law. For example, the private party right of action is often said to be private party enforcement; better said, it is a private party right to sue, which is more a request for enforcement than actual enforcement. This paper will use the term enforcement, as is the case in often modern competition law climate, as both right to enforce and right to sue. Accordingly, the states, the two federal agencies, and private parties, all are said to have the right to enforce competition law.

The highest profile cases almost always involve one of the two federal agencies and thus are carried out in federal courts. Federal courts also account for the setting of the majority of antitrust claims, while private party actions account for bringing the majority of claims.

2. FEDERAL COMPETITION LAW ENFORCEMENT

Federal competition law is overseen by two authorities: the Department of Justice's Antitrust Division (hereafter DoJ), and the Federal Trade Commission (FTC). Their jurisdictions and statutory tools generally overlap, but each agency has one tool (one Act/law) off-limits to the other. The DoJ cannot bring cases under the FTC Act; the FTC cannot bring a case under the Sherman Act. These two agencies may bring antitrust suits to federal courts.

a) *Department of Justice overview*

The DoJ is an executive agency created by congress in 1870 to be headed by the Attorney General¹ as an extension of the Attorney General (AG) in the enforcement of federal law. The DoJ had existed for twenty years when Congress passed the first competition law, the Sherman Act (1890)². Its antitrust division is charged with enforcing all competition laws, *not the FTC Act however*. The DoJ can seek *both criminal and civil remedies*.

¹ The 1870 Act to Establish the Department of Justice.

² 15 U.S.C. §§ 1-7.

b) *Federal Trade Commission overview*

The FTC is a commission created by the FTC Act³ in 1914 to prevent anti-competitive business practices and enforce competition law. Congress gave the Commission its own administrative law judges. The FTC is tasked with enforcing all competition law, *except the Sherman Act*. The Commission may enforce under any other act by seek/administer *only civil remedies*.

2.1. *Why Federal Competition Authority is Decentralized*

Federal competition law was not always decentralized. As the lone competition Act, the Sherman Act had held «restraint on trade» to be illegal since 1890. However, in 1911, the Supreme Court's interpretation of the Sherman Act dissatisfied Congress into creating narrower antitrust law, the FTC Act, which overlapped, not replaced, the Sherman Act. Consequently, the U.S. has two authorities with two separate tools to control one field of law, competition. Since this split, Congress has passed additional competition laws as tools that either agency may use.

Justice Edward Douglas White catalyzed this forked system in 1911, while being torn between two theorems: the need to follow an established precedent versus the caution to avoid judicial-legislation. He acknowledged that he was fixed to follow an ill-laid precedent.⁴ While the Court had the historical obligation of avoiding legislation by adjudication, it concurrently, conversely, and repeatedly had read the word «unreasonable» into the Sherman Act. As White states:

...the court has now read into the act of Congress words which are not to be found there, and has thereby done that which it adjudged in 1896 and 1898 could not be done without violating the Constitution; namely, by interpretation of a statute changed a public policy declared by the legislative department.⁵

White felt convicted to abide by a precedent, which he saw to be established in error:

If the court was wrong in the Taylor Case, the way is open for such an amendment of the statute, as Congress may, in its discretion, deem proper. This court ought not now disturb what has been so widely accepted and acted upon by the courts as having been decided in that case. A contrary course would cause infinite uncertainty, if not mischief, in the administration of the law in the Federal courts.⁶

³ 15 U.S.C. §45(a).

⁴ *Standard Oil Co. of N.J. v U.S.* 31 S.Ct. 502.

⁵ *Id.* 533.

⁶ *Id.* 532.

Almost beckoning Congress to act, White echoed Justice Harlan's sentiment from the same year proclaiming that «[w]e only mean to say that until Congress, by an amendment of the statute, changes the rule announced in the Taylor Case, this court will adhere to and apply that rule.»⁷

Heavy-hearted, White solidified the Court's precedent. His majority opinion blatantly exposed a disconnect between Congressional intent of the Sherman Act and that of its judicial interpretation. This disconnect is highlighted below:

The Sherman Act as written:

*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal...*⁸

The de facto Sherman Act as realized by *Standard Oil*:

*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in **unreasonable** restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.*

«Unreasonable» is an extremely high bar. Though that criterion was met by Rockefeller in *Standard Oil*, Congress was disappointed with the interpretation and thought it harmful to the intent of the Sherman Act. To date, «unreasonable» remains the standard for the Sherman Act, which might make sense considering that some violations to the Sherman Act are per se illegal. However, neither the «unreasonable» standard nor the per se illegality apply to the FTC Act, which was to come three years after the *Standard Oil*.

2.2. Congress reacts with *The Federal Trade Commission Act*

Congress finally responded to the Court's interpretation. In 1914, they passed the Federal Trade Act, which narrowed the standard on restraint to trade, and provided a Commission to oversee the new standard. To bolster the Commission's impact, Congress also gave the Commission quasi-judicial authority, which removed heavy reliance on the federal courts' interpretations. To be clear, the FTC Act is written in the spirit of the Sherman Act; the FTC Act is thus more an introduction of new enforcement rather than new law.

The Act itself prohibits «unfair methods of competition.»⁹ Instead of the hardly surmountable «unreasonable»¹⁰ criterion, competition law thus had the second and concurrent standard, «unfair.» While the FTC cannot bring a

⁷ *Id.* 532, quoting *Chicago, B. & Q. R. Co. v. United States*, 31 S.Ct. 612, 616.

⁸ 15 U.S. Code § 1.

⁹ see footnote 5

¹⁰ *Standard Oil* interpretation of the Sherman Act

case under the Sherman Act, there is no need. The FTC Act is written such that a violation of the Sherman Act likewise violates the FTC Act.

The Act provides the Commission with an Office of Administrative Law Judges (ALJ), a quasi-judicial authority, which, according to the FTC's own website:

...is assigned to handle each complaint issued by the Commission holds pre-hearing conferences; resolves discovery disputes, evidentiary disputes and procedural disputes; and conducts the full adversarial evidentiary hearing on the record. The administrative law judge issues an initial decision which sets out relevant and material findings of fact with record citations, explains the correct legal standard, applies the law to the facts, and, where appropriate, issues an order on remedy.»¹¹

While both the DoJ and FTC can bring claims under all other competition laws, the salient differences regard penalties sought and the exclusiveness of the Sherman v. FTC Acts. Below illustrates these differences.

	Who can file Criminal suit?	Who can file Civil suit?	What the standard on competition restraint
Sherman ACT 15 U.S.C. §1	DoJ only	DoJ and private parties only	«Unreasonable»
FTC Act 15 U.S.C. §45(a)		FTC only	«Unfair»
All other antitrust laws	DoJ only	DoJ, FTC, Private Parties	

2.3. «The rub:» No standard to decide which federal agency adjudicates and when

«No one would design the system we have if we were starting a new antitrust regime today in the U.S.»

Sean Heather, U.S. Chamber of Commerce.¹²

There is no official standard for which agency brings competition law cases. What the agencies do have, however, are customs and norms that help

¹¹ *Office of Administrative Law Judges page.* ftc.com. Federal Trade Commission, n.d. 10 February 2015.

¹² BROWNING, S. and BLISS, J., «Varney Says Congress 'May Want' to Study Antitrust Overlap.» Bloomberg, 16 Apr. 2011. <<http://www.bloomberg.com/news/articles/2011-04-14/varney-says-congress-may-want-to-review-justice-department-ftc-overlap>> (10 February 2015).

to suffice, but not always. Each agency has strengths, and they can usually allocate cases accordingly. American Bar Association gives an example of how they typically allocate mergers: «...the DOJ typically investigates mergers in the Financial Services, Telecommunications, and Agricultural Industries; the FTC typically investigates mergers in the Defense, Pharmaceutical, and Retail Industries.»¹³

Codifying norms is all but impossible, but we can look at the most recent actions of each agency in order to string together an idea of how these agencies share duties.

The DoJ handled the famous 1974 AT&T, monopoly case, the largely publicized Microsoft cases at the turn of the century and 2007 respectively, as well as the 2009 fraud and perjury case of Bernie Madoff. The FTC boasts the famous 1921 tying case of Players-Lasky, a 2011 \$22.5 million Reebok settlement for false advertising, and the \$22.5 million Google settlement suit for misrepresentation in 2012. A look into some of the most recent cases (as of February 2015) may further add insight.

DOJ	FTC
2015, Japanese company executive pled guilty to price fixing and bid rigging and has to serve one year and one day and pay a fine of \$20,000	2015, AMG services settled for \$21 million for overcharging clients for payday lending
2014, Verso Paper court, DOJ required that it divest two paper mills in order to proceed with other acquisition	2015, FTC modified a 2014 settlement with Bilo (supermarkets) which called for it to sell 12 stores to identified buyers, one of which withdrew purchase of four stores. BiLO tried hard for alternative and FTC modification no longer required the four sales to withdrawn buyer.
2014, NYK (Japanese corp.) was fined \$59 million for price fixing, customer allocating, and bid rigging	2015 FTC sent recovered funds of \$700,000 to 16,000 consumers (\$42+ each)

Recent DoJ and FTC cases.

¹³ HUTCHISON, T., «Understanding the Differences Between the DOJ and the FTC.» American Bar Association, n.d. doj. <http://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/understanding_differences.html> (10 February 2015).

If you find it difficult to correlate where one jurisdiction ends and the other begins, then you have arrived at issue. One can sow threads of, for example, consumer protection through FTC cases as well as threads of antimonopoly through those of the DoJ. But these are overlapping tendencies that lack clear, bright-line jurisdictions; there are no concrete rules.

That ambiguity is the nature of the decentralized federal system with overlapping duties. The DoJ and FTC have a history of resolving disputes between themselves, but issues arise from time to time such as public health-care recently that find them at odds for jurisdiction. Some defend the system as having competition within itself the field of competition enforcement, others perennially call for consolidation; having just reached one century of decentralization however, the system is not trending toward change and seems likely remain decentralized for a long time.

3. STATE COMPETITION LAW ENFORCEMENT

Some State competition laws predated that of the federal government. The states' rights to create and enforce competition laws were not removed by federalism. To this day, most states have their own laws and agencies to enforce them.

3.1. *Federalism Accounts for Separation Between State and Federal Authority*

Before the «States» were «United,» each was its own entity, and many were disinterested in forfeiting complete control to the federal government.¹⁴ Thus not all states' powers were granted to the federal government.¹⁵ Note that power originated in the states, and the granting of power went from state to federal government. To this day, much power remains with the states. That divided power is at the heart of federalism, which also accounts for the separation between state and federal antitrust enforcement. As an initial overview, Congress can regulate antitrust laws between states and in cases that

¹⁴ The U.S. Constitution represented a union of the independent states; each state was independent, as if it were its own country.

¹⁵ The U.S. Constitution grants powers from the states to the federal government, not from the federal government to the states. This distinction is important in understanding the U.S. legal climate. In Spain for example, its relationship to the E.U. is more akin to the states' relationship to the U.S. than the relationship of Spain's provinces to Spain. If a European were to think in these terms, it may make more sense that states feel a bit more proprietary than provinces within a single European country.

involve the federal government, and a state can regulate antitrust laws within its own state.

The U.S. Constitution gives Congress the power to «regulate commerce with foreign Nations, and among the several states, and with the Indian Tribes.»¹⁶ This is the interstate commerce clause of the Constitution, which is the source of federal government power to regulate over states affairs.¹⁷ Generally, if the activity is an economic activity that substantially relates to interstate commerce, Congress may regulate the activity. Conversely, the Tenth Amendment to the Constitution makes clear that «[t]he powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states are reserved to the states respectively, or to the people.»¹⁸

Like this, federal antitrust laws regulate economic activities that substantially relate to interstate commerce.¹⁹ If the economic activity relates only to intrastate commerce (*intrastate* commerce is commerce within a singular state), or at least not substantially beyond the one state, the power remains in that state to regulate the activity. This is the nature of U.S. federalism, and it applies to antitrust activities as well.

The majority of states have their own Department of Justice, or similar agency, that enforces state laws.²⁰ Each state's competition authority can file a suit in state court or in federal court on behalf of the state or its citizens who have been injured by a violation of the Sherman Act²¹. The state competition authority functions much like the DoJ and FTC; by and large, it works to protect consumers and prohibit restrictions to competition.

¹⁶ U.S.C.A. Const. Art. I §8, cl.3

¹⁷ See *Heart of Atlanta Motel, Inc. v U.S. Et al.* 515, 379 U.S. 241., where this rule was confirmed: Congress only has the power to regulate activity that substantially affects interstate commerce. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, the Court held that the activity must first be economic in nature.

¹⁸ U.S.C.A. Const. Amend. X

¹⁹ The parameters of «substantially relating to interstate commerce» are best demonstrated by the following cases: on one end, we have *Wickard*, where the Court held that growing wheat for personal consumption suffices as substantially relating to interstate commerce, as the national market would be affected if many people did so; on the other end is *Lopez*, 18 U.S.C. 922, where the Court denied congress the regulatory power to prohibit guns in a school zone, as it did not substantially relate to interstate commerce. Thus, «guns in school zones» does not substantially relate to interstate commerce, whereas growing wheat for personal consumption does.

²⁰ For example, California has a DoJ whose mission is almost identical to the U.S. DoJ, but clearly its jurisdiction is the state of California.

²¹ The Clayton Act, 5 U.S.C. §15c, allows for *Parens Patriae*, which permits the state to sue on behalf of its citizens.

4. PRIVATE PARTY COMPETITION LAW ENFORCEMENT

Private party right of antitrust action is not common globally, especially in the E.U. It has a long history in U.S. competition law, and the policy behind it is worth discussion.

4.1. *Private Party Right of Action*

In 1914, Congress passed the Clayton Act, which allows that «any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States . . . , and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.»²²

To be clear, That Clayton Act, the Act which grants this private right of action (PRA), is a federal act, and is thus a private right of *federal* action. Accordingly, an individual has a federal PRA when she suffers (normally directly, as apposed to indirectly) from a violation of a federal antitrust act. Most states, but not all, allow for a PRA. The state right, or lack thereof, is not in series with federal law, but rather parallel; one may thus have a PRA for both state and federal, or just federal.

Consider now the example of a citizen in a state that does not allow PRA. He still maintains the federal PRA. This citizen, even if clearly injured by a violation of state competition law, has no private right to state action. However, if that injury can be linked to a federal violation, he can exercise the PRA in federal court. Again, these are parallel rights. If the injury violates both federal and state law, he can choose which judicial system, state or federal, would be more profitable.

4.2. *Policy for Private Right of Action*

While an international competition audience may understand the policy for antitrust law, the policy for private party enforcement may call for some explanation. International attorney Assimakis P. Komninos may have best captured the diverging perspectives on private antitrust enforcement with this causal distinction: «is it the public interest in safeguarding effective competition in the common market or the private interest in protecting one's economic freedom?»²³ The latter is assuredly the case in the U.S. where indi-

²² 15 U.S.C. §15

²³ Assimakis P. Komninos, «Public and Private antitrust enforcement in Europe: complement? Overlap?», «The Competition Law Review 3. no.1 pg.12 (2006), <<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue1Art1Komninos.pdf>> (25 February 2015).

vidual freedoms justify that which often puzzles the European community, for example, private health care.

Other policy aligns with individual freedom. Komninos shows that private action has three functions which all support market competition: injunction, compensatory and punitive damages. Injunctions are common global tools, but both compensatory and punitive damages provide great deterrence against antitrust law violations. The Clayton Act provides that an individual can be awarded treble damages, which is to say that the compensatory damages can be automatically tripled. These are serious incentives to abide by competition laws.

Private action is also an additional watchdog to market competition, and the effected party provides the best vigilance. After all, who is more motivated to sue than the injured party itself? There is also justice in compensating victims. Lastly, public enforcement does not always cover each individual who is violated.

4.3. *Who is a Private Party that can enforce competition law?*

State governments, corporations, and individuals can all be considered private parties, but not all private parties can bring a competition law claim. One must have «standing.» Standing requires that the party bringing the case must have actual injury to business or property, and that the antitrust violation was the cause of the injury. In most cases, the injury must be direct as opposed to attenuated from the cause of injury

In short, a state government, corporations, or individuals can bring a claim if an antitrust violation has directly (normally) that person in a way the laws were created to prevent.

5. CONCLUSION

Partially by design and partially by judicial and legislative interaction, the U.S. competition law system is decentralized. Federalism accounts for both state and federal enforcement, while the U.S. focus on rights of the individual, as opposed to community, is likely the catalyst for allowing private right of action. The four enforcement agencies and their salient differences are distilled on the following chart.

Each entity has its own source of authority and history. Private parties, state, and two federal authorities may file competition suits. Federal authorities cannot file a case in state courts, while private parties and state agencies may file in both federal courts and their own state courts.

Who may enforce competition law?	State Gov.	(Federal) DoJ	(Federal) FTC	Private Party
<i>From where does each get its authority?</i>	U.S.C.A. Const. Amend. X. maintains power to legislate and enforce within the state.	Act to Establish the Justice Department 1870	FTC ACT: 15 U.S.C. §45(a)	Clayton Act: 15 U.S.C. §15 gives private parties right to bring case to <i>federal</i> court. Private parties may have state PRA only if the state allows
<i>What is the authority reserved or granted?</i>	Powers not delegated to U.S. in the Constitution, nor prohibited to states, are reserved to states respectively	Power to enforce federal laws, which includes antitrust laws	Power to enforce violations of the FTC ACT	Power for individuals to seek damages for injuries rising from antitrust violation

While statistics seem impossible to find, most academic sources agree that the federal courts preside over the majority of competition cases in the U.S. while private parties account for bringing the majority of cases. Private party suits often come after a case brought by the state or federal government, as the private party may use proven violation as established for its own case.

Some laud the decentralization, seeing it often as competition within the system. Others focus on its ambiguities and condemn it for that. At its best, every private party has recourse if he or she has been directly injured by an antitrust violation; at its worst, some companies may find themselves confused as to which federal agencies case history rules the day.

6. BIBLIOGRAPHY

BROWNING, S. and BLISS, J., «Varney Says Congress ‘May Want’ to Study Antitrust Overlap.», Bloomberg, 16 Apr. 2011. <<http://www.bloomberg.com/news/articles/2011-04-14/varney-says-congress-may-want-to-review-justice-department-ftc-overlap>> (10 February 2015).

HUTCHISON, T., «Understanding the Differences Between the DOJ and the FTC.» American Bar Association, n.d. DoJ. <<http://www.americanbar.org/groups/>>

- young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/understanding_differences.html> (10 February 2015).
- KOMNINOS, A. P. «Public and Private antitrust enforcement in Europe: complement? Overlap?», *The Competition Law Review* 3. no. 1, 2006, <<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue1Art1Komninos.pdf>> (25 February 2015).
- Office of Administrative Law Judges page.* ftc.com. Federal Trade Commission, n.d. 10 February 2015.
- «Office of Administrative Law Judges» ftc.com. Federal Trade Commission. <<http://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/office-administrative-law-judges>> n.d. 10 February 2015.

TÍTULO: Cómo y por qué el sistema de Derecho de la competencia estadounidense está descentralizado.

RESUMEN: La autoridad de competencia (antitrust) estadounidense está descentralizada, a diferencia de la mayoría de los países. Las particulares, las agencias estatales, y dos agencias federales hacen cumplir la ley de competencia tanto en el nivel estatal como federal. La ejecución privada y federal era una decisión deliberada por el Congreso, mientras el poder compartido entre el gobierno estatal y federal es natural en un sistema federalista. Sin embargo, la descentralización del gobierno federal es más una consecuencia de la historia judicial y legislativa que una intención.

El objetivo de este trabajo es explicar a las agencias legales internacionales cómo y por qué el sistema estadounidense de derecho de la competencia está descentralizado. Ello cubrirá la naturaleza de los agentes estatales, federales y privados en la ejecución del derecho de la competencia.

PALABRAS CLAVE: descentralizado, derecho de la competencia estadounidense, gobierno federal.

ABSTRACT: U.S. competition (antitrust) authority is decentralized, unlike that of most countries. Private parties, state agencies, and two federal agencies enforce competition law at both the state and federal level. Private and federal enforcement was a deliberate congressional decision, while power shared between state and federal government is natural in a federalist system. The federal government decentralization however, is more a consequence of judicial and legislative history than intent.

The purpose of this essay is to explain to international law agencies how and why the U.S. competition law system is decentralized. It will cover the nature of state, federal, and private party enforcement of competition law.

KEY WORDS: decentralized, U.S. competition law, federal government.

*RECIBIDO: 18.03.2015
ACEPTADO: 29.05.2015*

Estudios

A VUELTAS CON LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS EN ESPAÑA: LA LO 8/2007 Y LAS REFORMAS DE OCTUBRE DE 2012 Y MARZO 2015

David Almagro Castro

SUMARIO: 1. LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS: BREVE CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA. 2. ¿POR QUÉ FINANCIAR LOS PARTIDOS? UNA APROXIMACIÓN AL ORIGEN DE LOS DIFERENTES MODELOS DE FINANCIACIÓN. 3. LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA: LA INDEFINICIÓN DE LA CE Y LA INCONSISTENCIA DEL LEGISLADOR ORGÁNICO. 4. LA LEY 8/2007 Y LA REFORMA DE 22 DE OCTUBRE DE 2012 (LO 5/2012): VIEJOS PROBLEMAS, SOLUCIONES PARCIALES. 5. UNA NUEVA REFORMA EN FAVOR DEL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA DE LOS PARTIDOS: LA LEY ORGÁNICA 3/2015, DE 30 DE MARZO. 6. CONCLUSIONES.

1. LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS: BREVE CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA

Que los partidos ocupan lugar preferente en la estructura institucional del Estado democrático puede calificarse doctrinalmente como una afirmación obvia y repetitiva. Una relevancia sistémica que contrasta con la degradación paulatina de su percepción social como organizaciones funcionales para el sostenimiento y desarrollo del gobierno democrático. Organismos de la fiabilidad del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) y la reconocida ONG Transparency International ilustran un escenario de fuerte desencanto de la ciudadanía con unos partidos percibidos como organizaciones disfuncionales e incapaces de representar y atender adecuadamente las demandas ciudada-

nas¹. De entre este elenco de demandas destaca la reforma del actual marco de financiación que posibilite avanzar hacia ese nuevo modelo de partido intensamente reclamado por la sociedad.

La razón de este desencanto se encuentra, principalmente, en la mutación funcional que han experimentado en los últimos tiempos. Concebidos originariamente como elementos vertebradores y de conexión entre la sociedad y el Estado en la materialización del principio democrático, los partidos se han transformado en una razón en sí mismo². Su principal preocupación no parece ser la captación, articulación y satisfacción de las demandas ciudadanas, sino la expansión burocrática y la reproducción organizacional que garanticen su supervivencia³.

La centralidad sistémica de los partidos es el producto de un largo proceso histórico cuyo episodio principal aconteció en el periodo de entreguerras –con su reconocimiento legal iniciado por la doctrina y la jurisprudencia alemanas– y que tuvo su culminación, terminada la Segunda Guerra Mundial, con la definición y posterior expansión del régimen democrático como forma de gobierno de la sociedad⁴. La situación de interdependencia entre democracia y partidos acabó trasladándose a la propia ingeniería institucional del Estado democrático que, como es bien conocido, pasó a ser considerado un Estado de partidos⁵.

Este cambio radical de escenario jurídico encontró acomodo en el constitucionalismo racionalizado y democrático post IIª Guerra Mundial. Las Constituciones italiana (1947), alemana (1949) y francesa (1958) harían de los partidos elementos centrales del sistema democrático. La presencia de los partidos en el orden constitucional –con diferentes grados de intensidad funcional– supuso la incorporación de la financiación directa de los partidos a la agenda política europea de los años 50. El apoyo financiero del Estado se justificaba desde la doble dimensión objetiva y subjetiva de su constitucionalización. Los partidos no solo son una modalidad sui generis de ejercicio del derecho de asociación orientadas a la participación en el proceso democrático

¹ La encuesta del CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas) de Julio de 2014 sitúa a los partidos políticos como uno de los tres problemas más relevante del país (con un 26.4%). Barómetro CIS disponible es <http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3020_3039/3033/es3033mar.pdf>. Transparency Internacional indica que en 2010 las instituciones más corruptas son, para la ciudadanía, los partidos políticos. Disponible en <<http://www.transparency.org/country#ESP>> (acceso el 22/10/2014).

² Cf. PRESNO LINERA, M.A., *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000, p.11.

³ Cf. FLORES D'ARCAIS, P., «La democracia tomada en serio», *Claves de razón práctica*, nº 2, 1990, pp. 2-14.

⁴ Cf. KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, KRK ediciones, Granada, 2009.

⁵ Cf. GARCIA PELAYO, M., *El Estado de Partidos*, Alianza, Madrid, 1986, p. 32.

co; también son una garantía institucional del propio sistema democrático, sin los cuales difícilmente puede llevarse a cabo la conversión de las voluntades populares en una voluntad general racionalizada y coherente⁶.

La década de los 60 fue escenario de múltiples cambios sociológicos con incidencia directa en la propia supervivencia económica de los partidos políticos. La irrupción de los mass media transformó radicalmente y con carácter permanente la relación de los partidos con la sociedad, obligándolos a ocupar el mayor espacio posible para poder competir política y electoralmente⁷. La dependencia de los partidos de la visibilidad mediática como garantía de competitividad electoral trajo aparejado un aumento exorbitante del gasto corriente. La lucha y la necesidad de organización como ethos de la política, parámetros funcionales clásicos de los partidos, se verá profundamente alterada por la incorporación de un nuevo elemento estructural: la financiación de los partidos y su necesario encaje legal⁸.

La irrupción de los medios de comunicación como catalizadores de la competición electoral no fue el único fenómeno social que afectó a la dinámica de funcionamiento de los partidos políticos. Nos referimos, claro está, a la conquista definitiva del sufragio universal, elevado constitucionalmente a derecho fundamental y principio elemental del Estado democrático. El caudal de nuevos electores y posibles afiliados supuso la transformación de los partidos de representación en partidos de masas, dominadores del escenario político durante dos décadas. El nuevo universo electoral, inmensamente más competitivo que el propiciado por el sufragio censitario, exige de los partidos mayor capacidad de organización y presencia en los medios propagandísticos. Los gastos organizativos en que los partidos acaban incurriendo no pueden seguir siendo atendidos mediante las contribuciones de los afiliados, hasta entonces principal eje financiero de los partidos. La profundidad de los cambios sociológicos y jurídicos ocurridos entre finales de los 40 e inicio de los 60 amenazaba con crear graves inconvenientes al funcionamiento de una maquinaria estatal que precisaba de nuevas respuestas jurídicas que permitiera contar con partidos financieramente estables⁹.

La conjunción de estos tres factores –la ampliación del cuerpo electoral mediante el sufragio universal, la irrupción de los *mass media* y la homoge-

⁶ Cf. HOLGADO GONZÁLEZ, M., *La financiación de los partidos políticos en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 17

⁷ Cf. BLANCO VALDÉS, R.L., «La problemática de la financiación de los partidos políticos en España: regulación jurídica y propuestas de reforma», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 87, 1995, p.164.

⁸ Cf. WEBER, M., *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1991, p. 139.

⁹ Cf. PUHLE, H.J., Crisis y cambios de los partidos *catch-all*, en MONTERO, J.R. *et al.*, *Partidos políticos: viejos conceptos y nuevos retos*, Trotta, Madrid, pp.81-82.

neización de las clases sociales— produjo una nueva transformación en el interior de los partidos de masas y su relación con el medio electoral. La identificación ideológica, hasta el momento hilo conductor de las relaciones partido —elector, dio paso a un nuevo modelo organizacional: el partido catch-all o partido de electores. Los partidos se convierten, preferentemente, en máquinas burocratizadas orientadas a la captura de votos y el triunfo electoral, dejando en un segundo plano la identificación ideológica con el electorado¹⁰.

La fuente de financiación primaria de los partidos, privada y basada en las aportaciones dinerarias de los afiliados, se rebela insuficiente para atender las necesidades organizativas y comunicativas de los nuevos partidos catch-all. Su funcionamiento interno, altamente burocratizado y su función principal, la captura de votos y la victoria electoral, los aleja progresivamente de las tasas de afiliados propias de los partidos de masas. La sociedad de la información impone canales de comunicación múltiples financieramente costosos. La desideologización de los partidos ha terminado por disminuir notablemente las aportaciones de los afiliados. Este contexto de incremento de gastos operacionales y disminución de ingresos recurrentes colocó en jaque la estabilidad del propio sistema democrático, haciendo inevitable la intervención correctora del Estado.

La crisis financiera de los partidos motivó la reacción inmediata de la doctrina y el legislador en busca de respuestas jurídicas que ayudasen a reequilibrar la estabilidad del sistema. La condición de los partidos como juez y parte —ya que la legislación de turno es aprobada por los representantes del partido en el Parlamento— añadía un punto de conflictividad a las posibles soluciones jurídicas. Cualquiera que fuese el modelo de financiación elegido, para cuya definición el legislador dispone de un amplio margen de configuración, tendría una proyección inmediata sobre la naturaleza jurídica y las funciones de los partidos¹¹.

¹⁰ Cf. BLANCO VALDÉS, R.L., *Las conexiones políticas*, Alianza, Madrid, 2001, p. 63.

¹¹ Cf. CASTILLO, P., *La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales*, Siglo XXI de España, Madrid, 1985; HOLGADO GONZÁLEZ, M., *La financiación de los partidos políticos en España*, *op.cit.*, p. 17. La cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos es esencial para la justificación o rechazo de la financiación pública directa por el Estado. *Grosso modo*, las posiciones doctrinales son tres: a) los partidos son organizaciones privadas, surgidas de la sociedad y consiguientemente independientes del Estado, que, consecuencia de la racionalización del pluralismo político a través de la contienda electoral, expresan el pluralismo político de la sociedad y, por tanto, a la ciudadanía corresponde el mantenimiento de los costes económicos derivados de tales funciones; b) Los partidos son definidos por el Estado como vehículos fundamentales para la participación política y expresión del pluralismo político. Deben, por tanto, deben recibir fondos del Estado para garantizar el adecuado cumplimiento del mandato constitucional, es decir,

2. ¿POR QUÉ FINANCIAR LOS PARTIDOS? UNA APROXIMACIÓN AL ORIGEN DE LOS DIFERENTES MODELOS DE FINANCIACIÓN

La conversión de los partidos en elementos centrales del sistema democrático conllevó la multiplicación de sus funciones y, correlativamente, provocó una crisis estructural y financiera sin precedentes. La trascendencia que la financiación alcanzó para la supervivencia de la propia democracia generó un debate doctrinal cuyo origen tuvo lugar en las democracias liberales anglosajonas a principios del siglo XX. En el mundo anglosajón, los partidos eran considerados asociaciones cuya vida organizativa e interna debía estar al margen de la fiscalización estatal. La creación de normas jurídicas reguladoras de la financiación de los partidos y/candidatos fue fiel reflejo de la idea de mantener este *status quo* de independencia. Con ello se pretendió garantizar en la medida de lo posible una doble necesidad histórica: mantener al partido al margen de cualquier presión corporativa o institucional por posibles dependencias de tipo financiero y alcanzar la igualdad de oportunidades en la contienda electoral¹². Una opinión ésta no compartida por reputadas voces en la doctrina que defienden que la financiación pública de los partidos, lejos de contribuir a la igualdad de oportunidades y al pluralismo político, beneficia directamente a los partidos dominantes e impide la entrada de nuevos partidos en la competición electoral¹³.

La financiación partidista afectaba, igualmente y de manera tangencial, a la democracia interna en los partidos. Robert Michels anticipó indirectamente en el clásico *Sociología de los partidos en la democracia moderna* la incidencia que la financiación pública —a través de los salarios de los cargos públicos— llegó a tener en el refuerzo de sus estructuras oligárquicas. La situación de dependencia económica de los representantes públicos respecto a los jefes del partido incidió en la formulación de su clásica *ley de hierro de la oligarquía*. Para el autor, la remuneración de los servicios prestados refuerza la burocratización del partido y favorece el centralismo. La dependen-

fondos destinados a sufragar los gastos electorales exclusivamente. Los gastos ordinarios es asunto privado de los partidos en tanto que organizaciones privadas; c) Los partidos políticos no solo son asociaciones privadas elementales para la expresión del pluralismo político y la voluntad general sino también lo son en la conformación de esa voluntad general. Por tanto, deben recibir fondos tanto para los gastos electorales cuanto para los gastos ordinarios.

¹² Cf. BLANCO VALDÉS, R.L. *Las conexiones políticas*, op.cit. pp.56-62.

¹³ Cf. GARCÍA VIÑUELA, E., «Financiación pública de los partidos y cartelización de la oferta política», *Revista Española de Ciencia Política* n. 20, 2009, p.76; MORAL MORAL, M^a.C., «El control de la financiación de los partidos políticos. “Tribunal de Cuentas ante la corrupción”», *Cursos de Verano de la Universidad Complutense*, 1999, p. 147.

cia económica frente a los líderes acaba por convertirse en un «círculo de hierro» que obstruye la democracia interna¹⁴.

Fue en este escenario de burocratización y *militarización* de los partidos donde se produjo finalmente la participación del Estado en su financiación mediante la introducción de normas jurídicas que garantizaran los dos principios antedichos: la independencia frente a las presiones corporativistas o institucionales y la igualdad de oportunidades en la contienda electoral¹⁵. La adopción de tales medidas se justifica por su incidencia directa en la calidad del debate político y en la información que el elector tiene a su disposición para la formación de sus juicios electorales¹⁶.

En un primer momento, a finales del s. XIX, Inglaterra —a través de la *Corrupt and Illegal Practices Act* de 1883 y posteriormente la *Representation of the People Act de 1918*— limitará los gastos de candidatos y/o partidos en las elecciones y buscará prohibir determinadas contribuciones a los partidos. Los EEUU incorporarán a su sistema legal las innovaciones legislativas de naturaleza negativa de los ingleses —centradas en la limitación de los gastos electorales— durante el decenio 1920-30. La Europa continental adoptó una política similar a la inglesa, si bien con diversos grados de intensidad. El predominio de la legislación de naturaleza negativa, centrada en la limitación del gasto, fue sustituido por un modelo de naturaleza *positiva* a mediados del s. XX. Los partidos pasaron a ser financiados directamente por el Estado, bien de forma directa —aportaciones económicas en función, preferentemente, de los resultados electorales— o bien de forma indirecta —principalmente a través de la utilización de los medios de comunicación de titularidad estatal y exenciones impositivas¹⁷.

Mientras la legislación en materia de financiación en EEUU tuvo por elemento central la regulación de los límites de gastos de la campaña electoral, derivada de la naturaleza eminentemente electoral de los partidos y la preeminencia de la figura del candidato frente a aquéllos, en Europa la legislación giró en torno a los partidos en línea con su centralidad en el Estado

¹⁴ Véase HOLGADO GONZÁLEZ, M., *La financiación de los partidos políticos en España*, *op.cit.*, p.19.

¹⁵ Cf. OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de partidos: un foco de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 92.

¹⁶ Cf. DWORKING, R., «Uma decisão que ameaça á democracia», en FREITAS, J. y TEIXEIRA, A., *Direito á democracia. Ensaio transdisciplinares*, Conceito Editorial, São Paulo, 2011, pp.46-47.

¹⁷ Véase DEL CASTILLO, P., *La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales*, Siglo XXI de España, Madrid, 1985, pp.30-63; BLANCO VALDÉS, R.L., «La problemática de la financiación de los partidos políticos en España: regulación jurídica y propuestas de reforma», *op.cit.*, pp. 171-172.

democrático¹⁸. La diferente naturaleza y funciones atribuidas a los partidos en uno y otro continente motivó la aparición de varios modelos alternativos de financiación. Un caso peculiar es el de Alemania, que evolucionó de un modelo de financiación limitado exclusivamente a los gastos electorales a un modelo mixto que limita la participación estatal al mantenimiento de la independencia de los partidos frente al Estado. La definición de sus elementos nucleares fue obra de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional en las sentencias de 19 de julio de 1966 y de 9 de abril de 1992¹⁹.

Los países escandinavos, por su parte, optaron por un modelo basado en la financiación exclusiva de las actividades ordinarias del partido. Cierra el cuadro de los modelos de financiación el conocido como modelo mixto, caracterizado por la financiación de la electoral y la organizativa. Este es el modelo adoptado originalmente —con diferentes grados de participación estatal— en España, Austria, Francia. Alemania lo hará tras la Sentencia del Tribunal Federal Constitucional de 9 de abril de 1992.

Las diferentes opciones de financiación partidaria pretendían poner fin a los males estructurales que han venido padeciendo los partidos. La financiación irregular, el clientelismo corporativista, la falta de transparencia financiera y la corrupción auspiciadas por la inexistencia de restricciones legislativas eficientes son fenómenos derivados, en buena medida, de la insaciable necesidad de recursos económicos que los partidos vienen precisando para la manutención de su sobredimensionada estructura organizativa²⁰.

El partido político, realidad a la que no escapa el modelo español, es una organización que se caracteriza por tres rasgos distintivos: la elaboración de un programa homogéneo que le permita acceder al poder; la existencia de una organización cuya amplitud garantice su competitividad electoral; y, por último, una estructura permanente que lo convierta en una sigla políticamente reconocible entre los electores. Esta multiplicidad de funciones, de elevado coste financiero, hace de la captación de recursos suficientes una de las

¹⁸ Sobre el modelo estadounidense de financiación, véase SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «La financiación de los partidos políticos en los Estados Unidos», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 6, 2000, pp.72-73.

¹⁹ Un detallado análisis sobre las consecuencias de la sentencia de 19 de julio de 1966 puede verse en GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S., «La financiación de los partidos políticos en Alemania tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de Abril de 1992», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 36, 1992, pp. 301 y ss. Un análisis crítico del contenido de la Sentencia de 9 de abril de 1992 puede verse en SCHNEIDER, H. P., «Los partidos políticos y el dinero: problemas actuales de la financiación de los partidos», *Revista de las Cortes Generales*, nº 36, 1996, pp. 23 y ss.

²⁰ Cf. GARCÍA VIÑUELA, E. y GONZÁLEZ DE AGUIAR, C., «Regulación al servicio de los reguladores. La ley de financiación de los partidos políticos de 2007», *XIII Encuentro de economía pública*, 2011, p. 6.

preocupaciones principales de los partidos. La suma de las necesidades financieras ordinarias, junto a las derivadas de las modernas campañas electorales, nos permite vislumbrar la importancia que la financiación tiene para la correcta comprensión del modelo actual de partido²¹.

3. LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA: LA INDEFINICIÓN DE LA CE Y LA INCONSISTENCIA DEL LEGISLADOR ORGÁNICO

La CE, como es bien sabido, no establece un modelo concreto de financiación de los partidos políticos. El art. 6, al definir sus notas esenciales, no alude a la cuestión de la financiación. Un silencio que se reproduce a lo largo de todo el texto constitucional. La falta de referencia expresa no supone una invitación a que los partidos disfruten de total autonomía a la hora de decidirse por uno u otro modelo financiero. El mandato constitucional de ejercer su actividad «de acuerdo a la Constitución y la ley» legitima a los poderes públicos, y principalmente al legislador, a imponerle un conjunto de medidas de control y transparencia financieras.

La financiación partidaria es materia de indudable repercusión para el correcto funcionamiento de los principios fundamentales en que se sustancia el Estado democrático. El marco constitucional general –de referencia obligada para el legislador orgánico– está compuesto por el siguiente cuadro constitucional: a) La definición en el artículo 1CE del Estado español como democrático y la condición de la libertad, igualdad y pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico; b) La centralidad de los partidos en el correcto funcionamiento del sistema democrático, definida en el art. 6CE; c) La libertad de actuación de los partidos del propio artículo 6; d) El principio general de participación política del artículo 9.2 CE; e) El principio de legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE; f) La libertad ideológica y de expresión de los artículos 16 y 20 CE; g) El derecho de participación política del art. 23CE²².

Este grupo de principios y derechos constitucionales son de obligado cumplimiento para el legislador a la hora de regular la financiación de los partidos. La libertad y el pluralismo político del artículo 1, las funciones de los partidos del artículo 6 y la igualdad de acceso a los cargos representativos del artículo 23.2CE justifican la financiación estatal. El objetivo general es la promoción de la equidad en la competición electoral. Por otra parte, la liber-

²¹ Cf. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 12 ed., Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 531.

²² Cf. SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 99, 2013, p. 164.

tad de actuación de los partidos y las libertades de expresión e ideológica de los individuos de los artículos 6, 16 y 20 CE respectivamente posibilitan la inclusión de elementos propios de la financiación privada. Por último, el artículo 9.3 CE justifica la imposición de controles que fomenten la transparencia y el cumplimiento de la legalidad vigente fortaleciendo la independencia de los poderes democráticos sobre el poder económico²³.

La financiación partidista encuentra su origen legal en la aprobación del Real Decreto-Ley 20/1977 de 18 de marzo, sobre Normas electorales y la Ley 54/1978 de 4 de diciembre, de Partidos Políticos²⁴. Completan el cuerpo normativo la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG, Título II, Capítulo VI); la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos (LOFPP). Este primer bloque normativo, vigente por espacio de treinta años, estableció en su origen un modelo de financiación preferentemente público. La justificación inicial era la inevitabilidad de la financiación estatal en la consolidación del sistema de partidos y la incipiente democracia española. Debe decirse que el modelo adoptado tuvo el efecto positivo de reforzar y profesionalizar unas estructuras partidistas extremadamente débiles. La LO 3/87 introdujo elementos propios de un modelo mixto, si bien la desproporción entre los recursos procedentes de la esfera pública y la privada lo convertían en un modelo prácticamente público. Esta tendencia hacia la *publicación* del modelo de financiación de los partidos alcanzó su cénit con la actual Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de los Partidos políticos sustitutiva de la anterior (en adelante LO 8/2007)²⁵.

El legislador orgánico ha ido perfilando un modelo aparentemente mixto de financiación que de acuerdo con parte de la doctrina busca la consecución de tres resultados prácticos elementales: la suficiencia y estabilidad de los recursos del partido que maximice su independencia frente a los lobbies; la igualdad de oportunidades que permita a los partidos competir equitativamente en la contienda electoral; posibilitar una interconexión suficiente entre partidos y sociedad civil, de forma a evitar su conversión en organizaciones

²³ Cf. GIL CASTELLANO, J., «La financiación de los partidos políticos: el estado de la cuestión», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 36/37, 2001, p. 254; RUIZ-RICO RUIZ, G., «La lucha contra la corrupción desde el Estado constitucional de derecho: la legislación sobre financiación de partidos políticos en España», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 7, 2014, p. 230.

²⁴ Véase GARCÍA VIÑUELA, E. y ARTÉS CASELLES, J., «El gasto público en financiación política: las subvenciones para el funcionamiento ordinario de los partidos», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 128, 2005, p. 258.

²⁵ Cf. SANTANO, A.C., «La financiación ordinaria de los partidos políticos en España – nuevas normas, viejos desafíos», *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 19, 2014, p. 2.

parasitarias despreocupadas con su función de captación y renovación de la masa de afiliados. La transparencia en la gestión y el control de los actos partidarios completan el cuadro general de objetivos²⁶.

Si hacemos caso a los objetivos generales buscados por este sistema y descontamos el incipiente modelo de los años 77 y 78 –orientado a la consolidación del sistema de partidos y la democracia– lo cierto es que las posteriores reformas y avances arrojan un resultado irregular y ciertamente decepcionante. El modelo original, fruto principalmente de la improvisación, y de longevidad bien superior a la esperada inicialmente acabó no solo por responder a las demandas iniciales de las fuerzas políticas protagonistas de la Transición; también terminó, en una inversión de sus objetivos originales, por dilatarse en el tiempo al satisfacer las prioridades de los interesados y de aquellos que obtuvieron un éxito electoral inmediato. Los beneficiarios acabaron postergando los cambios normativos que pusieran término a la improvisación y las insuficiencias del modelo de financiación de los partidos²⁷.

En este punto, como en otros tantos relativos al Derecho de Partidos, el legislador viene mostrando una tendencia marcadamente conservadora en el mantenimiento de las prerrogativas partidarias. La consolidación del gobierno democrático no ha servido para poner freno al constante incremento del gasto estatal²⁸. Los partidos continúan inmersos en una espiral de incremento de gastos que dan lugar a la creación de nuevas necesidades financieras. El resultado de esta dinámica de actuación es una cierta hipertrofia organizativa y patrimonial si atendemos al volumen de personas que trabajan en los partidos y al patrimonio inmobiliario de que disponen. La única excepción a esta tendencia de captación creciente de recursos estatales fue el recorte del 20% introducido en la reforma de la LO 8/2007. Una actitud forzada, qué duda cabe, por la severa crisis económica iniciada en 2008 que aun planea por nuestro país²⁹.

Las vías de financiación establecidas en el artículo 2 de la LO 8/2007 –bajo el título Recursos económicos– permite a los partidos captar fondos públicos y privados con los que atender a las diversas funciones burocráticas,

²⁶ Cf. GARCÍA VIÑUELA, E. y GONZÁLEZ DE AGUILAR, C., «Financiación pública de los partidos y cartelización de la oferta política», *op. cit.*, p.146; SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *op. cit.*, p. 167; OLAIZOLA NOGALES, I., «La financiación ilegal de partidos: un foco de corrupción», *op. cit.*, pp. 92 y ss.

²⁷ Cf. SANTANO, A.C., «La financiación ordinaria de los partidos políticos en España –nuevas normas, viejos desafíos», *op. cit.*, p. 4.

²⁸ Cf. ARIÑO ORTIZ, G., *La financiación de los partidos políticos*. Madrid: Foro de la Sociedad civil, 2009, p. 15.

²⁹ Cf. SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *op. cit.*, p. 68.

organizativas, electorales e institucionales. La principal partida en materia de financiación es la que atiende al nombre de gastos de *carácter ordinario anual*. Su configuración pretende, con las limitaciones que se pondrán de manifiesto posteriormente, entroncar con el objetivo principal de los sistemas mixtos de garantizar la independencia del partido frente a otros sujetos, grupos o centros de poder en el ejercicio de sus actividades permanentes y contribuir a la igualdad de oportunidades de aquellas organizaciones partidarias con una mínima expresividad social.

La fórmula adoptada para su cálculo es el cómputo de los escaños y votos obtenidos en las últimas elecciones al Congreso establecida en el artículo 3.2. La cantidad a percibir por cada formación depende de las variables proporción del número de escaños y votos obtenidos y de un criterio de división en terceras partes, correspondiendo un tercio en función de los escaños y los otros dos en función del número de votos. Este método contable, no cabe duda, beneficia a los partidos con mayor representación parlamentaria, beneficiados doblemente por la baja proporcionalidad de la fórmula D'Hont de asignación de escaños.

La LO 8/2007 ha introducido en su artículo 3º un factor de corrección largamente demandado por algunas fuerzas políticas minoritarias en la distribución de las ayudas estatales para los gastos ordinarios. La legislación de 1987 establecía que dos tercios de los fondos públicos se distribuyesen entre aquellos partidos que superasen la barrera electoral del 3% en la asignación de escaños. Por el contrario, el artículo 3.2 de la LO 8/2007 contabiliza todos los votos obtenidos a nivel nacional y no exclusivamente en la metodología de 1987. Este cálculo pretende impulsar la igualdad de oportunidades, beneficiando a aquellas formaciones políticas con una distribución del voto difusa y con dificultades para superar la barrera electoral. Puede considerarse, dicho en términos coloquiales, una concesión de los grandes partidos a los minoritarios.

No puede decirse lo mismo respecto del segundo bloque de subvenciones, el destinado a cubrir los *gastos electorales* ocasionados con motivo de los diferentes procesos electivos. Un capítulo de gastos que no ha merecido otra respuesta del legislador que la mera remisión al artículo 175 de la LOREG. Es bien conocido que este dispositivo únicamente retribuye aquellos votos obtenidos en las circunscripciones en las que se haya logrado escaño, quedando descontados aquellos votos no traducidos en escaños. El legislador ha optado por seguir obviando las dificultades que la escasa magnitud de la gran mayoría de las circunscripciones electorales ocasiona a los partidos minoritarios nacionales con fuerte dispersión del voto en todo el territorio nacional.

Este modelo contable, que excluye del cobro de subvenciones a las agrupaciones extraparlamentarias y a aquellas que aun obteniendo votos en diferentes circunscripciones no alcanzan el escaño parlamentario, persiste en

fomentar un modelo reduccionista y desproporcionadamente orientado a la función de «representación parlamentaria» de los partidos. Dicho en otros términos: el legislador no considera dignas de atención estatal otras funciones relevantes desempeñadas por los partidos fuera del espectro parlamentario. Sería deseable la reforma de esta disposición legal con el objetivo de eliminar estas desigualdades carentes de justificación³⁰.

La posición dominante de los partidos mayoritarios no se ciñe a los comicios electorales regulares. El apartado d) del artículo 2.1 de la LO 8/2007, en una decisión cuanto menos sorpresiva, otorga subvenciones extraordinarias para la realización de campañas de propaganda en el caso de celebración de referéndum y de acuerdo a las condiciones establecidas en la LOMR. El artículo 14 de este cuerpo legal dispone que el uso de espacios gratuitos en los medios de difusión públicos quede reservado a aquellos partidos con representación parlamentaria en las Cortes Generales.

El cuarto grupo de subvenciones objeto de análisis se dirige a los *grupos parlamentarios* y *grupos pertenecientes a la esfera local* y tiene el propósito de financiar las actividades propias del partido en las Cámaras y corporaciones (artículo 2.1 e)). La generalidad de esta regulación debería ser completada a efectos de garantizar su suficiencia y estabilidad, evitando el que se conviertan en instrumentos de presión en manos de las mayorías.

Cierra el cuadro de subvenciones las otorgadas a *asociaciones y fundaciones* vinculadas orgánicamente a los partidos. Estas entidades se han convertido, desde la aprobación de la LO 8/2007, en la puerta trasera de entrada de recursos públicos y privados a los partidos vía asociaciones y fundaciones a ellos vinculadas. La Disposición Adicional Séptima de dicha ley introdujo dos gateras por las cuales los partidos pueden eludir las restricciones impuestas por la ley. La primera, la ampliación a 120.000€ del límite de donaciones realizadas por persona física o jurídica tratándose de fundaciones y asociaciones. Esta medida suele ser vía de entrada irregular de capitales ante la vinculación financiera y económica que partidos, asociaciones y fundaciones suelen tener.

Los informes del Tribunal de Cuentas posteriores a la entrada en vigor de la LO 8/2007 ponen de manifiesto la existencia de firmas de convenios de colaboración entre fundaciones y empresas privadas, rodeados de tal vaguedad en sus cláusulas y contraprestaciones que el órgano fiscalizador las ha terminado considerando como donaciones que en no pocos casos han excedido el límite de los 120.000€. En otros casos, se ha utilizado el ardid de dividir

³⁰ Véase PRESNO LINERA, M.A., «La reforma del sistema de financiación de los partidos políticos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, 1999, p. 218; SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *op. cit.*, p. 175.

las cantidades para no sobrepasar tal límite. En segundo lugar, la propia DA7^a establece que las fundaciones no están sometidas a la restricción de recibir donaciones de empresas privadas con contrato vigente con las Administraciones, organismos o empresas públicas³¹.

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley era otra puerta giratoria a la entrada de financiación irregular. Los partidos eran libres para llegar a acuerdos con entidades financieras sobre las condiciones de renegociación y/o condonación de eventuales deudas que pudieran tener. Esta disposición suponía una vía de financiación irregular repetidamente criticada por el Tribunal de Cuentas en sus Informes de Fiscalización. Felizmente, la reforma de la LO 8/2007 ha derogado tal Disposición Transitoria Segunda e imposibilitado esta recurrente vía de financiación irregular³².

El balance del marco público de subvenciones establecido en la LO 8/2007 es manifiestamente mejorable a la luz de estos argumentos. La regulación legal prevé un modelo de subvenciones excesivamente complaciente y generoso con las formaciones mayoritarias nacionales –PSOE y PP– y los partidos nacionalistas –CIU y PNV– frente a los partidos de electorado más disperso como IU. La igualdad de trato, principio básico del sistema de financiación, se ve contrariada por la disparidad de criterios dispensados a los partidos parlamentarios y extraparlamentarios y el descarado privilegio de los partidos mayoritarios frente a los minoritarios. El resultado es un refuerzo del *status quo* que dificulta en extremo la entrada en el escenario político de partidos de carácter nacional con voto disperso y continúa favoreciendo a los partidos nacionalistas con voto concentrado³³.

El TC ligó la financiación pública de los partidos al desempeño de una función en el proceso electoral³⁴. Parece sensato que tan solo aquellas organizaciones que realicen dicha tarea con un mínimo de seriedad y rigor puedan acceder a las arcas estatales. La desproporción se produce cuando se condiciona la recepción de la subvenciones al éxito electoral, es decir, a la obtención de la representación parlamentaria en un sistema que, como el español, no favorece precisamente la proporcionalidad por las consabidas deficiencias de ingeniería electoral.

³¹ Cf. RODRÍGUEZ LÓPEZ, A., «La financiación de la actividad ordinaria de los partidos políticos en la legislación española», *Actualidad administrativa*, n. 13, 2010, p. 1569; SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *op. cit.*, p. 163.

³² *Vid.* art. 13 LO 5/2012.

³³ Cf. MARTÍNEZ CUEVAS, M^a. D. *Régimen jurídico de los partidos políticos*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 137; PRESNO LINERA, M.A., *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, *op. cit.*, pp. 208 y ss.

³⁴ *Vid.* STC 3/1981.

La constitucionalidad de esta restricción, legítima en sus fines al impedir la proliferación de partidos que por su escasa base electoral no desempeñen la función de instrumento fundamental para la participación política del artículo 6 CE, se ve en entredicho ante el medio legislativo establecido al excluir igualmente a aquellos que a pesar de no tener representantes electos cuentan con un caudal de votos mínimamente expresivo que contribuye a enriquecer el debate político³⁵.

La cuantía final que los partidos vienen recibiendo del Estado para la sostenibilidad de su funcionamiento ordinario ha de considerarse desorbitada si nos atenemos a su presunta naturaleza mixta. La cifra se sitúa en un mínimo del 75% de los ingresos de los partidos, cuantía variable según cada partido y si se trata o no de año electoral. Esta generosidad estatal –favorecida por la homogeneidad entre los hacedores de la ley y los beneficiarios de la misma– ha acabado por hacer de los partidos organizaciones desmedidamente dependientes de los presupuestos públicos. Por otra parte, la LO 8/2007 viene mostrándose claramente insuficiente en la promoción de las funciones sociales de los partidos y la reducción de la estatalización de las fuentes de ingresos de los partidos.

La regulación actual fracasa en la promoción de las *microdonaciones* procedentes de personas físicas. La cuantía de 100.000€ es desproporcionada y las deducciones fiscales en el caso de mecenazgo es especialmente sugerente para las sociedades mercantiles, ya que al tributar por el Impuesto de Sociedad puede llegar al 35% de la base de la deducción, frente a un 25% en el caso de personas físicas. Por último, la ley propone algunas medidas interesantes dirigidas a corregir el déficit de afiliación que los partidos vienen experimentando en España. Las cuotas de afiliación, así como las restantes aportaciones realizadas a los partidos por personas físicas, resultan deducibles de la base del IRPF. La cifra de 600€ máximo parece excesivamente baja³⁶.

Resumiendo, la excesiva complacencia financiera ha desestimulado la función de intermediación social, movilización de la opinión pública y legitimación del conjunto del sistema político que los partidos deben ejercer. El manantial de financiación pública del que disfrutaban ha terminado por acomodarlos y volverlos despreocupados con la recaudación de fondos en los sectores sociales afines a su ideología, sea a través de donaciones, sea a través de las cuotas de nuevos afiliados³⁷. En este sentido, debe decirse que parte im-

³⁵ Cf. SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *op. cit.*, p. 176.

³⁶ Cf. SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *op. cit.*, p. 181; SANTANO, A.C., «La financiación ordinaria de los partidos políticos en España – nuevas normas, viejos desafíos», *op. cit.*, p. 13.

³⁷ Cf. OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de partidos: un foco de corrupción*, *op.cit.*, p. 94.

portante del dinero recaudado por los partidos mediante el concepto «cuotas» procede del salario obtenido por aquellos afiliados que desempeñan algún tipo de cargo público.

El actual sistema de financiación pública tampoco se ha revelado un instrumento eficaz en la lucha contra la financiación irregular que, como suele afirmarse, puede verse incentivada por la insuficiencia de la financiación pública y la correlativa dependencia del dinero privado. Los escándalos vinculados a la financiación irregular han sido una constante en la vida de los partidos³⁸. Los grandilocuentes anuncios de los máximos responsables institucionales en los últimos meses se han traducido en la incorporación de la financiación irregular como delito al Código Penal en unas condiciones tachadas de decepcionantes y muy posiblemente ineficientes. La fijación de la cantidad de 500.000€ como límite para la consideración de la financiación irregular como delito resulta a todas luces desproporcionada. El legislador no ha tenido en cuenta los precedentes más recientes —el conocido como caso Bárcenas es bien ilustrativo— a la hora de fijar un límite económico realista para la consideración de esta figura como delito. Llegados a este punto, y aunque no sea el objeto de este artículo, sería deseable que el propio legislador tomase una actitud más decisiva en el endurecimiento de las penas previstas para otros delitos asociados a la corrupción política como la prevaricación, el cohecho, el tráfico de influencias y el fraude y exacciones ilegales.

El otro bloque de financiación, el compuesto por los recursos privados, se regula en el artículo 2.2 de la LO 8/2007. La primera fuente de financiación privada legalmente establecida son las *contribuciones de los afiliados* del artículo 4º.1. La fijación de su importe es prerrogativa interna de los partidos, de acuerdo a la libertad de actuación y organización interna de que disponen. Su relevancia teórica contrasta con su importancia real en el sostenimiento de los gastos corrientes de los partidos, calificable de marginal. Las razones de su irrelevancia son, principalmente, dos: a) El ostracismo a que los partidos fueron condenados durante la dictadura franquista, caldo de cultivo de una cultura de desmovilización política mantenida hasta nuestros días; b) La actitud pasiva de los partidos en su función de imbricación con la sociedad

³⁸ La financiación irregular ha sido una constante en los partidos políticos desde los inicios de la democracia, viéndose amparada por una legislación continuamente ineficiente y principalmente dirigida a garantizar la supervivencia financiera de los partidos a costa del erario público. Ejemplos prácticos no faltan. A los consabidos casos de financiación irregular del PSOE de los años 80 (Caso Filesa), los varios casos de CIU (el popularmente conocido como el 3%, el Caso Palau de La Música y más recientemente el Caso Oriol Puyol, la Operación Pretoria) se suma recientemente el PP (Casos Gürtel y Bárcenas, ambos en instrucción judicial). Una práctica, en definitiva, persistentemente presente desde la reinstauración de la democracia española.

fuera de los periodos electorales, dinámica que refuerza las eximias tasas de afiliación de los partidos españoles, una de las más bajas en Europa. El resultado fue el paso directo de los partidos españoles al modelo *catch all* sin que lograran conservar mínimamente los rasgos propios de los partidos de masas –la fuerte ideologización y un número significativo de afiliados comprometidos con la suficiencia financiera del partido–, a lo que se añadiría los rasgos heredados de la etapa franquista de la desmovilización y la baja afiliación³⁹.

El segundo bloque de la financiación privada es el resultado de las actividades propias del partido y sus rendimientos patrimoniales. El apartado c) del artículo 2º alude a las *donaciones realizadas por terceras personas*. La limitación de las donaciones y la prohibición de las anónimas, permitidas por la legislación anterior, es un acierto del legislador en materia de transparencia. Esta medida debería complementarse con la exigencia de publicar los datos de identificación de los donantes. Sin embargo, ni el artículo 14.5 –que limita la identificación de los donantes a efectos de fiscalización por el TC–, ni el 19.2, que impone el más estricto sigilo de los datos, informes o antecedentes que afecten a la intimidad de las personas.

El principal punto de conflicto es la insuficiente regulación de los préstamos bancarios del artículo 4.4. La LO 8/2007 no establece limitación alguna al endeudamiento de los partidos. No es ésta la única interrogante. Igualmente, sorprende la vaguedad de las condiciones establecidas para la renegociación de deudas. Como contrapeso, el art. 15.5, párrafo 2º establece la obligación de que los partidos anexen a la memoria que han de presentar ante el Tribunal de Cuentas (en adelante, TC) un informe detallado sobre las condiciones contractuales de los créditos y préstamos. La Disposición Transitoria 2ª les impone el deber de informar al TC y al Banco de España de los acuerdos de renegociación de deudas. Estas medidas, calificables de acertadas, son insuficientes a efectos de la transparencia debida.

La histórica permisividad de la legislación española ha sido y es causa primaria de la situación de sobreexposición de los partidos a la influencia de las entidades bancarias y su consecuente sobreendeudamiento. Ejemplos, lamentablemente, sobran en los últimos años. La vaguedad de las cláusulas de renegociación de deudas entre los partidos y las entidades crediticias ha estimulado la condonación parcial o total de las deudas, dando entrada a una puerta falsa a través de la cual burlar el límite legal de las aportaciones privadas. La Disposición Adicional Segunda ha resuelto este problema en unos términos excesivamente generales, al afirmar que tales acuerdos «serán los admitidos según los usos y costumbres del tráfico mercantil habitual entre las partes y no les serán de aplicación los requisitos y limitaciones» que la propia

³⁹ Cf. SANTANO, A.C., «La financiación ordinaria de los partidos políticos en España –nuevas normas, viejos desafíos», *op. cit.*, pp. 3-4.

Ley regula para las aportaciones privadas. La desregulación operada por la LO 8/2007, dando manga ancha a los acuerdos de renegociación, no se ha rebelado una medida eficiente ni en la reducción de la dependencia de los partidos respecto de las entidades financieras ni en su elevado grado de endeudamiento⁴⁰.

Las fuentes primordiales de financiación privada continúan siendo los créditos o préstamos concedidos por las entidades crediticias. La actual regulación legal se sitúa a medio camino de los dos modelos alternativos de financiación privada –la financiación ciudadana o el modelo liberal–. Optar por la primera vía implicaría, además de acabar con las donaciones jurídicas, incentivar *ex lege* las aportaciones ciudadanas de reducida cuantía. Decantarse por el modelo liberal puro exigiría mejorar la transparencia de las aportaciones privadas. El modelo español no se decanta por ninguna de estas soluciones. Permite, sin dejar de desconfiar, las donaciones privadas; concede un protagonismo desmedido a las entidades bancarias en la financiación privada; regula vagamente las relaciones entre ambos en materia de créditos y renegociación de deudas; por último, es manifiestamente mejorable en el control de su aplicación⁴¹.

La evidente desproporción entre las dos fuentes de financiación establecidas en la LO 8/2007 nos fuerza a preguntarnos por el grado de cumplimiento de los objetivos establecidos por el legislador en la Exposición de Motivos, a saber: a) La protección de la libertad de los partidos en el ejercicio de sus funciones, que justifica la prohibición de adoptar un modelo exclusivamente privado que impida, en la feliz expresión de Dworkin (2011, p. 55), «instituir una democracia de accionistas»; b) La preferencia por un modelo mixto compuesto por las aportaciones ciudadanas y la estatal calculada en función de la representatividad y garantes ambas de la independencia y suficiencia del sistema; c) La limitación y transparencia de las aportaciones privadas y la evitación del conflicto de intereses con la Administración Pública; d) El establecimiento de mecanismos de auditoría y fiscalización autónomos y suficientes.

La ley 8/2007 no cumple satisfactoriamente con los objetivos propios de un sistema de financiación auténticamente mixto. Privilegia descaradamente la captación de recursos públicos en atención a criterios legales que por su desproporcionada restricción del principio de igualdad de trato resultan dudosamente constitucionales. Partidos con expresividad social y dignos de atención estatal son excluidos del juego político. Los partidos mayoritarios y

⁴⁰ Cf. SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *op. cit.*, p.172.

⁴¹ Cf. SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *op. cit.*, p.174.

nacionalistas reciben una ayuda estatal que los coloca en franca ventaja competitiva con el resto de formaciones políticas. Una y otra circunstancia acaban por contribuir a la periclitación de nuestro sistema de partidos toda vez que la gobernabilidad no se encuentra en riesgo.

El efecto reflejo de este estado de cosas es la reducción de las fuentes de financiación privada a una posición secundaria. Los estímulos fiscales a las donaciones y cuotas son insuficientes para el logro del necesario reequilibrio que permita ir reduciendo paulatinamente la dependencia de las subvenciones estatales. Una situación que, como se analizará en el siguiente apartado, la reforma operada por la LO 5/2012 no ha reconducido en los términos deseables.

4. LA LEY 8/2007 Y LA REFORMA DE 22 DE OCTUBRE DE 2012 (LO 5/2012): VIEJOS PROBLEMAS, SOLUCIONES PARCIALES

Es lugar común afirmar que la Ley 8/2007 ha producido resultados desiguales en materia de financiación y que, en general, ha supuesto una ocasión perdida para acabar con uno de los males endémicos de la financiación partidista: la financiación irregular y la falta de transparencia. Los avances en la fiscalización de la financiación ordinaria y la prohibición de las donaciones anónimas merecen el debido reconocimiento. Por el contrario, cabe reprochar al legislador la inconcreción general de la ley y, especialmente, la inseguridad jurídica provocada por el oscurantismo legal alrededor de la condonación de deudas de los partidos. Una situación que, como se verá en el apartado siguiente, la reciente reforma operada por la LO 3/2015 ha reconducido al prohibir la condonación total o parcial de las deudas contraídas con las entidades de crédito.

El principal reproche que cabe hacer, con todo, a la LO 8/2007 ha sido la injustificada insistencia del legislador en seguir haciendo depender el sostenimiento de los partidos de las arcas del Estado. La justificación ofrecida para semejante actitud es tan «poderosa» como discutible. La financiación estatal, dicen sus máximos responsables, es la única fórmula eficaz para garantizar la independencia funcional y la estabilidad del sistema. Una verdad susceptible de ser matizada si nos ceñimos a los indicadores de opinión del CIS sobre la consideración de los partidos como uno de los principales problemas del país y la creciente desconfianza de la ciudadanía en el sistema político en general⁴². La historia política reciente invita igualmente a poner en entredicho dicha afirmación ya que la sobrefinanciación pública ha termi-

⁴² *Vid.* Informe CIS Julio 2014 disponible en <http://www.cis.es/cis/openncm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14099>, (último acceso el 03/11/2014)

nado por ser fuente de despilfarro y estímulo adicional al crecimiento descontrolado de los gastos de los partidos.

La actual coyuntura de crisis económica, junto a una intensa presión social en pro de medidas de reequilibrio y verdadero control, ha obligado a los partidos mayoritarios a activar el mecanismo de reforma de la LO 8/2007 mediante la LO 5/2012, de 22 de octubre. La labor reformista puede considerarse una vez más incompleta e irregular. Los avances habidos en los puntos clave del sistema de financiación –fuentes de financiación, mecanismos de fiscalización y transparencia y publicidad de las cuentas de los partidos– han sido nuevamente insuficientes.

La lectura de la Exposición de Motivos de la LO 5/2012 permite afirmar que los partidos continúan adoleciendo de auténtica voluntad para poner fin a la *hiperdependencia* de los presupuestos públicos. La reforma les garantiza la continuidad funcional con cargo a las finanzas estatales. La postura acertada hubiera sido la sustitución del modelo actual, dudosamente constitucional, por uno caracterizado por un mecanismo de participación fiscal y en todo caso de limitación del techo de gasto público. El mantenimiento del caudal público de subvenciones, a pesar del recorte anunciado, tiene el efecto reflejo de reforzar la posición de privilegio de los partidos frente a otras organizaciones sociales.

El legislador podría haberse hecho eco de algunas medidas dirigidas a equilibrar las fuentes de financiación vigentes en el derecho comparado. En este sentido, son destacables los notables esfuerzos realizados por el legislador alemán. El enfoque sobre la naturaleza de los fondos públicos en la legislación alemana habla de financiar parcialmente la «actividad general» de los partidos. Ello se traduce, en lo que aquí interesa destacar, en la imposición de dos límites legales a las subvenciones estatales: un límite relativo (*relative Obergrenze*) y un límite absoluto (*absolute Obergrenze*). El límite relativo se traduce en que la financiación pública de un partido no supere la cantidad obtenida por medio de la financiación privada –cuotas de afiliados y donaciones básicamente⁴³. El límite absoluto impide a los partidos sobrepasar la cifra total de 133 millones de euros. Ambos puntos se dirigen, de acuerdo a la naturaleza mixta del sistema de financiación, a incentivar la captación de recursos económicos procedentes de la esfera privada.

Una de las debilidades de la LO 8/2007 era la remisión a la LOREG para la fijación de las subvenciones por gastos electorales. Nada ha cambiado en la reforma actual. Se mantiene la línea argumental, de acuerdo con SÁNCHEZ MUÑOZ, de ampliar las subvenciones a todos aquellos partidos que alcancen una mínima expresividad electoral no determinada imperativamente por la

⁴³ Cf. FERNÁNDEZ VIVAS, Y., «El régimen de los partidos políticos en Alemania», *Teoría y Realidad Constitucional* n° 31, 2013, p. 498.

consecución de uno o más escaños. El criterio de reparto era otro de los puntos conflictivos. Nos decantamos en este aspecto por el criterio del número de votos obtenidos. Las peculiaridades de nuestro sistema de partidos, con organizaciones de fuerte implantación territorial, hace razonable establecer un coeficiente de sufragios situado en un mínimo del 0,5 % a nivel nacional o bien el mantenimiento del 3% para aquéllos que concurren a un número limitado de circunscripciones⁴⁴.

La LO 5/2012 mejora la regulación de la LO 8/2007 en materia de incompatibilidades y transparencia de las donaciones efectuadas a los partidos (arts. 4º y 5º). La regulación anterior limitaba la incompatibilidad de financiación a aquellas entidades privadas con intereses en la Administración. La nueva regulación la amplía a aquellas empresas pertenecientes al mismo grupo o bien mayoritariamente participadas por aquéllas o sus fundaciones (artículo 4º c). Igualmente acertada resulta la adición de la letra d) que impide a los partidos recibir donaciones de entidades privadas que reciban fondos públicos. Una y otra medida penaliza el ejercicio de prácticas irregulares de canje de contribuciones a cambio de contratos o servicios públicos en manos de partidos gobernantes.

Uno de los puntos conflictivos en materia de financiación privada de la LO 8/2007 era la posible condonación de deudas entre entidades bancarias y partidos. Se trataba, sin duda, de un medio a través del cual se instituyó una vía legal, que no ética, de donaciones encubiertas y de intercambio de favores, muchos de ellos de dudosa legalidad, entre las entidades bancarias y las organizaciones partidarias⁴⁵. El legislador tomó una actitud más decidida en este punto al establecer en el art. 4, 4º al limitar la condonación de deudas por entidades de crédito a los 100.000€ anuales.

Complementariamente, les impone la obligación de informar al Tribunal de Cuentas y al Banco de España. Esta limitación, aun acertada, puede dar lugar indirectamente a situaciones de financiación privilegiada que favorezca a aquellos partidos con mayor presencia institucional. Las instituciones financieras, que no se destacan por sus políticas distributivas precisamente, pueden mostrar mayor interés en condonar deudas a aquellos partidos financieramente más potentes frente a otros con recursos financieros menores.

Otra de las demandas clásicas en materia de financiación privada era la exigencia de limitar las donaciones privadas que los partidos pueden recibir. En una sociedad de marcado acento capitalista, donde el poder económico

⁴⁴ Cf. SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate», *op. cit.*, p. 188.

⁴⁵ Cf. COELLO DE PORTUGAL, J.M., «La Ley Orgánica 5/2012, de 22 de Octubre, una buena reforma en una buena dirección del régimen de financiación de los partidos políticos», *Foro, Nueva Época*, vol. 15, nº 2, 2012, p. 340.

ejerce una desmedida influencia sobre el poder político, la desregulación de posibles donaciones, y máxime las anónimas, podría traducirse en la búsqueda de tratos de favor de los partidos en el poder. Es, sin duda, uno de los factores de mayor riesgo en el logro de la igualdad de oportunidades que debe orientar el sistema de financiación.

La *prohibición de donaciones anónimas, finalistas o revocables* del artículo 5.1 de la LO 8/2007 ha supuesto un claro avance en la limitación de estas prácticas. Esta medida se ve complementada con otras que refuerzan la debida transparencia y publicidad exigible en materia financiera. La legalidad de las donaciones está condicionada a la creación de una cuenta bancaria específica en la cual ha de identificarse con precisión la procedencia de los fondos y el destino de los mismos [arts. 4º e) y f) según nueva redacción dada en la LO 5/2012]. Otro acierto legislativo recogido en esta reforma decía a respecto de la obligación de notificar al TC en un plazo de máximo de 3 meses las donaciones que por su cuantía –superiores a 50.000€– resultasen especialmente sensibles y las de bienes inmuebles en todo caso. El legislador, como se verá, ha adoptado una actitud aún más decidida en la LO 3/2015 al reducir el límite a los 25.000€.

La idoneidad de estas medidas, indudable avance en materia de transparencia y publicidad, debe relativizarse si se entiende que el verdadero problema no es tanto la identificación de las donaciones sino la opacidad de aquéllas que, conociéndose su existencia, escapan al control del Tribunal de Cuentas y al conocimiento directo de los electores y que continúan siendo una fuente de financiación irregular de los partidos. La realidad política de los últimos meses nos da la razón.

La publicidad y control de las actividades económicas de los partidos es otro de los elementos nucleares que permiten definir a un sistema de financiación como legítimo. El garantizar la rendición de cuentas y el acceso de la ciudadanía a la información veraz y actualizada de las cuentas de los partidos debe entenderse como una práctica que fortalece las instituciones democráticas y un dique de contención de posibles actitudes irregulares o directamente delictivas. La LO 8/2007 supone un discreto avance –no exento de lagunas– en la imposición de controles que permitan ejercer a los poderes públicos labores de fiscalización y rendición de cuentas suficientemente garantistas.

El art. 14 de dicha ley obliga a los partidos por primera vez a llevar una contabilidad detallada en base a criterios contables generalmente aceptados. Los dirigentes pasan a ser responsables de la veracidad de las cuentas anuales presentadas. Con ello se acaba con la indefinición de la Ley de 1987. Resulta igualmente acertada la reciente adición en la LO 5/2012 de un apartado (octavo) que obliga a los partidos a hacer públicos los datos de sus cuentas de resultados, balances y situación crediticia una vez auditados por el TC. La

eficacia de esta última medida, más allá de las buenas intenciones del legislador, se resiente ante el retraso con que el propio TC emite sus informes anuales. Una situación parcialmente corregida por el esfuerzo del propio Tribunal que, a pesar de las tradicionales trabas con que los partidos cumplen la obligación de cooperación del artículo 19, ha logrado en el año de 2014 auditar las cuentas de los ejercicios 2009-2012⁴⁶.

Otra de las peticiones desatendidas por la LO 5/2012 –y corregida por la LO 3/2015– era la mejora de las redes de colaboración con otras entidades públicas como la Agencia Tributaria y el Banco de España⁴⁷. Tampoco resulta de gran ayuda el que los esfuerzos por incrementar los medios materiales y humanos con que cuenta dicho Tribunal –que asciende a un presupuesto de 60 millones de euros y una plantilla de 700 empleados– hayan quedado recientemente en entredicho ante los frecuentes casos de nepotismo y enchufismo en la contratación y cobertura de vacantes, originándose en algunos casos auténticas sagas familiares⁴⁸.

La contabilidad interna de los partidos es otro de los temas candentes que precisa de otra respuesta jurídica. Se ha apuntado como medida adicional de transparencia el sometimiento de las cuentas a una auditoría externa independiente de acreditada solvencia. Esta medida fue puesta en práctica con escaso éxito en el contexto del «caso Bárcenas». El Partido Popular convocó un concurso que terminó quedando desierto ante la negativa de las principales auditoras –Deloitte, PwC, KPMG– motivada por las múltiples trabas establecidas por la dirección del partido y que, a su juicio, dificultaban notablemente la obtención de un resultado acorde a las buenas prácticas en auditoría. No han faltado voces que apuntaban a la falta de estímulo de las grandes auditoras ante posibles represalias en forma de pérdida de contratos futuros⁴⁹. Ya sea por las resistencias de los partidos, ya sea por la peligrosidad que las compañías auditoras perciben en auditar a los partidos, esta medida es de eficacia muy limitada.

⁴⁶ Datos disponibles en <<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?fis=true>> (último acceso el 14/05/2015)

⁴⁷ En comparecencia ante el Congreso durante 2013, el Presidente del Tribunal de Cuentas, Ramón Álvarez de Miranda reconocía que a pesar de las mejoras de la Ley 8/2007, siguen siendo insuficientes las capacidades reales del Tribunal de Cuentas para recoger y cruzar las informaciones obtenidas con diversos organismos, en particular la Agencia Tributaria y la Seguridad Social. Disponible en <http://politica.elpais.com/politica/2013/02/12/actualidad/1360673268_115120.html> (Acceso el 30/10/2014)

⁴⁸ Información disponible en <http://politica.elpais.com/politica/2014/06/09/actualidad/1402333463_591562.html>, (último acceso el 28/10/2014)

⁴⁹ Información completa disponible en el diario económico *Expansión* en la dirección: <<http://www.expansion.com/2013/02/18/economia/1361203588.html>> (último acceso el 28/10/2014)

El art. 16 merece especial atención. Este dispositivo, regulador de los medios de control externo, define las competencias del organismo encargado de la fiscalización de la actividad económica de los partidos, el TC. Nos encontramos ante el artículo de la Ley que más críticas ha recibido por parte de la doctrina, medios de comunicación y sociedad por cuanto su redacción pone en tela de juicio la capacidad de fiscalización e independencia real del Tribunal.

La naturaleza y capacidad de intervención y fiscalización del TC es otro de los clásicos puntos conflictivos del sistema de control de los partidos. Una queja que, a pesar de su coherencia y oportunidad, no recibe la deseada respuesta legislativa. El proceso de designación de los componentes del Tribunal está regulado en el artículo 30.1 de la LOTC. Los 12 magistrados del Tribunal son nombrados por mayoría de 3/5 en cada una de las Cámaras, 6 en el Congreso y otros 6 en el Senado. El procedimiento es, en la práctica, prerrogativa final de los dos grandes partidos políticos, PP y PSOE. La práctica habitual de reparto de los cargos entre los grupos políticos dominantes, colocando mayoritariamente a antiguos diputados y senadores u otros responsables que han desempeñado cargos políticos relevantes en los partidos a los que se supone deben controlar, no contribuye precisamente a reforzar la imagen de imparcialidad e independencia funcional que se le ha de suponer a este órgano. No sin cierta dosis de razón, a este órgano se le ha dado el nombre de «tigre de papel»⁵⁰.

La tan ansiada recuperación de la credibilidad de esta institución fiscalizadora debe comenzar por seguir la orientación del Tribunal Supremo, quien ha denunciado recientemente la peligrosa deriva de politización del TC motivada por la desproporción existente entre funcionarios de libre designación –prerrogativa de los dos principales partidos– y funcionarios de carrera.

El apartado 3º del art. 16 merece comentario aparte. El Tribunal de Cuentas dispone de 6 meses desde la recepción de la documentación exigida para emitir el informe de adecuación y conformidad o bien para denunciar las infracciones cometidas. El último informe emitido por el Tribunal es el correspondiente al ejercicio de 2012. Una grata noticia si consideramos que la norma común venía siendo la de retrasos por tiempo de 4 a 6 años. La elaboración del Plan de Contabilidad adaptado a los partidos en septiembre de 2013 que finalmente introduce un criterio unificado de análisis contable aportará un plus de seguridad jurídica que contribuirá a la mejora de la calidad y la agilidad de los procesos de fiscalización. Sería igualmente deseable que los partidos cumplieren con la obligación impuesta por el artículo 19 de proveer en tiempo y forma la documentación financiera al TC. Por el mo-

⁵⁰ Vid. GARCÍA VIÑUELA, E., «Un tigre de papel». Disponible en <http://elpais.com/diario/2005/12/18/opinion/1134860409_850215.html>. (último acceso el 30/10/2014)

mento, de poco parecen servir las continuas recomendaciones de mayor agilidad en los informes del TC⁵¹.

La mejora del régimen sancionador era otro de los asuntos pendientes de mejora en la LO 8/2007. La LO 5/2012 reforzó la capacidad sancionadora del Tribunal dando una mayor densidad y concreción normativa al conjunto de sus atribuciones (artículos 7 y 8). Otros avances positivos fueron el refuerzo de las capacidades sancionadoras del TC en materia de donaciones. El Tribunal dispone de legitimación para imponer severas multas económicas y retener subvenciones a aquellos partidos que contravengan las disposiciones legales sobre donaciones o bien obstruyan la labor del Tribunal reteniendo información útil para la auditoria de las cuentas.

La eficacia de estas medidas, con todo, se ve afectada por un conjunto de circunstancias reales no tenidas en cuenta por el legislador. El art. 7º de la reforma optó por mantener el plazo de 4 años de prescripción de las infracciones contenidas en la ley. La prescripción, no cabe duda, es un instituto jurídico de innegable relevancia en el ordenamiento jurídico. La crítica se centra en el inicio de su cómputo temporal –el momento de la comisión de la infracción– y, sobre todo, en el mantenimiento del plazo de 4 años. Si lo que se pretendía era dotar de verdadera capacidad sancionadora al TC, no se entiende que el legislador no ampliase el límite temporal habida cuenta de los múltiples inconvenientes y trabas con que el Tribunal viene trabajando y que motivan los enormes retrasos en la emisión de los informes. Una situación que, como se verá en el siguiente apartado, el legislador ha resuelto parcialmente en la reciente reforma LO 3/2015.

El escenario de inseguridad jurídica del art. 7º se complementa con la regulación del artículo 8º de la LO 5/2012. La posible sanción impuesta por el Tribunal es lógicamente susceptible de ser recurrida en vía contencioso-administrativa ante el Tribunal Supremo, produciéndose la suspensión automática de la ejecución de la sanción. Si nos atenemos a la media con que el TS viene resolviendo estos recursos –unos 17 meses–, el resultado es el refuerzo de una lentitud e incertidumbres jurídicas contrarias a la deseable celeridad procesal en materia sancionatoria.

Este enrevesado escenario –caracterizado por la natural opacidad de las donaciones anónimas, las artimañas contables con que los partidos fraccionan las donaciones y las trabas que el TC debe sortear para obtener la información contable de los partidos– y sumado a la lentitud con que el TS dicta sentencia definitiva acaba por perjudicar a los principios de celeridad y transparencia que deben guiar la fiscalización de la actividad de los partidos. Un

⁵¹ En este sentido, resulta de especial utilidad la lectura de la Resolución de la Comisión Mixta de relaciones con el TC de 11 de marzo de 2014, disponible en <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5010>. (Último acceso el 14/05/2015).

enfoque más amplio de las prerrogativas del TC que le permitiría tomar la iniciativa en la investigación sin depender casi en exclusiva de la buena voluntad y diligencia de los partidos en la entrega de la documentación sería una medida acertada.

5. UNA NUEVA REFORMA EN FAVOR DEL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA DE LOS PARTIDOS: LA LEY ORGÁNICA 3/2015, DE 30 DE MARZO

La aparición de nuevos escándalos de financiación irregular de los partidos –posibilitados entre otros factores por la insuficiencia de los controles establecidos en la reforma de 2012– y la lógica corriente de indignación social catapultó la respuesta de las instituciones en busca de una normativa que reforzase la eficiencia de los mecanismos de control y transparencia. Los principales Grupos Parlamentarios, nos dice el Preámbulo de la LO 3/2015, suscribieron un compromiso en febrero de 2013 que ha terminado cristalizando en la reciente aprobación de una nueva Ley Orgánica, la 3/2015. Este dispositivo introduce nuevas reformas dirigidas a robustecer jurídicamente los principios de transparencia y control que deben presidir la actividad financiera de los partidos y a mejorar el régimen contenido en la anterior reforma legal.

El grueso de las reformas en materia de financiación están contenidas en el artículo 1º. Suponen una vuelta de tuerca en el fortalecimiento de los controles administrativos sobre las fuentes de financiación privada y están dirigidas principalmente a la imposición de límites a las donaciones realizadas por personas físicas, la total prohibición de donaciones realizadas por personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica y la imposición de medidas adicionales de transparencia a los partidos políticos. Dicho en otros términos: el legislador ha dotado de mayores competencias a entidades públicas –principalmente, el TC y el Banco de España– y ha impuesto nuevas obligaciones en materia de transparencia y publicidad a los partidos en la confianza de que una normativa más prolija reduzca los casos de financiación irregular. Hubiera sido deseable, y con ello nos adelantamos a las conclusiones finales, que el legislador hubiera aprovechado esta nueva reforma para reforzar el régimen jurídico de las fuentes de financiación privadas y reducir la dependencia de los partidos de las arcas del Estado. Quizás en una nueva ocasión se haga eco de esta clásica reivindicación de buena parte de la doctrina y la sociedad y con ello difumine la sensación de inconstitucionalidad que paira sobre el modelo de financiación legalmente vigente.

El apartado Uno del artículo 1º da nueva redacción a los apartados a) y b) del artículo 2º de la LO 8/2007. El apartado a) se limita a eliminar los términos adherentes y simpatizantes. El apartado b) introduce una nueva fuente de

financiación privada en la forma de aquellas actividades que se vengán desarrollando tradicionalmente en las sedes de los partidos y que promuevan el contacto e interacción con los ciudadanos. Tales actividades quedan sometidas a su reflejo contable y al control del Tribunal de Cuentas.

El apartado Dos del artículo 1º concentra el grueso de las reformas al añadir al artículo 3º de la LO 8/2007 cuatro nuevos epígrafes. El epígrafe Seis establece un mecanismo de control adicional –debe decirse, de dudosa utilidad– al exigir el acuerdo previo del Consejo de Ministros para aquellos supuestos en que el montante de la subvención exceda de los doce millones de euros. Un acuerdo que no conlleva, como nos dice la ley, la aprobación directa del gasto, que seguirá correspondiendo al órgano competente para la concesión de la subvención. No resulta fácil entender la finalidad buscada por el legislador al otorgar competencias en materia de financiación al Poder Ejecutivo. Si se quiere imponer un doble filtro, se podría haber seguido el modelo de Comisión Mixta utilizado en las relaciones con el TC compuestas por el conjunto de los Grupos Parlamentarios.

El epígrafe Siete del apartado Dos condiciona el pago de las subvenciones a la acreditación de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus deberes tributarios y de Seguridad Social. Tampoco podrá el partido recibir subvenciones si se encuentra pendiente de reintegrar alguna subvención u otra ayuda anterior. El epígrafe Ocho impide el cobro de subvenciones a aquellos partidos que no presenten en tiempo y forma las cuentas conforme a lo establecido en el artículo 14. Por último, el epígrafe Nueve obliga a las Administraciones Públicas a detallar al menos una vez al año las subvenciones dadas a los partidos así como sus perceptores, de conformidad con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

El apartado Tres del artículo 1º completa la redacción original del artículo 4º de la Ley 8/2007 referido a las donaciones privadas a los partidos. Introduce, concretamente, dos medidas de transparencia largamente demandadas: a) La imposibilidad de realizar donaciones a los partidos procedentes de personas físicas que sean parte de un contrato vigente de los previstos en la legislación de contratos del sector público; b) La obligatoriedad de que los partidos consignen las donaciones recibidas en cuentas abiertas exclusivamente a este fin y que informen a las entidades de crédito y al TC de la existencia de las mismas. A su vez, las entidades de crédito informarán anualmente a este último de las cantidades recibidas por este concepto. Por último, las letras c) d) e) y f) introducen medidas dirigidas a la mejora de la transparencia y publicidad en la recepción y gestión de donaciones procedentes de personas físicas.

El apartado Tres *in fine* del artículo 1º establece la imposibilidad de que los partidos políticos se beneficien de tipos de interés inferiores a las condi-

ciones de mercado en la negociación de las deudas contraídas con entidades de crédito. Igualmente se establece un elemento de transparencia adicional al exigirle a aquéllos que informen al Banco de España y al Tribunal de Cuentas. Se prohíbe, por último, la condonación de deudas –total o parcialmente– a los partidos por parte de las entidades de crédito. Todas estas medidas, en principio acertadas, pretenden ser diques de contención para refrenar las pulsiones de continuo endeudamiento de los partidos así como limitar situaciones de indeseada dependencia de los partidos frente a las entidades de crédito que estimulen actitudes clientelares.

El apartado Cuatro del artículo 1º introduce reformas estimables en el artículo 5º de la LO 8/2007. La primera es la reducción de las aportaciones de personas físicas del límite anterior de 100.000 € anuales a la cantidad de 50.000€. Hubiera sido deseable que este límite se hubiera mantenido igualmente en el caso de las donaciones en especie por personas físicas. Mayor calado tiene, sin duda, el epígrafe c) que establece la prohibición total de donaciones provenientes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica. Esta era una medida largamente demandada en pro del principio de igualdad de oportunidades. Por último, el legislador ha rebajado a la cantidad de 25.000€ el límite de aquellas donaciones que han de ser comunicadas al TC.

El apartado Seis del artículo 1º incide en la publicidad y transparencia de las cuotas de los afiliados mediante la apertura de cuentas bancarias destinadas exclusivamente a este fin. El legislador ha dejado pasar nuevamente la oportunidad de elevar el límite de 600€ en la deducción del IRPF de las cuotas de afiliados establecido en el artículo 12 de la LO 8/2007. Esta medida funcionaría como un estímulo adicional para incrementar la exigua financiación privada de los partidos españoles.

El otro gran bloque de reformas legales se centra en las obligaciones contables y financieras del artículo 14 de la LO 8/2007. La lectura del apartado Tres rebela el esfuerzo del legislador por concretar el contenido de la Memoria Anual. Las reformas de mayor calado se centran en reforzar la transparencia y publicidad de las cuentas de los partidos con dos medidas complementarias: a) obligándoles a que en el plazo de un mes desde la fecha de envío de la documentación al TC publiquen las cuentas detalladas en su página web; b) a que publiquen el informe del TC en el plazo máximo de 15 días desde su recepción.

El artículo 14 bis introduce una novedad sin precedentes: la designación de un responsable de la gestión económico-financiera del partido cuyo nombramiento se halla condicionado al cumplimiento de unas condiciones tasadas de idoneidad y a un régimen de incompatibilidad que pretenden garantizar su buen hacer.

La fiscalización y control de las cuentas de los partidos es el gran caballo de batalla de la financiación y fuente de las mayores críticas doctrinales. El

legislador ha reforzado las competencias del TC al permitir examinar las cuentas de aquellos partidos que no reciban subvenciones públicas. El apartado tres introduce una nueva obligación para los partidos, cual es la de presentar sus cuentas de acuerdo a los principios de gestión económica que les sean exigibles en función de la naturaleza de sus operaciones. En el propio artículo 16 se establece un apartado bis por el que se habilita a la *Comisión Mixta para las relaciones con el TC* a solicitar la comparecencia del responsable económico de los partidos al efecto de informar de las infracciones o prácticas irregulares detectadas por este último.

El artículo 17, relativo a las infracciones, ha sido objeto de concreción jurídica en unos términos globalmente acertados. Se amplía el catálogo de conductas tipificadas como sancionables y se incrementan las sanciones económicas a los partidos. La reforma legal diferencia entre infracciones muy graves, graves y leves y otorga plazos de prescripción diferentes según se trate de una u otra infracción. En este punto el legislador ha optado por incrementar en un año la prescripción de las infracciones muy graves (5 años) y reducir en un año las conductas calificables como graves (3 años). Las infracciones leves prescribirán a los dos años. El inicio del cómputo temporal sigue siendo, equivocadamente, el del inicio de la infracción.

Una valoración diferente merece el tratamiento que el legislador ha dado a la infracción de no presentar en tiempo y forma las cuentas correspondientes al ejercicio natural. La LO 8/2007 la consideraba infracción muy grave y le otorgaba un plazo de prescripción de 4 años. La LO 3/2015 la califica como infracción grave y reduce el plazo de prescripción a 3 años. Un plazo incierto si se atiende al retraso histórico con que el TC viene auditando las cuentas de los partidos –en la actualidad los informes de fiscalización más recientes corresponden al año 2012⁵²–. Dicho en otros términos: el hacer depender la ampliación de los plazos de prescripción de la repetición de una infracción que la reforma de 2012 ya calificaba como muy grave y para la cual establecía un plazo de prescripción de cuatro años va en la dirección contraria a la adopción de un marco normativo que otorgue mayor seguridad jurídica y que tenga en cuenta los factores que vienen dilatando en el tiempo la función de fiscalización del TC.

Otro bloque de análisis y objeto de críticas en el apartado anterior es el correspondiente a las fundaciones y se halla contenido en la Disposición Adicional Séptima de la LO 3/2015. El legislador ha optado por mantener en bloque las determinaciones legales. Por ello, nos remitimos a las consideraciones realizadas en el apartado anterior.

⁵² Datos disponibles en <<http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?entrance=FIS>>, (último acceso el 12/05/2015).

Cierra este análisis la reforma de la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas contenida en el Artículo 3º de la LO 3/2015. Cabe valorar positivamente la atribución de competencias reglamentarias sobre su funcionamiento y organización y sobre el estatuto de personal y servicios. Estas medidas posibilitan que el TC disponga de una mayor autonomía funcional que debería redundar en la mejora de sus funciones fiscalizadoras. El apartado Cuatro del citado artículo 3º obliga al Estado y demás entidades integrantes del sector público a facilitarle la información y con ello contribuir al adecuado cumplimiento de sus funciones. Igualmente, le otorga al TC la capacidad de celebrar convenios de colaboración al objeto de agilizar los trámites en el intercambio de informaciones. El apartado Cinco, por su parte, reitera la obligación de cooperación para las entidades de crédito en el control y fiscalización de las cuentas de los partidos. Se mantiene, con buen criterio, el anonimato de los donantes con la salvedad de aportaciones que superen los 3.000€ en el curso de un año natural.

El refuerzo de las competencias organizativas del TC debe ser recibido con moderado optimismo. El elemento central del que depende la independencia real del Tribunal —el procedimiento de selección de los miembros establecida en el artículo 30.1— no ha sido objeto de reforma alguna. El enroque del legislador en mantener un procedimiento que genera encendidas y razonadas críticas respecto a su independencia resta empaque a los avances legislativos contenidos en la LO 3/2015. Reiteramos la conveniencia de adoptar un modelo que prime el equilibrio entre los miembros designados por las Cortes Generales y los funcionarios de carrera independientes. De esta forma, la independencia funcional de los Consejeros de Cuentas del artículo 30.2 dejará de estar bajo sospecha.

6. CONCLUSIONES

La financiación política es materia tan relevante como problemática al afectar directamente a determinados principios fundamentales del Estado democrático con innegable repercusión en la legitimidad global del sistema político. La solución legislativa que goza de mayor respaldo doctrinal es la configuración de un modelo mixto. La financiación pública, en el ojo del huracán por su incontinencia presupuestaria, se justifica en la garantía del correcto desempeño de las funciones constitucionales que le son reconocidas a los partidos en el artículo 6 CE y otras que, no teniendo expreso reconocimiento constitucional, resultan igualmente dignas de atención estatal. La financiación privada se fundamenta en la libertad de acción de los partidos y su necesaria independencia respecto del Estado. El correcto equilibrio entre una y otra fuente facilitaría el cumplimiento de los valores constitucionales en juego.

Desde la entrada en vigor de la primera ley de financiación de Partidos (en 1978) hasta la vigente Ley 8/2007, el legislador español ha ido intensificando exponencialmente la participación estatal en el sostenimiento de los partidos. Los valores mínimos de 75% de financiación pública hablan por sí solos del desequilibrio existente entre las diferentes fuentes de financiación. Una desproporción que acaba por desnaturalizar el carácter mixto del modelo de financiación vigente. Efecto colateral de esta realidad es la *hiperdependencia* que los partidos han desarrollado y parecen querer conservar respecto de los fondos procedentes del Estado.

La ingente cantidad de recursos estatales no ha servido ni para lograr la estabilidad funcional de los partidos ni como dique de contención de los numerosos escándalos de financiación irregular que vienen protagonizando la vida política de los últimos meses. Estas prácticas se han visto favorecidas por la laxitud y vaguedad de la normativa vigente en materia de donaciones y relaciones de los partidos con las entidades crediticias. La LO 3/2015 supone un innegable avance al prohibir las donaciones de personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica, reducir las de personas físicas a la cantidad de 50.000€ anuales y prohibir recibir a los partidos donaciones procedentes de personas físicas inmersas en procesos de contratación públicos.

Una de las consecuencias más criticables del actual sistema de financiación es la persistencia de reglas contrarias a la igualdad de trato que debe regir la competición entre los partidos. Se trata de normas de dudosa constitucionalidad cuyo efecto directo es el refuerzo del desorbitado control del sistema político que ya de por sí ejercen los partidos dominantes. La prohibición de las donaciones por personas jurídicas debe ser considerada una medida positiva en pro de la igualdad de oportunidades ante la tendencia «natural» que las empresas privadas tienen de primar a los partidos gobernantes.

La LO 8/2007 viene mostrándose ineficaz a la hora de promover uno de los objetivos de la mejora del régimen fiscal introducido en la ley: el equilibrio entre fuentes financieras propio del sistema mixto. La regulación contenida no favorece las *microdonaciones* provenientes de un elevado número de ciudadanos por las razones explicadas anteriormente. En este sentido sería oportuno considerar la revisión a la baja de los límites establecidos en la ley y la implementación de algún mecanismo de desgravación fiscal regresivo. El otro pilar, las cuotas de los afiliados, merece una revisión legislativa orientada a incrementar la cantidad susceptible de deducciones fiscales. La LO 3/2015 continúa dócilmente la senda de su antecesora.

Si valoramos conjuntamente la respuesta que la LO 8/2007 y las LO 5/2012 y 3/2015 han dado a los ejes cardinales de la financiación de los partidos –el equilibrio de las fuentes de financiación, la transparencia y publicidad de la contabilidad partidaria y la fiscalización eficiente de la actividad económico-financiera–, el resultado global continua siendo insatisfactorio.

El principal reproche a la LO 8/2007 es la inexistencia de techo de gasto público en la financiación de los partidos. El legislador, eso sí, no se olvidó de establecer un límite de mínimos –el IPC– al montante de la financiación estatal. No parece prudente esperar la autolimitación financiera de los partidos al índice de precios de consumo. En este sentido, sería de esperar una reforma legislativa que al estilo del derecho comparado alemán y francés impusiera límites a la financiación pública estimulando a los partidos a tener un mayor activismo en materia de captación de recursos privados.

En materia de transparencia se han producido avances parciales. La obligación impuesta a los partidos de publicar en el plazo de 15 días sus cuentas una vez auditadas por el TC es, sin duda, un paso adelante. Sin embargo, esta medida pierde parte de su eficacia ante los retrasos con que el TC viene emitiendo sus informes –el último ejercicio auditado corresponde al año 2012–. El resultado obtenido es parcialmente contrario al esperado con la publicidad de las cuentas ya que al elector se le continúa hurtando la posibilidad de disponer de la información financiera de los partidos en un margen de tiempo aceptable.

El control de la actividad económico-financiera de los partidos, otro de los objetivos centrales de la LO 8/2007, es nuevamente un campo pendiente de mayor concreción jurídica. La reforma de la LO 5/2012 palió parcialmente esta situación. El legislador otorgó al Tribunal nuevas competencias sancionadoras permitiendo la retención de las subvenciones a aquellos partidos que no entreguen en tiempo y forma la documentación contable exigida por ley. La reforma de la LO 3/2015 ha mejorado la seguridad jurídica al eliminar la expresión *sin causa justificada* del artículo 7º de la anterior reforma legislativa. Con ello se evita, como hasta el momento venía denunciando el TC, que los partidos se amparen en subterfugios obstruccionistas en la entrega de la documentación contable. Otro avance estimable de la última reforma legal es el incremento de las obligaciones de los partidos en materia de publicidad y transparencia y la concesión de mayores competencias organizativas y funcionales al TC tanto a nivel interno cuanto en las relaciones con la Administración del Estado y las entidades de crédito.

Cierra este apartado de conclusiones una cuestión que aunque es objeto de regulación en ley específica afecta directamente a la credibilidad del sistema de financiación de los partidos. Nos referimos al procedimiento de selección –o mejor dicho, reparto entre los dos grandes partidos– de los Consejeros del TC. Sería deseable que los partidos dominantes en el Congreso y Senado, el PP y el PSOE a la postre, siguiesen la recomendación del Tribunal Supremo de diciembre de 2012 de establecer una mayor proporción entre funcionarios de carrera y aquellos profesionales con evidentes lazos políticos. Este cambio de actitud contribuiría a mejorar no solo la imagen institucional del TC; también, y más importante si cabe, reforzaría la independencia

funcional de sus miembros. La reciente reforma de la LO 3/2015 ha vuelto a ignorar esta clásica demanda que continuará colocando en jaque la independencia real del Tribunal de Cuentas.

A modo de reflexión final debe insistirse en que el modelo de financiación vigente necesita ser repensado en sus líneas maestras. Nos referimos, principalmente, al equilibrio de las fuentes de financiación. No deben olvidarse otras reformas puntuales que aun formando parte de otros cuerpos legales inciden en el sistema de financiación. Los continuos escándalos que vienen minando la credibilidad social en los partidos y aumentando el descrédito ciudadano en las instituciones democráticas merecen la continua vigilancia y una actitud decididamente reformista por parte de sus principales protagonistas. Ortega y Gasset decía que «la verdad ignorada prepara su venganza». Esperemos que el legislador no siga ignorando las deficiencias de nuestro sistema y continúe la senda reformista en favor de los principios cardinales de la financiación de los partidos: la igualdad de oportunidades, la transparencia y la publicidad.

TITLE: Revisiting the funding scheme of Spanish Political Parties. The Organic Law 8/2007 and the October 2012 and March 2015 reform.

RESUMEN: El presente artículo aborda un tema elemental para el correcto funcionamiento de los partidos políticos: el financiamiento de su actividad. Tras 35 años de gobierno democrático y varias leyes de financiación, no termina de obtenerse un marco jurídico suficientemente satisfactorio. Esta deficiencia justifica una reflexión crítica que persiga los siguientes objetivos: entender la relación simbiótica existente entre financiación de partidos y la estabilidad funcional del sistema representativo; analizar la conformación legal del modelo español de financiación, con especial énfasis en la vigente LO 8/2007; identificar los viejos males persistentes tras la reciente reforma legal –LO 5/2012, de 22 de octubre– y las soluciones establecidas por el legislador en la reciente LO 3/2015 que han pretendido paliar, que pretenden paliar, veremos con que fortuna, la insuficiencia legal en materia de financiación partidaria.

PALABRAS CLAVE: financiación partidos, democracia, transparencia, corrupción.

ABSTRACT: This article elaborates over a fundamental subject for the right functioning of political parties: the funding of its activities. After 35 years of democratic government with various laws passed on the financing activities of political parties, it has not been possible to obtain a satisfactory legal answer yet. This deficiency justifies the pursuance of a critical analysis which follows the following objectives: to contextualize and to understand the relevance of funding within political parties for the functional stability of the representative system; to analyze the Spanish financing

model in democratic times, putting special emphasis on the current LO 8/2007 act; to reveal the persistence of old diseases after the recent legal reform – LO 5/2012, 22th of October – as well as the legal solutions established in the last reform by the LO 3/2015 passed with the aim of overcoming the legal lacks in the topic of political parties financing.

KEY WORDS: financing, parties, democracy, transparency, corruption.

RECIBIDO: 07.05.2015

ACEPTADO: 22.05.2015

ANÁLISIS DE LAS NOVEDADES INCORPORADAS AL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO

Demelsa Benito Sánchez

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. TRATAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN LOS INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES. 2.1. *Primera iniciativas: la FCPA y las recomendaciones de la OCDE.* 2.2. *Convenios internacionales.* 2.3. *Resumen de las obligaciones impuestas a España en materia de corrupción transnacional.* 3. LA INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. 4. EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN EL NUEVO ART. 286 TER. 4.1. *Cambio de ubicación y bien jurídico.* 4.2. *La eliminación de la expresión «[funcionarios públicos] extranjeros o de organizaciones internacionales» y las consecuencias concursales.* 4.3. *La finalidad del soborno: «conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva».* 4.4. *La pena.* 5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción, entendida tradicionalmente como el abuso del poder público en beneficio privado, ha sido una constante a lo largo de todas las socie-

dades para obtener decisiones favorables de quien ostenta el poder¹. Sin embargo, pese a ser un fenómeno tan antiguo como el mismo poder, la comunidad internacional comenzó a preocuparse por él relativamente tarde. Las primeras iniciativas supranacionales vinculantes en materia de corrupción datan de la segunda mitad de los años noventa; y el instrumento internacional más importante en esta materia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se adoptó ya en el nuevo milenio.

La razón para esta tardía toma de conciencia parece radicar en el hecho de que no es hasta las últimas décadas del siglo XX, por efecto de la globalización, cuando la corrupción adquiere unas magnitudes desorbitadas, convirtiéndose en *planetaria*², afectando a regímenes autoritarios y a democracias consolidadas, a países en desarrollo y países industrializados, a organizaciones internacionales y a grandes empresas multinacionales³.

Una de las particularidades de esta nueva dimensión de la corrupción es su carácter transnacional, que se plasma en la intervención en el pacto corrupto de personas (físicas o jurídicas) vinculadas a países diferentes. Cuando el pacto implica, por un lado, a un particular de un Estado (persona física o jurídica), y por otro, a un funcionario público de otro Estado o de una organización internacional, se habla de *soborno transnacional*, *corrupción transnacional* o *corrupción de funcionario público extranjero o internacional*. Tradicionalmente, estas conductas quedaron fuera de los códigos penales, preocupados únicamente por la corrupción de los propios funcionarios, es decir, la que afecta al funcionamiento de la Administración Pública del propio país. Sin embargo, desde la década de los setenta, algunos países se empezaron a preocupar de la corrupción que acontecía más allá de sus fronteras, esto es, de la corrupción transnacional; y a partir de la década de los noventa, esa preocupación se plasmó en documentos internacionales vinculantes que

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España (Referencia DER2012-31368), IP: Ana I. PÉREZ CEPEDA; igualmente, en el Equipo de investigación *Poder público y empresa en un contexto multinivel y transnacional* (UD-R2010) reconocido por el Gobierno Vasco para el período 2013-2015 (IT607-13), IP: Luis I. GORDILLO PÉREZ.

² La expresión procede de NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 51. En sentido similar habla MOODY-STUART de la *gran corrupción* (MOODY-STUART, G., *La gran corrupción*, Siddharta Mehta Ediciones, Madrid, 1994).

³ Sobre las causas de esta nueva corrupción, *vid.* recientemente LUZÓN CÁNOVAS, A., «Instrumentos para la investigación de la corrupción», *Cuadernos Penales José María Lidón*, nº 11, 2015, pp. 235-238. También BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, 2012, pp. 181-184; PÉREZ CEPEDA, A. I. y BENITO SÁNCHEZ, D., «La política criminal internacional contra la corrupción», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 89, 2011, pp. 14-19.

obligan a los Estados a castigar como delito estas conductas, similares a las clásicas conductas de cohecho pero con un componente internacional.

España, al igual que mucho otros Estados, se vio obligada a incorporar una nueva modalidad delictiva a su código penal. Sin embargo, el nuevo tipo penal que se incluyó en el texto punitivo ha adolecido desde el principio de diversas deficiencias, lo que ha llevado al legislador a modificarlo en cuatro ocasiones en un período de quince años. La última de esas modificaciones es la introducida por la recién aprobada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Al estudio las modificaciones incorporadas por esta reciente ley, sin duda las más relevantes desde la aparición del delito en el texto punitivo, se dedica este artículo. Para ello, se realiza, en primer lugar, un estudio del tratamiento de estas conductas en los instrumentos legales internacionales. Posteriormente, y partiendo de los compromisos internacionales asumidos por España, se expone cómo fue la incorporación de esas conductas al código penal y las diversas modificaciones sufridas. Seguidamente, se estudian en detalle las últimas modificaciones del texto punitivo en esta materia. Por último, se ofrecen unas conclusiones y propuestas *de lege ferenda*.

2. TRATAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN LOS INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES

2.1. *Primera iniciativas: la FCPA y las recomendaciones de la OCDE*

Los primeros instrumentos internacionales vinculantes que abordaron el tema de la corrupción transnacional vieron la luz en la segunda mitad de los años noventa. Anteriormente únicamente existieron algunos textos sin carácter vinculante procedentes de algunas organizaciones internacionales. Sin embargo, el documento pionero en la lucha contra estos comportamientos es una ley nacional de 1977, una ley que tuvo una influencia trascendental en los instrumentos internacionales que se adoptarían con posterioridad. Se trata de la estadounidense *Foreign Corrupt Practices Act* (Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero. En adelante, FCPA⁴), una ley aprobada después de que la *Securities and Exchange Commission* (SEC) publicara un demoledor informe indicando que alrededor de 400 empresas del país habían realizado pagos cuestionables en sus transacciones comerciales internacionales susceptibles de ser calificados como corrupción en el extranjero⁵. La ley sancionaba penalmente a ciudadanos y empresas norteamericanas que pagaran so-

⁴ United States Code: Title 15 – Commerce and Trade, Section 78 dd-1 y ss.

⁵ CRITES, D. M., «The Foreign Corrupt Practices Act at Thirty-Five: A Practitioner's Guide», *Ohio State Law Journal*, vol. 73:5, 2012, p. 1050; DARROUGH, M. N., «The FCPA

bornos a funcionarios públicos de terceros Estados para obtener o conservar contratos en la realización de actividades comerciales transnacionales.

La recién aprobada FCPA, precisamente por su carácter innovador, no estuvo exenta de polémica. Desde su nacimiento, la clase empresarial norteamericana manifestó su rechazo hacia la misma argumentando que colocaba a sus empresas en una situación de desventaja respecto a sus competidoras europeas o japonesas en el comercio internacional puesto que sus países de origen no contaban con una legislación similar que prohibiera el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros⁶. Apoyándose en ese argumento, la clase empresarial norteamericana presionó a su gobierno para que reclamara en los órganos decisorios de organizaciones internacionales un texto internacional vinculante que obligara al resto de países a prohibir la entrega de sobornos a funcionarios públicos extranjeros en operaciones comerciales internacionales, tratando de poner fin así a esa situación desventajosa. Sin embargo, el gobierno de Estados Unidos no tuvo éxito con sus presiones, no consiguiendo nada más que textos de *soft law* en los años subsiguientes⁷.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) publicó por aquel entonces sus Líneas directrices para empresas multinacionales, cuyo principio VI, titulado inicialmente «Lucha contra la corrupción», recomendaba a las empresas no ofrecer ni prometer ni dar pagos ilícitos o ventajas indebidas para obtener o conservar contratos u otras ventajas indebidas⁸. La Cámara de Comercio Internacional, por su parte, publicó sus Reglas de conducta para combatir la extorsión y el soborno, con similares recomendaciones a las hechas por la OCDE⁹.

and the OECD Convention: Some Lessons from the U.S. Experience», *Journal of Business Ethics*, nº 93, 2010, pp. 257-258.

⁶ HUBER, B., «La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional», *Revista Penal*, nº 11, 2003, p. 42; KOCHI, S., «Diseñando convenciones para combatir la corrupción: la OCDE y la OEA a través de la Teoría de las relaciones internacionales», *América Latina Hoy*, nº 31, 2002, p. 101; NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho Penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal*, nº 12, 2003, p. 12.

⁷ BAUGHN, C., BODIE, N. L., BUCHANAN, M. A., BIXBY, M. B., «Bribery in International Business Transactions», *Journal of Business Ethics*, nº 92, 2010, p. 18.

⁸ Las Líneas han sido reformadas en diversas ocasiones desde entonces para adaptarlas a los nuevos instrumentos internacionales contra la corrupción. La última revisión data de 2011. El actual principio VII se titula «Lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión», y en él se sigue recomendando no ofrecer ni prometer ni dar pagos ilícitos para obtener o conservar contratos u otras ventajas ilegítimas, a la vez que se hace hincapié en la necesidad de adoptar programas de cumplimiento para prevenir y detectar casos de soborno.

⁹ Las Reglas también han sido reformadas a lo largo de estos años para adaptarlas a los nuevos estándares en materia de corrupción. La última versión es igualmente de 2011.

Las tensiones este-oeste de los años posteriores siguieron impidiendo la adopción de acuerdos vinculantes en el seno de organizaciones internacionales. Las negociaciones al respecto sólo se retomarían finalizada la Guerra Fría. Sin embargo, las iniciativas más relevantes no partieron de la Organización de Naciones Unidas, como quizá hubiera sido lógico pensar en vista de la adopción por aquellos años de otros instrumentos en materias diversas¹⁰, sino de la OCDE, una organización con marcado carácter económico.

A comienzos de los noventa, bajo la iniciativa de EE.UU., se creó un grupo de trabajo en el seno de esta organización con el objetivo de luchar contra el soborno en el comercio internacional y diseñar unas condiciones de competencia iguales para todas las empresas participantes en él¹¹. Los trabajos culminaron con la adopción de la Recomendación para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, de 27 de mayo de 1994¹². No era más que un texto sin carácter vinculante, pero a partir del cual, los Estados firmantes comenzaron a introducir modificaciones en sus Orde-

Su artículo 1 insta a las empresas a prohibir las prácticas de soborno, extorsión, tráfico de influencias y blanqueo de capitales

¹⁰ Es cierto que la ONU aprobó una serie de documentos en materia de corrupción, pero no fueron más que documentos de *soft law* que apenas tuvieron influencia en la adopción de los posteriores convenios, al contrario de lo que sucedió con las recomendaciones de la OCDE, que fueron el germen del convenio que se adoptaría posteriormente. Entre los documentos de la ONU de esa época están los siguientes: Resolución de la Asamblea General 50/106, Negocios y desarrollo, de 20 de diciembre de 1995 (A/RES/50/106), en la que se recomendaba al Consejo Económico y Social examinar el proyecto de acuerdo internacional sobre pagos ilícitos; Resolución de la Asamblea General 51/59, Acción contra la corrupción y código internacional de conductas para funcionarios públicos, de 12 de diciembre de 1996 (A/RES/51/59), en la que se adoptaba un código de conducta para funcionarios públicos, en el que se señala que éstos no deberán solicitar o recibir directa ni indirectamente regalos u otros beneficios que puedan influir en el ejercicio de su funciones; Resolución de la Asamblea General 51/191, Declaración de Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en transacciones comerciales internacionales, de 21 de febrero de 1997 (A/RES/51/191), que instaba a los Estados miembros a adoptar medidas efectivas y concretas para luchar contra todas las formas de corrupción, soborno y prácticas ilícitas conexas en las transacciones comerciales internacionales, a tipificar como delito los actos de soborno de funcionarios públicos extranjeros, a prohibir la deducción fiscal de las sumas pagadas como sobornos, a elaborar normas y prácticas contables que aumentasen la transparencia de las transacciones comerciales internacionales, a elaborar códigos de conducta que prohibiesen la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, a examinar la necesidad de tipificar como delito el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, y a prestarse la mayor asistencia mutua y cooperación en la investigación de la corrupción transnacional

¹¹ VV.AA: *Las reglas del juego cambiaron: la lucha contra el soborno y la corrupción*, OECD Publications, México, 2000, p. 3.

¹² C (94) 75 FINAL.

namientos internos con el objetivo de acabar con los pagos ilícitos en el comercio internacional¹³.

La Recomendación de 1994 contenía un compromiso de revisión, fruto del cual nació la Recomendación revisada sobre el combate del cohecho en las transacciones comerciales internacionales, adoptada el 23 de mayo de 1997¹⁴, a la que se agregaron unos «elementos comunes acordados», elaborados por el grupo de trabajo, que constituirían la base de una convención internacional sobre la penalización del soborno a servidores públicos extranjeros.

2.2. Convenios internacionales

El instrumento que marca un antes y un después en la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros es, sin duda, el convenio que se adoptaría en el marco de la OCDE en 1997. No obstante, no hay que olvidar que un año antes, la Organización de Estados Americanos aprobaba el primer instrumento vinculante supranacional en materia de corrupción: la Convención interamericana contra la corrupción¹⁵. En ella ya se incluía, entre los delitos que debían castigar los Estados parte, el soborno transnacional (art. VIII). Sin embargo, no dejaba de ser un instrumento limitado a un ámbito geográfico muy concreto, y que adolecía de ciertas carencias que impedirían una eficaz implementación y aplicación por parte de los Estados parte¹⁶.

La OCDE, por su parte, adoptaba a finales de 1997 el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales¹⁷ (en adelante, Convenio OCDE). El Convenio exige la tipificación del cohecho activo transnacional, es decir, del cometido

¹³ CEBADA ROMERO, A., «La participación española en las acciones internacionales contra la corrupción», *Derecho de los Negocios*, n° 144, 2002, p. 25; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., «La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre la corrupción administrativa», *Actualidad Penal*, n° 21, 2001, p. 454; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 65.

¹⁴ C (97) 123 FINAL.

¹⁵ Entró en vigor desde el 6 de marzo de 1997.

¹⁶ Sobre la Convención interamericana contra la corrupción, *vid. ampliamente*, BARAGLI, N. y RAIGORODSKY, N., *Convención interamericana contra la corrupción: implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción*, Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2004; MANFRONI, C. A. y WERKSMAN, R., *La Convención Interamericana contra la corrupción. Anotada y comentada*, 2º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

¹⁷ El Convenio entró en vigor, de forma general, el 15 de febrero de 1999, y para España, el 3 de marzo de 2000, sin embargo, no fue publicado en el BOE hasta dos años más tarde (BOE n° 46 de 22 de febrero de 2002).

por el particular, olvidándose del cohecho pasivo, como ya lo hiciera la FCPA. Y se centra, al igual que aquélla, en el cohecho en transacciones comerciales internacionales, pues el soborno sólo ha de constituir delito si se entrega para conseguir o conservar un negocio u otra ventaja en la realización de actividades comerciales internacionales.

El objetivo del Convenio OCDE era poner fin a toda una serie de conductas que vulneran la competencia leal en el mercado internacional, bien jurídico de referencia en estos delitos¹⁸. La ausencia de castigo del cohecho pasivo no tiene que ver con la lesividad de la conducta, pues tan perjudicial es para la competencia leal, la conducta del particular como la conducta del funcionario. Las razones para su no tipificación parecen, más bien, procesales y tienen que ver con la dificultad para perseguir y enjuiciar a funcionarios públicos de otros Estados. Dado que éstos estarán realizando una conducta de cohecho pasivo *clásico* –castigada con toda seguridad en sus respectivos ordenamientos jurídicos–, será el Estado al que pertenece el funcionario el que debe encargarse de su enjuiciamiento¹⁹.

El problema se plantea con los funcionarios de organizaciones internacionales, pues éstas no pueden perseguirles penalmente dado que carecen de facultades en este ámbito. La no tipificación del cohecho pasivo de funcionarios de organizaciones internacionales puede llevar, por tanto, como de hecho ha sucedido, a la impunidad de estos sujetos, siendo por tanto, completamente dispar e injusto el tratamiento del particular y el del funcionario en estos casos.

La Organización de Naciones Unidas lanzó en 1999 su Programa Global contra la Corrupción, entre cuyos objetivos estaba la aprobación de instrumentos internacionales en esta materia²⁰. Con la llegada del nuevo milenio se adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (2000)²¹, en la que, entre otras cosas, se insta a los Estados

¹⁸ Sobre el bien jurídico lesionado por esta modalidad delictiva, *vid.* ampliamente, con referencias, BENITO SANCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid, 2012, pp.165-176.

¹⁹ FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, *op. cit.*, p. 89; RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J., «Capítulo X. De los delitos de corrupción en las transacciones internacionales», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, 5ª edición, Aranzadi, Elcano, 2005, p. 1726.

²⁰ CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, «Iniciativas internacionales contra la corrupción», en CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la et al., *Justicia social y Derechos Humanos en la era de la globalización y la multiculturalidad*, LXVI Curso Internacional de Criminología, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, nº 12, 2003, p. 23.

²¹ Entró en vigor de forma general y para España el 29 de septiembre de 2003 (BOE nº 233 de 29 de septiembre de 2003).

miembros a tipificar como delito la corrupción activa y pasiva, ya sea de funcionarios nacionales, ya sea de funcionarios extranjeros o internacionales, si bien respecto de estos dos últimos tal disposición no es obligatoria sino sólo facultativa. Con todo, la Asamblea General de la ONU consideró necesario contar con un documento específico en materia la corrupción. Así, a finales de 2003 se adoptaba la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción (en adelante, CNUCC)²².

El art. 16 de la mencionada convención se refiere a la corrupción transnacional. El párrafo primero obliga a castigar la corrupción activa de funcionarios públicos extranjeros e internacionales, siempre que esté vinculada con la realización de actividades comerciales internacionales, en la misma línea que la FCPA y el Convenio OCDE. El párrafo segundo se refiere a la corrupción pasiva, si bien, con dos diferencias esenciales respecto del anterior párrafo:

- La tipificación de la corrupción pasiva no es obligatoria. Simplemente, cada Estado «considerará la posibilidad» de hacerlo. La explicación a esta diferencia de trato viene dada por el hecho de que tipificar el cohecho pasivo de los funcionarios *nacionales* sí es obligatorio, luego si cada Estado cumple con esta obligación, no sería necesario que un Estado se ocupara de castigar el cohecho pasivo protagonizado por un funcionario de otro Estado pues este otro Estado ya lo castigaría²³.
- La tipificación de estas conductas no está supeditada a la realización de actividades comerciales internacionales. Esta diferencia de trato nos indica que el castigo del funcionario no se fundamenta en la afectación al ya mencionado bien jurídico «competencia leal en el mercado internacional», sino en la afectación al clásico bien jurídico tutelado a través de los tipos penales del cohecho, el «correcto funcionamiento de la Administración Pública»²⁴, si bien, en estos supuestos, se trataría de la Administración Pública de otros Estados o de organizaciones internacionales²⁵.

²² Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 31 de octubre de 2003. Entró en vigor de forma general el 14 de diciembre de 2005 y para España el 19 de julio de 2006 (BOE nº 171 de 19 de julio de 2006).

²³ NACIONES UNIDAS, *Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito, División para asuntos de tratados, Nueva York, 2006, parágrafo 273.

²⁴ Sobre el bien jurídico en los delitos de cohecho clásico, *vid.* ampliamente, OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 79 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J., *El delito de cohecho. Problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 35 y ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003, pp. 51 y ss.

²⁵ BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, *op. cit.*, pp. 217 y ss.

En el ámbito europeo deben destacarse las iniciativas procedentes de dos organizaciones: la Unión Europea y el Consejo de Europa. En ambos casos, el tratamiento de la corrupción transnacional es diferente que el otorgado en los instrumentos anteriormente comentados. En primer lugar, mientras que en el Convenio OCDE y en la CNUCC (sólo en lo relativo a la corrupción activa) la conducta de soborno debe estar vinculada a la realización de actividades comerciales internacionales, en los instrumentos europeos no se exige dicha vinculación en absoluto, de modo tal que deberá ser considerada como delito cualquier entrega de un soborno, ya persigue la obtención de un contrato, la omisión de una inspección, la no imposición de una multa de tráfico, etc. La segunda gran diferencia radica en el hecho de que los instrumentos europeos sí exigen el castigo de la corrupción *pasiva* transnacional, es decir, de la corrupción llevada a cabo por el funcionario del otro Estado. De nuevo, la razón para exigir el castigo de estos otros comportamientos parece estar relacionada con el hecho de que ya no se pretende tutelar la competencia leal en el mercado mundial, sino el correcto funcionamiento de la Administración Pública (aunque sea de otros Estados o de organizaciones internacionales).

Comentar, o si quiera, mencionar todas las iniciativas europeas en materia de corrupción excedería los límites razonables del presente trabajo²⁶. Por eso sólo se apuntarán las más relevantes. La verdadera lucha contra la corrupción en la Unión Europea comienza con la adopción del Primer Protocolo Adicional al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas²⁷. En el protocolo se exige la tipificación del cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, comunitarios y de Estados miembros de la Unión, si bien, cuando tales conductas «causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas». No obstante, la necesidad de otorgar un tratamiento más amplio al problema de la corrupción motivó la adopción del documento más relevante en materia de corrupción en la UE, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Euro-

²⁶ Vid. ampliamente al respecto, CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «La persecución penal de la corrupción en la Unión Europea», en VV.AA., *Cooperación jurídica internacional*, Madrid, 2001, pp. 207-234; IGLESIAS RÍO, M. A. y MEDINA ARNÁIZ, T., «Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea», *Revista Penal*, nº 14, Julio 2004, pp. 49-69.

²⁷ Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 1996. Entró en vigor de forma general y para España el 17 de octubre de 2002 (DOCE nº C 313, de 23 de octubre; BOE nº 180 de 29 de julio de 2003, corrección de errores: BOE nº 233 de 29 de septiembre de 2003).

pea²⁸ (en adelante, Convenio UE). Inspirado en el Primer Protocolo, este Convenio tiene un ámbito de aplicación mayor, ya que exige castigar el cohecho activo y pasivo de funcionarios nacionales, comunitarios y de otros Estado miembros de la Unión sin limitarse a supuestos que lesionen los intereses financieros de la Unión.

El Convenio UE, como no podía ser de otro modo, se circunscribe al ámbito comunitario, no exigiéndose el castigo del cohecho de funcionarios de otras organizaciones internacionales ni de funcionarios de otros Estados que no sean miembros de la Unión.

El Consejo de Europa, por su parte, reunido en su 19ª Conferencia de Ministros de Justicia en 1994, manifestó su deseo de luchar contra la corrupción, para lo cual, creó un grupo multidisciplinar encargado de elaborar un programa de acción contra la corrupción²⁹. Dicho programa se adoptó en 1996 y en él se contenía la recomendación de redactar un convenio internacional en la materia. Finalmente, no fue sólo uno, sino dos: el Convenio penal sobre la corrupción³⁰, y el Convenio civil sobre la corrupción³¹, ambos de 1999.

En materia de corrupción transnacional, el Convenio penal del Consejo de Europa es sin duda el más amplio de todos los documentos supranacionales e internacionales existentes. Así, exige castigar como delito las conductas de corrupción activa y pasiva de funcionarios públicos de otros Estados, de miembros de asambleas parlamentarias de otros Estados, de funcionarios de una organización pública internacional o supranacional en la que el Estado sea parte, de miembros de asambleas parlamentarias de una organización internacional o supranacional en la que el Estado sea parte, y de personas que ejerzan funciones judiciales en un tribunal internacional o de funcionarios de la secretaría de dicho tribunal cuya competencia sea aceptada por el Estado parte.

²⁸ Convenio establecido sobre la base de la letra c del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997 Entró en vigor de forma general y para España el 28 de septiembre de 2005 (DOCE nº C 195, de 25 de junio; BOE nº 74 de 28 de marzo de 2006).

²⁹ Ampliamente, sobre las iniciativas contra la corrupción procedentes del Consejo de Europa, LEZERTUA, M., «Council of Europe: an overview of Anti-Corruption Activities from 1994 to 1998», PIETH, M.y EIGEN, P. (Ed.), *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr. Bestandsaufnahmen, Bekämpfung, Prävention*, Ed. Luchternahd, Frankfurt am Main, 1998, pp. 228-229.

³⁰ El Convenio penal entró en vigor, de forma general, el 1 de julio de 2002, y para España el 1 de agosto 2010 (BOE nº 182 de 28 de julio de 2010).

³¹ El Convenio civil entró en vigor, de forma general, el 1 de noviembre de 2003, y para España, el 1 de abril de 2010 (BOE nº 78 de 31 de marzo de 2010).

2.3. *Resumen de las obligaciones impuestas a España en materia de corrupción transnacional*

España se encuentra vinculada en el momento actual por todos los instrumentos internacionales mencionados, salvo por la Convención interamericana, por razones evidentes³². Tales instrumentos imponen a los Estados parte el castigo de la corrupción tanto pública como privada, y dentro de la primera, tanto la corrupción de funcionarios nacionales como la de funcionarios de otros Estados y organizaciones internacionales. Sin embargo, existen matices entre los diferentes instrumentos a la hora de exigir la tipificación, como en líneas generales se ha señalado anteriormente.

Simplificando, las obligaciones de carácter penal asumidas por nuestro país en materia de corrupción transnacional son las siguientes:

- Convenio OCDE y CNUCC. Obligación de tipificar el cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales cuando acontezca en el marco de actividades comerciales internacionales.
- Convenio UE. Obligación de tipificar el cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos comunitarios y de otros Estados miembros de la UE.
- Convenio penal del Consejo de Europa. Obligación de tipificar el cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos de otros Estados (incluidos miembros de asambleas parlamentarias), de funcionarios públicos de organizaciones internacionales en las que España sea parte (incluidos miembros de asambleas parlamentarias internacionales), y de funcionarios de tribunales internacionales cuya jurisdicción haya aceptado España.

3. LA INCORPORACIÓN AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

La ratificación por España del Convenio OCDE exigía la incorporación a nuestro Derecho de un nuevo tipo penal que castigara el cohecho activo de funcionarios públicos de otros Estados y de organizaciones internacionales en las transacciones comerciales internacionales. Para dar cumplimiento a tal exigencia, la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero³³, incorporó al texto punitivo un novedoso art. 445 bis a un nuevo Título, el XIX bis, denominado «De

³² Con todo, la Convención interamericana está abierta a la adhesión por cualquier Estado, no sólo los pertenecientes a la Organización de Estados Americanos (art. XXIII de la convención).

³³ Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agen-

los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», ubicado inmediatamente detrás del Título dedicado a los «Delitos contra la Administración Pública».

La explicación para la ubicación del delito en ese lugar tiene que ver el bien jurídico lesionado por estas conductas, como se reflejó en los debates parlamentarios de la nueva norma. Así, mientras que el proyecto inicial de reforma pretendía incorporar este delito dentro de un párrafo tercero del entonces art. 423 (que regulaba el cohecho activo de funcionarios nacionales), el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos presentó una enmienda argumentando que sería más correcto introducir un título nuevo y aparte, por ser el bien jurídico lesionado no la Administración Pública española, «sino un bien jurídico distinto, un cierto orden internacional en las transacciones económicas»³⁴, bien jurídico a tutelar perfectamente diferenciado del protegido en el Título XIX. Teniendo esto en consideración, el nuevo precepto del nuevo título quedó redactado de la siguiente manera:

«Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieran o intentaran corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos».

En el año 2003, aprovechando la profunda reforma del texto punitivo que llevó a cabo la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre³⁵, se realizaron las siguientes modificaciones en el art. 445 bis. Por un lado, el art. 445 bis pasó a ser el párrafo primero del art. 445 –el cual había quedado vacío de contenido– y se añadió a dicho precepto un párrafo segundo, con el siguiente tenor literal:

tes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (BOE nº 10, de 12 de Enero de 2000).

³⁴ Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones, Pleno y Diputación permanente, VI Legislatura, año 1999, nº 277, sesión plenaria nº 267 celebrada el 25 de noviembre de 1999, p. 14963. En el mismo sentido se pronunció el Grupo Catalán (Convergencia i Unió), en cuyo nombre, el Sr. GUANDANS I CAMBÓ señaló la conveniencia de crear «un título distinto que hable del buen orden económico mundial o algo por el estilo, puesto que ése es el bien jurídico protegido». Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones, Pleno y Diputación permanente, VI Legislatura, año 1999, nº 277, sesión plenaria nº 267 celebrada el 25 de noviembre de 1999, p. 14964.

³⁵ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 183, de 26 de noviembre de 2003).

«Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código».

Por otro lado, el reformado art. 445, con sus dos párrafos, pasó a integrar un nuevo Capítulo X, denominado «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», dentro del Título XIX «De los delitos contra la Administración Pública».

Estas modificaciones no fueron justificadas en la Exposición de Motivos de la mencionada ley, la cual omitió cualquier referencia a la corrupción transnacional. El cambio de ubicación fue, sin duda, un desacierto puesto que al incorporarlo al Título XIX parecía indicarse que el bien jurídico lesionado está en íntima relación con la Administración Pública española y, como ya se ha indicado, no es así dado que el funcionario público implicado en el acto de corrupción desempeña sus funciones para una Administración Pública de otro Estado o de una organización internacional.

Por otra parte, la inclusión del párrafo segundo se debe al hecho de que el grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE, en la evaluación realizada a España en el año 2000³⁶, señalara que nuestro país no estaba cumplimiento con el convenio en lo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas por su implicación en estos delitos³⁷.

La tercera modificación del delito de corrupción transnacional se produjo en 2010, de nuevo, aprovechando la reforma integral del texto punitivo realizada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio³⁸. La Exposición de Motivos de la ley apuntaba al cumplimiento de las recomendaciones hechas por el grupo de trabajo de la OCDE en las diversas evaluaciones que había sometido a nuestra legislación³⁹. En general, se demandaba una mejor redacción que

³⁶ OCDE (Grupo de trabajo sobre soborno), *Spain. Review of implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, de 2000.

³⁷ Téngase en cuenta el art. 2 del Convenio, que señala lo siguiente: «Responsabilidad de las personas jurídicas. Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero»; y el art. 3.2 del mismo texto: «En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte velará por que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, por la corrupción de agentes públicos extranjeros».

³⁸ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 152, de 23 de junio de 2010).

³⁹ Véanse dichas recomendaciones en los siguientes informes: OECD (Working Group on Bribery), *Spain. Phase 2. Follow-up report on the implementation of the phase 2 recommendations on the applications of the Convention and the 1997 Revised Recommen-*

no vinculara el art. 445 con el art. 423 (que albergaba el delito de cohecho activo de funcionarios nacionales), la incorporación de una definición de funcionario público extranjero e internacional, y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El nuevo precepto rezaba así:

«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero:

a. Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

dation on Combating bribery of foreign public officials in international business transactions, OECD Publications, 2008; OECD (Working Group on Bribery), Spain. Phase 2. Report on the application of the Convention on Combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 Recommendation on Combating bribery in international business transactions, OECD Publications, 2006; OECD (Working Group on Bribery), Spain. Review of implementation of the Convention and 1997 Recommendation, OECD Publications, 2000.

- b. Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.*
- c. Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.»*

Esta misma ley de 2010 sirvió para dar cumplimiento al Convenio UE de 1997, antes referido, pues pese a haber entrado en vigor en 2005, España no había adaptado su legislación al mismo. Recuérdese que éste obligaba a los Estados miembros a castigar como delito el cohecho activo y pasivo de funcionarios nacionales, comunitarios y de otros Estados miembros de la Unión. Hasta ese momento, la definición recogida en el art. 24 del código penal sólo incluía a los miembros del Parlamento Europeo, pero no al resto de funcionarios de los diversos organismos de la UE, luego nuestra legislación era a todas luces insuficiente para cumplir el convenio. Además, nada se decía en nuestro código penal acerca de los funcionarios de otros Estados miembros de la Unión Europea. La reforma de 2010 incorporó un nuevo precepto al texto punitivo, el art. 427, cuyo párrafo primero hace extensibles los tipos penales de cohecho activo y pasivo (de funcionarios nacionales) a los hechos que impliquen a «funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión», y además, ofrece una definición auténtica de tal expresión; reproducción literal de la que parece en el Convenio UE.

Pese a esta modificación de 2010, España seguía sin cumplir con los compromisos asumidos al ratificar el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa pues éste, como se ha indicado, exige la tipificación de conductas que bajo la reforma de 2010 no se introdujeron, a saber, el cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales no vinculado a las transacciones comerciales internacionales, más allá de los funcionarios del ámbito comunitario.

4. EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN EL NUEVO ART. 286 TER

La recién aprobada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁴⁰ ha previsto una serie de modificaciones en el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales con el objetivo de «garantizar la aplicación de estos preceptos», tal y como señala su exposición de motivos. Las modificaciones son, sin duda, novedosas y muchas de ellas controvertidas, pues van desde el cambio de ubicación del precepto a otro título del texto

⁴⁰ BOE nº 77 de 31 de marzo de 2015.

punitivo hasta la eliminación de la necesidad de que el funcionario público desempeñe sus funciones para otro Estado o para una organización internacional, característica esencial de esta modalidad delictiva no sólo desde que se incorporara a nuestro Derecho en el año 2000, sino desde sus orígenes en la FCPA norteamericana y en todos los instrumentos internacionales que abordan esta materia. Además, se realizan algunas otras modificaciones menores del tipo penal.

En concreto, el contenido del actual art. 445 pasa a ser el nuevo art. 286 ter, dentro de la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, sección que pasa a denominarse «De la corrupción en el sector privado». El futuro art. 286 ter señala lo siguiente:

«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.»

Por su parte, el art. 427 –recuérdese que hasta la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 regulaba lo que podríamos llamar cohecho en el ámbito comunitario–, hace extensibles los tipos penales de cohecho de funcionarios nacionales a los hechos relacionados con funcionarios públicos de Estados miembros de la Unión Europea o de cualquier otro país, y a los funcionarios de la propia Unión Europea o de otras organizaciones internacionales públicas. A través de esta modificación, el legislador español ha dado cumplimiento al Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa.

Este trabajo, en los siguientes apartados, se centrará en el análisis de las modificaciones realizadas en el delito de corrupción en transacciones comerciales internacionales del nuevo art. 286 ter.

4.1. Cambio de ubicación y bien jurídico

El bien jurídico cumple una función de sistematización en el código penal, luego la ubicación de un precepto en un lugar o en otro lleva a reflexionar sobre cuál es el objeto jurídico que se vulnera al realizar la conducta típica.

El delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales se ubicó inicialmente, como se ha señalado, fuera del Título XIX precisamente por entenderse que lesionaba un bien jurídico que nada tenía que ver con la Administración Pública española, a saber, la competencia leal en el mercado mundial. La reubicación del precepto dentro del Título XIX en 2003 y su mantenimiento ahí hasta la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 era, sin duda, injustificada por razón del bien jurídico tutelado; de ahí que fuera necesario encontrarle otro lugar en el texto punitivo.

La inclusión del nuevo art. 286 ter dentro del Título XIII es acertada, pues estamos ante un delito contra el orden socioeconómico⁴¹. De hecho, este

⁴¹ Desde su incorporación al texto punitivo, la doctrina ha debatido cuál es el bien jurídico lesionado por estas conductas. Buena parte de la doctrina se posiciona señalando que el bien jurídico tutelado es de carácter socioeconómico, en concreto, la competencia leal en el mercado internacional. *Vid.* entre otros, DEMETRIO CRESPO, E., «Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública», en FERRÉ OLIVÉ, J.C., *Fraude y corrupción en la Administración Pública*, Salamanca, Edic. Universidad Salamanca, 2003; p. 184; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código penal) (1)», *La Ley*, n.º 3, 2007; FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, *op. cit.*, pp. 80-81. RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a J., «Capítulo X. De los delitos de corrupción en las transacciones internacionales», *op. cit.*, p. 1725. Pronunciándose en el mismo sentido, aunque comentando el Derecho alemán, NESTLER, C., «Amtsträgerkorruption gemäss § 335 a (Entwurf) StGB», en *StV*, mayo de 2009, p. 315. No obstante, hay quien entiende que lo que aquí se trata de tutelar es el correcto funcionamiento de la Administración Pública extranjera. *Vid.*, ACALE SÁNCHEZ, M., «Lección 24. Delitos contra la Administración Pública (II)», en TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, Derecho penal, Parte Especial, Volumen II, Iustel, 2011, 190; OLAIZOLA NOGALES, I., «Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en LUZÓN PEÑA, D. M., *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 477; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A., *Derecho penal. Parte especial*, 13ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 860, si bien junto al normal funcionamiento de la Administración Pública añade el normal funcionamiento de las organizaciones internacionales. En un tercer grupo, se ubican aquéllos que consideran que estamos ante un delito pluriofensivo, que lesiona tanto la competencia leal en el mercado internacional como el correcto funcionamiento de la Administración Pública, CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. parte especial. Tomo I*, *op. cit.*, p. 2117; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la y BLANCO CORDERO, I., «Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, p. 12; NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado (re-

cambio de ubicación ya había sido demandado por parte de la doctrina⁴². Más en concreto, la ubicación en el Capítulo XI («De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores») también debe considerarse acertada, pues se trata de una conducta contra el mercado y los consumidores. Dentro de este capítulo, ha optado el legislador español por modificar el intitulado de la actual Sección 4ª, pasándose a denominar «Delitos de corrupción en las negocios», en lugar de la actual denominación «De la corrupción entre particulares», para poder ubicar en ella el nuevo tipo penal. El cambio de nomenclatura era necesario pues el delito que aquí nos ocupa difícilmente podría enmarcarse dentro de lo que desde años se viene llamando «corrupción privada» o «corrupción entre particulares», ya que en el delito aquí estudiado es imprescindible la presencia de un funcionario público que actúe «en relación con el ejercicio de funciones públicas», lo que aleja estas conductas del ámbito privado para situarlas en el ámbito público, ello a pesar de que en el momento presente sea en ocasiones difícil separar uno del otro. La nueva rúbrica es lo suficientemente amplia como para englobar el delito de corrupción en transacciones comerciales internacionales y el delito de corrupción privada⁴³, con el que comparte bien jurídico tutelado.

4.2. *La eliminación de la expresión «[funcionarios públicos] extranjeros o de organizaciones internacionales» y las consecuencias concursales*

Esta modificación es, sin duda, una de las más llamativas de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, pues la expresión suprimida constituía la esencia de este tipo penal y era lo que le distinguía del cohecho clásico, el que se aplica cuando los funcionarios involucrados son nacionales. Es el propio art. 286 bis, en su párrafo segundo, el que señala qué ha de entenderse por funcionario público, remitiéndose en este punto a los

flexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado), *Revista Penal* nº 10, 2002; p. 61; STESSENS, G., «The international fight against corruption. General Report», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 72, 3-4, 2001; pp. 910 y 913. También el *Explanatory report* del Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa señala que en el caso del soborno a funcionarios públicos extranjeros hay dos intereses a proteger: uno, «la transparencia y la imparcialidad en el proceso de toma de decisiones de Administraciones Públicas extranjeras» y otro, «proteger la competencia leal en los negocios». CONSEJO DE EUROPA: *Explanatory Report on the Criminal Law Convention on Corruption*, Council of Europe Press, Estrasburgo, 1999, párrafo 48.

⁴² BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, op. cit., p. 175; RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J., «Capítulo X. De los delitos de corrupción en las transacciones internacionales», op. cit. p. 1725.

⁴³ Incorporado al texto punitivo a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

arts. 24 y 427 del texto punitivo. Teniendo en cuenta dichos preceptos, se van a incluir los funcionarios nacionales, los de terceros Estados (incluidos Estados miembros de la UE) y los de organizaciones internacionales pública (incluida la UE).

Respecto de los primeros surge el siguiente problema ¿Se tendrá que incluir en este precepto el pago de un soborno a un funcionario español si va dirigido a la obtención de un contrato en el marco de una relación comercial internacional? En principio, sí tendrá cabida; pero también tendrá cabida en el delito de cohecho activo clásico del art. 424, luego lo que ha hecho aquí el legislador ha sido crear un nuevo problema no presente en la regulación anterior: un concurso, al que ha pretendido dar solución a través de la cláusula «salvo que ya lo estuvieran [castigados] con una pena más grave en otro precepto de este Código»⁴⁴.

La pregunta que a continuación nos podemos hacer es la siguiente: ¿se castiga con más pena esta conducta en otro precepto de este Código? Para contestar a esta pregunta es preciso acudir al art. 424, el cual se remite a las penas de los delitos de cohecho pasivo. Si es propio (art. 419), la pena será de prisión de tres a seis años y de multa de 12 a 24 meses; y si es impropio (art. 420), la pena será de prisión de dos a cuatro años y de multa de 12 a 24 meses.

La solución al problema planteado será la siguiente:

- Si se trata de cohecho propio, tanto el art. 286 ter como el art. 419 prevén igual pena, luego la regla concursal incorporada en el art. 286 ter no es de utilidad y habremos de acudir a las reglas sobre el concurso de leyes del art. 8 del código penal. En este caso, debería resolverse el concurso de leyes en virtud del principio de especialidad, y la ley especial será la contenida en el art. 286 ter.
- Si se trata de cohecho impropio, la pena mayor es la del art. 286 ter, luego se aplicaría este precepto.

Por tanto, la inclusión de esta cláusula, como se ha visto, no resuelve el problema cuando estemos ante cohecho propio. Pero además, esta nueva regulación implica una diferencia de trato del cohecho impropio sobre funcionarios españoles dependiendo de cuál sea la finalidad del soborno: si está relacionado con actividades comerciales internacionales la pena será de prisión de tres a seis años; si no lo está, la pena de prisión será de dos a cuatro años. Es difícil justificar este diferente tratamiento a menos que se haga hincapié en

⁴⁴ La exposición de motivos de la nueva ley indica que con tal expresión «se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal». Reflexionando sobre los ejemplos expuestos puede afirmarse que el legislador ha conseguido precisamente lo contrario.

la diversidad de bienes jurídicos (competencia leal en el comercio internacional, por un lado; y correcto funcionamiento de la Administración Pública española, por otro), pero siendo éste el caso, es decir, si la conducta del que soborna está vulnerando dos bienes jurídicos diferentes, se podría plantear aquí la aplicación de un concurso de delitos, y no, de un concurso de leyes, lo que en la práctica parece, sin embargo, de muy difícil aceptación.

Por otro lado, el nuevo art. 286 ter también puede entrar en concurso con el art. 427. La problemática ya acontecía antes de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y continuará en el futuro cuando el art. 427 albergue no sólo el cohecho en el ámbito comunitario sino también el cohecho de funcionarios extranjeros o internacionales, en general. Piénsese en el siguiente ejemplo: un ciudadano español que entrega un soborno a un funcionario mexicano para obtener un contrato en el marco de la realización de actividades comerciales internacionales. Ambos preceptos son, en principio, aplicables. De nuevo, deberíamos acudir a la regla prevista en el art. 286 bis, y de nuevo la conclusión sería que debe aplicarse éste porque es el que prevé las penas mayores y, en caso de penas iguales (cohecho propio), el art. 286 bis es el precepto especial y, por tanto, el que se aplicará.

4.3. *La finalidad del soborno: «conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva»*

Desde su incorporación al texto punitivo, el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales contiene un elemento subjetivo específico del injusto distinto del dolo que nos permite calificar este tipo penal como delito de tendencia interna trascendente⁴⁵. Este elemento cumple una doble función. Por un lado, confirma cuál es el bien jurídico protegido⁴⁶ –la competencia leal en el mercado internacional–; y por otro, limita el ámbito de aplicación del precepto, debiéndose declarar la atipicidad de la entrega de sobornos que no persiguen dicha finalidad, como por ejemplo, un soborno entregado a un funcionario público extranjero para evitar una multa de tráfico o para lograr una sentencia absolutoria respecto de un familiar en ese país.

En la redacción del nuevo art. 286 ter, el elemento subjetivo específico del injusto aparece redactado de la siguiente manera: «para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva». La anterior

⁴⁵ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, op. cit., p. 112.

⁴⁶ CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la y BLANCO CORDERO, I., «Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», op. cit., p. 21; STESSENS, G., «The international fight against corruption. General Report», op. cit., pp. 902-903.

redacción de este elemento en el tipo penal («conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades comerciales internacionales») había suscitado algunos problemas, en especial, el término «beneficio irregular», que parecía una incorrecta traducción del art. 1.1 del Convenio OCDE⁴⁷.

En la nueva redacción, debe valorarse de manera positiva el haber sustituido la voz «contrato» por «negocio», más acorde con la terminología empleada en los instrumentos supranacionales y que dará cobertura a un mayor número de conductas⁴⁸. Asimismo, la sustitución de la expresión «beneficio irregular» por «cualquier otra ventaja competitiva» también es acertada dado que el término anterior «irregular» parecía excluir del tipo penal el cohecho impropio, pese a que la intención del Convenio OCDE es castigarlo. Con la nueva expresión se amplía el ámbito de lo punible a supuestos que no van directamente orientados a conseguir un negocio pero que pueden favorecerlo, como la reducción de tasas aduaneras u otro tipo de impuestos, o incluso la modificación de una legislación⁴⁹.

4.4. *La pena*

El nuevo precepto eleva el marco penal que contenía el anterior art. 445. Así, de una pena de dos a seis años se pasa a una pena de tres a seis años, equiparándose a la prevista para el cohecho propio de funcionarios nacionales (art. 419). El Convenio OCDE exige el mismo tratamiento a la corrupción transnacional que a la corrupción nacional, y aparentemente, así se hace en el proyecto de reforma. Sin embargo, no debe olvidarse que respecto al cohecho nacional se prevén penas diferentes en función de si estamos ante cohecho propio o impropio. Estas distinciones no se prevén en el cohecho transnacional del nuevo art. 286 ter, como no se prevén en el actual art. 445.

Con todo, y teniendo en cuenta que según las indicaciones de la OCDE en su última Recomendación sobre soborno transnacional, del año 2009⁵⁰, de-

⁴⁷ RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a J., «Capítulo X. De los delitos de corrupción en las transacciones internacionales», *op. cit.*, pp. 1727-1728.

⁴⁸ SÁNCHEZ BERNAL, J., «Delincuencia de los poderosos y cohecho. Modificaciones previstas en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2013», en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) y GORJÓN BARRANCO, M. C. (Coord.), *El proyecto de reforma del código penal de 2013 a debate*, Ratio Legis, Salamanca, 2014, pp. 187-188.

⁴⁹ En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia estadounidense al aplicar la FCPA. *Vid.* OECD (Working Group on Bribery), *Phase 3. Report on implementing the OECD Anti-Bribery Convention in the United States*, OECD Publications, 2010, p. 27.

⁵⁰ Recomendación del Consejo para un mayor combate del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (C (2009) 159). En ella se insta a los Estados parte en el Convenio de 1997 a que revisen su actual política en

ben incluirse dentro del tipo penal los llamados *pagos de facilitación* o *pagos de engrase*⁵¹, esos que se entregan al funcionario público para acelerar trámites burocráticos, quizá la pena sea un tanto elevada, en particular, en su límite inferior pues incluso en estos casos de menor gravedad, no habrá posibilidad de eludir la entrada en prisión dado que no se prevé ningún tipo atenuado relacionado con la menor gravedad de la conducta.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

La nueva regulación del delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales dista de ser la más adecuada y no parece que vaya a contribuir a garantizar la aplicación de estos delitos, pese a que esa sea la intención del legislador –reflejada en la exposición de motivos de la nueva ley–, pues la aplicación de un precepto poco depende de la ubicación concreta en el código penal. Es altamente preocupante que en quince años de vigencia de este delito, no se haya aplicado en ninguna ocasión, y que únicamente se conozca la apertura de un escaso número de investigaciones que acabaron archivadas. Las modificaciones recientemente incorporadas al tipo penal no parece que vayan a solucionar este problema, el cual requeriría un refuerzo de los mecanismos de investigación, especialmente, de los relativos a la cooperación policial y judicial en el ámbito internacional, dado el carácter transnacional de la conducta, aparte de voluntad para perseguir estas conductas que atentan contra el orden socioeconómico mundial pese a que sirvan para incrementar el volumen de negocio de las empresas nacionales, objetivo que puede parecer legítimo siempre, y más aún en un momento de crisis económica como la actual. No obstante, planteamientos egoístas como éstos no pueden tener cabida en la *aldea global*.

Aparte de esas modificaciones de índole procesal, también en el ámbito del Derecho penal sustantivo son deseables algunas reformas, si quiera sea, para facilitar la aplicación del precepto, no ya para garantizarla, y para adaptar el tipo penal a los requerimientos internacionales. Así, *de lege ferenda*

relación con los pequeños pagos de facilitación dados los efectos corrosivos que éstos generan, particularmente, «sobre el desarrollo económico sostenible y sobre el Estado de Derecho»; y a que «prohíban o ahuyenten a las empresas del uso de estos pagos (...) reconociendo que suelen ser ilegales en los países en donde se hacen».

⁵¹ Los pagos de facilitación fueron inicialmente excluidos del ámbito de aplicación del Convenio OCDE, siempre que fueran «pequeños». Véanse los Comentarios al Convenio OCDE, un documento adoptado por la misma conferencia negociadora del convenio pero que no forman parte de él, no son susceptibles de ratificación ni forman parte del convenio. Constituyen una suerte de guía interpretativa (SACERDOTI, G., «¿**Sobornar o no sobornar?**», en VV.AA., *Las reglas del juego cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción*, OECD Publications, México, 2000, p. 41).

sería deseable mejorar la redacción de la conducta típica, eliminando de una vez por todas la imprecisa expresión «corrompieren o intentaren corromper», que equipara la consumación del delito a la tentativa del mismo sin ninguna justificación, máxime cuando nuestro código penal ya castiga de manera general la tentativa. Si tal expresión ya fue suprimida en el ámbito del cohecho clásico en la reforma llevada a cabo en el año 2010, no hay razones para mantenerla en este precepto. El nuevo precepto podría utilizar los verbos habituales en los convenios internacionales y comenzar del siguiente modo: «El que, por sí o por persona interpuesta, ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase...».

Por otra parte, debería el legislador plantearse una revisión acerca del tratamiento de los pagos de facilitación. Dado que, en ocasiones, muchos de ellos no tendrán si quiera potencial suficiente como para lesionar el bien jurídico de la competencia leal en el mercado internacional, las penas actualmente previstas podrían ser desproporcionadas.

Además, debería el legislador volver a incorporarse la expresión «[funcionario público] extranjero o de una organización internacional» pues los casos de soborno a funcionarios nacionales deberían llevarse por los tipos penales de cohecho clásico de los arts. 419 y siguientes.

Con todo, en último término no hay que olvidar que el nuevo art. 427 prevé el castigo del cohecho de cualquier funcionario público extranjero o internacional, no vinculado a la realización de actividades comerciales internacionales. Por tanto, llegados a este punto podemos preguntarnos si tiene sentido el mantenimiento del tipo específico de corrupción en las transacciones comerciales internacionales o si, por el contrario, podría eliminarse del código penal, evitando así problemas concursales; lo que llevaría a castigar toda conducta de corrupción transnacional conforme al nuevo art. 427. A mi juicio, el mantenimiento del delito de cohecho en las transacciones comerciales internacionales sólo tiene sentido si se defiende que tutela un bien jurídico diferente del tutelado por el art. 427, lo que llevaría a aplicar entre ambos un concurso de delitos, y no uno de leyes.

TITLE: Analysis of the crime of corruption incorporated in International business transactions by the Organic Law 1/2015 reforms, of March 30.

RESUMEN: La regulación del delito de corrupción en las transacciones comerciales en el Derecho español deriva del compromiso adquirido al ratificar diversos convenios internacionales en esta materia. Ante la falta de cumplimiento de algunos de estos compromisos, el legislador español ha previsto diversas modificaciones en la última ley de reforma del código penal. Este trabajo analiza esas modificaciones y ofrece propuestas de mejora.

PALABRAS CLAVE: Comercio internacional, corrupción transnacional, funcionario público extranjero, funcionario de organización internacional, soborno transnacional.

ABSTRACT: The Spanish regulation on corruption in international business transactions derives from the commitment acquired by Spain after the ratification of several international conventions on this matter. Due to the fact that Spain has not complied with some of those commitments yet, the legislator has recently included some changes in the regulation of this type of offence. This paper analyses such changes and offers proposals for improvement.

KEY WORDS: International trade, transnational corruption, foreign public official, official of an international organisation, transnational bribery.

RECIBIDO: 07.05.2015

ACEPTADO: 22.05.2015

LA RESPUESTA PENAL INTERNACIONAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN. CONSECUENCIAS SOBRE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA¹

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CORRUPCIÓN. 2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN. 3. LAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA. 4. CONCLUSIONES.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CORRUPCIÓN

En la actualidad la corrupción constituye un tema de gran trascendencia para la opinión pública, basta con ver en nuestro país los resultados que reco-

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación entre la Universidad de Salamanca y la Universidad de Sao Paulo, sobre «Criminalidad económica y corrupción. Análisis a la luz de las iniciativas internacionales y de los ordenamientos brasileños y español», su contenido es desarrollo y profundización del estudio elaborado por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y LIBERATORE S. BECHARA, A. E., «O controle da corrupção: a experiência a española», *Revista dos Tribunais*, nº 103, Septiembre 2014, pp. 359 a 383.

Hace cinco años realizaba mi primera aproximación al estudio de la respuesta penal frente a la corrupción, desde entonces y hasta hoy, con machacona periodicidad llegan a la opinión pública noticias de nuevos casos de corrupción, de uso del poder, por parte de quien lo detenta en el propio beneficio alejándose del fin público que legitima su ejercicio. Esta situación, a priori, nos indica, al menos, la importancia de la corrupción en nuestra sociedad y la falta de eficacia de las respuestas dadas hasta ahora por el legislador. Lo que, por otro lado, supone una invitación a continuar reflexionando sobre las medidas jurídicas y no jurídicas a afrontar frente a ella y muy especialmente sobre el papel que puede y debe jugar el viejo recurso a los delitos y las penas. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIÁN CAPARRÓS, E., «Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas», en *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº 81, 2009, pp. 7 y ss.

ge el barómetro del CIS o la repercusión que tienen los Informes anuales de Transparencia Internacional.

El barómetro del CIS² ha reflejado la importancia que, con un notable incremento en los últimos tiempos, damos los españoles a la corrupción. En noviembre de 2013, la corrupción, con un 31,8 %, era, tras el paro, con un 77,7 %, el problema que más preocupaba a los españoles. Un año después, en noviembre 2014, paro y corrupción continúan siendo para los españoles los dos mayores problemas, pero mientras el paro mantiene su porcentaje en un 77 %, la corrupción lo incrementa hasta un 63,8 %.

Esta percepción negativa de la corrupción se ha agravado en los últimos tiempos, hecho que también es confirmado por los índices de percepción de la corrupción elaborados por Transparencia Internacional. En el índice de 2006 España ocupaba el puesto 23, con una puntuación de 6,8; en el de 2014 ocupa el puesto 37, con una puntuación de 6,0³. Ciertamente el último índice exterioriza una cierta consolidación en la percepción de la corrupción, en especial si se compara con los últimos años, lo que, en opinión de Transparencia Internacional, «viene a demostrar que España no tiene corrupción sistémica, como ocurre en un gran número de países, sino múltiples escándalos de corrupción política en los niveles superiores de los partidos y en los gobiernos locales y autonómicos»⁴.

² El barómetro que mensualmente, salvo agosto, elabora el Centro de Investigaciones Sociológicas, tiene como objetivo medir determinados aspectos de la opinión pública española. Puede consultarse en su página web, <www.cis.es> (último acceso: 14.5.2015). Estos datos ratifican los resultados de otras encuestas, así, la Comisión Europea en el anexo referido a España de su *Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, p.3, textualmente afirma: «Según el Eurobarómetro especial de 2013 sobre la corrupción, el 63 % de los encuestados (porcentaje más elevado de la UE) se considera afectado personalmente por la corrupción en su vida cotidiana (media de la UE: 26 %), en tanto que el 95 % manifiesta que la corrupción es un problema muy extendido en el país (media de la UE: 76 %) y el 91 % afirma que existe corrupción en las instituciones locales y regionales (media de la UE: 77 %)». Se puede consultar el informe en <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf> (último acceso: 14.5.2015).

³ Los índices de Transparencia Internacional pueden consultarse en <www.transparency.org> o en <www.transparencia.org.es> (último acceso: 14.5.2015). Ciertamente el mayor descenso se produjo en 2013, año en el que España retrocedió 10 puestos, con una nota de 5,9; descenso que solo superaron Gambia, Malí y Guatemala.

⁴ Ver el índice de percepción de la corrupción: La corrupción en el mundo durante 2014 en <www.transparencia.org.es> (último acceso: 14.5.2015). Por otro lado, en España, la percepción de cuáles son las instituciones más corruptas se concentra en los partidos políticos y en el poder legislativo, lo que puede ponerse en conexión con la crisis de legitimación institucional que genera la corrupción. Una elemental reflexión sobre las causas de la corrupción en España, las vincula, históricamente, en la época anterior a la crisis,

Es indudable que estos datos sobre la valoración negativa que socialmente se da a la corrupción tienen su explicación más próxima en casos tan mediáticos como Gürtel, los ERE, Bárcenas, Pujol o NOOS; este último con imputación incluso de miembros de la familia del rey.

En análogo sentido, en su último informe, Transparencia Internacional aborda la explicación de este descenso en el ranking que España ha experimentado, especialmente en los dos últimos años. Con acierto estima que las razones son complejas pues, «por una parte, los sistemas de control se han mostrado más eficaces y han venido aflorando muy numerosos casos de corrupción; por otra parte, las denuncias de los medios de comunicación y el relevante eco social y atención prestada a los casos ahora aflorados han influido intensamente en la percepción ciudadana, generando un estado general de indignación; también es cierto que la crisis económica ha incrementado el nivel de exigencia social, y aunque la justicia viene cumpliendo su función con cierta eficacia y nivel de resultados, a pesar de su lentitud, se ha generado desde fines de 2009 un muy alto nivel de alarma social; finalmente, aunque el enfriamiento de la economía, especialmente en el sector urbanístico, permite pensar que los casos de corrupción se han reducido en ese ámbito, la lentitud de las sanciones penales, la baja intensidad de las penas en casos de corrupción relevantes, la expansión de los escándalos a las instituciones clave del Estado, y la sensación de impunidad explican bien la percepción social negativa que se mantiene en este Índice»⁵.

La corrupción, pese a que hoy tenga un indudable protagonismo en los medios de comunicación, no es un rasgo de nuestro tiempo, es tan antigua como el propio poder, pues éste siempre ha podido ser utilizado de forma des-

cuando se construía, al urbanismo, y en consecuencia a la política municipal y siempre, antes y ahora, a la financiación de partidos y sindicatos. En este sentido es altamente significativo que el capítulo español de Transparencia Internacional tenga un apartado especial para medir el grado de transparencia de los Ayuntamientos. Aunque como subraya la propia organización, la falta de transparencia no es igual a existencia de corrupción, sino a presencia de una situación que favorece el que se produzca. El índice sobre transparencia en los ayuntamientos que también elabora Transparencia Internacional, ahora de carácter bianual, puede verse en <www.transparencia.org.es>. En 2012 se evaluaron 110 ayuntamientos, de las grandes ciudades, el ayuntamiento más transparente es Bilbao, que obtenía junto a otros siete ayuntamientos la máxima puntuación, mientras que Salamanca ocupa el puesto 84, y la media general era de 70,9 sobre 100. En la evaluación de 2014, hecha pública recientemente, la situación ha experimentado una notable mejora. Junto a Bilbao, otros dieciocho ayuntamientos, Barcelona entre ellos, alcanzan la máxima puntuación. Salamanca también mejora, pasa a ocupar el puesto 54 y la media general alcanza el 85,2. El último lugar, el ayuntamiento menos transparente, es Granada con una puntuación de 28,8.

⁵ El informe puede consultarse en <www.transparencia.org.es> (último acceso: 14.5.2015).

viada. Lo que ocurre es que, de un lado, las características de la sociedad actual han potenciado sus efectos y de otro, la evolución del Estado y el abandono de la patrimonialización del ejercicio del poder, con el traslado de la soberanía, del origen del poder, al pueblo, han traído consigo la potenciación de sus efectos y la justificación de la criminalización de estos comportamientos.

Las conductas de corrupción han dejado de afectar únicamente al buen funcionamiento de la Administración, al multiplicarse exponencialmente sus efectos económicos y políticos, que pasan a un primer plano, favorecidos por la internacionalización tanto de la economía como de la política y por el desarrollo de las nuevas tecnologías⁶.

La internacionalización, en especial la de la economía, hace que lo que era únicamente un problema nacional adquiera una complementaria dimensión internacional, favorecida además, por el desarrollo de las nuevas tecnologías, que posibilita nuevas formas de actuación, por la existencia de empresas multinacionales, por la inversión extranjera y por la existencia de los denominados «paraísos fiscales»⁷. Este hecho proporciona una primera explicación a la existencia de regulación internacional de las relaciones económicas acompañada de distintos instrumentos jurídicos⁸, que en el ámbito regional o global pretenden servir de base a una política criminal que aborde con eficacia la lucha contra lo que se ha calificado como «explosión» del contenido de la corrupción al incorporar nuevas formas y nuevos sujetos⁹.

⁶ El peso del factor internacional en la corrupción es analizado por PÉREZ CEPEDA, A. y BENITO SÁNCHEZ, D., «La política criminal internacional contra la corrupción», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y LIBERATORE S. BECHARA, A. E. (coords.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, Centro de Estudios Brasileños, Salamanca 2013, en especial pp. 13 a 21.

⁷ La denominación de «paraísos fiscales» se aplica a países o territorios cuya política de opacidad fiscal facilita el blanqueo de capitales fruto de la corrupción o de otros comportamientos delictivos y que proceden de terceros países. La OCDE ha planteado acciones para afrontar estas situaciones. Entre otras, ha publicado una «lista negra» de países que eran considerados como de refugio de dinero procedente de delitos. Se puede ver en la página de la OCDE: <www.oecd.org> último acceso 14.5.2015).

En cualquier caso la definición de que se entiende por «paraíso fiscal» no está exenta de polémica. Entiendo que es clarificadora la descripción que realiza GARZÓN ESPINOSA, A., «Paraísos fiscales en la globalización financiera», en *Historia Actual Online*, n.º 26, 2011, p. 143, «territorios cuyas regulaciones, fundamentalmente fiscales y financieras, son establecidas con el fin de atraer dinero procedente del exterior que no tendrá como destino la actividad productiva del país receptor. Hablamos entonces de paraísos fiscales sólo para extranjeros, ya que para los residentes las regulaciones suelen ser mucho más estrictas».

⁸ *Vid.*, PÉREZ CEPEDA, A. y BENITO SÁNCHEZ, D., «La política criminal internacional contra la corrupción», *op. cit.*, pp. 21 y ss.

⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y FABIÁN CAPARRÓS, E., «Corrupción y Derecho Penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas», *op. cit.*, pp. 11 y ss.

Esta nueva realidad hace que la política criminal frente a la corrupción se torne más compleja, al presentar ésta conductas complementarias encaminadas a favorecer que el corrupto se aproveche de sus beneficios, este sería el caso en especial de los supuestos de lavado de dinero, y al estar vinculada la corrupción en muchas de sus manifestaciones a la criminalidad organizada. Muchas veces, por tanto, estamos ante supuestos de criminalidad transfronteriza, lo que refuerza el rasgo internacional de estos comportamientos.

En la actualidad, la aproximación al hecho de la corrupción se lleva a cabo desde las consecuencias negativas que tiene para una sociedad el ejercicio del poder buscando el propio beneficio. Este paso a un primer plano de sus efectos políticos y económicos trae, como primera consecuencia, que las conductas de corrupción dejen de ser sólo propias de funcionarios, como lo fueron durante mucho tiempo, con lo que se amplía el listado de potenciales sujetos activos, entre otras razones, porque es evidente que no sólo ellos tienen poder. Esto hace que aumente la relación de comportamientos delictivos que puedan ser considerados como vinculados en mayor o menor grado a la corrupción y que se incorporen a ella conductas del ámbito de la denominada «corrupción privada». No hay que olvidar, por tanto, que cuando se habla de «corrupción» no se está empleando un término jurídico, sino criminológico, en cuanto hace referencia a la etiología de un hecho delictivo y que, por otra parte, va más allá del contenido del Código penal.

Reflexionar hoy sobre la corrupción supone hacerlo sobre la delincuencia económica, implica situarse dentro de la criminalidad de cuello blanco, se trata por tanto de comportamientos llevados a cabo por los poderosos, y necesariamente supone tener presente la diferencia entre los procesos de criminalización primaria y secundaria, particularmente acusados en esta delincuencia.

Las implicaciones de la corrupción y por tanto la respuesta frente a la misma superan las fronteras del Derecho penal y, por tanto, puede ser analizada desde un plano económico, político, sociológico, desde su incidencia en las relaciones internacionales o desde distintas perspectivas jurídicas.

El análisis desde una perspectiva político criminal, y en concreto desde la respuesta al interrogante de cómo debe utilizarse el Derecho penal para pretender evitar estos comportamientos o de cuál es la respuesta eficaz frente a los mismos, es un ejemplo paradigmático de los problemas político criminales y dogmáticos que presenta ese campo tan complejo denominado «nuevo Derecho penal»¹⁰.

¹⁰ Sobre este Derecho Penal, también denominado «moderno Derecho Penal», puede verse en la doctrina española la ya clásica monografía de SILVA SANCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª edic., Madrid 2001, o la de HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

Es indudable que los rasgos históricos y actuales de cada país condicionan los rasgos de «su» corrupción y como los momentos de mayor inversión económica o en general de mayor intervención del Estado posibilitan un aumento de las conductas de corrupción, que está favorecido en muchos casos por la existencia de una excesiva burocracia.

En este sentido, las situaciones de crisis económica crean una respuesta social de mayor rechazo hacia la corrupción, que, en sus situaciones más extremas, puede llevar a cuestionar el sistema político, a abandonar posiciones, que de hecho han existido, de tolerancia y comprensión frente a la corrupción y a plantear con carácter general una indiscriminada falta de legitimación en quienes detentan el poder político.

La respuesta penal frente a la corrupción es por tanto un auténtico laboratorio para los fines de la pena, especialmente para proporcionar argumentos a los que cuestionamos la prevención general positiva.

La corrupción, por tanto, es hoy un problema político, económico, social y jurídico y también un complejo problema para el Derecho Penal. Todos estos aspectos hacen que la corrupción sea poliédrica en sus manifestaciones y plural en sus consecuencias. El no ignorar esta realidad es condicionante de una lucha eficaz frente a ella y debe conducir a no caer en la simplificación de creer, o de intentar transmitir, que la lucha contra la corrupción es exclusivamente una cuestión a solventar a través del contenido de los tipos penales. Al contrario, hay que afrontar una política criminal que repose sobre instrumentos preventivos y se funde en otros instrumentos de control social, en la que el Derecho penal tenga la legitimación que le proporciona su carácter subsidiario y fragmentario. Estos datos, las cifras de estos índices, y las cifras totales de casos enjuiciados¹¹, permiten extraer, como primera conclusión, el fracaso en España de la política preventiva frente a la corrupción¹² y la percepción generalizada de los procesos de criminalización secundaria como ineficaces¹³. Lo que a su vez nos lleva a

¹¹ En noviembre de 2014, Europa Press, cifraba en nuestro país en más de 1900 los imputados por casos de corrupción y en 170 los condenados por este motivo. Aunque matizaba que la mayoría de estos no están en prisión por razón de la pena que se les impuso o por estar pendientes de recursos.

¹² En el IPC de 2013, *Aspectos más destacados del Índice* en <www.transparencia.org.es> (último acceso: 14.5.2015). Transparencia Internacional ya se pronunciaba con contundencia sobre el fracaso de esta política, «la percepción de que se ha perdido una década en la lucha contra la corrupción en España y que el Gobierno no parece decidido a afrontar seriamente el problema. En manos del ejecutivo está cambiar esta tendencia».

¹³ En este sentido es particularmente significativa la lectura de las *Conclusiones de la XXV reunión nacional de jueces decanos de España*, celebrada en Valencia del 1 al 3 de Diciembre de 2014, <www.poderjudicial.es> (último acceso: 14.5.2015). Toman como punto de partida la creación de las condiciones para alcanzar una necesaria «regeneración

constatar el carácter puramente simbólico de bastantes de las reformas penales llevadas a cabo en este campo, que provocan un efecto *boomerang*, inherente a muchos cambios legislativos basados en una prevención general positiva, pues en lugar de generar una pretendida confianza en la ley y en el sistema, el cómo de su aplicación, o mejor de su no aplicación, lleva a la conciencia generalizada de la desigualdad ante la ley y a una crisis de la legitimación institucional¹⁴.

Con carácter general, como ya se ha apuntado, dos son los rasgos de la corrupción que deben tenerse en cuenta para abordar una política criminal eficaz frente a ella. El primero, la dimensión internacional de sus manifestaciones de más gravedad, lo que necesariamente va a exigir la cooperación entre los Estados, plasmada en instrumentos internacionales y en garantizar la aplicación de los mismos.

El segundo, tener presente el carácter poliédrico de sus manifestaciones, la diversidad de sus causas vinculadas a la historia y a la realidad de cada país, y finalmente la potencial gravedad de sus consecuencias. Lo que a su vez nos lleva necesariamente a no limitar la respuesta del Estado al Derecho penal, sino a propugnar políticas mucho más complejas de carácter preventivo, que pasan por la transparencia generalizada y por la utilización de otras ramas del ordenamiento jurídico.

La política criminal frente a la corrupción no puede reducirse al recurso, muchas veces simplemente simbólico al Derecho penal, sino que requiere ante todo una política de transparencia en la gestión pública. Por eso, aunque su promulgación haya tenido un notable retraso, hay que valorar positivamente, la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, pese a que su aplicación efectiva, tras más de un año de vigencia, no esté exenta de trabas y peque de lentitud. Pero, sin duda esta norma y otra serie de disposiciones no necesariamente penales

democrática» de nuestra sociedad. Con razón subrayan, p.13, «lamentablemente se olvida que hay que partir en este punto de una premisa ineludible: sin juzgados eficientes dicha regeneración es imposible».

Para lograr esta eficiencia en la lucha contra la corrupción, los jueces proponen hasta 58 medidas, agrupándolas en los siguientes apartados A) Medidas estructurales, organizativas y de gestión; B) Medidas de refuerzo y apoyo; C) Medidas de reforma del proceso penal en general; D) Medidas relativas al tribunal del jurado; E) Medidas relativas a los aforamientos; F) Medidas relativas a los indultos; G) Ministerio fiscal y policía judicial; H) Medidas relativas a los bienes intervenidos y a las responsabilidades civiles y pecuniarias; I) Medidas relativas a testigos y peritos; J) Medidas relativas a la corrupción en el Código penal; K) Otras medidas contra la corrupción en diferentes ámbitos.

¹⁴ Sobre este punto, por todos, véanse las acertadas páginas que dedica LIBERATORE S.BECHARA, A. E., *Bem jurídico penal*, Quartier Latin, Sao Paulo, 2014, pp. 213 y ss.

constituyen en España, pasos importantes para consolidar una cultura democrática en la gestión de lo público¹⁵.

Este punto de partida hace necesario continuar debatiendo el contenido que debe presentar la política criminal frente a los comportamientos de corrupción. Las páginas que siguen pretenden abordar la dimensión internacional de la corrupción, aspecto de la misma que entiendo es de particular importancia en el momento actual por ser la internacionalización un rasgo del actual momento histórico y que se proyecta, sobre la política, sobre la economía, sobre la cultura y, por supuesto también sobre el contenido del Derecho¹⁶.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN¹⁷

Una constante en las últimas reformas de la legislación penal española ha sido buscar su justificación en la necesidad de cumplir con las obligaciones derivadas de los Convenios Internacionales suscritos por España en especial las vinculadas a la pertenencia a la Unión Europea¹⁸. Estas obligaciones efectivamente existen, pero, como recordábamos recientemente¹⁹, el legislador español las ha cumplimentado con desigual diligencia. Además, en relación con la corrupción, desde un primer momento no hay que olvidar que estas obligaciones no se limitan a modificaciones de la legislación penal.

¹⁵ La lectura del Anexo referido a España del ya citado Informe de la Comisión Europea incide en estos aspectos no penales, incide en especial en aspectos administrativos, de incompatibilidades, de estructura del Estado, haciendo énfasis en la contratación pública y en la necesidad de homogeneizar políticas de control a nivel autonómico y municipal. Vid el texto en <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf>, (último acceso: 14.5.2015).

¹⁶ Sobre la trascendencia de la internacionalización en el actual Derecho penal, pueden verse las páginas que dedico en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 125 y ss.

¹⁷ Nos referiremos únicamente a los instrumentos internacionales que afectan directamente a España en virtud de su pertenencia a instituciones de este carácter. Asimismo, excluimos abordar aquellos acuerdos bilaterales que haya suscrito España con Estados concretos.

¹⁸ A título de ejemplo, la amplia reforma de 2010, de acuerdo con su Exposición de Motivos, responde a «las obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea», contraídas por España.

¹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y LIBERATORE S. BECHARA, A. E., «El Proyecto de Código penal español de 2013. Algunas consideraciones político criminales», *Revista Penal* 34, 2014, p.20.

Los instrumentos internacionales plantean siempre el problema del control de su cumplimiento por parte de los Estados signatarios. Efectivamente, con carácter general, son abundantes los supuestos en que se refleja la tensión entre la soberanía estatal y las obligaciones derivadas de la aplicación de un Tratado. Esta tensión es aún mayor cuando la materia objeto del Tratado es de carácter penal, por la conexión directa de esta rama del ordenamiento con la soberanía y por la trascendencia que muchas decisiones penales tienen sobre la opinión pública.

Respecto a las fuentes de estos instrumentos internacionales referidos a la corrupción, en el caso de España se centran, en el ámbito global, en Naciones Unidas y en la OCDE, y en el regional, en la Unión Europea y en el Consejo de Europa. De todos ellos, como adelantábamos, se derivan obligaciones de distinto contenido y naturaleza en forma de compromisos o de recomendaciones.

Dentro de los textos internacionales referidos a la corrupción, el más significativo es la Convención contra la corrupción suscrita en Mérida en 2003²⁰ en el marco de Naciones Unidas. Esta Convención vino precedida por la Convención de Viena de 1988 contra el blanqueo, y por la de Palermo de 2000, contra la criminalidad organizada. Estas dos últimas, aunque con objetivos más amplios que la corrupción, abordaban dos comportamientos, el blanqueo y la criminalidad organizada, que están presentes o que acompañan a muchas de las manifestaciones más graves de corrupción. En este sentido es claro el Preámbulo de la Convención de Mérida²¹ al recordar, «los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero».

La existencia de una Convención como la de Mérida que tiene por objeto específico la corrupción, a la que no define, pero que aborda en todos sus aspectos, no sólo los económicos, se justifica, según sus primeras afirmaciones, en «la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y la seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética, y la justicia y el comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley».

Esta Convención contempla, lo que merece una valoración muy positiva, la práctica totalidad de los problemas que es necesario afrontar para que una

²⁰ El texto completo de la Convención de Mérida puede consultarse en NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

²¹ La Convención de Mérida viene precedida por la Resolución 55/188 de la Asamblea General de Naciones Unidas y por la 55/61 del mismo órgano. Sobre los pasos previos a la Convención de Mérida, *vid.* PÉREZ CEPEDA, A. y BENITO SÁNCHEZ, D., «La política criminal internacional contra la corrupción», *op. cit.*, p. 23.

política criminal frente a la corrupción pueda llegar a ser eficaz. Así, recoge, junto a consideraciones generales, objeto de su primer capítulo, y medidas represivas en su capítulo tercero, una amplia relación de medidas preventivas, en su capítulo segundo, un extenso capítulo, el cuarto, referido a la cooperación jurídica internacional y un capítulo final que contempla una importante relación de reglas dedicadas a la recuperación de activos.

Pero la Convención adolece de las dificultades, frecuentes en Naciones Unidas, de no articular mecanismos funcionales para poder impulsar y garantizar el cumplimiento de sus prescripciones²². También la heterogeneidad de los Estados miembros lleva a diferenciar dentro de las medidas represivas propuestas, aquellas cuyo contenido es de obligatorio cumplimiento y aquellas que son meras recomendaciones, baste la lectura de la fórmula empleada en varias ocasiones: los Estados signatarios «considerarán la posibilidad de tipificar como delito».

Los aspectos económicos de la corrupción objetivamente actúan como motor último de la internacionalización de la respuesta frente a ella, en especial por sus efectos negativos sobre el comercio internacional o sobre las relaciones entre los Estados. La pretensión de tener una respuesta eficaz frente a éstos ha sido desde hace tiempo un objetivo para la OCDE.

Esta organización, después de un largo proceso²³, logra elaborar en 1997, un *Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales*. El Convenio obliga a los Estados signatarios a tipificar como delito en sus ordenamientos nacionales la conducta de quien soborna a un funcionario extranjero «para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales»²⁴. Por tanto, no obliga a tipificar la conduc-

²² El mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, establecido por la Resolución 3/1, es por lo menos de dudosa eficacia, al establecer que requiere el acuerdo entre los evaluadores y el país evaluado y tener un carácter confidencial. *Vid.* PÉREZ CEPEDA, A. y BENITO SÁNCHEZ, D., «La política criminal internacional contra la corrupción», *op. cit.*, p. 31.

²³ BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid 2012, pp.72 y ss., las primeras actuaciones de la OCDE contra la corrupción se inician en 1976 con la elaboración de unas «Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales». En todas las actuaciones de esta organización en materia de corrupción tiene un importante papel el Grupo de Trabajo que se crea en su seno y la cooperación que para el seguimiento de sus convenios mantiene con Transparencia Internacional.

²⁴ El art.1 del Convenio establece, «Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido pecuniario o de otra índole a un agente público extranjero, ya lo haga de forma directa o mediante intermediarios, para su beneficio o para el de un tercero; con la finalidad de que este servidor actúe o se abstenga de

ta del funcionario, que es una cuestión del Derecho de su país, ni contempla la corrupción entre particulares²⁵.

El Convenio, el más importante para abordar la corrupción de funcionario de un tercer país, en terminología de la OCDE, la «corrupción transnacional»²⁶, se debe en gran medida a la iniciativa y presión de los Estados Unidos, que en 1977 había promulgado la *Foreign Corrupt Practices Act*²⁷, seguida en 1996 por la *Convención Interamericana contra la corrupción*, que fue el primer texto internacional que vinculaba a los Estados firmantes en la adopción de medidas contra la corrupción²⁸, aunque el grado de cumplimiento de la Convención por parte de los Estados firmantes objetivamente es muy desigual²⁹.

hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con la finalidad de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en La realización de actividades económicas internacionales». El texto íntegro del Convenio, puede consultarse en <www.oecd.org> (última consulta: 14.5.2015), en el momento de redactar estas líneas, Enero de 2015, el Convenio ha sido suscrito por 41 países, los miembros de la OCDE, más Argentina, Brasil, Bulgaria, Letonia, Rusia, Colombia y Sudáfrica, aunque como enseguida se expone, con un muy distinto grado de cumplimiento.

²⁵ Ver el análisis del contenido de este Convenio que lleva a cabo BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, op. cit., p. 76 y ss.

²⁶ Denominación que utiliza la OCDE en su reciente informe para referirse a la corrupción definida en el art.1 del Convenio, vid. OCDE, *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale: une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, Editions OCDE, 2014, expresamente en p. 7. Disponible en <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2814012e.pdf?expires=1431600155&id=id&accname=guest&checksum=109C37D231937388D1BEEBD47AF0949F>> (último acceso: 15.1.2015).

²⁷ La *Foreign Corrupt Practices Act* tiene su origen en el escándalo que supuso la constatación de los sobornos que la empresa Lockheed había realizado a funcionarios japoneses para asegurarse la venta de un determinado modelo de avión. Este comportamiento genera en una opinión pública sensibilizada frente a la corrupción, son los años del Watergate, una situación que lleva a la criminalización de estos comportamientos. En contra estuvieron muchas empresas, sectores políticos y otros gobiernos, que entendían que el problema estaba en los países de los sobornados y no en el de los sobornadores. Sobre esta ley, sus causas, contenido y debates, vid. BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, op. cit., pp. 54 a 63, tiene mucho interés la información que se proporciona en p. 56 nota 7.

²⁸ Sobre la Convención Interamericana contra la corrupción, ver la información y análisis de la misma que lleva a cabo BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, op. cit., p. 63 y ss.

²⁹ En el último informe de Transparencia Internacional sobre el grado de cumplimiento de este Convenio, TRANSPARENCY INTERNATIONAL: *Exporting Corruption: 2014 OECD Progress Report* (Disponible en <http://issuu.com/transparenciainternacional/docs/2014_exportingcorruption_oecdprogre> (último acceso: 14.5.2015), diferencia cuatro grupo de países, el primero los que tienen mayor grado de cumplimiento lo integran cuatro, Estados Unidos,

La OCDE desde la entrada en vigor del Convenio ha desarrollado y desarrolla un papel muy activo en la lucha contra la corrupción transnacional³⁰, a través de distintos documentos y recomendaciones, de la colaboración con los países del G20³¹, del seguimiento activo del cumplimiento del Convenio y de la constitución de un muy activo grupo de trabajo³².

La OCDE, de forma paralela ha continuado con su lucha contra los denominados «paraísos fiscales», países y territorios que por sus políticas bancarias y por su opacidad fiscal juegan un papel decisivo en el lavado de capitales, complemento necesario para muchos de los casos más graves de corrupción³³. En este punto, la actuación de la OCDE se ve favorecida por la naturaleza global de la reciente crisis económica y por la política que en igual dirección han seguido los países del G20.

El punto de partida de la OCDE ha sido la elaboración de la más conocida lista de Estados considerados como paraísos fiscales, lista que a lo largo de

Alemania, Reino Unido y Suiza, que suponen el 23,1% de las exportaciones en el mundo; el segundo, está formado por cinco países con moderado cumplimiento, lo integran, Italia, Canadá, Australia, Austria y Finlandia, suponen el 8,3% de las exportaciones mundiales; el tercer grupo, lo forman ocho países con limitado cumplimiento, está formado por Francia, Suecia, Noruega, Hungría, Sudáfrica, Argentina, Portugal y Nueva Zelanda, que suponen el 7,6% de las exportaciones mundiales y finalmente un amplio cuarto grupo de veintidós países, Japón, Holanda, Corea del Sur, Rusia, España, Bélgica, México, Brasil, Irlanda, Polonia, Turquía, Dinamarca, República Checa, Luxemburgo, Chile, Israel, Eslovaquia, Colombia, Grecia, Eslovenia, Bulgaria y Estonia, que suponen el 27% de las exportaciones mundiales.

³⁰ Lo subraya y da información sobre las distintas recomendaciones BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, op. cit., pp.84-85. Puede consultarse OCDE: *Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y Documentos relacionados*, 2010, en <www.oecd.org/corruption> (acceso el 12.1.2015).

³¹ Desde 2010 el G20 ha adoptado en sus sucesivas cumbre un papel activo en la lucha contra la corrupción, mediante la constitución de un Grupo de Trabajo que he diseñado ya un plan de actuación para 2015-2016. Puede consultarse en <https://g20.org/.../G20_anti_corruption_working_gr> (último acceso: 28.1.2015).

³² La última aportación en Diciembre de 2014 es, OCDE, *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale...*, op. cit., en el que analiza 427 casos de corrupción. El estudio tiene un elevado interés, aborda muy distintos aspectos de cómo se lleva a cabo la relación de corrupción, funciones que desarrollan los implicados, sectores económicos en que se produce la corrupción, naturaleza y valor de los sobornos etc. A destacar que el análisis de los casos, pone de relieve que, en contra de los que puede pensarse, son frecuentes los casos de corrupción en los que las dos partes implicadas son de países con un elevado índice de desarrollo (p.35). En concreto, de los 427 casos analizados, en dos tercios los sobornos han ido dirigidos a agentes públicos de países desarrollados, (p.31, ver gráficos 17 y 18).

³³ Vid. SAURA GARCÍA, P., «Paraísos fiscales y corrupción», *Temas para el debate*, n° 223 (junio), 2013. FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, en especial pp. 88 y ss.

los años ha pasado de «negra» a «gris»³⁴ y en la que se ha avanzado como instrumento para limitar el secreto bancario y reforzar las relaciones económicas entre los Estados y favorecer sus políticas fiscales nacionales³⁵. Pero, aún queda camino por recorrer, pues no hay que olvidar que bastantes de ellos, dado su grado de dependencia, son un claro ejemplo de la doble moral de las grandes potencias económicas. Incluso se puede tener en cuenta el ejemplo de uno de los más importantes casos de corrupción españoles, en los que, la laxa legislación mercantil de algún Estado estadounidense ha sido utilizada como medio para posibilitar un soporte jurídico a complejas operaciones de corrupción³⁶.

Dentro de las instituciones europeas, el antiguo Mercado Común, hoy Unión Europea, centra sus disposiciones contra la corrupción prácticamente

³⁴ A final de la última década del pasado siglo, la OCDE asume como objetivo la actuación contra los paraísos fiscales y señala una lista de 41 países y 21 territorios que le merecían esta consideración. La crisis económica y la presión del G20 hizo que los países de la lista original fuera disminuyendo, entre otras razones por que era relativamente fácil abandonar la lista, bastaba con suscribir 12 convenios bilaterales, donde se comprometían a intercambiar información fiscal y podía ser además entre países que se encontraban en la lista. Sobre este punto véase, GARZÓN ESPINOSA, A., «Paraísos fiscales en la globalización financiera», *op. cit.*, p. 144. El último test de transparencia de la OCDE no ha sido superado por, Brunei, Dominica, Micronesia, Guatemala, Líbano, Liberia, Islas Marshall, Nauru, Panamá, Trinidad y Tobago, Vanuatu.

³⁵ Cada Estado puede tener su propia lista de «paraísos fiscales», con consecuencias sobre las relaciones económicas con los mismos. En España la lista de los 48 Estados y territorios, que merecen esa consideración, aparece recogida en el RD.1080/1991, de 27 de mayo. El Ministerio de Hacienda en la última actualización de esta lista de diciembre de 2014, reduce la lista a los 33 Estados y territorios, que a continuación se relacionan 1. Emirato del Estado de Bahrein, 2. Sultanato de Brunei, 3 Gibraltar, 4. Anguilla, 5. Antigua y Barbuda, 6. Bermuda, 7. Islas Caimanes, 8. Islas Cook, 9. República de Dominica, 10. Granada, 11. Fiji, 12. Islas de Guernesey y de Jersey (Islas del Canal), 13. Islas Malvinas, 14. Isla de Man, 15. Islas Marianas, 16. Mauricio, 17. Montserrat, 18. República de Naurú, 19. Islas Salomón, 20. San Vicente y las Granadinas, 21. Santa Lucía, 22. Islas Turks y Caicos, 23. República de Vanuatu, 24. Islas Vírgenes Británicas, 25. Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, 26. Reino Hachemita de Jordania, 27. República Libanesa, 28 República de Liberia, 29. Principado de Liechtenstein, 30. Macao, 31. Principado de Mónaco, 32. Sultanato de Omán, 33. República de Seychelles.

³⁶ La sentencia del conocido como caso «ballena blanca», STS 974/2012 de 5.12.2012, en sus hechos probados recoge como, «Por lo general, la persona jurídica extranjera era una sociedad constituida en el Estado norteamericano de Delaware cuya legislación permite que los últimos beneficiarios y dueños de la inversión no aparezcan en la escritura o título constitutivo». HERNÁNDEZ VIGUERAS, J., «Crisis financiera, rescates bancarios y paraísos fiscales», en *El viejo topo*, nº 253, 2009, p.56, no duda en calificar a este Estado como «el paraíso fiscal que no figura en la lista de la OCDE».

sólo en la dimensión económica de ésta³⁷, mientras que el Consejo de Europa sigue una vía de propuestas de mayor amplitud.

Las medidas propugnadas por la Unión Europea contra la corrupción comienzan a adoptarse en los últimos años del pasado siglo y pueden ser situadas dentro de lo que en principio constituye el contenido de un «Derecho penal europeo»³⁸, teniendo como objeto la protección de los intereses financieros de la Unión y la delincuencia transfronteriza, rasgos ambos que suelen estar presentes en las conductas de corrupción.

Los primeros pronunciamientos de la Unión Europea en este campo tienen por finalidad afrontar la posible corrupción de los funcionarios comunitarios para garantizar la protección de sus intereses financieros³⁹. Este es el sentido de los dos primeros convenios, de 1996 y 1997, pretenden que las legislaciones penales de los Estados miembros tipifiquen como delito «actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea»⁴⁰. Estos Convenios fueron completados por el Plan de Acción contra la delincuencia organizada de 1997, dada la conexión de la corrupción con esta forma de delincuencia⁴¹.

Junto a este camino la Unión Europea ha propugnado el castigo de la corrupción privada para garantizar la libre competencia, aquí la dimensión de

³⁷ La Comisión Europea en su *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, Bruselas 2014, p.3, expone que el coste de la corrupción para la economía de la UE asciende a 120.000 millones de euros al año. *Vid.* Texto en <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_es.pdf> (último acceso: 14.5.2015).

³⁸ Sobre la Unión Europea y Derecho penal puede consultarse la síntesis que efectuamos en BERDUGO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, *op. cit.*, p. 147 y ss. También, ARROYO ZAPATERO, L.A. y NIETO MARTÍN, A., *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2006.

³⁹ Sobre las primeras iniciativas de la Unión Europea en este campo, véase BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, *op. cit.*, p. 86. Con carácter general sobre la Unión Europea y la corrupción, *vid.*, CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «La persecución penal de la corrupción en la Unión Europea», en AA.VV., *Cooperación jurídica internacional*, BOE, Madrid, 2001, p. 212.

⁴⁰ Este es el título del Convenio de 1997 que continúa la línea iniciada el año anterior por el Primer Protocolo Adicional al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Tiene que resaltarse la tardanza en la entrada en vigor de estos Convenios el de 1996 lo hizo el 17 de octubre de 2002 y el de 1997, el 28 de septiembre de 2005, ocho años después de su adopción.

⁴¹ Sobre este plan *vid.* BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, *op. cit.*, p. 93.

las consecuencias económicas de la corrupción constituye la clave para el recurso al Derecho penal, que aparece prescrito por la Decisión Marco del Consejo Europeo de 22 de Julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado⁴², que había sido precedida en 1998 por una Acción común sobre la corrupción en el sector privado. El art. 4 de la Decisión Marco establece de forma taxativa el uso del Derecho penal en estos casos de corrupción⁴³ y en los dos artículos siguientes establece la adopción de medidas penales o administrativas frente a los comportamientos de corrupción llevados a cabo por personas jurídicas. Ante la tardanza de los Estados en aplicar el contenido de esta Convención, la Comisión pretendió potenciar su lucha contra la corrupción a través de una Comunicación, en 2003, titulada, «Una política global de la Unión Europea contra la corrupción»⁴⁴.

El Tratado de Lisboa, en la compleja historia de la Unión Europea, abre la puerta a un nuevo contexto político y jurídico, que puede alcanzar nuevos contenidos de carácter penal⁴⁵, pero es claro que independientemente de la incorporación de nuevos contenidos, el Derecho penal fundado en la normativa europea mantiene como objetivo la tutela de los intereses financieros de la Unión y la delincuencia transfronteriza⁴⁶, ámbitos en los que como ya se

⁴² Sobre antecedentes, contenido y problemas que plantea puede verse BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G., «Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y Derecho comparado», *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº 89, 2011, p. 159 y ss.

⁴³ El artículo 4 de esta Decisión marco obliga a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar que los actos de corrupción activa y pasiva en el sector privado sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que incluyan una pena privativa de libertad de una duración máxima al menos de uno a tres años.

⁴⁴ <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/normativas/politica%20global%20de%20la%20ue%20contra%20la%20corrupcion.pdf> (último acceso: 14.5.2015), recoge el texto de esta Comunicación, (acceso 14.2015). Su contenido es una invitación imperativa a los Estados miembros a que adopten políticas activas de lucha contra conjunta contra la corrupción.

⁴⁵ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., «Derecho penal y Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho comunitario*, nº 30, 2008, pp. 359 y ss.

⁴⁶ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, determina las bases para una competencia penal de la Unión Europea dentro de los denominados eurodelitos. El art.83.1 establece: «El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsi-

adelantaba, existe muy frecuentemente una directa conexión con casos de corrupción⁴⁷.

Respecto a la Unión Europea es importante subrayar que, independientemente de sus crisis y de sus tensiones internas, el contenido de las decisiones jurídicas que de ella emanan tienen una obligatoriedad para los Estados superior a la de otras organizaciones internacionales al ser mucho mayor el vínculo entre los Estados miembros.

Por su parte, el Consejo de Europa, creado con el objetivo de defender los Derechos Humanos, el Estado de Derecho y la democracia, a partir de la Conferencia de Ministros celebrado en 1994 en Malta, inicia la adopción de medidas contra la corrupción⁴⁸. El Consejo adopta una posición más amplia al justificar sus propuestas contra la corrupción. Así en el Preámbulo de la Convención penal contra la corrupción, de 1999⁴⁹, ratificada por España en 2005 y en vigor a partir de 2010, se afirma que la corrupción, «constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, que la misma socaba los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad».

Las medidas propuestas por el Consejo arrancan de su «Programa de Acción contra la corrupción» que adoptó en 1996. Al año siguiente el Consejo de Ministros aprobó el 6.11.1997, «Veinte principios directivos para la lucha contra la corrupción». El año 2000 el Consejo de Ministros adopta una recomendación estableciendo un «Código de conducta de los funcionarios públicos» y en 2003 otra Recomendación para el establecimiento de una «Reglas

ficación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada». Más adelante en el art. 325.2 establece que «Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros».

⁴⁷ Un buen ejemplo es la reciente Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Puede consultarse en <<http://www.boe.es/doue/2014/127/L00039-00050.pdf>> (último acceso: 14.5.2015).

⁴⁸ Vid. BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, op. cit., pp. 100 y ss.

⁴⁹ La Convención penal de 1999, requería para su entrada en vigor, 14 ratificaciones que se obtienen el 1.7.2002. España firma en 2005, ratifica en 2009 y entra en vigor el 28.4.2010. En la actualidad la Convención tiene 45 ratificaciones de países miembros y no miembros del Consejo de Europa y 5 firmas aún no seguidas de ratificación. La Convención es completada por un Protocolo de 2003, en vigor desde 2005. España la ratificó en 2009, entrando en vigor el 17.1.2011. En la actualidad ha sido firmado y ratificado por 37 países y está firmado y pendiente de ratificación en otros 9. Ver la información sobre la Convención y sobre el Protocolo, en <www.coe.int/greco> (último acceso: 14.5.2015).

comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales»⁵⁰.

El instrumento clave del Consejo de Europa lo constituye la mencionada Convención penal que contempla la incorporación a la legislación penal de los Estados firmantes de una serie de delitos referidos a la corrupción. Su contenido es mucho más amplio que otros instrumentos internacionales, pues aborda el cohecho tanto en el ámbito público, como en el privado y en el internacional y en los tres supuestos, tanto el activo como el pasivo. Además incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas y una muy amplia serie de medidas procesales y preventivas. La Convención penal está completada por otra de carácter civil del mismo año, también vigente en España a partir de 2010, que recoge el deber de los estados de indemnizar a las víctimas de la corrupción⁵¹.

El Consejo de Europa, para el seguimiento de la aplicación por los Estados de su política contra la corrupción, creó en 1998 el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO⁵²), del que forma parte España y que periódicamente emite, en diálogo con las autoridades de cada país, informes sectoriales sobre las medidas seguidas por los Estados en su lucha contra la corrupción, con evaluaciones y recomendaciones, de cuyo cumplimiento se hace un ulterior seguimiento⁵³.

En enero de 2014, la Comisión hizo público su Informe sobre la lucha contra la corrupción, que dirige al Consejo y al Parlamento⁵⁴. En junio de 2011, la Comisión había adoptado una Comunicación de la Comisión al Par-

⁵⁰ El texto de todos estos documentos puede consultarse en <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/european-council/index_es.htm> (último acceso: 14.5.2015).

⁵¹ La Convención civil de 1999, requería para su entrada en vigor, 14 ratificaciones que se obtienen el 1.11.2003. España la firma en 2005, la ratifica en 2009 y entra en vigor el 1.4.2010. En la actualidad la Convención tiene 35 ratificaciones de países miembros y no miembros del Consejo de Europa y 7 firmas aún no seguida de ratificación.

⁵² Sobre GRECO, puede consultarse la amplia información contenida en su página web, <www.coe.int/greco> (último acceso: 14.5.2015).

⁵³ La cuarta ronda de evaluación de las medidas contra la corrupción se he centrado en la «Prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales», el informe sobre España es público desde el 15.1.2014. Las tres anteriores rondas trataron, la primera sobre la situación general de la corrupción y la lucha contra ella en España, la segunda abordó tres temas, «Los productos de la corrupción. Administraciones públicas y corrupción y Personas Jurídicas y corrupción» y la tercera sobre «Transparencia de la financiación de los partidos políticos». A los documentos de las cuatro evaluaciones sobre España y sobre los demás países se puede acceder a las mismas en <www.coe.int/greco> (último acceso: 14.5.2015).

⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, Bruselas 2014. El texto completo puede verse en: <ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/> (último acceso: 14.5.2015).

lamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo⁵⁵ en la que establecía la elaboración de este Informe, que tendrá carácter bianual.

La Comunicación entendía necesaria la realización de este Informe al afirmar que, «la aplicación del marco jurídico de lucha contra la corrupción sigue siendo desigual de un Estado miembro a otro y, en general, no es satisfactoria. No todos los Estados miembros han transpuesto la legislación de la UE contra la corrupción», lo que en opinión de los autores de la Comunicación refleja una falta de compromiso político por parte de algunos Estados miembros. Por tanto, contribuir a paliar esta situación es el objetivo principal del Informe⁵⁶.

Pero la existencia de una «corrupción nacional», que responde a los rasgos propios de cada país, tanto históricos, como políticos, económicos o culturales, lleva a los autores del informe a sostener que: «Una respuesta política eficaz no puede consistir en una serie de medidas estereotipadas; no existe una solución universal. Por ello, el informe examina la corrupción en el contexto nacional de cada Estado miembro, y sugiere cómo se pueden tratar en ese contexto las cuestiones más pertinentes para cada Estado miembro»⁵⁷.

El Informe, por otra parte, se construye en gran medida sobre los análisis y propuestas efectuadas por otras instancias internacionales, en especial la OCDE y el Consejo de Europa a través del GRECO.

El contenido de este Informe tiene un especial interés pues, además de constituir una importante fuente de información sobre la corrupción y las medidas frente a ella en los países miembros de la Unión Europea, en su análisis conjunto, lo que denomina «Capítulo horizontal», procede a una exposición de los puntos críticos y de las mejores prácticas para abordarlos en el conjunto de los países estudiados⁵⁸. El Informe también examina de forma

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*, Bruselas 2011. El texto completo aparece en distintas direcciones electrónicas, se ha utilizado, <http://eurored.ccoo.es/eurored/Instituciones_UE:Comision_Europea>.(último acceso: 14.5.2015).

⁵⁶ *Ibidem*, p. 7, «Habida cuenta de las limitaciones que presentan los mecanismos internacionales de vigilancia y evaluación existentes expuestas más arriba, es necesario establecer un mecanismo de control y evaluación específico de la UE, el Informe Anticorrupción, a fin de reforzar la voluntad política de los Estados miembros y favorecer la aplicación de los instrumentos legales e institucionales existentes. Este mecanismo deberá combinarse con la participación de la UE en el GRECO».

⁵⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁵⁸ *Ibidem*, p.8 y ss., la lectura de este capítulo III, en cuatro apartados, A. Dimensión política, B. Mecanismos de control y prevención, C. Represión y D. Zonas de riesgo, analiza comparativamente la situación de la corrupción en los países de la Unión. Importa subrayar que significativamente la referencia al Derecho penal es una más y que puede afirmarse que es un capítulo ya cumplido, p.14, «El Derecho penal contra la corrupción está implantado en general y cumple las normas del Consejo de Europa, las Naciones Unidas y la legislación de la UE». El informe subraya carencias en otros ámbitos, a título

monográfica la «Contratación pública,» tema central al converger en ella legislaciones nacionales y la normativa de la Unión⁵⁹.

Dentro de este Informe, para este estudio tiene particular interés el anexo referido a España,⁶⁰ que aplica igual esquema que el Informe general. La lectura del mismo pone de relieve como el éxito de la lucha contra la corrupción en España depende, más que de nuevas reformas penales, de su aplicación o de reformas en otros ámbitos que doten de eficacia a la política criminal contra la corrupción.

En su diagnóstico, considera como cuestiones que están en el punto de mira en nuestro país, la financiación de los partidos políticos, la corrupción a nivel regional y local, el conflicto de intereses y la publicidad del patrimonio, el desarrollo urbano⁶¹, la contratación pública⁶² y la transparencia y acceso a la información.

Los autores del Informe subrayan las reformas ya llevadas a cabo, e incluso consideran algunas buenas prácticas, en la contratación pública a nivel

ejemplo, p.17, respecto al proceso se afirma, «Cabe señalar que las carencias procesales pueden obstaculizar a menudo la investigación de los casos de corrupción en determinados Estados miembros. Ejemplo de ello son las disposiciones poco claras o excesivas del levantamiento de la inmunidad, o su aplicación incorrecta, y las limitaciones que impiden la finalización de los casos complejos, en particular en combinación con largos procedimientos o normas inflexibles sobre el acceso a la información bancaria que obstaculizan las investigaciones financieras y la cooperación transfronteriza».

El Informe señala como sectores más vulnerables a la corrupción, p.18 y ss., el desarrollo urbanístico, la planificación medioambiental, la sanidad y la administración fiscal. El capítulo se cierra, p.21, señalando como cuestiones de fondo en las que la política que se siga puede tener efectos sobre la corrupción, en concreto, la política de transparencia y libertad de información, la protección de los denunciantes y la transparencia de la actividad de los grupos de presión.

⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, p. 23 y ss. Considera con razón que la contratación pública es un ámbito particularmente expuesto a la corrupción, lo que demanda dado su peso económico una especial atención, máxime cuando, p.26, según el Eurobarómetro de 2013, el 32% de las empresas de los Estados miembros que participaron en procedimientos de contratación pública, entienden que la corrupción les impidió ganar el contrato.

⁶⁰ El texto de este *Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España*, al que ya nos hemos referido, puede verse en <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf>.

⁶¹ Sobre este punto véase OLAIZAOLA NOGALES, I. y otros, *Corrupción y urbanismo*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

⁶² Sobre la corrupción dentro de la contratación pública puede consultarse por todos JAREÑO LEAL, A., «La corrupción en la contratación pública», en JAREÑO LEAL, A. (Dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 149 y ss.

local⁶³ y en la transparencia y en el acceso a la información y la señalada mejora en los índices de transparencia en la Administración municipal. Pero enumeran cuatro aspectos en los que se requiere profundizar, en concreto: seguir trabajando en la normativa de la financiación de los partidos políticos⁶⁴; desarrollar estrategias a la medida para las administraciones regional y local; desarrollar códigos de conducta para los cargos electos a nivel central, regional y local⁶⁵; finalmente, en la contratación pública, tener en cuenta las conclusiones del Tribunal de cuentas y organismos análogos.

De todos los Tratados, Convenios e Informes que se han abordado puede extraerse el denominador común de la existencia, para poder afrontar con eficacia la lucha contra la corrupción, de un importante y largo camino a recorrer fuera del Derecho penal. A veces se trata de puertas que han sido abiertas por reformas penales, un buen ejemplo, al que más adelante me referiré, es trasladar la *compliance*, que está detrás de la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas, a la prevención de la corrupción en las Administraciones públicas y los partidos políticos como *public compliance*⁶⁶.

3. LAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

El código penal de 1995 desde su entrada en vigor ha sido objeto de sucesivas y reiteradas reformas de distinta importancia⁶⁷, varias de ellas han inci-

⁶³ COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España, op. cit.*, p. 14, pone como ejemplo de buena práctica, «la creación de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública en Cataluña o de la Comisión Consultiva para la Transparencia en las Islas Baleares, adscrita a la Consejería de Presidencia, ha fijado estándares de transparencia más estrictos, centralizado la recopilación de datos y mejorado el escrutinio de los procedimientos de contratación pública».

⁶⁴ Sobre este punto es consulta imprescindible la reciente monografía de OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos: Un foco de corrupción*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la situación de la lucha contra la corrupción en España*, p. 16, donde valora como importante, «garantizar el necesario marco de aplicación de la nueva Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, incluido un mecanismo de supervisión independiente de la mano de un sistema de sanciones disuasorias».

⁶⁶ De muy elevado interés son los estudios recogidos en el volumen dirigido por NIE-TO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M., *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca 2014.

⁶⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y LIBERATORE S. BECHARA, A. E., «El Proyecto de Código penal español de 2013. Algunas consideraciones político criminales», *op. cit.*, p. 20, nos referimos a como la reiterada referencia a cambios en la realidad social y a las

dido sobre figuras delictivas que en mayor o menor grado se refieren a conductas que pueden quedar englobadas dentro de la corrupción.

Los Códigos del XIX respondían frente al uso desviado del poder con la tipificación de conductas realizadas por funcionarios y que incidían negativamente sobre el funcionamiento de la Administración. Se trataba por tanto de una corrupción «nacional» que se afrontaba a través de las clásicas figuras del cohecho y la malversación.

La explosión de la corrupción, que se ha sintetizado en las páginas iniciales de este trabajo y que entre otras manifestaciones se materializa en la internacionalización de la corrupción, unida a la presencia de instituciones políticas de carácter internacional o regional, hace necesaria, si se pretende lograr una respuesta eficaz frente a la corrupción, una revisión de estas viejas figuras y la incorporación de otras nuevas, tal como por otra parte, se deriva de la mayor parte de los distintos textos internacionales que hasta ahora hemos expuesto. Una consideración conjunta de sus contenidos permite agrupar sus mandatos y recomendaciones, todas ellas tomando como punto de partida las consecuencias que la corrupción, sea nacional o internacional, tiene en la actualidad.

Un primer grupo de contenidos aborda lo que en puridad se puede denominar corrupción internacional, con distintos contenidos, por un lado la necesidad de que los ordenamientos jurídicos nacionales recojan comportamientos realizados por funcionarios de las distintas instituciones internacionales, en este sentido es clara toda la normativa generada por la Unión Europea y la propia Convención de Mérida.

Por otro y a veces vinculada a este tipo de comportamientos se encuentra la necesidad de afrontar la corrupción de funcionario extranjero, con la finalidad de garantizar las relaciones económicas internacionales. En este campo y como se ha expuesto, es determinante la actuación de la OCDE.

Un segundo grupo de propuestas y recomendaciones va dirigida a abordar las causas concretas de la corrupción en un país concreto, pues finalmente la corrupción nacional puede tener consecuencias internacionales directas, por ejemplo, a través del lavado de dinero al que en seguida me referiré, o indirectas pues la corrupción de un país afecta en mayor o menor medida a los restantes países con los que tiene relaciones, según sea la intensidad de las mismas y ya sean estos vínculos de carácter político o económico.

En este grupo hay que incluir las reformas legislativas referidas a la contratación pública, a la corrupción de particulares, a la financiación de partidos políticos, a la ordenación del territorio o al medio ambiente, o la pretensión de tipificar autónomamente el enriquecimiento ilícito.

obligaciones derivadas de Convenios internacionales «han servido al legislador penal de coartada para llevar a cabo reformas que nada tienen que ver ni con lo uno ni con lo otro».

Otro grupo de reformas se refieren a comportamientos que no siempre están vinculados a la corrupción, pero que pueden estar vinculados a la significación económica, pues posibilitan beneficiarse de sus efectos. Este es el caso del lavado de dinero y como complemento necesario del mismo las actuaciones, sobre los paraísos fiscales o las dirigidas a la recuperación de activos, que no tienen carácter penal, por lo que no serán abordadas en estudio.

Finalmente, hay que apuntar algunas reformas de parte general que se proyectan también sobre delitos, que implican o presuponen una conducta de corrupción, ya que facilitan su comisión, este es el caso de la responsabilidad de las personas jurídicas, o, como en el caso de la regulación del decomiso, buscan dar un respuesta a sus consecuencias económicas.

El objeto de las páginas que siguen es analizar con brevedad las reformas, algunas muy recientes, que en el Código penal español se vinculan a estos contenidos que a su vez se basan en instrumentos jurídicos internacionales.

En relación al cohecho, el denominador común de los convenios internacionales referidos a la corrupción es demandar a los Estados firmantes la tipificación del cohecho tanto activo como pasivo, lo que ya se daba en la legislación española, pero la nueva situación internacional exigía una mejora técnica de sus contenidos, lo que se lleva a cabo especialmente en la reforma de 2010⁶⁸.

La internacionalización de la corrupción es abordada directamente en estos delitos, en un primer momento, tras la reforma de 2010, con la protección de intereses financieros de la Unión Europea, que, tal como demandaban los textos por ella generados, hacía que el delito de cohecho, de acuerdo con el art.427 del código penal, comprendiera los casos en los que «los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión»⁶⁹. A continuación, en el mismo artículo recogía con amplitud quien merecía esta considera-

⁶⁸ Vid. el análisis que lleva a cabo MATELLANES RODRIGUEZ, N., «El delito de cohecho de funcionarios nacionales en el código penal español: condicionantes internacionales y principales aspectos de su nueva regulación», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y LIBERATORE S. BECHARA, A. E., *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña, op. cit.*, en especial pp.286 y ss.

⁶⁹ La Convención de Mérida da un concepto más amplio de funcionario extranjero, a la que se aproxima más el Código penal español tras la reforma de 2015. En concreto el art.2 de la Convención en dos de sus apartados establece: «b) Por «funcionario público extranjero» se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública; c) Por «funcionario de una organización internacional pública» se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre».

ción⁷⁰. La reciente reforma del Código penal va más allá pues además de agravar con carácter general la pena del delito de cohecho procede a la ampliación de quien merece la consideración de funcionario extranjero equiparado al nacional, incluyendo, como demandaba la Convención de Naciones Unidas a los de cualquier Estado u organización internacional pública⁷¹.

La protección de los intereses de la Unión Europea, desde un primer momento fue más allá de esta revisión del sujeto del delito y alcanza a delitos como el fraude de subvenciones o los fraudes Tributarios que pueden estar conectados con la corrupción⁷².

Por otro lado, y como adelantaba la Exposición de Motivos, la reforma de 2015 ha procedido a una agravación generalizada de la respuesta penal en los «llamados delitos contra la corrupción en el ámbito de la Administración pública», muchos de los cuales pueden ser aplicables en casos de corrupción⁷³. Esta política criminal de agravación es además reforzada por la intro-

⁷⁰ El art. 427, después de la reforma de 2010 establecía: «1. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión. A estos efectos se entenderá que es funcionario de la Unión Europea: 1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea; 2.º toda persona puesta a disposición de la Unión Europea por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de la Unión Europea; 3.º los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea no les sea aplicable. Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro».

⁷¹ La redacción del art.427 tras la reforma de 2015, queda como sigue: «Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública».

⁷² ARROYO ZAPATERO, L.A. y NIETO MARTIN, A., *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude, op. cit.*

⁷³ De acuerdo con la Exposición de Motivos de la reforma de 2015 esta agravación generalizada en los delitos que pueden implicar corrupción dentro de la Administración pública, se lleva a cabo con un «aumento generalizado de las penas de inhabilitación es-

ducción de una limitación para la obtención de la libertad condicional, al establecer, en el p.2 del número 4 del excesivamente extenso art.90 que se puede denegar su concesión, «cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado».

Todas estas reformas del cohecho pueden vincularse también a la que hemos denominado «corrupción nacional», y muy especialmente a la necesidad de abordar su presencia en la contratación pública, a la que antes se ha hecho referencia, aunque la política criminal frente a estos comportamientos no puede limitarse al Derecho penal sino que pasa por la profundización en políticas de transparencia y por reformas en la regulación administrativa⁷⁴.

La tutela de las relaciones económicas internacionales de pretender evitar su contaminación por comportamientos que quiebren la libre competencia es, como vimos, un objetivo prioritario para la OCDE, que hizo que el legislador español, incorporase como delitos en el art. 445 del Código penal conductas de corrupción en las transacciones comerciales internacionales⁷⁵. En 2013, la OCDE emite un informe «demoledor»⁷⁶sobre la situación en España, al constatar que durante toda su vigencia, no se había producido ni una sola condena⁷⁷.

pecial para empleo o cargo público», a la que une en los supuestos de más gravedad la de ejercicio de sufragio pasivo.

⁷⁴ En especial, sobre contenidos de políticas preventivas frente a la corrupción en las administraciones públicas, puede consultarse los estudios recogidos en el primer capítulo de ya citada obra de NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. (Dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, *op. cit.*, pp.17 a 130.

⁷⁵ Este delito se introduce en el Código penal español por la L.O. 3 del año 2000, sobre esta primera redacción véase FABIÁN CAPARRÓS, E., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. La actual redacción del artículo proviene de la reforma de 2003 y fue revisado en la de 2010. Sobre este delito es básica la citada monografía de BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

⁷⁶ El Grupo de trabajo efectuó en la fase 2, en 2006, una serie de recomendaciones que afectan a la corrupción transnacional. A resaltar que en su Informe el Grupo de trabajo de la OCDE constata no se ha seguido ninguna de las tres referidas a la «infracción de corrupción transnacional», ninguna de las dos concernientes a la «responsabilidad de las personas jurídicas en caso de corrupción transnacional» y ninguna de las cinco referidas a las «sanciones aplicables a la corrupción transnacional». *Vid.* OCDE, *Rapport de phase 3 sur la mise en oeuvre par l'Espagne de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, décembre 2012, p. 92 y ss., en <<http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/Espagne-Phase-3-FR.pdf>> (último acceso: 14.5.2015).

⁷⁷ Textualmente afirma: «El Grupo de trabajo está extremadamente preocupado por el hecho de que después de casi 13 años desde la entrada en vigor de la infracción de corrupción transnacional en España, ninguna persona física o moral haya sido perseguida o condenada por este tema». *Vid.* OCDE: *Rapport de phase 3...*, *op. cit.*, p.5. El Informe,

Con lo que se confirma una evidencia que una cosa son las leyes y otra muy distinta la realidad de su aplicación.

Esta situación hace que el autor de la última reforma busque un nuevo camino para dar cabida a estos comportamientos dentro de la sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del libro II, hasta ahora denominada «De la corrupción entre particulares», que pasa a titularse «De la corrupción en los negocios»⁷⁸. El legislador, con una técnica cuanto menos estética y sistemáticamente discutible⁷⁹, suprime el capítulo X del Título XIX, «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales» e incluye su contenido, que prácticamente reproduce el del ya farragoso antiguo art. 445, en el nuevo art. 286 ter⁸⁰.

La nueva redacción, no resuelve el problema derivado de la reforma del cohecho, que al ampliar el concepto de funcionario hace que sean incluíbles

pp.10 y 11, constata la existencia de cuatro asuntos en los que se inició una investigación que concluyó en archivo. En concreto, cinco se referían a relaciones comerciales con distintos países, Costa Rica, Libia, Angola, Marruecos y Letonia y dos a programas internacionales de contenido económico, uno referido a comercio de material militar y otro al programa de Naciones Unidas, «petróleo contra alimentos».

⁷⁸ Esta denominación se incorpora en el debate de la reforma en el Senado y sustituye a la de «corrupción en el sector privado», que había aprobado el Congreso.

⁷⁹ Aunque requiere una mayor profundización, no parecía técnicamente necesario el cambio de ubicación de este delito. El Senado con el señalado cambio de denominación de la Sección, de «corrupción en el sector privado», a «delitos de corrupción en los negocios», salva la obvia objeción de que era difícil hablar de corrupción privada, cuando uno de los sujetos de la relación de corrupción es «autoridad o funcionario público», aunque lo sea de otro país, máxime cuando su intervención se efectúa «en relación con el ejercicio de funciones públicas».

⁸⁰ El nuevo art.286 ter. «1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427».

en él todos los comportamientos de este cohecho internacional del 286 ter. Tampoco la regla para el concurso de leyes que contiene este artículo, «*salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código*», supone una ayuda para solucionar estos problemas⁸¹.

En cualquier caso, entiendo que es difícil de sostener, que la no aplicación de la corrupción en las relaciones económicas internacionales dependa del lugar de su ubicación en el Código.

Las obligaciones internacionales de España, generadas tanto por la Convención de Mérida, aunque no la mencione, como en especial por «la trasposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado» llevaron al legislador, en 2010, ciertamente con bastante retraso, a incorporar al código estas conductas de corrupción privada en el nuevo artículo 286 bis, con lo que pasaban a un primer plano las consecuencias económicas de la corrupción y la protección de la libre competencia⁸². El artículo en la reforma del Código de 2015 es objeto de un cambio de orden en sus dos primeros párrafos, con lo que sigue la misma sistemática del cohecho, en primer lugar se tipifica la conducta del corrupto y en segundo lugar la de quien corrompe.

⁸¹ Sobre la regla del concurso de leyes que plantea el legislador en la nueva redacción, mi discípula, la profesora BENITO SÁNCHEZ argumenta con razón que tampoco tiene mucho sentido, pues, valiéndonos de dos ejemplos, conduce a la siguiente situación:

a) Ciudadano español que soborna a un funcionario marroquí para que éste realice un acto contrario a los deberes del cargo (cohecho propio) y obtener así un beneficio en la realización de actividades comerciales internacionales.

b) Ciudadano español que soborna a funcionario marroquí para que éste realice un acto propio del cargo (cohecho impropio) y obtener así un beneficio en la realización de actividades comerciales internacionales.

En el primer caso, hay que resolver cual es el precepto aplicable: el nuevo 286 ter o el nuevo 427 relacionado con el 424 a su vez relacionado con el 420? Al tener ambos la misma pena, no nos sirve la regla expresada por el legislador. Por lo que habría que acudir a las reglas generales del art.8 CP y el precepto más especial sería el 286 ter.

En el segundo caso, sería aplicable el 286 ter porque prevé una pena mayor que el cohecho propio «clásico» (424 y 420). Esta situación abre la duda de cuáles son las razones que llevan a castigar con más pena el cohecho propio «extranjero» que el cohecho propio «nacional», tal vez tiene que ver con el bien jurídico afectado. BENITO SÁNCHEZ, D., «Análisis crítico de las modificaciones al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales en el proyecto de reforma del código penal», comunicación presentada en el Congreso Internacional Transparencia institucional, participación ciudadana, actividad política y lucha contra la corrupción, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 27 marzo 2015.

⁸² Sobre el debate en torno al bien jurídico que refleja distintas posiciones en Derecho comparado, *vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G., «Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y Derecho comparado», *op. cit.*, p.159 y ss. Los mismos: *Algunas observaciones sobre la corrupción entre particulares en el Código penal español*, en Revista Brasileira de Ciências Criminais, 97, 2012, p.217.

El legislador aprovechó la ocasión para dar directa trascendencia penal, en el párrafo 4 del mismo artículo, de una forma más que discutible, a la corrupción en el deporte, pues, entre otras cosas, es bastante difícil establecer que sea el mismo bien jurídico protegido en este delito y en la corrupción de particulares⁸³.

La reforma de 2015 ha pretendido solventar alguna de estas objeciones formuladas por la doctrina a esta nueva figura delictiva. En este sentido incorpora la exigencia de que el encuentro o competición en el que se ha dado la corrupción sea de «especial relevancia económica o deportiva»⁸⁴ y establece a continuación cuando entiendo que concurre esta clase de relevancia. El camino más adecuado, en mi opinión, hubiera sido el exigir la presencia conjunta de ambas relevancias⁸⁵. Desde una consideración político criminal parece que la mencionada relevancia económica o deportiva, donde concurre es en los supuestos de agravación que recoge el 286 quater⁸⁶, que por otro

⁸³ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y CERINA, G., *Algunos aspectos del nuevo delito de corrupción en el deporte*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y LIBERATORE S. BECHARA, A. E. (coords.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, op. cit., pp. 387 y ss. Sobre este delito pueden consultarse las monografías de CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011 y BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., *El delito de «fraudes deportivos»*, Dykinson, Madrid 2011.

⁸⁴ La nueva redacción del art 281 bis 4. establece «Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva».

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquella en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate».

⁸⁵ El camino seguido por el legislador es ciertamente discutible. Pues vincula la relevancia económica a la existencia de cualquier modo de retribución, aunque no lo sea en todos los participantes, con lo que puede ser sujeto del delito uno de los participantes que no recibe retribución. Además, por otro lado, la retribución puede ser mínima. Entiendo que la «especial relevancia económica» tenía que haberse vinculado al otro criterio el de la «especial relevancia deportiva», que además el legislador define. La vinculación de los dos criterios proporcionaría una explicación a la inclusión de estos comportamientos en este lugar del Código.

⁸⁶ «En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:

a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o

b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional».

lado permitiría acomodar la respuesta penal a las exigencias constitucionales de racionalidad en el recurso por el legislador a la utilización del Derecho penal.

La financiación de los partidos políticos ha sido desde hace mucho tiempo⁸⁷, uno de los puntos más sensibles a la presencia de la corrupción. La mayor parte de estas conductas ya tenían relevancia penal a través de distintas figuras del Código penal, pero, ciertamente, como recuerda la Exposición de Motivos de la reforma de 2015, no existía en nuestro Código penal una figura que recogiera de modo expreso esta forma de corrupción y «con esta modificación se castigará a aquellas personas que acepten y reciban donaciones ilegales o que participen en estructuras u organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un partido político».

Para lograr este objetivo introduce en el Libro II un nuevo Título XIII bis, «De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos», integrado por los dos nuevos artículos 304 bis y 304 ter.

La eficacia de cualquier política criminal pasa por tener presente que esta no puede reducirse al recurso al Derecho penal y esto sin duda ocurre también respecto a la corrupción referida a los partidos políticos que, además, no se puede limitar a la consideración como delitos independientes de estas conductas. También son exigibles tanto conductas internas de transparencia como la existencia de controles externos de sus finanzas⁸⁸, todo ello unido a no hacer depender la responsabilidad política de sus miembros o dirigentes de su eventual responsabilidad penal.

La búsqueda de eficacia en la lucha contra el delito lleva al legislador a veces en la tensión eficacia garantía a plantear el sacrificio de garantías en búsqueda de resultados contra el delito, que no llegan a producirse. Este rasgo clásico de la utilización simbólica del Derecho penal aparece también en un campo como el de la corrupción en el que el peso de la opinión pública es particularmente elevado.

Esta situación se ha plasmado en algunos ordenamientos, con el apoyo en la Convención de Mérida⁸⁹, en la inclusión del delito de enriquecimiento ilícito. Ciertamente en el posible debate en España tiene que pesar la posición

⁸⁷ El caso FILESA fue cerrado por la STS de 18 de Octubre de 1997.

⁸⁸ Vid. en NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M., *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, op. cit., en especial los estudios recogidos en los capítulos II y III, pp. 131 y ss.

⁸⁹ El art. 20 de la Convención de Mérida abre esta posibilidad, aunque la supedita a los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico nacional. En concreto dispone que: «Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del pa-

del Tribunal constitucional portugués⁹⁰ rechazando esta figura delictiva, por contravenir las exigencias constitucionales, en especial de presunción de inocencia.

Un tipo penal con este contenido está construido como un delito de sospecha, por tanto manifestación de una responsabilidad objetiva, al elevar a la consideración de delito, lo que en realidad constituye una prueba indiciaria, la no justificación por parte de un funcionario de un incremento patrimonial, la sospecha, por tanto, de la comisión de un posible hecho delictivo. Una figura de esta naturaleza implica, por tanto, un ataque a la presunción de inocencia y una inversión de la carga de la prueba⁹¹.

Todos los informes internacionales sobre la corrupción en España ponen de manifiesto una presencia particularmente importante de la misma en el ámbito municipal, proyectada sobre todo en los excesos que se produjeron en el urbanismo y en la ordenación del territorio para favorecer un desordenado y enloquecido auge de la construcción.

La respuesta penal expresa comienza a producirse en el Código de 1995, tras un frustrado intento en el Proyecto de 1980,⁹² con la incorporación al mismo de un capítulo titulado «De los delitos sobre la ordenación del territorio».

En las casi dos décadas de vigencia del código ha quedado evidente la realidad de la corrupción a gran escala en algunos municipios dentro de las decisiones de política urbanística⁹³, lo que hizo necesaria la adaptación de la

trimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él».

⁹⁰ El Tribunal Constitucional portugués declaró inconstitucional el delito de enriquecimiento ilícito que se había incorporado al Código penal, fundamentalmente por suponer una inversión de la carga de la prueba, *vid.* Acórdão do Tribunal Constitucional nº 179/2012, Processo nº 182/12 <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>>, (último acceso: 14.5.2015).

⁹¹ En este sentido puede verse la argumentación que para rechazar la pretensión de su inclusión en el Derecho penal brasileño manteníamos en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y LIBERATORE S. BECHARA, A. E., «O controle da corrupção: a experiência a espanhola», *op. cit.*, pp. 373-374.

⁹² *Vid.* VERCHER NOGUERA, Antonio, «Urbanismo y corrupción: notas sobre el proceso evolutivo de su tratamiento penal en España», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa (Coords.), *Estudios sobre la corrupción...*, *op. cit.*, p. 415. También se habían producido, como recoge el mismo autor, p. 424 y ss., algunos antecedentes jurisprudenciales, dentro de la aplicación de los delitos contra el medio ambiente.

⁹³ Es particularmente significativo el caso del municipio de Marbella. Entre los distintos pronunciamientos jurisprudenciales puede verse el reciente de la conocida como «operación Malaya», sobre el que recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de más de 4.000 folios. Con independencia de otras consideraciones, el caso en este mo-

respuesta penal a esta realidad y el reforzamiento de las regulaciones administrativas. Estas reformas y en especial el contenido de la legislación administrativa excederían el objetivo de estas líneas, por su amplitud y al ser además una materia de competencia de las distintas comunidades autónomas. En el campo del Derecho penal, la reforma de 2010, cambia la rúbrica del capítulo, que pasa a denominarse «De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo», amplía los tipos y agrava las penas y modifica la denominada prevaricación urbanística⁹⁴.

La abundancia de elementos normativos en los artículos 319 y 320 ha requerido un importante y complejo desarrollo jurisprudencial para la determinación del contenido de los mismos⁹⁵. La reforma de 2015, ha incorporado en el último momento, una precisión respecto a «la demolición de la obra y la reposición de la realidad física alterada», que abre un nuevo campo de debate sobre la suspensión de la demolición⁹⁶.

Junto a estas figuras que tipifican comportamientos de uso desviado del poder, existe otra serie de delitos que engloban no sólo conductas de corrupción, un claro ejemplo es el delito de blanqueo de capitales⁹⁷. Desde que la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, incorporara al viejo Código Penal español la primera criminalización del blanqueo de capitales, tanto la regulación como la práctica de este delito han experimentado cambios trascendentales.

Las sucesivas reformas que el legislador ha introducido a lo largo de más de dos décadas han transformado radicalmente la naturaleza esta figura⁹⁸. En

mento tras haberse celebrado ya la vista del recurso en julio de 2014, pendiente de la sentencia definitiva del Tribunal Supremo resolviendo los muchos recursos presentados por parte de los 52 condenados.

⁹⁴ Sobre la nueva redacción véase RUBIO LARA, P. A., «Corrupción urbanística y corrupción pública en el Derecho penal: un estudio de la situación tras la reforma de 2010», en AA.VV., *La corrupción a examen*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 17 y ss.

⁹⁵ Sirvan de ejemplo los términos que enumera VERCHER NOGUERA, A., «Urbanismo y corrupción: notas sobre el proceso evolutivo de su tratamiento penal en España», *op. cit.*, p. 429 y ss., como «constructor y promotor», «construcción» o «edificación» o «demolición».

⁹⁶ En su paso por el Senado se incorporó, en el apartado 3 del art. 319, tras el establecimiento de las indemnizaciones a debidas a terceros de buena fe, que los tribunales «valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas».

⁹⁷ Sobre este delito véase la clásica monografía del especialista en esta materia, FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, o las de ABEL SOUTO, M., Universidad de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela, 2002 y *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Bosch, Barcelona, 2005.

⁹⁸ Presenta un alto interés los sucesivos congresos internacionales, cuatro hasta ahora, que se han celebrado en torno al blanqueo coordinados por ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ

efecto, tanto la referida normativa original como la que se incorporó al mismo cuerpo legal por obra de la Ley Orgánica 8/1992 centraron sus esfuerzos en la lucha contra el narcotráfico, pretendiendo hallar su contenido material en torno a la protección de la salud pública. En tal sentido, fue determinante la influencia de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 19 de diciembre de 1988⁹⁹.

La Ley Orgánica 10/1995, aprobatoria del nuevo Código Penal, ofreció a este delito una nueva regulación sobre la que se ha venido construyendo la autonomía del delito de blanqueo que reclaman los nuevos instrumentos internacionales, fundada sobre el significado socioeconómico de este género de conductas. Lo que posibilita su aplicación a conductas complementarias de la de corrupción al favorecer el disfrute de los beneficios de la misma.

Las sucesivas reformas operadas por las Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010 –de la que deriva la regulación hoy vigente– han consolidado esta tendencia. Con todo, aún existen ciertas manifestaciones, tanto normativas como jurisprudenciales, que demuestran que todavía queda camino por recorrer¹⁰⁰.

STEWART, N., sus ponencias y conclusiones, referidas no sólo al Derecho penal, han sido objeto de publicación: *I Congreso de Prevención y Represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; *IV Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero* Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

⁹⁹ El art.3. 1, de la Convención de Viena obliga a los Estados signatarios a considera como delito entre otros a: «b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos»; Texto completo de la Convención, ratificada por España, puede consultarse en: «BOE» núm. 270, de 10 de noviembre de 1990.

¹⁰⁰ Así aunque se considera al blanqueo como delito autónomo de la infracción previa, aún hay vestigios de su dependencia, como es el caso de la agravación si los bienes proceden de las drogas del art. 301.II (desde 1995) o de la corrupción o el medio ambiente 301.III, o la agravación personal en el art. 303 a veterinarios, facultativos, educadores... (nótese que el art. 303 es clónico del art. 372, sobre drogas). Por otro lado, hay una desatada tendencia a castigar como blanqueo actos que no tienen nada que ver con lo socioeconómico, que es el fundamento de la autonomía, utilizando la amplitud del tipo. Aparte, aún quedan asuntos por resolver en el plano dogmático. Por ejemplo, el problema del sujeto activo en el blanqueo

La objeción más importante es la excesiva amplitud del tipo, constitucionalmente cuestionable y que puede llevar a castigar como iguales comportamientos que no lo son y a alejarse del bien jurídico originalmente protegido¹⁰¹.

La Parte General del Código penal también ha sido objeto de reformas vinculadas al Derecho penal económico y aplicables a la lucha contra la corrupción y que eran apuntadas en los instrumentos internacionales que se han expuesto. En concreto, nos referimos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al decomiso.

La necesidad de que las personas jurídicas, cuando infringen las normas reguladoras de la economía, fueran objeto del poder sancionador del Estado, bien penal, bien administrativo, aparecía, como hemos visto, en varios instrumentos internacionales¹⁰².

En España, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se incorpora al Código penal en la Reforma de 2010 en el nuevo artículo 31 bis¹⁰³. La reforma discurre paralela a un debate doctrinal sobre la necesidad de su admisión y sobre la finalidad última de esta modificación del Código¹⁰⁴ y vino seguida de cambios necesarios en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰⁵ y de

imprudente. Gramaticalmente es común, pero el TS se pronuncia 50-50% afirmando que es especial, afectando sólo a los sujetos obligados por la Ley 10/2010 de prevención. Cuando se opta por el especial, se dice que el deber objetivo de cuidado sólo se puede determinar a partir de una norma de referencia, y esa norma sería la Ley 10/2010.

¹⁰¹ Por todos ver las críticas que expresa y recoge ABEL SOUTO, A., «Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España», en *IV Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, op. cit., en especial en pp. 138 a 140.

¹⁰² Puede consultarse en especial respecto a la situación en Europa, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PÉREZ MACHÍO, A. I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directivas europeas y su implementación por los Estados», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Dir.)/DE LA MATA BARRANCO, N. (Coords.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid 2013, pp. 129 y ss.

¹⁰³ Sobre la incorporación al Derecho penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la necesidad de esta decisión, antecedentes y aproximación a los problemas que plantea, vid. la aproximación que se lleva a cabo en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, op. cit., pp.161 y ss.

¹⁰⁴ Una buena síntesis del debate y de las distintas posturas sostenidas puede verse en PALMA HERRERA, J. M., «El papel de las *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica», en PALMA HERRERA, J. M. (Dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid 2014, pp.158 y ss.

¹⁰⁵ Sobre este punto vid. el reciente artículo de RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Revista Penal* 35, 2015, pp. 139 y ss.

una modificación del artículo en diciembre de 2012 para incluir dentro de las personas jurídicas susceptibles de responsabilidad penal a los, hasta entonces excluidos, partidos políticos y sindicatos¹⁰⁶.

El examen de muchos de los informes citados en el primer apartado de este trabajo pone de relieve como la mayor parte de las conductas de gran corrupción son llevados a cabo por o a través de una o varias personas jurídicas por lo que dotar de eficacia a la respuesta penal frente a la actuación de las mismas es necesario si se busca una política eficaz frente a la corrupción.

Entiendo, de acuerdo con un importante sector doctrinal¹⁰⁷, que la razón de ser de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas descansa en la pretensión de buscar que las mismas establezcan controles internos, que impidan o dificulten el que a través de ella se realicen comportamientos delictivos, entre ellos los que implican una utilización desviada del poder político, del poder económico o de ambos¹⁰⁸.

La reforma de 2015, de acuerdo con su Exposición de Motivos, en este punto se lleva a cabo «con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal». El legislador, con su mencionado entusiasmo en la numeración de los artículos, completa y desglosa el art.31 bis originario hasta un art.31bis quinquies. La principal innovación de la reforma radica en establecer los contenidos que deben abordar los denominados «modelos de organización»¹⁰⁹ y cuando la presencia de estos, aunque se hayan quebranta-

¹⁰⁶ Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre por la que se modificaba el Código penal, «De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación». Pero hay que recordar que la percepción a la que se refiere el legislador sólo logra romperse con la aplicación de la ley, cosa que hasta el momento no se ha producido. Los riesgos del recurso a la utilización simbólica del Derecho penal aparecen cuando, como es el caso, un precepto no llega a aplicarse y la mencionada percepción es de que si hubiera sido posible hacerlo.

¹⁰⁷ Por todos NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

¹⁰⁸ Hasta ahora existen muy pocas imputaciones a personas jurídicas. Quizá entre las que más repercusión han tenido están la imputación al FC Barcelona, a Bankia y a Pescanova. Sin embargo, sí es cierto que van apareciendo casos en los tribunales e incluso existe alguna sentencia condenatoria, aunque no significativa. Así, la SAP de Zaragoza, sec. 6ª, nº 337/2014, de 25 de noviembre, y la SAP de Madrid, sec. 3ª, nº 742/2014, de 17 de diciembre, en ambos casos por delito de estafa. Agradezco a la profesora Soledad GIL NOBAJAS de la Universidad de Deusto esta información.

¹⁰⁹ El art. 31bis apartado 5 enumera los puntos que debe contener el modelo de organización: «Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

do, puede determinar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en cuyo «nombre o por cuenta de las mismas y en su beneficio directo o indirecto»¹¹⁰ se haya realizado el delito.

Pero la reforma, aunque mantiene la posible responsabilidad penal de partidos y sindicatos, continua excluyendo de la misma a personas jurídicas que con carácter general «ejercen potestades públicas de soberanía o administrativas»¹¹¹.

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios».

¹¹⁰ El art. 31bis 2, en sus cuatro primeros apartados establece: «Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.º el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.º la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.º los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.º no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª.

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena».

¹¹¹ El art.31 quinquies establece:

«1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

Desde una perspectiva político criminal esta exclusión requiere una profundización en el debate, pues la política de prevención de la corrupción tiene una pieza clave en la actuación o en la intervención de las personas jurídicas en las que se articula la Administración y esta prevención no debe excluir sin más un posible recurso frente a ellas de la sanción penal.

Uno de los más importantes desafíos políticos criminales dentro de la criminalidad económica vinculada a la delincuencia organizada y dentro de ella a los delitos de corrupción, es recuperar el dinero o los bienes vinculados a estas actividades delictivas. A esta finalidad obedece la Directiva de 3 de Abril del 2014, que el legislador español utiliza como referencia en la reforma de 2015.

La ampliación del decomiso en el Código penal, iniciada en 2010, abandona la regulación tradicional del mismo, vinculada directamente a la realización de un hecho delictivo. La Directiva abre la puerta del decomiso ampliado, que el legislador español cruza, y que ya había utilizado en 2010 para los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales.

El art.127 bis establece el «*decomiso de los bienes, efectos y ganancias*» en una extensa relación de delitos entre los que se encuentran relacionados con la corrupción: delitos de corrupción en los negocios, delitos de blanqueo de capitales, delitos de cohecho y delitos de malversación. El decomiso se establece, de acuerdo con el mencionado artículo, cuando el juez o tribunal «resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen lícito».

El decomiso no requiere por tanto la conexión causal entre el delito por el que se condena y los bienes, efectos y ganancias decomisados. Sino que establece una presunción de su origen ilícito en función de pruebas indiciarias, que enumera en el apartado 2 del mismo artículo 127 bis¹¹². La regulación se

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal».

¹¹² 127 bis 2: «1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

completa con la detallada regulación de otros puntos como los supuestos en que no requiere sentencia condenatoria y el decomiso de bienes transferidos a un tercero¹¹³.

La regulación del decomiso, no sólo en lo que se refiere a la corrupción, es ejemplo de la búsqueda de eficacia con el precio de la tensión con las garantías de las que es titular el ciudadano delincente, también el corrupto. Pese a la necesidad de pruebas indiciarias y del contenido de la Directiva inspiradora y de afirmaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que «el decomiso sin condena no tiene una naturaleza penal», que recoge la Exposición de Motivos, se abren dudas desde un derecho penal de garantías, en especial en lo que se refiere a su proximidad al delito de enriquecimiento ilícito, también mencionada en la Exposición de Motivos.

4. CONCLUSIÓN

En las últimas décadas se ha producido una expansión de la corrupción, que la ha llevado a potenciar sus efectos negativos y a presentar consecuencias en nuevos ámbitos. Sus efectos expansivos, en especial sobre las relaciones económicas, hacen pasar a un primer plano su dimensión internacional.

Los organismos internacionales llevan una política activa frente a la corrupción transfronteriza o la que afecta a las relaciones económicas internacionales

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.

5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.

¹¹³ El Código se extiende en su detallada regulación del decomiso hasta el 127 «sexies». A resaltar la regulación en 127 ter del decomiso sin condena «1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,

b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o

c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal».

o la que tiene como sujetos a sus funcionarios. En este contexto la política criminal frente a la corrupción, propugnada por las instituciones internacionales, no se proyecta únicamente sobre el Derecho penal, que no debe perder en ningún caso su carácter fragmentario y de última ratio, sino que tiene que afectar a otras ramas del ordenamiento jurídico y a la política en general.

Los instrumentos internacionales contra la corrupción han llevado al legislador español a la realización de reformas, no siempre acertadas, del Código penal, las más recientes entrarán en vigor el uno de julio de 2015.

Pero, la eficacia de la lucha contra la corrupción y la disminución de sus efectos políticos y sociales están condicionadas especialmente por reformas procesales que hagan más rápida su aplicación y por las políticas de transparencia que ahora parece que comienzan a aplicarse.

TITLE: The International criminal response to corruption. Consequences on the Spanish legislation.

RESUMEN: La corrupción ha adquirido en los últimos años unas magnitudes desorbitadas, por lo que la tradicional política criminal frente a ella se ha mostrado ineficaz. Este trabajo pretende ofrecer una nueva respuesta frente a la misma teniendo en cuenta su nueva realidad, caracterizada fundamentalmente por su internacionalidad y sus relaciones con otras actividades delictivas como la delincuencia económica, el blanqueo de capitales y el crimen organizado. La nueva respuesta no ha de caer en el error de recurrir al llamado Derecho penal simbólico, sino que debe propugnar políticas mucho más complejas de carácter preventivo, que pasan por la transparencia generalizada y por la utilización de otras ramas del ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, política criminal, código penal, convenio internacional.

ABSTRACT: Corruption has acquired an exorbitant scale in the last years. Due to this fact, the traditional criminal policy against corruption is not effective. This paper offers a new response to combat corruption taking into account its new reality, primarily characterised by the internationality and the relationships with other criminal activities such as economic crime, money laundering and organised crime. The new response should not focus on the so-called symbolic criminal law, but on preventive policies such as the generalised transparency and the use of other branches of the legal system.

KEY WORDS: Corruption, criminal policy, criminal code, international convention.

RECIBIDO: 07.05.2015

ACEPTADO: 22.05.2015

LA VUELTA DEL CONCEPTO DE *DEUTSCHE LEITKULTUR* A RAÍZ DE LOS ACTUALES PLANES DE INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES EN ALEMANIA

María Elósegui Itxaso

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS REFORMAS LEGALES DE LOS CRITERIOS DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD EN EL AÑO 2000. 3. EL CONTENIDO DEL TEST DE INTEGRACIÓN Y SU ACTUAL UTILIZACIÓN. 4. LA EVOLUCIÓN EN EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES EN ALEMANIA. ESPECIALMENTE DE LOS MUSULMANES TURCOS. 5. LA ACTITUD DE LOS TRIBUNALES Y DE ALGUNOS *LÄNDER* EN EL DEBATE SOBRE EL VELO ISLÁMICO. 6. EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE ALEMANIA EN LOS PLANES SOBRE LA INMIGRACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo¹ versará sobre el resurgir de un concepto filosófico y jurídico específico de Alemania, *der deutsche Leitkultur*, muy en boga durante la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn y acuñado por Rudolf Smend, y resucitado ahora en las discusiones sobre las nuevas leyes de adquisición de la nacionalidad y el modelo presente en los planes de integración

¹ Agradezco sinceramente a la Fundación Alexander von Humboldt por su patrocinio para una nueva estancia de investigación junto al profesor Robert Alexy, Catedrático de Filosofía del Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad Christian Albrecht de Kiel durante los meses de junio y julio de 2013.

de la inmigración, elaborados a partir de 2007². No vamos a realizar un estudio de sus raíces históricas, sino su actual utilización en el mundo jurídico alemán en el marco del modelo de integración exigible a los nuevos ciudadanos alemanes, es decir a las personas cuya nacionalidad de origen no es la alemana, y que han adquirido dicha nacionalidad a través de los procesos de naturalización.

El debate alemán contemporáneo puede servir como punto de referencia al mundo jurídico español, ya que España tiene muchas similitudes jurídicas con Alemania. Ambos países defienden modelos jurídicos interculturales, poseen planes de integración bastante similares y discusiones sobre la identidad nacional, con diferencias en sus raíces históricas, en nuestro caso por el pasado franquista, por el confesionalismo de Estado, por el peculiar modelo del Estado de las Autonomías.

Anticipando desde ahora nuestra tesis lo que se pretende mostrar a lo largo de estas páginas es que enfocar la exigencia de inclusión de los inmigrantes como una integración en la cultura alemana dominante (*deutsche Leitkultur*) supone asumir un modelo asimilacionista de los extranjeros en la cultura mayoritaria, a costa de perder la suya.

En resumen, asistimos a continuas contradicciones porque el concepto de integración en la ciudadanía exige una integración en la Constitución, en el sistema democrático y en el cumplimiento de la legislación alemana. Si el concepto de «cultura alemana» significara simplemente adherirse al sistema constitucional alemán, eso sería compatible con un modelo intercultural de Estado.

Sin embargo, si por cultura alemana entendemos adherirse al pasado, a la literatura, arte, música, al carácter alemán, entonces estaríamos volviendo a conceptos etnicistas, que son contrarios a lo que pretende el Consejo de Europa³. Las alarmas han crecido especialmente en lo que se refiere a la integración de la población musulmana en la sociedad alemana.

² Sobre los planes de integración y su aplicación, véase los siguientes informes oficiales del gobierno alemán; *Bundesregierung, Nationaler Integrationsplan, erste Fortschrittsbericht*, Oktober 2008. *Bundesrepublik Deutschland, Nationales Aktionsplan zur Bekämpfung von Rassismus, Fremden feindlichkeit, Antisemitismus und darauf bezogene Intoleranz*, 2008. *Bericht zur Umsetzung des Integrationskonzept 2007 für den Zeitraum 2009 bis September 2011: Integrationsmonitoring der Länder 2005-2009. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland*, 2012.

³ ECRI., *Conclusions de l'ECRI sur la mise en oeuvre des recommandations faisant l'objet d'un suivi intermédiaire adressées à l'Allemagne*, 22 mai 2012, CRI(2012) 28. ECRI., *Quatrième rapport sur l'Allemagne*, 26 mai 2009, CRI (2009) 119. ECRI., *Second rapport sur l'Allemagne*, 3 juillet 2001, CRI (2001) 36. ECRI. *Rapport sur l'Allemagne*, mars 199, CRI(98) 22. ENGELS y otros, *Second report on indicator of integration (Zweiter*

El modelo deseable debería ser un modelo intercultural de inclusión, cuyo punto de referencia común sea la Constitución Federal alemana (*Bundesverfassung*) y los valores jurídicos. El sistema legal obedece por supuesto a una cultura jurídica, pero esta cultura que en definitiva supone aceptar la democracia y los derechos fundamentales, no es ya una cultura basada tan sólo en la tradición alemana, sino un sistema de derechos humanos, común a todos y del que los nuevos ciudadanos también quieren participar. A su vez ciertamente la Constitución como norma fundamental está elaborada en un momento histórico concreto, por ello está arraigada en un contexto cultural, está imbuida de cultura, no es culturalmente aséptica. Por ello, en cierto modo es correcto hablar de una cultura jurídica constitucional alemana y de valores constitucionales, sin necesidad de identificarla con una cultura en el sentido etnicista.

En realidad, los nuevos planes de integración no son asimilacionistas, ni multiculturales, sino que su marco jurídico es un modelo intercultural. Lo mismo puede decirse del sistema escolar alemán. Por mucho que se respete las tradiciones de los *Länder*, también con un predominio en algunos de ellos de la trasmisión de valores cristianos en las clases de religión y de ética, a su vez los planes de educación de las asignaturas de *Politik* y *Sozialkunde* o *Ethik*, responden en todos los *Länder* a un planteamiento intercultural⁴.

Éste es el marco común exigible a los nuevos nacionalizados. No resulta conforme a derecho exigir a los inmigrantes una identificación con los valores cristianos occidentales o con la cultura alemana cristiana dominante, tampoco con unos caracteres basados en la raza. En la Constitución vigente en ningún artículo se afirma que sea esta la obligación de los ciudadanos alemanes. Esa confusión encierra un deslizamiento de la esfera jurídica al marco individual de las conciencias, lo que iría en contra del derecho de libertad religiosa, protegido por el art. 4 de la LF. Estos ilegales trasvases de lo jurídico a lo cultural están llevando a continuas contradicciones en algunas de las legislaciones recientes en Alemania, especialmente en la referente a la prohibición del uso del velo islámico por parte de funcionarias de la administración pública. En cinco de los ocho *Länder*, que han legislado leyes prohi-

Integrationsindikatorenbericht), 2011, pp. 41-42; *Bericht zur Integrationskursgeschäftsstatistik*, 2012, pp. 13-14.

⁴ Los programas para todos los Länder están en *Bildungspläne der Bundesländer für allgemeinbildende Schulen, Schulgesetze der Länder in der Bundesrepublik Deutschland*. En <www.kmk.org/dokumentation.rechtsvorschriften-und-Lehrplaene-der-laender/>. ELÓSEGUI, M., «La legislación vigente sobre la asignatura de educación política en las escuelas alemanas», *Revista de Estudios Políticos*, nº 154, (2011), pp. 71-109. ELÓSEGUI, M., «La mente del legislador en los programas de la asignatura de educación política en las escuelas alemanas, en la LOE y en la legislación educativa de la CAPV», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 89, enero-abril, (2011), pp. 265-310.

bitivas en el año 2004, se ha prohibido sólo el uso del velo, permitiéndose el uso de símbolos cristianos o de la cultura occidental. Después de doce años de discusión desde la sentencia del Tribunal Constitucional de 2003, el propio Tribunal constitucional alemán acaba de dictar el marzo de 2015 una nueva sentencia⁵ afirmando que prohibir el uso del velo de un modo general a las profesoras funcionarias del Estado es contrario a la Constitución alemana. Esta nueva sentencia apoya todos los argumentos que he empleado en un artículo ahora en prensa⁶. Como ya he discutido reiteradamente, si se adopta un modelo de neutralidad del Estado en la escuela, con mayor distancia con respecto a las religiones (lo cual ya es en sí para empezar dudosamente conforme a la actual Constitución), debe hacerse de un modo simétrico en relación con todos los funcionarios y no sólo con las mujeres musulmanas. Caso de que se entienda que el velo es un signo de subordinación de la mujer con respecto al varón, entonces el tema debe discutirse desde el principio constitucional de igualdad (art. 3. 2 de la Constitución alemana) y no desde el principio de neutralidad religioso-ideológica del Estado.

Para entender el *revival* del concepto de *der deutsche Leitkultur* en las discusiones jurídicas en Alemania, como una reacción defensiva, debemos situarnos en lo que han supuesto las últimas reformas jurídicas en relación con la reforma del Código Civil alemán y los criterios de adquisición de la nacionalidad en el año 2000, a lo que se añade la introducción del test de integración como requisito previo en el año 2005⁷.

2. LAS REFORMAS LEGALES DE LOS CRITERIOS DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD EN EL AÑO 2000

Durante treinta años no hubo voluntad política de facilitar a los inmigrantes que habían venido a trabajar a Alemania (*Gastarbeiter*) la adquisición de la nacionalidad y tampoco ningún plan para su integración. Existe numerosa bibliografía académica sobre ese proceso en el que no nos vamos a detener. A finales de los años 90, después de un encendido debate, se alcanza por

⁵ Gericht/Institution: BVerfG, Erscheidungen 13.03.2015. Entscheidungsdatum: 27.01.2015 Aktenzeichen: 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10.

⁶ ELÓSEGUI, M., «La argumentación jurídica del Tribunal Constitucional alemán sobre el uso del velo. Un análisis desde la teoría de la ponderación de Alexy», en HERMIDA, C. (Dir.) *Libro homenaje a Andrés Ollero*, Madrid, Editorial de las Cortes, 2015, en prensa, 48 pp.

⁷ *Aufenthaltsgesetzes* arts. 43-45. También Die Bundesregierung, Nationaler *Integrationsplan der Bundesregierung, Erster Fortschrittsbericht, 2007*, Presse und Informationsamt der Bundesregierung, Oktober 2008, pp. 248 <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Publikation/IB/Anlagen/nationaler-integrationsplan-fortschrittsbericht.pdf?__blob=publicationFile>

mayoría el acuerdo parlamentario para introducir reformas legislativas que permitan la integración de los hijos de los inmigrantes, nacidos ya en Alemania, así como la de sus propios padres, fomentando el *ius soli* y no sólo el tradicional *ius sanguinis*. El derecho emprendió el proceso de integración de los inmigrantes con dos planes simultáneos, facilitar la naturalización y exigir el conocimiento del alemán y del Estado de Derecho.

Desde el punto de vista jurídico y social, la reforma del código civil sobre la adquisición de la nacionalidad, aprobada en el año 2000, ha supuesto un gran cambio en la integración de los inmigrantes. La clave radica en que permite que el nacido en Alemania de padres extranjeros pueda adquirir de modo inmediato la nacionalidad alemana, junto con la heredada de sus padres, con tal de que uno de sus padres lleve viviendo en Alemania por lo menos ocho años, si bien a los 23 años, debe de optar por la alemana o la otra. Según la literalidad de la ley⁸ no puede mantener ambas⁹. Esto hace que muchos de los nuevos nacidos en Alemania de padres inmigrantes (ciudadanos con *Migrationshintergrund*) tengan rápidamente todos los derechos de ciudadanía, lo que incluye el derecho al voto a partir de los 18 años. En esa reforma también se redujo el tiempo previo exigido de residencia antes de adquirir la nacionalidad de quince a ocho años.

El segundo y definitivo cambio se produjo con la entrada en vigor, el 1 de enero de 2005, de la Ley Federal de Inmigración (*Zuwanderungsgesetz*) de 30 de julio de 2004¹⁰. En ella se introdujo el requisito de aprobar un test de integración antes de adquirir la nacionalidad alemana, lo cual se reguló a través de la ley sobre el permiso de residencia (*Aufenthaltsgesetz*) y en la mencionada Ley Federal de inmigración¹¹. Desde el 1 de enero de 2008, el

⁸ *Bürgergesetzlichebuch (BGB)*. Eintragung des Erwerbs der Staatsangehörigkeit nach Satz 1 zu erlassen. § 10, (1). La práctica posterior muestra que la aplicación no es tan sencilla y que muchos consiguen tener al final la doble nacionalidad. El legislador alemán se ha resistido a alentarla, pero por la vía de los hechos se ha ido introduciendo cierta flexibilidad, si atendemos a las estadísticas oficiales del año 2013.

⁹ *Bürgergesetzlichebuch (BGB)*. Eintragung des Erwerbs der Staatsangehörigkeit nach Satz 1 zu erlassen. § 10, (3).

¹⁰ *Bürgergesetzlichebuch (BGB)*. Eintragung des Erwerbs der Staatsangehörigkeit nach Satz 1 zu erlassen. § 10, (1). Cfr. la información en la web oficial del Gobierno alemán: http://www.bmi.bund.de/EN/Themen/MigrationIntegration/Foreigners/Recent_developments_in_law/Recent_developments_in_law_node.html. La vigencia del proceso de naturalización y los pasos legales necesarios están disponibles en la página web del Ministerio de Inmigración y Asilo: Véase, <<http://www.bamf.de/DE/Einbuengerung/einbuengerung-node.html>>

¹¹ Estas reformas son un tema controvertido, cuya discusión no abordaremos ahora. *Aufenthaltsgesetz, Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern in Bundesgebiet* (Ley sobre el permiso de residencia), 2005, und die *Zuwanderungsgesetz* (Ley de Inmigración). Salvo para las persona que demuestren que se

test de ciudadanía es obligatorio¹². La nueva normativa sobre la adquisición de la nacionalidad exige aprobar previamente un test sobre la Constitución, un test de integración, y un nivel de conocimiento del alemán de B1. Estos exámenes de idiomas y de conocimiento mínimo de la Constitución alemana no han supuesto una barrera para la adquisición de la nacionalidad, ya que el índice de aprobados es elevadísimo, casi la totalidad de las personas que han seguido los cursos han alcanzado el nivel lingüístico exigido y han superado el test de ciudadanía¹³. En el año 2012, 55,9% de los 93.010 participantes aprobaron el test de nivel B2 de alemán y 35,4% el nivel A2. Además entre los años 2009 y 2012, el 92,8% de las participantes aprobaron el test de integración exigido para poder acceder a la nacionalidad alemana¹⁴. Los tests de integración y naturalización se han unificado y consisten en 33 preguntas sobre el sistema legal alemán, de las que hay que aprobar 17 para superar el examen.

La razón de la introducción del test de integración está directamente relacionada con las consecuencias reales de las reformas introducidas por el Código Civil en el año 2000, ya señaladas, que han tenido como resultado que en un periodo de diez años casi la mitad de los inmigrantes hayan adquirido la nacionalidad alemana.

Las cifras de nacionalización que habían descendido entre los años 2006 y 2008, han ascendido desde el año 2009, alcanzando en 2011, el número de 106.897 adquisiciones de la nacionalidad en ese año. En la actualidad más de la mitad de los 16 millones de personas con origen inmigrante poseen la nacionalidad¹⁵. En el año 2011, la mitad de los nuevos naturalizados, 50'4%, han podido mantener su antigua nacionalidad, a pesar de la tradicional reticencia del derecho alemán a evitar la doble nacionalidad¹⁶.

han educado en Alemania, véase, art. 43, abs. 3, satz 2 des *Aufenthaltsgesetz, Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern in Bundesgebiet*.

¹² Salvo para las personas que demuestren que se han educado en Alemania, véase, art. 43, abs. 3, satz 2 des *Aufenthaltsgesetz, Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern in Bundesgebiet*.

¹³ ENGELS y otros, *Second report on indicator of integration* (Zweiter Integrationsindikatorenbericht), 2011, pp. 41-42; *Bericht zur Integrationskursgeschäftsstatistik*, 2012, pp. 13-14.

¹⁴ ECRI., *Conclusions de l'ECRI sur la mise en oeuvre des recommandations faisant l'objet d'un suivi intermédiaire adressées à l'Allemagne*, 22 mai 2012, CRI(2012) 28.

¹⁵ Statistisches Bundesamt, Fachserie 1, Reihe 2.2, *Migration in Deutschland 2010*, p. 7. <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/MigrationIntegration/Migrationshintergrund2010220107004.pdf?__blob=publicationFile>

¹⁶ Federal Ministry of the Interior, *Migration and Integration-residence law and policy on migration and integration in Germany*, October 2011. Federal Ministry of Education and Research (BMBF), *Education and Research in Figures 2012, Selected Information from the BMBF's data Portal*, August 2012. Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Be-

Las estadísticas oficiales resultan muy ilustrativas¹⁷. El contraste es que mientras a fecha de 31 de diciembre de 1996 el número de extranjeros era de 7.341.000 millones, en el año 2012 la cifra se sitúa en el doble, casi 16 millones¹⁸. De los 82,1 millones de habitantes de Alemania, 7,3 millones de residentes en el país son extranjeros (es decir, un 10% que no poseen la nacionalidad alemana), a los que hay que sumar un total de 8,3 millones de alemanes con origen en la inmigración, pero ya naturalizados. Eso supone casi un 19,3% de la población. Para el debate sobre la extrañeza o no que pueda suponer en los alumnos visualizar a una profesora con velo es importante también tener el dato de que en el año 2012, había en las escuelas alemanas ocho millones de niños extranjeros o con padres inmigrantes¹⁹.

No hay cifras exactas del número de musulmanes en Alemania. Se calcula que en el año 2011 eran de confesión islámica entre tres millones doscientas mil personas, un 3,6 o 3,8 de la población frente a un 31% censada como protestante y un 32% como católica²⁰. En la actualidad el 30,18% de los alemanes –casi 25 millones de personas– son católicos. En el año 1950, los protestantes alemanes eran 42,2 millones. En el 2009, la cifra alcanzó sólo los 24,2 millones, con una disminución del 42,7 por ciento. Por el contrario,

nachteiligungserfahrungen von Personen mit und ohne Migrations-hintergrund im Ost-West-Vergleich, Expertise für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 27 Juli 2012.

¹⁷ En las estadísticas oficiales se recoge detalladamente los datos de dos tipos de alemanes, más bien de muchos más. Los alemanes naturalizados, por tanto sin sangre alemana, aunque hayan nacido en Alemania, arrastran de momento, hoy por hoy, oficialmente su correspondiente etiqueta, *Deutscher mit Migrationshintergrund*. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Bericht zur Integrationskursgeschäftsstatistik für das erste Halbjahr 2012, Oktober 2012. Statistisches Bundesamt, Statistische Jahrbuch 2012, 2 Bevölkerung, Familien, Lebensformen. Statistisches Bundesamt, Fachserie 1 Reihe 2.2., Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Bevölkerung mit Migrationshintergrund. Ergebnisse des Mikrozensus 2011, 19 September 2012. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3, Rechtspflege, Strafverfolgung, 2011, Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 2012.

¹⁸ Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration, 9. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, Juni 2012, p. 81.

¹⁹ Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration, 9. Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, Juni 2012, p. 81. TNS Emnid, *Willkommenskultur in Deutschland. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage in Deutschland*, Gütersloh, Bertelsmann Stiftung, 2012, p. 12. Total 20 pp. Disponible en internet: <http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbcr/SID-97F82522-7805A937/bst/xcms_bst_dms_37165_37166_2.pdf>

²⁰ LORCERIE, François ROMHILD, K. y TIETZE, N., «Politisation autour de l'islam et légitimisation des ordres politiques nationaux. Une comparaison France, Danemark, Allemagne», en FORET, F., *L'espace public européen à l'épreuve du religieux*, Bruxelles, Institut d'études européennes, 2011, pp. 179-206. Aquí p. 200.

los católicos han pasado de 23,2 millones en 1950 a 24,9 millones en el 2009, lo que supone un incremento del 7,3 por ciento²¹.

3. EL CONTENIDO DEL TEST DE INTEGRACIÓN Y SU ACTUAL UTILIZACIÓN

El uso del test de integración es una moneda con dos caras. Por un lado, si analizamos su contenido, lo que se exige es el conocimiento de la Constitución alemana y un mínimo de las leyes básicas del Estado de Derecho, además un nivel determinado de conocimiento del idioma alemán. Todo ello resulta adecuada desde un modelo de integración intercultural. Evidentemente esto supone por lo menos un conocimiento, (no se puede saber si implica o no una aceptación), del Estado de derecho alemán y de la cultura jurídica alemana. Algunos académicos ven ya sólo en este hecho una actitud asimilacionista. No comparto ese juicio de valor. No parece negativo, ni contraproducente establecer este proceso de conocimiento de las Constitución y de los derechos y obligaciones de los que quieren poseer la nacionalidad del país de acogida.

Se convierte en algo negativo, cuando se impone una rígida obligatoriedad y cuando se usa como arma legal para denegar la renovación del permiso de residencia. Esto es lo que está sucediendo en muchos otros países europeos, en los que se está utilizando el contrato de integración como un instrumento de control de la inmigración y no como parte de un proceso de integración.

Pero en realidad, la legislación alemana no es comparable a lo que está sucediendo en Francia, Bélgica, Holanda o Suiza, por citar algunos ejemplos de los países vecinos. Es indudable que en Alemania también desde que la asistencia a los cursos es obligatoria la obtención del nivel de idioma exigido tiene sus consecuencias positivas y negativas cara al logro no sólo de la nacionalidad, sino de otros beneficios sociales. Una de las consecuencias puede ser la denegación de la renovación del permiso de residencia, en los casos en que se precise su renovación, y también su expulsión. Del mismo modo el inmigrante puede ver reducido el pago de los beneficios sociales que recibe²².

Además en la Ley sobre adquisición de la ciudadanía se han introducido beneficios en el artículo 10.3, acortando los años requeridos de residencia

²¹ Fuente: <www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/sociedad/contenido/informacion-de-fondo/religiones.html?type=1>

²² ECRI, Preliminary draft country by country report, Informe sobre Alemania, 61st plenary meeting (17-21 June 2013).

previos a la adquisición de la nacionalidad para quienes logren unos buenos resultados en el test de alemán²³.

4. LA EVOLUCIÓN EN EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES EN ALEMANIA. ESPECIALMENTE DE LOS MUSULMANES TURCOS.

Algunos politólogos han diferenciado los modelos institucionales nacionales de los países europeos según su modo de acceso a la nacionalidad, teniendo en cuenta la filosofía pública de la integración de los inmigrantes. Desde esa perspectiva se han elaborado unos modelos de clasificación contrastando los más etnicistas con los que son más contractualistas. Además se combina las obligaciones culturales que se les imponen a los inmigrantes, yendo desde el asimilacionismo monista hasta el pluralismo. Con ello se obtienen cuatro tipos-teóricos de aceptación de los grupos minoritarios en las comunidades nacionales: El modelo etno-asimilacionista (Alemania y Suiza), el modelo etno-pluralista (un tipo de sistema de segregación de base étnica, que no existe en Europa), el modelo cívico-asimilacionista (por ejemplo, Francia) y por último el modelo cívico-pluralista (Reino Unido y Holanda)²⁴.

En mi opinión, el modelo actual alemán, después de las reformas legales que hemos indicado, no responde ya a un modelo etno-asimilacionista. Asistimos en realidad a una evolución hacia un modelo de integración-inclusivo, que requiere un proceso de adaptación²⁵. Si los criterios anteriores de adquisición de la nacionalidad eran más étnico-asimilacionistas, fundados en la prioridad del *ius sanguinis*, desde el año 2000, con el cambio del Código Civil se aprecia una evolución hacia un modelo cívico-contractualista, que se podría definir como intercultural. El extranjero puede adquirir la nacionalidad si lo desea a los ocho años de residir en el país. Para ello se le exige aprobar el test de integración y debe aprender el idioma del país. El otro factor de integración es el aprendizaje de la Constitución y el Estado de Derecho. Si la integración exigida se centra en el aprendizaje y cumplimiento de

²³ Sobre los planes de integración y su aplicación. *Bericht der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland*, 2012.

²⁴ LORCERIE, F.; ROMHILD, K. y TIETZE, N., «Politisation autour de l'islam et légitimation des ordres politiques nationaux. Une comparaison France, Danemark, Allemagne», en FORET, F., *L'espace public européen à l'épreuve du religieux*, Bruxelles, Institut d'études européennes, 2011, pp. 179-206.

²⁵ *Bericht zur Umsetzung des Integrationskonzept 2007 für den Zeitraum 2009 bis September 2011*. También *Integrationsmonitoring der Länder 2005-2009*.

las leyes del país y en los valores constitucionales, estaríamos ante un modelo más bien cívico-contractualista e inclusivo, que ya no se puede calificar como etnicista.

Desde un modelo intercultural (pero no «multi-kulti») la exigencia de respetar los derechos fundamentales constitucionales y por otro lado la oferta de disfrutar de su garantía no puede calificarse como «asimilacionismo», sino que formaría parte de una política de inclusión justa.

Como contraste de lo que parece transmitir la sentencia del caso Ludin, en relación con los conflictos con los padres, según los resultados de algunas investigaciones, el 70% de la población alemana considera que los temas de la tolerancia, la diversidad y el respeto a las personas con orígenes en la inmigración debería ser tratada de un modo más intenso en los colegios²⁶.

El debate en Alemania sobre la integración de los musulmanes debe estudiarse en el contexto de la percepción del resto de los países europeos, especialmente de los pertenecientes a la Unión Europea, en relación con las políticas públicas sobre el fenómeno de la inmigración. Como refleja Sara Silvestri, fue a finales de los años 90, cuando se comienza a advertir en Europa la presencia de los inmigrantes musulmanes con voces de alarma, como si fueran un grupo compacto, cuando hasta entonces se les percibía como inmigrantes provenientes de diversos países, y más desde un punto de vista racial que religioso. Entre las diversas causas, uno de los factores decisivos fue el hecho de que en esa época más musulmanes de segunda o tercera generación se hicieron visibles en la esfera pública, en el mercado de trabajo y en el acceso a la vivienda y a la educación²⁷.

Muchos de los problemas se venían arrastrando desde hacía tiempo sin que se hubieran previsto las debidas soluciones²⁸. Entre ellos se hizo patente la necesidad de ir adaptando soluciones legales a problemas jurídicos, de resolver la práctica de la religión, la interlocución con sus autoridades religiosas, cuya organización no respondía a las Iglesias confesionales cristianas,

²⁶ TNS Emnid, *Willkommenskultur in Deutschland. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage in Deutschland*, Gütersloh, Bertelsmann Stiftung, 2012, p. 12. Total 20 pp. Disponible en internet: <http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xber/SID-97F82522-7805A937/bst/xcms_bst_dms_37165_37166_2.pdf>

²⁷ SILVESTRI, S., «Asserting the Islam in the EU: actors, strategies and priorities», en FORET, F., *L'espace public européen à l'épreuve du religieux*, Bruxelles, Institut d'études européennes, 2011, pp. 159-177. Aquí, p. 162.

²⁸ FETZER, J., *Public Attitudes Toward Immigration in the United States, France and Germany*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2000. La modernidad europea ha visto la religión con sospecha, como una forma de superstición y de falta de racionalidad. Mientras que en el mundo musulmán lo que se ha visto como negativo era el secularismo.

los estilos de vida, la familia, el modo diferente de entender el papel de la religión en la vida, las relaciones entre política, religión y derecho²⁹.

Los Estados europeos comienzan a debatirse entre defender los derechos liberales de igualdad y libertad religiosa, junto con la posición privilegiada de las iglesias cristianas en algunos de estos países (Reino Unido, los países escandinavos, Alemania, Bélgica, España, Italia)³⁰. En ese contexto, se percibe también en la jurisprudencia alemana un vivo debate entre los propios jueces a la hora de interpretar el modelo de neutralidad del Estado, junto con el tratamiento paritario y de libertad religiosa que exige la Constitución. Lo mismo ocurre en la doctrina dogmática académica y de un modo más exaltado en el ámbito político y de los medios de comunicación.

Indudablemente en Alemania, se vive un nuevo fenómeno de individualización, secularización y pluralización de las religiones³¹. A su vez además de las religiones importadas por la inmigración, después de la reunificación de Alemania, los nuevos *Länder* pertenecientes a la antigua DDR, ofrecen una situación religiosa muy diferente a la Alemania del oeste.

La regulación de las necesidades de los musulmanes en Alemania empieza a tomarse en serio en el debate público en los años 90, después de que los inmigrantes turcos llevaran en ese país 30 años. Hasta entonces, las cuestiones relacionadas con la religión se delegaban en las autoridades del país de origen, es decir en Turquía. La mentalidad alemana era la de ver a los turcos y a sus hijos como extranjeros y como un grupo que podía ser excluido de la escena pública. Lo que llevaba a que no hubiera tampoco ningún plan de inclusión global de los musulmanes en las relaciones entre el Estado alemán y las comunidades religiosas. Como hemos visto, con la reforma del Código Civil sobre la adquisición de la nacionalidad en el año 2000, que favorece el *ius soli*, las nuevas generaciones nacidas en Alemania pueden ser alemanes si lo desean. De ese modo las necesidades religiosas silenciosas de los musulmanes han llegado a su fin. Ahora hay que dialogar con ellos como con un alemán de pleno derecho, titular de todos los derechos constitucionales. Sus derechos de practicar la religión ya no pueden delegarse en el país de origen.

²⁹ SILVESTRI, S., «Asserting the Islam in the EU: actors, strategies and priorities», en FORET, F., *L'espace public européen à l'épreuve du religieux*, *op. cit.*, p. 162.

³⁰ Cfr., SILVESTRI, S., «Asserting the Islam in the EU: actors, strategies and priorities», en FORET, F., *L'espace public européen à l'épreuve du religieux*, *op. cit.*, p. 163.

³¹ Cfr., HEINIG, H.M. y MORLOCK, M., «Von Schafen und Kopftüchern», *Juristen Zeitung*, (2003), pp. 777-783, aquí p. 777. MUCKEL, S. Y TILLMANN, R., «Die religionsverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Islam», en MUCKEL, S. (Hrsg.), *Der Islam im öffentlichen recht des säkularen Verfassungsstaates*, Duncker & Humblot, 2008, pp. 234-272.

Todo ello ha contribuido a colocar el Islam en la agenda de la política interior, habiendo dejado de ser una cuestión de extranjería.

A lo largo de esos años, las relaciones del Estado alemán con las comunidades musulmanas fue también evolucionando³². En el año 1994 se creó el Consejo Central de Musulmanes de Alemania (*Zentralrat der Muslime in Deutschland*) y existía ya una segunda organización denominada Consejo del Islam para la República Federal de Alemania (*Islamrat für die Bundesrepublik Deutschland*), nacida en Berlín en 1986, reforma su estructura en el año 1997. Los dos son de origen turco, aunque formen parte de ellas musulmanes de otros países. Ambas organizaciones comienzan a afrontar un nuevo papel en la política interna alemana, dejando de depender de Turquía. Su función no es sólo religiosa, sino también social y política en relación con la minoría musulmana que vive en Alemania y por ese motivo, en parte contribuyen a dar una visión politizada del Islam. Los propios musulmanes mezclan el discurso político, con el cultural y con el religioso. Eso se ha reflejado también en las discusiones judiciales en torno al uso del velo islámico por las profesoras musulmanas en los colegios públicos³³.

Al final de los ochenta aumentan los miembros de la «*Türkisch-Islamische Union der Anstalt für Religion e.V*» («DITIB»). Se le consideró un instrumento del Estado turco, que apoya una visión más laicista del Estado. El Islamrat está dominado por la asociación islámica Milli Görüs (IGMG), que representa al partido político de Erbakan, en la línea del fundamentalismo. Un millón de turcos se agrupan en asociaciones con el fin de conservar su cultura. Además de las dos Comisiones, ya citadas, en el año 1996 ya había más de 2.000 asociaciones civiles musulmanas, algunas entorno a las mezquitas³⁴.

³² Sobre la creación en Europa de los Consejos islámicos y su relación con los Estados, véase SILVESTRI, S., «Asserting the Islam in the EU: actors, strategies and priorities», en FORET, F., *L'espace public européen à l'épreuve du religieux*, op. cit., p. 165: «This process inaugurates a «domestication» or «normalization» of a European version of Islam shaped around the idea that a moderate (and artificial) form of Islam should be supported in order to do justice to Muslim minorities but also to stem radicalisation». También SILVESTRI, S., «The Situation of Muslims Immigrants in Europe in the Twenty-first Century: the creation of National Muslim Councils», en HENKE, H. (Ed.) *Crossing over: Comparing Recent Migration in Europe and the United States*, Lanham, MD, Lexington, 2005, pp. 101-129.

³³ LORCERIE, F., ROHMILD-BENKAABA, K. y TIETZE, N., «Politisation autour de l'islam et légitimation des ordres politiques nationaux en Europe. Une Comparaison France, Danemark, Allemagne», FORET, F., (ed.), *L'espace public européen à l'épreuve du religieux*, Institut d'études européennes, Bruselas, 2007, p. 192.

³⁴ HILLGRUBER, C., «Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport. Die Antwort des Grundgesetzes auf eine religiöse Herausforderung», *Juristen Zeitung*, (1999), pp. 538, 540-541. Señala la tensión en la que vive la propia Constitución entre la

En el año 1996, sólo el 10% de los turcos tenían la nacionalidad alemana. Hoy con las nuevas leyes de nacionalidad, los nacidos en Alemania la pueden obtener. Este hecho se refleja en el número de niños naturalizados ya como alemanes. Se calcula que cada año nacen en Alemania unos 100.000 niños de padres extranjeros, la mitad de ellos musulmanes. En 1996, el 43% de los niños sin nacionalidad alemana eran turcos. Ya en esa fecha había que sumar 340.000 bosnios, que son también musulmanes, siendo la mitad de ellos de confesión sunita.

Con independencia de ello, en Alemania los musulmanes han conseguido por fin elaborar de manera autónoma un diálogo con el Estado Federal. En dicho país, el hecho de tener una larga tradición en el principio de tolerancia, marcado históricamente por el biconfesionalismo ha ayudado a tener un modelo de referencia para las relaciones del Estado con el Islam³⁵. El Estado Federal se ha tenido que enfrentar ya en su trayectoria anterior con dos entidades religiosas cristianas que debía tratar en pie de igualdad. El derecho alemán cuenta con instrumentos jurídicos suficientes para resolver los conflictos entre las religiones con la dogmática sobre la ponderación, la proporcionalidad y el principio de concordancia.

5. LA ACTITUD DE LOS TRIBUNALES Y DE ALGUNOS LÄNDER EN EL DEBATE SOBRE EL VELO ISLÁMICO

Esto no impide que también a nivel jurídico se entremezclen razonamientos carentes de coherencia lógico-jurídica, contruidos de un modo pasional y basados en prejuicios, clichés o estereotipos. Esto se ha reflejado de un modo muy polémico en las discusiones judiciales en torno al uso del velo islámico por las profesoras musulmanas en los colegios públicos.

En el caso sobre Fereshta Ludin se han enfrentado en los propios tribunales dos modos diferentes de afrontar el Islam en Alemania. El Tribunal Constitucional Federal alemán que en su voto mayoritario otorgó a Ludin amparo constitucional a favor de su derecho de libertad religiosa para usar el velo, aun siendo funcionaria en un centro público, abordó la cuestión desde un análisis del caso concreto. Sin embargo, tanto el voto minoritario de la sentencia, como las instancias y administraciones educativas anteriores no están juzgando el caso concreto que tienen delante, sino que hacen un análisis

aceptación de la integración por un lado y la exigencia por otra parte de que los inmigrantes mezclen su identidad de origen con la cultura jurídica alemana.

³⁵ LORCERIE, F., ROHMILD-BENKAABA, K. y TIETZE, N., «Politisation autour de l'islam et légitimation des ordres politiques nationaux en Europe. Une Comparaison France, Danemar, Allemagne», FORET, F., (ed.), *L'espace public européen à l'épreuve du religieux*, op. cit., pp. 179-206.

abstracto sobre la cultura islámica en sí, atribuyendo a Fereshta Ludin una actitud y una posible conducta de futuro, basándose en un posible peligro potencial para los niños, inexistente en el caso concreto planteado, en el que los alumnos de dicha profesora y sus padres no habían planteado ningún conflicto por el hecho de que la profesora usara velo, sino que fue la administración educativa la que consideró de un modo abstracto que el hecho de llevar el velo mostraba la falta de aptitud de esa persona para ser funcionaria: argumento que el propio Tribunal Constitucional, consideró contrario a la propia Constitución. Lo que se ha visto reforzado en la nueva sentencia de 13 de marzo de 2015, que ya hemos citado.

Los tribunales administrativos han priorizado la libertad religiosa negativa de los estudiantes, mientras que el TCF ha priorizado la libertad positiva individual de la fe. Los problemas jurídicos de interpretación constitucional se ponen con ello en evidencia, ya que ambos se han basado en el mismo artículo constitucional.

El Tribunal Constitucional priorizó la protección constitucional del derecho de libertad religiosa libertad individual al centrarse en la perspectiva de la religión como un fenómeno individual. En su voto mayoritario, si bien solicita informes científicos sobre la posible influencia del velo en los escolares y también sobre los motivos personales que las musulmanas en Alemania aportan para el uso del velo, evitó entrar en la espinosa cuestión de definir los contenidos doctrinales del Islam, de sus símbolos y de sus ritos. En ese sentido tampoco solicitó ningún informe a las propias comunidades islámicas o algún experto en religión islámica. Quizá porque tampoco el Islam tiene una doctrina común y dentro de las diversas comunidades islámicas hay múltiples interpretaciones sobre el velo.

Como contraste con esta visión que se centra, como debe de hacer la jurisprudencia, en el caso concreto con sus circunstancias y los hechos probados, muchas de las instancias judiciales hacen un análisis abstracto, que no les corresponde. Incluso parte de los magistrados del Tribunal Constitucional redactaron en el caso Ludin un voto particular en el que se emiten juicios subjetivos que carecen de cualquier prueba científica o de apoyo normativo. En la nueva sentencia el Tribunal Constitucional insiste en la idea de que no se puede prohibir una conducta por un posible peligro abstracto.

De telón de fondo, en esa sentencia y otras anteriores sobre el mismo tema, se arrastraba lo que ha quedado claramente plasmado en las leyes prohibitivas sobre el uso del velo a funcionarios públicas en ocho *Länder*, posteriores a la sentencia Ludin, a saber una interpretación del Islam y la preocupación por la posible politización del velo o su uso con fines manipuladores. En la sentencia del TCF del 15 de marzo ha quedado claro que estas leyes son contrarias a la Constitución alemana. El debate vuelve a estar servido.

La redacción de cinco de dichas leyes, tema del que ya me he ocupado en otro artículo³⁶, contraponen una cultura minoritaria islámica a la cultura directriz dominante o *Leitkultur*, definida como la cultura occidental-cristiana (o apoyan, es el caso del Land de Berlín, una visión de un laicismo negativo que tampoco es conforme a la Constitución alemana y no respeta en estos casos tampoco a los cristianos). Una buena parte de la doctrina dogmática alemana consideran estas leyes como inconstitucionales, no sólo por la prohibición en sí, sino porque precisamente uno de las condiciones que puso el Tribunal Constitucional era que cualquier restricción de los derechos de libertad religiosa a un funcionario en prevención de un posible futuro peligro en abstracto de la paz escolar debía realizarse respetando el principio de igualdad entre todas las religiones (principio de paridad de trato). A pesar de conceder el amparo constitucional a la profesora Ludin, el Tribunal Constitucional en una extraña maniobra procesal devolvió el caso al Tribunal Administrativo Federal, quien emitió una nueva sentencia de 24 de junio de 2004 sobre la situación de Ludin, aplicando una nueva Ley del del *Land* de Baden-Württemberg, que se elaboró y entró en vigor en el plazo de un mes desde la decisión del TFC, denegando el acceso al funcionariado a Fereshta Ludin.

Los argumentos de varios de estos tribunales, especialmente el Tribunal Administrativo Federal y otros dos altos tribunales como son el Tribunal Constitucional de Hesse y el Tribunal Constitucional de Baviera están totalmente desenfocados³⁷.

En el primer caso, en lugar de moverse en el campo de los valores constitucionales, el Tribunal Administrativo hace una interpretación de la religión no referida a la esfera de la fe individual, sino en clave cultural. A la vez

³⁶ ELÓSEGUI, M., «La laicidad abierta en Charles Taylor y J. Maclure versus las nuevas leyes de neutralidad de los funcionarios públicos en Alemania», en ELÓSEGUI, M., (Coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad y Fundación Alexander von Humboldt, 2012, pp. 109-145.

³⁷ DOMÉNECH PASCUAL, G., «El desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales en las Constituciones de los *Länder* alemanes, en GAVARA DE CARA, J. C. (ed.), *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, Ed. Bosch, 2010, pp. 189-216. Aquí pp. 200-202. «Esto permitió al Tribunal Constitucional de Baviera desestimar, en su Sentencia de 15 de enero de 2007 (Vf.11-VII-05), el recurso interpuesto contra una Ley del *Land* por la que se prohibía a los profesores de escuelas públicas llevar, durante las clases, «símbolos o prendas de vestir que puedan ser entendidos por los alumnos y alumnas o por sus padres como expresión de una posición que es incompatible con los valores jurisdiccionales y con los objetivos educativos de la Constitución, incluyendo entre ellos los valores cristiano-occidentales». Esta regulación no vulneraba los correspondientes derechos fundamentales reconocidos en la Constitución bávara. Más o menos en el mismo sentido se pronunció luego el Tribunal Constitucional de Hesse, en su Sentencia de 10 de diciembre de 2007 (P.st.2016), respecto de una disposición legal parecida».

identifica en un mismo concepto los valores cristianos y occidentales, para después atribuir al Estado la obligación de garantizar «los valores nacidos de la tradición de la cultura cristiana y occidental» (BverW 2 C 21.01).

Estas leyes y las más de veinte sentencias que han surgido con posterioridad a la misma, contrastan con el modelo intercultural presente en los planes de integración de la inmigración.

De ese modo en lugar de juzgar una conducta individual se atribuye al velo una noción de religión orientada por la confesión islámica y con un significado cultural, con independencia de la fe, lo que permite a los jueces entrar a criticar el posible significado cultural de ese símbolo, y no verlo sólo como un símbolo religioso. Convierte al Estado en garante de los valores de la tradición de la cultura cristiana-occidental, cuando en mi opinión el Estado es un garante de los derechos constitucionales, iguales para todos, independientes o transversales a las distintas culturas, pero el Estado no es un defensor de la cultura alemana o de la religión cristiana frente a otras culturas o religiones. Ese paso ilegal de una esfera, la jurídica a otra, la cultural, conduce a un claro desenfoque de la cuestión, que da lugar a un ostracismo del Islam³⁸.

Con esa actitud, como mucho se regula un pluralismo religioso viciado, con una representación jerárquica, en la que la mayoría occidental-cristiana tolera a la minoría musulmana, sólo en la medida que sea lo menos visible posible en la esfera pública. Con todo ello se fomenta una contraposición de dos culturas irreconciliables, por ambas partes.

Esta actitud lleva a polarizaciones por ambas partes, muy lejanas a los proyectos de integración que por otra parte el Estado alemán intenta lograr, realizando ímprobos esfuerzos en la educación, en ayudas sociales, de integración laboral y con una inversión de grandes sumas económicas.

Por otro lado, muchos medios de comunicación y partidos políticos han apoyado enormemente a los y las musulmanas turco-alemanas críticas con el Islam, concretamente con las prácticas patriarcales y con la misoginia. Todo ello contribuye a hacer todavía más difícil el diálogo entre ambas partes. Los testimonios son múltiples. Muchas musulmanas de origen denuncian las políticas europeas de integración porque consideran que son ingenuas e inocentes, desconocedoras del machismo islámico, del que ellas precisamente quieren huir. Precisamente quieren que no se establezcan acomodamientos y que se prohíban todas las costumbres islámicas machistas³⁹.

³⁸ SILVESTRI, S., «Asserting the Islam in the EU: actors, strategies and priorities», en FORET, F., *L'espace public européen à l'épreuve du religieux*, op. cit., p. 195.

³⁹ KELEK, N., *DIE fremde Braut. Ein Bericht aus dem Inneren des türkischen Lebens in Deutschland*, Köln, Kiepenheuer&Witsch, 2005. Denuncia los matrimonios forzados, como el suyo propio. De hecho estos matrimonios están prohibidos por las leyes alemanas.

Este discurso apasionado, propio de los medios de comunicación y de la política no está presente de ese modo en los medios jurídicos, en las sentencias, en el mundo académico y en la doctrina dogmática alemana mucho más rigurosa y científica. Sin embargo, el mundo jurídico está muy dividido, aunque los juristas no sean tan agresivos como los periodistas y los políticos. Algunos magistrados (tampoco todos) analizan el Islam desde el derecho individual de libertad religiosa, como un derecho fundamental junto a las demás libertades protegidas por la Constitución. Este derecho ampara un espacio de autonomía a cada ciudadano, en el que el Estado no debe injerir.

No obstante existe también un gran disenso dentro de la propia magistratura, desde el propio Tribunal Constitucional, hasta los tribunales superiores de cada *Land*, y los tribunales administrativos de instancias inferiores. Esos contrastes se aprecian incluso dentro de una misma sentencia, por ejemplo, en relación con el TCF en el caso Ludin, entre el voto mayoritario y el minoritario. También si comparamos tribunales del mismo rango en distintos *Länder*, como se observa entre el fallo en la sentencia del tribunal administrativo federal de 2004 de Baviera, frente al Tribunal Administrativo federal de Baden-Württemberg de julio de 2006 (SZ 12 de julio de 2006). En el primer caso, se justifica que la Ley de Baviera prohíba a los profesores tan sólo el uso de símbolos religiosos no occidentales o no cristianos. En el segundo, el Tribunal desobedece o inaplica la ley vigente del *Land* utilizando el argumento del derecho a la igualdad de trato de las religiones concediendo la razón para llevar el velo a una funcionaria, dado que hay monjas dando clase con hábito en los colegios del mismo *Land*.

Por otra parte, los legisladores de los *Länder* han logrado redactar las normas jurídicas en sus ámbitos de competencia territorial de un modo tan exquisito, que ninguna de ellas nombra explícitamente el término «velo islámico», ni se cita la religión musulmana, siendo evidente que el único objetivo de las mismas es la prohibición del uso del velo a las profesoras de esa religión. De hecho, su aplicación administrativa y los fallos de los recursos judiciales se han centrado exclusivamente en esos casos concretos, sin que a nadie le haya cabido ninguna duda.

6. EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE ALEMANIA EN LOS PLANES SOBRE LA INMIGRACIÓN

En mi opinión, los nuevos criterios alemanes para la adquisición de la nacionalidad no serían asimilacionistas y responderían a un modelo intercultural en el caso de que se pidiera un aprendizaje del sistema jurídico alemana y no una asimilación en la cultura alemana. De hecho el test de integración (del que se pueden consultar 300 preguntas en internet) se refiere a la Constitución alemana y algunos datos históricos sobre la historia de ese país. Si

analizamos las leyes hay que reconocer que se observa una cierta confusión. Concretamente, como pone de relieve Isensee, la definición de integración que figura en el parágrafo 43 Abs. 1 de la Ley sobre permiso de residencia (*Aufenthalt Gesetz*) parecería exigir una asimilación en la cultura alemana: «Die Integration von rechtmäßig auf Dauer im Bundesgebiet lebenden Ausländern in das wirtschaftliche, kulturelle und gesellschaftliche Leben in der Bundesrepublik Deutschland» fordern und fördern⁴⁰.

Si eso fuera así, esta idea de integración volvería al asimilacionismo y estaría en contra de la propuesta de «Integration» diseñada por Rudolf Smend⁴¹, que daba una especial importancia a la Constitución. Para este jurista, uno de los diseñadores de la Constitución de la República de Weimar, lo que debe unir a los ciudadanos es la integración en una cultura jurídica y en los valores constitucionales. La posesión de la nacionalidad alemana se define en torno a compartir unos valores jurídicos. Ciertamente para Smend la integración propulsada por la Constitución no es sólo formal, sino también material. Pero la cultura que los ciudadanos deben compartir no es tanto la cultura alemana, en el sentido de la historia, los símbolos y los valores en general, sino la Constitución en sí misma, como un sistema de cultura jurídica. La pertenencia a la Nación alemana implica también un status material de aceptación de unos mismos valores constitucionales.

Nadie puede obligar a otro a hacer un contrato de integración en el que se le imponga llevar un estilo de vida o a cambiar su religión o acomodar sus necesidades sociales y culturales. Por otra parte, también los demás tienen derecho a elegir las personas con las que tratar. La integración social no es sólo una cuestión de buena voluntad. En las relaciones de vecindad y trabajo juegan muchos factores. Por otro lado, la integración es un asunto que concierne tanto a la mayoría como a la minoría⁴².

No sólo la mayoría debe de acoger, sino que la minoría debe querer dialogar y no cerrarse al pensamiento y creencias de los otros. En este punto disiento de la opinión de Isensee, quien considera que es la minoría quien tiene una mayor responsabilidad en abrirse al diálogo. En mi opinión, y en consonancia con la tesis reflejada en el Libro Blanco sobre el diálogo intercultural del Consejo de Europa, el diálogo requiere el esfuerzo de acercamiento por las dos partes. Si se trata de otorgar más responsabilidad a una parte que a la otra, me inclino por atribuir una especial responsabilidad a la sociedad de acogida, ya que las minorías no se hayan en una situación simé-

⁴⁰ ISENSEE, J., «Integration mit Migrationshintergrund», *Juristen Zeitung*, nº 7, 2 April, (2010), pp. 317-372. Aquí p. 317.

⁴¹ SMEND, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, in der., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Auf. 1968, p. 119.

⁴² ISENSEE, J., «Integration mit Migrationshintergrund», *op. cit.*, p. 318.

trica de poder, lo que explica que reaccionen con una actitud de desconfianza y de autoprotección.

En definitiva, lo común exigible a todos, son los valores constitucionales. Estos últimos están imbuidos de historia jurídica alemana, si se quiere, pero a la vez son universales. El modelo de interculturalidad aporta un marco legal y antropológico que no se mueve en la polarización entre asimilación o multiculturalidad. Restringir la discusión a la opción entre dos modelos antitéticos es un error en el punto de partida.

Aceptando que existe una cultura mayoritaria o de cultura occidental, eso no impide afirmar que los valores jurídicos de la Constitución tienen un valor por sí mismos, que no son sólo alemanes u occidentales. Las instituciones jurídicas y los derechos humanos constitucionalizados son comunes a todas las culturas. Reconocer esto último no significa que por ello nos ahorremos la discusión sobre el fundamento último de estos valores, pero ese debate no es exclusivo del mundo occidental versus mundo musulmán, sino que es propio de todas las sociedades, y se sitúa en el nivel de la discusión ética, por tanto metajurídica. El Ethos del ciudadano (*Ethos der Bürger*), consistirá en respetar la Constitución con independencia de su cultura o religión.

TITLE: The return of the concept of 'Deutsche Leitkultur' following current integration plans of immigrants within Germany.

RESUMEN: En este artículo se presenta el debate jurídico actual en Alemania sobre el concepto de la integración de los inmigrantes y de los nuevos naturalizados como alemanes. Los juristas se dividen entre los que consideran que integrarse significa asimilarse en la cultura dominante alemana (deutsche Leitkultur) y quienes entienden la integración como respeto a los valores constitucionales, siguiendo la línea de Rudolf Smend, creador de ese término. La reforma del Código penal alemán del año 2000 con los nuevos criterios de adquisición de la nacionalidad alemana, los nuevos planes de integración y el modelo constitucional alemán se basan en un modelo intercultural integrador y no en un modelo asimilacionista etnicista. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y de tribunales administrativos demuestran la división existente entre los jueces cuando se enfrentan a la tolerancia y concordancia de las prácticas de los ciudadanos alemanes de religión musulmana. Se hace una referencia a la polémica sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el año 2003 sobre el uso del velo islámico en profesoras, caso Ludin, y la reciente sentencia de 13 de marzo de 2015 sobre el mismo tema.

PALABRAS CLAVE: nueva ciudadanía alemana, criterios de adquisición de la nacionalidad en el Código Civil alemán, planes de integración alemanes, deutsche Leitkultur, asimilacionismo, interculturalidad.

ABSTRACT: This article presents the legal debate in Germany about the concept of the integration of immigrants and new naturalized Germans. The jurists are divided between those who believe that integration means assimilate into the dominant culture German (deutsche Leitkultur) and who understand integration as respect for constitutional values, following the line of Rudolf Smend, creator of the term. The reform of the German criminal code of 2000 with the new criteria for acquiring German citizenship, new integration plans and the German constitutional model based on an integrated intercultural model and not on an ethnocentric assimilation model. However, the jurisprudence of the German Constitutional Court and administrative courts show the division between judges when faced with tolerance and agreement of the practices of German citizens of Muslim religion. A reference is made to the controversial ruling of the German Constitutional Court in 2003 on wearing the Islamic headscarf in teachers, Ludin case, and the recent ruling of March 13, 2015 on the same subject.

KEY WORDS: new German citizenship, criteria of acquisition of nationality in the German Civil Code, German integration plans, deutsche Leitkultur, assimilation, multiculturalism.

*RECIBIDO: 01.04.2015
ACEPTADO: 22.05.2015*

EXAMEN DE LAS FUENTES PARA EL ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL MATRIMONIO Y DE LAS UNIONES PERMANENTES: UNA APROXIMACIÓN DESDE NAVARRA

Roldán Jimeno Aranguren

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA COSTUMBRE. 3. FUENTES LEGISLATIVAS CIVILES. 4. FUENTES LEGISLATIVAS CANÓNICAS. 5. DOCUMENTACIÓN PROCESAL. 6. DOCUMENTACIÓN NOTARIAL. 7. REGISTROS DE COMPTOS. 8. VISITAS PASTORALES O EPISCOPALES. 9. REGISTROS PARROQUIALES Y REGISTROS CIVILES. 10. FUENTES DOCTRINALES. 10.1. *La historiografía del Derecho*. 10.2. *La historiografía elaborada desde el iuspositivismo*. 10.3. *La historiografía canónica*. 10.4. *La historiografía social y de las mentalidades*. 10.5. *La historiografía de género*. 10.6. *Antropología social, Sociología y Sociología del Derecho*.

1. INTRODUCCIÓN

El matrimonio, una de las instituciones de Derecho privado que mayor unidad ha poseído en Occidente, ha sido objeto de múltiples estudios iushistóricos. Es nuestro objetivo abordar el examen de las fuentes del matrimonio y de las uniones afines a través del ejemplo de Navarra, un territorio sumamente interesante en relación a este objeto de estudio, pues, el *Fuero Nuevo* de 1973 ha sido calificado, no sin razón, como la más historicista de todas las compilaciones forales españolas¹. A pesar de este marcado carácter, las cos-

¹ Cfr. CLAVERO SALVADOR, B., *El código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea, Siglo XXI*, Madrid, 1982, pp. 32-33, nota 22.

tumbres jurídicas navarras en materia de régimen económico-matrimonial no siempre fueron bien contextualizadas en las leyes del aludido texto foral. Solo a través de un correcto tratamiento del conjunto de las fuentes del derecho alcanzaremos a observar la persistencia de ciertas figuras históricas y podremos ponderar su continuidad hasta el derecho actual, de ahí que un conocimiento exhaustivo de las fuentes iushistóricas contribuirá a explicar mejor el legado del régimen matrimonial histórico navarro en el ordenamiento jurídico vigente y el papel que debería desempeñar la Historia del Derecho en las futuras revisiones legislativas.

En el presente trabajo observaremos las fuentes del Derecho más relevantes para reconstruir la evolución histórica de la institución matrimonial y de la de las parejas estables de Navarra, que son, en concreto, las siguientes: la costumbre; el derecho local (fueros locales, ordenanzas municipales y actas concejiles o municipales); la legislación territorial (en concreto, el Fuero General de Navarra y sus dos Amejoramientos, el Fuero Reducido, los *Fors et costumaz* de la Baja Navarra, la legislación de Cortes, los autos acordados del Consejo Real y los capítulos de visita); la legislación canónica, con especial atención a las constituciones sinodales de las diócesis radicadas en Navarra; la legislación secular contemporánea; y las fuentes procesales. Trataremos también sobre la documentación notarial, los registros de Comptos, los registros parroquiales y civiles, y las fuentes estadísticas.

Otorgaremos una especial atención a las fuentes doctrinales relativas a la historia del matrimonio. El estado de la cuestión está protagonizado en Navarra por civilistas y por historiadores sociales; y carecemos prácticamente de estudios desarrollados por historiadores del Derecho.

2. LA COSTUMBRE

La costumbre ha poseído siempre en Navarra una primacía en la prelación de fuentes, si bien, en relación al matrimonio, su importancia fue cada vez menor, fruto, por una parte, de la progresiva institucionalización del Derecho canónico y, por otra, de la minuciosa legislación local y general sobre el régimen económico-matrimonial. Quedaron, sin embargo, algunos ámbitos estrictamente consuetudinarios, como la regulación de la casa o como el régimen económico de la comunidad familiar de bienes, precedente de la actual sociedad familiar de conquistas. Cabe recordar que las *Ordenanzas del Real Consejo de Navarra* compiladas por Martín de Eusa en 1622, recogieron la disposición de que «fuero, usos y costumbres sean observados y guardados y preferidos a todo Derecho canónico y civil», según ordenanza de Carlos V (IV de Navarra)². Por tanto, la

² EUSA, M. de (comp.), *Ordenanzas del Consejo Real del Reyno de Navarra*, Nicolás de Assiáyn, Pamplona, 1622, lib. 3, tít. 1, ordenanza 1^a, p. 239.

costumbre ocupó el primer lugar en el orden de prelación de las fuentes del Derecho navarro, por delante del derecho escrito³. Algunas leyes dieron por supuesta la existencia de costumbres contrarias a normas escritas. En lo que concierne al ámbito de nuestro estudio, resulta inexcusable la cita a la ley 41 de las Cortes de Pamplona de 1688, que, frente al sistema legitimario del *Fuero General*, reconocía la existencia de la libertad de testar y de la institución en la legítima foral «por uso, estilo, y costumbre inconcusa e inviolablemente observada de tiempo inmemorial a esta parte»⁴.

El Derecho consuetudinario matrimonial fue decreciendo en importancia conforme avanzó la Edad Contemporánea. Como en el Antiguo Régimen, los únicos ámbitos en los que operó la costumbre fueron la casa y, hasta su positivización en el *Fuero Nuevo* de 1973, el régimen económico de la sociedad familiar de conquistas. La costumbre relativa a la institución matrimonial carece prácticamente de espacio en la *Compilación navarra*, pero no está de más recordar que la ley 2 del *Fuero Nuevo* sitúa a la costumbre en el primer lugar de la prelación de fuentes, y que la ley 3 define su ámbito de aplicación señalando que «la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general. La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales». En estas cuatro décadas de vigencia de la *Compilación* no se ha dictado ninguna sentencia judicial en la que se invocara la costumbre en materia matrimonial o económico-matrimonial.

Por su parte, la Etnografía ha evidenciado la existencia, al menos durante el siglo XIX y primera mitad del XX, de diferentes prácticas consuetudinarias vinculadas al matrimonio, como, por ejemplo, lo que se vino a denominar el «matrimonio a vistas», es decir, un enlace convenido entre las dos familias, por el que en ocasiones los contrayentes podían hasta no conocerse personalmente, algo habitual en los siglos medievales y modernos⁵.

³ DE PABLO CONTRERAS, P. V., «Las fuentes del Derecho civil navarro en la nueva configuración del régimen foral», *Revista Jurídica de Navarra*, Vol. 6/2, 1988, pp. 141-147. MONREAL ZIA, G. y JIMENO ARANGUREN, R., *Textos histórico-jurídicos navarros. I. Historia Antigua y Medieval*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2008, pp. 402, 432-441; y *Textos histórico-jurídicos navarros. II. Historia Moderna*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2011, p. 273.

⁴ ELIZONDO, J. de (comp.), *Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra hechas en sus Cortes Generales desde el año de 1512 hasta el de 1716 inclusive*, Oficina de Joseph Joachin Martínez, Pamplona, 1735, lib. 3, tit. 13, ley. 16.

⁵ ETNIKER EUSKALERRIA, *Ritos del nacimiento al matrimonio*, Colecc. Atlas etnográfico de Vasconia, nº 9, Instituto Labayru, Bilbao, 1998, pp. 409-411.

3. FUENTES LEGISLATIVAS CIVILES

Diversos **fueros locales** navarros regularon la institución matrimonial o su régimen económico y las diferentes uniones permanentes en la Edad Media. En concreto, los fueros que trataron con mayor o menor intensidad sobre el matrimonio y el amancebamiento fueron los breves de frontera (Caparroso, Marañón, Encisa y Peralta), la familia del fuero de Jaca (Estella, San Sebastián y Pamplona), la familia del fuero de Logroño (Mendavia, Laguardia, San Vicente de la Sonsierra, Antoñana, Bernedo, Labraza, Inzura, Burunda, Vitoria, Arganzón, Viana y Aguilar de Codés), el fuero de Tudela, los fueros de la Novenera, el fuero de Viguera y Val de Funes, el fuero de Medinaceli —extendido a las localidades de Murillo el Fruto y Carcastillo—, el fuero de Carcastillo, el fuero de Daroca —extendido, junto con el de Soria, a las localidades de Cáseda y Peña—, el fuero de Cáseda, el fuero de San Juan de Pie de Puerto (versión del fuero de Bayona), el fuero de Labastida Clairence y el privilegio de franquicia de Etxarri Aranatz. También han de tenerse en cuenta las **actas concejiles o municipales** y, en menor medida, las **ordenanzas municipales**, más parcas en información. Por su parte, la **legislación territorial** navarra del Antiguo Régimen relativa al matrimonio está contenida en el Fuero General y sus dos Amejoramientos, el non nato Fuero Reducido, los *Fors et costumaz* de la Baja Navarra, la legislación de Cortes, los autos acordados del Consejo Real y los Capítulos de visita.

En cuanto a la **legislación contemporánea**, el restablecimiento del Antiguo Régimen por Fernando VII en 1814 y en 1824 permitió la celebración de las últimas Cortes del reino (1817-1818 y 1828-1829), que se desarrollaron de acuerdo con su composición y atribuciones tradicionales. Dejando a un lado la posible aplicación o no en Navarra de la primera codificación penal reguladora de los delitos de adulterio y amancebamiento (1822), hay que considerar aplicable en nuestro territorio la legislación española en materia matrimonial a partir de la definitiva desaparición del reino y su conversión en provincia española (1839). El Derecho civil propio se mantuvo en la Ley de Fueros de 16 de agosto de 1841. A partir de entonces, los hitos fundamentales de la legislación española fueron el Código penal de 1848 y los diferentes proyectos de Código civil, hasta alcanzar el Sexenio democrático, en el que se introdujo el matrimonio exclusivamente civil por Ley de 18 de julio de 1870. La Restauración echó por tierra este sistema, e implantó en 1875 un matrimonio civil subsidiario, que pasó al Código civil. La Ley Republicana de 28 de junio de 1932 implantó el sistema de matrimonio civil obligatorio, y durante la Guerra civil, el Gobierno de Francisco Franco restableció el sistema de matrimonio civil subsidiario por Ley de 28 de marzo de 1938, que derogó la anterior. La propia dictadura conoció una evolución en estas materias, singularmente a partir de finales de los años sesenta, fruto de las profun-

das transformaciones sociales del momento, prolegómeno de los cambios de calado producidos en la Transición, a partir de 1977, entre los que destacan el Real Decreto de 1 de diciembre de 1977, que realizó una reforma profunda en el Reglamento del Registro Civil, la Ley 22/1978, de 26 de mayo. La Constitución española tipificó el *ius connubii* como un Derecho constitucional, y uno de los acuerdos firmados entre la Santa Sede y el Estado español el 3 de febrero de 1979 contempló el matrimonio canónico con efectos civiles⁶.

En todo el período de la codificación civil española y el posterior proceso de apéndices primero y compilador después, se produjeron un buen número de fuentes caracterizadas por su profundo historicismo. En concreto, en el proceso de la elaboración del apéndice navarro al Código civil, habremos de citar la *Memoria* de Antonio Morales de 1884, elaborada con el fin de identificar las excepciones navarras al Proyecto de Código civil de 1880⁷, el Proyecto de Antonio Morales titulado *Leyes especiales de Navarra* (1900)⁸, el Proyecto de los miembros de la Comisión de letrados de Navarra, Javier García Echarri, Carlos Isaba, Fermín Iñarra y Echenique, Arturo Campión y Salvador Echaide, titulado *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil* (1900)⁹, el *Anteproyecto de Apéndice para Navarra*, de Víctor Covián y Junco (1917)¹⁰, el *Informe sobre el Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, del Colegio de Abogados de Pamplona (1926)¹¹, el *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*, de

⁶ A partir de entonces, las novedades más destacadas –sobradamente conocidas– han sido la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la Ley 30/1981, de 7 de julio, relativa al divorcio, los diferentes Acuerdos con religiones distintas de la católica para la celebración del matrimonio (1992), la Ley 35/1994, que autorizó a los alcaldes a celebrar matrimonios, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 13/2005, de 1 de julio, que autorizó el matrimonio homosexual, y la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

⁷ MORALES GÓMEZ, A., *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general, y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Imprenta de V. Cantera, Pamplona, 1884.

⁸ MORALES, A., *Leyes especiales de Navarra*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1900.

⁹ GARCÍA Y ECHARRI, J., ISABA, C., IÑARRA Y ECHENIQUE, F., CAMPIÓN, A., y ECHAIDE, S., *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1900. Reed. Imprenta Provincial, Pamplona, 1904.

¹⁰ COVIÁN Y JUNCO, V., *Anteproyecto de Apéndice para Navarra*, Pamplona, 1917. No llegó a editarse (existe copia mecanografiada en el Colegio Notarial de Pamplona), pero sirvió de base para los trabajos de recopilación posteriores.

¹¹ COLEGIO DE ABOGADOS DE PAMPLONA, *Informe sobre el Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil, aprobado por la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1926.

Rafael Aizpún Santafé y Fernando de Arvizu Aguado (1929)¹², el *Apéndice de Derecho navarro al Código civil*, elaborado por el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, con notas críticas realizadas principalmente por Juan San Juan Otermin (1930)¹³, y el *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil* (1944), culminado en el posterior *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil* (1945)¹⁴.

Por su parte, las fuentes de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra y sus modificaciones son el *Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra* (1959)¹⁵, la *Recopilación Privada*, elaborada por Juan García-Granero Fernández, José Javier Nagore Yárnoz, Jesús Aizpún Tuero, Álvaro d'Ors Pérez-Peix, José Javier López Jacoiste, José Arregui Gil, Juan Santamaría Ansa y Francisco Salinas Quijada (1971)¹⁶, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra¹⁷, el Decreto-Ley 19/1975, de 26 de diciembre, sobre modificación de determinadas Leyes de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra¹⁸, la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra¹⁹, y la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables²⁰.

4. FUENTES LEGISLATIVAS CANÓNICAS

La legislación conciliar y sinodal constituye la legislación más pegada a la realidad de cada territorio, pues, como ocurre con los fueros y ordenanzas municipales, los sínodos son las asambleas más cercanas al pueblo. El legislador sinodal atendió a los aspectos más oscuros de la sociedad en relación a los diferentes sacramentos; no se fijó en las buenas prácticas de los cristianos,

¹² AIZPÚN SANTAFÉ, R. y ARVIZU AGUADO, F. de, *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1930.

¹³ COLEGIO NOTARIAL DE PAMPLONA, *Apéndice de Derecho navarro al Código civil*, Colegio Notarial, Pamplona, 1930.

¹⁴ DIPUTACIÓN FORAL DE NAVARRA, *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1945.

¹⁵ COMISIÓN COMPILADORA DE NAVARRA, *Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra o Compilación del Derecho civil de Navarra*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1959.

¹⁶ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. *et alii*, *Derecho Foral de Navarra. Derecho privado (Recopilación privada)*, Aranzadi-Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1971.

¹⁷ Boletín Oficial del Estado, 7, 8, 9, 10, 12, 13 y 14 de marzo de 1973, nº 57 a 63; corrección de errores Boletín Oficial del Estado, 30 de mayo de 1974, nº 129.

¹⁸ Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 1976, nº 7.

¹⁹ Boletín Oficial del Estado, 5 de junio de 1987, nº 134.

²⁰ Boletín Oficial de Navarra, 7 de julio de 2000, nº 82, y Boletín Oficial del Estado, 6 de septiembre de 2000, nº 214.

sino en la transgresión de los deberes sacramentales del matrimonio. Esta legislación particular del obispado buscó la corrección de la vida de los fieles conforme a la moral católica. El sacramento matrimonial fue tratado con una profusión cada vez mayor conforme avanzó la Baja Edad Media, hasta que, el Concilio de Trento y su Decreto Tametsi dieron paso a unas constituciones sinodales que regularon con detalle esta materia.

Cabe señalar, por otra parte, que no conocemos recursos planteados desde Navarra ante la Curia romana generados por la exclusividad del Derecho canónico en materia matrimonial, a diferencia de Castilla, donde se recurrió por cuestiones relativas al Tribunal de la Rota o por colisiones con la jurisdicción episcopal²¹.

Las fuentes de los concilios provinciales y de los sínodos diocesanos que afectan al territorio navarro son numerosas, fruto de la diversidad de provincias eclesiásticas y diócesis existentes en el reino a lo largo de su historia, de ahí que hayan de tenerse en cuenta las Constituciones provinciales de Tarragona, Zaragoza y Auch, y las Constituciones sinodales de las diócesis de Pamplona, Calahorra, Tarazona, Zaragoza, Bayona y Dax.

5. DOCUMENTACIÓN PROCESAL

Los procesos judiciales constituyen la fuente más importante para el análisis de la praxis matrimonial y de la transgresión de la norma. Alejandro Lizarraga consideró que los procesos diocesanos suponen la aplicación más expresiva del Derecho canónico en las diferentes comunidades que integran el territorio, «al tiempo que reflejan de modo directo la vida de una sociedad, cuyos usos, estructuras, conflictos y valores son vertidos en ese intento de plasmar la realidad de las cosas que es siempre un proceso judicial»²², aseveración que cabe extrapolar a los procesos del ámbito secular.

No contamos desgraciadamente con procesos medievales, pero abunda la documentación procesal de época moderna. Los procesos de la jurisdicción secular se conservan en el Archivo General de Navarra (sección de Tribunales Reales), y los de la jurisdicción eclesiástica en los diferentes archivos diocesanos, entre los que destacan, por su elevado número, los del Archivo Diocesano de Pamplona de los siglos XVI y XVII suman 1.556 procesos matrimoniales, cuya tipología analizó Juncal Campo, tras un minucioso ras-

²¹ Cfr. RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia del Derecho Español*, Iustel, Madrid, 2010, p. 342.

²² Lizarraga Artola, A., «La praxis acerca del matrimonio en la diócesis de Pamplona antes del Concilio de Trento (1501-1560)», *Cuadernos doctorales. Derecho Canónico. Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. 9, 1991, p. 322.

treo cuantificador²³. No parece, sin embargo, que el método consistente en probar el elemento repetido²⁴ se adecúe bien a la Historia del Derecho –al menos desde un planteamiento de *longue durée*, pues los centenares de procesos judiciales existentes en las diversas jurisdicciones impiden abordar con detalle el contenido de los mismos, faltando para Navarra análisis monográficos centrados unos pocos procesos judiciales, como los desarrollados en Castilla²⁵.

Ha de tenerse en cuenta, asimismo, la jurisprudencia del Tribunal del Santo Oficio relativo a la bigamia, con fondos documentales, en este caso, en el Archivo Histórico Nacional, identificados y analizados por Beatriz Tanco²⁶.

Contamos, por otra parte, con alegaciones jurídicas históricas que tienen que ver con la institución matrimonial. En concreto, el Archivo General de Navarra custodia el código *Allegaciones iuris*, formado por una colección de diversas alegaciones, informaciones y dictámenes jurídicos sobre diversos asuntos contenciosos del siglo XVII y de principios del XVIII, sobre todo relativas a Derecho civil. La mayor parte de ellas abordan casos de la Ribera tudelana, como el relativo a la sucesión de bienes troncales, publicado y analizado por Roldán Jimeno y María Iranzu Rico²⁷.

En cuanto a la jurisprudencia contemporánea, las sentencias de los Tribunales del reino alcanzan hasta la desaparición del Consejo Real y la Corte Mayor en 1834 –aunque perviven todavía sus nombres asimilado ahora al sistema español, y, definitivamente con la Ley de Fueros de 1841. Las sentencias fueron dictadas a partir de entonces por el Tribunal Supremo de Justicia, la Audiencia Territorial y los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.

La codificación española acabó circunscribiendo la regulación del matrimonio navarro al Derecho económico matrimonial. El repertorio de la juris-

²³ CAMPO GUINEA, M^a del J., *Comportamientos matrimoniales en Navarra. Siglos XVI y XVII*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1998.

²⁴ *Vid.*, CHAUNU, P., *Historia cuantitativa, historia serial*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

²⁵ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M^a J., *El amancebamiento. Una visión histórico-jurídica en la Castilla moderna*, Dykinson, Madrid, 2014, donde, entre otras cuestiones, analizó dos procesos sobre amancebamiento de finales del siglo XVIII.

²⁶ TANCO MARTÍNEZ, Beatriz, «La bigamia en el Tribunal Inquisitorio de Logroño: siglos XVI y XVII», en ERRO GASCA, C. y MUGUETA MORENO, I. (coords.), *Grupos sociales en la historia de Navarra, relaciones y derechos*. Actas del V Congreso de Historia de Navarra. Pamplona, septiembre de 2002, Ediciones Eunat, Pamplona, 2002, vol. 1, pp. 333-342.

²⁷ JIMENO ARANGUREN, R. y RICO ARRASTIA, M^a I., «La sucesión de los bienes troncales en Tudela (Navarra) a la luz de un dictamen jurídico de finales del siglo XVII», *Ius Fugit. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Corona de Aragón*, Vol. 17, 2011-2014, pp. 191-210.

prudencia civil de Navarra, dirigido por Francisco de Asís Sancho Rebullida, comprende decenas de sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia de Navarra relativas al régimen económico matrimonial²⁸.

En el ámbito canónico, los procesos de los siglos XIX y XX de los diversos archivos diocesanos no han sido objeto de estudio.

6. DOCUMENTACIÓN NOTARIAL

La praxis del matrimonio histórico, y muy singularmente del régimen económico matrimonial, puede reconstruirse también a través de los documentos de aplicación del derecho, fuente imprescindible para los siglos alto-medievales, pues supone prácticamente el único testimonio documental de que disponemos para acercarnos a la institución. Tenemos la fortuna de contar con toda la documentación alto y plenomedieval navarra publicada, y un buen número de fuentes bajomedievales también están transcritas. Frente a las escasas capitulaciones matrimoniales medievales conservadas –la fuente más interesante para el estudio del régimen económico-matrimonial–, abundan las de épocas moderna y contemporánea, con miles de contratos conservados en la sección Protocolos notariales del Archivo General de Navarra. El investigador ha de tener en cuenta que los protocolos notariales adquieren carácter histórico transcurridos cien años desde su elaboración, por lo que en el mencionado Archivo únicamente se pueden consultar los fondos hasta el año 1915. La fecha coincide, prácticamente, con la del magnífico estudio de Hilario Yaben, *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia* (1916)²⁹.

7. REGISTROS DE COMPTOS

Los Registros de Comptos del reino de Navarra, existentes a partir de 1259 y conservados en la sección de Comptos del Archivo General, contienen información sobre la recaudación de penas impuestas con motivo de los delitos por adulterio, raptó y crimen contra natura.

8. VISITAS PASTORALES O EPISCOPALES

La visita pastoral del obispo a su diócesis fue una de las instituciones más antiguas de la Iglesia, potenciada por los concilios toledanos y consolidada

²⁸ SANCHO REBULLIDA, F. de A. (dir.), *Jurisprudencia civil foral de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1997, 3 vols.

²⁹ YABEN Y YABEN, H., *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1916.

en la Edad Media merced a su regulación por el Decreto de Graciano y por las Decretales de Gregorio IX, aunque no fue hasta el Concilio de Trento cuando se generalizó la institucionalización y organización de las visitas institucionales en el ámbito eclesiástico. La Iglesia pudo conocer con este instrumento la realidad de cada diócesis, corregir los comportamientos que transgredían la norma y acopiar información³⁰, de ahí que visitas pastorales sean prolijas informando sobre diversos aspectos relativos a la transgresión del Derecho canónico matrimonial. Los mandatos del obispo o de sus comisionados se consignaban en los libros de visitas de cada parroquia. En Navarra contamos con abundantes visitas a partir de los años de la reforma pretridentina y, sobre todo, desde la institucionalización de este mecanismo de control a raíz del Concilio de Trento.

9. REGISTROS PARROQUIALES Y REGISTROS CIVILES

Como efecto de la publicidad del futuro matrimonio establecida por el Concilio de Trento se crearon los registros parroquiales, que consignaron el estado civil de los fieles de cada parroquia. Constituyen la única fuente existente para contabilizar el número de matrimonios hasta 1870, cuando con la Ley de Matrimonio Civil se crearon los Registros civiles. A partir de estos últimos se han confeccionado las estadísticas históricas de los matrimonios, divorcios y, en la actualidad, también de las parejas de hecho. Las estadísticas han sido publicadas en la obra *Movimiento natural de la población navarra, 1858-1989*³¹. Esos datos y los relativos a períodos posteriores se encuentran en la página web del Instituto de Estadística de Navarra³², y fueron analizados, para el período 1976-1991, por la socióloga Carolina Montoro Gurich³³.

10. FUENTES DOCTRINALES

No existe una doctrina jurídica navarra sobre el matrimonio y las uniones afines hasta la época contemporánea, pues autores como Martín de Azpilcue-

³⁰ Vid. CAMPO GUINEA, M^a del J., *Comportamientos matrimoniales, op.cit.*, pp. 47-50.

³¹ *MOVIMIENTO natural de la población navarra, 1858-1989*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1993.

³² <http://www.navarra.es/home_es/Navarra/Asi+es+Navarra/Navarra+en+cifras/> (consultado en marzo de 2015).

³³ Montoro Gurich, C., «¿Quién se casa con quién? Mercado matrimonial en primeras nupcias en Navarra, 1976-1991», en Sullivan, D. S. R. (coord.), *Actas del Congreso Internacional de la Población. V Congreso de la ADEH, vol. IV. Matrimonio y nupcialidad: perspectivas interdisciplinares*, Gobierno de La Rioja-Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 1999, pp. 133-158; *La nupcialidad en Navarra. Análisis socio-demográfico 1975-1991*, Rialp, Madrid, 1999.

ta, Bartolomé de Carranza o Juan de Palafox y Mendoza desarrollaron y publicaron sus estudios fuera de su tierra. En el siglo XIX asistimos al alumbramiento de la doctrina navarra de la mano de civilistas, canonistas e iushistoriadores, a los que habremos de añadir, a partir de la segunda mitad del siglo XX, las aportaciones de los historiadores sociales, los antropólogos y los sociólogos.

10.1. *La historiografía del Derecho*

José Yanguas y Miranda puede ser considerado el primer historiador del derecho navarro, a pesar de que no era jurista. Su *Diccionario de los Fueros del Reino de Navarra* (1828-1829) fue una suerte de primer cedazo delimitador de las fuentes legales relativas al matrimonio y al Derecho económico-matrimonial. Voces de esta obra como «Adulterio», «Donaciones», «Hijos», «Matrimonios», «Sucesiones» y «Usufructo», así como las que incluyó en su posterior *Diccionario de Antigüedades del Reino de Navarra* (1840-1841) –verbi gracia «Matrimonios»–, constituyeron los primeros micro-estudios iushistóricos sobre la institución matrimonial en Navarra³⁴. Su labor fue continuada por un jurista, José Alonso Ruiz de Conejares, que ahondó en la interpretación de las fuentes delimitadas por Yanguas, en su minuciosa compilación y análisis de la legislación que perduró a raíz de la Ley de Fueros de 1841³⁵.

Las décadas siguientes no alumbraron nuevas aportaciones, hecha salvedad de las referencias generales, pero utilísimas desde una perspectiva comparada, de la obra de Tomás Ximénez de Embún dedicada al derecho altomedieval aragonés y navarro (1878)³⁶.

En la última década del siglo XIX aparecieron dos artículos imprescindibles firmados por el normando Georges Desdevises du Dézert: «De la condition de la femme marié en Navarre d'après le Fuero General» (1890)³⁷ –sobre

³⁴ YANGUAS Y MIRANDA, J., *Diccionario de los Fueros del Reino de Navarra y de las leyes vigentes promulgadas hasta las Cortes de los años 1817 y 1818, inclusive*, Imprenta de Ignacio Ramón Baroja, San Sebastián, 1828. 3 vols. *Adiciones a los diccionarios de los Fueros y leyes del reino de Navarra*, Imprenta de Ignacio Ramón Baroja, San Sebastián, 1829. Reed. de ambas en Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964. 3 vols.

³⁵ ALONSO RUIZ, J., *Recopilación y comentario de los Fueros y Leyes del Antiguo Reino de Navarra, que han quedado vigentes después de la modificación hecha por la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841*, Saavedra y Compañía, Madrid, 1848-1849. Reed. Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964, 2 vols.

³⁶ XIMÉNEZ DE EMBÚN, T., *Ensayo histórico acerca de los orígenes de Aragón y Navarra*, Imprenta del Hospicio, Zaragoza, 1878.

³⁷ DESDEVISES DU DEZERT, M. G., «De la condition de la femme marié en Navarre d'après le Fuero General», *Revue des Pyrénées*, 1890, pp. 804-833.

la condición de la mujer en la familia navarra, tanto durante el matrimonio como tras su disolución–, y «Les unions irrégulieres en Navarre» (1891)³⁸, en donde este doctor en Derecho y en Historia subrayó el arcaísmo del matrimonio navarro y las singulares formas de uniones sexuales permanentes.

Ningún historiador del Derecho, navarro, francés o español, continuó investigando el matrimonio navarro, ni siquiera el éuskaro Arturo Campión, que apenas se ocupó de la institución matrimonial en su copiosa obra, más allá de consideraciones vagas y generales³⁹. Fueron los estudiosos del Derecho positivo –como veremos más abajo–, los que ahondaron en la historia del matrimonio en las tres primeras décadas del siglo XX. El desinterés por el pasado jurídico del reino pirenaico quedó evidenciado en el cuaderno quinto de Salvador Minguijón, dedicado a la capacidad jurídica, familia, esponsales y matrimonio (1929)⁴⁰, centrado en el Derecho romano, canónico, germano, hispano-godo y castellano medieval.

Los años del franquismo fueron fecundos en el análisis de diversos aspectos de la institución matrimonial y de las uniones sexuales permanentes elaborados a partir de los fueros locales y territoriales hispánicos medievales, incluidos los textos navarros más relevantes. Fueron trabajos muy marcados por el positivismo, entre los que destacamos los realizados por Rafael Gibert (1947, 1951-1952)⁴¹, Juan García González (1953)⁴², José María Font Rius (1954)⁴³, Alfon-

³⁸ DESDEVICES DU DEZERT, M. G., «Les unions irrégulieres en Navarre», *Mémoires de la Academie National des Sciences, Arts et Belles Lettres de Caen*, 1891, pp. 185-204.

³⁹ *Vid.*, por ejemplo, sus consideraciones sobre la casa y la familia: CAMPIÓN, A., «La personalidad éuskara en la Historia, el Derecho y la Literatura», *Discursos políticos y literarios*, La Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1976 (orig. Bilbao, 1901), pp. 126-127.

⁴⁰ MINGUIJÓN, S., *Historia del Derecho español, con exposición de instituciones romanas, canónicas y germanas en su proceso evolutivo y con referencias a la Historia de las ideas y de la civilización. Cuaderno quinto. Capacidad jurídica, familia, esponsales, matrimonio*, Gambón, Madrid, 1929 (3ª edic. aumentada).

⁴¹ GIBERT, R., «El consentimiento familiar en el matrimonio según el Derecho medieval español», *Anuario de Historia del Derecho español*, Vol. 18, 1947, pp. 706-761; «El Derecho medieval de la Novenera», *Anuario de Historia del Derecho español*, Vol. 21-22, 1951-1952, pp. 1169-1221. Sin embargo, en su antología de textos de derecho histórico privado no optó por ningún fragmento del Fuero General de Navarra para ilustrar los esponsales, el matrimonio, el régimen dotal, las arras y dote, la comunidad de bienes y de ganancias, la potestad paterna, o la sucesión. Sí lo hizo, en cambio, a la hora de ejemplificar la filiación, los alimentos, las sucesiones, la legítima, o la mejora (Textos jurídicos españoles, Gómez, Pamplona, 1954, pp. 101-147).

⁴² GARCÍA GONZÁLEZ, J., «El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la historia del Derecho español», *Anuario de Historia del Derecho español*, Vol. 23, 1953, pp. 611-642.

⁴³ FONT RÍUS, J. M^a, *La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho medieval hispánico*, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1954.

so Otero Varela (1955, 1957-1958)⁴⁴, y Rafael Sierra Ruiz (1964-1965, 1965-1966)⁴⁵. Joaquín Cerdá Ruiz de Funes elaboró una síntesis tardía de lo contenido en estos trabajos de derecho local en la voz «Fueros municipales» de la Nueva Enciclopedia Jurídica de Seix (1976)⁴⁶.

La renovación metodológica que por aquellos años venía operándose en Europa, y muy especialmente en Francia, no llegó a España hasta los años setenta. Se relanzaron a partir de entonces trabajos desde orientaciones, presupuestos metodológicos y objetivos dispares. Algunos de los miembros de la nueva generación de historiadores del derecho incorporados a la disciplina en el segundo de los años sesenta o el primero de los setenta que se ocuparon del matrimonio y sus instituciones conexas tuvieron en cuenta las fuentes navarras. Fue el caso de Enrique Gacto Fernández (1969, 1971, 1978)⁴⁷, José Martínez Gijón (1970, 1980)⁴⁸, Aquilino Iglesia Ferreirós (1988 y 1990)⁴⁹, Emma Montanos Ferrín (1980)⁵⁰, y Rogelio Pérez-Bustamante (1983)⁵¹. El estellés José

⁴⁴ OTERO VARELA, A., «Las arras en el Derecho español medieval», *Anuario de Historia del Derecho español*, Vol. 25, 1955, pp. 189-210; «Mandas entre cónyuges», *Anuario de Historia del Derecho español*, Vol. 27-28, 1957-1958, pp. 399-412.

⁴⁵ SIERRA RUIZ, R., «Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español», *Anales de la Universidad de Murcia. Derecho*, Vol. 23 (1964-1965), pp. 55-155; «Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español (continuación)», *Anales de la Universidad de Murcia. Derecho*, Vol. 24, 1965-1966, pp. 39-216.

⁴⁶ CERDÁ RUIZ DE FUNES, J., «Fueros municipales», en Mascareñas, C. E. (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, X, Francisco Seix S.A., Barcelona, 1976, pp. 395-478.

⁴⁷ GACTO FERNÁNDEZ, E., *La filiación no legítima en el Derecho Histórico español*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969; «La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español», *Anuario de Historia del Derecho español*, Vol. 41, 1971, pp. 899-944; «El divorcio en España: evolución histórica», *Historia* 16, 27 (1978), pp. 19-34.

⁴⁸ MARTÍNEZ GIJÓN, J., «Los sistemas de tutela y administración de los bienes de los menores en el Derecho local de Navarra», *Anuario de Historia del Derecho español*, Vol. 40, 1970, pp. 227-240; «Alimentos en favor de los ascendientes en el Derecho medieval en Navarra», *Anuario de Historia del Derecho español*, Vol. 50, 1980, pp. 208-222.

⁴⁹ IGLESIA FERREIRÓS, A., «Individuo y familia. Una historia del Derecho privado español», en ARTOLA, M. (dir.), *Enciclopedia de Historia de España*, Tomo I, Alianza, Madrid, 1988, pp. 433-536; «Doctrinas e instituciones civiles: familia, matrimonio, sucesiones. La situación de los estudios de Historia del Derecho privado en España», en CLAVERO, B., GROSSI, P. y TOMÁS Y VALIENTE, F. (a cura di), *Hispania, entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'Incontro di Studio Firenze-Lucca, 25, 26, 27 maggio 1989*, Giuffrè, Milano, 1990, vol. 2, pp. 204-314 (la referencia al Fuero General de Navarra en p. 213).

⁵⁰ MONTANOS FERRÍN, M^a E., *La familia en la Alta Edad Media*, EUNSA, Pamplona, 1980.

⁵¹ PÉREZ-BUSTAMANTE, R., *Los regímenes económicos matrimoniales en la Historia del Derecho español*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1983.

María Lacarra, catedrático de Historia Medieval y formado también como jurista, publicó en 1981 el artículo «Sobre el matrimonio y otros arcaísmos entre vascos, navarros y aragoneses»⁵², todavía hoy imprescindible.

El Derecho económico-matrimonial, que podríamos considerar rama autónoma del Derecho matrimonial, fue ampliamente trabajado en su dimensión histórica por los iuspositivistas navarros de la Compilación, aspecto que trataremos en el siguiente epígrafe. Este hecho pudo ser motivo para que los historiadores del derecho navarros apenas se hubieran investigado el tema en los años sesenta, setenta y ochenta, hecha salvedad de Fernando de Arvizu Galarraga, que investigó un tema colateral, la desheredación (1976-1977, 1979 y 1982)⁵³.

El desolador panorama iushistoriográfico navarro quedó evidenciado en el artículo «Estudios jurídicos sobre el papel de la mujer en la Baja Edad Media» (1993), de Mercedes Galán Lorda, donde trató sobre el matrimonio en las legislaciones canónica y castellana y realizó un somero repaso de la bibliografía especializada; sin embargo, no dedicó ni una sola mención a Navarra⁵⁴. Más recientemente, el estado de la cuestión sobre la historiografía jurídica pirenaica relativa a la familia, obra de Serrano Daura (2004)⁵⁵, únicamente incluyó autores iuspositivistas navarros. Las investigaciones desarrolladas desde el Derecho positivo parecen ser, por otra parte, la fuente de la que se han valido los historiadores del derecho que se han ocupado –muy sucintamente– del matrimonio histórico navarro en sus manuales (José Manuel Pérez-Prendes, 1996⁵⁶, Remedios Morán Martín, 1999⁵⁷, y Magdalena Rodríguez Gil, 2010⁵⁸).

⁵² LACARRA, J. M^a, «Sobre el matrimonio y otros arcaísmos entre vascos, navarros y aragoneses», Cuadernos de Historia de España, Vol. 55-56, 1981, pp. 449-455.

⁵³ ARVIZU GALARRAGA, F. de, «La desheredación por cinco sueldos en el Derecho altomedieval de Aragón y Navarra», *Anuario de Derecho Foral*, Vol. 2, 1976-1977, pp. 65-77; «Las causas de desheredación en el Derecho altomedieval de Aragón y Navarra», en *Mélanges offerts à Jean Dauvillier*, Centre d'Histoire juridique méridionale, Toulouse, 1979, pp. 1-14; «La réserve héréditaire dans le Droit navarrais du bas Moyen Âge», *Annales du Midi*, Vol. 94, 1982, pp. 91-102.

⁵⁴ GALÁN LORDA, M., «Estudios jurídicos sobre el papel de la mujer en la Baja Edad Media», *Anuario Filosófico*, Vol. 26/3, 1993, pp. 541-557.

⁵⁵ SERRANO DAURA, J., «La familia en la historiografía jurídica dels territoris hispànics pirenaics (s. XIX-XX)», *Revista de Dret Històric Català*, Vol. 4, 2004, pp. 91-120, y, especialmente, p. 106, dedicada a la historiografía navarra.

⁵⁶ PÉREZ-PRENDES, J. M., *Interpretación histórica del Derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 1996. Reed. *Historia del Derecho español*, Universidad Complutense, Madrid, 1999, 2 vols.

⁵⁷ MORÁN MARTÍN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Madrid: UNED; Universitat, 2002, 2 vols.

⁵⁸ RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia, op.cit.* Esta profesora publicó en 1998 su monografía *Vice Uxor*. Notas sobre el concubinato en España desde la recepción del Derecho común, a partir, sobre todo, de la doctrina jurídica; apenas menciona el reino pire-

El desolador panorama contrasta con el vigor de los estudios dedicados al pasado de la institución matrimonial en Labourd y, en menor medida, en Baja Navarra y Zuberoa, que debemos a la catedrática Maïté Lafourcade, imprescindibles para todo tipo de análisis comparativos con la Alta Navarra⁵⁹.

Entrados en el siglo XXI, asistimos a una revigorización investigadora. Rosa María Ayerbe Iríbar dio a conocer una institución contemplada en las capitulaciones matrimoniales baztanesas del siglo XVI, los *auriches*, consistentes en una mejora aportada por el advenedizo a la casa familiar cuando concertaba su matrimonio (2007)⁶⁰. Gregorio Monreal y Roldán Jimeno analizaron la historia de la jurisdicción eclesiástica matrimonial en Navarra (2008)⁶¹, y trazaron una visión general de la institución matrimonial en el viejo reino, observando los principales aspectos que determinaron la estructura y naturaleza de las distintas uniones conyugales. Trataron de inducir la estructura y carácter de la institución del marco externo donde se desenvolvía: condicionamientos religioso-morales y socio-económicos, vigencia espacial y temporal de las distintas formas de unión, carácter de la ordenación, autonomía de la unión conyugal frente a otras instancias institucionales, fines asignados por la sociedad y el Estado a estas uniones, etc.; atendieron, finalmente, a la tipificación del contenido del consorcio conyugal a través de la posición respectiva de los cónyuges, el valor de la potestad marital y la fidelidad, entre otros aspectos (2010)⁶².

naico: Vice Uxor. Notas sobre el concubinato en España desde la recepción del Derecho común, Universidad Complutense, Madrid, 1998, pp. 112-113 (referencia al Fuero General de Navarra, 2, 4, 22.

⁵⁹ LAFOURCADE, M., «La condition juridique de la femme en Iparralde, sous l'Ancien Régime», *Bulletin du Musée Basque*, 1988, pp. 161-176; «La condición jurídica de la mujer en Iparralde bajo el Antiguo Régimen», *Emakumea Euskal Herriko historian/La mujer en la historia de Euskal Herria*, Colecc. Langaiak, nº 12, IPES, Bilbao, 1988, pp. 59-64; *Mariages en Labourd sous l'Ancien Régime. Les contrats de mariage du pays de Labourd sous le règne de Louis XVI: (étude juridique et sociologique)*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 1989; «Le Droit de la Famille en Iparralde sous l'Ancien Régime», *Bulletin du Musée Basque*, Vol. 167, 2006, pp. 17-38; LAFOURCADE, M. y ETCHEVERRY-AÏCHART, J., «La transmission juridique de la maison basque», en *Etexa ou la maison basque*, Lauburu, Saint-Jean-de-Luz, 1980, 2ª ed., pp. 39-82.

⁶⁰ AYERBE IRÍBAR, M^a R., «Los *auriches* en el Derecho privado del Baztán navarro (s. XVI). Datos para un concepto», *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País*, Vol. 63/1, 2007, pp. 5-19.

⁶¹ MONREAL ZIA, G. y JIMENO ARANGUREN, R., *Textos*, vol. 1, *op.cit.*, pp. 683-684.

⁶² MONREAL ZIA, G. y JIMENO ARANGUREN, R., «Naturaleza y estructura del matrimonio y otras uniones afines en el derecho histórico hispánico, con especial atención a Navarra», *Príncipe de Viana*, Vol. LXXI, nº 250, 2010, pp. 501-538.

El segundo de estos autores analizó, además, el matrimonio civil o *leal coniugio* pretridentino (2013)⁶³.

10.2. *La historiografía elaborada desde el iuspositivismo*

Es en el ámbito de las aportaciones concebidas desde el iuspositivismo estricto donde, se han aportado un mayor número de contribuciones para esclarecer la historia del matrimonio. Nos referimos a los estudios que, a pesar de estar centrados en el Derecho vigente, dedican una atención especial a los antecedentes históricos. Se trata de obras elaboradas por juristas a partir de textos de carácter legal, sin tener en cuenta la praxis jurídica, es decir, sin relacionarlos con los documentos de aplicación del derecho y la jurisprudencia, que es donde se refleja la realidad de la vida jurídica del matrimonio y de las uniones sexuales permanentes. Diversos manuales de Derecho civil contienen miradas al pasado navarro, pero ninguno con la profundidad y rigor del tomo quinto del *Derecho Civil español, común y foral*, dedicado al Derecho de familia, de José Castán Tobeñas (1976)⁶⁴. Habremos de añadir, además, el volumen tercero de los *Estudios de Derecho de Familia* del notario Enrique Fosar Benlloch, dedicado a la evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España (1985)⁶⁵, con diversas referencias a las fuentes del Derecho medieval navarras.

Los trabajos de los iuspositivistas navarros están relacionados con la inserción del Derecho e instituciones forales en el sistema constitucional y codificado español, de ahí que se centren, fundamentalmente, en el análisis de los antecedentes históricos del Derecho económico-matrimonial y sucesorio vinculado al matrimonio.

Hemos apuntado en el epígrafe anterior cómo los *Diccionarios* de José Yanguas y Miranda fueron superados por la compilación del liberal corellano José Alonso. El que fuera ministro de Gracia y Justicia en 1841 cuando se firmó la Ley paccionada, publicó en 1848 una obra capital, la *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del antiguo reino de Navarra que han quedado vigentes después de la modificación hecha de la Ley paccionada de*

⁶³ JIMENO ARANGUREN, R., «Contrarreforma y lengua: regulación jurídica y praxis en Navarra», en ANCHÚSTEGUI, E. (coord.), *Visiones poliédricas sobre la conquista de Navarra*, Pamplona, Pamplona, 2013, pp. 150-154.

⁶⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral, Tomo V. Derecho de Familia. Vol. Primero. Relaciones conyugales*, Reus, Madrid, 1976 (9ª edic., actualizada por G. García Cantero y J. Mª Castán Vázquez).

⁶⁵ FONSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia. Tomo III. Las uniones libres. La evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España*, Bosch, Barcelona, 1985.

16 de agosto de 1841⁶⁶, profundamente deudora de Yanguas en cuanto a la identificación de las fuentes. Sus dos tomos están estructurados en ocho libros, en los que recogió las leyes del reino vigentes tras la Ley de Fueros de 1841, que transcribió total o parcialmente, y de las que hizo un comentario doctrinal de conjunto.

La identificación de las fuentes legislativas realizada por José Yanguas y Miranda (Fueros locales, General de Navarra, Amejoramientos y leyes de Cortes) y la interpretación de las mismas por parte de José Alonso, fueron el basamento de la doctrina jurídica posterior⁶⁷. Lo ejemplifica el monumental trabajo del foralista estellés Victoriano Lacarra Mendiluce, *Instituciones de Derecho Civil Navarro* (1917 y 1932)⁶⁸, encuadrador del Derecho navarro en la estructura codificada, donde son constantes las remisiones a los antecedentes legislativos históricos, fueran navarros, de Derecho civil español o de Derecho canónico. Lo mismo ocurre con el librito de Manuel Jesús Alonso Arbe, *Notas sobre el sistema de sucesión universal en el derecho histórico de Navarra. El derecho de representación* (1935)⁶⁹.

Hilario Yaben publicó en 1916 una obra singular, cuya trascendencia doctrinal la convierte, todavía hoy, en una referencia inexcusable para todo trabajo jurídico relativo al régimen económico-matrimonial y sucesorio navarro: *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*⁷⁰. El autor, teólogo navarro y vicario general de Sigüenza, no era jurista, aunque por su formación sacerdotal y tareas desempeñadas tenía un amplio conocimiento jurídico de la realidad estudiada, a la que se acercó desde una perspectiva sociológica. Dividió su estudio en cinco bloques: en el primero realizó unas indicaciones generales sobre los diversos sistemas de transmisión del patrimonio familiar, los diversos tipos de familia derivados de aquellos sistemas y el tipo de familia troncal surgido en Navarra de la donación del patrimonio familiar a uno de los hijos. El segundo apartado lo dedicó a las facilidades que otorgaba la legislación foral navarra para

⁶⁶ ALONSO RUIZ, J., *Recopilación y comentario de los Fueros y Leyes del Antiguo Reino de Navarra, que han quedado vigentes después de la modificación hecha por la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841*, Saavedra y Compañía, Madrid, 1848-1849. Reed. Colecc. Biblioteca de Derecho Foral, núms. 1 y 2, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964. 2 vols.

⁶⁷ JIMENO ARANGUREN, R., «Derecho civil navarro y codificación general española», *Anuario de Historia del Derecho español*, Vol. 82, 2012, pp. 270-271.

⁶⁸ LACARRA MENDILUCE, V., *Instituciones de Derecho Civil Navarro*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1917 y 1932, 2 vols. Reed., en un solo volumen, Diputación Foral de Navarra-Aranzadi, Pamplona, 1965.

⁶⁹ ALONSO ARBE, M. J., *Notas sobre el sistema de sucesión universal en el derecho histórico de Navarra. El derecho de representación*, Editorial Vizcaína, Bilbao, 1935.

⁷⁰ YABEN Y YABEN, H., *Los contratos*, op.cit.

hacer la indicada donación. El tercero lo centró en los contratos matrimoniales, indicando las diferencias existentes entre las distintas comarcas de Navarra. El cuarto dio cuenta de los resultados de esta organización familiar, y el quinto constituyó un breve estudio crítico del Derecho económico-matrimonial navarro, examinando sus ventajas y desventajas. En la determinación de los resultados y en la apreciación de las ventajas se fijó en la estabilidad de la familia troncal derivada inmediatamente de la donación *propter nuptias*.

El triunfo de la sublevación militar de Emilio Mola en Navarra (julio de 1936), obligó a exiliarse a diversos juristas navarros de izquierdas y nacionalistas vascos. Pocos fueron los que continuaron desarrollando estudios doctrinales en el exilio. El único que se fijó en la institución matrimonial fue el jeltzale Manuel de Irujo (1945)⁷¹, al subrayar la importancia de la casa como signo de identidad de la familia vasca.

En la Navarra franquista se produjo un relanzamiento de los estudios en el marco del frustrado Proyecto de apéndice al Código civil y del exitoso camino de la Compilación. Los foralistas acometieron estudios positivistas pertrechados de una destacada erudición histórica fundamentadora de la ley en construcción. Los años anteriores al Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza (octubre de 1946) vieron aparecer los primeros trabajos del abogado Francisco Salinas Quijada en la revista *Príncipe de Viana*: «Las arras en el derecho foral navarro» (1941)⁷², «Conceptos y formas del matrimonio en el Derecho foral navarro» (1943)⁷³ y «La relación jurídica dotal en el Derecho Foral Navarro» (1946)⁷⁴. El órgano de expresión de la cultura jurídica foral del momento publicó otros dos trabajos más, uno del abogado Rafael Aizpún Tuero, «El pacto sucesorio en el Derecho civil navarro» (1945)⁷⁵, y otro del magistrado Juan Santamaría Ansa, «Retracto familiar en Navarra» (1946), en defensa de la sociedad familiar frente al individuo⁷⁶.

En las casi tres décadas en las que se fraguó la Compilación del Derecho civil foral navarro asistimos a la aparición de una destacada producción doc-

⁷¹ IRUJO, M. de, *Instituciones jurídicas vascas*, Ekin, Buenos Aires, 1945. Reed. Txalaparta, Tafalla, 2006.

⁷² SALINAS QUIJADA, F., «Las arras en el derecho foral navarro», *Príncipe de Viana*, Vol. II, nº 5, 1941, pp. 45-64.

⁷³ SALINAS QUIJADA, F., «Conceptos y formas del matrimonio en el Derecho foral navarro», *Príncipe de Viana*, Vol. IV, nº 12, 1943, pp. 337-367.

⁷⁴ SALINAS QUIJADA, F., «La relación jurídica dotal en el Derecho Foral Navarro», *Príncipe de Viana*, Vol. VII, nº 23, 1946, pp. 309-344.

⁷⁵ AIZPÚN TUERO, R., «El pacto sucesorio en el Derecho civil navarro», *Príncipe de Viana*, Vol. VI, nº 21, 1945, pp. 593-622. Reed. en *Anuario de Derecho Aragonés*, Vol. 2, 1945, pp. 159-186.

⁷⁶ SANTAMARÍA ANSA, J., «Retracto familiar en Navarra», *Príncipe de Viana*, Vol. VII, nº 22, 1946, pp. 83-96.

trinal marcada por un fuerte historicismo⁷⁷. Una primera fase, la que discurrió desde la constitución de la Comisión compiladora hasta la redacción del Anteproyecto de Fuero Recopilado (1948-1959), estuvo marcada por las perspectivas generales del magistrado Juan Santamaría Ansa, autor de *El Derecho civil de Navarra* (1955)⁷⁸ y del artículo titulado «El derecho civil de Navarra» (1956)⁷⁹, donde abordó aspectos como la libertad de estipulación en capitulas matrimoniales o las donaciones *propter nuptias*. Fueron años en los que aparecieron diversas monografías sobre Derecho sucesorio, firmadas por los prácticos del Derecho José Miguel Arriaga Sagarra (1948)⁸⁰, Eugenio Fernández Asiáin (1952)⁸¹, Joaquín Abadía Escola (1956)⁸², Domingo Frauca Llamas (1956)⁸³, y Rafael Aizpún Tuero (1957)⁸⁴.

Algunos de estos autores (Joaquín Abadía⁸⁵ y Rafael Aizpún Tuero⁸⁶) volvieron sobre estos temas en el ciclo de conferencias organizado por la

⁷⁷ *Vid.*, entre los ejemplos más significativos, GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Fuero Viejo y Fuero Nuevo de Navarra», *Anuario de Derecho Foral*, Vol. 1, 1975, pp. 131-216. SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra. I. Introducción*, Gómez, Pamplona, 1971, pp. 43-159; *Elementos de Derecho civil de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1979, pp. 106-111. LÓPEZ JACOISTE, J. J., «El Fuero Nuevo, un interrogante intelectual», *Revista Jurídica de Navarra*, Vol. 26, 1998, pp. 9-28; «El Derecho civil foral de Navarra, entre perspectivas de historia y sugerencias vivas», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Vol. 36, 2006, pp. 635-654. DORAL, J. A., «Prelación de fuentes en Derecho navarro», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 1, 1974, pp. 25-66.

⁷⁸ SANTAMARÍA ANSA, J., *El Derecho civil de Navarra. Esquemática de su estructura y contenido*, Imprenta de Felipe Gómez Alonso, Pamplona, 1955.

⁷⁹ SANTAMARÍA ANSA, J., «El derecho civil de Navarra», *Príncipe de Viana*, Vol. XVII, nº 62, 1956, pp. 95-102.

⁸⁰ ARRIAGA SAGARRA, J. M., *Libertad de testar, legítima foral y desheredación en el Derecho navarro*, Consejo de Estudios de Derecho Navarro, Pamplona, 1948.

⁸¹ FERNÁNDEZ ASIÁIN, E., *Estudios de Derecho Foral Navarro. La facultad de disposición en el pacto sucesorio; La rescisión por lesión; La troncalidad; La prescripción; El usufructo de viudedad*, Consejo de Estudios de Derecho Navarro, Pamplona, 1952, pp. 51-95.

⁸² ABADÍA ESCOLÁ, J., *Los derechos del cónyuge viudo en la legislación foral de Navarra*, Consejo de Estudios de Derecho Navarro, Pamplona, 1956.

⁸³ FRAUCA LLAMAS, D., *La representación sucesoria en el Derecho navarro*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1956.

⁸⁴ AIZPÚN TUERO, R., *La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra*, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1957.

⁸⁵ ABADÍA ESCOLÁ, J., «La viudedad foral», en *Curso de Derecho foral navarro. I. Derecho Privado*, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1958, pp. 193-210.

⁸⁶ AIZPÚN TUERO, R., «Derecho de representación. Derecho de acrecer», en *Curso de Derecho foral navarro. I. Derecho Privado*, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1958, pp. 211-227.

Facultad de Derecho del Estudio General de Navarra entre noviembre de 1956 y abril de 1957, editadas al año siguiente. Las ponencias impartidas ahí por Rafael Aizpún Santafé⁸⁷ y Juan Santamaría Ansa⁸⁸ tenían un carácter general; y descendieron a cuestiones específicas Javier Nagore, que se ocupó de las capitulaciones matrimoniales⁸⁹, y Jesús Luis Iribarren, que lo hizo sobre las segundas nupcias⁹⁰.

A partir de 1960 se abrió una nueva etapa compiladora cuando un grupo de juristas vinculados a la Universidad de Navarra se afanaron en realizar un proyecto de compilación de manera privada. Fue una fase en la que los esfuerzos se centraron, sobre todo, en el desarrollo del cuerpo legal, sin que, por el momento, se dieran a las prensas estudios doctrinales, hecha salvedad de la monografía de José Arregui Gil dedicada a la fidelidad viudal (1968)⁹¹ y un nuevo artículo de Javier Nagore sobre capitulaciones matrimoniales⁹². Al margen del grupo compilador, aunque estrechamente vinculado a él, el civilista aragonés José Luis Lacruz Berdejo elaboró un trabajo sobre la viudedad foral navarra (1966)⁹³ y trató sobre el régimen matrimonial navarro histórico en su estudio de los fueros de Aragón (1946)⁹⁴.

La propuesta de los compiladores se concretó en la denominada *Recopilación privada*, que fue publicada en 1971⁹⁵. Fue propósito de sus artífices «recoger simplemente el Derecho Civil vigente en Navarra, actualizando sus antiguas leyes y costumbres, eliminando lo que del Derecho Romano había

⁸⁷ AIZPÚN SANTAFÉ, R., «Ideas generales de las instituciones del Derecho civil navarro», en *Curso de Derecho foral navarro. I. Derecho Privado*, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1958, pp. 1-26.

⁸⁸ SANTAMARÍA ANSA, J., «Derecho de familia», en *Curso de Derecho foral navarro. I. Derecho Privado*, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1958, pp. 107-124.

⁸⁹ NAGORE YÁRNOZ, J. J., «Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho foral navarro. I. Derecho Privado*, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1958, pp. 141-177.

⁹⁰ IRIBARREN, J. L., «Segundas nupcias», en *Curso de Derecho foral navarro. I. Derecho Privado*, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1958, pp. 127-139.

⁹¹ ARREGUI GIL, J., *La fidelidad viudal en el Derecho privado de Navarra*, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1968.

⁹² NAGORE YÁRNOZ, J. J., «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en Derechos Común y Foral», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, vol. 4, pp. 505-550.

⁹³ LACRUZ BERDEJO, J. L., «Cuestiones fundamentales de la viudedad foral de Navarra», *Príncipe de Viana*, Vol. XXVII, nº 104-105, 1966, pp. 245-266. Reed. *Revista Jurídica de Navarra*, Vol. 8, 1989, pp. 13-30.

⁹⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., «El régimen matrimonial de los fueros de Aragón», *Anuario de Derecho Aragonés*, Vol. 3, 1946, pp. 17-153. Reed. en su obra *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, Cometa, Zaragoza, 1992, vol. 3, pp. 191-306.

⁹⁵ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. et alii, *Derecho Foral de Navarra*, op.cit.

caído en desuso, adaptando el antiguo Derecho a las exigencias de la vida y de la ciencia jurídica actuales»⁹⁶. La segunda parte de la obra consistió en una serie de «notas» aclaratorias del fundamento histórico legal, doctrinal o jurisprudencial de cada una de las leyes, de ahí que las páginas de su libro constituyan un punto de partida obligado para conocer los antecedentes históricos del *Fuero Nuevo*.

Promulgada la *Compilación civil foral de Navarra* en 1973, los trabajos posteriores de los artífices del *Fuero Nuevo* desgranaron con amplia erudición y fuerte positivismo las fuentes históricas en las que se habían basado al elaborar las leyes de esta fuente. Los autores más prolíficos fueron Juan García-Granero⁹⁷ y Francisco Salinas Quijada⁹⁸, Javier Nago-

⁹⁶ *IBÍDEM*, pp. 12-13.

⁹⁷ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Fuero General de Navarra 4, 2, 3. El cónyuge viudo que tiene *fealdat* ¿puede enajenar en caso de necesidad?», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 27, 1974, pp. 91-268; «Domna et domina, potens et usufructuaria», *Anuario de Derecho Foral*, Vol. 2, 1976-1977, pp. 97-322; «Anotaciones de un ius foralista sobre el libro de un lingüista: «Registro del Concejo de Olite», de Ricardo Ciérvide», *Anuario de Derecho Foral*, Vol. 2, 1976-1977, pp. 337-391. Es autor, asimismo, de comentarios a diversas leyes del Fuero Nuevo, en la obra dirigida por ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil Compilaciones forales. Tomo XXXVI, vol. 1.º. Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, EDERSA, Madrid, 1990: «Comentario al Título II: De las entidades y sujetos colectivos sin personalidad jurídica; leyes capacidad de los cónyuges; leyes 48 y 49», pp. 89-119; «Comentario al Título IV: De la capacidad de los cónyuges; leyes 53 a 62», pp. 136-247; «Comentario al Título VII: De los principios fundamentales del régimen de bienes de la familia; leyes 75 a 77», pp. 403-424; «Comentario al Título VIII: De las capitulaciones matrimoniales; leyes 78 a 81», pp. 425-499; «Comentario al Título IX: Del régimen de bienes en el matrimonio; leyes 82-104», pp. 1-361; «Comentario al Título X: Del régimen de bienes en segundas o posteriores nupcias; leyes 105-111», pp. 362-447; y «Comentario al Título XI: De las donaciones *propter nuptias*; leyes 112-118», pp. 448-505.

⁹⁸ SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra. I. Introducción*, Gómez, Pamplona, 1971; *Derecho civil de Navarra. II. Derecho de las personas. Derecho de las cosas (De los bienes en general. Del dominio. De la posesión)*, Gómez, Pamplona, 1972; *Derecho civil de Navarra. V. Derecho de Familia. Volumen 1. Organización de la familia*, Gómez, Pamplona, 1975; *Derecho civil de Navarra. V. Derecho de Familia. Volumen 2. Del régimen de bienes en la familia y en el matrimonio*, Gómez, Pamplona, 1975; *Derecho civil de Navarra. VI. De las donaciones y sucesiones. Volumen 1. De las donaciones, sucesión contractual, sucesión testamentaria: naturaleza, formas y contenido*, Gómez, Pamplona, 1977; *Derecho civil de Navarra. VI. De las donaciones y sucesiones. Volumen 2. Sucesión testamentaria (conclusión), sucesión legal, constitución, cesión y partición de la herencia*, Gómez, Pamplona, 1977; «La familia foral navarra», *Anuario de Derecho Foral*, Vol. 1, 1975, pp. 217-244; *Elementos de Derecho civil de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1979; «El Derecho Civil en el Fuero de San Sebastián y sus relaciones con el Derecho Civil en los Fueros Navarros», en *El Fuero de San Sebastián y su época*, Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 1982, pp. 301-378; *Estudio comparativo del Derecho ayalés y*

re⁹⁹, Álvaro d'Ors¹⁰⁰ y José Arregui Gil¹⁰¹. Son estudios de síntesis, desarrollados, en buena medida, a partir del rastreo de los antecedentes legislativos y una selección de capitulaciones matrimoniales que tuvieron en cuenta al acometer la *Compilación*¹⁰².

Otros civilistas también se ocuparon de los antecedentes del Derecho civil foral actual. Fueron, en concreto, José Castán Tobeñas¹⁰³, José Luis La Cruz Berdejo, Joaquín Rams Albesa y Francisco de Asís Sancho Rebulli-

navarro, Diputación Foral de Álava, Vitoria, 1983; «La indisolubilidad del matrimonio en el Derecho Civil navarro», *Ius Canonicum*, Vol. XXIV/47, 1984, pp. 387-431; *Examen elemental de las Instituciones de Derecho Civil Foral de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1985; «El hijo no matrimonial en el Derecho civil foral de Navarra», en *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, vol. 2, pp. 697-762; *Compendio de Derecho civil navarro*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1991.

⁹⁹ NAGORE YÁRNOZ, J. J., «Comentario al Título XIV: Del acogimiento a la casa y de las dotaciones; leyes 131-136», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil Compilaciones forales. Tomo XXXVI, vol. 2º. Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, EDERSA, Madrid, 1995, pp. 546-567; «Comentario al Título X: De las limitaciones a la libertad de disponer. Capítulo II. De la legítima; leyes 267-271», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil Compilaciones forales. Tomo XXXVII, vol. 2º. Leyes 253 a 345 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, EDERSA, Madrid, 2001, pp. 163-215.

¹⁰⁰ D'ORS, A. y DURÁN RIVACOBA, R., «Comentario al Título XII: De la dote y de las arras; leyes 119-127», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil Compilaciones forales. Tomo XXXVI, vol. 2º. Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, EDERSA, Madrid, 1995, pp. 506-524.

¹⁰¹ ARREGUI GIL, J., «Reflexiones sobre la fidelidad vidual navarra (fealdat)», *Revista Jurídica de Navarra*, Vol. 15, 1993, pp. 15-26; «Comentario al Título X: De las limitaciones a la libertad de disponer. Capítulo I. Del usufructo de fidelidad; leyes 253-266», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil Compilaciones forales. Tomo XXXVII, vol. 2º. Leyes 253 a 345 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, EDERSA, Madrid, 2001, pp. 1-162; «Comentario al Título X: De las limitaciones a la libertad de disponer. Capítulo III. Derechos de los hijos de anterior matrimonio; leyes 272 y 273», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil Compilaciones forales. Tomo XXXVII, vol. 2º. Leyes 253 a 345 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, EDERSA, Madrid, 2001, pp. 215-234.

¹⁰² A los comentarios de los compiladores habremos de sumar los realizados en esa obra por NANCLARES VALLE, J., «Comentario al Título X: De las limitaciones a la libertad de disponer. Capítulo IV. De la reserva del bínubo; leyes 274-278», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil Compilaciones forales. Tomo XXXVII, vol. 2º. Leyes 253 a 345 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, EDERSA, Madrid, 2001, pp. 235-293; «Comentario al Título X: De las limitaciones a la libertad de disponer. Capítulo V. De la reversión de bienes; leyes 279-280», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil Compilaciones forales. Tomo XXXVII, vol. 2º. Leyes 253 a 345 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, EDERSA, Madrid, 2001, pp. 294-320.

¹⁰³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español*, *op.cit.*

da¹⁰⁴. Gabriel García Cantero se ocupó de analizar el Derecho civil en el Fuero de San Sebastián¹⁰⁵, y el notario Francisco Javier Octavio de Toledo desarrolló una peculiar monografía dedicada a las capitulaciones matrimoniales y testamento de doña Blanca de Navarra¹⁰⁶.

La siguiente generación de juristas no ha mostrado interés por la historia, y construye su doctrina generalmente centrándose en el Derecho vigente. Si en alguna ocasión apuntan alguna fuente iushistórica, no pasa de ser mero apunte erudito de escaso valor, tomado de segunda, tercera o cuarta mano¹⁰⁷.

10.3. *La historiografía canónica*

Gracias a los estudios de Federico R. Aznar Gil conocemos muy bien el Derecho canónico matrimonial de las diócesis peninsulares extendidas en el reino de Navarra. Este autor realizó un análisis concienzudo de las fuentes pretridentinas conciliares y sinodales hispánicas. Se acercó a la institución matrimonial desde meritorias perspectivas generales (1982, 1989, 2001, 2002)¹⁰⁸, y profundizó en aspectos concretos como el consentimiento paterno o familiar (1995)¹⁰⁹, las amonestaciones o proclamas matrimoniales (1999)¹¹⁰,

¹⁰⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L. y RAMS ALBESA, J., «La comunidad matrimonial de conquistas en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, Vol. 6, 1988, pp. 11-34; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1974, 2 vols.; *IBIDEM*, «Beneficios viduales derivados del régimen matrimonial en Aragón, Navarra y Vizcaya», en *Elementos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 2009, vol. 4, pp. 550-558.

¹⁰⁵ GARCÍA CANTERO, G., «El derecho civil en el Fuero de San Sebastián», en *El Fuero de San Sebastián y su época*, Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 1982, pp. 379-396.

¹⁰⁶ OCTAVIO DE TOLEDO EUGUI, F. J., *Podere, capitulaciones matrimoniales y testamento de la reina Doña Blanca Primera de Navarra y su contrafuero: historia y derecho vigente*, Sancho el Fuerte Publicaciones, Pamplona, 2013.

¹⁰⁷ Caso, por ejemplo, del artículo de DE PABLO CONTRERAS, P., «Nuevas nupcias y vida marital como causas de extinción del usufructo de fidelidad navarro», *Revista Jurídica de Navarra*, Vol. 1 (enero-junio 1986), pp. 121-139.

¹⁰⁸ AZNAR GIL, F. R., *Concilios provinciales y Sinodos de Zaragoza de 1215 a 1563*, Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza, 1982; La introducción del matrimonio cristiano en Indias: aportación canónica (siglo XVI), Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1985; *Derecho Matrimonial Canónico. Vol I. Cánones 1055-1094*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2001; *Derecho Matrimonial Canónico. Vol II. Cánones 1057; 1095-1107*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2002; *Derecho Matrimonial Canónico. Vol III. Cánones 1108-1165*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2003.

¹⁰⁹ AZNAR GIL, F. R., «El consentimiento paterno o familiar para el matrimonio en la legislación eclesiástica ibérica bajomedieval (siglos XII-XVI)», *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, Vol. 6, 1995, pp. 127-151.

¹¹⁰ AZNAR GIL, F. R., «Las amonestaciones o proclamas matrimoniales en los sínodos ibéricos medievales (siglos XIII-XVI)», en FERNÁNDEZ, J. J. (ed.), *Sínodos diocesanos y*

los matrimonios clandestinos (2003)¹¹¹, los clérigos concubinarios (1998)¹¹², y los hijos ilegítimos (1993)¹¹³.

El medievalista Juan Robert Muro Abad profundizó, a través del análisis de las constituciones sinodales, en la realidad de los clérigos concubinarios bajomedievales de la diócesis de Calahorra (1993)¹¹⁴. Y los modernistas Antonio Irigoyen López y Francisco J. Crespo Sánchez se adentraron en los sínodos pretridentinos de Calahorra y Pamplona para analizar la regulación eclesiástica de la sociedad rural (2012); no perseguían esclarecer categorías jurídicas o efectuar análisis de Derecho, sino contribuir al conocimiento de la sociedad rural, de ahí que la institución matrimonial apenas cobre protagonismo a pesar de la riqueza de los cánones calagurritanos sobre la materia¹¹⁵.

Las constituciones sinodales de las diócesis de Bayona y conciliares de la provincia eclesiástica de Auch, y las sinodales de la diócesis de Dax, fueron publicadas y analizadas por Victor-Pierre Dubarat (1892 y 1897-1898)¹¹⁶ y Antoine Degert (1898)¹¹⁷, respectivamente, aunque estos trabajos no descendieron a describir la institución matrimonial en estas fuentes.

Falta, para el periodo posterior de Trento, un estudio sobre el matrimonio en las Constituciones sinodales de Pamplona de 1590, laguna historiográfica que no existe para la diócesis de Calahorra, al menos en lo concerniente al

legislación particular. Estudios históricos en honor al Dr. D. Francisco Cantelar Rodríguez, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1999, pp. 135-160.

¹¹¹ AZNAR GIL, F. R., «Penas y sanciones contra los matrimonios clandestinos en la Península Ibérica en la Baja Edad Media», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. 25, 2003, pp. 189-230.

¹¹² AZNAR GIL, F. R., «Penas y sanciones contra los clérigos concubinarios en la Península Ibérica (s. XIII-XVI)», *Studia Gratiana*, Vol. 29, 1998, pp. 501-520.

¹¹³ AZNAR GIL, F. R., «Los ilegítimos en la Península Ibérica durante la Baja Edad Media», *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 20, 1993, pp. 9-48.

¹¹⁴ MURO ABAD, J. R., «La castidad del clero bajomedieval en la Diócesis de Calahorra», *Historia. Instituciones. Documentos*, Vol. 20, 1993, pp. 261-282.

¹¹⁵ IRIGOYEN LÓPEZ, A. y CRESPO SÁNCHEZ, F. J., «Sínodos pretridentinos de Calahorra y Pamplona: La Iglesia y la regulación de la sociedad campesina», en PÉREZ ÁLVAREZ, M. J. y RUBIO PÉREZ, L. M. (eds.), *Campo y campesinos en la España Moderna. Culturas políticas en el mundo hispano*, Fundación Española de de Historia Moderna, Madrid, 2012, pp. 1327-1336.

¹¹⁶ DUBARAT, Victor-Pierre, *Statuts synodaux du Diocèse de Bayonne de 1533*, Impr. Vignancour, Pau, 1892; «Les Constitutions provinciales de la province ecclésiastique d'Auch, 1290-1315, et les statuts du chapitre de Bayonne au XIV^e siècle», *Bulletin de la Société des sciences, lettres et arts de Pau*, 2^e série, Vol. 27, 1897-1898, pp. 113-200. Reed. *Les Constitutions provinciales de la province ecclésiastique d'Auch, 1290-1315, et les statuts du chapitre de Bayonne au XIV^e siècle*, Vve Léon Ribaut, Pau, 1899.

¹¹⁷ DEGERT, A., *Constitutions synodales de l'ancien diocèse de Dax*, Imprimerie-Reliure H. Labèque, Dax, 1898.

sínodo de 1698, de Pedro de Lepe, al que dedicó su tesis doctoral Ignacio Granado Hijelmo, publicada en forma de amplio extracto en 2010-2011¹¹⁸. Continuamos, por tanto, anclados en un retraso historiográfico de más de medio siglo respecto de los trabajos desarrollados en otros territorios hispánicos como Galicia¹¹⁹ o Valencia¹²⁰.

Carecemos, asimismo, de una historiografía relativa a las fuentes conciliares y sinodales contemporáneas, hecha salvedad de la monografía de Fernando Crovetto sobre el Concilio provincial de Zaragoza de 1908, editada en 2009¹²¹.

Por otra parte, la praxis del Derecho canónico matrimonial navarra apenas ha sido trabajada desde una perspectiva iuscanónica. Contamos, en primer lugar, con el trabajo inacabado de José María Jimeno Jurío sobre la evolución de la institución matrimonial y el celibato en el Occidente europeo y en Navarra. Realizado a finales de los años sesenta cuando era sacerdote, se enmarca en la línea renovadora del Concilio Vaticano II. Fue publicado en el año 2004 precedido de un análisis introductorio¹²². Una vez secularizado, este historiador reconstruyó, a partir de los fondos de la sección de Protocolos notariales del Archivo General de Navarra, la «Política matrimonial familiar del Doctor Navarro (1556-1567)» (1986), dando cuenta del diseño matrimonial del círculo familiar del célebre canonista, cuyo objetivo pasaba por conservar y aumentar la casa y la hacienda¹²³. Más recientemente, Roldán Jimeno analizó las instituciones del concubinato y del matrimonio de los clérigos medievales navarros (2011)¹²⁴.

¹¹⁸ GRANADO HIJELMO, I., «El sínodo diocesano del obispo Lepe: estudio jurídico. *De synodo diocesana episcopi lepei, iuris Studium*», *Cuadernos Doctorales de la Facultad de Derecho Canónico*, Vol. 24/1, 2010-2011, pp. 11-92.

¹¹⁹ PEDRET CASADO, P., *El matrimonio en las constituciones sinodales de Galicia desde el Concilio de Trento, especialmente en las del arzobispo de Santiago, D. Francisco Blanco*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1943.

¹²⁰ SEBASTIÁN IRANZO, V., *La institución matrimonial en el derecho sinodal valentino. Estudio del matrimonio en los sínodos y concilios provinciales celebrados en Valencia*, Institución Alfonso el Magnánimo, Valencia, 1957.

¹²¹ CROVETTO, F., *El Concilio Provincial de Zaragoza de 1908. La reacción de los obispos ante el proceso de secularización*, Edusc, Roma, 2009.

¹²² JIMENO ARANGUREN, R., «Historiografía posconciliar navarra en torno a la evolución de la institución matrimonial y del celibato en el Occidente europeo y en Navarra: análisis y edición de un trabajo inédito de J. M^o Jimeno Jurío», *Anales de Derecho. Colección Huarte de San Juan*, Vol. 5, 2004, pp. 125-159.

¹²³ JIMENO JURÍO, J. M^o, «Política matrimonial familiar del Doctor Navarro (1556-1567)», *Príncipe de Viana*, Vol. XLVII, n^o 179, 1986, pp. 641-661. Reed. en *Navarra en época moderna y contemporánea*, Colecc. Obras completas de José María Jimeno Jurío, n^o 10, Pamiela-Udalbide-Euskara Kultur Elkargoa, Pamplona, 2007, pp. 37-66.

¹²⁴ JIMENO ARANGUREN, R., «Concubinato, matrimonio y adulterio de los clérigos: notas sobre la regulación jurídica y praxis en la Navarra medieval», *Anuario de Historia del Derecho español*, Vol. 81, 2011, pp. 543-574.

La tesis doctoral de Alejandro Lizarraga Artola, *La praxis acerca del matrimonio en la diócesis de Pamplona antes del Concilio de Trento (1501-1560)* (1991)¹²⁵ continúa inédita, aunque se extractó en un amplio artículo. Enmarcó la praxis jurídica diocesana pamplonesa pretridentina en la legislación y doctrina matrimoniales, a partir de un rastreo concienzudo de la documentación procesal de los Archivos Diocesano, Catedralicio y General de Navarra. Lizarraga probó que la inmensa mayoría de las causas matrimoniales vistas en la curia diocesana se iniciaban por una demanda de validez del matrimonio presentada por una de las partes; frente a las demandas posttridentinas, que solían centrarse en la nulidad del matrimonio, siendo estos últimos generados frecuentemente con motivo de impotencia física o por falta de libertad. Otros procesos matrimoniales posteriores a 1564 suelen versar sobre esponsales o cumplimiento de promesa de matrimonio, y sobre separación matrimonial. Observó, asimismo, la incidencia inmediata que tuvo este Concilio a través de los pleitos relativos a los matrimonios clandestinos, que fueron duramente castigados.

Algunos de estos procesos judiciales habían sido estudiados previamente por José María Satrustegi, en concreto, los relativos a la ruptura de las promesas de matrimonio que contenían fragmentos de testimonios en euskera. Este académico de la Lengua Vasca quería dar a conocer y analizar lingüísticamente estos testimonios, que a nosotros nos sirven para reconstruir la institución matrimonial anterior a Trento¹²⁶.

En cuanto a la doctrina canónica medieval y moderna relativa al matrimonio, ya hemos apuntado que carecemos de una doctrina específicamente navarra, hecha salvedad, de alguna manera. Cuatro eminentes eclesiásticos de nuestra tierra desarrollaron sus estudios desde sedes eclesiásticas o académicas foráneas. Se trata del teólogo Sancho de Carranza de Miranda, y de los canonistas Martín de Azpilcueta, Bartolomé de Carranza de Miranda y Juan de Palafox y Mendoza. Sobreabundan los estudios en torno a estos autores, sobre todo de los tres últimos. Ana Azanza Elío realizó una síntesis del pensamiento de los cuatro y recogió la bibliografía más destacada

¹²⁵ LIZARRAGA ARTOLA, A., «La praxis», *op.cit.*, pp. 331-392.

¹²⁶ SATRÚSTEGUI, J. M^a, «Promesa matrimonial del año 1574 en euskera en Uterga», *Fontes Linguae Vasconum*, Vol. IX/25, 1977, pp. 109-114; «Anotaciones al proceso matrimonial vasco de Esparza de Galar (1559)», *Fontes Linguae Vasconum*, Vol. IX/26, 1977, pp. 259-269; «Contribución al fondo de textos antiguos vascos», *Anuario del Seminario de Filología Vasca Julio de Urquijo*, Vol. 12-13, 1978-1979, pp. 227-235; «Nueva contribución al fondo de textos antiguos vascos», *Anuario del Seminario de Filología Vasca Julio de Urquijo*, Vol. 15, 1981, pp. 77-91; *Euskal testu zaharrak*, Euskaltzaindia, Pamplona, 1987; «El euskera en Tierra Estella», *Euskera*, 36/2, 1991, pp. 93-124; «Cuatro promesas matrimoniales inéditas en euskera del siglo XVI», *Fontes Linguae Vasconum*, Vol. XXIV/59, 1992, pp. 55-69.

(1997)¹²⁷. En cuanto al Doctor Navarro, son cita obligada los trabajos monográficos dedicados al análisis de su doctrina matrimonial elaborados por Ignacio Bañares (1988)¹²⁸, Luis Manuel García (1988)¹²⁹ y María Isabel Muguruza Roca (2011) –desarrollado en este caso desde una perspectiva de historia de género¹³⁰–; y la doctrina de Juan de Palafox ha sido trabajada por Josep-Ignasi Saranyana (2010)¹³¹.

Los dos tratados sobre el matrimonio del jesuita Joaquín de Lizarraga, analizados por Ana Zabalza Seguín (2005)¹³², no obedecen a una reflexión jurídico-canónica. Uno de ellos, publicado por Apecechea¹³³, es un comentario teológico-pastoral sobre el sacramento matrimonial, distribuido en ocho sermones. Tampoco tienen un carácter jurídico las consideraciones vertidas por el insigne civilista y canonista José Goya y Muniáin (Azanza, 1756-Sevilla, 1807) en su *Diálogo* compuesto en 1790 para su hermano mayor con el fin de que este se santificase a través de los quehaceres domésticos¹³⁴.

10.4. *La historiografía social y de las mentalidades*

Navarra contó con un temprano análisis social del régimen económico-matrimonial, el estudio ya aludido de Hilario Yaben publicado en 1916, que

¹²⁷ AZANZA ELÍO, A., *Diccionario de pensadores. I. Pensadores navarros, siglos XII-XX*, Eunat, Pamplona, 1997.

¹²⁸ BAÑARES, J. I., «Edad y discreción de juicio en el matrimonio entre impúberes: una respuesta del Doctor Navarro», *Estudios sobre el Doctor Navarro en el IV Centenario de la muerte de Martín de Azpilcueta*, EUNSA-Gobierno de Navarra, Pamplona, 1988, pp. 283-291.

¹²⁹ GARCÍA, L. M., «La significación matrimonial en la doctrina de Martín de Azpilcueta», *Estudios sobre el Doctor Navarro en el IV Centenario de la muerte de Martín de Azpilcueta*, EUNSA-Gobierno de Navarra, Pamplona, 1988, pp. 265-282.

¹³⁰ MUGURUZA ROCA, M^a I., «Género y sexo en los confesionales de la contrarreforma. Los pecados de las mujeres en el *Manual de confesiones y penitentes* de Martín de Azpilcueta», *Estudios humanísticos. Filología*, Vol. 33, 2011, pp. 195-218.

¹³¹ SARANYANA, J. I., «Cómo vio Palafox a las mujeres», en FERNÁNDEZ GRACIA, R. (coord.), *Varia palafoxiana. Doce estudios en torno a don Juan de Palafox y Mendoza*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2010, pp. 299-301.

¹³² ZABALZA SEGUÍN, A., «El tratado sobre el matrimonio de Joaquín de Lizarraga (1782)», en ARELLANO, I. y USUNÁRIZ, J. M^a (eds.), *El matrimonio en Europa y en el mundo hispánico: siglos XVI y XVII*, Visor, Madrid, 2005, pp. 211-223.

¹³³ APECECHEA PERURENA, J., «*Tratado sobre el matrimonio*», *op.cit.*

¹³⁴ Transcrito y analizado por GOÑI GAZTAMBIDE, J., «El «Diálogo» de José Goya y Muniáin», *Príncipe de Viana*, Vol. XXXII, nº 122-123 (1971), pp. 77-115. Reed. Homenaje a José Goñi Gaztambide, II. Príncipe de Viana, Vol. LXXI, nº 251 (2010), pp. 1077-1108.

contiene, implícitos o explícitos, los embriones para el ulterior desarrollo de la historiografía social y de las mentalidades¹³⁵.

Entre las múltiples tendencias historiográficas europeas del siglo XX en la investigación de la historia de la familia y del matrimonio¹³⁶, destaca la abierta por la tercera generación de la Escuela de Annales (1969-1989), consagrada a la historia social y de las mentalidades. Esta importante línea de investigación en torno al matrimonio desde una apuesta historiográfica de inequívoca vocación multidisciplinar¹³⁷ ha contribuido a enriquecer la historiografía jurídica, de ahí que sea pertinente apuntar los rasgos fundamentales de esta línea de investigación. Esta corriente historiográfica se centró en la investigación de la vida cotidiana, el inconsciente, las emociones, las creencias populares, los imaginarios sociales, las formas de conciencia personal y colectiva, o las estructuras ideológicas, entre otros aspectos, de ahí que, los estudiosos hayan hecho aflorar, al trabajar la historia del matrimonio, aspectos como las estrategias familiares, la conflictividad, el papel del Estado y de la Iglesia en la definición del matrimonio, el amor, el sexo... a través del análisis de un amplio y variado conjunto de fuentes jurisprudenciales, notariales –sobre todo capitulaciones matrimoniales–, económicas, demográficas y de otra índole. Es conocida influencia de esta Escuela en España¹³⁸.

La metodología de la tercera generación de Annales tuvo recepción temprana en Navarra con el ya mencionado estudio de José María Jimeno Jurío de finales de los años sesenta sobre la institución matrimonial y el celibato en Navarra¹³⁹.

¹³⁵ YABEN Y YABEN, H., *Los contratos*, *op.cit.*

¹³⁶ CASEY, J., «Familia y tendencias historiográficas en el siglo XX: introducción general sobre Europa», en MESQUITA SAMARA, E. de, LOZANO ARMENDARES, T. y CHACÓN JIMÉNEZ, F. (coords.), *Sin distancias. Familia y tendencias historiográficas en el siglo XX*, Universidad de Murcia, Murcia, 2002, pp. 25-46. Casey es, por otra parte, autor de una monografía generalista imprescindible, *Historia de la familia*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990.

¹³⁷ *Vid.* las consideraciones amplias sobre el tema en BURGUIÈRE, A., *L'École des Annales. Une histoire intellectuelle*, Odile Jacob, Paris, 2006.

¹³⁸ Para el estado de la cuestión de la historia del matrimonio y de la familia en España remitimos al trabajo de Francisco CHACÓN JIMÉNEZ, «Una aproximación a la historia de la familia en España a través de las fuentes bibliográficas durante el siglo XX», en MESQUITA SAMARA, E. de, LOZANO ARMENDARES, T. y CHACÓN JIMÉNEZ, F. (coords.), *Sin distancias. Familia y tendencias historiográficas en el siglo XX*, Universidad de Murcia, Murcia, 2002, pp. 63-84; y a los diferentes análisis regionales recogidos en el libro coordinado por GARCÍA GONZÁLEZ, F., *La Historia de la familia en la Península Ibérica. Balance regional y perspectivas. Homenaje a Peter Laslett*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2008.

¹³⁹ Analizado y publicado por JIMENO ARANGUREN, R., «Historiografía posconciliar», *op.cit.*, pp. 125-159.

Una década después aparecieron las primeras obras que analizaron desde al historiografía social diversos aspectos sobre el matrimonio histórico navarro: *Los bastardos de la casa real navarra* (1979), de Fernando Videgáin Agós, recorrió minuciosamente la bastardía de los reyes navarros medievales¹⁴⁰. Y el erudito baztanés Eulogio Zudaire Eulate analizó el quitamiento de dote en razón de matrimonio en el valle de Baztan (1979)¹⁴¹.

Algunos investigadores de los años ochenta recurrieron a las fuentes del derecho navarras para analizar la violación, el rapto y el adulterio en el Fuero General –caso del médico e historiador pamplonés Luis del Campo Jesús (1985)¹⁴²–, o los conceptos «Adúltero», «Concupinario», «Mujer», «Criatura de echada», «Matrimonio», «Putá» y «Vecindad», que José María Jimeno Jurío elaboró de los libros de actas municipales de la villa de Tafalla (1987)¹⁴³.

Pero fueron los años noventa y los actuales dos mil en los que se asistió a una recepción masiva de la historia social y de las mentalidades aplicada a investigaciones desarrolladas desde diversas universidades, centradas, fundamentalmente, en dos grandes temas: las estrategias matrimoniales –en gran medida motivadas por el sistema de heredero único–, y la conflictividad del matrimonio. El interés académico sobre el tema se ha concretado en la celebración de diversos congresos monográficos sobre la materia, siendo el primero de ellos las «V Jornadas de Historia Local. La familia en Euskal Herria: Parentesco, trabajo, propiedad... a través de la Historia», de Eusko Ikaskunt-

¹⁴⁰ VIDEGÁIN AGÓS, F., *Los bastardos de la casa real navarra*, Ediciones y Libros, Pamplona, 1979.

¹⁴¹ ZUDAIRE HUARTE, E., «Quitamiento de dote en razón de matrimonio (Valle de Baztán)», *Cuadernos de Etnología y Etnografía de Navarra*, Vol. XI, nº 32 (1979), pp. 249-276.

¹⁴² DEL CAMPO JESÚS, L., «Violación, rapto y adulterio en el Fuero General de Navarra», *Cuadernos de Etnología y Etnografía de Navarra*, Vol. XVII, nº 45 (1985), pp. 17-36. Más recientemente, C. LALIENA CORBERA regresó sobre esos conceptos y, en general, sobre el matrimonio en el *Fuero General* en «Honor, vergüenza y estatus en las familias serviles del Pirineo Central en la Edad Media», DE LA IGLESIA DUARTE, J. I. (coord.), *La familia en la Edad Media. XI Semana de Estudios Medievales. Nájera*, del 31 de julio al 4 de agosto de 2000, Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 2001, pp. 189-197.

¹⁴³ JIMENO JURÍO, J. M^a, *Vocabulario histórico Navarro. Villa de Tafalla*, Altafaylla Kultur taldea, Tafalla, 1987. Reed. en *Merindad de Olite. I. Historia de Tafalla*, Colecc. Obras completas de José María Jimeno Jurío, nº 18, Pamiela-Udalbide-Euskara Kultur Elkargoa, Pamplona, 2009, pp. 147-368. Añádase a estas voces la de «Matrimonio. Etnografía», firmada por este autor en la *Gran Enciclopedia Navarra*, Caja de Ahorros de Navarra, Pamplona, 1990, vol. 7, pp. 253-254. Reed. «Voces para un Diccionario etnográfico y folklórico», *Etnografía histórica al airico de la tierra*, Colecc. Obras completas de José María Jimeno Jurío, nº 50, Pamiela-Udalbide-Euskara Kultur Elkargoa, Pamplona, 2010, pp. 379-381.

za (1997)¹⁴⁴, a los que siguieron el Simposio «Familia y cambio social en Navarra y el País Vasco. Siglos XIII al XX» organizado por el Instituto de Ciencias para la Familia de la Universidad de Navarra (2002)¹⁴⁵, y los dos Seminarios de Historia del Derecho de Navarra desarrollados desde el área de Historia del Derecho de la Universidad Pública de Navarra, uno sobre la familia pirenaica (2012)¹⁴⁶ y el segundo sobre el régimen económico matrimonial (2014), que no ha sido objeto de publicación.

Los dos **grandes sistemas familiares de Navarra**, el troncal o de heredero único y el nuclear, han generado una amplísima producción desde los años ochenta. El matrimonio contemplado como un elemento más de análisis hacia la comprensión de la herencia familiar era un tema trabajado únicamente por juristas foralistas, hasta la irrupción de los trabajos desarrollados desde la demografía histórica. Alfredo Floristán Imízcoz estudió el caso de Tierra Estella, con especial atención sobre la villa de Cirauqui (1982)¹⁴⁷, Ángel García-Sanz se centró en la Barranca (1985)¹⁴⁸, Alejandro Arizcun Cela lo hizo sobre el valle de Baztan (1988)¹⁴⁹, y, desde finales de los ochenta Fernando Mikelarena Peña¹⁵⁰ y Pilar Erdozain Azpilcueta (1997, 1999)¹⁵¹ han venido alumbrando una copiosa producción de extraordinario valor metodológico, conceptual y de erudición archivística. Ambos reflexionaron sobre las

¹⁴⁴ Con actas publicadas en la revista *Vasconia. Cuadernos de Historia-Geografía*, Vol. 28, 1999.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ, C. y MORENO, A. (eds.), *Familia y cambio social en Navarra y el País Vasco. Siglos XIII al XX. Simposio de Historia de la Familia. Pamplona, 20 y 21 de septiembre de 2002*, Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona, 2003.

¹⁴⁶ Con actas publicadas en la revista *Iura Vasconiae*, 10, 2013, pp. 515-670.

¹⁴⁷ Floristán Imízcoz, A., *La Merindad de Estella en la Edad Moderna. Los hombres y la tierra*, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1982.

¹⁴⁸ GARCÍA-SANZ MARCOTEGUI, Á., *Demografía y Sociedad de la Barranca de Navarra, 1760-1860*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1985.

¹⁴⁹ ARIZCUN CELA, A., *Economía y Sociedad en un valle pirenaico del Antiguo Régimen. Baztán 1600-1844*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1988.

¹⁵⁰ MIKELARENA PEÑA, F., «Vecindad, igualitarismo, situación material», *Gerónimo de Uztáriz*, Vol. 3, 1989, pp. 5-17; «Estructuras familiares y sistemas sucesorios en Navarra: una aproximación crítica desde las ciencias sociales a las perspectivas tradicionales», *Revista Jurídica de Navarra*, Vol. 14, 1992, pp. 119-145; «Modelos de matrimonio y regímenes de herencia en Navarra a finales del siglo XVIII», *Príncipe de Viana*, Anejo 16, 1992, pp. 19-33; «Estructuras familiares en España y en Navarra en los siglos XVIII y XIX: factores etnoculturales, diferenciación socioeconómica y comportamientos estratégicos», *Revista de Antropología Social*, Vol. 2, 1993, pp. 105-136; *Demografía y familia en la Navarra tradicional*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1995.

¹⁵¹ ERDOZÁIN AZPILCUETA, P., «Familia y patrimonio en Navarra a finales del siglo XIX», en CHACÓN JIMÉNEZ, F. y FERRER I ALÓS, L. (eds.), *Familia, casa y trabajo*, Universidad de Murcia, Murcia, 1997, pp. 511-529; *Propiedad, familia y trabajo en la Navarra contemporánea*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1999.

fuentes y posibilidades de investigación en torno a la familia troncal en Navarra, que incide, entre otros aspectos, en la importancia de los contratos matrimoniales y otros documentos notariales¹⁵², y desarrollaron análisis específicos sobre las estrategias matrimoniales en el sur (1999)¹⁵³ y en el norte de Navarra (2004)¹⁵⁴. Debemos anotar, además, el trabajo que Mikelarena desarrolló junto con Lola Valverde Lamsfus sobre los hijos ilegítimos (1996)¹⁵⁵, tema que ambos abordaron en sus respectivas tesis doctorales –en el segundo caso como objeto central de su estudio–, y que implica el análisis de las relaciones sexuales, permanentes o no, fuera del matrimonio¹⁵⁶.

Diversos historiadores de la Universidad de Navarra han venido desarrollando importantes aportaciones en torno a las estrategias matrimoniales, individualizando la cuestión dentro de una potente línea de investigación dedicada a la Historia de la Familia, a lo que se consagró un Instituto específico

¹⁵² ERDOZÁIN AZPILICUETA, P. y MIKELARENA PEÑA, F., «La familia troncal en Navarra: fuentes y aspectos a investigar», en FERNÁNDEZ, C. y MORENO, A. (eds.), *Familia y cambio social en Navarra y el País Vasco. Siglos XIII al XX. Simposio de Historia de la Familia. Pamplona, 20 y 21 de septiembre de 2002*, Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona, 2003, pp. 17-44. *Vid.*, asimismo, otras reflexiones suyas anteriores en «Algunas consideraciones en torno a la investigación del régimen de herencia troncal en la Euskal Herria tradicional», *Vasconia*, Vol. 28, 1999, pp. 71-91.

¹⁵³ ERDOZÁIN AZPILICUETA, P. y MIKELARENA PEÑA, F., «Familia y nupcialidad en el valle medio del Ebro entre 1786 y 1930», en SALAS AUSENS, J. A. (coord.), *La población del valle del Ebro en el pasado*, Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 1999, pp. 43-70.

¹⁵⁴ ERDOZÁIN AZPILICUETA, P. y MIKELARENA PEÑA, F., «Las estrategias matrimoniales a través de los contratos matrimoniales en el Norte de Navarra», *Iura Vasconiae*, Vol. 2, 2004, pp. 485-522. Y con J. I. PAUL ARZAK son autores de los artículos «Las explotaciones agrarias y los hogares del campesinado arrendatario en la Navarra cantábrica», *Príncipe de Viana*, Vol. LXIII, nº 225, 2002, pp. 231-261; «Las estrategias familiares de los campesinos propietarios de la Vasconia cantábrica. Una perspectiva microanalítica», *Historia Social*, Vol. 43, 2002, pp. 77-103; y «Hogares y caseríos en la Navarra cantábrica en el siglo XIX. Un enfoque microanalítico», *Hispania*, Vol. LXIII/1, nº 213, 2003, pp. 199-230.

«Las explotaciones agrarias y los hogares del campesinado arrendatario en la Navarra cantábrica», *Príncipe de Viana*, Vol. LXIII, nº 225, 2002, pp. 231-261; «Las estrategias familiares de los campesinos propietarios de la Vasconia cantábrica. Una perspectiva microanalítica», *Historia Social*, Vol. 43, 2002, pp. 77-103.

¹⁵⁵ MIKELARENA PEÑA, F. y VALVERDE LAMSFUS, L., «Ilegitimidad y exposición en Navarra (siglos XVI-XX)», en PÉREZ MOREDA, V. (coord.), *Epostos e ilegítimos na realidade ibérica do século XVI ao presente. Actas do III Congresso da ADEH (Associação Ibérica de Demografia Histórica)*, Edições Afrontamento, Porto, 1996, vol. 3, pp. 271-302.

¹⁵⁶ MIKELARENA PEÑA, F., *Demografía y familia*, op.cit., pp. 139-144; VALVERDE LAMSFUS, L., *Entre el deshonor y la miseria. Infancia abandonada en Guipúzcoa y Navarra. Siglos XVIII y XIX*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 1995.

de ese centro académico. La tesis doctoral de Ana Zabalza Seguín se centró en el sistema de heredero único (1994)¹⁵⁷, sobre lo que ha venido profundizando en estudios posteriores (1999, 2004)¹⁵⁸, en ocasiones juntamente con Antonio Moreno Almárcegui (1999)¹⁵⁹. Este autor, junto con Rocío García Bourrellier, lanzó una controvertida teoría para explicar el cambio en el modelo familiar de las elites nobiliarias navarras entre los siglos XV y XVII (2003)¹⁶⁰. Por su parte, César Ruiz Gómez concibió su tesis doctoral comparando, durante la época austracista, el sistema de heredero único con los regímenes hereditarios de igualdad entre hermanos (2005)¹⁶¹. Otra tesis doctoral, la de Mikel Aranburu Zudaire, centrada en la presencia navarra en Indias entre los siglos XVI y XVII, no desatendió el marco matrimonial y sucesorio que movió a emigrar a aquellos hombres (1999)¹⁶².

Dentro de la historiografía sobre estrategias familiares hay que apuntar una línea de investigación centrada en el matrimonio de las elites. Se trata, en general, de investigaciones que apenas prestan atención a la propia institución matrimonial, pues buscan conocer mejor los intereses sociales, políticos

¹⁵⁷ ZABALZA SEGUÍN, A., *Aldeas y campesinos en la Navarra prepirenaica (1550-1817)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1994.

¹⁵⁸ ZABALZA SEGUÍN, A., «La historia de la familia en Navarra. Una aproximación cualitativa», Cuadernos de Investigación Histórica, Vol. 17, 1999, pp. 67-80; «El heredero ideal: prácticas sucesorias en la Navarra pierenaica durante la Edad Moderna (1550-1725)», en Sullivan, D. S. R. (coord.), *Actas del Congreso Internacional de la Población. V Congreso de la ADEH, vol. IV. Matrimonio y nupcialidad: perspectivas interdisciplinares*, Gobierno de La Rioja-Instituto de Estudios Riojanos, Logroño, 1999, pp. 239-250; «Casa e identidad social. La casa en la sociedad campesina: Navarra, 1550-1700», Imízcoz Beunza, J. M^a (ed.), *Casa, familia y sociedad. País Vasco, España y América, siglos XV-XIX*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2004, pp. 79-95.

¹⁵⁹ Nos limitaremos a citar su monografía MORENO ALMÁRCEGUI, A. y ZABALZA SEGUÍN, A., *El origen histórico de un sistema de heredero único. El prepirineo navarro, 1540-1739*, RIALP, Madrid, 1999.

¹⁶⁰ MORENO ALMÁRCEGUI, A. y GARCÍA BOURRELLIER, R., «De los linajes a los solares. Los cambios en el papel de las mujeres en las elites navarras. Siglos XV al XVII», en FERNÁNDEZ, C. y MORENO, A. (eds.), *Familia y cambio social en Navarra y el País Vasco. Siglos XIII al XX. Simposio de Historia de la Familia. Pamplona, 20 y 21 de septiembre de 2002*, Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona, 2003, pp. 217-250.

¹⁶¹ RUIZ GÓMEZ, C., *Las relaciones familiares en Navarra durante los Austrias (1530-1719). Un estudio comparado de dos comunidades con sistemas sucesorios distintos*, Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona, 2005.

¹⁶² ARAMBURU ZUDAIRE, J. M., *Vida y fortuna del emigrante navarro a Indias (siglos XVI-XVII)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1999. Previamente había adelantado algunas conclusiones en el trabajo que realizó junto con J. M^a USUNÁRIZ GARAYOA, «De la Navarra de los Austrias a la hora navarra del XVII en América», en ANDRÉS-GALLEGO, J. (coord.), *Mapfre*, Madrid, 1992, pp. 17-261.

o económicos que movieron a las elites a la hora de diseñar los enlaces de sus vástagos. A pesar de ello, aportaciones como las de Fernando Cañada Palacio (1987)¹⁶³, María Raquel García Arancón (1987)¹⁶⁴, Eloísa Ramírez Vaquero (1990)¹⁶⁵, José Joaquín Noáin Irisarri (2003, 2004)¹⁶⁶, José María Imízcoz Beunza (2001)¹⁶⁷ y Pablo Orduna Portús (2009, 2013)¹⁶⁸ son de un elevado interés para el conocimiento de la práctica jurídica en la Navarra medieval y moderna.

Toda esta producción ha desembocado también en síntesis históricas, como la de Mercedes Vázquez de Prada (1996)¹⁶⁹, que observó la evolución de la institución desde el Antiguo Régimen hasta la actualidad, o la de Jesús María Usunáriz Garayoa y Rocío García Bourrellier (2012)¹⁷⁰, donde además de analizar las estrategias matrimoniales, se fijaron en los aspectos más relevantes de la **conflictividad conyugal**. Este aspecto ha sido el objeto de estudio central de María del Juncal Campo Guinea, autora de la tesis doctoral titulada *Comportamientos matrimoniales en Navarra. Siglos XVI y XVII*

¹⁶³ Cañada Palacio, F., «Endogamia en la dinastía regia de Pamplona (siglos IX-XI)», Príncipe de Viana, Vol. XLVIII, nº 182, 1987, pp. 781-787; «El círculo nobiliario y la familia regis en la monarquía pamplonesa hasta el siglo XI», *Primer Congreso General de Historia de Navarra, 3, Comunicaciones. Príncipe de Viana, Anejo 8*, Vol. XLVIII, 1987, pp. 19-25.

¹⁶⁴ GARCÍA ARANCÓN, M^a R., «Carlos II de Navarra: el círculo familiar», *Príncipe de Viana*, Vol. XLVIII, nº 182, 1987, pp. 569-608.

¹⁶⁵ RAMÍREZ VAQUERO, E., *Solidaridades nobiliarias y conflictos políticos en Navarra, 1387-1464*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1990.

¹⁶⁶ NOÁIN IRISARRI, J. J., «Estrategias económico-familiares de la nobleza media de Navarra en la Edad Moderna (1500-1700)», en FERNÁNDEZ, C. y MORENO, A. (eds.), *Familia y cambio social en Navarra y el País Vasco. Siglos XIII al XX. Simposio de Historia de la Familia. Pamplona, 20 y 21 de septiembre de 2002*, Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona, 2003, pp. 91-164; «Nobleza Media y transmisión del patrimonio familiar en la Navarra moderna», *Iura Vasconiae*, Vol. 1, 2004, pp. 523-550.

¹⁶⁷ Imízcoz Beunza, J. M^a, «El patrocinio familiar. Parentela, educación y promoción de las elites vasco-navarras en la monarquía borbónica», en CHACÓN JIMÉNEZ, F. y HERNÁNDEZ FRANCO, J. (eds.), *Familias, poderosos y oligarquías*, Universidad de Murcia, Murcia, 2001, pp. 93-130.

¹⁶⁸ ORDUNA PORTÚS, P., *Honor y cultura nobiliaria en la Navarra moderna (siglos XVI-XVIII)*, EUNSA, Barañáin, 2009; «Estructuras familiares de las élites navarras durante el Antiguo Régimen», *EHumanista: Monograph Series*, Vol. 5, 2009, pp. 1-82; «Amor y violencia entre la nobleza navarra (siglos XVI-XVIII)», *EHumanista: Monograph Series*, Vol. 25, 2013, pp. 195-210.

¹⁶⁹ VÁZQUEZ DE PRADA TIFFÉ, M., «Casamiento y familia», en BEGUIRISTÁIN, M^a A. (dir.), *Etnología de Navarra*, Diario de Navarra, Pamplona, 1996, vol. 2, pp. 337-350.

¹⁷⁰ GARCÍA BOURRELLIER, R. y USUNÁRIZ GARAYOA, J. M^a, *Amar y convivir. Matrimonio y familia en Navarra (siglos XIII-XVI)*, Gobierno de Navarra-Caja de Ahorros de Navarra/Banca Cívica-Diario de Navarra, Pamplona, 2012.

(1998)¹⁷¹, que concibió desde una perspectiva eminentemente social. Adelantó algunos datos y conclusiones en tres trabajos previos publicados a mediados de los noventa¹⁷², y, con posterioridad, ahondó y volvió a reflexionar sobre diversas cuestiones planteadas en su monografía (2004, 2005)¹⁷³. Campo Guinea desarrolló una investigación sistemática de los fondos del Archivo Diocesano de Pamplona de los siglos XVI y XVII a través de una meritoria metodología de historia cuantitativa.

Los procesos de los Tribunales Reales custodiados en el Archivo General de Navarra han sido extractados por el investigador Fernando Maiora Mendía (2012)¹⁷⁴, limitándose a transcribir los fragmentos de los textos procesales que le llamaban la atención por su escabrosidad, sin realizar análisis alguno.

No disponemos de procesos judiciales medievales, de ahí que la reconstrucción de la conflictividad en el seno de la pareja haya de realizarse a través de otras fuentes, como los registros de comptos, tarea acometida por la tesis doctoral de Félix Segura Urra dedicada a la Justicia bajomedieval navarra, en la que dedicó una atención especial al estudio de los delitos sexuales, entre los que nos interesa resaltar el adulterio y la violación y rapto (2005)¹⁷⁵, aspectos, algunos de ellos, en los que profundizó en otros dos estudios (2002, 2005, 2007)¹⁷⁶. La tesis doctoral de Marcelino Beroiz, desarro-

¹⁷¹ CAMPO GUINEA, M^a del J., *Comportamientos, op.cit.*

¹⁷² CAMPO GUINEA, M^a del J., «Los procesos por causa matrimonial ante el tribunal eclesiástico de Pamplona en los siglos XVI y XVII», *Príncipe de Viana*, Vol. LV, n^o 202, 1994, pp. 377-390; «La ruptura matrimonial en Navarra a través de la actividad procesal del tribunal eclesiástico de Pamplona», *Huarte de San Juan. Geografía e Historia*, Vol. I, 1994, pp. 115-134; «La fuerza, el otro lado de la voluntad. El matrimonio en Navarra en los siglos XVI-XVII», *Boletín del Instituto Gerónimo de Ustáriz*, Vol. 11, 1995, pp. 71-87.

¹⁷³ CAMPO GUINEA, M^a del J., «El matrimonio clandestino: procesos ante el Tribunal Eclesiástico en el Archivo Diocesano de Pamplona (siglos XVI-XVII)», *Príncipe de Viana*, Vol. LXV, n^o 231, 2004, pp. 205-222; «Evolución del matrimonio en Navarra en los siglos XVI y XVII: el matrimonio clandestino», en ARELLANO, I. y USUNÁRIZ, J. M^a (eds.), *El matrimonio en Europa y en el mundo hispánico: siglos XVI y XVII*, Visor, Madrid, 2005, pp. 197-210.

¹⁷⁴ MAIORA MENDÍA, F., *La jodienda, sin enmienda. Putas, clérigos, mal casadas, doncellas, maricones, bujarrones, zoofilia*, Edic. del autor, Pamplona, 2012.

¹⁷⁵ SEGURA URRRA, F., *Fazer justicia. Fuero, poder público y delito en Navarra (siglos XIII-XIV)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2005.

¹⁷⁶ SEGURA URRRA, F., «Víctimas y agresoras: la mujer ante la justicia en Navarra durante la primera mitad del siglo XIV», en *V Congreso General de Historia de Navarra*, I, Sociedad de Estudios Históricos de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 145-167; «*Verba vituperosa*: el papel de la injuria en la sociedad bajomedieval», GARCÍA BOURRELLIER, R. y USUNÁRIZ, J. M^a (eds.), *Aportaciones a la historia social del lenguaje. España, siglos*

llada sobre el mismo tema y publicada el mismo año (2005), también trabajó ambos delitos¹⁷⁷.

La abundancia de los estudios de Historia social permitirá conocer, en investigaciones futuras, si el reino de Navarra era especialmente problemático en relación con el matrimonio, al menos desde una perspectiva comparada con otros reinos. Cabe abordar también estudios comparativos entre diversos reinos a partir del número de procesos matrimoniales vistos en las diversas jurisdicciones.

Para la Edad Contemporánea, además de los trabajos ya mencionados de Mikelarena, Erdozáin y Valverde, contamos con la tesis doctoral de Fernando Mendiola (2002)¹⁷⁸, centrada en la transformación del modelo familiar en el mundo urbano contemporáneo. Cabe mencionar, asimismo, el artículo de Claudio Zudaire Huarte sobre la consanguinidad en los valles del Bidasoa-Baztan en el siglo XX (1982)¹⁷⁹.

Resta decir que la inmensa mayoría de los historiadores generalistas todavía no han sido capaces de recurrir en sus estudios a la doctrina elaborada por los juristas. El desdén alcanza tal extremo que aquellos llegan a invocar doctrina sobre fuentes jurídicas castellanas para ilustrar una realidad histórica navarra y dotarla de un cierto marco teórico, ignorando, a su vez, los estudios sobre las fuentes jurídicas navarras existentes sobre el particular. Sirva de ejemplo el tratamiento otorgado al *Fuero General de Navarra* por Jesús María Usunáriz y Rocío García Bourrellier en su monografía sobre el matrimonio y la familia navarra entre los siglos XIII y XVI: tras describir detenidamente la regulación del matrimonio castellano en *Partidas* –a partir de la obra del trabajo clásico de Antonio Mostaza Rodríguez–, reducen la rica, compleja y singular legislación navarra a señalar que el «Fuero General dedicaba uno de sus capítulos [sic] a los casamientos, aunque sin tanta precisión como la legislación castellana»¹⁸⁰. Tal aseveración encierra un desconocimiento profundo de la fuente, pues la regulación de los casamientos está recogida en numerosos capítulos, a lo que se añade la ignorancia de que la diferencia entre el matrimonio del *Fuero General* y de *Partidas* estriba,

XIV-XVIII, Iberoamericana-Vervuert, Madrid-Frankfurt, 2005, pp. 149-195; «La pena de muerte en la Navarra medieval», *Clio & Crimen*, Vol. 4, 2007, pp. 277-305.

¹⁷⁷ BEROIZ LAZCANO, M., *Crimen y castigo en Navarra bajo el reinado de los primeros Evreux (1328-1349)*, Universidad Pública de Navarra/Nafarroako Unibertsitate Publikoa, Pamplona, 2005, pp. 203-222.

¹⁷⁸ MENDIOLA GONZALO, F., *Inmigración, familia y empleo. Estrategias familiares en los inicios de la industrialización, Pamplona (1840-1930)*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2002.

¹⁷⁹ ZUDAIRE HUARTE, C., «Consanguinidad en Baztán, Santesteban y Cinco Villas», *Cuadernos de Etnología y Etnografía de Navarra*, Vol. 40, 1982, pp. 723-751.

¹⁸⁰ USUNÁRIZ, J. M^a. y GARCÍA BOURRELLIER, R., *Amar y convivir, op.cit.*, p. 16.

nada menos, en la no recepción del *Ius commune* en el texto navarro, lo que imprime un arcaísmo tan acusado a la institución, que se rige por unos parámetros muy alejados respecto de lo contenido en la magna obra alfonsina. Cabe verter consideraciones similares sobre el escaso tratamiento que los historiadores, por lo general, han mostrado por el marco canónico conciliar y sinodal.

El desinterés de los historiadores sociales por los estudios jurídicos lleva implícito el hecho de que no hayan sido capaces de ahondar suficientemente en la relevancia de los efectos legales de la conflictividad conyugal sobre el patrimonio y sobre las relaciones personales (la tutela y la custodia de los hijos).

Otro defecto observado arrastrado por estos autores y frecuentemente criticado desde la Historia del Derecho para otros ámbitos geográficos, es la utilización de conceptos jurídicos insuficientemente comprendidos y, por tanto, mal empleados. El desconocimiento ya advertido de la labor desarrollada desde la Historia del Derecho o desde el Derecho positivo, implica la no asimilación del bagaje conceptual preciso de la institución. Ciertamente es que la utilización de fuentes jurídicas no tiene como fin, en algunos trabajos, el establecimiento de categorías o efectuar análisis jurídicos; muy al contrario, pretenden contribuir al conocimiento de la institución matrimonial en la Historia de Navarra, las relaciones sociales implicadas, la mentalidad de cada época, la economía de la pareja y de la familia, o el medio cultural en que se desarrolla.

10.5. *La historiografía de género*

Los estudios dedicados a la mujer desde la historiografía social y de las mentalidades acabaron por alcanzar una autonomía a partir de los años setenta, toda una línea de investigación de lo que los anglosajones vinieron a denominar *gender studies* (estudios de género), y que desde entonces ha venido cambiando la imagen de las mujeres como sujeto pasivo en la Historia. La primera aportación iushistoriográfica que centrada en la mujer vasco-navarra la realizó Luis Miguel Díez de Salazar, analizando, su tratamiento en la legislación de los siglos XII-XIV.

Los estudios de género no se pueden disociar, por otro lado, de la historiografía feminista, que venía investigando el matrimonio como mecanismo de control social sobre la mujer¹⁸¹. Desde esta perspectiva, Miren Epalza

¹⁸¹ Cfr. PELIZZARI, M. R. (a cura di), *Le donne e la storia. Problemi di metodo e confronti storiografici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995. RIVERA GARRETAS, M^a M., «Corrientes historiográficas en el análisis de la presencia de las mujeres en la historia», en *La mujer en la historia de Euskal Herria*, Colecc. Langaiaik, n°12, IPES, Bilbao, 1988, pp. 7-12.

Ronkal está desarrollando actualmente su tesis doctoral en Derecho en la Universidad Pública de Navarra sobre la violación en la Navarra medieval y moderna.

La historiografía social feminista cuenta con la obra divulgativa *Ellas. Las mujeres en la historia de Pamplona* (1998), donde se incluyó una síntesis relativa al matrimonio¹⁸². Pero esta línea de investigación tiene en Navarra un nombre propio: Lola Valverde Lamsfus, autora de diferentes artículos contruidos desde una sólida base metodológica y un rastreo documental de los fondos del Archivo Diocesano de Pamplona (1988, 1991, 1995)¹⁸³. Por su parte, la medievalista María del Carmen García Herrero se ocupó del matrimonio en el fuero de Jaca en su monografía miscelánea sobre las mujeres en la Edad Media (2009)¹⁸⁴.

Alejados de planteamientos feministas pero desde una inequívoca voluntad de realizar una investigación de género, Amaia Nausia Pimoulier, desarrolló su tesis doctoral la viudedad navarra, sobre lo que ha venido publicando diferentes estudios publicados entre el año 2008 y el 2013¹⁸⁵. Asimismo, el historiador David Maruri ofreció algunos datos sobre la institución matrimonial en su estudio sobre la mujer en Sangüesa (2005)¹⁸⁶.

¹⁸² FERNÁNDEZ, S., RODA, P. (coords.), Díez de Ure, A., PINILLOS, S., *Ellas. Las mujeres en la historia de Pamplona*, Ayuntamiento de Pamplona, Pamplona, 1998, pp. 100-110.

¹⁸³ VALVERDE LAMSFUS, L., «Contexto social y situación de la mujer vasca en el Antiguo Régimen», en *La mujer en la historia de Euskal Herria*, Colecc. Langaiak, nº 12, IPES, Bilbao, 1988, pp. 35-45; «La influencia del sistema de transmisión de la herencia sobre la condición de las mujeres en el País Vasco en la Edad Moderna», *Bilduma*, Vol. 5, 1991, pp. 123-135; «Mujer y transmisión del patrimonio, Valle de Larraun, siglos XVII-XIX», *Sukil*, Vol. 1, 1995, pp. 52-56; VALVERDE LAMSFUS, L., *Entre el deshonor y la miseria*.

¹⁸⁴ GARCÍA HERRERO, M^a C., *Artesanas de vida. Mujeres de la Edad Media*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2009.

¹⁸⁵ NAUSIA PIMOULIER, A., «Suegros, nueras y viudas ante los Tribunales: la restitución de dotes (siglos XVI-XVII)», en USUNÁRIZ, J. M^a y GARCÍA BOURRELLIER, R. (eds.), *Padres e hijos en España y el mundo hispánico. Siglos XVI y XVII*, Visor Libros, Madrid, 2008, pp. 245-266; «Mujeres sometidas, mujeres descarriadas. El disciplinamiento de la mujer navarra en el siglo XVI», en *1512. Euskal lurraldeak eta nafar Estatua. Los territorios vascos y el Estado Navarro. Actas del II Congreso de Historiadores de Navarra*, Txertoa, Donostia, 2011, pp. 307-352; «El usufructo de viudedad navarro como recurso de supervivencia para las viudas (siglos XVI y XVII)», *Iura Vasconiae*, Vol. 10, 2013, pp. 573-596; ¿*Virgenes o putas?: 500 años de adoctrinamiento femenino (1512-2012)*, Erein, Donostia-San Sebastián, 2012; «El usufructo de viudedad navarro como recurso de supervivencia para las viudas (siglos XVI y XVII)», *Iura Vasconiae*, Vol. 10, 2013, pp. 573-596. Además de estas obras, publicó junto con J. BALDÓ ALCOZ, *Ser mujer (siglos XIII-XVI)*, Gobierno de Navarra-Caja de Ahorros de Navarra/Banca Cívica-Diario de Navarra, Pamplona, 2012.

¹⁸⁶ MARURI ORRANTIA, D., «La mujer en Sangüesa-Zangotza: algunas noticias para un estudio más profundo», *Zangotzarra*, Vol. 9, 2005, pp. 11-74.

10.6. Antropología social, Sociología y Sociología del Derecho

El matrimonio ha constituido uno de los campos clásicos para el análisis de la Antropología social y de la Sociología, no en vano, la que se vino a denominar Antropología del parentesco supuso el germen durante la segunda mitad del siglo XIX de la Antropología contemporánea. Entre los precursores de esta línea de investigación se cuenta el sociólogo y economista francés Frédéric Le Play, que analizó la evolución histórica de la familia a partir del destacado trabajo de campo que le había llevado a recorrer toda Europa. Dedicó una atención especial a la familia pirenaica, la *famille souche*, que consideró singular por su estructura basada en la troncalidad y el heredero único¹⁸⁷. Sus tesis fueron incorporadas a partir de entonces por todos los investigadores pirenaicos –incluidos los vasco-navarros–, hasta que fueron objeto de revisión en los años setenta del siglo XX por iushistoriadores como Jacques Poumarède¹⁸⁸.

La realidad descrita por Le Play en los años ochenta del siglo XIX sufría ya una destacada regresión geográfica en 1916, cuando Hilario Yaben desarrolló su monografía ya citada¹⁸⁹. Medio siglo después, el sistema se resquebrajaba incluso en los valles pirenaicos, lo que motivó la reactivación de las investigaciones antropológicas sobre la sucesión troncal y el sistema de heredero único, y su relación con la casa. Lo advirtieron Julio Caro Baroja (1982)¹⁹⁰, Ramón Violant i Simorra (1985)¹⁹¹, William A. Dou-

¹⁸⁷ LE PLAY, F., *L'organisation de la famille : selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*. 2ª edic. rev. y corr. A. Mame, Tours; Dentu, Paris, 1875 (1ª ed. de 1871). *Id.*, sobre el particular, ASSIER-ANDREU, L., «Le Play et la famille souche des Pyrénées : politique, juridisme et science sociale», *Annales ESC*, Vol. 3, 1984, pp. 495-514.

¹⁸⁸ POUMARÈDE, J., «La famille pyrénéenne : état de la question», en MINOVEZ, J.-M. y SOURIAU, R. (dirs.), *Les hommes et leur patrimoine en Comminges*, Saint-Gaudens, Féd. hist. de Midi-Pyrénées-Société des Études de Comminges, 2001, pp. 25-33. Reed. *Itinéraire(s) d'un historien du droit. Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, articles réunis et édités par J. P. Allinne, Toulouse, CNRS-Université de Toulouse II-Le Mirail, 2011, pp. 29-36; traducido por RICO ARRASTIA, M^a I., «La familia pirenaica: un estado de la cuestión», *Iura Vasconiae*, Vol. 10, 2013, pp. 543-556; «Famille et tenure dans les Pyrénées du Moyen Âge au XIX^e siècle», *Annales de démographie historique*, 1979, pp. 347-360. Reed. *Itinéraire(s)*, *op. cit.*, pp. 17-27; traducido por RICO ARRASTIA, M^a I., «Familia y propiedad en los Pirineos de la Edad Media al siglo XIX», *Iura Vasconiae*, Vol. 10, 2013, pp. 557-572.

¹⁸⁹ YABEN Y YABEN, H., *Los contratos*, *op.cit.*

¹⁹⁰ CARO BAROJA, J., *De la vida rural vasca*, Txertoa, San Sebastián, 1982; *La casa en Navarra*, Caja de Ahorros de Navarra, Pamplona, 1982. 4 vols.

¹⁹¹ VIOLANT I SIMORRA, R., *El Pirineo español. Vida, usos, costumbres, creencias y tradiciones de una cultura milenaria que desaparece*, Alta Fulla, Barcelona, 1985, pp. 265-303, sobre nacimiento, matrimonio y muerte.

glass (1988)¹⁹², Jeremy MacClancy (1991)¹⁹³, Gabriel Imbuluzqueta (2005)¹⁹⁴ y el tomo dedicado a la casa y la familia del *Atlas etnográfico de Vasconia* elaborado por el grupo Etniker Euskalerrria (2011)¹⁹⁵. La crisis de la casa navarra está indisolublemente unida a la crisis del matrimonio actual y a la consiguiente obsolescencia del régimen económico-matrimonial y sucesorio navarro, aspecto que ha tratado sucintamente Lidia Montesinos Llinares (2013)¹⁹⁶.

En cuanto a las investigaciones de Antropología histórica centradas en la praxis matrimonial, José María Satrustegi trató prolijamente sobre el matrimonio en su libro *Comportamiento sexual de los vascos* (1981)¹⁹⁷, donde acarreo toda la prolija labor de exhumación y publicación previa de los procesos judiciales pretridentinos sobre promesas matrimoniales en euskera, de los que hemos dado cuenta al tratar sobre la historiografía canónica. A partir de los estudios de Satrustegi apenas han aparecido nuevas aportaciones, hecha salvedad de estudios etnográficos locales, cuyas referencias bibliográficas pueden rastrearse en el tomo del *Atlas etnográfico de Vasconia* dedicado a los ritos desde el nacimiento al matrimonio, desarrollado por *Etniker Euskalerrria* (1998), obra imprescindible para conocer diferentes costumbres locales en relación a la institución matrimonial de los siglos XIX y XX¹⁹⁸.

Los juristas, sin embargo, no han mostrado demasiado interés por la Antropología o la Sociología jurídica del matrimonio, hecha salvedad de Gabriel García Cantero, autor de un estudio sobre la filiación extramatrimonial del primer lustro de los años setenta (1976-1977)¹⁹⁹, y de Juan Cruz Alli Aranguren, que reflexionó sobre la familia navarra de la primera década del siglo XXI (2010)²⁰⁰.

¹⁹² DOUGLASS, W. A., «The Basque Stem Family Household. Myth or Reality», *Journal of Family History*, Vol. 13/1, 1988, pp. 75-89.

¹⁹³ MACCLANCY, J., «Navarra», en *Antropología de los Pueblos del Norte de España*, Universidad Complutense-Universidad de Cantabria, Madrid, 1991, pp. 118-120.

¹⁹⁴ IMBULUZQUETA ALCASENA, G., *Navarra. Etnografía*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2005, pp. 77-82.

¹⁹⁵ ETNIKER EUSKALERRIA, *Casa y familia en Vasconia*, Colecc. Atlas etnográfico de Vasconia, nº 1-2, Instituto Labayru, Bilbao, 2011.

¹⁹⁶ MONTESINOS LLINARES, L., *Iraliku 'k: la confrontación de los comunales. Etnografía e historia de las relaciones de propiedad en Goizueta*, dirigida por el Dr. Ignasi Terradas, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Barcelona, 2013.

¹⁹⁷ SATRÚSTEGUI, J. M^a, *Comportamiento sexual de los vascos*, Txertoa, San Sebastián, 1981.

¹⁹⁸ ETNIKER EUSKALERRIA, *Ritos del nacimiento al matrimonio*, Colecc. Atlas etnográfico de Vasconia, nº 9, Instituto Labayru, Bilbao, 1998.

¹⁹⁹ GARCÍA CANTERO, G., «Sociología de la filiación extramatrimonial en Pamplona (años 1973 y 1974)», *Anuario de Derecho Foral*, Vol. 2, 1976-1977, pp. 325-336.

²⁰⁰ ALLI ARANGUREN, J. C., «Notas sobre la consideración socio-jurídica de la familia navarra al inicio del siglo XXI», *Príncipe de Viana*, Vol. LXXI, nº 250, 2010, pp. 553-605.

TITLE: Examination of the Sources for the Study of the History of Marriage and Unmarried Couples: An Approach from Navarre.

RESUMEN: El presente trabajo analiza las fuentes para el estudio de la Historia del matrimonio y de las uniones permanentes a través del ejemplo de Navarra que, en relación al régimen económico-matrimonial, suponen la base historicista sobre la que se redactó el Fuero Nuevo de 1973. Recorremos, en concreto, la costumbre, las fuentes legislativas civiles y las canónicas, la documentación procesal, la documentación notarial, los registros de Comptos del reino, los registros parroquiales y civiles, las visitas episcopales, las fuentes estadísticas y las fuentes doctrinales, diferenciando, en estas últimas, las diferentes perspectivas metodológicas que se han acercado a la historia jurídica del matrimonio y de las uniones estables.

PALABRAS CLAVE: Fuentes del Derecho, Historia del Derecho, Matrimonio, Parejas de hecho, Navarra.

ABSTRACT: This paper analyzes the sources for the study of the History of Marriage and Unmarried couples through the example of Navarre; these represent the historicist basis on which the Foral Civil Compilation of 1973 was written. We takes into account in particular, customary law, civil and canonical legislative sources, procedural documentation, notarized documentation, Account records of de Kingdom, Parish and Civil records, episcopal visits, statistical sources and doctrinal sources, identifying, in the latter, the different methodological perspectives that have approached the Legal History of Marriage and Unmarried couples.

KEY WORDS: Sources of law, History of Law, Marriage, Unmarried couples, Navarre.

RECIBIDO: 07.05.2015

ACEPTADO: 22.05.2015

«MEDIDAS DE REGENERACIÓN DEMOCRÁTICA». LA NUEVA REGULACIÓN DE LA FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA

Inés Olaizola Nogales¹

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA LEY ORGÁNICA 3/2015, DE 30 DE MARZO DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS (LOFPP). 2.1. *Regulación de la transparencia y del control en la LOFPP.* 2.2. *Régimen de infracciones y sanciones en la LOFPP.* 2.3. *Conclusiones sobre la LOFPP.* 3. LOS NUEVOS DELITOS DE FINANCIACIÓN ILEGAL INTRODUCIDOS POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DE CÓDIGO PENAL. 3.1. *Consideraciones previas.* 3.2. *Bien jurídico protegido y aclaración de conceptos.* 3.2.1. *Bien jurídico.* 3.2.2. *Aclaración de conceptos: financiación irregular, financiación ilegal y financiación corrupta.* 3.3. *Preceptos concretos y valoración crítica.* 4. PROPUESTA PERSONAL DE REGULACIÓN PENAL. 4.1. *Supuestos en los que se ve involucrada la Administración.* 4.2. *Supuestos en los que no se ve involucrada la Administración.*

1. INTRODUCCIÓN

El control de la financiación de los partidos políticos en España es una cuestión sin resolver a pesar de haber sido el origen de muchos y variados

¹ El trabajo se inserta en el Proyecto de investigación financiado por MINECO DER2013-47511-R, dirigido por el prof. MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, de cuyo equipo investigador formo parte.

escándalos de corrupción y haber afectado a casi todas las formaciones políticas². Así lo afirma con contundencia el GRECO en el informe adoptado en la 42ª Reunión Plenaria (15 de mayo de 2009) y hecho público el 28 de mayo de 2009 y se vuelve a poner de relevancia como problema en el Informe de la Comisión Europea de 3 de febrero de 2014³.

En el presente trabajo trataré de analizar las últimas reformas legislativas relacionadas con la financiación de los partidos políticos. Concretamente LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos (LOFPP) así como la LO 1/2015, de 30 de marzo –con entrada en vigor el 1 de julio–, por la que se modifica el CP, e incorpora la tipificación autónoma del delito de financiación ilegal de los partidos políticos.

² Septiembre de 1984: adjudicaciones irregulares de contratos de limpieza por parte de ayuntamientos del PSOE a empresas desde donde se recaudaban importantes cantidades de fondos para el partido; Noviembre de 1984: Escándalo Flick en el que se acusaba al PSOE de haber recibido dinero negro procedente de fundaciones alemanas; Diciembre 1989: desvío de unos 3.000 millones de pesetas de la recaudación de casinos en Cataluña, de los que aproximadamente unos mil habrían ido a la financiación de CIU; Marzo de 1990: caso de las tragaperras en el que se concedían licencias de máquinas tragaperras sin seguir los cauces legales a cambio de comisiones que presuntamente en parte sirvieron para la financiación del PNV; Abril de 1990: caso Naseiro en el que se descubren indicios de que desde el PP se fuerza a empresas inmobiliarias a pagar al PP para poder construir; Mayo 1991: caso Filesa en este caso tres empresas cobraron importantes cantidades de dinero en concepto de asesoramiento para destacadas empresas y bancos que nunca llegaron a realizarse, el dinero servía para financiar al PSOE; mayo 1992: caso AVE desglosado del caso Filesa donde se investigaron presuntas comisiones pagadas en la construcción de la línea de alta velocidad Madrid-Sevilla, estas comisiones sirvieron para la financiación del PSOE; Mayo de 1995: caso Sóller en el que hubo presuntos cobros de comisiones a la empresa adjudicataria del contrato de construcción del túnel Sóller, comisiones que se dedicaron a la financiación del PP. 2003: caso del 3%, en un debate en el Parlamento Catalán, el entonces Presidente de la Generalitat, Pasqual Maragall insinuó que el anterior gobierno de CIU cobraba comisiones del 3% a las empresas adjudicatarias de contratos de construcción; 2009: caso Gürtel, actualmente en proceso de investigación, se prevé que sea uno de los casos más importantes de corrupción de los relacionados con la financiación ilegal. Se trata básicamente de una trama de cobro de comisiones ilegales a empresas a cambio de adjudicaciones para la financiación del PP. 2013: caso Bárcenas es un derivado del caso Gürtel en el que el tesorero del PP pagaba presuntamente sobresueldos a altos cargos del PP que provenían a su vez de comisiones pagadas por empresas que resultaban adjudicatarias de contratos con la Administración. De dichas comisiones Bárcenas se fue quedando presuntamente con cantidades importantes; 2013: el denominado caso Pallerols por financiación ilegal de Convergencia de Cataluña en el que presuntamente se cobraron más de seis millones de euros de comisiones de distintas empresas.

³ Informe del GRECO de Evaluación sobre transparencia en la Financiación de partidos políticos en España. Informe de lucha contra la corrupción de la UE de 3 de febrero de 2014.

Como consideración previa en la que no me extenderé, porque ya la he analizado en otro trabajo⁴, puedo afirmar que el modelo de financiación público, privado o mixto, este último es el modelo español, no influye decisivamente en una mayor o menor corrupción. Lo que sí creo necesario es la articulación de requisitos y de límites, para evitar riesgos cualquiera que sea el modelo. Todos los modelos de financiación tienen unas ventajas y algunos inconvenientes. Así, por ejemplo, la financiación pública tiene la ventaja de que permite a todos los partidos políticos acceder a la arena del juego político, pero tiene la desventaja de que una financiación pública excesiva puede alejar a los partidos de los ciudadanos, puesto que no les necesitan y puede llevar a una importante oligarquización de los partidos. Al contrario, la financiación privada tiene como ventaja la mayor conexión entre los partidos y los ciudadanos, puesto que son ellos quienes les financian, pero se ve el peligro de que las formaciones políticas queden atrapadas por determinados intereses privados (grupos empresariales). En el informe de la Comisión Europea de 3 de febrero de 2014 se reconoce que, si bien en España se han realizado pocos estudios sobre los riesgos asociados a los grupos de presión, los recientes casos de corrupción indican la influencia potencial en la toma de decisiones a nivel local y regional de determinados grupos de interés relacionados con los sectores del urbanismo y de la construcción⁵. Es importante, por tanto establecer los límites tanto para un modelo como para el otro, para evitar los riesgos asociados a ellos.

En mi opinión, no obstante, son otras las causas que facilitan las conductas corruptas en este ámbito⁶. Así, el elevado y descontrolado gasto de los partidos políticos, tanto gastos electorales como gastos ordinarios, que, por cierto, se entremezclan haciendo difusa la frontera entre unos y otros, pero estando sin embargo regulados por diferente normativa. Otra posible causa es el bajo índice de afiliados. Según el informe del GRECO de 2009 somos el país de Europa con menor índice de afiliados, lo que, además de reflejar el importante desapego entre los ciudadanos y los grupos políticos, lleva aparejado un escaso nivel de esta fuente de financiación. La tercera causa sería la falta de transparencia en la financiación de los partidos, derivada de las dificultades de fiscalización y de control de sus cuentas. Sobre este tema volveré

⁴ OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos*, 2014, pp. 91 ss.

⁵ Informe de lucha contra la corrupción de la UE (Anexo España), de 3 de febrero de 2014. En el informe se hace especial referencia a las investigaciones en las que están implicados un ex tesorero de un partido político y casi noventa destacados políticos, empresarios y banqueros acusados de prácticas corruptas relacionadas con la contratación pública y la financiación ilegal de los partidos –clara alusión al caso Gürtel–.

⁶ Ampliamente, OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos*, *op. cit.*, pp. 102 ss.

más adelante cuando analice las mejoras introducidas por la LOFPP en este aspecto. Como cuarta causa se puede señalar la excesiva discrecionalidad y ausencia de controles en algunos ámbitos de la actividad administrativa, concretamente en el sector urbanístico y en la contratación pública.

2. LA LO 3/2015, DE 30 DE MARZO, DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS (LOFPP)

La LO 3/2015 modifica la LO 8/2007 de financiación de partidos políticos, que ya había sido modificada parcialmente por la LO 5/2012.

Esta LOFPP trata fundamentalmente de dar respuesta a algunas recomendaciones efectuadas por el GRECO en su informe de 2009, así como a las indicaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas en la moción aprobada por el 30 de octubre de 2001, a las que la LO 8/2007 y su reforma la LO 5/2012 no dieron respuesta.

Sin embargo, lo más comentado de esta LO ha sido la prohibición que se prevé para las donaciones de las personas jurídicas a los partidos políticos. Esta prohibición precisamente no ha sido recomendada ni por el Tribunal de Cuentas ni por el GRECO y a mi modo de ver, más allá de que genere un titular políticamente rentable, no es una buena decisión. Si bien es cierto que las donaciones provenientes de empresas pueden beneficiar a aquellos partidos con mayores conexiones ideológicas con los grupos empresariales y también puede existir el peligro de que se produzca lo que se denomina la captura del legislador, también es verdad que prohibir estas donaciones no las eliminará y únicamente las ocultará. Yo creo que estos peligros pueden neutralizarse si se adoptan algunas precauciones⁷. Así, las donaciones deben ser publicitadas para que los ciudadanos puedan hacer un seguimiento continuo del comportamiento de los partidos con sus donantes; es muy importante evitar las donaciones finalistas, para ello parece imprescindible modificar alguna normativa relacionada con la contratación pública y reducir el nivel de discrecionalidad de este ámbito; deben prohibirse también las donaciones de empresas públicas, las donaciones de contratistas de obras y servicios públicos que tengan contrato vigente con la Administración, así como de empresas de sectores regulados especialmente dependientes de decisiones político-administrativas, empresas promotoras de suelo y vivienda respecto de las autoridades urbanísticas; también deben controlarse los préstamos concedidos por las entidades de crédito a los partidos y se deben prohibir las condonaciones; por último debe limitarse la cuantía máxima de las donacio-

⁷ Extensamente, *ibidem*, pp. 95 ss.

nes para que ninguna empresa o grupo empresarial pueda ejercer una influencia excesiva sobre un partido político. Considero que con estos límites las donaciones de empresas serán más transparentes y controlables y se conjurarán los posibles peligros. Al contrario, prohibiéndolas lo que se generarán serán donaciones ocultas y fuera de control.

Más allá de esta prohibición, la LO 3/2015 presenta más novedades y se puede dividir su análisis en dos partes. Por un lado, aquellos preceptos que están relacionados con el fomento de la transparencia y del control y por otro lado, los que recogen el régimen sancionador.

2.1. *Regulación de la transparencia y del control en la LOFP*

La LO 5/2012 mejoró, en cuanto a transparencia se refiere, la anterior LO 8/2007. Así, en concreto se indica que las donaciones privadas deben abonarse en cuentas de entidades de crédito abiertas exclusivamente para dicho fin. Además, debe señalarse la fecha de imposición, el importe de la donación y la identidad del donante; las donaciones superiores a 50.000 euros y en todo caso las donaciones de bienes inmuebles deben ser notificadas al Tribunal de Cuentas en un plazo máximo de tres meses⁸. También las cuotas y aportaciones de los afiliados o simpatizante deberán abonarse en cuentas de entidades de crédito abiertas exclusivamente para dicho fin y también deberá constar la fecha, el importe y la identidad del donante. Los partidos políticos deben llevar libros de contabilidad detallados. Deben presentar las cuentas anuales correspondientes a cada ejercicio económico ante el Tribunal de Cuentas y una vez emitido el informe por el Tribunal de Cuentas, los partidos políticos están obligados a hacer públicas, preferentemente a través de su página web, el balance y la cuenta de resultados, la cuantía de los créditos concedidos, el tipo de entidad concedente y las condonaciones de deuda correspondientes al ejercicio. Esta publicación debe ser de acceso gratuito y fácil para los ciudadanos. Los partidos políticos deben dar cuenta al Tribunal de Cuentas y al Banco de España de los acuerdos que lleguen con las entidades de crédito sobre las condiciones de la deuda que mantengan con ellas. Los partidos políticos deben prever un sistema de control interno y deben rendir cuentas externamente ante el Tribunal de Cuentas⁹. También se incorporan algunas

⁸ En las donaciones en especie se acreditará también la entrega del bien donado haciendo mención expresa al carácter irrevocable de la donación.

⁹ Por lo que se refiere a la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General también requiere una contabilidad detallada de las campañas electorales. Los partidos políticos tendrán que contratar un «administrador electoral» para que gestione las finanzas relacionadas con la campaña. Hay que abrir una cuenta específica para la campaña a través de la que se canalizan todas las donaciones. Las donaciones tendrán que tener la identifi-

medidas de transparencia relacionadas con las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos. Así, igual que los partidos políticos, las fundaciones y asociaciones deberán, una vez emitido el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, hacer públicas, preferentemente a través de su página web, el balance y la cuenta de resultados. Además, están obligadas a informar anualmente al Ministerio de Hacienda de todas las donaciones y aportaciones recibidas y deberán informar en un plazo de tres meses al Tribunal de Cuentas de todas las donaciones provenientes de personas jurídicas.

A pesar de estas medidas, tanto el Tribunal de Cuentas, como el informe del GRECO de 2009 observaban carencias algunas de las cuales no fueron resueltas por la LO 5/2012.

- a) Se recomendaba, a efectos de control de la financiación, que el partido político se concibiera como una unidad territorial e institucional, debiendo incluirse en sus estados financieros las cuentas de toda la organización –a nivel estatal, autonómico, regional y local– como, en su caso, las cuentas de las fundaciones vinculadas a los partidos. Debe tenerse en cuenta que las cuentas locales de los partidos políticos no se consolidan con las cuentas estatales, autonómicas y regionales, quedando fuera de control. Esto, como es lógico genera un enorme peligro de corrupción, máxime si se tiene en cuenta las competencias que en materia de urbanismo tienen los entes locales. Por otro lado, también existe un importante riesgo de que las entidades vinculadas a los partidos (fundaciones) asumieran sus gastos, a través de un trasvase ilegal de dinero.

Esta recomendación no fue atendida por la LO 5/2012, pero sí es tenida en cuenta parcialmente por la LO 3/2015. Así, en su art. 14.5 se reconoce que las cuentas consolidadas de los partidos políticos se extenderán a los ámbitos estatal, autonómico y provincial y añade que las cuentas correspondientes al ámbito local y comarcal, si existiese, se integrarán en las cuentas de nivel provincial¹⁰.

Sin embargo respecto de las cuentas de las fundaciones no se menciona que dichas cuentas tengan que presentarse de manera conjunta con las de los partidos. Sí que se señala en la Disposición adicional séptima que las aportaciones que reciban las fundaciones y entidades vinculadas a los partidos estarán sometidas a los mecanismos de control

cación del donante. Una vez terminada la campaña electoral los administradores electorales presentarán en los 100-125 días siguientes un informe económico detallado de ingresos y gastos ante el Tribunal de Cuentas.

¹⁰ Conforme a la Disposición transitoria tercera los partidos políticos dispondrán de un año desde la entrada en vigor del art. 14 de la LO 8/2007 en su nueva redacción para consolidar sus cuentas a nivel local. Este art. 14 entrará en vigor el 1 de enero de 2016.

y fiscalización y al régimen sancionador previsto en la ley. Sobre la regulación relativa a las fundaciones volveré más abajo.

- b) Otra recomendación venía relacionada con el control de los préstamos otorgados a los partidos por las entidades bancarias. Por un lado se pedía control y límites sobre las condonaciones de los bancos a los partidos y por otro, que se tomaran las medidas adecuadas para controlar las condiciones en que se otorgaban los créditos, así como las cantidades prestadas, puesto que un excesivo nivel de endeudamiento podía hacer que los partidos se volvieran vulnerables/dependientes de las entidades de crédito. El Tribunal de Cuentas señaló en el año 2012 que la deuda total de los partidos políticos (de ámbito nacional y autonómico) con entidades financieras ascendía a 227 millones de euros en 2007¹¹. Ya la LO 5/2012 limitó la posibilidad de condonación de deudas bancarias a 100.000 euros anuales. En el art. 4.4 LOFPP se aborda el tema de manera relevante. Por un lado, y de forma acertada a mi modo de ver, se prohíben todas las condonaciones de las entidades de crédito a los partidos. Entiendo que es una prohibición positiva, porque no se entiende con qué fundamento pueden justificarse dichas condonaciones, mientras que con ellas se puede generar el peligro de que el partido quede «capturado» por la entidad bancaria. Por otro lado, el art. 4.4. señala que los partidos políticos podrán llegar a acuerdos respecto de las condiciones de la deuda que mantengan con las entidades de crédito, por lo que se mantiene la posibilidad de obtener créditos ventajosos, pero deberán informar de tales acuerdos al Tribunal de Cuentas y al Banco de España y además el tipo de interés acordado no podrá ser inferior al que corresponda según las condiciones de mercado. Además, el art. 14.3 de la LOFPP indica que las cuentas anuales deben acompañarse de una memoria explicativa del Balance y de la Cuenta de Resultados y se acompañará en todo caso de un anexo donde se especifiquen pormenorizadamente las condiciones contractuales estipuladas de los créditos de cualquier clase que el partido mantenga con las entidades de crédito. El incumplimiento de estos deberes supondrá una infracción muy grave del art. 17. Sobre el régimen de infracciones y sanciones volveré más abajo.
- c) Otra recomendación tenía que ver con la falta de transparencia de los ingresos y gastos de las fundaciones vinculadas a los partidos políticos, en el sentido de que dichas entidades debían someterse a un mayor control. Conforme a la LO 8/2007 el régimen de financiación de

¹¹ Tribunal de Cuentas, Informe de fiscalización de los estados contables de los partidos políticos y de las donaciones percibidas por las fundaciones vinculadas orgánicamente, ejercicio 2007, informe aprobado el 29 de marzo de 2012.

las fundaciones vinculadas a los partidos políticos es un tanto especial. Por un lado, en los Presupuestos Generales del Estado se regula la posibilidad de conceder subvenciones a «las fundaciones de partidos políticos de ámbito estatal y con representación parlamentaria». Por otro lado, conforme a la Disposición adicional séptima de la LO 5/2012, no habrá límite cuantitativo para las donaciones privadas otorgadas a las fundaciones, esto es, no están sometidas al límite de los 100.000 euros al que están sometidos los partidos. Únicamente se prevé que si la donación es superior a 120.000 euros deberán formalizarse en un documento público. También se permite que estas fundaciones reciban donaciones de empresas que tengan contrato vigente con la Administración, situación prohibida para los partidos políticos. En la Disposición adicional séptima de la LOFPP se define qué se entiende por fundaciones y entidades vinculadas a partidos políticos o dependientes de ellos lo que supone una aclaración de conceptos; se obliga a las fundaciones vinculadas a inscribirse en el Registro de Partidos como requisito para recibir subvenciones y se recoge la competencia del Tribunal de Cuentas para fiscalizar la actividad económica-financiera de las fundaciones. Sin embargo sigue manteniéndose la ausencia de límites en cuanto a la cantidad de la donación y se permite la donación de persona jurídica. Se puede afirmar que el régimen financiero de las fundaciones sigue siendo muy especial¹².

- d) Otra recomendación del Tribunal de Cuentas, refrendada por el GRECO iba en el sentido de introducir la obligación de que tanto los partidos como las fundaciones y asociaciones vinculadas hicieran públicas, a través de su página web, el balance, la cuenta de resultados, los créditos concedidos, la entidad concedente o las condonaciones. El art. 14.8 de la LO 5/2012 haciendo caso de esta recomendación introdujo la obligación de realizar esa publicación una vez emitido el informe del Tribunal de Cuentas. En la LOFPP se mejora esta previsión porque se exige que la publicación por parte de los partidos se produzca en el plazo máximo de un mes desde la fecha del envío al Tribunal de Cuentas. Esto supone una enorme mejora en cuanto a transparencia, porque, teniendo en cuenta el retraso con el que actúa el Tribunal de Cuentas, la publicación después de la emisión de su informe podía demorarse mucho y por tanto resultar bastante inútil para los ciudadanos. Se introduce además la exigencia de que en la página web se publique las donaciones recibidas por los partidos superiores a 25.000 euros con referencia concreta a la identidad del donante. Esta última

¹² En el mismo sentido, SANDOVAL, RGDP 22 (2014), 33.

previsión es muy importante para que los ciudadanos puedan saber quién o quiénes son los financiadores de un partido político. En el caso de las fundaciones, estas deberán publicar en su página web únicamente el balance y la cuenta de resultados, así como las conclusiones del informe de auditoría y dicha publicación se hará una vez emitido el informe del Tribunal de Cuentas.

- e) Otra recomendación importante relacionada con la transparencia era la de la unificación del sistema de auditoría interna de los partidos, ya que se dejaba a criterio de cada partido cómo organizar su supervisión interna. La carencia se mantiene en el art. 15 LO 5/2012, donde se indica que el control interno debe articularse conforme a los Estatutos del partido. En la LOFPP no cambia el sistema, puesto que el art. 15 no se modifica. Ahora bien, el art. 14 de la LOFPP introduce una serie de obligaciones relativas a la contabilidad de los partidos políticos que desciende a un gran nivel de detalle en las indicaciones de lo que los partidos deben reflejar en sus libros de contabilidad de manera que estos libros permitan en todo momento conocer la situación financiera y patrimonial del partido. Estas obligaciones contables no se refieren, sin embargo, a las fundaciones. Por otra parte, en el art. 14 bis se recoge, como novedad, la figura del responsable de la gestión económica-financiera que será una persona con suficientes conocimientos y se responsabilizará de la regularidad de las cuentas anuales.
- f) En cuanto al control externo de los partidos es importante destacar la incorporación en la LOFPP de un control parlamentario, recogido en el art. 16 bis, conforme al cual el responsable de la gestión económico-financiera deberá comunicar anualmente al presidente de la Comisión Mixta para la Relaciones con el Tribunal de Cuentas, la remisión de la documentación contable al Tribunal. Además, la Comisión Mixta podrá solicitar la comparecencia del responsable en el plazo de dos meses desde la aprobación del informe de fiscalización por el Tribunal de Cuentas para que informe sobre su contabilidad. La medida es positiva sin lugar a dudas, porque refuerza el control externo a través del Parlamento. El problema es el de siempre, el retraso tan grande con el que actúa el Tribunal de Cuentas y que puede hacer que la comparecencia del responsable del partido se demore en el tiempo.
- g) Otras cuestiones relacionadas con la transparencia que incorpora la LOFPP tienen que ver con la claridad de las cuentas donde se ingresan las donaciones. Tanto las donaciones de particulares como las cuotas de los afiliados deberán ingresarse en cuentas específicas (hasta aquí igual que en la LO 5/2012), pero la novedad reside, en el caso de las donaciones, en que las entidades de crédito deberán informar anualmente al Tribunal de Cuentas sobre las donaciones que hayan sido

ingresadas en dichas cuentas y en el caso de las cuotas de los afiliados, deberán ser ingresadas mediante domiciliación bancaria de una cuenta de la cual sea titular el afiliado, o mediante ingreso nominativo en la cuenta que designe el partido.

2.2. Régimen de infracciones y sanciones en la LOFPP

Aunque la LO 8/2007 y posteriormente la LO 5/2012 supusieron una mejora clara respecto a la LO 3/1987, que no preveía ningún régimen sancionador, el Tribunal de Cuentas y el GRECO también hicieron varias recomendaciones relacionadas con la necesidad de estructurar y regular un régimen sancionador adecuado.

Una de las novedades básicas introducida por la LO 8/2007 fue la regulación en su Título VI del régimen sancionador. Los artículos 17 y 18, mejorados por la LO 5/2012 pretenden desarrollar un régimen sancionador completo. El art. 17 recoge las infracciones y sus correspondientes sanciones e indica un plazo de cuatro años para la prescripción de las infracciones. El art. 18 articula el procedimiento sancionador y de recursos y el art. 19 incorpora un deber de colaboración con el Tribunal de Cuentas tanto para los partidos políticos como para las entidades que hubieran tenido relaciones de naturaleza económica con los partidos.

En cuanto a las infracciones se catalogan todas como muy graves. La primera, recogida en la letra a) del art. 17.1, considera infracción la contravención de las limitaciones y requisitos establecidos en los arts. 5 y 7 de la Ley, esto es, los referidos a las donaciones anónimas, finalistas, revocables, las aportaciones de las personas extranjeras, así como los relacionados con los límites cuantitativos de la donación. Se equipara en cuanto a infracción y sanción la asunción, por terceras personas, de los gastos del partido en los términos indicados en la ley. La sanción correspondiente a esta infracción viene indicada a continuación y consiste en la imposición por el Tribunal de Cuentas de una sanción de cuantía equivalente al doble de la aportación ilegalmente percibida.

La segunda infracción se recoge en el art. 17.1 b) y consiste en no presentar las cuentas anuales ante el Tribunal de Cuentas o que se presenten de manera tan deficiente que el Tribunal no pueda realizar su labor fiscalizadora. La sanción consiste en la retención de la subvención anual hasta que se cumpla con el deber de rendición o se subsanen los defectos.

La tercera y última infracción tipificada consiste, sin perjuicio de lo establecido en la LOREG a la que luego haré referencia, en la superación de los límites de gastos electorales.

Entre las recomendaciones más importantes destacan:

- a) El GRECO en su informe de 2009 recomendaba que las infracciones se tipificaran al menos según su gravedad y que las sanciones se graduaran según la gravedad de las infracciones. También recomendaba la introducción de eximentes, atenuantes y agravantes. En mi opinión, el catálogo de las infracciones recogidas en el art. 17 LO 5/2012 resulta poco detallado y escaso, dejando fuera algunas conductas graves, tales como la no apertura de cuentas específicas para las donaciones, la no publicación en la página web de las cuentas o la recepción de donaciones provenientes de empresas públicas, entre otras.

Esta situación mejora claramente en la LOFPP. El nuevo art. 17 diferencia entre infracciones muy graves, estas serán: a) las que contravengan los límites relacionados con las cantidades de las donaciones, su carácter anónimo, finalista o revocable, también la asunción por parte de un tercero de los gastos del partido. También constituirán infracciones muy graves la aceptación de donaciones que provengan de personas jurídicas o de gobiernos extranjeros o los acuerdos sobre condiciones de deuda que infrinjan la prohibición contenida en el art. 4.4. En estos casos la sanción será, conforme al art. 17 bis, una multa del doble al quintuplo de la cantidad que exceda del límite, de la cantidad asumida por un tercero o de la cantidad condonada. También será muy grave: b) la superación en un diez por ciento o más de los límites de los gastos electorales, en cuyo caso la sanción será una multa del duplo al quintuplo del exceso producido. Y por último: c) el incumplimiento durante dos ejercicios consecutivos o tres alternos de la obligación de presentar las cuentas anuales en plazo o la presentación de cuentas incompletas o deficientes. En este caso la sanción será de un mínimo de cincuenta mil y un máximo de cien mil euros. Las infracciones graves serán cuatro. La primera consistirá en la realización de actividades mercantiles. En este caso la sanción será una multa entre veinticinco mil y cincuenta mil euros más una multa equivalente al cien por cien del beneficio obtenido. La segunda consistirá en la superación en más de un tres y menos de un diez por ciento de los límites de los gastos electorales, en cuyo caso la sanción será del doble al quintuplo del exceso de gasto producido. La tercera viene conformada por el incumplimiento de presentar las cuentas anuales o de presentarlas de forma incompleta durante un ejercicio o el incumplimiento de cualquier otra obligación contable. La cuarta infracción grave será la falta de un sistema de auditoría o de control interno. Para la tercera y la cuarta infracción la sanción será de un mínimo de diez mil y un máximo de cincuenta mil euros. Las infracciones leves son dos. La primera consistirá en faltar al deber de colaboración que establece el art. 19, que consiste tanto en el deber de

- colaboración de los partidos con el Tribunal de Cuentas a efectos de remitirle la documentación requerida, como el deber de colaboración de las entidades que tienen relaciones de naturaleza económica con los partidos que también deberán enviar al Tribunal de Cuentas la documentación que les sea requerida, y la segunda será la superación por los partidos en más de un uno y hasta un tres por ciento de los límites de los gastos electorales. La sanción para el primer caso es de multa de entre cinco mil y diez mil euros y en el segundo caso la sanción irá del doble al quintuplo del exceso de gasto producido.
- b) Otra mejora que atiende a las recomendaciones del Tribunal de Cuentas es por tanto la consideración como infracción (leve) del incumplimiento del deber de colaboración. En la LO 5/2012 no sólo no se recoge como infracción tal conducta, sino que al contrario se hace referencia al deber de sigilo que respecto a esta información tienen los miembros del Tribunal de Cuentas y las responsabilidades administrativas o penales derivadas de su incumplimiento.
 - c) Otra recomendación del GRECO hacía referencia a la conveniencia de introducir como infracción, con la correspondiente sanción, la conducta del donante que realiza una donación ilegal. Esta recomendación no se recoge ni en la LO 5/2012, ni en la LOFPP.
 - d) Otras cuestiones que mejoran en la LOFPP relacionadas con el régimen sancionador, son la mayor pormenorización del procedimiento sancionador, mucho más detallado en el proyecto, y la diferencia de plazos de prescripción de las infracciones según sean muy graves – cinco años–, graves –tres años– y leves –dos años–.

2.3. Conclusiones sobre la LOFPP

En mi opinión el PLOFPP supone una mejora respecto de la ley anterior, la LO 8/2007, modificada por la LO 5/2012 de financiación de partidos políticos. Como se ha visto, atiende en gran medida a las recomendaciones del Tribunal de Cuentas y del GRECO y ello es positivo. Mejora tanto en el nivel de transparencia exigible como en el régimen de infracciones y sanciones. Así lo reconoce también el informe lucha contra la corrupción elaborado por la Comisión Europea de fecha 3 de febrero de 2014¹³.

No obstante, se puede realizar todavía algunas críticas. La primera es que sigue sin regularse con claridad el régimen de financiación de las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos. Al no exigirse los mismos límites para la financiación de estos entes que para la financiación de

¹³ También considera que la reforma va en la dirección acertada, SANDOVAL, RGDP 22 (2014), 25.

los partidos (ni cuantitativos, ni de procedencia, ni de transparencia) se mantiene el peligro de que a través de estas fundaciones se proceda a un trasvase ilegal de dinero a los partidos políticos.

Como segunda crítica, que ya he explicado más arriba, se puede decir que la prohibición de donaciones de empresas a los partidos políticos no supondrá que esta se eliminen, sino que queden ocultas y exentas de controles. No me parece una medida adecuada y tampoco responde a una recomendación ni del Tribunal de Cuentas ni del GRECO.

Como tercera objeción, esta más general, creo que es importante una propuesta de reforma de la LOREG. El Tribunal de Cuentas ha venido reclamando en sus informes que se regule adecuadamente el régimen de control en materia de financiación electoral, pero en las sucesivas reformas de la LOREG se ha hecho caso omiso a estas recomendaciones, por lo que las propuestas siguen teniendo plena vigencia. Es verdad, no obstante que en la Disposición final cuarta de la LOFPP se modifica la LOREG parcialmente y concretamente el art. 134.2 de dicha Ley. Se remite ahora dicho precepto –en los supuestos en los que se hayan superado los límites electorales– a la LO 8/2007, que habrá de entenderse en la nueva redacción dada en este punto al art. 17 por la LO 3/2015.

Convendría realizar una revisión íntegra de de la LOREG e incluso estudiar la posibilidad de incluir toda la regulación sobre la financiación de partidos políticos en una sola norma. También resultaría interesante el estudio sobre la necesidad de diferenciar entre financiación ordinaria y financiación electoral, teniendo en cuenta los límites difusos que separan en muchas ocasiones los gastos electorales de los gastos ordinarios y que en ocasiones los gastos ordinarios sirven para pagar gastos electorales encubiertos.

Entre otras cuestiones, el Tribunal de Cuentas ha propuesto que los partidos políticos tuvieran que rendir cuentas cuando fueran a intervenir en procesos electorales. Conforme a la LO8/2007 la obligación de rendir cuentas se limita únicamente a las formaciones que han obtenido un anticipo de subvenciones públicas en atención a los resultados obtenidos en anteriores elecciones. Es verdad que en el art. 16 LOFPP se añade la posibilidad de que el Tribunal fiscalice las cuentas de todos los partidos y no sólo de los que hubieran recibido subvenciones públicas.

Se considera necesaria también una armonización de las normas electorales, tanto entre las Comunidades Autónomas entre sí, como entre estas y la normativa estatal.

Se entiende imprescindible la aclaración del concepto de gasto electoral y la fijación del límite máximo de gasto autorizado. El Tribunal ha planteado la necesidad de reducir los gastos de propaganda electoral y propone su sustitución por otras técnicas de información.

3. LOS NUEVOS DELITOS DE FINANCIACIÓN ILEGAL INTRODUCIDOS POR LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO QUE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DE CÓDIGO PENAL

3.1. *Consideraciones previas*

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, introduce los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos.

La primera consideración que es conveniente hacer está relacionada con la ubicación de los preceptos. Se incluyen en un nuevo Título XIII bis, justo detrás del Título XIII que contiene los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Se puede convenir en que el orden y la ubicación de los preceptos en el CP tienen un sentido a la hora de interpretarlos¹⁴. En mi opinión, un posible delito de financiación ilegal no guarda ninguna relación con valores de carácter económico. Como se analizará más abajo, si hay algún bien jurídico que merezca ser protegido frente a este tipo de conductas será un bien jurídico relacionado con las funciones constitucionales que cumplen los partidos políticos, por lo que la ubicación de estos preceptos debería ser entre los delitos contra la Constitución. En este sentido recuerda la STC 3/1981, de 2 de febrero que los partidos tienen un *status* privilegiado frente al resto de asociaciones privadas, gozan de derechos como los de obtener ayuda financiera del Estado o la utilización gratuita de medios públicos de comunicación, pero a cambio tienen la contrapartida de cumplir con su función constitucional de concurrir a la manifestación de la voluntad popular.

La segunda consideración es para recordar que la ausencia de la tipificación autónoma o específica de un delito de financiación ilegal de partidos políticos no implica que muchas de las conductas que se producen en este ámbito no puedan ser sancionables penalmente. Las razones aducidas por los autores para la defensa de una tipificación autónoma son, por un lado, la existencia de lagunas de punibilidad, ya que hay conductas que con los tipos penales actuales no serían punibles, en segundo lugar, la complejidad de los procesos penales al no estar lo suficientemente claro qué tipos penales son aplicables y por último la existencia de un bien jurídico autónomo¹⁵.

Más allá de las posibles lagunas, que lo serán en la medida en que se considere que tales conductas deben estar tipificadas, y de la complejidad del proceso, independientemente de que haya delitos que se puedan aplicar o no, la razón que me parece importante para valorar si la tipificación autónoma es

¹⁴ LUZÓN PEÑA, Curso I, 1996, 168 s.

¹⁵ NIETO MARTÍN, A., en ARROYO ZAPATERO, L.A. y NIETO MARTÍN, A., (Coords.), *Fraude y corrupción*, 2006, pp. 120 ss.; MAROTO CALATAYUD, M., *Corrupción y financiación de partidos políticos 2012*, pp. 377 ss. (Tesis Doctoral inédita).

o no necesaria es la tercera, esto es la verificación de si hay o no uno o varios bienes jurídicos específicos merecedores de protección penal.

Según NIETO MARTÍN, la financiación ilegal de partidos lesiona bienes jurídicos autónomos merecedores de protección penal, tales como la transparencia en la financiación, la igualdad de oportunidades entre las distintas fuerzas políticas y la democracia interna dentro de los partidos políticos. Afirma este autor que la igualdad de oportunidades entre las fuerzas políticas y la transparencia patrimonial son requisitos indispensables para que el voto pueda ser verdaderamente responsable y por tanto libre¹⁶.

En sentido parecido se manifiesta MAROTO CALATAYUD, al afirmar que el injusto específico de la financiación ilegal abarca la alteración del funcionamiento del sistema de partidos, tanto en lo que se refiere a la igualdad de oportunidades entre partidos como a la quiebra de la democracia interna y la oligarquización de las organizaciones políticas que implica¹⁷.

En mi opinión, el funcionamiento del sistema de partidos en sí mismo no constituye un bien jurídico merecedor de protección penal. El criterio para decidir cuándo una conducta de financiación ilegal merece reproche penal y cuándo no, debe venir derivado de las propias funciones constitucionales que ejercen los partidos políticos hacia los ciudadanos. Dichas funciones se recogen en el art. 6 de la Constitución que indica que los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política.

Aunque volveré más adelante sobre ello, ya adelanto que el delito de financiación ilegal tendrá sentido sólo para proteger aquellas conductas que, no estando correctamente recogidas en los tipos actuales, perturben aquellas funciones de servicio a los ciudadanos que cumplen los partidos. Los partidos son los instrumentos necesarios para que los ciudadanos puedan participar en la vida política y canalizar a través de ellos sus intereses. Por tanto, no cualquier perturbación de la transparencia financiera de los partidos o de la igualdad entre las fuerzas políticas o de la democracia interna de los partidos será suficiente para ser tipificada penalmente a través de un tipo autónomo, sino que se sancionarán penalmente aquellas conductas que, trascendiendo del ámbito interno del partido, supongan una perturbación de la manifestación de la voluntad popular.

En mi opinión la posible tipificación autónoma del delito de financiación ilegal vendría justificada por las funciones que los partidos ejercen hacia los

¹⁶ NIETO MARTÍN, A., en ARROYO ZAPATERO, L.A. y NIETO MARTÍN, A., (Coords.), *Fraude y corrupción*, op. cit., p. 123.

¹⁷ MAROTO CALATAYUD, M., *Corrupción y financiación de partidos políticos*, op.cit., p. 378; GUTIÉRREZ RUBÍ, A., *Temas para el Debate*, nº 223, 2013, pp. 46 s.

ciudadanos y que hace que los partidos políticos no tengan una naturaleza puramente privada y puedan obtener, por tanto, una protección reforzada.

3.2. *Bien jurídico protegido y aclaración de conceptos*

3.2.1. Bien jurídico

La cuestión más relevante por tanto es la de si se puede hablar de un bien jurídico penal merecedor de protección en las conductas de financiación ilegal de los partidos políticos¹⁸.

Los partidos políticos cumplen una función básica para el funcionamiento democrático del Estado: concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, por ello son expresión del pluralismo político e instrumentos fundamentales de participación política –art. 6 CE– La principal función de los partidos será, por tanto aglutinar la voluntad popular para transformarla en voluntad del Estado a través de los órganos públicos representativos. Primero el partido político forma una voluntad programática unitaria. Posteriormente se concurre a expresar la voluntad popular definitiva en los órganos públicos representativos por medio de los representantes públicos seleccionados y presentados por los partidos políticos. Estas funciones pueden resumirse en una: la de ser los partidos los intermediarios entre la sociedad y el Estado¹⁹. Esa formación y manifestación de la voluntad popular es lo que debe producirse libre de injerencias extrañas que busquen favorecer intereses y voluntades particulares frente a la voluntad programática. Y este será el bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal. Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA la democracia exige objetividad. El criterio de objetividad rige como criterio rector del comportamiento de la Administración hasta tal punto que si decae, el Estado y su aparato administrativo dejarán de ser democráticos. La corrupción hace que los sectores económicos sean los que impongan los reales programas políticos aunque no se publiciten²⁰. De la misma manera, determinadas conductas de financiación ilegal pueden hacer que el real programa del partido político no sea el que verdaderamente se ofrece y al que los ciudadanos votan, produciéndose una perturbación grave de las funciones de formación y de manifestación popular.

¿Tiene este bien jurídico suficiente entidad para ser merecedor de protección penal? En mi opinión sí. Los partidos políticos son considerados hoy en día sujetos imprescindibles para el funcionamiento del Estado democrático

¹⁸ Sobre el concepto de bien jurídico y de bien jurídico-penal, MIR PUIG, S., DPPG 9ª, 2011, 119.

¹⁹ BAUTISTA PLAZA, D.J., *La función constitucional del Estado*, 2006, 16 ss.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia*, 5ª, 2000, 123 ss.

representativo, denominado por buena parte de la doctrina e incluso por el TC como un «Estado de partidos»²¹. Aunque formalmente el art. 23.1 CE dispone que los ciudadanos tienen derecho a participar directamente en los asuntos públicos, en la práctica las fórmulas para la participación directa son poco operativas en España debido a los rigurosos requisitos que se exigen, por lo que se puede afirmar que en nuestro sistema los partidos constituyen el principal y casi único vehículo de expresión política ciudadana²².

Es cierto que para que la formación y manifestación de la voluntad popular puedan configurarse correctamente son básicos dos elementos: la democracia interna dentro del partido y la transparencia. En cuanto al requisito de democracia interna, estoy de acuerdo con los que afirman que la profundización de la democracia pasa por democratizar el funcionamiento y organización interna de los partidos. La voluntad popular final no puede ser fruto de la concurrencia de voluntades de las oligarquías dominantes en los partidos, aunque sean ratificadas electoralmente. Los partidos deben elaborar democráticamente su voluntad programática para que la voluntad final pueda considerarse popular en su plenitud²³. Además, estoy de acuerdo con que cuanto menor sea la democracia interna de los partidos, mayor será el riesgo de clientelismo, ya que cuanto menos democráticos sean los procesos internos del partido para la elección de cargos, confección de listas, etc. más dependerán los elegidos de los que ostentan el poder en el partido y mayor influencia podrán ejercer estos sobre aquellos²⁴.

Dicho todo lo anterior, sin embargo, considero que la democracia interna en sí misma no tiene suficiente entidad para ser reconocida como un bien jurídico penal, al menos autónomo. No creo que la perturbación de los procesos internos de los partidos políticos tenga entidad suficiente para constituir un injusto específico. Se puede hacer una equiparación entre los partidos políticos, como instituciones básicas en un sistema democrático, y la Administración pública. Igual que en el Título XIX no se protege a la Administración como institución en sí misma, sino como un ente prestacional de servicios a los ciudadanos, en el caso de los partidos políticos tampoco se protegerán en sí mismos, sino como entes que prestan a los ciudadanos un

²¹ Ampliamente, NAVARRO MÉNDEZ, J.I., *Partidos políticos*, 1999, 238 ss. STC 3/1981, de 2 de febrero.

²² Por todos, NAVARRO MÉNDEZ, J.I., *Partidos políticos*, *op. cit.*, 236 s.

²³ NAVARRO MÉNDEZ, *Partidos políticos*, 1999, 238 ss.; BAUTISTA PLAZA, La función constitucional de los partidos políticos, 2006, 26 ss.; FLORES GIMÉNEZ, en: NIETO/MAROTO (dirs.), *Prevención de la corrupción*, 2014, 188 ss.

²⁴ URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005, 174 s.; MAROTO CALATAYUD, *Corrupción y financiación de partidos políticos*, 2012, 452 (Tesis Doctoral inédita); GUTIÉRREZ RUBÍ, *Temas para el Debate* 223 (2013), 46; OLAIZOLA NOGALES, *La financiación ilegal de los partidos políticos*, 2014, 205.

servicio básico en una sociedad democrática, como es la representación de la voluntad popular, como instrumentos canalizadores de los intereses ciudadanos. Por tanto, si bien la democracia interna será un requisito funcional necesario para que la manifestación de la voluntad popular sea correcta, no considero que tenga la categoría de bien jurídico. Es decir, será necesario que la conducta para ser tipificada autónomamente vaya más allá de la lesión o puesta en peligro de la democracia interna.

Tampoco considero que la transparencia sea un bien jurídico digno de protección penal autónoma. La publicidad de los donantes y de las donaciones permite a los ciudadanos estar alerta acerca de las posibles desviaciones y abusos de poder que puedan presentarse en el futuro como contrapartida de las donaciones. Además la transparencia sirve para que los ciudadanos conozcan la opción política a la que votan y los intereses que puede representar y para proteger la democracia interna del partido, pues permite el control de las bases sobre sus dirigentes. Las medidas de transparencia son el mejor antídoto contra la financiación ilegal de los partidos políticos y contra la corrupción que se deriva de ella. Apuesto por una transparencia completa, continua y oportuna. Por supuesto tiene que haber mecanismos de vigilancia, de control y de sanción en caso de incumplimiento, ya hemos visto como la LOFPP mejora este aspecto.

Dicho esto, creo sin embargo que la transparencia en si misma no es un bien jurídico penal.

En mi opinión el auténtico peligro y la razón por la que la norma administrativa prohíbe las donaciones anónimas, exige además unos límites cuantitativos o prohíbe que las donaciones procedan de determinadas empresas es porque así se evita que los partidos políticos puedan, una vez alcanzada determinada cota de poder, favorecer los intereses privados de los donantes. De hecho, si lo que se protegiera fuera la transparencia no habría, por ejemplo, límites cuantitativos o no se prohibirían las donaciones provenientes de empresas con contrato con la Administración, etc., puesto que bastaría, para proteger la transparencia, que el ciudadano lo supiera. En mi opinión, las normas de transparencia son un instrumento necesario para evitar que las formaciones políticas se desvíen de su función de satisfacer los intereses generales a favor de satisfacer los intereses «del que paga».

Si se conoce la identidad de los donantes será más fácil controlar si se le favorece especialmente, pero además, no basta con eso, sino que se impone un límite cuantitativo para que ninguna formación política sea dependiente en exceso de ningún interés particular, sea de una persona física o de una persona jurídica.

Teniendo en cuenta lo anterior y entendiendo que el peligro que se debe conjurar es que los partidos favorezcan intereses particulares a cambio de las donaciones, en vez de representar la voluntad popular, la pregunta será dónde

debe comenzar a intervenir el Derecho penal. Considero que para que el Derecho penal intervenga será preciso que se constate al menos un peligro cercano de favorecimiento de intereses particulares, en detrimento de la voluntad programática y/o popular²⁵.

No cualquier conducta de financiación ilegal será merecedora de sanción penal, o al menos no cualquier conducta de financiación ilegal vendrá a integrar un posible delito autónomo de financiación ilegal.

3.2.2. Aclaración de conceptos: financiación irregular, financiación ilegal y financiación corrupta

Creo que es conveniente aclarar tres conceptos diferentes, que a veces se mezclan: financiación irregular, financiación ilegal y financiación corrupta.

En el trabajo que elaboré sobre la financiación ilegal de los partidos políticos explicaba ampliamente estos conceptos, asumiendo la definición que MALEM SEÑA hacía de ellos. Según este autor, por financiación irregular debe entenderse determinadas estrategias utilizadas por los partidos para conseguir apoyo económico de forma no ortodoxa, pero sin infringir ninguna ley. Suelen ser supuestos en los que los partidos se aprovechan de lagunas legislativas²⁶, así, por ejemplo, en la LO 8/2007 podrían constituir lagunas las posibles condonaciones de las entidades de crédito a los partidos o la falta de límites de las donaciones a las fundaciones. La financiación ilegal vendría integrada por los supuestos en los que se transgrede la ley. Por último, la financiación corrupta es aquella en la que quien recibe la donación en nombre del partido se compromete a tomar una decisión o a influir para que otros tomen una decisión en el sentido querido por el donante. El elemento necesario para la financiación corrupta es el *quid pro quo*, esto es, el intercambio de prestaciones entre el donante y el que recibe la donación²⁷. La mayoría de los escándalos de financiación ilegal de partidos políticos han estado relacionados con la adjudicación de contratos públicos, de diversa índole, a cambio de las donaciones. En estos momentos, en el escándalo *Gürtel*, diversas empresas están siendo objeto de investigación por haber sido beneficiarias de contratos públicos supuestamente a cambio de las donaciones. Esta clasificación, en mi opinión muy clara, sirve para graduar distintas posibles responsabilidades.

En principio la financiación irregular no podrá llevar aparejada responsabilidad jurídica, aunque sí responsabilidad moral y ética y, en último término,

²⁵ Ampliamente, OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos*, op.cit., pp. 203 ss.

²⁶ MALEM SEÑA, J. F., *La corrupción*, 2002, pp. 112 s.

²⁷ *Ibidem*, pp. 114 s.

responsabilidad política. El hecho de que una determinada forma de financiación no sea ilegal, debido a una laguna, no quiere decir que sea correcta o éticamente aceptable. Creo que es importante deslindar las responsabilidades políticas de las jurídicas y/o penales²⁸.

En segundo lugar, la financiación ilegal podrá llevar aparejada, como ya se ha visto en la primera parte del trabajo, una sanción administrativa en aquellos casos en los que se infringe la LOFPP, también podrá llevar aparejada una responsabilidad penal porque se haya infringido algún precepto del CP, así, por ejemplo, porque se haya cometido un delito de falsedades, un delito contra la Hacienda Pública, un delito electoral, etc. e incluso algunos de estos supuestos con ciertos requisitos podrán constituir un delito autónomo de financiación ilegal.

Por último, la financiación corrupta será la que en mi opinión merezca siempre un reproche penal.

En mi opinión, la financiación corrupta se caracteriza por su carácter finalista, por lo que este tipo de financiación será en principio siempre ilegal, puesto que la LOFPP prohíbe en todo caso las donaciones finalistas.

Esta exigencia del *quid pro quo* es lo que puede perturbar la principal función de los partidos que es la representación de la voluntad popular. En primer lugar, porque la voluntad popular se sustituye por la voluntad del donante, quebrando así la posibilidad de que todos los ciudadanos puedan influir por igual en la actuación política a través de la regla de «una persona un voto», por valer más el voto del que «paga». En segundo lugar, porque las decisiones políticas no se tomarán atendiendo a las necesidades de los ciudadanos, sino atendiendo a en qué ámbitos de actuación puede haber más empresas dispuestas a pagar. Además, a la hora de tomar la decisión no se atenderá a criterios de competencia. En tercer lugar, porque estas decisiones no se explican a los ciudadanos ni a las bases del partido –quiebra de la democracia interna–, la corrupción hace que se oculten los verdaderos motivos por los que se toman aquellas –quiebra de la transparencia–. Debido al secre-

²⁸ Resulta interesante la reflexión que sobre este punto hace MARTÍNEZ COUSINOU, G., *Documentos de Trabajo IESA 3*, 2007, 17, nº 19: «La exigencia de responsabilidades penales en lugar de políticas por los escándalos de corrupción fue la tendencia normal durante los años noventa. En teoría lo que se pretendía al enviar a la justicia penal los hechos de corrupción era evitar que se acusara sin gran fundamento, y evitar, por tanto, que se eliminara la presunción de inocencia, no obstante, en la práctica fue diferente: se terminó dejando la depuración de la responsabilidad política en manos de la Administración de Justicia. Con ello se dañaba la imagen de la judicatura como institución neutral en la lucha partidista y el funcionamiento de la democracia misma quedaba deteriorado». Esta autora se refiere a los años noventa, pero creo que se puede afirmar que la situación actual no dista en absoluto de aquella, lo que está generando un grado de decepción y de desconfianza cada vez mayor de los ciudadanos hacia la política.

to que rodea a todo acto corrupto, dichas decisiones quedarán sustraídas del programa político que el partido publicite.

Ahora bien, en una propuesta de regulación penal, relacionada con la financiación ilegal entiendo que no sólo se deben tener en cuenta aquellos casos en los que haya un pacto ya consolidado con una contraprestación concreta, sino que se incluirán también aquellos casos en las que no habiendo un pacto concreto, sí que hay determinadas conductas anteriores (de engrasamiento) que tienen como finalidad última llegar a ese pacto.

Al hilo de estos conceptos es interesante añadir la definición que otros autores realizan de la financiación corrupta. Especialmente destaca la clasificación de VILLORIA MENDIETA²⁹, que dentro de la financiación corrupta incluye tres situaciones diferentes: La financiación de captura, en la que a través de la financiación, sea legal o ilegal³⁰, se capturan puestos relevantes o decisiones políticas o gubernamentales. Aquí, según VILLORIA MENDIETA, la financiación supone un pago anticipado por la toma de decisiones que favorecerá al financiador. Es un acuerdo mutuo que beneficia tanto al financiador como al financiado. Entiendo que esta definición coincide con la financiación corrupta que indica MALEM SEÑA, el acuerdo mutuo que menciona VILLORIA MENDIETA, sería el pacto corrupto del que habla MALEM SEÑA³¹. En segundo lugar, la financiación ventajista sería aquella en la que el partido, aprovechando lagunas normativas o vulnerando la ley, trata de obtener ventajas sobre el resto de candidatos o de partidos. Según VILLORIA MENDIETA, en estos casos no habrá captura porque los intermediarios en la financiación pueden realizar promesas a los financiadores, pero si el gobierno no se compromete no habrá captura. Como variantes de esta financiación este autor incluye: 1. Actividades que desobedecen las normas existentes de financiación política; 2. La aceptación de fondos provenientes de un delito; 3. Gastos ilegales en campaña; 4. El abuso de recursos estatales³². Según SANDOVAL, esta financiación ventajista serán casos de financiación irregular o ilegal para MALEM SEÑA, ya que se obtiene un beneficio extraposicional para el partido, pero sin que sus dirigentes se obliguen, en virtud de un pacto corrupto a realizar una determinada contraprestación que suponga un incumplimiento de su deber posicional³³. En mi opinión, estos ca-

²⁹ VILLORIA MENDIETA, M., *La corrupción política*, 2006, pp. 198 ss. En el mismo sentido, SANDOVAL, RGDP, 22, 2014, pp. 37 ss.

³⁰ En mi opinión esta financiación será siempre ilegal porque se tratará de donaciones finalistas y por tanto, sean del importe que sean, serán ilegales conforme a la LO 5/2012 de financiación de partidos políticos.

³¹ VILLORIA MENDIETA, M., *La corrupción política*, *op.cit.*, pp. 197 s; en el mismo sentido SANDOVAL, RGDP, *op.cit.*, p. 37.

³² *Ibidem*, pp. 199 s

³³ SANDOVAL, RGDP, *op.cit.*, p.38.

sos serán supuestos de financiación ilegal o irregular, y en algunos de ellos podría ocurrir que, por la reiteración de la conducta o por la enorme cantidad de dinero donado, se pueda afirmar que, aunque no se ha producido el pacto para una concesión concreta, hay un peligro cierto de que dicho pacto se produzca y en este sentido se puedan incluir estas conductas en el delito autónomo de financiación ilegal. Por último, en tercer lugar, dentro de la financiación corrupta, incluye VILLORIA MENDIETA la financiación coercitiva que supone la obtención de dinero por parte del partido mediante el uso de la extorsión y de la amenaza³⁴. En mi opinión estos casos, más allá de que puedan encajar en un posible delito autónomo de financiación ilegal, habrá que castigarlos también por los posibles delitos contra la libertad que se hubieran dado³⁵.

Estas clasificaciones sirven para aclarar conceptos, para diferenciar distintas situaciones y para valorar la respuesta política, jurídica o jurídica-penal que hay que dar en cada caso.

Como ya he indicado más arriba, entiendo que en una propuesta de regulación penal sobre financiación ilegal no sólo deberán incluirse casos en los que haya un pacto concreto y determinado –financiación corrupta en la concepción de MALEM SEÑA–, en cuyo caso, como se verá más adelante, soy partidaria de incluirlos dentro de los delitos contra la Administración, sino también aquellas conductas que por sus características puedan favorecer claramente la obtención de ese pacto en un futuro, para los que propongo un tipo autónomo y específico de financiación ilegal –algunos supuestos de financiación ventajista en la concepción de VILLORIA MENDIETA. Otros supuestos de financiación ventajista, ilegal o coercitiva habrá que analizarlos casos por caso y la mayoría de ellos o bien supondrán una infracción administrativa o podrán ser integrados en otros tipos penales.

3.3. *Preceptos concretos y valoración crítica*

En la LO 1/2015, de 30 de marzo, se recoge un nuevo Título XIII bis que está integrado por los arts. 304 bis y 304 ter, con la siguiente rúbrica: «De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos».

Art. 304 bis: «1. Será castigado con una pena de multa del triplo al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos./ 2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa

³⁴ VILLORIA MENDIETA, M., *La corrupción política*, op.cit, pp. 200.

³⁵ Sería parecido a la diferencia entre el delito de cohecho y el delito de concusión. Sobre ello, OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, 1999, pp. 243 ss.

del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso cuando: a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5.1, letras a) o c) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido. b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros./ 3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado./ 4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores./ 5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

Art. 304 ter: 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley./ 2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones./ 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.»

Los preceptos son criticables tanto por razones de fondo como técnicas.

El primer párrafo del art. 304 bis recoge como conducta típica la pura infracción del art. 5.1 de la LO 8/2007. Habrá de entenderse que se trata del art. 5.1 modificado por la LO 3/2015³⁶ Por tanto eleva la infracción administrativa a delito sin exigir ningún elemento que dote de lesividad al precepto. Esto genera un doble problema. El primero de fondo, ya que el legislador se olvida de que entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal debe haber una diferencia, sino cualitativa, sí al menos cuantitativa que diferencie ambos tipos de infracciones. El segundo problema es de índole

³⁶ Art. 5.1 LO 3/2015: «Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente: a) Donaciones anónimas, finalistas o revocables.

b) Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales.

c) Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica. Se exceptúan del límite previsto en la letra b) las donaciones en especie de bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.2, letra e)».

práctico. Es decir, se plantea la cuestión de qué precepto será aplicable cuando un sujeto reciba una donación infringiendo el art. 5.1 LO 8/2007. Esto es, la duda será si se deberá aplicar el art. 17 bis de la misma ley, que impone una sanción administrativa o el art. 304 bis CP. No se puede deducir cuál será el criterio de distinción para aplicar un precepto u otro porque no establece ninguno y ello es insostenible. Pero además se plantea un problema añadido. En el párrafo 4 del art. 304 bis se indica que se impondrán las mismas penas, en sus respectivos casos, a quien entregare las donaciones. Como ya se ha analizado más arriba la legislación administrativa no sanciona al donante, por lo que éste responderá en todo caso por vía penal. Puede darse la paradoja de que el miembro del partido que recibe la donación sea sancionado por vía administrativa y el donante por vía penal. O que se considere que si el miembro del partido es sancionado por vía administrativa, la conducta del donante debe quedar impune.

En mi opinión el primer párrafo del art. 304 bis debe eliminarse y la conducta del donante en esos casos debe ser incluida como infracción administrativa.

En el segundo párrafo del art. 304 bis se incrementa la pena que será de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triplo al quíntuplo de su valor o del exceso, atendiendo básicamente a la cantidad donada o recibida. Es el importe de la donación lo que va a diferenciar en estos casos las infracciones administrativas del delito. En mi opinión, el criterio de la cantidad donada puede ser un criterio acertado para la diferenciación. Entiendo que una cantidad excesiva puede favorecer «la captura» del partido o el pacto corrupto, lo que me parece criticable es que sea el único criterio.

Sin embargo, considero que este párrafo adolece de algunos defectos. El primero es que apostando por la técnica de la ley penal en blanco, se refiere únicamente al art. 5.1 de la LO 8/2007. Habrá que entender que será el art. 5.1 modificado por la LO 3/2015. Lo importante es que al referirse expresamente al art. 5.1 se olvida de otras posibles donaciones ilegales, así, por ejemplo, las condonaciones de las entidades de crédito –art. 4.4 LO 8/2007– o por ejemplo las donaciones de personas físicas que tengan contrato en vigor con la Administración están prohibidas –art. 4.2 a) LO 8/2007 ¿será necesario que superen en 500.000 euros el límite fijado para el resto de personas físicas? Partiendo de que en algunos supuestos de tipificación de la financiación ilegal es necesario acudir a la técnica de la ley penal en blanco, me parece erróneo limitarse a citar un precepto de la ley administrativa. Probablemente hubiera sido mejor que en el precepto se hiciera una referencia general a la LO 8/2007. En la misma línea tampoco se entiende del todo por qué en el apartado b) del párrafo se incluyen las donaciones del art. 7.2 de la LO 8/2007, referidas a donaciones provenientes de gobiernos o empresas públicas extranjeras y de empresas relacionadas directa o indirectamente con

ellos, pero no se incluye el art. 7.1 LO8/2007, que se refiere a las donaciones privadas provenientes de personas físicas extranjeras, que están sujetas a los mismos límites que los nacionales, pero que parece que si sobrepasan el límite de los 500.000 euros no cometerán el delito. Lo que quiero decir es que si el criterio, para la consideración de estas conductas como delito, es el exceso de la donación, no se comprende por qué ese exceso sólo constituye delito en algunas ocasiones.

En todo caso lo que me parece más criticable de este precepto es que solo tiene en cuenta como criterio el exceso de la donación. En mi opinión una regulación completa sobre financiación ilegal debe empezar por distinguir los supuestos en los que se ve involucrada la Administración de los supuestos en los que no. Por ejemplo, el legislador se olvida de una cuestión trascendental y es, si tratándose de una cantidad que no llegue a los 500.000 euros, sin embargo sirve para pactar con el alcalde de una localidad una determinada adjudicación de una obra ¿basta con la aplicación del delito de cohecho al alcalde y al donante? ¿Qué pasará con el miembro del partido que se limita a recibir la donación? ¿Basta con la aplicación de un posible delito de blanqueo? ¿No se podrá aplicar un delito de financiación ilegal porque la cantidad no ha llegado a los 500.000 euros? Desde mi perspectiva, teniendo en cuenta que estos delitos no están pensados para proteger el orden socioeconómico, sino las funciones constitucionales de manifestación de la voluntad popular que tienen los partidos, el hecho de que esté o no involucrada la Administración debe ser un criterio decisivo para tener en cuenta en la regulación de estos comportamientos. En estos supuestos, como luego detallaré, no se debe acudir a la técnica de a ley penal en blanco, sino que en los delitos clásicos contra la Administración pública deberían preverse cláusulas que recogiesen aquellos supuestos en los que se ve favorecido un partido político a través de la conducta delictiva del funcionario público.

El párrafo tercero recoge una agravación, la pena se impondrá en su mitad superior, en los casos de especial gravedad. Dado que el único criterio tenido en cuenta para tipificar estas conductas es el de la cantidad, entiendo que la especial gravedad deberá referirse a que la cantidad sobrepase de manera muy importante las señaladas en el precepto.

El párrafo cuarto señala la responsabilidad penal del donante. El legislador considera que cualquier donación realizada, que vulnere el art. 5.1 de la LO 8/2007 de financiación de partidos, constituye delito para el donante. Esto es, la conducta del donante en ningún caso, como se ha visto, se considera infracción administrativa, tal y como venía siendo recomendado por el GRECO, y sin embargo prácticamente todas las donaciones efectuadas ilegalmente van a constituir infracción penal. Además el párrafo señala que el donante puede entregar la donación por sí o por persona interpuesta. Probablemente el legislador esté pensando en los supuestos en los que para ocultar

la donación se utilice a un tercero, queriendo sancionar de este modo conductas de ocultamiento, pero se olvida de otras formas de ocultamiento como, por ejemplo, el fraccionamiento de la donación.

El párrafo quinto recoge la posible responsabilidad de la persona jurídica. En este caso tanto la posible responsabilidad del partido político, puesto que a través de la reforma por LO 7/2102, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, se introdujo la responsabilidad de partidos políticos y sindicatos en el régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas, como también se aplicará este párrafo a la responsabilidad de la persona jurídica donante.

En cuanto al art. 304 ter se trata de un precepto muy indeterminado. En el primer párrafo se castiga la participación en estructuras u organizaciones de cualquier naturaleza cuya finalidad sea la financiación ilegal de partidos políticos. Debería acotarse qué se entiende por participar. El precepto eleva literalmente la participación a conducta de autoría sin ninguna restricción ¿qué entenderemos por participar? ¿A qué se refiere el precepto con estructuras u organizaciones? ¿Deben tener carácter estable? ¿Dará igual la relevancia de la participación? ¿Será indiferente que sea puntual o habitual?

Tampoco aclara el precepto si la finalidad de financiar ilegalmente a un partido político debe ser la única finalidad de la organización o puede tener más finalidades y además la de financiar ilegalmente a un partido. Entiendo que será más adecuada la primera opción, puesto que de esa manera se estará sancionando a aquellos que intervengan en empresas pantalla o falsas –caso Filesa– cuyo único propósito es conseguir financiación ilegal.

No queda claro tampoco la posible relación concursal entre ambos preceptos. Es decir cómo se resolverán los casos en los que el miembro del partido que recibe las donaciones ilegales participa también en una estructura con dicha finalidad. Por otro lado, para que la conducta del art. 304 bis sea delictiva deben sobrepasarse determinadas cantidades, mientras que no se exige esto en el 304 ter que sólo se exige la participación en una estructura que tenga por finalidad la consecución de donaciones ilegales.

Tampoco acabo de ver el fundamento por el que el art. 304 ter prevé una pena superior al 304 bis.

En el párrafo segundo se impone la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones y en el párrafo tercero se prevé otra agravación, pudiendo incluso llegarse a la pena superior en grado, cuando los hechos revistan especial gravedad. En este caso no resultará fácil averiguar cuándo estaremos ante hechos de especial gravedad porque no queda claro cuál es el fundamento del precepto. Probablemente dentro de los criterios posibles estará el de la mayor o menor relevancia de la organización: cantidad de personal, ámbito espacial de actuación, estabilidad de la organización, tiempo de funcionamiento, etc.

Como conclusión sobre estos preceptos se puede decir que adolecen de defectos tanto de carácter formal como de fondo. Creo que se han introducido sin tener una idea clara de lo que intenta proteger con ellos y de qué conductas se quieren evitar. Considero que es una reforma hecha sin la suficiente reflexión.

4. PROPUESTA PERSONAL DE REGULACIÓN PENAL

En otro trabajo, ya publicado, expliqué con detalle cuál era, a mi modo de ver, la mejor propuesta de regulación penal sobre la financiación ilegal de los partidos políticos³⁷. Por ello, en este caso, me limitaré a dar las pautas generales que propongo.

4.1. *Supuestos en los que se ve involucrada la Administración*

El criterio rector de la legislación que se propone se basa en diferenciar los casos de financiación en los que se ve involucrada la Administración Pública de aquellos en los que no. En los supuestos en los que se ve involucrada la Administración pública, los tipos penales de cohecho y tráfico de influencias pueden ser adecuados para responder frente a algunos casos de financiación corrupta, entendida esta como aquella financiación de partidos políticos en la que el donante busca una contraprestación concreta. La inclusión de los partidos políticos como posibles personas jurídicas responsables penalmente, hace que en muchos de los supuestos de financiación corrupta puedan responder los partidos.

Se pueden destacar, no obstante, algunos problemas relativos a la aplicación de estos delitos. Así, cuando se trata del delito de cohecho nos encontramos con que cuando el partido es el mero receptor del beneficio, esto es, el destinatario de la donación, no se le puede responsabilizar penalmente por este delito, por lo que podrá responder el donante y el cargo público, pero no el cargo del partido ni el propio partido. En estos casos cabría la posibilidad de aplicar el delito de blanqueo de capitales, pero en mi opinión el delito de blanqueo no es suficiente para recoger todo el desvalor de la conducta. En la vida real el partido político no es un mero receptor de la dádiva, sino que desde las cúpulas de los partidos se deciden las listas electorales, de ellos dependen qué personas van a ocupar los cargos públicos. Cuando el cargo público solicita una comisión a una empresa a cambio de, por ejemplo, la adjudicación de un contrato público y dicha dádiva toda o en parte la ingresa en las cuentas del partido lo hace porque sabe que ello repercutirá a futuro en su carrera política,

³⁷ OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos*, op.cit., pp. 197 ss.

sabe que el partido «se lo agradecerá» a él y a la empresa que ha realizado la donación. A su vez, se produce un peligro para el correcto ejercicio de las funciones constitucionales que los partidos cumplen hacia los ciudadanos, el peligro de ser finalmente capturados por sus donantes. En mi opinión, este desvalor no queda recogido con la única aplicación del delito de blanqueo³⁸.

Tampoco se puede apreciar el delito de cohecho cuando se producen donaciones de «forraje» al partido político sin que se pueda demostrar que dicha donación llega a un cargo público, bien como cohecho de facilitación, o para una contraprestación concreta. Podrían ser supuestos de «financiación ventajista». Se trata de casos en los que no se produce la relación *quid pro quo*, que es básica en los delitos de cohecho y de tráfico de influencias. Son casos en los que las empresas van realizando donaciones al partido político —donaciones anónimas o que sobrepasan la cantidad legal permitida— con el fin de crear buen clima que permita a la empresa salir favorecida en un futuro. Estos casos, con algunos requisitos, podrán configurar un delito autónomo de financiación ilegal.

Cuando se trata del delito de tráfico de influencias el problema reside en que estos tipos no recogen la mera conducta de influir con prevalimiento, sino que esa influencia tiene que dirigirse a la consecución de una resolución injusta, por lo que aquellos casos en los que la influencia busque otra clase de actuación administrativa quedarán fuera de estos tipos penales.

Además, en los supuestos en los que se pueda aplicar el delito de tráfico de influencias nos encontramos con dificultades para hacer responder al donante, que en algunos casos sólo podrá responder como inductor y en otros no responderá. Así por ejemplo los supuestos en los que un cargo de un partido político solicita a una empresa una donación a cambio de interceder a su favor ante un cargo público³⁹.

En mi opinión, en los casos de financiación ilegal de partidos políticos en los que se ve involucrada la Administración, además de verse perturbado el correcto funcionamiento de la Administración pública, protegido en el Título XIX del CP, se pone en peligro el correcto ejercicio de la función constitucional de formación y manifestación de a voluntad popular, por ello abogo por añadir en los delitos de cohecho, de tráfico de influencias y de malversación cláusulas que agraven la pena y la eleven a su mitad superior⁴⁰. Con la

³⁸ Desde luego el delito de blanqueo es un delito clave en los supuestos de financiación ilegal de partidos. No hay más que comprobar las investigaciones del caso Gürtel para ver la importancia del delito de blanqueo.

³⁹ Sobre estos problemas extensamente, OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos*, *op.cit.*, pp. 142 ss.

⁴⁰ Ampliamente, OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos*, *op.cit.*, pp. 197 ss. Añadir en los arts. 419, 420, 421 y 422 —delitos de cohecho pasivo— las siguientes cláusulas:

introducción de estas cláusulas en los delitos actualmente vigentes queda clara la tipicidad de la financiación ilegal, el carácter pluriofensivo de estas conductas y no habrá riesgo de que la tipificación autónoma lleve a una sanción penal inferior de estos supuestos.

Con esta propuesta quedan tipificadas las conductas de financiación ilegal más graves. Aquellas en las que se ve involucrada la Administración y que por tanto tienen un carácter pluriofensivo. En los supuestos de delitos de cohecho y de tráfico de influencias se trata de donaciones finalistas y constituyen por tanto supuestos de financiación corrupta.

4.2. *Supuestos en los que no se ve involucrada la Administración*

Para estos casos se propone un tipo penal específico de financiación ilegal de partidos políticos ubicado en el Título XXI entre los delitos contra la Constitución, puesto que se protege como bien jurídico protegido la función que ejercen los partidos políticos hacia los ciudadanos, formando y representando la voluntad popular. Se trata de evitar las conductas que puedan suponer un peligro para este bien jurídico por acercar la posibilidad de un pacto corrupto, aunque dicho pacto no se llegue a producir efectivamente. La pena, que no he concretado deberá ser en todo caso inferior que las que sancionan los supuestos en los que se ve involucrada la Administración.

Sigo en parte las propuestas realizadas por NIETO MARTÍN y por MAROTO CALATAYUD⁴¹, aunque con bastantes matices. La redacción concreta que se propone es:

«La pena se impondrá en su mitad superior cuando la dádiva, el regalo, o la retribución estén destinados total o parcialmente a favorecer a un partido político.

Con la misma pena será sancionado quien en nombre o por cuenta del partido reciba o acepte las ventajas a las que se refiere el apartado anterior».

Añadir en los arts. 429 y 430 –delitos de tráfico de influencias– las siguientes cláusulas

Art. 429: «La pena se impondrá en su mitad superior cuando el autor del delito sea un cargo de un partido político y busque con su conducta una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico al partido».

Art. 430: «La pena se impondrá en su mitad superior cuando la solicitud de la dádiva, del presente o de cualquier otra remuneración provenga de un cargo de un partido político y la dádiva, el presente o la remuneración tenga como destino total o parcialmente el partido político».

Añadir en los arts. 432 y 433 –delitos de malversación– la siguiente cláusula

«La pena se impondrá en su mitad superior cuando el destino de los caudales sustraídos sea un partido político. Con la misma pena responderá quien en nombre o por cuenta de un partido político reciba o acepte los caudales públicos sustraídos».

⁴¹ NIETO MARTÍN, A., en ARROYO ZAPATERO, L.A. y NIETO MARTÍN, A., (Coords.), *Fraude y corrupción*, op.cit., pp. 128 ss.; MAROTO CALATAYUD, M., *Corrupción y financiación de partidos políticos* 2012, pp. 387 ss. (Tesis doctoral inédita). Ampliamente ex-

1. «Será sancionado con...quien con el fin de ocultar su identidad, la cuantía de una donación o cualquier otro beneficio económico, de forma contraria a la regulación relativa a la financiación de partidos políticos y de manera reiterada (aquí cabría indicar el número de veces), a favor de una formación política:
 - a) fragmente la donación que efectúa o utilice una persona interpuesta
 - b) suministre datos falsos o incorrectos a la persona encargada legal o estatutariamente de llevar la contabilidad del partido político.
No se exigirá que la conducta sea reiterada, bastando con que se realice una única vez, cuando la cuantía de la donación supere de manera muy notable (aquí se puede dar una cantidad concreta de superación) la cantidad legal permitida.
2. Con la misma pena se sancionará a quien, en nombre o por cuenta del partido, solicite o acepte de forma reiterada (aquí se puede indicar el número de veces), de un mismo donante, donaciones que no cumplan la regulación relativa a la financiación de partidos políticos.
No se exigirá que la conducta sea reiterada, bastando con que se realice una única vez, cuando la donación solicitada o aceptada supere de manera muy notable (aquí se puede dar una cantidad concreta de superación) la cantidad legal permitida.
3. Será sancionado con...el encargado legalmente de efectuar la contabilidad del partido político o cualquier otra documentación o comunicación que realice de forma reiterada (aquí cabría indicar el número de veces) anotaciones o comunicaciones incorrectas o fuera del plazo establecido, a favor de un mismo donante, con el fin de ocultar la existencia de una donación, su cuantía, la identidad del donante o cualquier otro beneficio económico, de forma contraria a la regulación relativa a la financiación de partidos políticos.
No se exigirá que la conducta sea reiterada, bastando con que se realice una única vez, cuando la donación supere de manera muy notable (aquí se puede dar una cantidad concreta de superación) la cantidad legal permitida.
4. Será sancionado con...el auditor de cuentas o cualquier otra persona encargada del control externo de la financiación o situación patrimonial del partido político que informe incorrectamente o silencie circunstancias relevantes con el fin de ocultar la existencia de una donación, su cuantía, la identidad de un donante o cualquier otro tipo de relación económica entre el partido y terceras personas.

pongo y explico los matices a estas propuestas en OLAIZOLA NOGALES, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos*, *op.cit.*, pp. 193 ss.

En el primer párrafo se tipifican conductas de ocultamiento. El ocultamiento por sí solo puede constituir una infracción administrativa, pero la reiteración de estas conductas a favor de una misma formación política o la elevada cuantía de la donación suponen un mayor acercamiento del peligro de favorecimiento para dicho donante, en definitiva un mayor peligro de que la formación política se vea «atrapada» por dicho donante. Debe tenerse en cuenta que se elimina el *quid pro quo* que se exige, con carácter general en el delito de cohecho o en el tráfico de influencias, por ello, a cambio, se propone la inclusión del requisito de la reiteración o de la cuantía que acercan el peligro.

Propongo la introducción de un párrafo segundo en el que se sancione al miembro del partido que en nombre o por cuenta del partido acepte de forma reiterada las donaciones o cuando, aun siendo una única donación, esta sobrepase de manera muy importante el límite recogido en la Ley de financiación de partidos políticos.

Igual que en el supuesto anterior la lesividad penal de esta conducta provendrá de la reiteración o de la cuantía de la donación.

Debo advertir que a diferencia del primer párrafo, en el que se exigen conductas concretas de ocultamiento, esto es, no basta con que se efectúen, aunque sea reiteradamente, donaciones ilegales, en el segundo párrafo se sanciona la solicitud o la aceptación de la donación por el cargo del partido, sin que sean precisas conductas de ocultamiento. En mi opinión, ello es coherente con la mayor exigencia a los partidos (representados por sus cargos) que a los particulares donantes, porque son los primeros los que tienen encomendadas directamente las funciones constitucionales de representación y manifestación de la voluntad popular. Por otra parte, el plus de lesividad que distingue a esta conducta, propuesta en el segundo párrafo, de la infracción administrativa correspondiente, radica en la exigencia de reiteración o en la cuantía.

En el tercer párrafo se tipifica una conducta de falsedad en la que el peligro proviene de nuevo de la reiteración de la conducta o de la cuantía de la donación. La falsedad tiene como finalidad las conductas de ocultamiento previstas en el primer párrafo. Probablemente estas conductas podrían constituir, en muchos casos, supuestos de participación de las conductas descritas en los párrafos primero y segundo, pero creo que no es incorrecta la tipificación expresa en un párrafo distinto por la importancia que tiene la tarea de los encargados del control interno del partido. Esta regulación expresa supone también incidir en la importancia que la transparencia tiene en este ámbito.

En el cuarto párrafo se incluye la sanción penal para el encargado del control externo que informa incorrectamente o silencie circunstancias relevantes. A diferencia de los casos anteriores, en este supuesto el autor es un sujeto ajeno a la formación política y goza por ello de una especial confianza por parte de las autoridades públicas de control, por ello no creo necesario introducir mayores requisitos.

TITLE: 'Measures of democratic regeneration'. The new regulation of the funding system of political parties in Spain.

RESUMEN: La financiación de los partidos políticos es todavía hoy un problema sin resolver en nuestro país. Dentro de las medidas de regeneración democrática lanzadas por el gobierno se incluye la reforma de la regulación sobre la financiación de los partidos políticos. Concretamente, la reforma se concreta en dos normas relacionadas con nuestro modelo de financiación. Una de ellas de carácter administrativo y otra de carácter penal. En este trabajo trato de analizar ambas regulaciones y valoro las ventajas e inconvenientes, que desde mi punto de vista, tienen de cada una de ellas.

PALABRAS CLAVE: partidos políticos, financiación, corrupción, norma administrativa, norma penal.

ABSTRACT: Today, the control of the financing of political parties is still an unresolved problem in our country. The democratic revitalisation measures launched by the government include the reform of the regulation on the financing of political parties. Specifically, two regulations related to our financing model are currently being processed. One is of an administrative character whilst the other is of a criminal character. In this work, I endeavour to analyse both regulations and to assess, from my point of view, the strengths and weaknesses of each regulation.

KEY WORDS: political parties, financing, corruption, administrative rule, criminal legislation.

RECIBIDO: 09.04.2015

ACEPTADO: 22.05.2015

LA OSCILANTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA DEFINICIÓN DE LAS CONSULTAS POPULARES POR LA VÍA DE REFERÉNDUM. UNA REVISIÓN CRÍTICA A TRAVÉS DE CUATRO SENTENCIAS¹

Joan Ridao Martín

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS CONSULTAS POPULARES DESPUÉS DE LA STC 31/2015. 2. LA DELIMITACIÓN DEL GÉNERO CONSULTAS POPULARES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA REFERENCIA DE LA STC 103/2008. 2.1. *El género de la consulta popular como confluencia de derechos constitucionales.* 2.2. *La definición de la consulta referendaria en la jurisprudencia y la doctrina.* 2.3. *La definición de la consulta popular no referendaria por exclusión: el ejemplo de la Ley del Parlamento de Catalunya 10/2014.* 3. LAS COMPETENCIAS DE LA GENERALITAT EN MATERIA DE CONSULTAS POPULARES. 3.1. *Las consultas populares en el Estatuto de 2006 y su desarrollo. El efecto de la STC 31/2010.* 3.2. *La matización de las restricciones a la capacidad autonómica en la STC 42/2014.* 4. LAS MATERIAS SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO DE CONSULTA: JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. 5. CONCLUSIONES.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto «La reforma constitucional del estado autonómico en la perspectiva del federalismo del siglo XXI», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Código: DER2011-28600), del que es investigador principal el Dr. Juan Vintró i Castells, de la Universidad de Barcelona.

1. INTRODUCCIÓN: EL PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS CONSULTAS POPULARES DESPUÉS DE LA STC 31/2015

Con la emisión por parte del Tribunal Constitucional (TC) de su sentencia (STC) 31/2015, de 25 de febrero², por la que declara inconstitucional la figura de la consulta popular general regulada en la Ley del Parlamento de Catalunya 10/2014, el Alto Tribunal ha concluido, en lo substancial³, un proceso de destilación doctrinal entorno a la institución del referéndum y por añadidura del género de las consultas populares. Dicho proceso se ha vehiculado, además de en la sentencia mencionada, a través de otras tres conocidas sentencias anteriores (las SSTC 103/2008, 31/2010 y 42/2014), que han venido a desplegar un amplio cuerpo jurisprudencial sobre el alcance, contenido y competencias relativas al uso de ambos conceptos, que compensa, en parte, la esquemática referencia que hace el Texto constitucional, y el extraordinariamente sucinto desarrollo legislativo que fue objeto el instituto referendario en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, Reguladora de las distintas modalidades de referéndum (LORMR).

² De forma conexas, el TC emitió, en la misma fecha, la STC 32/2015 por la que declaró inconstitucionales y nulos el Decreto del Presidente de la *Generalitat* de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y sus anexos. Los fundamentos de esta Sentencia, sin embargo, se limitan a aplicar los expresados en la precedente 31/2015, al caso concreto de la consulta regulada en el mencionado Decreto, sin que haya aportación significativa de nueva jurisprudencia.

³ Por lo que se refiere al denominado «proceso catalán», en el momento de redactar este artículo queda por dilucidar el recurso interpuesto por el gobierno del Estado contra la Ley catalana 4/2010, de consultas por vía de referéndum, respecto de la cual no parece que pueda recaer un pronunciamiento que se separe del criterio manifestado en la relevante STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña (Fundamento Jurídico [FJ] 69) (*Vid.* VINTRÓ CASTELLS, J., «El Tribunal Constitucional y la consulta en Cataluña: certezas, ambigüedades, decepción», *Eldiario.es*, 28.02.2015. Disponible: <http://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/Trubunal-Constitucional-Cataluna-ambigüedades-decepcion_0_361514308.html> [Consultado el 20.04.2015]); también cabe señalar que el Gobierno del Estado interpuso recurso contra distintas «actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014 y siguientes, mediante el denominado “proceso de participación ciudadana” (asunto 6540-2014)», de más incierta resolución. Más allá, pueden ser relevantes los pronunciamientos que el Alto Tribunal debe realizar sobre las impugnaciones, también del Gobierno, contra los Decretos del Gobierno de Canarias 95/2014, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma; y 107/2014, de 2 de octubre, del Presidente del Gobierno de Canarias, por el que se convoca consulta ciudadana mediante pregunta directa en aplicación del anterior decreto (asuntos 6415-2014 y 6416-2014, respectivamente).

No puede obviarse el hecho, además, de que este acervo de recientes pronunciamientos del TC han tenido como destinatarios los poderes políticos de dos Comunidades Autónomas, Cataluña y el País Vasco, que han expresado, en distintos momentos y por distintas vías, el objetivo de establecer los cauces para ejercer el llamado «derecho a decidir», entendiendo por tal la realización de una consulta al conjunto de la ciudadanía de los respectivos territorios, mediante un procedimiento y unas garantías equivalentes a las de una convocatoria electoral, relativa a un eventual cambio en la naturaleza política de la vinculación entre aquellos y el Estado español, sin anteceder necesariamente a dicha consulta un proceso formal de reforma constitucional. Esto es, junto a la controversia doctrinal subyace un debate de poderosa trascendencia política, en el que entran en juego conceptos troncales del sistema constitucional como el principio democrático, la soberanía o la integridad territorial del Estado.

Como se recordará, la STC 103/2008, tenía como origen la Ley Vasca 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política⁴. Por su parte, el la STC 31/2010 (FJ 69) atendía directamente a la atribución de la competencia exclusiva, a favor de la Generalitat de Cataluña, en materia de consultas populares no referendarias, *ex artículo 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (EAC)*, mientras que las otras dos sentencias restantes se hallan vinculadas a sendas iniciativas adoptadas en el marco del «proceso catalán» para el ejercicio del «derecho a decidir», iniciado tras las elecciones autonómicas de noviembre de 2012.

En cualquier caso, la tesis que desarrolla este trabajo es la de que, del conjunto de la jurisprudencia constitucional a que hemos hecho referencia, se desprende un criterio de progresiva restricción, por un lado, en cuanto al uso y competencias para la regulación y convocatoria de las consultas populares, que vacía de contenido las competencias asumidas en este ámbito por algunas Comunidades Autónomas en el marco de los llamados «estatutos de nueva generación»⁵; pero también por lo que respecta a las materias que

⁴ Para una exposición detallada del contenido y contexto de la Ley vasca 9/2008, *vid. RIDAO MARTÍN, J.*, «La poderosa y alargada sombra de la STC 103/2008 sobre la Ley vasca de consulta en el ejercicio del “derecho a decidir” un nuevo marco político para Catalunya», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, mayo-diciembre, 2014, pp. 2543-2575.

⁵ Al caso catalán, cabe añadir los de Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo, art. 78) y Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril, art. 71.27). Aunque la conflictividad constitucional giró en torno al EAC, el resto de Estatutos similares no puede permanecer, lógicamente, ajeno a esta jurisprudencia.

pueden ser objeto de consulta mediante el instituto referendario. Y, todo ello, teniendo en cuenta, además, que la justificación doctrinal expuesta por el Alto Tribunal adolece de un sesgo, sino errático, sí ciertamente dubitativo y algo confuso, lo que le ha valido no pocas críticas desde orientaciones doctrinales diametralmente opuestas entre sí.

Para la exposición de dicho enunciado, en el presente trabajo se analizan, en primer lugar, la delimitación del género consultas populares, con referencias específicas a las modalidades referendaria y no referendaria en la jurisprudencia asentada por las cuatro sentencias objeto de nuestro escrutinio; en segundo lugar, se examina la situación de las competencias autonómicas en el ámbito de las consultas populares tras los referidos pronunciamientos; para, finalmente, discutir los criterios que dimanarían de la mencionada doctrina constitucional respecto a la limitación en las materias que pueden ser objeto de consulta.

2. LA DELIMITACIÓN DEL GÉNERO CONSULTAS POPULARES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA REFERENCIA DE LA STC 103/2008

2.1. *El género de la consulta popular como confluencia de derechos constitucionales*

Como es sobradamente conocido, a partir de la interpretación sistemática que estableció⁶ la STC 103/2008 (FJ 2), la jurisprudencia remite a una relación género/especie entre consultas populares y referéndums. Esta interpretación se enmarca, además, en una Norma Fundamental que establece una democracia dotada de una pluralidad de instrumentos participativos de los ciudadanos en la vida pública y en el destino colectivo, ya sea mediante el ejercicio del derecho de participación política *ex* artículo 23.1 CE, esto es, a través de las elecciones periódicas de representantes en las Cortes Generales (arts. 68 y 69 CE), en los Parlamentos autonómicos (art. 152.1 CE) y en los Ayuntamientos (art. 140 CE); ya sea por medio de la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, como cauce de conformación y expresión de la voluntad general, en relación al destino político de la comunidad en todas sus esferas (estatal, autonómica y local); o incluso, a otro nivel, como manifestación del «fenómeno participativo», cuya promoción se enco-

⁶ El núcleo argumental, sin embargo, es tributario de anteriores sentencias del Alto Tribunal (por todas, *vid.* SSTC 63/1987 FJ5, 49/1994 FJ 3 y 119/1995 FJ 3), que basan la taxonomía en la textual referencia a las «consultas populares *por vía* de referéndum» (art 149.1.32ª CE).

mienda, con carácter general, a los poderes públicos en relación a los ámbitos político, económico, cultural y social (art. 9.2 CE)⁷.

Aunque, evidentemente, la primera inferencia que cabe extraer de la relación género/especie a que hemos aludido, es la implícita admisión de la existencia de consultas populares no referendarias⁸, lo cierto es que la jurisprudencia del TC, hasta la STC 31/2015, apenas ofrecía elementos que permitiesen definir sus contornos con nitidez ni siquiera la aproximación a una configuración de sus contenidos. De modo que, en contraste con la exhaustividad del tratamiento del instituto referendario, esta otra especie de las consultas populares gozaba de un carácter subsidiario, delimitado por exclusión. Tanto es así que, dado el carácter eminentemente orgánico-procedimental, como más adelante desarrollaremos, de la configuración establecida por la jurisprudencia constitucional sobre la naturaleza del instituto referendario, para el legislador estatutario parecía abrirse, en una primera lectura, la posibilidad de configurar *contrario sensu*, y dentro de las consultas populares no referendarias, un instrumento de democracia participativa de nueva planta,

⁷ Así, tras establecerse con carácter general que los poderes públicos facilitarán «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2), se perfilan dichas formas participativas en el terreno político: a través de los partidos políticos (art. 6), directamente o por medio de representantes en los asuntos públicos (art. 23.1), en la iniciativa legislativa (art. 87.3), en el procedimiento de elaboración de disposiciones que les afecten (art. 105.a), y en la Administración de justicia mediante el jurado (art. 125); en la esfera económica: a través de las asociaciones de consumidores (art. 51), de los trabajadores en la empresa (art. 129.2), y de los sindicatos, organizaciones profesionales, empresariales y económicas en la planificación (art. 131.2); y en la vida cultural y social: por medio de la intervención en la programación general de la enseñanza de todos los sectores afectados (art. 27.5), de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48), y de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte a la calidad de vida o bienestar general (art. 129.1). Finalmente la Constitución garantiza «la convivencia democrática» y el establecimiento de «una sociedad democrática avanzada» (Preámbulo), para lo que prescribe la estructura y funcionamiento democrático de: los partidos políticos (art. 6), los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales (art. 7), de los Colegios profesionales (art. 36) y de las organizaciones profesionales para la defensa de intereses económicos (art. 52).

⁸ En este sentido, la STC 31/2015 (FJ 5) subraya que «[l]a Constitución, al referirse en el art. 149.1.32ª a las “consultas populares por vía de referéndum” ha consentido la existencia de otras consultas populares que no fueran las referendarias, habiendo sido el legislador orgánico y estatutario el que las ha introducido en el bloque de constitucionalidad (en lo que aquí interesa, el art. 122 EAC, al conferir a la Generalitat competencia en materia de “encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular”). Por tanto, bajo aquella denominación genérica debe comprenderse la existencia de dos instituciones de raíz diferente: el referéndum y las consultas no referendarias».

capaz de pulsar, con una representatividad contrastable, el parecer del conjunto de la ciudadanía sobre determinadas decisiones políticas, exento de la tutela estatal que la CE establece para el referéndum *ex art. 149.1.32⁹*. Como veremos, esta posibilidad ha quedado definitivamente cercenada con el giro doctrinal de la STC 31/2015.

Además, concurría la nada desdeñable circunstancia de que las consultas populares de ámbito autonómico, con excepción de los supuestos referendarios contemplados expresamente en la CE, a los que también hemos de referirnos después, no aparecían contempladas en ninguna norma estatal. Lo cual, por lo demás, contrastaba con el tratamiento que habían recibido las consultas en el nivel local, que, en el ámbito estatal, habían meritado un reconocimiento expreso (disposición adicional LORMR y art. 71 de la 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local [LRBRL]), diferenciadas de la especie referendaria y sometidas a la autorización previa estatal, si bien algunos desarrollos autonómicos (Ley 5/1997, de 22 de julio, de la Administración Local de Galicia y Ley 2/2001, de 3 de mayo, reguladora de las consultas populares locales) las dotaron de garantías que la STC 103/2008 consideró privativas del referéndum, sin que ello, por cierto, haya generado conflictividad constitucional alguna.

Por otro lado, en la STC 103/2008, como antes había hecho en las SSTC 76/1994 (FJ 3) y 119/1995 (FJ 3), el TC destacó la importancia de los instru-

⁹ Esta ventana no sólo ha sido utilizada en el caso de Cataluña, como ejemplo emblemático de los «estatutos de nueva generación» con competencias en materia de consultas populares, sino también, por ejemplo, por la Comunidad Autónoma de Canarias, que aprobó un Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de su competencia (Decreto 95/2014, de 25 de septiembre) al amparo de la Ley canaria de 5/2010, de 21 de junio, de Fomento a la Participación Ciudadana y en el marco del Estatuto de Autonomía de 1982. En dicho Reglamento se establece (arts. 9 y siguientes) la consulta popular mediante la modalidad de las «preguntas directas», la cual «será decidida por el Gobierno y estará dirigida a recabar la opinión, en función de la actuación o política pública a la que se refiera, en el ámbito de sus competencias, de las entidades ciudadanas inscritas en el Registro de Participación Ciudadana y de las personas físicas (...) llamadas a participar en la correspondiente convocatoria» (art. 14) y que debía recibir una respuesta afirmativa o negativa; la primera ocasión en que se pretendió utilizar este instrumento (Decreto 107/2014, de 2 de octubre, del Presidente del gobierno canario), entorno a la pregunta «¿Cree usted que Canarias debe cambiar su modelo medioambiental y turístico por las prospecciones de gas o petróleo?» (art. 5), el colectivo de personas físicas convocado fue, fundamentalmente, el de las personas residentes legalmente en las islas y mayores de dieciséis años (art. 3.1), las cuales podían emitir su respuesta a la pregunta planteada de forma presencial, en una fecha concreta, o mediante medios telemáticos, en un periodo algo más amplio. Como se ha indicado antes, ambos actos del ejecutivo canario (el Reglamento y la convocatoria del Decreto 107/2014) se encuentran suspendidos como consecuencia de la impugnación que el Estado presentó ante el TC.

mentos de democracia directa como mecanismos de refuerzo de la democracia representativa, sin dejar de subrayar, no obstante, su carácter «especial o extraordinario por oposición al ordinario o común de la representación política», poniendo de relieve la naturaleza eminentemente representativa de la arquitectura institucional del sistema político español, en la que las instituciones de democracia directa (o semi-directa) adquieren una función eminentemente complementaria¹⁰. Al mismo tiempo, la repetida STC 103/2008 fue tajante al reiterar la jurisprudencia que establecía el instituto del referéndum, en tanto que interpelación directa al titular de la soberanía mediante un procedimiento electoral, junto a los propios comicios electorales como expresiones únicas del derecho de participación política *ex art. 23.1 CE* (por todas, STC 119/1995 FJ 6).

Precisamente, la STC 31/2015 (FJ 4) remite a esta doctrina para poner de relieve que el resto de consultas populares:

«no son expresiones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 CE, sino que obedecen a una *ratio* bien distinta. Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en la democracia directa, incardinándose más bien en un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa».

De donde se infiere que el género de las consultas populares se perfilaría, de una parte, como una suma de los instrumentos necesarios para el ejercicio

¹⁰ La preeminencia de la democracia representativa en la doctrina constitucional arraiga parcialmente, como es sabido, en la prevención, cuando no desconfianza, con que fue tratada la fórmula del referéndum en el debate constituyente. Sin duda, la experiencia «plebiscitaria» del tardofranquismo condicionó al legislador constituyente y orgánico a la hora de prever, desarrollar y posteriormente aplicar la figura del referéndum. En este sentido, cabe recordar el antagonismo sobre las formas de democracia directa entre los representantes de la izquierda (SOLÉ TURA, entre otros), de una parte, y de otra la derecha, encarnada sobre todo por MANUEL FRAGA, partidario de un reconocimiento amplio de estos instrumentos. No deja de ser paradójico, con el recelo a la institución referendaria, el hecho de que el preámbulo de la Ley Fundamental exponga la necesidad de implantar con ella una democracia avanzada, además de que el artículo 9 incluya el derecho de participación y el 23 lo consagre como derecho fundamental. Para una referencia de los términos de los mencionados debates pueden consultarse la aportación del profesor OLIVER ARAUJO, J., «Encuesta sobre el referéndum», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 21-24, y MARTÍN NÚÑEZ, E., «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, septiembre-diciembre, 2012, pp. 98-102). Esta renuencia de nuestra Norma Fundamental contrasta, vivamente, con el relieve y frecuencia que adquiere la fórmula referendaria en el ordenamiento jurídico de otras democracias consolidadas, así como con las recientes reivindicaciones, de amplios sectores sociales, por ejemplo, de una mayor participación directa de la ciudadanía en las decisiones públicas.

de un derecho fundamental mediante el referéndum (art. 23.1 CE); y, por otra, que las formas de participación establecidas por el constituyente, «algunas de las cuales se convierten en verdaderos derechos subjetivos, bien *ex constitutione*, bien como consecuencia del posterior desarrollo por parte del legislador» (STC 31/2015 FJ 4) se incardinarían genéricamente en el mandato del art. 9.2 CE (STC 31/2015 FJ 5).

2.2. *La definición de la consulta referendaria en la jurisprudencia y la doctrina*

Sobradamente conocidos son los elementos de naturaleza orgánico-procedimental que la STC 103/2008 estableció para atribuir la condición de referéndum a una consulta popular, esto es, la concurrencia de los siguientes tres requisitos: (1) que el sujeto consultado sea el cuerpo electoral; (2) que se conforme y se exteriorice como un procedimiento electoral; y (3) que cuente con garantías jurisdiccionales específicas. Así pues, el TC descartó explícitamente que el carácter vinculante o consultivo de la consulta tuviese la más mínima relevancia a los efectos taxonómicos. Esa definición es, además, la que ha integrado el núcleo argumental sobre el que ha ido evolucionando la jurisprudencia constitucional en la materia.

Ciertamente, la STC 103/2008 contiene otras consideraciones que hay que tener en cuenta, en especial, como señala CARRASCO DURAN¹¹, en el ámbito material relativo a las cuestiones susceptibles de consulta referendaria. Con todo, parece discutible que las determinaciones que en este ámbito expresa la referida Sentencia permitan por sí mismas, cómo sostiene el citado autor, singularizar la especie referendaria dentro de las consultas populares. Parece indudable que al anteponer la definición orgánico-procedimental el TC desaprovechó la oportunidad para establecer una caracterización más substantiva del referéndum, en la línea de la que había acogido la doctrina anterior. Así, por ejemplo, una relevante contribución de BUENO ARMIJO había subrayado el carácter político de la esencia del referéndum, dado que mediante esta figura se recaba, básicamente, la opinión directa y legítima de un sujeto político (el cuerpo electoral)¹², algo que sólo puede hacerse mediante un proceso que observe los trámites y rituales equivalentes al electoral. Y ello no ocurriría en el resto de consultas populares, dado que en ellas se manifiesta la opinión de «ciudadanos concretos,

¹¹ Vid. CARRASCO DURAN, M., «Referéndum versus consulta», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 160, abril-junio, 2013, pp. 13-41.

¹² Una apreciación que también se encuentra en la STC 119/1995 (FJ 6), cuando se atribuye al referéndum la función de «conocer la voluntad de la generalidad de los ciudadanos (...) precisamente en lo que tiene de general».

más o menos representativos del resto de sus conciudadanos o de específicos intereses de grupo o clase»¹³.

No en vano, pese a la voluntad de precisión a que apuntaba la STC 103/2008, la definición de referéndum que la misma contenía fue objeto de críticas doctrinales muy tempranas. En ellas, se reprochaban al Tribunal su falta de respuesta categórica a la cuestión de si cabía realizar una consulta no referendaria, sobre una cuestión de interés general formulada en determinadas condiciones, a través de la llamada al voto de un segmento de la población no coincidente con el censo electoral, pero suficientemente amplio para considerar el resultado como representativo del parecer del titular de la soberanía.

Así, para CASTELLÀ ANDREU, la STC 103/2008 contenía implícito el argumento de que el elemento distintivo del referéndum es la consulta mediante el voto, ya que establecía que el rasgo distintivo de las consultas populares no referendarias es que en ellas «[...] se recaba la “opinión”, y para ello no hay ni sujetos –pueden ser individuos o colectivos–, ni procedimiento ni objeto formalizado de forma predeterminada. [...] Lo que importa es que la opinión se expresa a través de mecanismos distintos del voto (deliberación, encuesta)». Y todo ello, pese a reconocer que este principio hubiese podido expresarse de mejor forma por parte del TC¹⁴.

Con mayor énfasis se ha expresado IBÁÑEZ MACÍAS, quien atribuye directamente a la argumentación del Alto Tribunal la responsabilidad de abrir la posibilidad de establecer legislativamente las consultas populares no referendarias mediante votación de un conjunto general de la ciudadanía, al favorecer la contradicción sistemática de los rasgos definitorios del referéndum en la STC 103/2008: «[...] ha abierto esta posibilidad y tendrá que ser él quien la cierre, afinando la distinción entre consulta popular y referéndum»¹⁵. La raíz del problema, según el citado autor, se encuentra en el erróneo criterio de definición del referéndum empleado por el TC, para lo cual propone una corrección:

«[...] lo relevante para concluir que una consulta popular determinada es un referéndum no es el voto en la urna [...]; ni que se use el censo (aun-

¹³ Vid. BUENO ARMILLO, A., «“Consultas populares” y “referéndum consultivo”: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, septiembre-diciembre, 2008, pp. 195-228.

¹⁴ Vid. CASTELLÀ ANDREU, J. M., «Consultas populares no referendarias en Catalunya ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?». *Monografías de la Revista Aragonesa de Derecho Público*, XIV, 2013, pp. 121-155.

¹⁵ Vid. IBÁÑEZ MACÍAS, A., «Los referendos regional y local en el Estado Autonomico. Sus bases y límites constitucionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 97, septiembre-diciembre, 2013, p. 103.

que se use el padrón municipal, seguirá siendo un referéndum, aunque ilegal); ni que se utilicen las garantías previstas en la LOMR o en la LO-REG [...]. Lo importante es que se esté ante una forma de participación política incluida en el artículo 23.1 CE. Una forma de participación es política [...] porque en ella se participa *uti cives*, es decir, como miembro de una colectividad territorial. No lo es cuando se participa a título individual (como interesado en un procedimiento administrativo, *uti singulis*) o como miembro de una asociación o de una categoría social o profesional (*uti socius*)»¹⁶.

El cierre de ésta controversia ha tenido lugar, finalmente, en la STC 31/2015, la cual zanja definitivamente esta cuestión al considerar que:

«estamos ante un referéndum cuando el poder público convoca al conjunto de los ciudadanos de un ámbito territorial determinado para que ejerzan el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos emitiendo su opinión, vinculante o no, sobre una determinada cuestión, mediante votación y con las garantías propias de un proceso electoral» (FJ 6).

Y todo ello tras de realizar una matización substancial en la doctrina de la STC 103/2008, al añadir a la definición orgánico-procedimental una alusión, ciertamente algo confusa, a la distinción *uti cives/uti singulis/uti socius* (IBÁÑEZ MACÍAS), cuando subraya el carácter del referéndum como expresión de la opinión del cuerpo electoral, el cual se identifica con el sujeto que expresa la voluntad del pueblo¹⁷, y principalmente al explicitar que:

«[u]n segundo elemento ínsito en el concepto de referéndum estriba en que la opinión del cuerpo electoral se expresa por medio del sufragio emitido en el curso de un proceso electoral, a fin de que el resultado de la consulta pueda jurídicamente imputarse a la voluntad general de la correspondiente comunidad política y, de este modo, considerarse una genuina manifestación del derecho fundamental de participación política reconocido en el art. 23.1 CE» (STC 31/2015 FJ 5).

¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 104.

¹⁷ Esta argumentación remite a las SSTC 12/2008 (FJ 10) y 31/2010 (FJ 69). El TC ha aclarado que «el cuerpo electoral no se confunde con el titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE). Este cuerpo electoral está sometido a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), en tanto que el pueblo soberano es la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento» (STC 13/2009, FJ 16). Conviene recordar, sin embargo, que las SSTC 12/2008 y 13/2009 hacen referencia a una cuestión relativa al sufragio pasivo (art. 23.2 CE) a propósito de las cuotas de género en las listas electorales (Disposición adicional 2ª, Ley Orgánica 3/2007 y la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, respectivamente).

2.3. *La definición de la consulta popular no referendaria por exclusión: el ejemplo de la Ley del Parlamento de Catalunya 10/2014*

Como ya se ha expuesto, la jurisprudencia constitucional previa a la STC 31/2015 se empleó con mayor intensidad en la definición de las consultas referendarias, dejando el resto de consultas populares en una zona más lábil o difusa, en buena parte debido a la omisión de los rasgos formales que concurren entorno al referéndum. En estas condiciones, la mera deducción de que son consultas populares no referendarias todas aquellas que no detentan ninguno de los elementos orgánico-procedimentales que singularizan el instituto referendario, era demasiado obvia como para no ser acogida por una parte de la doctrina y, como hemos visto, por algunos legisladores autonómicos. Pero, más aún. Es el propio TC el que pareció acogerse a ella cuando argumentó que:

«Caben, pues, consultas populares no referendarias mediante las cuales “se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos” distintos de los que cualifican una consulta como referéndum [...]. Si a ello se añade que las consultas previstas en el precepto se ciñen expresamente al ámbito de las competencias autonómicas y locales, es evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado» (STC 31/2010 FJ 69).

Así, en referencia específicamente a las consultas populares no referendarias mediante el voto de la ciudadanía, el INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS reiteró su opinión de que la existencia de título competencial expreso es suficiente para garantizar la constitucionalidad de la regulación de consultas populares no referendarias que presenten una diferenciación de la literalidad de los criterios enunciados en la STC 103/2008, manteniendo unas garantías equivalentes de transparencia y seguridad de la consulta¹⁸. Y, por su parte, MARTÍN NÚÑEZ caracterizó el referéndum como una llamada al cuerpo electoral en unos términos semejantes al ejercicio del derecho del sufragio, al deducir que si la llamada se realizase a un censo poblacional diferente del electoral sería posible la figura de una consulta no referendaria mediante el voto, si bien admitiendo, en la línea de la jurisprudencia del TC, que esas

¹⁸ Ya durante los trabajos preparatorios del EAC 2006, un informe preliminar elaborado por el INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS (2003) sugirió la posibilidad de incluir explícitamente en el nuevo texto estatutario una modalidad de consulta popular distinta del referéndum para recabar «el parecer ciudadano sobre cuestiones de interés general en materias autonómicas o locales», aplicando una «interpretación flexible» del art. 149.1.32 CE, que permitiese distinguir este tipo de consultas del referéndum, de acuerdo con el principio participativo *ex art. 9.2 CE*. *Vid.* INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS, *Informe sobre la reforma de l'Estatut*, 2003, p. 196. <<http://www.gencat.cat/drep/iea/sumaris/re1.pdf>> (última consulta: 30 abril 2015).

eventuales consultas no tendrían la consideración de expresión del derecho de participación política directa (*ex art. 23 CE*), contrayéndose, por tanto, a la canalización de fórmulas de democracia participativa¹⁹.

No obstante, una buena parte de la doctrina continuó refractaria a aceptar la constitucionalidad de cualquier forma de consulta popular mediante el voto o que implicase que el ejercicio del derecho de participación política *utis civie* pudiera ser considerado al margen del instituto referendario, por entender que cualquier intento de configurar un instrumento semejante, mediante el sorteo de los límites literales establecidos en la STC 103/2008, constituye una utilización inapropiada del mismo, cuando no un fraude de ley²⁰. En ese sentido, a la vista del cuadro constitucional y estatutario, CASTELLÀ ANDREU aprecia inviable:

«[F]orzar los márgenes del referéndum a través del diseño de una figura que sustancialmente lo recuerda, aunque trate de disimularlo. El referéndum es una institución que tiene una configuración general ya consolidada, cuyos rasgos identificadores no dependen de estar previsto o no en la Constitución, de tener efectos vinculantes o no, o de requerir su convocatoria la autorización del Estado, pues son elementos externos a la propia figura, que sirven para caracterizar el régimen constitucional del referéndum, pero no la identificación de la misma institución jurídica. Por otro lado, tampoco cabe forzar el sentido de las competencias propias de la Generalitat, estatutariamente previstas»²¹.

En este contexto, el Parlamento de Cataluña, aprobó la Ley 10/2014, de consultas populares no referendarias y participación ciudadana, en desarrollo de los arts. 29.6 y 122 EAC²². En síntesis y por lo que hace a los aspectos que

¹⁹ Cfr. *op. cit.*, 2012, p. 117.

²⁰ Cfr. IBÁÑEZ MACÍAS, A., «Los referendos regional y local en el Estado Autónimo. Sus bases y límites constitucionales», *op. cit.* p. 103.

²¹ Cfr. *op. cit.* p. 152.

²² Cabe recordar que el tortuoso proceso que condujo a la aprobación de la Ley 10/2014 no siempre estuvo vinculado, por lo menos explícitamente, a lo que luego se conoció como «proceso para el ejercicio del derecho a decidir». Sus antecedentes hay que buscarlos en las enmiendas que, durante la tramitación de la que luego sería aprobada como Ley de Catalunya 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum, presentó el grupo parlamentario de *Convergència i Unió* (CiU) con la pretensión de desarrollar, simultáneamente, la figura de las consultas no referendarias (*Bulleti Oficial del Parlament de Catalunya* [BOPC], VIII legislatura, núm. 540 de 28.09.2009). En la legislatura siguiente, el gobierno de CiU aprobó, durante la IX legislatura catalana, un Proyecto de ley de consultas populares no referendarias (BOPC, IX legislatura, núm. 222 de 11.01.2012), que decayó por la disolución anticipada de la cámara. Después de las elecciones, el programa contenido en el Acuerdo de Gobernabilidad CiU-ERC retomó la iniciativa (BOPC, X legislatura, núm. 50 de 27.03.2013), ahora sí explícitamente incluida dentro del «derecho a decidir», ultimando la tramitación.

son más relevantes para este trabajo, la Ley catalana se elaboró, en la materia relativa a las consultas populares no referendarias mediante el voto, que el texto contemplaba en las dos modalidades de generales y sectoriales (art. 3), con la sistemática transposición a *sensu contrario* de los criterios enunciados en la STC 103/2008 para la identificación de un referéndum.

Así, por ejemplo, en las consultas generales el cuerpo electoral era substituido por el concepto de «personas legitimadas» (art. 5), que consistía, básicamente, en el conjunto de personas que integrarían el censo electoral en unas elecciones municipales, ampliado a los jóvenes de edad entre 16 y 17 años y las personas originarias de países ajenos a la Unión Europea (UE) con más de tres años de residencia continuada. El sistema de garantías procedimentales y jurisdiccionales del proceso se estructuraba de forma paralela al procedimiento electoral (en este caso, con una Comisión de Seguimiento y una Comisión de Control, atribuidas de funciones de sindicatura electoral). Incluso se contemplaba la asignación de espacios en medios de comunicación públicos (art. 22). En cuanto a los efectos, se disponía que no era otro que conocer la opinión de la población sobre la cuestión sometida a consulta, cuyo resultado no tenía carácter vinculante, pese a que todos los poderes públicos que los convocasen debían pronunciarse sobre la incidencia de la misma en su actuación pública.

Como es sabido, en la STC 31/2015, emitida en respuesta a la impugnación de la Ley catalana 10/2014, el Alto Tribunal verificó un juicio del citado texto normativo prescindiendo totalmente del *nomen iuris* asignado a las consultas reguladas por dicha ley, pues «ni un referéndum dejará de serlo tan sólo porque la norma legal que lo prevea le niegue la condición de tal, ni el derecho ex art. 23.1 CE a la participación directa en los asuntos públicos perderá su fuerza vinculante porque la ley, de nuevo, niegue haber procedido a su regulación o desarrollo» (FJ 7). De esta forma, el TC concluyó que las llamadas «consultas generales» en la Ley 10/2014 son verdaderos

«llamamientos para la participación política, a través de un procedimiento electoral, de un cuerpo de electores que vendría así a expresar, mediante el sufragio, el parecer de los ciudadanos de Cataluña en el ejercicio del derecho reconocido en el art. 23.1 CE y no como meros administrados. En ese cuerpo electoral *sui generis* (...) está sin duda comprendido o integrado el electorado, estatutario y legal, de Cataluña (...). Por ello, y aun cuando una determinada consulta general se acotara, exclusivamente, a las “personas legitimadas” (...), estaría siendo convocado a las urnas el cuerpo electoral de Cataluña, o de la correspondiente entidad local, aunque no sólo él» (FJ 8)²³.

²³ El TC prosigue su argumentación: «Es, por tanto, un llamamiento a un cuerpo electoral más amplio que el configurado por la legislación electoral general, pero que no

El TC añadió que, según su parecer, bajo la rúbrica «Procedimiento de las consultas populares no referendarias» la ley catalana estaba regulando un procedimiento electoral articulado en torno una serie de elementos mediante los cuales se venía a «configurar (...) un procedimiento que tiene la naturaleza de electoral en la medida en que a través del mismo se canaliza el ejercicio del derecho al sufragio activo de las personas convocadas, mediante la emisión del voto» (FJ 8).

Sin embargo, debe decirse que la revisión del aparato argumental exhibido por el propio TC (singularmente las 103/2008 y 31/2010), aquí lastrada por la fundamentación orgánico-procedimental de las mismas, no deja de traslucir una cierta tosquedad. Así, por ejemplo, el insistente recurso a poner de relieve que el colectivo de las «personas legitimadas» en realidad incluye, como un subconjunto, el censo electoral, plantea la duda de si la conclusión del Alto Tribunal hubiese sido distinta en caso de que, por ejemplo, los llamados al voto hubiesen sido sólo las personas mayores de 21 años. Por otro lado, la insistencia en la exclusión de la inconstitucionalidad de las consultas que califica de sectoriales, pese a que la Abogacía del Estado no trasladó a su juicio de constitucionalidad el contenido de esta distinción (FJ 7), son un claro ejemplo del magro razonamiento competencial contenido en su anterior jurisprudencia (vgr. STC 31/2010, FJ 69). Así, el TC resalta que:

«las consultas sectoriales reguladas en la misma Ley presuponen el llamamiento a un sujeto jurídico más restringido que el cuerpo electoral, en cuanto articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral, por lo que son cauces de participación cuya regulación por el legislador autonómico catalán resulta posible en consideración al título competencial establecido en el art. 122 EAC» (STC 31/2015 FJ 9).

El reproche de constitucionalidad que la STC 31/2015 aprecia en las consultas generales que establece la Ley catalana 10/2014 se extiende a la

por ello deja de ser una verdadera *apellatio ad populum*. La circunstancia de que la consulta pueda extenderse a menores de dieciocho años y a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de terceros Estados, no obsta para que sus resultados sean imputables al parecer de la ciudadanía de la Comunidad Autónoma y considerarse expresivos de su voluntad general en relación con los asuntos que se les planteen en cada caso. El cuerpo electoral conformado en el art. 5.1 de la Ley, aunque lo desborda, abarca al conjunto de la ciudadanía de la Comunidad Autónoma de Cataluña o del ente territorial local, cuyos sufragios no exteriorizan meras voluntades particulares o de colectivos sectoriales sino su voluntad general *uti cives*. En cualquier caso, los menores de 18 años son convocados en su condición “política” de catalanes y los extranjeros en cuanto “nacionales” de otros Estados, es decir, en la condición más genérica de ciudadanía que les es aplicable» (STC 31/2015 FJ 8).

totalidad de las modalidades de consulta general previstas en la Ley, incluidas la de ámbito local y supramunicipal²⁴. El TC argumenta, de una forma un tanto sumaria, que la verdadera naturaleza referendaria de unas consultas populares que, de forma expresa, no deberían serlo, vicia de inconstitucionalidad la entera categoría de las consultas generales²⁵. Cabe entender aquí que el carácter referendario aplicado a las consultas locales se entiende referido a la preceptiva autorización estatal, pues como hemos citado en reiteradas ocasiones aquí, la doctrina sustrae la naturaleza referendaria de estas consultas.

Adicionalmente, el TC establece (FJ 10) una cautela complementaria para la exclusividad de la competencia atribuida en el art. 122 EAC respecto de las consultas sectoriales de ámbito local, la cual deberá ser ejercida sin perjuicio de la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE).

En suma, la STC 31/2015 cierra de forma abrupta la ventana legislativa que buena parte de la doctrina entendió abierta a partir de la literalidad de la propia STC 103/2008, aduciendo que no cabe, en el ordenamiento constitucional, ninguna otra llamada distinta de la vía referendaria para compulsar la opinión de la ciudadanía en torno a cualquier cuestión de relevancia política, mediante la emisión del voto. Ello implica, pues, el necesario sometimiento a la autorización estatal previa (art. 149.1.32 CE), al igual que acontece en otras consultas mediante el voto de la generalidad de la población, formalmente diferenciadas de los referéndums, como las consultas locales.

3. LAS COMPETENCIAS DE LA GENERALITAT EN MATERIA DE CONSULTAS POPULARES

3.1. *Las consultas populares en el Estatuto de 2006 y su desarrollo. El efecto de la STC 31/2010*

Aunque, como hemos señalado anteriormente, el referéndum autonómico carece de anclajes en la legislación estatal, su figura no fue ignorada en el

²⁴ Arts. 3.2 (en su inciso relativo a los entes locales), 4.3, 10, 12 y 38 de la Ley 10/2014. En relación a las consultas de ámbito supramunicipal, la Abogacía del Estado planteó específicamente su nulidad al carecer de cobertura constitucional o en la legislación básica estatal (art. 71 LRBRL), pero el TC no entra específicamente en la valoración del argumento.

²⁵ «(...) todas las consultas generales reguladas en la Ley catalana 10/2014, de 26 de septiembre, cualquiera que sea el ámbito territorial en el que pretendieran celebrarse (autonómico, municipal o supramunicipal), son inconstitucionales –por su carácter referendario» (STC 31/2015 FJ 10).

debate constituyente²⁶, además de que, como ha señalado acertadamente MARTÍN NÚÑEZ²⁷, tanto la mera previsión de autorización estatal previa (art. 149.1.32 CE), como la ubicación de la misma en la norma constitucional (precisamente en el artículo que deslinda las competencias entre el Estado y las CA), carecerían de sentido si no se hubiese pretendido remarcar que el requisito de la autorización tiene como objeto preferente las consultas populares por vía de referéndum que puedan proponer eventualmente las Comunidades Autónomas dentro de su ámbito territorial.

No obstante lo dicho, la ausencia de previsión constitucional específica y, más concretamente, en la LORMR, sobre los referéndums de alcance autonómico, no debería impedir que estos pudiesen ser regulados en caso de existir base competencial, del mismo modo que sucede con la Iniciativa Legislativa Popular (ILP), igualmente considerada un mecanismo de participación política directa de los ciudadanos conectado con el artículo 23.1 CE²⁸.

Al mismo tiempo, la indeterminación constitucional y legal del referéndum consultivo *ex* artículo 92 CE, al no especificar su ámbito de aplicación, permite pensar en la convocatoria del mismo en diferentes ámbitos territoriales, incluido el autonómico, siempre que se preserve la adecuada correspondencia entre el contenido y alcance de la consulta. Recuérdense a este respecto que tanto el artículo 92.3 (la previsión de Ley orgánica) como el acto regio de convocatoria (art. 62 *c* CE) tienen el carácter de normas de reenvío y, por definición, se hallan abiertas a otros tipos de referendos que los expresamente previstos en la Constitución.

De ahí que una interpretación de este tenor podría inspirar y legitimar una reforma de la LORMR, con la incorporación de algún precepto referido expresamente a los de alcance autonómico, habilitando así el rango de norma-

²⁶ Durante la redacción constitucional se excluyó, también, la incorporación al texto del instituto del referendo autonómico, al rechazarse una enmienda presentada, con ese objeto, por el Grupo de Socialistas Vascos en el Senado, más allá de los casos expresamente establecidos en la CE.

²⁷ *Cfr. op. cit.* pp. 109-110.

²⁸ En este sentido, no deja de ser paradójico el citado ejemplo de la ILP (art. 87.3 CE), sobre el que la Constitución establece una reserva de ley orgánica y no por ello la mayor parte de CA han dejado de desarrollarlo. Aunque más paradójico resulta el examen de la disposición adicional (DA) de la vigente LORMR, que excluye de su ámbito de aplicación las consultas que puedan celebrar los ayuntamientos, salvo la competencia exclusiva del Estado para su autorización (MARTÍN NÚÑEZ, 2010: pp. 320-321). Además, la LRBRLL, sin tener rango de orgánica, y respetando las competencias autonómicas, ya regula los referéndums consultivos de los ayuntamientos para los asuntos de su competencia y de carácter municipal. Estirando el hilo de este argumento, no hay duda de que una reforma de la LORMR para incorporar las consultas autonómicas por vía de referéndum permitiría eludir la interpretación restrictiva de la STC 31/2010.

tiva general a la que someter la legislación autonómica. No sería preciso llegar a esta modificación si se interpretara alternativamente la referencia del artículo 92.1 CE («todos los ciudadanos») en el sentido de que la participación de todos los ciudadanos españoles no tiene por qué influir en la valoración política de los resultados obtenidos en una concreta Comunidad Autónoma²⁹. En ese caso parecería suficiente la incorporación de una disposición adicional *ad hoc* para excluir la aplicación de esta ley a los referéndums autonómicos, de manera análoga a la existente para las consultas de ámbito local.

En este contexto, la previsión del Estatuto de Autonomía de Catalunya de 2006 (EAC) en materia de las consultas populares (art. 122) partía de la convicción, discutible, pero legítima, de que la recepción del referéndum en el ordenamiento jurídico español no queda circunscrita al marco estatal, sino que constituye un elemento vinculado al Estado autonómico, interpretando de ese modo que la competencia estatal para autorizar la convocatoria debería permitir a la Generalitat de Cataluña regular tanto la iniciativa como el procedimiento previo a la convocatoria³⁰. Dicha lectura, se amarraba, además de a la existencia de consultas de ámbito local, en una interpretación amplia del principio democrático (art. 1.1 CE) y del derecho fundamental de participación política de la ciudadanía (art. 23 CE)³¹.

Así las cosas, el EAC configuró, primero, como derecho estatutario, el derecho de participación que se atribuía a los ciudadanos, y dentro de éste, del derecho a elaborar, participar y promover la convocatoria de consultas populares en el ámbito de las competencias de la Generalitat y de los ayuntamientos (art. 29); para asumir, posteriormente, la competencia exclusiva en materia de «consultas populares» (art. 122), en despliegue del derecho fundamental del artículo 23 CE. El legislador estatutario distinguió así, por un lado, entre el género «consultas populares», entendido

²⁹ AGUIAR DE LUQUE, L. defiende, incluso, la legitimidad de convocar directamente referéndums del artículo 92 CE en el ámbito territorial autonómico, por entender que la locución «de todos los ciudadanos» no va dirigida a delimitar el alcance exacto de estos referéndums y porque, además, la regulación incluida en la LORMR no es mucho más precisa en ese sentido («Democracia directa e Instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en TRUJILLO, LÓPEZ GUERRA, GONZÁLEZ-TREVIJANO (Dir.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, CEPC, Madrid, 2000, págs. 67-96).

³⁰ Vid. MARTÍN NÚÑEZ, E., «Comentari a la Sentència sobre l'Estatut. Competència en matèria de consultes populars (art. 122)», *Revista catalana de dret públic*, número especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010, p. 321.

³¹ Esta argumentación subyace en las potestades sobre regulación de la iniciativa legislativa popular y legislación electoral propia, desplegadas de forma constitucionalmente pacífica por distintas Comunidades Autónomas.

como el conjunto de instrumentos de participación ciudadana dirigidos a conocer la opinión de la ciudadanía en relación con cualquier aspecto de la vida política, que se materializan a través de diversas modalidades; y por otro lado, la especie concreta de las realizadas por vía referendaria, a las cuales no se refería con la denominación específica «referéndums», sino identificada con la modalidad de consulta popular que requiere la autorización del Estado. Por otro lado, la regulación estatutaria arrancaba también del hecho de que el referéndum autonómico constituye una concreción de la forma institucional de gobierno representativo diseñada para las CCAA (art. 147 y 152 CE), insertable en la potestad de autoorganización (art. 148.1.1 CE)³². Pues, en efecto, la lectura del art. 152 CE permite inferir que las consultas populares se integran en el ámbito de la organización de las instituciones de autogobierno porque el modelo de organización territorial del Estado posibilita no sólo la distribución territorial del poder político, sino también la instauración de un nuevo ámbito de relaciones entre la sociedad y éste.

Con este convencimiento y en desarrollo del artículo 122 EAC, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña, de aplicación tanto a las consultas promovidas por las instituciones públicas (Parlamento, Gobierno o municipios), como a las de iniciativa ciudadana, en ejercicio del derecho estatutario de participación (art. 29 EAC). Su contenido concreto transponía, de forma bastante mimética, la doctrina constitucional sobre la materia –incluido, claro está, el sometimiento a la preceptiva y previa autorización estatal–, principalmente la contenida en la referida STC 103/2008³³.

Sin embargo, en su Sentencia sobre el EAC (STC 31/2010), el TC ya realizó una interpretación estricta del artículo 122 EAC, partiendo a su vez de una también rigurosísima lectura de la voluntad del constituyente a la hora de regular el instituto del referéndum, atribuyendo en exclusiva al Estado, no sólo la potestad de autorización, sino también la capacidad de establecer el régimen jurídico de las mismas («la entera normación»), a través de una ley orgánica *ad hoc*. Así, el FJ 69, afirma que

³² Este fue, de hecho, uno de los argumentos centrales de la defensa de la Ley vasca 9/2008 utilizados por la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi en su Dictamen 96/2008 (Párrafos 50-51).

³³ Pese a ello, la administración del Estado impugnó la norma, si bien, al término del plazo inicial de suspensión, el TC acordó levantar la suspensión (ATC 87/2011), aunque conviene recordar que, en este tipo de incidentes, el TC no entra a valorar el fondo del recurso, sino que se limita a argumentar sobre los previsibles perjuicios derivados del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Así las cosas, lo substantivo del pronunciamiento del TC es que la Ley 4/2010 está plenamente vigente en el momento en que se escribe este trabajo.

«la exclusividad del art. 122 EAC tiene que serlo [...] sin perjuicio de la competencia estatal relativa a las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» (art. 149.1.18 CE); que la cláusula residual de este precepto («cualquier otro instrumento de consulta popular») no se tiene que entender como un referéndum; y que la autorización estatal para la convocatoria de la consulta, no es la única facultad que tiene el Estado en esta materia sino que alcanza «la entera disciplina de esta institución, esto es, su establecimiento y regulación»³⁴.

Así, a pesar de que la STC 31/2010 no ocluye totalmente el paso al referéndum autonómico, ni al hecho que los estatutos puedan reconocer competencias en esta materia, su interpretación, *prima facie*, deja hoy por hoy sin demasiada cobertura competencial a cualquier ley autonómica sobre la materia. Abundando en la materia, precisamente la más reciente STC 31/2015 deshabilitó la posibilidad de instrumentar una vía alternativa de consulta popular mediante votación alternativa no sometida al rígido corsé constitucional del referéndum. De esta forma, el TC se alineó con las interpretaciones doctrinales que, a partir de una lectura estricta de la STC 103/2008, invalidaban la posibilidad en la práctica de toda consulta referendaria autonómica al margen de las establecidas en la CE y la LORMR³⁵.

3.2. *La matización de las restricciones a la capacidad autonómica en la STC 42/2014*

Con fecha 25 de marzo, el TC emitió la sentencia 42/2014 sobre la Resolución 5/X del Parlament³⁶, por la que declaró inconstitucional y nula la

³⁴ Una cronología de los actos puede ser útil para entender el encadenamiento de los mismos: la Ley 4/2010 fue aprobada por el *Parlament* el 17.03.2010 y la STC 31/2010 sobre el EAC fue aprobada por el Alto Tribunal en su sesión de 28.06.2010. Cabe plantear una duda razonable sobre la ultimación de la Ley 4/2010 en caso de haberse conocido el contenido de la STC 31/2010 durante su tramitación.

³⁵ *Vid.* FONDEVILA MARON, M., «Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la sentencia 42/2014, de 25 de marzo», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, núm. 34, 2014, p. 598.

³⁶ Durante el primer pleno de la X legislatura catalana, el 23 de enero de 2013, se aprobó la Resolución 5/X bajo la rúbrica «Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Catalunya», en la cual se afirmaba, en esencia, que «[E]l pueblo de Catalunya tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano», como fundamento para «iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del «derecho a decidir». Expresada en sus términos estrictos, la Resolución 5/X era una inequívoca declaración «política» de signo soberanista, sin que ello implicase el ejercicio de la «soberanía del pueblo catalán» en un acto concreto y concluyente, con efectos jurídicos vinculantes; es más, la Resolución «tampoco prejuzga en ningún momento que el objetivo de la proclamación del derecho a decidir sea la constitución de un estado propio

cláusula primera de la mencionada Resolución, al entender que el reconocimiento que en ella se realizaba del pueblo de Cataluña como «sujeto político y jurídico soberano» resultaba contrario a los arts. 1.2 y 2 CE y a los arts. 1 y 2.4 EAC³⁷, así como, en relación con ellos, a los arts. 9.1 y 168 CE.

La STC 42/2014 incorporó no obstante un reconocimiento novedoso y trascendente del encaje constitucional del llamado «derecho a decidir», como una aspiración política legítima que puede amparar la realización de actividades dirigidas a «preparar» o «defender» la separación de Cataluña e incluso a instar la «consecución efectiva» de ese objetivo en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución³⁸, atendiendo a la conocida doctrina de la plena tangibilidad de las disposiciones constitucionales, distinguiendo, de forma algo heterodoxa, entre el derecho a la autodeterminación y el derecho a decidir.

En efecto, el TC entiende el primero de estos derechos como la capacidad para decidir de manera directa y jurídicamente efectiva la integración territorial de España, lo cual, como tal, no está reconocido en la Constitución española para los territorios integrantes del Estado. Y, por el otro, concibe el derecho a decidir como la capacidad para manifestar «una aspiración política» que, si es canalizada «mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional», se estima que tiene cabida en el marco de la Constitución. Para el Alto Tribunal, el derecho a decidir no es un derecho a la autodeterminación, pero tiene sustantividad propia. Constituye una legítima aspiración política

o la independencia de Catalunya». (Vid. VINTRÓ CASTELLS, J., «La Declaració de sobirania i del Dret a decidir del poble de Catalunya: un apunt jurídic», *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 7 de febrer, <<http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eaprcdp/2013/02/071a-declaracio-de-sobirania-i-del-dret-a-decidir-del-poble-de-catalunya-un-apunt-juridic-joan-vintro/>> (Consultado el 20.04.2015).

³⁷ En particular, la Sentencia señaló que «el reconocimiento al pueblo de Cataluña de la calidad de soberano, no prevista en nuestra Constitución para las nacionalidades y regiones que integran el Estado, resulta incompatible con el art. 2 CE, ya que supone conferir al sujeto parcial del que se predica esta calidad el poder de romper, por su sola voluntad, lo que la Constitución declara como su propio fundamento en el citado precepto: «la indisoluble unidad de la Nación española». Como realidad sociohistórica, Cataluña (y España toda) –aduce el TC– es anterior a la Constitución de 1978. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, el pueblo de Cataluña invocado por la Declaración es «un sujeto que se constituye en el mundo jurídico en virtud del reconocimiento constitucional (al igual que sucede con el conjunto del “pueblo español” del que, según el art. 1.2 CE, emanan todos los poderes del Estado)».

³⁸ El TC argumenta en su Sentencia una lectura constitucional del «derecho a decidir», entendido como «una aspiración política a la que se llegue mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional», con respeto a los principios de «legitimidad democrática», «pluralismo» y «legalidad», principios que el texto reconoce expresamente proclamados en la Resolución 5/X del *Parlament*.

amparada –en un ordenamiento constitucional de democracia no militante, como el propio Tribunal reitera en la sentencia– por la libertad de expresión y, en términos más amplios, de participación, en el ámbito político, que puede llegar a sustentar la propuesta de modificación de la Constitución.

No toda la doctrina ha estado de acuerdo con la interpretación del TC en este punto. FOSSAS, por ejemplo, reprochó al Tribunal una cuestionable aplicación de la técnica de la interpretación conforme, que «reconstruye el texto de la Resolución para convertir una consigna política en un derecho hasta hoy inexistente», y no sólo eso sino que «consagra “el derecho a decidir” como algo distinto del derecho a la autodeterminación»³⁹. Sin embargo, lo cierto es que la STC 42/2014 declara, inequívocamente, que los poderes públicos pueden realizar actividades de defensa y preparación del ejercicio del derecho a decidir y que ello, de entrada, tiene efectos jurídicos prácticos muy relevantes ya que pueden legitimar constitucionalmente las medidas que han ido adoptando no sólo varios colectivos y organizaciones sociales, en tanto que entidades privadas, sino también los poderes públicos en Cataluña, y especialmente la Generalitat⁴⁰. Por su parte, SOLOZABAL ECHAVARRÍA señaló que, en tanto que el derecho a decidir, como aspiración política, no puede llevarse a cabo sin reformar la Constitución, ello implica una disposición del orden constitucional al alcance sólo del poder constituyente, de modo que «no queda, quizás, mucho espacio para entender tal derecho fuera de su versión banalizada como derecho de participación, directa o a través de representantes»⁴¹.

4. LAS MATERIAS SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO DE CONSULTA: JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Como ya ha sido dicho, la singularidad del referéndum dentro del género consultas populares alcanza también a su ámbito material, dado que un sector

³⁹ Vid. FOSSAS ESPADALER, E., «Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101 (mayo-agosto), 2014, p. 300.

⁴⁰ Así, por ejemplo, la creación del *Consell Assessor per a la Transició Nacional* (CATN), como la de otros organismos establecidos por la Generalitat, quedan definitivamente legitimados desde el punto de vista constitucional. Igualmente quedan legitimadas de manera incontestable las declaraciones y manifestaciones realizadas en defensa del ejercicio del derecho a decidir que se han llevado a cabo y las que se puedan llevar a cabo en el futuro, mientras respeten, como dice la sentencia, los principios democráticos, los derechos fundamentales y el resto de los mandatos constitucionales.

⁴¹ Vid. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J., «La sentencia sobre la declaración soberanista y el derecho a decidir del pueblo catalán (STC 42/2014)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 50, 2014, p. 49.

amplio de la doctrina ha interpretado restrictivamente la reserva de ley orgánica que establece el art. 92.3 CE para la regulación de las modalidades de referéndum «previstas en esta Constitución». En esta lectura, la dicción del constituyente debe interpretarse «como indicativo de que solamente se cualifica como referéndum las consultas que la Constitución denomina como tal, o bien aquellas que sean reconducibles a las modalidades de referéndum expresadas en la Constitución»⁴². En otras palabras, cabe hablar de referéndum sólo en relación a las consultas sobre decisiones políticas de especial trascendencia (art. 92.1 CE), la constitución de las Comunidades Autónomas previstas en el art. 151 CE, la aprobación y reforma de algunos Estatutos de Autonomía⁴³, la reforma constitucional (arts. 167.3 y 168.3 CE) y la incorporación de Navarra al régimen autonómico vasco (Disposición adicional cuarta CE), así como las específicamente establecidas en algunos Estatutos de Autonomía, esencialmente referidos a la alteración de los límites territoriales de una Comunidad Autónoma (art. 149.2.b CE)⁴⁴. Por el contrario, tanto las consultas locales como, en su caso, las organizadas por las Comunidades Autónomas en relación a asuntos públicos de su competencia carecerían de esta naturaleza referendaria.

Pero, aunque esta doctrina ha encontrado acomodo en la jurisprudencia del TC (por ejemplo, en las SSTC 103/2008 FJ 2-3 y 31/2010 FJ 69 y, previamente, en las SSTC 76/1994 FJ 3 y 119/1995 FJ 3)⁴⁵ no está exenta de contradicciones sustanciales. Una aplicación literal de esta singularidad del referéndum consistente en que toda consulta sobre un asunto público, dirigida a la generalidad de la población de un ámbito territorial específico, debe considerarse un referéndum en cuanto a los requisitos formales de su celebración, como parece desprenderse de la STC 31/2015, impondría la necesidad

⁴² Vid. CARRASCO DURAN, M., «Referéndum versus consulta», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 160, abril-junio, 2013, p. 17.

⁴³ Se acogerían a este supuesto los arts. 46 y 47 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, los arts. 222.1 y 223.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, los arts. 56 y 57 del Estatuto de Autonomía de Galicia, los arts. 248 y 249 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, el art. 81.5 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y el art. 115.7 del Estatuto de Autonomía de Aragón.

⁴⁴ Este sería el caso del art. 8 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y de la Disposición transitoria tercera.l.c) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León habla de «refrendo» entre los habitantes del territorio, municipio o municipios. La constitucionalidad de estas consultas fue admitida por la STC 99/1986 (FJ 5) y reiterada posteriormente (cfr. STC 103/2008 FJ 3).

⁴⁵ La STC 103/2008 (FJ 2) declara que «los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone [...] o a aquellos que, también expresamente contemplados, supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus cámaras».

de ampliar el criterio de singularización del instituto referendario o bien establecer que, simplemente, el criterio constitucional las prohíbe, especialmente en lo que respecta al ámbito autonómico. Sobre esta incongruencia, LÓPEZ BASAGUREN ha señalado que «la pretensión de que solo constituyan supuestos de referéndum los así previstos expresamente en la Constitución siendo posible el establecimiento de otros instrumentos idénticos sin esa denominación aboca a una diferenciación puramente nominal que es insostenible»⁴⁶.

También, la jurisprudencia constitucional ha tratado ampliamente la cuestión relativa a los límites del ámbito material de las consultas *ex art. 91 CE*, aunque sobre este particular la doctrina del TC ha dado muestras de una notable vacilación. Así, la *ratio decidendi* que parecía apuntar el fundamento jurídico cuarto de la STC 103/2008 expresaba el criterio de que el límite de las decisiones políticas que pueden someterse a referéndum consultivo (art. 92 CE) se encuentra en cualquier cuestión que comporte iniciar un proceso de reforma constitucional, dado que la pregunta en sí ya supone una reforma de hecho de la Constitución, apuntando a una lógica en la que, como ya había advertido VIVER I PI-SUNYER,

«ni el Estado ni las comunidades pueden consultar a los ciudadanos sobre la posibilidad de iniciar procesos de reforma y, más concretamente, no pueden consultar sobre cuestiones que, en la hipótesis de que obtuviesen el voto favorable de los ciudadanos, requiriesen iniciar un proceso de reforma de la Constitución»⁴⁷.

Precisamente, son diversos los autores que han remarcado la inconsistencia de este planteamiento, aduciendo el hecho de que lo distintivo del objeto del referéndum consultivo es que «lo que se somete a consulta popular es una determinada opción política al margen del proceso de creación, modificación y derogación de normas, al margen del proceso legislativo» (MARTÍN NÚÑEZ)⁴⁸. Todo ello, además, inserto en un ordenamiento constitucional del cual se ha subrayado su desvinculación del modelo de «democracia militante» y en el que, en consecuencia, tienen cabida todo tipo de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional, incluido,

⁴⁶ Vid. LÓPEZ BASAGUREN, A., «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La ley vasca de la “consulta” ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 9, octubre, 2009, p. 217.

⁴⁷ Vid. VIVER I PI-SUNYER, C., «El reconeixement de la plurinacionalitat de l'Estat en l'ordenament jurídic espanyol», en REQUEJO, F. Y GAGNON, A., (Ed.), *Nacions a la recerca de reconeixement. Catalunya i el Quebec davant el seu futur*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2010, pp. 222-223.

⁴⁸ Cfr. *op. cit.*, 2012, p. 102.

por ejemplo, la alteración del estatus jurídico de una Comunidad Autónoma; una carencia de límites materiales en la reforma constitucional que ha sido avalada por una sólida línea jurisprudencial del TC⁴⁹.

Con todo, como ya hemos argumentado, la STC 42/2014 pareció establecer una inflexión substancial en el criterio de la jurisprudencia constitucional, ya que en ella el elemento material en cuestión —el ejercicio del «derecho a decidir»—, no se limita, únicamente, a la posibilidad de impulsar un proceso de reforma constitucional. Es más, declara, de forma explícita, que los poderes públicos de una comunidad autónoma pueden legítimamente realizar actividades dirigidas a «preparar o defender» el objetivo político que estimen conveniente, sin excluir explícitamente ningún instrumento, lo cual podría entenderse como una aceptación tácita de la posibilidad de una consulta previa a la de ratificación de una reforma constitucional. En este nuevo esquema, la obligatoriedad de la reforma constitucional parece a todas luces posponerse a la fase del ejercicio efectivo del «derecho a decidir».

Es evidente, sin embargo, que un planteamiento de este registro colisiona con la concepción de determinados sectores doctrinales que se inspiran en la existencia implícita de límites a la intangibilidad de la Norma Fundamental y, en íntima conexión con ello, sobre los límites materiales de una consulta referendaria. Así, por ejemplo FONDEVILA MARÓN ha señalado que:

«Una correcta comprensión, a nuestro juicio, del instrumento de la Reforma, obliga a comprender que toda operación de esta naturaleza está sometida a límites materiales estén o no expresados en el texto constitucional en forma de cláusulas de intangibilidad. (...) Esta cuestión hunde sus raíces, evidentemente, en algo más profundo como lo es el concepto mismo de Constitución, pues los que mantengan la existencia de tales límites serán los que manejen un concepto material de Constitución, identificando la Carta Magna con determinados principios y valores característicos de una Comunidad Política, por contraposición a aquellos que ven en la Constitución simplemente un documento normativo situado en la cúspide del sistema de fuentes»⁵⁰.

La posibilidad, explorada también por parte del Parlamento catalán⁵¹, de obtener una delegación estatal, *ex art.* 150.2 CE, para la convocatoria de un

⁴⁹ *Vid. las SSTC 48/2003 (FJ 7), 103/2008 (FJ 3), 31/2010 (FJ 12) y 42/2014 (FJ 4).*

⁵⁰ *Cfr. op. cit.*, 2014, p. 603.

⁵¹ El 16 de enero de 2014, el Parlamento de Catalunya aprobó la Resolución 479/X en la cual se acuerda presentar a la Mesa del Congreso de los Diputados la «Proposición de ley orgánica de delegación a la Generalitat de Catalunya de la competencia para autorizar, convocar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Catalunya» (BOPC, X legislatura, núm. 221 de 17.12.2013). La iniciativa de delegación no realizaba ninguna precisión concreta sobre la cuestión a plantear, que se remitía a una negociación bilateral

referéndum ha sido también objeto de controversia doctrinal por su contenido material, poniendo en duda que mediante la previsión del art. 150.2 CE pueda traspasarse cualquiera de las competencias contempladas en el art. 149.1 CE como exclusivas del Estado, pero en el caso de transferencia de la capacidad organizativa de un hipotético referéndum a través del cual pudiera ejercerse el «derecho a decidir»⁵².

Refiriéndose a la LORMR, el *Consell de Garanties Estatutàries* (CGE) en su dictamen 3/2010 aprecia que, dado el contexto histórico en el que fue elaborada, no se pretendía un desarrollo completo de esta institución de democracia directa, y menos todavía un régimen exhaustivo del ejercicio del derecho fundamental a la participación. En opinión del CGE, la LORMR regula esencialmente las diversas modalidades de referéndum previstas en la Constitución y sólo algunas de sus previsiones, contenidas en el capítulo II («Del procedimiento para la celebración del referéndum»), constituyen un desarrollo directo del artículo 23 CE, como también lo son algunas de la Ley orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (LOREG), a las cuales remite la misma LORMR (art. 19). De hecho, dado que el art. 81 CE no actúa propiamente como un título competencial, no excluye necesariamente la intervención autonómica, como se ejemplifica en los casos, reiteradamente citados por la doctrina, de la iniciativa legislativa popular y del régimen electoral, dos ámbitos del derecho de participación política, desarrollados mediante legislación orgánica, en los que existe una abundante legislación autonómica.

5. CONCLUSIONES

La reciente STC 31/2015, sobre la Ley catalana de consultas populares no referendarias y participación ciudadana, ha venido a completar un periplo interpretativo del Tribunal Constitucional sobre el instituto referendario, iniciado con la STC 103/2008, a propósito de la Ley del Parlamento Vasco sobre la consulta del llamado «Plan Ibarretxe 2», y que prosiguió

Estado-Generalitat, es decir, no excluía, por ejemplo, la posibilidad de que la cuestión planteada finalmente sea una reforma constitucional. Finalmente, presentada y discutida la proposición de ley orgánica en el Congreso de los Diputados el 8 de abril de 2014, está fue rechazada por un amplio margen (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, X Legislatura, núm. 192, 8.04.2014).

⁵² «[R]epugna a la lógica jurídica que un mecanismo constitucional (la transferencia de una competencia a una Comunidad Autónoma) pueda servir para destruir el principio de soberanía que la misma contiene. Nuestra tesis consiste en que ni siquiera podría el Gobierno autorizar a los órganos de la Comunidad Autónoma a su celebración» (Cfr. FONDEVILA MARON, M., «Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la sentencia 42/2014, de 25 de marzo», *op. cit.*, p. 598-599).

con otras dos relevantes Sentencias como son la STC 31/2010 sobre el EAC (FJ 69) y la 42/2014, sobre la declaración de soberanía del Parlamento de Cataluña.

Podría decirse que el nexo común de todas ellas era el propósito de dar respuesta a distintos planteamientos, más o menos explícitos, del llamado «derecho a decidir», primero por parte de la Comunidad del País Vasco y, después, de Cataluña, cuya máxima instancia representativa, como es bien sabido, ha venido ejecutando, una tras otra, una panoplia de vías jurídicas con acomodo en el marco constitucional vigente, para llevar a cabo una consulta al conjunto de su ciudadanía, con todas las garantías democráticas, sobre el futuro político de su Comunidad.

Estas diferentes tentativas han concitado no sólo un amplio rechazo de las principales fuerzas políticas estatales sino también colisionado frontalmente con una jurisprudencia constitucional extraordinariamente rígida en lo que respecta a la formalización y uso de los instrumentos de democracia directa, particularmente del referéndum. Ésta se ha mostrado incluso refractaria a la posibilidad de mitigar, en su caso, los controles estatales a los que aquel está sometido, pese a que, en algún momento (muy señaladamente la STC 42/2014) pareció que dicho criterio era susceptible de cierta flexibilización.

Así las cosas, en un momento en que arceja incluso la controversia doctrinal sobre la existencia implícita de un principio de intangibilidad en la Constitución⁵³, puede afirmarse que parece cada día más lejano el criterio de sensatez esbozado por un importante sector doctrinal, en el sentido de hallar un cauce interpretativo, dentro del marco del derecho positivo español, favorable a una aspiración política tildada de «legítima» por el TC (y de «derecho moral» por RUBIO LORENTE⁵⁴), especialmente en ausencia de toda iniciativa política conducente a operar las pertinentes reformas legales. En otras palabras, a la luz al menos de la doctrina constitucional no parece vislumbrarse la posibilidad de que vaya a poderse materializar una consulta sobre una cuestión que tanto importa a un parte nada despreciable de la sociedad catalana, ni siquiera la posibilidad de que ese deseo pueda expresarse a través de sus representantes legítimos.

⁵³ Cfr. FONDEVILA MARON, M., «Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la sentencia 42/2014, de 25 de marzo», *op. cit.*; CARRASCO DURAN, M., «Referéndum versus consulta», *op. cit.*, 2013.

⁵⁴ RUBIO LORENTE, F., «Principios y conveniencias», *La Vanguardia*, 18 de diciembre de 2013.

TITLE: The oscillating doctrine of the Constitutional Court on the definition of the public consultations by referendum. A critical review through four judgments.

RESUMEN: Con su Sentencia 31/2015, sobre la Ley catalana de consultas populares no referendarias y participación ciudadana, el Tribunal Constitucional completa un conjunto de pronunciamientos doctrinales sobre el referéndum que comprende, principalmente, otras tres relevantes Sentencias (la 103/2008, la 31/2010 y la 42/2014). En el presente artículo se examinan críticamente estas cuatro Resoluciones que, si bien contienen aspectos que expresan una doctrina dubitativa e incluso confusa, cierran por ahora la jurisprudencia básica para la delimitación del género consultas populares, el reparto competencial en la materia y, sobre todo, los criterios para la determinación de las materias que pueden ser objeto de consulta.

PALABRAS CLAVE: Consulta popular, consulta no referendaria, jurisprudencia, Tribunal constitucional.

ABSTRACT: With its Judgment 31/2015, on the Catalan Law on popular consultations and citizen participation, the Spanish Constitutional Court completes a set of doctrinal statements on the referendum comprising mainly three more relevant judgments (the 103/2008, the 31 / 2010 and 42/2014). This article discusses these four texts, although at times, express a hesitant and confused doctrine, they form the basic law for the definition of the genre popular consultations, the situation of regional powers in this area and finally criteria relating to restrictions on matters that can be consulted.

KEY WORDS: Consultations, consultations different to referendums, jurisprudence, Constitutional Court.

RECIBIDO: 30.04.2015

ACEPTADO: 22.05.2015

Notas

EL NUEVO ESTATUTO DEL GOBIERNO EN LA CONSTITUCIÓN MARROQUÍ DE 2011

Amina El Messaoudi

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. REPARTO DEL PODER EJECUTIVO 3. APARICIÓN DE LA FIGURA DEL JEFE DE GOBIERNO 4. REGULACIÓN INSTITUCIONAL 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Situado en el centro de la organización política, el gobierno en sus diferentes funciones (o, según la expresión de Montesquieu, poseedor o no del «poder ejecutivo»), es una institución a través de la que se observa la evolución de los regímenes constitucionales. ¿Acaso no hablaba BLONDEL de «la universalidad del hecho gubernamental»? (BLONDEL, 1985: 355-384). La naturaleza del régimen constitucional cambiaría así en función de la formación y las atribuciones de la institución ejecutiva.

El análisis de la dualidad del poder ejecutivo en Marruecos, con arreglo a las tres primeras constituciones (1962, 1970 y 1972), permite apreciar un desequilibrio en las relaciones entre las dos instituciones de un Ejecutivo bicéfalo (EL MESSAOUDI, A, 1998,583) Efectivamente, tanto el nombramiento del Gobierno como su disolución dependían únicamente de la voluntad del Rey (art. 24), y las competencias y las atribuciones de la institución gubernamental, pese a ser limitadas, dependían asimismo del ámbito de los poderes propios del jefe de Estado.

A partir de la cuarta Constitución (1992) y en respuesta a los memorandos de los partidos del bloque democrático, del 19 de junio y relativos a la refor-

ma constitucional, la institución gubernamental quedó parcialmente rehabilitada, especialmente gracias a su investidura por parte de la Cámara de Representantes (art. 59) y a la mejora del estatuto del primer ministro, quien propone al monarca la lista de los ministros para su nombramiento (art. 24) y se encarga de la coordinación de las actividades ministeriales (art. 64). También bajo la responsabilidad del primer ministro, el Gobierno garantiza la ejecución de las leyes y organiza la Administración (art. 60).

Manteniendo el acervo del texto fundamental de 1992, la Constitución de 1996 amplía su alcance en un marco renovado (el bicameralismo), aunque preserva, con ciertos matices, el *statu quo* del Ejecutivo bicéfalo.

A pesar de los avances registrados en las constituciones de 1992 y 1996, las prerrogativas del Ejecutivo marroquí todavía suscitaban el debate sobre la reforma constitucional, sobre todo con el advenimiento del nuevo Reino, un debate centrado esencialmente en la redistribución de los poderes ejecutivos entre el Rey y el Gobierno y en el que se aludía a las amplias prerrogativas que el artículo 19 de las constituciones anteriores confería a la institución monárquica¹. En otros términos, las atribuciones reales temporales y religiosas eran las que protagonizaban el debate sobre la reforma al comienzo del tercer milenio². De esta manera, tras el acceso al trono del rey Mohammed VI, el debate sobre la reforma constitucional no descartaba la demanda de rehabilitación de la institución gubernamental, e insistía de manera específica en el refuerzo de las prerrogativas del primer ministro. Este afianzamiento fue uno de los siete fundamentos principales del discurso real del 9 de marzo de 2011 con vistas a una reforma constitucional. El cuarto fundamento de éste, está dedicado a consolidar el principio de separación y de equilibrio entre poderes. De entrada, recalca que el gobierno emana de la mayoría parlamentaria y a continuación señala «el fortalecimiento de la figura del primer ministro como jefe de un poder ejecutivo eficaz, plenamente responsable del Gobierno y la Administración Pública, y de la dirección y la aplicación del programa gubernamental»³.

En ese mismo sentido, la reconsideración y el refuerzo de las atribuciones del Ejecutivo marroquí han seguido siendo la piedra angular de los memorandos de los agentes políticos recibidos por la Comisión consultiva para la reforma de la Constitución, creada el 10 de marzo de 2011⁴. De igual modo,

¹ Sobre el artículo 19 de la antigua Constitución, véase MENNOUNI (1984).

² Sobre las diferentes discusiones mantenidas acerca de la reforma constitucional en los partidos políticos del movimiento nacional, así como en el seno de determinadas asociaciones de la sociedad civil, véase El Messaoudi 2004: 9-26.

³ El discurso real del 9 de marzo de 2011 puede consultarse en www.maroc.ma.

⁴ Véanse los memorandos de los partidos políticos y los sindicatos recibidos por la Comisión consultiva para la reforma de la Constitución en: «La nueva Constitución del

el discurso del Rey de 17 de junio de 2011⁵, que presenta el proyecto de Constitución con vistas al referéndum del 1 de julio de 2011, destaca que el Título V de la nueva carta magna debe ser «la emergencia democrática del poder ejecutivo bajo la dirección del jefe de Gobierno».

En consecuencia, la nueva Constitución del 29 de julio de 2011⁶ implica de manera evidente un traspaso de responsabilidades desde un Gobierno otrora casi exclusivamente en manos del Rey a un Gobierno de apariencia parlamentaria (D. MAUSS, 2011, 71).

Por tanto, para comprender el nuevo estatuto del Gobierno, es necesario interesarse por el texto constitucional en sí mismo, que de hecho solamente puede entenderse en relación con la cadena de textos que lo precedieron; y asimismo adoptar para su análisis un enfoque global del texto fundamental, vigente desde el 29 de julio de 2011.

La nueva arquitectura del Ejecutivo que revela la lectura de los Títulos III y V de la Constitución de 2011, relativos respectivamente a «la realeza» y al «poder ejecutivo», permite detectar una innovación particular que hace referencia al nuevo estatuto de la institución gubernamental, estatuto que experimenta una renovación por medio de tres factores esenciales: el reparto del poder ejecutivo (I), la aparición de la figura del jefe de Gobierno (II) y la reglamentación institucional (III).

2. REPARTO DEL PODER EJECUTIVO

De la lectura de los artículos 47, 89, 91, 92, 104 y 172 de la Constitución de 2011 se desprende una nueva dualidad del Ejecutivo marroquí. Si en las constituciones anteriores esta dualidad se caracterizaba por un desequilibrio neto en detrimento del primer ministro (EL MESSAOUDI, A.; 1996: 131), el reparto del poder ejecutivo entre el Rey y el jefe de Gobierno en la Constitución de 2011 anuncia un desdoblamiento equilibrado.

La primera traducción del reparto del Ejecutivo se manifiesta en el proceso de formación del Gobierno. En primer lugar, la Constitución de 2011 modifica fundamentalmente las normas relativas al nombramiento del jefe de Gobierno, que deja de ser discrecional. Según el artículo 47, el Rey nombra un jefe de Gobierno del partido político que se impone en las elecciones a la

Reino (2011)». Publicaciones de la Revista marroquí de Administración Local y de Desarrollo (REMALD). Colección «Textos y documentos», n° 246. 2011. pp. 37-388 (en árabe).

⁵ El texto del discurso real del 17 de junio de 2011 puede consultarse en: www.maroc.ma.

⁶ Dahir n° 1-11-91 del 27 de chaabane 1432 (29 de julio de 2011) por el que se promulga el texto de la Constitución. B.O. n° 5964 bis del 30 de julio de 2011 (pp. 1902-1928).

Cámara de Representantes y teniendo en cuenta sus resultados. En adelante, el nombramiento del responsable del Gobierno depende de los resultados de las elecciones a la Cámara de Representantes, lo que supone una evolución profunda y considerable en el proceso de constitución del Gobierno. Recordemos, a este respecto, que el artículo 47 oficializa una práctica inaugurada por el rey Hassan II en 1998, cuando nombró primer ministro al primer secretario del Partido de la unión socialista de las fuerzas populares, formación que contó con respaldo del mayor número de votantes.

La segunda innovación del artículo 47 concierne a las modalidades de salida de los miembros del Gobierno, así como a la disolución del Ejecutivo en su totalidad. De esta manera, el jefe de Gobierno puede solicitar al Rey que ponga fin a las funciones de uno o de varios de los componentes (párrafo 4 del artículo 47), prerrogativa que por supuesto se añade a la facultad del jefe de Gobierno de proponer el nombramiento de los ministros, recogida por vez primera en el texto fundamental de 1992 (art. 24).

En este punto conviene realizar dos observaciones sobre los procedimientos previstos en el artículo 47 de la Constitución. La primera se refiere al párrafo 3 del mismo artículo, en virtud del cual el Rey puede tomar la iniciativa de cesar en sus funciones a uno o varios componentes del Gobierno, iniciativa que a partir de ahora, contrariamente al antiguo artículo 24, queda limitada por la necesidad de consultar al jefe de Gobierno, y que también requiere su ratificación, lo que implica una limitación *ipso facto* de la autonomía del monarca (MAUS, D.; 2012: 75).

La segunda observación se refiere al hecho de que la nueva Constitución no reproduce el antiguo artículo 60 (párrafo 1), según el cual «el Gobierno es responsable ante el Rey y ante el Parlamento», por lo que el Gobierno únicamente sería responsable ante la asamblea parlamentaria, tras el lógico nombramiento del jefe de Gobierno en vista de los resultados de las elecciones a la Cámara de Representantes. A esto se suma el cese de las funciones de los miembros del Gobierno, que se produce por vez primera tras la dimisión del jefe de Gobierno (art. 47, párrafo 6).

La formación del Gobierno, y en especial la elección de su jefe, depende por tanto, en primera y en última instancia, de la voluntad popular. El jefe de Gobierno debe proceder del partido vencedor de las elecciones a la Cámara de Representantes (art. 47) y la llegada al poder del Gobierno, queda sometida a la investidura de la primera Cámara del Parlamento, de conformidad con el artículo 88 de la Constitución.

Así pues, y contrariamente al texto constitucional anterior (artículos 60 y 74) (EL MESSAOURI, A.; VINTRO, J.; 2005: 119), la investidura del Gobierno está sujeta a la confianza expresada por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara de Representantes a favor del programa gubernamental, lo que implica que la capacidad jurídica del Ejecutivo para gobernar

proviene de esta investidura. En consecuencia, el mecanismo de llegada al poder del Gobierno marroquí se situaría en pie de igualdad con la creación de los gobiernos parlamentarios (MELLONI, 2012: 11).

Por otra parte, el reparto del poder ejecutivo se ilustra también con la creación del Consejo de Gobierno, que con anterioridad no gozaba de reconocimiento constitucional⁷. Este consejo, presidido por el jefe de Gobierno, delibera sobre una serie de competencias que no debe encubrir una retractación del ámbito de intervención del Consejo de Ministros presidido por el Rey (art. 49). De este modo, el Consejo de Ministros pierde, en beneficio del Consejo de Gobierno (art. 92), la facultad de examen de los decretos reglamentarios y de los decretos-ley, así como de todos los proyectos de ley, siendo esta última prerrogativa reemplazada por el derecho a deliberar solamente sobre los textos legislativos más importantes: leyes orgánicas, leyes marco, leyes de amnistía y orientaciones generales de la Ley de presupuestos (art. 49).

Esta reducción del ámbito de competencias del Consejo de Ministros va acompañada de un traspaso en beneficio del Consejo de Gobierno, toda vez que este último es el que delibera sobre «la política general del Estado» que anteriormente se deliberaba en el seno del Consejo de Ministros (art. 66 de la Constitución de 1996), órgano al que, de conformidad con la nueva carta magna, únicamente se insta a pronunciarse sobre «las orientaciones estratégicas de la política del Estado» (AZZOUZI y CABANIS, 2011: 180).

Por otra parte, además de deliberar sobre la política general del Estado, el Consejo de Gobierno delibera igualmente sobre las políticas públicas, las políticas sectoriales, el compromiso de responsabilidad del Gobierno ante la Cámara de Representantes, las cuestiones de actualidad relacionadas con los Derechos Humanos y el orden público, los proyectos de ley, como el proyecto de Ley de presupuestos, los decretos-ley, los proyectos de decretos reglamentarios, los proyectos y decretos concernientes a los artículos 65 (2º párrafo), 66 y 70 (3º párrafo) de la Constitución actual, los tratados y los convenios internacionales antes de su presentación ante el Consejo de Ministros y la designación de los secretarios generales y los directores generales de las administraciones públicas, los presidentes de las universidades, los decanos y los directores de escuelas e institutos superiores (art. 92).

El ejemplo más evidente del reparto del poder ejecutivo entre el Rey y el jefe de Gobierno tiene lugar en el ámbito del nombramiento de altos cargos. En este caso, corresponde al Rey la designación de los puestos relacionados con funciones estratégicas y de seguridad, especialmente los *walis* y gober-

⁷ Es importante recordar que, en los informes presentados ante la Comisión consultiva para la reforma de la Constitución, creada el 10 de marzo de 2011, la totalidad de los partidos políticos insistió en la constitucionalización del Consejo de Gobierno.

nadores, los embajadores, los responsables de las administraciones encargadas de la seguridad interior, así como los responsables de las empresas públicas estratégicas que dependen del Consejo de Ministros (art. 49), mientras que al Consejo de Gobierno se le confía el nombramiento de los secretarios generales y los directores generales de las administraciones públicas, los presidentes de las universidades, los decanos y los directores de centros universitarios (art. 92). Los nombramientos que dependen del Rey en Consejo de Ministros se efectúan, además, a propuesta del jefe de Gobierno y por iniciativa del ministro correspondiente (art. 49).

Este nuevo reparto del ámbito de nombramientos merece ser destacado aquí por varios motivos, sobre todo porque anteriormente la designación de los altos cargos resultaba ajena al primer ministro y era competencia exclusiva del Rey, tanto en materia civil como militar (art. 30 de la Constitución de 1996). La constitución actual solamente reserva al Rey el nombramiento de los cargos militares en su condición de jefe supremo de las Fuerzas Armadas Reales. El monarca puede delegar este derecho (artículo 53).

3. APARICIÓN DE LA FIGURA DEL JEFE DE GOBIERNO

En el discurso real del 9 de marzo de 2011 que anunció una reforma constitucional basada en siete fundamentos principales, se subrayaba en el cuarto fundamento «el fortalecimiento de la figura del primer ministro como jefe de un poder ejecutivo eficaz, plenamente responsable del Gobierno y la Administración Pública, y de la dirección y la aplicación del programa gubernamental».

Conviene señalar, ante todo, que el cambio de denominación del responsable del Gobierno (de «primer ministro» a «jefe de Gobierno») tiene una importancia particular en el ejercicio del poder ejecutivo por parte de dicho responsable. Recordemos en este mismo sentido la diferencia entre el estatuto del «presidente del Consejo» en los cuatro primeros gobiernos de Marruecos (1955-1958) y el del «primer ministro», instaurado a partir de la primera Constitución (1962), un cambio de denominación que tendría un impacto en la naturaleza de las atribuciones del responsable del Gobierno (EL MESSAOUDI, 2001: 47).

Por otra parte, también es importante recordar que el término «jefe de Gobierno» aparece en 42 ocasiones en la nueva carta magna, lo que remite innegablemente al nuevo poder ejecutivo concedido al responsable de la institución gubernamental. En efecto, las prerrogativas de este último se extienden a lo largo del texto constitucional, especialmente en sus relaciones con el Rey y con el Parlamento.

En sus relaciones con el monarca, es preciso señalar la aparición del principio de delegación. El Rey puede delegar en el jefe de Gobierno la presiden-

cia de un Consejo de Ministros con arreglo a un orden del día determinado (art. 48, párrafo 3), pudiendo ser solicitada la reunión de dicho órgano por el responsable de la institución gubernamental (art. 48, párrafo 2).

Igualmente, el Rey delega en el jefe de Gobierno la presidencia de una reunión del Consejo de Seguridad con arreglo a un orden del día determinado (art. 54, párrafo 2). El jefe de Gobierno forma parte de dicho consejo (art. 54, párrafo 3). En consecuencia y tras dicha delegación, el ámbito de la seguridad figura entre las áreas ejecutivas compartidas por el Rey y el jefe de Gobierno⁸.

Además, son numerosos los ámbitos compartidos por el Rey y el jefe de Gobierno, empezando por la ratificación de los *dahirs* reales por parte del jefe de Gobierno (art. 42) hasta la propuesta de este último de revisar la Constitución (artículos 172 y 173), derecho que no correspondía al primer ministro desde 1970, cuando el poder constituyente derivado residía únicamente en manos del Rey (art. 97 de la Constitución de 1970).

La aparición de la figura del jefe de Gobierno destaca asimismo en sus relaciones con el Parlamento. Así, y de conformidad con las disposiciones de los artículos 100 y 101 de la nueva Constitución, el jefe de Gobierno es llamado a responder mensualmente ante una o las dos cámaras del Parlamento sobre cuestiones de política general (art. 100, párrafo 3) según las modalidades previstas en el artículo 101, párrafo 1.

Por otra parte, el nuevo poder detentado por el jefe de Gobierno con respecto al Parlamento consiste especialmente en la potestad del aquel de disolver la Cámara de Representantes, poder que por supuesto no existía antes de la Constitución de 2011. Así pues, las disposiciones del artículo 104 tienen como objetivo reequilibrar los poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo: *«el jefe de Gobierno puede disolver la Cámara de Representantes, por decreto aprobado en Consejo de Ministros, previa consulta con el Rey, el presidente de esta Cámara y el presidente del Tribunal Constitucional. El jefe de Gobierno realizará ante la Cámara de Representantes una declaración centrada especialmente en las razones y los objetivos de esa decisión»*.

4. REGULACIÓN INSTITUCIONAL

Para el correcto funcionamiento de la nueva arquitectura del Ejecutivo marroquí y con el fin de poner de manifiesto el nuevo estatuto del Gobierno, el texto constituyente no olvida regular, más allá del estatuto, las condiciones de trabajo de las instituciones que ejercen el poder ejecutivo.

⁸ Ver para más detalles sobre las prerrogativas reales en la constitución 2011: EL MESSAOUDI, A., «De la Monarquía El Título III de la Constitución » In *La Constitution marocaine. Commentaires*, Editorial Sapere Aude, 2013, 95.

De esta manera, las atribuciones del Rey en tanto que jefe del Estado se ejercen, de conformidad con el artículo 42, en virtud de los poderes que le han sido expresamente otorgados por la Constitución. A esta precisión, ausente en los textos constitucionales precedentes, se añade la supresión de cualquier referencia a la sacralidad del Rey que figuraba en las cartas magnas anteriores (art. 23), limitándose las disposiciones del nuevo artículo 46 a estipular que «*la persona del Rey es inviolable y se le debe respeto*»⁹.

En cuanto al Gobierno, la reglamentación de su trabajo aparece por primera vez en la historia constitucional marroquí (EL MESSAOUDI, A; 2007, 11) con el nuevo artículo 87, que dispone que «*una ley orgánica define, en particular, las normas relativas a la organización y a la dirección de las tareas del Gobierno y al estatuto de sus miembros. Asimismo, determina los casos de incompatibilidad con la función gubernamental, las normas relativas a la limitación de la acumulación de funciones, así como las que rigen el despacho de asuntos corrientes por parte del gobierno a cuyas funciones se haya puesto fin*».

La nueva ley orgánica del Gobierno, en trámite de publicación en el momento de redactarse estas líneas, es una respuesta al silencio constitucional sobre cuestiones pertinentes, silencio que ha engendrado múltiples debates en la escena política y académica marroquí, a saber, las atribuciones del Gobierno para despachar los asuntos corrientes, el estatuto de las diferentes categorías ministeriales, las incompatibilidades totales de los miembros del Gobierno, etc.¹⁰.

La duración del gobierno que despacha los asuntos corrientes está precisada en el artículo 47 de la nueva Constitución, donde se recoge que el gobierno cuya dimisión haya sido aceptada seguirá despachando los asuntos corrientes hasta la formación de un nuevo Ejecutivo. Esta formalidad pretende evitar el vacío gubernamental y jurídico que ocasionaría un Gobierno saliente.

Una segunda ley orgánica prevista por el artículo 49 hace referencia al nombramiento de los cargos superiores en aplicación de las disposiciones de los artículos 49 y 92 de la Constitución. Dicha ley orgánica, publicada con el número 02-12, fija por vez primera en su artículo 4 los principios y criterios de nombramiento de los cargos superiores¹¹. En consecuencia, y en aplica-

⁹ A título comparativo, el artículo 13 de la Constitución danesa establece que «el Rey tiene inmunidad; su personalidad es inviolable y sagrada»; por su parte, la Constitución belga del 17 de febrero de 1994 también observa, en su artículo 88, que la persona del Rey es inviolable.

¹⁰ Para ampliar esta información, véase EL MESSAOUDI A. 2007: 6-20.

¹¹ Véase el Dahir n° 1-12-20 del 27 de chaabane de 1433 (17 de julio de 2012) por el que se promulga la Ley Orgánica n° 02-12 relativa al nombramiento de los cargos supe-

ción de las disposiciones del artículo 92 de la Constitución, se establecen tres grandes principios para el nombramiento de los altos cargos. Se trata de principios relativos a la igualdad de oportunidades, a la no discriminación y a la paridad entre mujeres y hombres.

En cuanto a los criterios de nombramiento, se trata ante todo de beneficiarse de sus derechos políticos y civiles; de disponer de un elevado nivel de educación y de la cualificación exigible; ser conocido por su integridad y su probidad y contar con experiencia profesional en las administraciones del Estado, en entes territoriales, en establecimientos o empresas públicos, o bien en el sector privado tanto dentro como fuera del país¹².

Por otra parte, junto a las dos leyes orgánicas citadas anteriormente, la reglamentación de la institución gubernamental también se distingue por otras disposiciones constitucionales, que para algunos instauran la nueva jerarquía entre el jefe de Gobierno y los miembros de este. Jerarquía que se comprende, en primer lugar, a través de la facultad del primero de proponer la entrada y salida de cargos ministeriales (art. 47), a través de la petición que aquel realiza a estos para cumplir sus misiones (art. 93), pero sobre todo mediante el impacto que supone la dimisión del jefe de Gobierno, y que por vez primera conlleva el cese de las funciones del conjunto de su gabinete (art. 47, párrafo 6). Esta nueva jerarquía consagrada constitucionalmente permite la posibilidad de que el jefe de Gobierno ejerza un verdadero magisterio a través de su poder de decisión y de conciliación entre los componentes de su equipo gubernamental.

Siempre en términos de reglamentación del Gobierno, y comparando el nuevo texto constitucional con la antigua carta fundamental donde las prerrogativas de los ministros figuraban simplemente como atribuciones condicionales, a saber, la ratificación de los actos reglamentarios del primer ministro si ellos se encargaban de su ejecución (art. 63) y el ejercicio de determinados poderes del primer ministro si les eran delegados por este último (art. 64), la Constitución de 2011 procura dedicar a los ministros, además de los artículos anteriores, una nueva disposición que pone de manifiesto la responsabilidad de los titulares de carteras en el sector a su cargo y en la puesta en práctica de la política del Gobierno (art. 93). Por otra parte, este mismo artículo destaca el papel de los ministros en la realización de las misiones que les son confia-

rios en aplicación de las disposiciones de los artículos 49 y 92 de la Constitución en el Boletín Oficial n° 6070 del 13 de ramadan de 1433 (2 de agosto de 2012), pp. 2487-2489.

¹² Véase el Decreto n° 2-12-412 del 24 de kaada de 1433 (11 de octubre de 2012) adoptado para la aplicación de los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica n° 02-12 relativa al procedimiento de nombramiento de los altos cargos cuya designación es objeto de deliberación en el Consejo de Gobierno, en el Boletín Oficial n° 6092 del 2 de hijja de 1433 (18 de octubre de 2012), pp. 2695-2699.

das por el jefe de Gobierno, siendo el Consejo de Gobierno la instancia a la que deben rendir cuentas.

En segundo lugar, la innovación del artículo 93 concierne a su párrafo 3, que presenta por vez primera la categoría de los «secretarios de Estado» como una categoría distinta de la de los otros miembros del Gobierno. Según el artículo 93, los ministros pueden efectivamente delegar una parte de sus atribuciones a los secretarios de Estado. Esta nueva jerarquía establecida constitucionalmente entre las dos categorías de los miembros del Gobierno (ministros y secretarios de Estado) también se desprende de la lectura del artículo 87 de la Constitución, que establece que «*el Gobierno está compuesto por el jefe de Gobierno y los ministros, y asimismo puede incluir a los secretarios de Estado*», mientras que según el antiguo artículo 59 la composición del Gobierno se limitaba a la categoría única de los «ministros», estando formado el Gobierno por el primer ministro y el resto de ministros (art. 59 de la Constitución de 1996).

Sin embargo, la principal innovación que afecta a la reglamentación del estatuto de los miembros del Gobierno consiste en la nueva incompatibilidad de la función ministerial con la de miembro del Parlamento, instaurada por el artículo 14 de la Ley Orgánica 27.11 relativa a la elección de los miembros de la Cámara de Representantes, que establece que «*el mandato de un miembro de la Cámara de Representantes es incompatible con la condición de miembro del Gobierno*»¹³. Así, y tras la entrada en vigor de esta incompatibilidad, todos los miembros del Gobierno tendrán el mismo estatuto sin diferencia alguna, y los ministros «parlamentarios» privilegiados en relación con sus colegas, por la inmunidad prevista por la Constitución en su artículo 64, ya no tendrán cabida en la institución gubernamental.

Asimismo, y de manera más general, esta misma incompatibilidad acarreará la reserva del derecho de voto en el seno de la asamblea legislativa solamente a los parlamentarios. Esta nueva reglamentación del estatuto de los miembros del Gobierno se inscribe claramente en el principio de separación de poderes estipulado por el artículo primero de la Constitución.

Una última y novedosa reglamentación gubernamental consiste en el nuevo enjuiciamiento de la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno, establecida por el nuevo artículo 94, según el cual la responsabilidad penal de los componentes del Ejecutivo no se juzgará, como indicaba el antiguo texto constitucional, ante el Tribunal Supremo (art. 89). La nueva Constitución dispone que «*los miembros del Gobierno son penalmente responsables ante las jurisdicciones del Reino por los crímenes y delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones*» (art. 94).

¹³ Véase la Ley Orgánica n° 27-11 relativa a la Cámara de Representantes, en el Boletín Oficial n° 5992 del 3 de noviembre de 2011, pp. 2346-2360.

Para concluir, el nuevo estatuto del Gobierno no podría entenderse separadamente de la nueva arquitectura constitucional en la que por vez primera se precisan las nuevas funciones de los partidos políticos (art. 7) y de la oposición parlamentaria (art. 10), en la que asimismo se mencionan desde el preámbulo de la Constitución los principios de Estado de Derecho, de democracia participativa y de rendición de cuentas, y donde por primera vez se dedica un segundo título entero a las libertades y derechos fundamentales, compuesto por 22 artículos (19-40) y se añade un principio que tiene un efecto indudable en el estatuto del Gobierno, a saber, «la correlación entre la responsabilidad y la rendición de cuentas». En este mismo sentido, un término realiza una entrada espectacular en su estreno en el nuevo texto constitucional. Se trata en este caso del término «buena gobernanza», que aparece en doce ocasiones en la Constitución de 2011. El preámbulo lo menciona inicialmente como uno de los fundamentos de las instituciones de un Estado moderno, y el artículo 1 lo presenta como uno de los fundamentos del nuevo régimen constitucional¹⁴.

Finalmente, parece que del epígrafe «Poder ejecutivo» del Título V de la nueva Constitución marroquí se desprenden un refuerzo y una afirmación de poder gubernamental, especialmente en lo tocante a las atribuciones del jefe de Gobierno, que serán puestas de relieve por la ley orgánica prevista en el artículo 87. No obstante, son los partidos políticos quienes deben aceptar el desafío en relación con los modos de funcionamiento del nuevo estatuto de Gobierno que acaba de implantarse.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AZZOUZI, A., CABANIS, A., *Le néo-constitutionnalisme marocain à l'épreuve du printemps arabe*, L'Harmattan, CMIESI, 2011.
- BOUTIN, C., «La place du Souverain dans la nouvelle constitution du Royaume» In *La constitution marocaine de 2011, Lectures croisées*, REMALD Collection Thèmes actuels, 77, 2012, pp. 41-62.
- EL MESSAOUDI, A., « L'équilibre entre les pouvoirs dans les six constitutions marocaines » In *cinquante ans de vie constitutionnelle au Maroc, Quel bilan ? Publications de l'Association Marocaine de droit Constitutionnel*, El Maârif El Jadida, 2013, pp. 13-35.

¹⁴ La noción de buena gobernanza se recoge en el duodécimo título de la Constitución, en primer lugar con los principios de buena gobernanza a los que el texto constituyente dedica siete artículos (156-160), seguidamente con las instancias encargadas de la protección y la promoción de los derechos humanos, de la buena gobernanza y del desarrollo humano y sostenible, y de la democracia participativa (161-171).

- EL MESSAOUDI, A., «Réflexions sur l'équilibre institutionnel dans la nouvelle constitution marocaine», *Annuaire de l'Afrique du Nord*, CNRS, Paris, 1996, Tome XXXV, pp. 583-591.
- EL MESSAOUDI, A., «La dualité de l'exécutif au Maroc, Lecture constitutionnelle» In *Etudes de Droit Constitutionnel*, Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, Centre d'Etudes et de Recherches Economiques et sociales, Tunis, (1999), pp. 131-143.
- EL MESSAOUDI, A., *Les ministres dans le système politique marocain*, Najah El Jadida, Casablanca, Maroc, 2001 (en arabe).
- EL MESSAOUDI, A., Alternance et réformes constitutionnelles In Omar Bendourou, Abdelmoughit Tredano et Mohamed Hamoudi, *Alternance et Transition démocratique*, Collection Droit Public collaboration de Konrad Adenauer, 2001 pp. 129-139.
- EL MESSAOUDI, A., «les limites du travail gouvernemental» In *Démocratie et transformations sociales au Maroc*, Publications Faculté des lettres et des sciences humaines, Rabat, Série conférences et séminaires, N°. 86, 2001, pp. 125-135 (en arabe).
- EL MESSAOUDI, A., «Réforme constitutionnelle. Vrai faux débat ? Cahiers Bleus», *Fondation Abderrahim Bouabid-Fondation Frederich Ebert*, 2004, n° 1, septembre, pp. 9-22.
- EL MESSAOUDI, A., y VINTRÓ, J., «El proceso de formación del gobierno: prerrogativas reales y régimen parlamentario (1962-2002)», en EL MESSAOUDI, A., y VINTRÓ, J. (coord.), *Elecciones, partidos políticos y gobierno en Marruecos*, Ed; Tarrant Lo Blanch, (2005), pp. 119-145.
- EL MESSAOUDI, A., «Régulation juridique du gouvernement et transition démocratique au Maroc», *Prologues*, N°. 37, 2007, hiver, pp. 6-20.
- EL MESSAOUDI, A., «L'équilibre entre les pouvoirs dans les six constitutions marocaines (1962-2011)» In *Cinquante ans de vie constitutionnelle au Maroc. Quel bilan?* Publications de l'Association marocaine de droit constitutionnel, El Maârif Al Jadida, 2013, pp: 13-34 (en arabe).
- MAUS, D., «L'exécutif dans la constitution marocaine de 2011» In *la constitution marocaine de 2011. Analyses et commentaires* Dir. Centre d'Etudes Internationales, LGDJ, 2012, pp. 71-84.
- EL MESSAOUDI, A., «De la Royauté» In TEROL BECERRA, J. M., *La Constitution marocaine. Commentaires*, Editorial Sapere Aude, 2013, pp. 95-107.
- ROUVILLOIS, F., «Réflexions sur la Monarchie démocratique à la marocaine» In *La constitution marocaine de 2011. Lectures croisées*. REMALD Collection Thèmes actuels, 77, 2012, pp. 63-79.
- ROUSSET, M., «L'interprétation des pouvoirs du Roi dans la nouvelle constitution» In *La constitution marocaine de 2011. Analyses et commentaires*, Dir. Centre d'Etudes internationales. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 2012, pp. 47-70.
- SAAF, A., Une nouvelle constitution au Maroc : Sortie de monarchie exécutive, Article publié sur le site du Nouvel observateur du 06-07-2011.
- TEROL BECERRA, J. M., *La Constitution marocaine. Commentaires*, Editorial Sapere Aude, 2013.

TITLE: The new statute of the government in the Moroccan Constitution of 2011.

RESUMEN: Una de las novedades más destacadas de la nueva arquitectura político-constitucional en Marruecos conformemente a la constitución 2011, es el nuevo estatuto del gobierno. En el presente artículo se analiza la nueva regulación de la institución gubernamental en la Constitución de 2011, regulación que lleva a la constitucionalización de reglas parlamentarias, tanto en lo que concierne la formación del gobierno como en lo que se refiere a sus competencias y atribuciones.

El objetivo sería, primero, evaluar el alcance de la autonomía político-constitucional de este nuevo modelo del gobierno y mostrar luego, a través de la comparación con los textos constitucionales anteriores, su impacto sobre la democratización del régimen político marroquí.

PALABRAS CLAVE: Marruecos, Nueva constitución, Gobierno, Jefe del Gobierno, Repartición, Poder ejecutivo, regulación institucional.

ABSTRACT: One of the innovations most distinguished from the new political-constitutional architecture in Morocco in accordance with the constitution 2011, is the new statute of the government. In the present article it is analyzed the new regulation of the governmental institution in the Constitution of 2011, regulation that takes the constitutionalization of parliamentary rules, so much in what the formation of the government concerns as regarding its competitions and attributions.

The aim would be, first, to evaluate the scope of the political-constitutional autonomy of this new model of the government and to show then, through the comparison with the previous constitutional texts, its impact on the democratization of the political Moroccan regime.

KEY WORDS: Morocco, New constitution, Government, Head of State, Distribution, executive Power, institutional regulation.

RECIBIDO: 26.12.2014

ACEPTADO: 29.05.2015

¿LA DEMOCRACIA LÍQUIDA COMO ALTERNATIVA A LA POLÍTICA CLÁSICA? UN ESTUDIO CONTEXTUAL

Gabriele Vestri

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN. 2. LA CUESTIÓN DEMOCRÁTICA. 3. LA DEMOCRACIA LÍQUIDA. 3.1. *La sociedad del conocimiento.* 3.2. *El posible cuerpo electoral.* 3.3. *La delegación del voto.* 3.4. *El Parlamento virtual.* 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL.

*«Si hubiera un pueblo de Dioses,
se gobernaría Democráticamente»*

Jean-Jacques Rousseau, El contrato social
Libro III, Capítulo IV

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El Siglo XXI, en materia de democracia y debido a la actual crisis económica y de sistema, se caracteriza por el replanteamiento de la participación política de los ciudadanos. Es conocido que la participación política emana de conceptos más clásicos como el de democracia representativa, directa y participativa y aunque en los últimos años se están asomando nuevos criterios de participación, por ejemplo la democracia líquida objeto de este estudio, no podemos desconocer a priori las ideas básicas de participación democrática.

Debemos entonces, aunque brevemente, plantear una posible categorización de indicando tres arquetipos de democracia y entonces de participación:

a) la *democracia directa*, b) la *democracia representativa*, c) la *democracia participativa*.

En términos generales y en palabras de Giovanni Sartori, «la democracia que debemos comprender es la democracia política destinada a reducir las múltiples voluntades de millones de personas a una jefatura única» ya que «la democracia política es aquella que opera en las peores condiciones posibles y no hay que pretender de una democracia a gran escala lo mismo que se puede esperar de una democracia en pequeña escala»¹.

También es cierto que una parte de la doctrina dogmatiza que el prototipo de democracia representativa y el de democracia directa con el tiempo han aprendido a coexistir aunque en la perspectiva del Prof. Donati, «la democracia directa parece englobarse en la representativa con lo cual queda aun más importante entender el concepto de democracia participativa como tercer grupo fundamental»².

En esta línea, Pitkin decía que la cuestión de la representación radica en saber por qué los gobernantes, equipados con tales poderes, habrían de actuar en beneficio del interés de otros, de los ciudadanos, o al menos de cierta mayoría de ellos. Esto es lo que queremos significar con representación: actuar de acuerdo con los mejores intereses del público³

En este sentido, la percepción de la democracia representativa parece identificarse con la consolidación de la idea de Estado-Nación del Siglo XIX, instalada por la revolución industrial y aceptada por la revolución burguesa. Sin embargo hoy día este tipo de democracia, que todavía sigue vigente, se encuentra frente a nuevos desafíos y pasa inevitablemente por dificultades que abren camino a la noción de democracia participativa. En primer lugar, si como es cierto la democracia representativa es el signo distintivo del Estado-Nación, nos encontramos frente al débil alcance de este tipo de «*demos*». Actualmente, asuntos que tienen origen fuera de los confines nacionales logran interés y tienen repercusiones en las sociedades nacionales (problemas medioambientales, conflictos, flujos de capitales etc.). Esto nos llevaría entonces a replantearnos el fenómeno de la mundialización y su sistema de gobierno, es decir, lo que los analistas, politólogos y juristas reconocen como la democracia cosmopolita con la constitución entonces de un poder demo-

¹ SARTORI, G. *¿Qué es la democracia?* Madrid, Tarus, 2012, pág. 14.

² Vid. DONATI, D. *Partecipazione come categoria. Identità e rappresentanza. Ruolo e contraddizioni delle nuove forme associative* en VALASTRO, A. *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un método di governo*. Napoli: Jovene Editore, 2010, pág. 154.

³ PITKIN, Hanna F. *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.

crático mundial⁴. Si esto fuera viable, se debería circunscribir la labor de los poderes nacionales, tema muy complicado de cara a las peticiones nacionalistas y federalistas dentro de los territorios nacionales. En esta línea podría entonces generarse un desequilibrio entre los límites internos (descentralización del poder) y los límites de naturaleza externa (por ejemplo: las organizaciones internacionales).

Por otro lado, la democracia representativa deberá lidiar con su debilidad acerca del tema de la participación ciudadana. Es por eso que en el Siglo XXI, el concepto histórico de democracia representativa se advierte superado a favor de un sistema participativo de los ciudadanos.

Avala esta teoría la misma estructura del actual sistema democrático. En España la participación ciudadana se reduce al voto cada cuatro años, no existe una verdadera continuidad en la relación entre el poder político y los electores. Tras las elecciones las instituciones creadas quedan aisladas de la ciudadanía y de sus intereses. Los poderes de las instituciones políticas se instauran a través de partidos políticos que en algunas ocasiones limitan la representación de sus electores. Finalmente, la democracia representativa, con el tiempo, ha creado «políticos con cargos» y con voluntad de permanencia, poco perceptivos del sentir ciudadano⁵.

A la luz de diferentes experiencias podemos afirmar que la democracia participativa supone la información, consulta, control e incluso decisión de la comunidad sobre aspectos de las políticas públicas. Lo importante es el fondo de la propuesta que consiste en la influencia real de la sociedad civil sobre la sociedad política.

Hoy en día entonces la pérdida de confianza, la repulsión hacia una clase política corrupta y distante, ha generado en la ciudadanía la necesidad de auto organización para enfrentarse a las complicaciones sociales y económicas de la vida cotidiana.

Si por un lado el sujeto destinatario de la democracia sigue siendo el mismo, es decir, el ciudadano, por el otro parece cambiar la herramienta de ejercicio de esta libertad constitucionalmente garantizada. A esto se suma la desconexión de lo meramente político para redescubrir lo comunitario, a lo que una parte de la doctrina ha llamado la «teoría del nos». Conforme a esta lectura se alinea Jean-Luc Nancy que identifica al pueblo de una nación como

⁴ En este sentido entre otros Vid. GANUZA FERNÁNDEZ, E., ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, C. *Ciudadanía y democracias: los presupuestos participativos* en GANUZA FERNÁNDEZ, E., ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, C (Coords.) *Democracia y presupuestos participativos*. Barcelona: Icaria, 2003, págs. 16 y ss.

⁵ En materia de conexiones políticas Vid. BLANCO VALDÉS R.L., *Las conexiones políticas*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

lo que se ocupa ahí, trabaja ahí, vive ahí⁶. Es indudable en esta línea que la unidad del Pueblo se solidariza para combatir contra una clase política minoritaria y que ya no representa las exigencias de sus votantes.

Es nuestra obligación entonces, aunque brevemente, posicionarnos sobre la cuestión democrática no solamente asumiendo los criterios generales que la identifican sino, más bien, examinando la relación entre el concepto de democracia formal y los más modernos sistemas que pasan a través de la democracia participativa y se concretan con procesos tecnológicos hasta hace poco tiempo desconocidos. La democracia líquida, un concepto derivado de la teoría de la modernidad líquida acuñada por Zygmunt Bauman es por lo tanto una de las consecuencias de una democracia participativa aplicada a casos determinados⁷.

No debemos olvidar que junto a la democracia líquida se conocen supuestos como los presupuestos participativos, las reuniones asamblearias de barrios, los *towns meetings*, que crean y realizan la democracia participativa, identificándola, a veces, como único escudo de lucha contra la política clásica.

Al centro de estas nuevas posturas están los ciudadanos que demandan una relación más directa con la política clásica, intentando favorecer una *new policy* basada en las comunicaciones virtuales, las redes sociales y más en general, en internet y en sus potencialidades presentes y futuras.

El mismo NORBERTO BOBBIO, aunque no haciendo referencia a la red digital, en el año 1985 entendió que la democracias directa y representativa ya no eran suficientes y de hecho indicó que «el proceso de ampliación de la democracia en la sociedad contemporánea no se presenta solamente a través de la integración de la democracia representativa con la democracia directa, sino también, y sobre todo, mediante la extensión de la democratización, entendida como institución y ejercicio de procedimientos que permiten la participación de los interesados en las deliberaciones de un cuerpo colectivo, en cuerpos diferentes de los políticos»⁸.

Aunque tomaremos en cuenta el actual caso español y cuestiones concretas del sistema italiano (tras la presencia del *Movimiento 5 Stelle* y su nueva forma de hacer política), muchas de las consideraciones pueden encontrar aplicación en cualquier país que se esté replanteando la manera de reconstruir la democracia.

⁶ Vid. NANCY, J.L., «*La verdad de la democracia*», Amorroutu Editores, Buenos Aires-Madrid, 2009, pág. 98.

⁷ BAUMAN, Z., «*Modernidad Líquida*», Fondo de Cultura Económica, USA, 2003.

⁸ BOBBIO, N., «*Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*», Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pág. 218.

2. LA CUESTIÓN DEMOCRÁTICA

Disertando sobre la diferencia entre democracia liberal y popular, los autores Ulrich Rödel, Günter Frankenberg y Helmut Dubiel nos indican que en ambos casos se intenta lograr los mismos objetivos, es decir, la soberanía popular y la autodeterminación aunque, con estrategias diferentes. En el caso de la democracia liberal, a través del sufragio universal, el sistema representativo, la distribución de la riqueza y la primacía de los derechos individuales; mientras que en la democracia popular, mediante el monopolio del poder del Partido, la unidad de la clase trabajadora y del pueblo⁹.

En la base del discurso está la persona, el individuo que identifica el verdadero núcleo en torno al cual circulan los principios fundamentales de libertad e igualdad que se deberían concretizar en la participación en la esfera pública que en palabras de Luigi Ferrajoli, «‘Esfera pública», es el lugar de la política que se refiere a los intereses de todos, en oposición a la ‘esfera privada’, que se refiere al interés de los individuos y por tanto es el lugar privilegiado de la economía»¹⁰.

Sin embargo, presentando la cuestión democrática, tenemos la obligación de avisar sobre las amenazas a las democracias más consolidadas por parte de un sistema financiero global al servicio del capitalismo. El fenómeno no es nuevo. Las disputas ideológicas sobre el futuro de la idea socialista que surgió con las grandes revoluciones y reformas del siglo XX parecen no inquietar a los partidos políticos de izquierda, teóricamente más cercanos al socialismo popular. Con excepción de algunas corrientes, como los representantes del viejo proletariado del siglo XX, los socialistas actuales, diseminados alrededor de los diversos partidos comunistas, socialistas y socialdemócratas del mundo, escasamente han avanzado en esta discusión. Hoy en día se presenta por lo visto una vez más este problema.

Latinoamérica, que no es ajena a esta situación, debe también enfrentarse a una posible coalición con los partidos políticos que se reconocen en la designada «ola rosa». Países como Venezuela, Ecuador, Bolivia, Uruguay se sitúan al margen de los partidos históricamente socialistas y también de aquellos comunistas. Esto parece generar un «tripolarismo» donde las luchas políticas entre las derechas, las izquierdas y la «ola rosa» necesitan una fuerte base democrática y, *por ende*, una enérgica y dinámica realización demo-

⁹ RÖDEL, U., FRANKENBERG, G. y DUBIEL, H., «*La cuestión democrática*», Huerga y Fierro Editores, Madrid, 1997, pág. 35.

¹⁰ FERRAJOLI, L., «*De la carta de Derechos a la formación de una esfera pública europea*», en CARBONELL, M., SALAZAR, P. (editores), «*La constitucionalización de Europa*», Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, pág. 79.

crítica frente a los ciudadanos que reconocen en la falta de justicia social el verdadero problema.

En este sentido los partidos políticos, sobre todo los de la izquierda europea, tienen por delante un desafiante reto: el replanteamiento de la cuestión democrática a través de la igualdad. El razonamiento debe tomar su punto de partida en la comprensión de que la igualdad no es sinónimo de derecho a la igualdad. En su significado político y legal asumimos que la igualdad puede ser formal (porque una ley lo dice), puede ser frente a la ley (para que nos juzguen sin hacer distinción con respecto a nuestras circunstancias personales), pero los ciudadanos exigen una igualdad real que no puede identificarse con el hecho de que todos y todas tengamos lo mismo. La percepción de la igualdad, entonces, tiene características de correspondencia y proporción es decir cada persona hace su propio camino y en consecuencia de él obtiene lo que le corresponde o el que más desea. El derecho a la igualdad es el verdadero pilar para la reconstrucción de la cuestión democrática. Los partidos políticos deben revitalizar la lucha para que el derecho a la igualdad se identifique con el reconocimiento de la paridad de las condiciones de partida. Es esto lo que sin lugar a dudas demandan los ciudadanos europeos. La corrupción política, el nepotismo, los privilegios y el avance de los que siguen beneficiándose de la actual crisis económica europea (y mundial) representa el desencadenante de las protestas. No se trata entonces simplemente de exigir un cambio político sino más bien de clamar un cambio en la manera de hacer política. Los ciudadanos demandan tomar las riendas de la política utilizando sistemas más modernos que ya no cuenten (directamente) con el sistema político clásico y con ello, lograr el propósito de construir un sistema democrático participativo e informado.

Sólo los partidos políticos que entiendan este diferente sistema de hacer política podrán enfrentarse, en los años venideros, a las exigencias ciudadanas. La flexibilidad de las relaciones entre partidos políticos para el bien de un país resultarán indispensables. Los partidos políticos que sigan aferrados a meras lógicas de poder, tarde o temprano, estarán constreñidos al olvido¹¹.

¹¹ Ha sido el caso, por ejemplo, del Partido Comunista Italiano en los años ochenta y del siguiente Partido de la «Rifondazione Comunista» en los años noventa así como, más recientemente el caso de «Alleanza Nazionale» de Gianfranco Fini. En el primer caso, después del rapto y homicidio del Presidente de la Democracia Cristiana, Aldo Moro, se rompe forzosamente el famoso «Compromiso histórico» entre este último y el Secretario del Partido Comunista Italiano ENRICO BERLINGUER. A partir de este momento y debido a la imposibilidad de encontrar un acuerdo entre el Secretario del PCI y el Secretario del Partido Socialista Italiano (PSI) BETTINO CRAXI, el comunismo italiano inicia su parábola descendente. En ambos casos no se trata solamente de diferencias políticas sino más bien de establecer las prioridades del país. Los dos partidos siguen anclados a los ideales históricos que los identifican perdiendo de hecho el contacto con las exigencias de los ciuda-

Sin embargo, la clase política actual no parece darse cuenta de la importancia de reformar drásticamente la política clásica y es por eso que en casos (todavía) puntuales los ciudadanos dejan de identificarse con un partido político a favor de nuevos Movimientos que cada vez más surgen en respuesta a la descompuesta y fragmentaria política de partido y que no se reconocen en una idea política circunscripta¹².

3. LA DEMOCRACIA LÍQUIDA

En el contexto descrito es una labor esencial plantear los posibles instrumentos a través de los cuales posibilitar un histórico cambio en la manera de hacer política para reconstruir la cuestión democrática. Es cierto que la sociedad civil demanda condiciones más participativas y deliberativas en el mundo institucional y social; la idea es promover políticas deliberativas que lleven a la comunidad a tomar decisiones¹³.

La consideración de estos temas debe ser constructivamente crítico.

Al más general concepto de democracia participativa y «que tiene entre sus efectos la desconexión entre gobernantes y gobernados, la ruptura del vínculo representativo entre representados y representantes y el distanciamiento del ciudadano de la vida pública»¹⁴, se suma el que se conoce como «democracia líquida» cuya participación se despliega a través de las nuevas tecnologías y más en concreto mediante internet.

En los diferentes portales internet que tratan la idea de democracia líquida, no se encuentra una definición unívoca de esta nueva y posible experiencia. A lo largo de este trabajo indicaremos los elementos que caracterizan la democracia líquida pero creemos interesante intentar definir el concepto de

danos. En el segundo caso, el Partido de la «Rifondazione Comunista» empieza a desaparecer cuando su Secretario FAUSTO BERTINOTTI en el año 1998 quita la confianza al precario gobierno de la Izquierda Democrática representado por Romano Prodi. Una vez más las lógicas de la política clásica prevalecen sobre el bien del país. El Gobierno Prodi dimite y Rifondazione Comunista sale a tiempo indefinido del escenario político italiano. El último caso vio una verdadera lucha de poder entre Gianfranco Fini, Presidente de ALLEANZA NAZIONALE y en aquel entonces Presidente de la Cámara de Diputados y el Presidente del Gobierno SILVIO BERLUSCONI. El poder para prevalecer sobre el otro acabó con Gianfranco Fini cuya consecuencia fue la desaparición de su Partido político.

¹² Es el caso del italiano *Movimiento 5 Stelle* del que tendremos ocasión de hablar más detenidamente.

¹³ En este sentido, Vid. CARDENAS GARCÍA, J., «Democracia interna en los partidos y democracia participativa».[En línea].

www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/.../ens8.pdf, pág. 151.

¹⁴ RAMIREZ NÁRDIZ, A., «La participación como respuesta a la crisis de la representación: el rol de la democracia participativa» en *Revista de Derecho Político*, núm. 90 mayo-agosto 2014, pág. 196.

democracia líquida que finalmente es el resultado de las características que analizaremos. La democracia líquida es la suma de la democracia directa y participativa que se desarrolla a través de nuevas tecnologías que logran superar el límite representativo al que la ciudadanía le tiene rechazo y que identifican con la actual clase política.

En este sentido entonces podemos decir que las dos figuras pueden ser compatibles y complementarias es decir la democracia participativa-directa engloba la democracia líquida como herramienta técnica para construir una política participativa.

Según el portal web «democracialiquida.org», se trata de que a cada ciudadano se le reconozca la posibilidad de votar las decisiones y realizar propuestas, mediante su voto o cediéndolo a un representante para aquellas decisiones en las que prefiere no participar. En una democracia líquida, los ciudadanos que desean implicarse en la vida política, pueden hacerlo, y los que optan para no involucrarse, pueden acudir a representantes. Así mismo, cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos puede crear un representante virtual, que publicará su intención de voto en nombre del partido político o corriente de opinión a la que representa»¹⁵.

Los pilares de la democracia líquida son entonces fundamentalmente dos: la delegación del voto y la construcción de un Parlamento Virtual. Si embargo estos dos elementos no pueden tener aplicación si previamente no identificamos el escenario en que deberían impulsarse.

La preocupación no reside en la utilización de internet para participar en la política de un país –los avances tecnológicos son imparables y más temprano que tarde el Parlamento virtual si no será una realidad, por lo menos será una posibilidad concreta– más bien se levantan algunas inquietudes sobre quién y cómo se gestionarán, filtrarán y utilizarán las informaciones que almacenadas en la sociedad de la información se catapultan en la sociedad del conocimiento.

De hecho, muchos logros, avances y actividades del hombre presentan una doble cara, una buena y la otra mala, y el conocimiento, resultado de los avances científicos y tecnológicos, quizás con más claridad que ningún otro, presenta esa doble faceta¹⁶.

En este mismo sentido, la sociedad de la información y la del conocimiento resultan ser dos vertientes fundamentales que aunque compartiendo elementos comunes, se caracterizan por ser autónomas no pudiendo entonces asumir que la posible democracia líquida se desenvuelva indistintamente en una de las dos vertientes. En nuestra opinión, para que la democracia líquida obtenga algún tipo de resultado es necesaria una sociedad del conocimiento

¹⁵ En este sentido Vid. portada principal de www.democracialiquida.org.

¹⁶ En este sentido Vid. MATEO, J.L., «Sociedad del conocimiento», *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Vol. CLXXXII núm. 718 marzo-abril, Madrid, 2006, pág. 147.

libre de servilismo. Los únicos que podrán conseguir esta independencia serán los ciudadanos que crítica y selectivamente se apropien de la información y la utilicen para participar activamente en la construcción primeramente de una idea política individual y después de una política democrática. Se trata de identificar una verdadera sociedad civil global de la información como conjunto de la sociedad del conocimiento y la sociedad del saber¹⁷.

Tenemos que entender la sociedad de la información como un gran contenedor donde gracias a las nuevas tecnologías se acumulan grandes cantidades de informaciones que rápidamente se difunden llegando a la comunidad social. La labor de este tipo de sociedad termina cuando la noticia llega a su destinatario y es en este momento que debe intervenir la sociedad del conocimiento para filtrar las informaciones y convertirlas en herramientas democráticas de participación.

3.1. *La sociedad del conocimiento*

El conocimiento es entonces elemento fundamental para que los ciudadanos puedan expresar su voto. Esta obviedad es cierta en la política clásica y si cabe lo es aún más en la democracia líquida. En este último caso el desafío es mayor puesto que las nuevas tecnologías e internet sí son de alcance general pero atañen una población particularmente específica.

Dentro de este marco y para construir un sistema de información completamente abierto, acrítico, la democracia líquida deberá enfrentarse, entre otros, al problema del «sistema de recomendación». En este momento la red identifica las preferencias del usuario (en relación a sus búsquedas) y propone temas parecidos de los cuales el internauta se convierte en destinatario privilegiado. Esta situación arriesga la libre construcción de la idea política y social del receptor. El sociólogo alemán Ulrick Beck en un libro del lejano 1986, apuntaba que estábamos en camino hacia una nueva modernidad donde el eje que organiza nuestras sociedades no es tanto la distribución de bienes sino más bien la distribución de males, es decir la distribución del riesgo. Beck llama a este estado de cosas «sociedad del riesgo»¹⁸. Es cierto que vivir en este tipo de sociedad puede conllevar una paulatina presencia de decisiones arriesgadas dentro de la conducta individual como la acción de imputar responsabilidades a ciertos agentes sociales no políticos¹⁹.

¹⁷ En este sentido Vid. CELA, J., «Sociedad del conocimiento y sociedad global de la información: Implantación y desarrollo en España», *Documentación de las Ciencias de la Información*, España, Vol. 28, 2005, pág. 151.

¹⁸ BECK, U., «*Risk Society: Towards a New Modernity*», Londres, 1986.

¹⁹ Vid. LÓPEZ CEREZO, J., «Gobernabilidad en la sociedad del conocimiento», *Eidos Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, núm. 6, mayo, Colombia, 2007, pág. 128.

Sin embargo, hoy en día parece insostenible una vuelta atrás, dicho de otra forma tenemos que convivir con esta situación intentando marcar líneas guías decididas para que la sociedad del (riesgo) conocimiento no se convierta, aún más, en la sociedad del anacronismo y la equivocación.

Directamente relacionado con este último tema es el pensamiento de una parte de la doctrina que de manera tajante relata sobre la diferencia que hay entre el conocimiento y el saber. De hecho, la sociedad globalizada encuentra en la sociedad del conocimiento un valioso aliado pero no podemos afirmar lo mismo para la sociedad del saber. Esta última es una etapa más avanzada de la sociedad del conocimiento puesto que «el saber forma parte de lo más humano de los seres humanos, es parte de lo más humanizado de todos nosotros, es una característica de la humanidad más humana, de su naturaleza más íntima, de su constitución más basal. El saber puede definir a la persona, el conocimiento menos. El saber es la trascendencia del conocimiento»²⁰.

A esta altura entonces podemos sí afirmar que la democracia líquida deberá moverse en la sociedad del saber como una más ambiciosa sociedad del conocimiento.

A nivel práctico la utilización de las nuevas tecnologías, en particular internet, sigue siendo, en esta materia, una prioridad. Según los datos de ComScore, en su último Informe «**Spain Digital Future in Focus 2013**», el total de internautas españoles se eleva a 17 millones de usuarios diarios (incremento del 9% con respecto al año 2011)²¹. Es en este tipo de entorno que entonces se ha desarrollado la sociedad del conocimiento y a medio plazo la democracia líquida.

3.2. *El posible cuerpo electoral*

La Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación y EGM divide la población española en siete franjas de edad. El mayor porcentaje de utilizadores de internet tiene una edad comprendida entre los 25 y los 44 años. Se registra un leve aumento, en el último año, de usuarios de edad comprendidas entre los 45 y los 54 años de edad. Llamen la atención los todavía bajos porcentajes de usuarios de 20 a 24 años, de 55 a 64 años y más de 65 años. Aparte, interviene el caso de las personas que tienen una edad comprendida entre los 14 y los 19 años. Actualmente, las personas de entre 14 y 17 años, es decir la mayoría de la franja considerada, no representan parte del

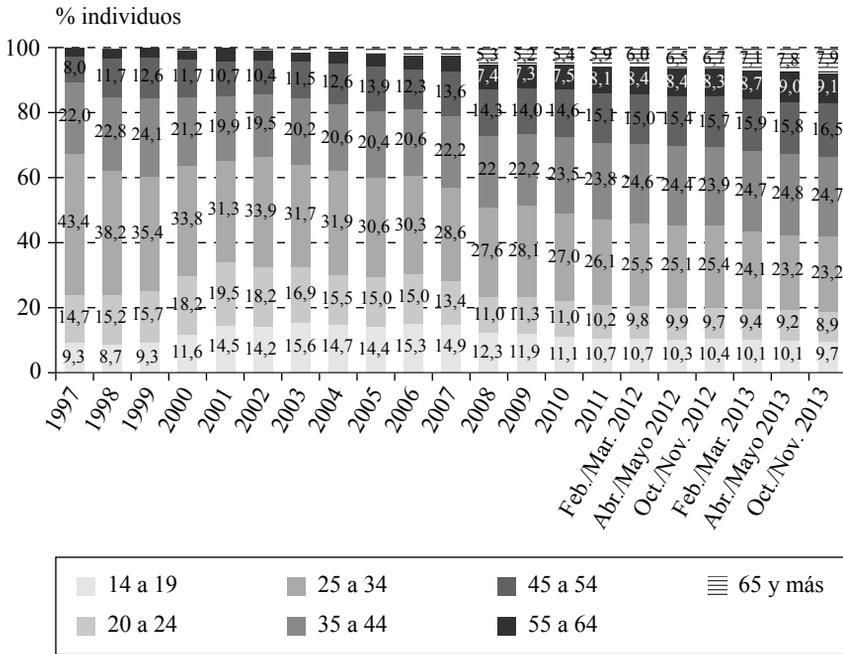
²⁰ LARA GONZÁLEZ, J. D., «Sociedad del conocimiento en medio de una sociedad del desconocimiento», *Nómadas Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 32 núm. 4, España, 2011, págs. 221-253.

²¹ Vid. <http://www.digital-nature.com/uploads/documentos/2013-Spain-Digital-Future-in-Focus.pdf>

[Fecha de consulta 9 de diciembre de 2013].

cuerpo electoral con lo cual en este momento quedan excluidos de la «participación líquida». No sobra recordar que para ejercer el voto en España es necesario tener cumplidos los dieciocho años. Por otro lado, es interesante destacar que las personas mayores (55-65 años) hacen una utilización de internet drásticamente reducida con respecto a otras franjas de edad.

Figura 1. Evolución Internet en España



Fuente: EGM 2013. www.aime.es.

Estos, que podrían parecer meros (y elementales) datos estadísticos, resultan substanciales para nuestra investigación. Es interesante verificar cual podría ser el cuerpo electoral ventajoso para la democracia líquida.

El Instituto de Estadística Español otorga una proyección de población con derecho al voto (2006-2020) dividida por edades²². Si asumimos como

²² La presente estadística incluye dos escenarios: el primero considera el derecho al voto a partir de los 18 años, el segundo a partir de los 16 años.

referencia el año 2014, España cuenta con 33.017.972 personas con derecho al voto²³. El número mayor se ubica en la franja de edad comprendida entre los 30 y los 64 años (20.489.586) reflejando, con pocos ajustes al alza, la trayectoria de los usuarios de internet.

Figura 2. Evolución de la población española con derecho a voto, por grupos de edad, 2006-2020

Año	Menores de 30 años		30-64 años	65 o más años
	Escenario B	Escenario A		
2006	6.592.671	7.435.680	19.639.350	7.281.226
2007	6.334.687	7.164.727	19.906.570	7.244.159
2008	6.093.070	6.907.053	20.125.355	7.234.547
2009	5.856.842	6.666.164	20.273.922	7.278.662
2010	5.647.767	6.443.537	20.386.007	7.320.508
2011	5.463.859	6.226.775	20.454.036	7.380.058
2012	5.294.431	6.036.860	20.518.263	7.408.132
2013	5.135.970	5.870.632	20.539.230	7.448.216
2014	5.003.177	5.737.702	20.489.586	7.525.209
2015	4.884.565	5.617.506	20.447.918	7.572.992
2016	4.789.008	5.526.997	20.407.557	7.596.613
2017	4.706.654	5.468.704	20.341.888	7.624.339
2018	4.648.568	5.429.503	20.233.554	7.677.689
2019	4.612.869	5.401.896	20.117.645	7.727.782
2020	4.587.027	5.391.447	20.001.319	7.771.193
Variación 2008-2020				
Cifras absolutas	-1.506.043	-1.515.606	-124.036	536.646
Porcentaje	-24,7	-21,9	-0,6	7,4

Fuente: Instituto de Estadística Nacional de España.

²³ Considerando los 18 años como edad para votar.

A propósito entonces del posible «cuerpo electoral» necesario para llevar a cabo el programa de la democracia líquida cabe destacar que a la luz de la interpretación de los diferentes datos (fundamentalmente: usuarios diarios de internet y proyección del cuerpo electoral), resulta que el número de personas que diariamente utiliza internet (17 millones) independientemente de la edad representa poco más que la mitad del cuerpo electoral del año 2014 (33 millones). Dicho de otra forma, parece que la población útil a la democracia líquida resulta ser exactamente la mitad de la que puede ejercer el voto.

A eso se suma el gran reto de sensibilizar las franjas de edades más jóvenes y las mayores para que no utilicen internet como mera herramienta social (en el caso de los jóvenes) o de información específica (en el caso de los mayores) sino más bien como nueva forma de hacer política.

Al mismo tiempo entendemos que la idea de la democracia líquida es descaminar, de alguna manera, conceptos clásicos como elector, cuerpo electoral etc., pero no podemos olvidar que para que una decisión se lleve a cabo es necesario un camino político que debe pasar por la soberanía popular. A pesar entonces de cómo se tomará la decisión (las nuevas tecnologías representan un punto de fuerza), resulta esencial establecer quién podrá tomar la decisión. Por eso, la expresión «cuerpo electoral» puede ser substituida con, por ejemplo, «censo ciudadano» (término aparentemente menos anclado a la política clásica) pero a nivel axiológico sigue identificando los que pueden ejercer legalmente su participación política activa que desemboque, esto sí, en una toma de decisión.

3.3. *La delegación del voto*

Los partidarios de la democracia líquida identifican la delegación del voto (y la delegación del voto digital) como uno de los puntos cardinales de la política democrática digital. Técnicamente se trata de confiar el voto a un representante experto por cada materia de actuación. Se asiste entonces a una modalidad que en sus características jurídicas y generales identifica un mandatario que cumple con instrucciones²⁴. Esta técnica no menoscaba la participación directa es decir, el ciudadano recurrirá a la delegación sólo en los casos que no tiene interés o competencia para expresarse conscientemente sobre un tema concreto. Este sistema además incluye la «delegación transitiva» donde el nombrado representante puede delegar a otros representantes estableciéndose así verdaderas cadenas de confianza que canalizan los votos²⁵.

²⁴ Vid. SARTORI, G., «*Elementi di teoria politica*», Il Mulino, Italia, 1989, pág. 142.

²⁵ Vid. http://www.democracialiquida.org/sect/es_ES/4003/Delegaci%C3%B3n+de+Voto.html

A nivel constitucional, esta práctica no tiene el mismo fundamento que perciben los seguidores de la democracia líquida; mientras que sí, encuentra un reconocimiento jurídico más directo en el derecho privado o en el derecho societario. Es el caso, por ejemplo, de la propiedad horizontal cuando un condómino delega otra persona para que vote en su lugar, así como cuando se alcanza la delegación durante una asamblea de accionistas con derecho de asistencia que podrán conferir la representación a un tercero para que ejerza el voto.

Como se apuntaba, la Constitución Española de 1978 y la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (L.O. 5/1985 de 19 de junio) no reconocen la posibilidad de delegar el voto (entendemos una delegación directa cuando el titular del derecho de sufragio cede su voto a un tercero). Es cierto que el art. 23.1 de la Constitución Española utiliza la palabra representante pero su significado, notoriamente, hace referencia a la elección de los que, elegidos mediante sufragio universal, representarán los ciudadanos en el Parlamento. Al estado actual, entonces, en la construcción de una nueva forma de hacer política pública participativa, la delegación del voto no encuentra ningún respaldo legal (y constitucional).

Desde una perspectiva puramente jurídica, entendemos que a una materia tan importante como la de la participación política de un país, siempre debe corresponder un dato legal que legitime las acciones consecuentes. En este sentido, la delegación del voto parece una práctica utópica, no irrealizable, pero ilusoria puesto que debería plantearse la reforma de la Constitución y la aprobación de un procedimiento que transforme drásticamente uno de los más importantes derechos fundamentales.

Tras esto, cabe señalar que quizá la delegación del voto esconde la necesidad de asumir que los ciudadanos deben tomar las decisiones que les afectan, directamente sin las aportaciones, concretas o presuntas, de los representantes políticos que se quedan sometidos a las lógicas de partido.

3.4. *El Parlamento virtual*

El segundo pilar de la democracia líquida (junto con la delegación del voto) es la creación de un Parlamento virtual que deberá reemplazar el Parlamento tradicional. En realidad, la creación de este tipo de institución virtual resulta más compleja de lo que parece y de hecho, se trata solamente de la última fase de este traspaso entre un organismo clásico a favor de uno que representa la era 2.0.

En este sentido, El Parlamento Virtual consentirá, siempre según la visión de los partidarios de la democracia líquida, que cada ciudadano ocupe su

[Fecha de consulta 10 de diciembre de 2013].

escaño y pueda votar, realizar propuestas o delegar su voto en los representantes que elija (por eso la importancia de la delegación del voto) a través de las nuevas tecnologías²⁶.

A tal propósito y para garantizar la identidad del ciudadano y comprobar la legalidad de su voto, se utilizará el documento de identidad electrónico que entre otras opciones, incorporará funciones criptográficas de identificación y firma digital²⁷.

Lo que resulta evidentemente significativo es investigar sobre la realización del traspaso de poder entre el Parlamento actual y el Parlamento virtual. La respuesta por los partidarios de la democracia líquida es la creación del Partido de Internet. Se trata de un partido sin ideología política. Un partido que sirve como trámite entre los ciudadanos inscritos y el Parlamento virtual. En el material difundido por los creadores del Parlamento virtual, se puede analizar la naturaleza de este proyecto que ya se encuentra en una fase avanzada: «nuestro partido propone ser ese caballo de Troya, que jugará al juego democrático actual, para cambiarlo desde dentro. Si, a través de nuestros escaños, podemos llevar a las cámaras lo que opina la gente en Internet, habremos implementado una Democracia Líquida dentro del sistema actual con la intención de crecer y que, finalmente, los partidos sean meros movimientos de opinión en el propio sistema de votación por Internet. En ese momento habremos cambiado el sistema. Por lo tanto se trata de un partido político herramienta, sin ideología propia. La afiliación es gratuita y se financia a base de donaciones voluntarias. Las cuentas son públicas y las listas para las elecciones abiertas. Al reflejar la opinión de todos los que voten a través de Internet, no tenemos una tendencia política establecida, y esto puede ser la llave para acabar con el bipartidismo»²⁸.

Técnicamente, «el sistema planteado no votará en masa. Los diputados de PDI en las cámaras de representación votarán proporcionalmente lo que se haya votado en Internet»²⁹. Con esta práctica, la idea es la de reflejar fielmente las decisiones tomadas mediante internet en el nuevo Parlamento.

Sin embargo la creación de un Parlamento virtual, actualmente debe enfrentarse a la rigidez constitucional española en materia parlamentaria.

²⁶ En la relación internet, Parlamento y participación política, Vid. LEIVA, L. «Internet, participación política y parlamento», *Politikós: estudios políticos e internacionales*, núm. 1, 2003, págs. 85-96.

²⁷ Señalamos que en España ya existe y se entrega a los ciudadanos el Documento Nacional de Identidad Electrónico (DNle).

²⁸ Vid. http://partidodeinternet.es/wp-content/uploads/2012/11/apuntes_para_el_ponente.pdf

[Fecha de consulta 10 de diciembre de 2013].

²⁹ Es decir, p.ej., si un 20% votará que SÍ, un 30% votará que NO y hubiera un 50% de votos en blanco en unas votaciones dadas, y el PDI tuviera 10 escaños, entonces 2 de ellos votarían que SÍ, 3 que NO y 5 se abstendrían.

La principal preocupación reside en el art. 66.2 y 70 de la Constitución Española. En el primer caso: «Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución».

Al estado actual, el Parlamento ejerce una función de control sobre el gobierno es decir, el Parlamento se convierte en la institución en la cual se critica o se apoya el Ejecutivo influyendo en las decisiones de los gobiernos que se repercuten en los ciudadanos. En esta línea, el Parlamento virtual resulta ser una buena herramienta para tomar las decisiones pero al mismo tiempo falta el seguimiento necesario a través del cual los ciudadanos/representantes que ocupen un escaño digital en el Parlamento virtual puedan ejercer la función de control que en su vertiente clásica sirve para la construcción de la democracia.

A esta cuestión se suman las causas de inelegibilidad propuestas en el art. 70 de la Constitución Española. Si por un lado el constituyente español previó unas causas legales de inelegibilidad (a través de la Ley electoral, por ejemplo), por el otro, es necesario que el Partido de Internet indique tajantemente cuando un ciudadano queda excluido de la posibilidad de ser nombrado representante y entonces ocupar el escaño digital.

De hecho, en el formulario de afiliación al Partido de Internet (teóricamente un afiliado puede ser nombrado representante), se solicitan datos comunes (nombre, apellidos, sexo, nacionalidad, dirección etc.) y una copia del Documento de Identidad, no se hace referencia, por ejemplo, al estatus judicial de la persona³⁰.

4. CONCLUSIONES

Nadie puede objetar que la sociedad española, como la de otros países europeos (y mundiales), está sufriendo una fragmentación entre la política y las exigencias sociales de sus ciudadanos. La distancia, en términos de contenidos, es cada vez mayor: si España sigue las líneas guías introducidas por la Unión Europea actuando según fuertes políticas de austeridad, los ciudadanos que se empobrecen cada vez más demandan cambios contundentes. Este empobrecimiento no es solamente económico sino más bien se reconoce en la pérdida de derechos principalmente sociales dificultando entonces la (re)construcción del estado de bienestar.

La democracia líquida plantea una nueva forma de gestión de los intereses públicos.

³⁰ Vid. http://www.democracialiquida.org/sect/es_ES/20000/Afiliaci%C3%B3n.html [Fecha de consulta 10 de diciembre de 2013].

Sin embargo, la democracia líquida, en el actual sistema, no parece ser suficientemente madura para reemplazar la manera más clásica (y reprobada) de hacer política y tomar las decisiones. Al mismo tiempo caben destacar las profundas potencialidades que este tipo de participación política puede ofrecer.

Las críticas (que esperan ser constructivas) de este trabajo han de verse en perspectiva futura, es decir, como elemento de debate para mejorar un sistema de democracia que puede tener algún logro.

Pese a que la democracia líquida podrá ofrecer resultados en un futuro próximo, no podemos olvidar la responsabilidad de la actual política. Principalmente, la clase política actual (de derecha y de izquierda) debe asumir el gran fracaso de su gestión más aún en la situación económica que España está viviendo. Los recortes y la política de austeridad afectan al estado social y de bienestar cuando, por lo contrario, en situaciones de emergencia no deberían verse perjudicados sino totalmente amparados.

Los partidarios de la democracia líquida asumen elementos claros para acabar con este tipo de política, en particular identifican la delegación del voto y la construcción de un Parlamento virtual como dos herramientas prioritarias. En este sentido y sin ánimo de profundizar, vale la pena realizar algunas consideraciones.

Es necesario (re)plantearse la construcción de la cuestión democrática. El individuo como persona debe retomar su papel principal. Para hacer esto es responsabilidad de los actuales partidos políticos volver a hacer «trabajo de campo» con sus electores. Actualmente los partidos políticos han perdido su relación con los votantes. Sólo durante las campañas electorales los representantes políticos se reúnen con los electores. En primer lugar, este acercamiento resulta necesario puesto que los partidos políticos siguen siendo fundamentales para la construcción de la cuestión democrática. En segundo lugar es esencial restablecer la confianza entre el elector y los partidos políticos.

No parece tan clara la posición de la democracia líquida sobre quienes son los destinatarios de sus ideas. Resulta demasiado utópico pensar que este tipo de democracia representa a todos. La preocupación, finalmente, no es solamente relativa a la posible construcción de un Parlamento «diferente» (virtual), sino más bien a cómo se tomarán las grandes decisiones sociales si los que representan el Partido de Internet (con el voto delegado), tienen ideas políticas diametralmente opuestas. No debe engañar el hecho de que el Partido de Internet se declare apolítico. Este partido estará compuesto por personas que tienen su idea. Tampoco podemos aceptar que el representante del Parlamento virtual sea un mero «apoderado» de las ideas de otros. En términos teóricos, también los actuales parlamentarios son los «apoderados» de los electores (de una determinada parte política). Esto sí, los partidarios de la democracia líquida establecen que los representantes se elijan directamente.

Es probablemente en este punto donde ésta corriente democrática puede lograr mayores resultados. Al mismo tiempo, la respuesta de la política clásica podría ser que existen las Primarias para la elección de los representantes políticos. Si por un lado esto es cierto, por el otro preocupa la posición que puede asumir el político, dentro de su partido y en el Parlamento. De hecho, la Constitución española prevé, en su art. 67.2 la prohibición del mandato imperativo del partido político hacia el candidato electo. La problemática se produce cuando los partidos, en ejercicio de la denominada disciplina de partidos, deciden expulsar a quien ya ostenta un cargo o representación política en el momento en que el político rompe con la disciplina de su partido político a través del cual accedió al cargo.

Si el candidato representa el «apoderado» de los ciudadanos que lo han elegido a través de las Primarias, será necesario revistar el dictado constitucional en este apartado.

La creación de un Parlamento virtual y entonces la desaparición, paulatina, del Parlamento ordinario parece ser un llamamiento populista. Las funciones constitucionales del Parlamento son tantas e importantes pero quizás, la más elemental es la de representar la democracia de un país donde las diferentes partes políticas se enfrentan para que se adopten las mejores decisiones de política interna y de política internacional. El Parlamento virtual no parece identificar estos tipos de características.

Finalmente, la utilización de las plataformas digitales para la instauración de nuevas formas de democracia, resulta, en el estado actual, una realidad imprescindible que debe ser considerada por todo su potencial. En este sentido, es útil avanzar en este sistema para establecer opiniones comunes que respondiendo a necesidades ciudadanas se eleven a las instituciones correspondientes. Dicho de otra forma, las herramientas de la democracia líquida tendrían que seguir el camino de la democracia participativa que utiliza internet y la era 2.0 como instrumento para dar voz a los ciudadanos. Esta voz, como ha sido mencionado, deberá ser llevada a las instituciones que tendrán la obligación de acatar la soberanía popular y actuar según las indicaciones populares.

5. BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL

- BAUMAN, Z., «*Modernidad Líquida*», Fondo de Cultura Económica USA, 2003
BECK, U., «*Risk Society: Towards a New Modernity*», Londres, 1986
BLANCO VALDÉS, R.L., «*Las conexiones políticas*». Madrid: Alianza Editorial, 2001
BOBBIO, N., «*Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*», Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989
CELA, J., «*Sociedad del conocimiento y sociedad global de la información: Implantación y desarrollo en España*», *Documentación de las Ciencias de la Información*, Vol. 28, 2005

- DONATI, D., *Partecipazione come categoria. Identità e rappresentanza. Ruolo e tradizioni delle nuove forme associative* en Valastro A. *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un método di governo*. Napoli: Jovene Editore, 2010
- FERRAJOLI, L., «De la carta de Derechos a la formación de una esfera pública europea», en CARBONELL, M., SALAZAR, P. (editores), *«La constitucionalización de Europa»*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004
- GANUZA FÉRNANDEZ, E., ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, C., «Ciudadanía y democracias: los presupuestos participativos», en GANUZA FERNÁNDEZ, E., ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, C (Coords.), *Democracia y presupuestos participativos*, Barcelona, Icaria, 2003
- LARA GONZÁLEZ, J.D., «Sociedad del conocimiento en medio de una sociedad del desconocimiento», *Nómaditas Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, España, Vol. 32 núm. 4, 2011
- LEIVA, L. «Internet, participación política y parlamento», *Politikós: estudios políticos e internacionales*, núm. 1, 2003
- LÓPEZ CEREZO, J., «Gobernabilidad en la sociedad del conocimiento», *Eidos Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, núm. 6, mayo, Colombia, 2007
- MATEO, J.L., «Sociedad del conocimiento», *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura*, Vol. CLXXXII núm. 718 marzo-abril, Madrid, 2006
- NANCY, J.L., *«La verdad de la democracia»*, Amorroutu Editores, Buenos Aires-Madrid, 2009
- PITKIN, Hanna F., *The Concept of Representation*. Berkeley: University of California Press
- RÁMIREZ NÁRDIZ, A., «La participación como respuesta a la crisis de la representación: el rol de la democracia participativa», *Revista de Derecho Político* núm. 90 mayo-agosto 2014
- RÖDEL, U., FRANKENBERG, G. y DUBIEL, H., *«La cuestión democrática»*, Huerga y Fierro Editores, Madrid, 1997
- SARTORI, G., *«Elementi di teoría política»*, Il Mulino, Italia, 1989
- *¿Qué es la democracia?* Madrid, Tarus, 2012

BIBLIOGRAFÍA EN LÍNEA

- CARDENAS GARCÍA, Jaime, «Democracia interna en los partidos y democracia participativa», <www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/.../ens8.pdf> [Fecha de consulta 11 de marzo de 2014]
- Spain Digital Future*, <<http://www.digital-nature.com/uploads/documentos/2013-Spain-Digital-Future-in-Focus.pdf>> [Fecha de consulta 9 de abril de 2014]
- Democracia Líquida*, <http://www.democracialiquida.org/sect/es_ES/4003/Delegaci%C3%B3n+de+Voto.html> [Fecha de consulta 10 de abril de 2014]

Partido de Internet, <http://partidodeinternet.es/wpcontent/uploads/2012/11/apuntes_para_el_ponente.pdf>

[Fecha de consulta 10 de septiembre de 2014]

Afiliación Partido de Internet, <http://www.democracialiquida.org/sect/es_ES/20000/Afiliaci%C3%B3n.html>

[Fecha de consulta 10 de septiembre de 2014]

TITLE: Liquid democracy, an alternative to classical politics? A contextual study.

RESUMEN: Desde hace tiempo se habla de la (re)construcción de la cuestión democrática mediante la utilización de sistemas de democracia participativa. La democracia líquida se sirve de la tecnología y de internet para intentar construir una nueva manera de entender la política ciudadana. La delegación del voto y la instauración del Parlamento virtual representan dos de los elementos para llevar a cabo los criterios de la democracia líquida. Este trabajo, abordando el estado de la sociedad del conocimiento, que es donde se desenvuelve la democracia líquida, intenta analizar una realidad que aún no plenamente madura puede tener la capacidad de revisar novedosamente el concepto de política participativa.

PALABRAS CLAVE: democracia líquida, parlamento virtual, delegación del voto, cuestión democrática, participación.

ABSTRACT: Re-constructing the issue of democracy using participatory democracy systems, has been discussed for a while. Liquid Democracy uses technology and Internet to try to build a new way to understand public policies. The proxy voting and the establishment of a virtual parliament, represent two elements to carry out the criteria of liquid democracy. This work, addressing the state of the society of knowledge where democracy turns liquid, try to analyze a reality that even with it's immature condition, may have the ability to innovatively review the concept of participatory politics.

KEY WORDS: liquid democracy, virtual parliament, proxy voting, democratic issue, participation.

RECIBIDO: 15.11.2014

ACEPTADO: 29.05.2015

EL ARTÍCULO 41 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA VISIÓN CRÍTICA

Susana Viñuales Ferreiro

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN. 2. 1. *Antecedentes de la buena administración en el Derecho positivo.* 2.2. *El reconocimiento a través de la jurisprudencia del principio de buena administración y de los derechos que lo componen.* 2.3. *La proclamación de la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: repercusiones.* 2. 4. *Un derecho fundamental sin contenido específico cuya relevancia se sitúa en los derechos públicos subjetivos que lo integran.* 3. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en su Capítulo V –relativo a la «ciudadanía» el derecho a una buena administración (art. 41). De este modo, se introduce en el ordenamiento jurídico europeo, con la categoría de derecho fundamental, un nuevo derecho que hasta entonces solo había tenido un reconocimiento –parcial– en el campo jurisprudencial.

Como sabemos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000 conjuntamente por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión¹.

¹ Previamente había sido aprobada separadamente por cada una de las Instituciones: el Consejo por unanimidad, en el Consejo «informal» de Biarritz celebrado los días 13 y

Sin embargo, la pretensión del Parlamento Europeo de que la Carta pasara a formar parte de los Tratados fue rechazada por el Reino Unido, Irlanda, Holanda, Dinamarca, Finlandia y Suecia.

Posteriormente, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa incluyó la Carta como Parte II del mismo pero desgraciadamente, los esfuerzos de la Convención no llegaron a consolidarse. Así pues, tras el intento fallido de que la que Carta pasara a formar parte del texto de los Tratados², el Tratado de Lisboa vino a solucionar la cuestión. La Carta se mantiene actualmente en un texto independiente³ pero es dotada de valor jurídico vinculante en virtud de lo dispuesto en el art. 6.1 del TUE, que establece:

«La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»

Como indica DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, la Carta no es propiamente parte del Derecho primario pero adquiere el estatus de tal⁴.

Así, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se pone fin a la incertidumbre latente en la doctrina durante los pasados años, deseosa de que la cuestión relativa al valor jurídico de la Carta se resolviera positivamente. Hoy contamos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea con una declaración de derechos fundamentales a la que se ha atribuido el mismo valor jurídico que los Tratados⁵.

Ahora bien, más allá de los efectos que sobre la construcción política de la Unión Europea implique contar con tal declaración de derechos fundamentales, lo que pretendemos destacar en este estudio es que la Carta recoge en

14 de octubre de 2000, el Parlamento el 14 de noviembre de 2000 y la Comisión Europea también por unanimidad el 6 de diciembre de 2000. El texto fue publicado en el DOCE C 364 de 18.12.2000.

² La pretensión del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, era incluir la Carta como Parte II del mismo, pero como sabemos, los esfuerzos de la Convención no llegaron a consolidarse.

³ La Carta queda incorporada el Derecho originario por remisión en virtud de la Declaración 1 aneja al Acta final del Tratado de Lisboa.

⁴ DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos generales», en BENEYTO PÉREZ, J.M. (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 208.

⁵ La Carta fue de nuevo proclamada en Estrasburgo por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión el 12 de diciembre de 2007, en un texto que incluía las modificaciones en sus disposiciones finales producidas como consecuencia de su adaptación al Tratado Constitucional, DO C nº 303, de 14 de diciembre de 2007.

su art. 41 un derecho de nuevo cuño⁶ que, a diferencia de otros derechos que ya se habían dejado entrever en los Tratados u otros textos de derecho originario, es la primera vez que se recoge de forma expresa en un texto escrito⁷.

En las líneas que siguen trataremos de abordar las características de este nuevo derecho así como las repercusiones que su proclamación como derecho fundamental pueda tener de cara a su protección por los Tribunales de la Unión Europea.

2. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

2.1. *Antecedentes de la buena administración en el Derecho positivo*

Como decimos, no es hasta su proclamación en el art. 41 de la Carta⁸, cuando el derecho a una buena administración se incluye en un listado de derechos «fundamentales».

⁶ La idea del derecho a una buena administración había sido apuntada en una proposición finlandesa pero fue el Ombudsman Europeo quien a comienzos del año 2000, detectada la necesidad de regular la materia, propuso a la Convención encargada de elaborar la Carta la incorporación de una disposición específica sobre el derecho a una buena administración. Para un estudio global sobre el Defensor del Pueblo Europeo, véase, MELLADO PRADO, P., «El Defensor del Pueblo Europeo, Quince años después», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, págs. 191 a 227.

⁷ Hay que señalar que la redacción inicial del texto del art. 41 fue objeto de diversas modificaciones pero éstas no pasaron de ser adaptaciones de carácter técnico al contexto del Tratado constitucional primero, y al Tratado de Lisboa después, sin afectar a la configuración esencial del derecho a una buena administración, GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «El derecho a una buena administración», en MANGAS MARTIN, A., *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, págs. 666 y 667.

⁸ El art. 41 de la Carta dispone: «1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;

b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.»

Con anterioridad son también muy escasas las referencias al mismo en el Derecho positivo, siendo en el ámbito jurisprudencial dónde empieza a vislumbrarse su protección. Veamos brevemente cuáles son sus primeras manifestaciones.

Aparte de vagas referencias en textos que no llegaron a proclamarse⁹, el derecho a una buena administración tal y como está expresado en la Carta carece de precedentes en los documentos internacionales o europeos de derechos humanos.

Centrando la mirada en el ámbito internacional, TOMÁS MALLÉN¹⁰ destaca la dificultad de determinar los antecedentes de este derecho, pues la preocupación por tutelar a los ciudadanos frente a la acción de la Administración parecía inexistente. Así, no encontramos en los textos internacionales ninguna alusión al derecho a la buena administración en sentido genérico ni a ninguna de sus posibles manifestaciones. No existe regulación específica del mismo ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, ni en los Pactos Internacionales de 1966, ni tampoco en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Solamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «ha intentado garantizar alguno de los aspectos que lo integran a través de una meritoria labor de interpretación extensiva de otros derechos...»¹¹.

⁹ Por una parte, pueden encontrarse en el Derecho derivado diversas normas que vienen a abordar distintos aspectos concretos en los que los derechos fundamentales están necesitados de una protección especial (puede citarse como ejemplo el Reglamento núm. 1 de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea, DO L, nº 17 de 6.10.1958). Pero además existen numerosos actos «atípicos» en los que se atisban ciertos aspectos relacionados con lo que será el derecho a una buena administración. Entre ellos pueden destacarse: la Declaración sobre la identidad europea adoptada en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Copenhague en 1973; la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales, firmada en Luxemburgo el 5 de abril de 1977; la Declaración sobre la Democracia (sobre el respeto a los derechos fundamentales) suscrita en el Consejo Europeo de Copenhague de 1978 de forma conjunta por el Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión; el Proyecto de Tratado de Unión Europea (conocido como Proyecto de Spine-lli), aprobado por el Parlamento el 14 de febrero de 1984; la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales, adoptada por el Parlamento Europeo sobre la base del Informe De Gucht el 12 de abril de 1989; y el Proyecto de Constitución de la Unión Europea (conocido como Proyecto Herman) aprobado por la Comisión de Asuntos institucionales del Parlamento Europeo con fecha 8 de febrero de 1994 pero no logró alcanzar un amplio consenso.

¹⁰ Sobre este tema, véase el excelente trabajo de esta autora, *Vid.*, TOMÁS MALLÉN, B. *El derecho fundamental a una buena Administración*, MAP-INAP, Madrid 2004.

¹¹ La autora citada advierte una referencia genérica a la buena administración en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, cuando señala que «la sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su actuación administrativa a todo agente público». Sin embar-

En cuanto al Derecho originario de la Unión Europea, tampoco se encuentra en los Tratados constitutivos referencia al derecho genérico a la buena administración.

No puede olvidarse, en este punto, la aportación del Consejo de Europa sobre los principios que integran la buena administración, como no podía ser de otro modo en un organismo internacional destinado a la protección de los derechos y libertades de los individuos. Basándose en los estándares definidos y aplicados en los Estados miembros que son parte del mismo, el Consejo de Europa ha ido definiendo los principios de la buena administración que deben guiar los procedimientos administrativos de los Estados miembros a fin de asegurar mayor equidad en las relaciones entre los particulares y las autoridades administrativas¹². Ahora bien, a pesar de su importancia, pues los principios que proclama se dirigen a promover la buena administración, las Recomendaciones del Consejo de Europa no constituyen normas jurídicamente vinculantes.

Tampoco las leyes nacionales se refieren a la buena administración como derecho fundamental¹³. En el supuesto concreto del ordenamiento jurídico español, si bien encontramos algunas disposiciones constitucionales sobre derechos que integrarían lo que puede entenderse por buena administración, éstas no se encuentran recogidas entre los derechos «fundamentales».

2.2. *El reconocimiento a través de la jurisprudencia del principio de buena administración y de los derechos que lo componen*

De las circunstancias descritas puede deducirse que la relevancia de la jurisprudencia de la Unión Europea va a ser de especial magnitud. Han sido

go, como bien indica, se trata más de una regla democrática que de un derecho individual, *Idem*, pág. 179.

¹² En este sentido hay que destacar la Resolución del Comité de Ministros de 28 de septiembre de 1977 (77/31) sobre la protección de los particulares en relación con los actos de las autoridades administrativas; la Recomendación del Comité de Ministros de 11 de marzo de 1980 (R (80)2), relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas; y en especial la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre una buena administración adoptada el 20 de junio de 2007 (CM/Rec (2007)7). *Vid.*, PONCE SOLÉ, J., «EU Law, Global Law and de Right to Good Administration», en CHITI, E., GIORGO MATTARELLA, B. (Editores), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, legal Issues and Comparison*, Springer, London, New York, 2011, pág. 138.

¹³ Así se constata en el estudio efectuado por DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «The charter of Fundamental Rights, Non binding but influential: the Example of Good Administration», en *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of sir Francis Jacobs*, Ed. Arnall, Eeckhout y Tridimas, Oxford University Press, 2008, pág. 168.

los jueces europeos quiénes han ido allanando el camino para su construcción y su posterior integración en la Carta de los Derechos Fundamentales¹⁴.

Pues bien, tradicionalmente la jurisprudencia europea se ha referido al mismo como un principio informador¹⁵. Ya con anterioridad a la proclamación de la Carta, encontramos numerosas sentencias en las que aparece la referencia al término «buena administración», pero no como derecho en sí mismo sino, más bien como estándar de comportamiento exigido a la Administración en sus relaciones con los Estados miembros, sus organismos y agentes, o con los propios administrados, es decir como principio orientador de la actuación administrativa¹⁶.

Del mismo modo, casi desde el inicio de las Comunidades Europeas encontramos referencias a la buena administración en el marco de la defensa de alguno de los derechos que lo integran. Por tanto, aunque algunos derechos del actual art. 41 de la Carta están recogidos en el Derecho originario, su principal construcción la encontramos en la esfera jurisprudencial.

Por ejemplo, el Tribunal de Justicia se pronuncia muy tempranamente sobre la obligación de motivar aludiendo al principio de buena administración en la sentencia *Industrias Siderúrgicas asociadas c. Alta Autoridad*¹⁷. Posteriormente, el Tribunal concibe esta obligación como una de las exigencias del Derecho comunitario, pues solo abarcando la legalidad de los motivos de la decisión impugnada el control jurisdiccional podrá ser eficaz¹⁸.

¹⁴ *Vid.*, TOMÁS MALLÉN, B., *op. cit.*, pág. 179.

¹⁵ Como señala TRIDIMAS, a diferencia de otros principios, el principio de buena administración no se ha construido con referencia a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, *Vid.*, TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, Segunda Edición, Oxford University Press, NY, 2006, pág. 411.

¹⁶ En este sentido, pueden destacarse las sentencias del Tribunal de Justicia *Maurissen c. Tribunal de Cuentas*, de 4 de febrero de 1987, asunto 417/85; *Burban*, de 31 de marzo de 1992, asunto C-255/90 P, *Interporc*, de 31 de marzo de 1992, asunto C-255/90 P; o las sentencias del Tribunal de Primera instancia *BonnFleish*, de 27 de febrero de 2003, asunto T-329/00; *Nölle*, de 18 de septiembre de 1995, asunto T-167/94 o *New Europe Consulting*, de 9 de julio de 1999, asunto T-231/1997, entre otras.

¹⁷ Sentencia de 11 de febrero de 1955.

¹⁸ *Vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 1987, *Heylens*, asunto 222/86 (ap. 15 y 16), o la de 21 de noviembre de 1991, *TV Munchen*, C-269/90. En esta última, el Tribunal se refiere a dos manifestaciones del derecho a una buena administración que deben ser respetadas en el marco del procedimiento administrativo desarrollado ante una institución comunitaria (en este caso la Comisión), a saber, el derecho a ser oído que exige que la parte interesada esté en situación «de definir su postura y manifestar eficazmente su punto de vista sobre la importancia de los hechos así como, en su caso, sobre los documentos en los que se basa la Institución comunitaria», y la motivación, en cuya virtud, debe constar de modo claro e inequívoco el razonamiento de la autoridad comunitaria de quien procede el acto impugnado, a fin de permitir a los intere-

También los Tribunales aludieron a que la obligación de la Administración de resolver en un tiempo razonable deriva de las reglas de la buena administración¹⁹.

Por otra parte, encontramos referencias al *derecho a ser oído* como expresión del derecho de defensa, en este caso en el procedimiento administrativo en materia de defensa de la competencia, ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, *Orkem*, asunto 374/87²⁰. Por ejemplo, en la ya citada sentencia *New Europe Consulting* el Tribunal de Primera instancia reproduce su reiterada jurisprudencia según la cual el respeto al derecho de defensa en todo procedimiento que pueda terminar en un acto lesivo contra una persona «constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe garantizarse aun cuando no exista una normativa relativa al procedimiento de que se trate»²¹.

El Tribunal de Justicia ya se había pronunciado en la misma línea en ocasiones anteriores²². En la sentencia *Reino de los Países Bajos y otros c. Comisión*²³, el Tribunal aprecia, en el marco de un procedimiento de competencia, una vulneración del derecho de defensa en cuanto que la Comisión no envió al Estado miembro (Países Bajos) una comunicación con una exposición precisa y completa de los cargos que se proponía formular contra él, concediéndole la oportunidad de ser oído. En la sentencia *Fiskano*, ya citada, el Tribunal deduce de toda la jurisprudencia sobre el derecho de defensa, la exigencia de que toda persona a quién se le pueda imponer una sanción, tenga ocasión de dar a conocer de modo útil su punto de vista sobre los elementos considerados por la Comisión para imponer la sanción.

De este modo, vemos cómo es en el ámbito jurisprudencial donde se ha ido gestando la noción de buena administración como concepto genérico y donde se han ido delimitando algunos de los derechos que la componen como

sados conocer las justificaciones de la medida adoptada para que puedan defender sus derechos, e igualmente permitir al Tribunal ejercer su control.

¹⁹ *Vid.*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 1960, caso *Alemania c. Alta Autoridad*, asunto C-19/58. Por su parte en la Sentencia de 10 de mayo de 1960, el Tribunal de Justicia destaca que para cumplir con las exigencias de una Administración eficiente, la decisión debe notificarse a los interesados en el plazo más breve posible, caso *Hauts Fourneaux de Givors y otros c. Alta Autoridad*, asunto C-27/58.

²⁰ En el mismo sentido, sentencias del Tribunal de Justicia son la de 12 de febrero de 1992, *Países Bajos y Otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90, y la de 29 de junio de 1994, *Fiskano c. Comisión*, asunto C-135/92.

²¹ Asunto T-231/1997 (ap. 41, 42 y 44).

²² *Vid.*, por ejemplo, las sentencias de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, asunto 85/76, de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst. Comisión*, asuntos acumulados 46/87 y 227/88, de 14 de febrero de 1990, *Francia c. Comisión*, asunto-301/87.

²³ Asuntos acumulados C-48/90 y 66/90.

principios rectores de la actividad administrativa que van a surtir efectos en el procedimiento administrativo. Sin embargo, coincidimos con CARRILLO DONAIRE en que, si bien aparecen de forma reiterada términos como «principio de buena administración» o «deber de buena administración», y los Tribunales reconocen el resarcimiento cuando se originen perjuicios al incumplir reglas vinculantes para la Administración, no se llega a proclamar la buena administración como derecho subjetivo que pueda traducirse en facultades definidas y exigibles por los ciudadanos²⁴.

2.3. *La proclamación de la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: repercusiones*

Con su integración en la Carta, el derecho a una buena administración pasa del ámbito jurisprudencial al Derecho positivo, con los efectos en cuanto a la transparencia y visibilidad que ello conlleva.

Por una parte, tiene consecuencias en el ámbito institucional, donde los principios de transparencia y participación se verán reforzados. Precisa GUILLEM CARRAU, que la introducción en la Carta del derecho a la buena administración va a vincular en la toma de decisiones tanto a la Comisión Europea como al resto de instituciones, comprometidas a promover su desarrollo y respetar su contenido²⁵.

Pero además, la buena administración se configura, al menos formalmente, como un derecho fundamental.

Ahora bien ¿qué repercusiones tiene tal configuración?

Debido a que en el ámbito de la Unión Europea carecemos de antecedentes de declaraciones de derechos fundamentales, recurriremos a los ordenamientos jurídicos internos como parámetro de referencia. Así, los derechos fundamentales son aquéllos que forman parte de los catálogos de derechos que las Constituciones de los respectivos Estados consideran como tales, frente al resto de derechos subjetivos o principios que son creados en beneficio del ciudadano por leyes ordinarias o normas de rango inferior²⁶.

²⁴ Vid., CARRILLO DONAIRE, J. A., «Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (Dir.), *Principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 1144.

²⁵ GUILLEM CARRAU, J., «El avance del derecho a la buena administración en el Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 19, 2010, pág. 44. Se ha resaltado como poco después de aprobarse la Carta, la mayoría de las Instituciones fueron adoptando sus respectivos Códigos europeos de buena conducta administrativa.

²⁶ Vid., FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 21.

El criterio formal ha de complementarse con otro relativo a los especiales medios de protección previstos en unos y otros casos. Los derechos fundamentales son aquéllos que en los ordenamientos internos cuentan con el máximo nivel de protección y garantía. De modo que su principal relevancia no reside tanto en que sean considerados formalmente como tales, sino en las distintas consecuencias que tiene la violación de cada una de esas clases de derechos.

Trasladando los criterios enunciados al Derecho de la Unión Europea, la primera constatación es que todos los derechos recogidos en la Carta, y entre ellos, el derecho a una buena administración, tienen formalmente la consideración de derechos fundamentales.

Sin embargo, la proclamación de la Carta y la posterior adquisición de valor jurídico vinculante no ha llevado aparejada la instauración de medios específicos de protección para los derechos que proclama –no existe un recurso de amparo europeo–. Esto se debe fundamentalmente a que el concepto de derecho fundamental en el ámbito comunitario no está dogmáticamente elaborado. Una aproximación doctrinal a la materia nos lleva, por tanto, a afirmar que en el Derecho europeo la calificación de un derecho como «fundamental» no comporta consecuencias jurídicas específicas que lo puedan diferenciar de otros derechos subjetivos ordinarios²⁷. La vulneración de cualquier derecho fundamental se hará valer a través de los mecanismos propios del ordenamiento jurídico de la Unión Europea ya establecidos.

Con relación al derecho a una buena administración, a la ya mencionada ausencia de vías específicas de protección de los derechos fundamentales, se une la indeterminación y amplitud de su contenido, que solamente prelude el art. 41. Todo ello determina la dificultad para ser alegado como tal derecho por los particulares, y por tanto, para su garantía específica por los Tribunales.

Lo dicho nos conduce a afirmar que nos encontramos más bien ante un principio rector de la actuación de la Administración europea, –entendida ésta en sentido amplio–, más cercano al concepto de buen gobierno, o «buena gobernanza»²⁸. Todo ello en línea con la construcción jurisprudencial que desde su origen se ha centrado en el logro de una gestión pública más óptima en beneficio de los ciudadanos²⁹.

Puede afirmarse, por tanto que la configuración formal del derecho a una buena administración como derecho fundamental carece hasta el momento

²⁷ *Idem*, pág. 138.

²⁸ *Vid.*, Comunicación de la Comisión de 25 de Julio de 2001, «La Gobernanza europea-Un libro Blanco», COM (2001) 428 final, DO C 287, de 12.10.2001.

²⁹ En este sentido, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «La Carta de los derechos...», *op. cit.*, pág. 170.

de consecuencias específicas en el ámbito de la Unión Europea, ante la carencia, como veremos, de un instrumento específico para su protección.

2.4. *Un derecho fundamental sin contenido específico cuya relevancia se sitúa en los derechos públicos subjetivos que lo integran*

No obstante lo expuesto, la buena administración se presenta en el art. 41 como un concepto genérico que da cobertura a una serie de derechos que, generalmente alcanzan su máxima expresión en el procedimiento administrativo. Creemos que la relevancia del art. 41 reside precisamente en esos derechos concretos que el propio texto se encarga de precisar en una lista abierta. Son los derechos a que los asuntos sean tratados de modo imparcial, equitativo y dentro de un plazo razonable, de acceso al expediente, de audiencia, la obligación de la Administración de motivar sus decisiones, el derecho al uso en las comunicaciones con las Instituciones de las lenguas previstas en los Tratados, y a obtener una reparación de los daños causados por las Instituciones o sus agentes.

Con relación a su contenido, las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales³⁰ nos indican que algunos de ellos tienen un origen exclusivamente jurisprudencial mientras que otros reproducen, aunque no exactamente, varios preceptos de los Tratados. Por tanto, con el art. 41 se confiere unidad a una serie de derechos que se encontraban, bien dispersos en los Tratados, bien reconocidos a los particulares a través de su desarrollo jurisprudencial.

La reflexión que se nos plantea es si a tenor de su proclamación en la Carta, los derechos recogidos en el art. 41 pueden considerarse derechos públicos subjetivos y, en consecuencia, ser directamente alegables por los particulares ante los Tribunales³¹.

La primera apreciación es que los derechos contemplados no gozan todos ellos de la misma naturaleza jurídica. Tenemos que distinguir nuevamente entre un principio de carácter general, como es el derecho de los particulares a que sus asuntos sean tratados, imparcial y equitativamente, lo que vendría a conformar el derecho a contar con una Administración eficaz, diligente y transparente, del resto de los derechos reproducidos. La imprecisión del contenido de los primeros hace que no podamos hablar de derechos directamente alegables por los particulares. Una vez más, estaríamos ante principios

³⁰ 2007/C 303/02), DO, C 303/17, de 14.12.2007.

³¹ Tal virtualidad de la Carta ha sido resaltada por algunos autores, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «La Carta de los derechos...», *op. cit.*, págs. 168 y 169; HOFMANN, H.; ROWE, G. Y TÜRK, A., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, New York, 2011, pag. 194.

objetivos de funcionamiento de la Administración cuya concreción hasta la fecha solo se ha producido a través de normas de *soft law*. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de los otros derechos proclamados en el art. 41, en especial el derecho a que los asuntos sean tratados dentro de un plazo razonable, el derecho de audiencia al afectado por una medida desfavorable, el derecho de acceso al expediente antes de la adopción de una medida desfavorable, el deber de la Administración y correlativo derecho de los particulares a que las decisiones administrativas estén motivadas, el derecho a la reparación de los daños causados por las instituciones de la Unión Europea o sus agentes, o el derecho a usar, en las comunicaciones con las Instituciones, las lenguas previstas en los Tratados.

Consideramos que se trata en todos los casos de derechos de carácter procedimental, es decir derechos que despliegan todos sus efectos y cobran sentido principalmente en el marco de un procedimiento administrativo. En nuestra opinión, pueden calificarse de verdaderos derechos públicos de carácter subjetivo, que, *a priori* podrían ser directamente alegables por los particulares frente a la Administración Europea, aunque en la práctica la vulneración de tales derechos se pone de manifiesto a través del control de los vicios del procedimiento.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

La inclusión en el art. 41 de la Carta del derecho a una buena administración con la misma fuerza vinculante de los Tratados no debe pasar desapercibida. Entendemos que sus consecuencias pueden ser altamente positivas para los ciudadanos europeos, aunque de momento parezcan residir más bien en el plano de la dogmática jurídica.

Ahora bien, no cabe duda de que la buena administración constituye una noción ambigua que incorpora dos realidades o ámbitos distintos. Así por una parte, se encuentra la buena administración como principio de amplio espectro, mas cercano al concepto de buen gobierno o buena gobernanza, y que hace referencia a esos aspectos éticos o deontológicos que deben regir el ejercicio del poder a fin de limitar la discrecionalidad administrativa. Por otra, la buena administración se concreta en un conjunto de derechos subjetivos, con sus respectivas garantías procedimentales, que generan obligaciones específicas para la Administración europea.

En consecuencia, puede decirse que desde su proclamación en la Carta, la Administración europea queda vinculada, en la aplicación directa del Derecho europeo, al respeto de los mencionados derechos procedimentales, así como de aquellos otros que, bien legislativamente bien a través de la jurisprudencia, puedan establecerse en desarrollo del art. 41, quedando su actuación sometida al control de los Tribunales de la Unión Europea.

4. BIBLIOGRAFÍA

- CARRILLO DONAIRE, J. A., «Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (Dir.), *Principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1137 a 1165.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «The charter of Fundamental Rights, Non binding but influential: the Example of Good Administration», en *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Ed. Arnulf, Eeckhout y Tridimas, Oxford University Press, 2008, pp. 157 a 171.
- «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos generales», en BENEYTO PÉREZ, J. M. (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo II. Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 161 a 217.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GUILLEM CARRAU, J., «El avance del derecho a la buena administración en el Tratado de Lisboa», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N° 19, 2010, pp. 31 a 70.
- HOFMANN, H. C. H.; ROWE, G.G. y TÜRK, A. H., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, New York, 2011.
- MANGAS MARTÍN, A., *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- MELLADO PRADO, P., «El Defensor del Pueblo Europeo, quince años después», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, pp. 191 a 227.
- PONCE SOLÉ, J., «EU Law, Global Law and de Right to Good Administration», en CHITI, E., GIORGO MATTARELLA, B. (Editors), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, legal Issues and Comparison*, Springer, London, New York, 2011, pp. 133 a 145.
- TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena Administración*, MAP-INAP, Madrid 2004.
- TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, Segunda Edición, Oxford University Press, NY, 2006.

TITLE: Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a critical approach.

RESUMEN: La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea introduce en el ordenamiento jurídico europeo un «nuevo derecho» que hasta entonces solo había sido reconocido, de forma parcial, a través de la jurisprudencia: el derecho a una buena administración. El presente trabajo tiene por objeto el estudio de este derecho, centrando la atención en las características con las que se configura y las repercusiones que su proclamación como derecho fundamental tiene de cara a su protección por los Tribunales de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Derecho a una buena administración. Derechos fundamentales. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ABSTRACT: The Charter of Fundamental Rights of the European Union introduces into the European legal system a «new right» which so far had only been recognized, partially, through jurisprudence: the right to good administration. This article aims to analyze this right, focusing on how it has been configured and the impact of its recognition as a fundamental right on the protection by the Courts of the European Union.

KEY WORDS: Charter of Fundamental Rights of the European Union. Right to good administration. Fundamental rights. Court of Justice of the European Union.

RECIBIDO: 21.05.2015

ACEPTADO: 04.06.2015

Recensiones

José María MORALES ARROYO (dir.): *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, 483 páginas.

I. La obra *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional*, dirigida por José María MORALES ARROYO, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Sevilla, y con aportaciones de un nutrido grupo de profesores del área, es uno de los resultados del proyecto de investigación «El nuevo amparo constitucional: la reformulación de los derechos constitucionales y su protección» financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Como es de esperar en un estudio «novedoso», éste parte de una incógnita, en realidad de las incógnitas que, en plural, ha presentado la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, en relación con el recurso de amparo y, como consecuencia, con el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales. En particular, el requisito de la «trascendencia constitucional» que ha introducido esta reforma implica mucho más que un mera formalidad procedimental y puede llevar a la mutación de la naturaleza del amparo constitucional tal y como fue concebido originariamente como mecanismo

para la concreta tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De ahí la justificación del subtítulo de la obra: «El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España». Por mor del nuevo modelo de admisión del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional ha pasado del «sistema anterior de causas de inadmisión tasadas» a otro en el que «el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución»; invirtiéndose de esta forma el juicio de admisibilidad (Exposición de motivos de la LO 6/2007, de 24 de mayo). La reforma recoge además, entre otras cuestiones, una nueva regulación del incidente de nulidad de los actos procesales, otorgando a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales. Todo ello en aras de lograr una mayor eficacia y eficiencia en el quehacer del Tribunal, vista la «sobrecarga»

que venía sufriendo por el gran número de amparos que debía resolver.

Así las cosas, la obra asume el doble reto de, por un lado, estudiar «Los problemas procesales en el amparo reformado» (Parte Primera), y, por otro, analizar en concreto «Los derechos y libertades tras la reforma de amparo» (Parte Segunda). En la presentación del libro, el profesor MORALES ARROYO destaca los intentos del Tribunal Constitucional para concretar el requisito de la trascendencia constitucional hasta llegar a la STC 155/2009, en la que, de forma definitiva pero abierta, se han concretado los supuestos que justificarían la especial trascendencia constitucional de un asunto. Con un minucioso estudio de las cifras analiza el impacto que ha podido tener la nueva regulación. En este sentido, el director de la obra advierte de la reducción de los recursos de amparo producida a partir del año 2010, algo que «desde una perspectiva material» atribuye, «entre otras razones coyunturales[,] a las dudas suscitadas sobre las pruebas que debían superarse para alcanzar adecuadamente el Tribunal Constitucional y al desconcierto que reinó entre los técnicos en torno al uso aparentemente discrecional de las facultades de admisión». Reconoce, eso sí, que las respuestas de cara al futuro deben buscarse en los datos a partir de 2010, una vez que el Tribunal ha consolidado los hábitos que definen su comportamiento en relación con el nuevo modelo de amparo. En la «búsqueda del perfil más abstracto y objetivo para proceder a la aceptación de los recursos», el autor acusa que se desconozcan las circunstancias concretas que

motivan las providencias de inadmisión y la falta de datos sobre el porcentaje de inadmisiones consecuencia del incumplimiento de la adecuada justificación de la trascendencia constitucional de los recursos. Cabe señalar a este respecto que en su memoria de 2014 el Tribunal Constitucional desglosa por primera vez los motivos de inadmisión de los recursos de amparo distinguiendo, en relación con la trascendencia constitucional, la «falta de justificación de la especial trascendencia constitucional» (19,97%), la «insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional» (16,27%) y la «falta de especial trascendencia constitucional» (0,25%); además de otros motivos como la «inexistencia de vulneración del derecho fundamental invocado» (31,37%), la «falta de denuncia de la vulneración del derecho fundamental» (0,55%), la «falta de agotamiento de la vía judicial previa» (13,99%), la «extemporaneidad del recurso» (5,61%), la «falta de subsanación de defectos procesales» (8,62%), y dos cajones de sastre con «varios» y «otros» motivos (1,9% y 1,47% respectivamente). Unos datos que colman parcialmente la laguna denunciada por el director de la obra y que, con la cautela que el propio autor reconoce la «provisionalidad» de sus conclusiones, permiten afirmar que, si se tienen en cuenta estas cifras y las amplias causas que justifican la trascendencia constitucional concretadas en la STC 155/2009, el nuevo modelo de amparo ni termina por ser tan «objetivo» y «abstracto» ni parece que vaya a desproteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, aunque sí que se exija un mayor esfuerzo a los

abogados que han de justificar suficientemente tal trascendencia. Asimismo, en la presentación del libro su director explica que, junto a la dimensión procedimental del problema, se encuentra un estudio detallado de los derechos fundamentales para valorar en qué medida la reforma ha podido afectar a su comprensión. Justifica en este punto la ausencia de análisis de los derechos del art. 24, ya que, como señala MORALES ARROYO, el incidente de nulidad no ha evitado que el Tribunal Constitucional tenga que seguir conociendo de vulneraciones de los derechos reconocidos en este precepto directamente derivadas de la acción judicial. Tampoco se estudia el derecho de participación política, toda vez que el Tribunal Constitucional ha venido a reconocer una suerte de presunción de especial trascendencia constitucional cuando entre en juego este derecho, lo que anularía el impacto de la reforma sobre el mismo.

II. Entrando en el contenido de la obra, la primera parte sobre «Los problemas procesales en el amparo reformado» recoge cuatro capítulos que abordan cuestiones relacionadas con la especial trascendencia constitucional como requisito formal de admisibilidad (capítulos 2º y 3º), pero también sobre el incidente de nulidad (capítulo 1º), y sobre una cuestión de gran actualidad como es el diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE a través de la cuestión prejudicial (capítulo 4º), que, aunque no afecte al recurso de amparo y su reforma, sí que impacta en el modelo de tutela de los derechos fundamentales e incluso en el propio sistema de justicia constitucional.

En el primer capítulo, «El incidente de nulidad de actuaciones, tras la Ley Orgánica 6/2007», el profesor Manuel CARRASCO DURÁN reconoce la importancia que tendría que haber adquirido el incidente de nulidad tras la reforma, en la medida que éste ha quedado como la única vía para la reparación de lesiones de derechos fundamentales que no hayan podido ser recurridas antes de la resolución judicial firme y que no gocen de especial trascendencia. Por ello lo considera una «pieza imprescindible» para cerrar el círculo de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Llega a afirmar que la reforma de 2007 habría pretendido que el incidente judicial fuera «un verdadero amparo judicial general de los derechos fundamentales», aunque tal y como se ha configurado no pueda identificarse con el amparo judicial previsto en el art. 53.2 CE. Sin embargo, el autor advierte la insuficiencia de la regulación de este recurso y los problemas que está planteando (tanto la resolución y los efectos del recurso, su coordinación con otros procesos o recursos, su subsidiariedad y sobre todo su carácter no devolutivo). Al mismo tiempo, el autor realiza un análisis de distintos casos, observa la flexibilidad con la que el Tribunal viene aplicando esta exigencia y destaca la incertidumbre sobre cuándo resulta necesario la presentación de este incidente como requisito para agotar la vía judicial previa al amparo constitucional. En cualquier caso, concluye afirmando la ineficacia del incidente de nulidad como «filtro previo» al recurso de amparo tal y como ha sido configurado; un «querer y no poder».

«Seleccionar lo (menos) importante» es el título que da al segundo capítulo Joaquín URÍAS MARTÍNEZ, al que apostilla como «Nota sobre la construcción por el Tribunal Constitucional de un nuevo régimen de admisibilidad del recurso de amparo, y sus paradojas». El autor recuerda la reforma alemana del amparo constitucional de 1993 y estudia las distintas fases por las que ha pasado la jurisprudencia constitucional desde 2007 en la concepción de la especial trascendencia constitucional como requisito de admisibilidad (la «necesidad de una justificación expresa y diferenciada», la «necesidad de justificar alguno de los motivos tasados» y el «renacimiento de la manifiesta falta de contenido de la demanda»). URÍAS MARTÍNEZ indica la «escurridiza sustancia» de la especial trascendencia y reclama una mayor transparencia para poder conocer los motivos de inadmisión y de admisión de los amparos, en aras de verificar si el Tribunal está seleccionando «lo importante... o lo menos importante». Un correlato que el autor entiende necesario atendida la discrecionalidad de la que dispone el Tribunal para decidir aquello que tiene relevancia (o trascendencia). El autor advierte un «escoramiento hacia la formalidad» que lleva a «disfrazar decisiones de carácter sustancial bajo la figura de supuesto examen reglado de requisitos puramente formales». Y, en su reclamación de mayor transparencia para conjurar arbitrariedades, se postula a favor de una mayor motivación de las providencias de inadmisión y de la publicidad de las mismas. A este respecto conviene tener en cuenta que el Tribunal Constitucional, siguiendo las

recomendaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón c. España* (especialmente § 37), ha comenzado a incluir en las providencias de admisión el supuesto que justifica la especial trascendencia según los casos reconocidos en su propia jurisprudencia, algo que también quedará recogido en los antecedentes de hecho o en los fundamentos jurídicos de las sentencias para su difusión pública (véase el discurso del Presidente del Tribunal Constitucional en la Jornada-Seminario con motivo de la visita del Presidente del TEDH el 22 de mayo de 2015¹).

Continuando el estudio de los requisitos de admisión del amparo constitucional tras la reforma de 2007, Juan José BONILLA SÁNCHEZ afronta su análisis para valorar en qué medida se sigue dando tutela a los derechos de los ciudadanos o si el amparo constitucional queda ahora para resolver casos especialmente relevantes. Denomina así al tercer capítulo del libro «La admisión de la demanda de amparo por el Tribunal Constitucional: el cuádruple salto mortal». El autor sistematiza los autos de admisión e inadmisión a trámite de recursos de amparo desde la reforma según los distintos motivos de inadmisión y según las causas de especial trascendencia constitucional (extemporaneidad, falta de justificación de la vulneración de un derecho fundamental, falta de especial trascendencia constitucional, incum-

¹ Texto accesible en la página web: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/2015-05-22.aspx>

plimiento general y reiterado de la doctrina del Tribunal Constitucional por parte de la jurisdicción ordinaria, inexistencia de doctrina del Tribunal Constitucional, falta de agotamiento previo de la vía judicial, acto irrecurrible, falta de legitimación, falta de precisión y claridad en la interposición del recurso, personación extemporánea e igualdad en la aplicación de la ley). Entre sus conclusiones, BONILLA SÁNCHEZ declara en respuesta a sus preguntas iniciales que la tutela de los derechos fundamentales va a quedar en manos de la justicia ordinaria, ya que a su juicio «el Tribunal Constitucional sólo va a admitir, con contadísimas excepciones, aquéllos recursos que considere importantes por razones sociales, políticas o económicas»; una afirmación que, sin embargo, puede verse desvirtuada con los datos anteriormente ofrecidos.

Cierra este bloque el capítulo que Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO dedica a la «Cuestión de inconstitucionalidad y derecho de la Unión Europea. El Tribunal Constitucional como juez «ad quo». El caso español» (sic). El autor parte su estudio de la idea de «constitución compuesta», proyectándola en relación con los juicios de validez o aplicabilidad de normas jurídicas en la «comunidad jurídica constitucional compuesta» que se ha construido en Europa, y también sobre el papel que asumen las jurisdicciones constitucionales en la defensa de esa «Constitución integrada» a través del diálogo con el TJUE. Partiendo de tales premisas, el profesor ÁLVAREZ OSSORIO realiza un minucioso análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tanto previa

como posterior a la Decisión 1/2004, sobre las relaciones entre el Derecho nacional y el europeo, hasta el reconocimiento de la UE como «comunidad constitucional de Derecho». El trabajo termina con un estudio del Tribunal Constitucional como juez *a quo* en la cuestión prejudicial, a la que define como «cuestión (interna) de constitucionalidad», deteniéndose en especial en el caso Melloni que ha supuesto la primera cuestión prejudicial planteada por el Constitucional español.

III. La segunda parte de la obra, «Los derechos y libertades tras la reforma de amparo», recoge, como se ha adelantado, el concreto estudio de diversos derechos fundamentales para indagar en qué medida su configuración se ha podido ver afectada por la reforma del recurso de amparo. Pues bien, la respuesta general parece ser que ésta no ha supuesto una novación en cuanto al reconocimiento de los derechos tutelables por esta vía. Sin embargo, los capítulos de esta parte no por ello dejan de mantener un interés, en un doble sentido: de una parte, incluyen un análisis riguroso y actualizado de la jurisprudencia constitucional sobre estos derechos; y, además, algunos de estos capítulos aventuran aquellos supuestos que, conforme a los criterios afirmados por el Tribunal Constitucional, pueden justificar su especial trascendencia, ofreciendo así una orientación tanto para académicos como para prácticos que se vieran en la situación de justificar este requisito.

Así las cosas, el primer capítulo de este bloque se dedica a «La libertad de pensamiento, conciencia y religión tras la reforma del amparo constitu-

cional» y es escrito por el profesor Abraham BARRERO ORTEGA y por la investigadora postdoctoral Laura GÓMEZ ABEJA. Los autores llegan a la conclusión de que el Tribunal no ha variado su doctrina sobre el contenido constitucionalmente declarado de estas libertades y aducen tanto razones procesales como sustantivas que lo justificarían. En relación con las razones sustantivas, consideran que cualquier amparo basado en el art. 16 CE tendría trascendencia constitucional dado el especial valor sociohistórico de la libertad de pensamiento y la escasa jurisprudencia existente. Así, en este capítulo se sintetiza la jurisprudencia en relación con el reconocimiento estas libertades, tanto en su dimensión como principio objetivo como en cuanto derecho subjetivo, y sus límites. Además, se realiza un estudio de las sentencias más recientes que han versado sobre «contratación laboral y declaración eclesiástica de idoneidad de los profesores de religión católica», «patronazgo religioso y la asunción de la *doctrina Lautsi*» y sobre «símbolos religiosos y el problema de los falsos amparos».

En «El desamparo del derecho fundamental al honor de la «gente corriente» tras la reforma de la LO del TC, de 24 de mayo de 2007», el profesor Juan José BONILLA SÁNCHEZ realiza un repaso a los diversos procedimientos en tutela del derecho al honor y a la doctrina del TEDH, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en relación con el contenido de este derecho y con los límites derivados del conflicto con las libertades de información y de expresión. Asimismo, el autor estudia los efectos de la reforma de 2007 a

través de un análisis estadístico y sintetiza los autos y sentencias del Tribunal Constitucional pronunciados tras la entrada en vigor de la reforma de 2007, indicando si regía la aplicación o no del nuevo trámite de admisión. En sede de conclusiones plantea si la desprotección del derecho al honor que evidenciaría la reducción de demandas registradas desde 2009 podría vulnerar el contenido esencial del derecho y señala que el Tribunal Constitucional estaría interesado en resolver exclusivamente asuntos que revistan «actualidad y eficacia práctica»; de ahí que sostenga el autor el «desamparo» de la «gente corriente».

Sigue un capítulo referido a «El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario: especial referencia a la contaminación acústica» a cargo de Inmaculada JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS. Se analiza con carácter general la configuración constitucional de los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad del domicilio frente a inmisiones sonoras y la recepción de la doctrina del TEDH a este respecto. Se detiene en especial en el estudio de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del TEDH posterior a la reforma del 2007 y expone cómo el Tribunal Constitucional no habría resuelto adecuadamente la cuestión de las lesiones derivadas del ruido para estos derechos fundamentales. Esto, a juicio de la autora, justificaría la especial trascendencia constitucional de los asuntos que en un futuro pudieran plantearse a los efectos de rectificar la doctrina del Tribunal, pero también porque son asuntos

que deberían admitirse vista su «relevancia social».

En el capítulo «Especial trascendencia constitucional y propia imagen», Esperanza GÓMEZ CORONA estudia «la incidencia de la reforma del recurso de amparo sobre la configuración constitucional del derecho fundamental a la propia imagen». Sostiene en este sentido que, aunque el Tribunal Constitucional ha interpretado de manera amplia la especial trascendencia constitucional, la reducción del número de amparos va a incidir irremediabilmente en los derechos, entre otras razones porque «[e]l goteo de resoluciones que se enfrentaban a los mismos problemas permitía al Tribunal ir introduciendo matices, que aunque podían no resultar esenciales para la resolución del recurso de amparo, suministraban una valiosa información sobre los distintos derechos fundamentales». Además, la autora destaca la relevancia que se espera que adquiera la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y en especial del Tribunal Supremo. Advierte, en cualquier caso, que los conflictos se van a seguir planteando ante el Tribunal Constitucional e indaga en tres supuestos en los que el Tribunal ha encontrado esta trascendencia: la utilización de técnicas de cámara oculta, la aparición de informaciones en la prensa de entretenimiento y la entrevista producida a una persona con discapacidad. Asimismo, en el capítulo se desarrolla un estudio de la configuración constitucional del derecho a la propia imagen (de su contenido y límites) y se contrapone la jurisprudencia constitucional a la concepción que mantiene el Tribunal Supremo.

En la «Protección de datos personales y libertades de comunicación pública en ponderación: líneas y límites de la jurisprudencia constitucional», Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO afronta en primer lugar la jurisprudencia constitucional española sobre protección de datos de carácter personal y su evolución desde el temprano reconocimiento de este derecho fundamental. Se pregunta si la protección de datos es un «escudo protector» de otros derechos y si puede admitirse como un derecho fundamental «fuera de “sus leyes”». Concluye a este respecto que efectivamente se trata de un derecho que sirve de protección a otros (libertad ideológica, libertad sindical, etc.) y advierte la imbricación del mismo con las garantías legales. Presenta entonces los escenarios de conflicto entre los datos personales y las libertades de comunicación pública, partiendo del silencio de la LOPD y del vacío de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en contraste con la intervención que en esta materia sí que ha tenido el TJUE gracias a las cuestiones prejudiciales (que por el contrario, como indica la autora, se ha negado a plantear el Tribunal Constitucional). El trabajo se concluye afirmando la necesidad de perfilar la zona de conflicto y los criterios de ponderación entre el derecho a la protección de datos y las libertades comunicativas; presagiando que si no lo hace el Tribunal Constitucional terminará definiéndolos el TJUE.

Víctor J. VÁZQUEZ ALONSO afronta en su capítulo «Trascendencia constitucional y libertades de expresión y de información» el estudio de aquellos casos que desde la reforma el Tribunal Constitucional ha entendido

que tenían especial trascendencia constitucional en relación con estas libertades. En concreto, decisiones relativas a: «una acotación del concepto de “relevancia pública”», «la dimensión institucional de la libertad de expresión en el juicio de ponderación», «una excepción al precedente: el uso de cámara oculta excluye el amparo de la información», y nueva doctrina constitucional sobre «el valor del consentimiento del incapaz no incapacitado judicialmente». El trabajo comienza con una interesante introducción en la que el autor presenta el esquema analítico de las libertades de expresión y de información y sus zonas de sombra. Reconoce que mientras que en la libertad de información el Tribunal Constitucional ha dibujado con cierta nitidez un «test de prevalencia» sobre la base de la verificación de dos parámetros (veracidad y relevancia pública de la información) como límites internos o requisitos, en el caso de la libertad de expresión la jurisprudencia ha sido más casuística, por lo que se debe acudir a factores particulares de ponderación en función de los derechos en conflicto. En sus conclusiones el autor critica la falta de fundamentación por parte del Tribunal Constitucional del criterio que utiliza para determinar la trascendencia de los asuntos, aunque no cree que esté actuando arbitrariamente e identifica el «interés casacional» y el «carácter inédito» del litigio como criterios implícitos en la selección que opera. En cualquier caso, reconoce que la reforma constitucional no ha supuesto una innovación en la jurisprudencia y plantea la necesidad de que el Tribu-

nal adecue las categorías en relación con la *lex artis* periodística y las nuevas manifestaciones de la libertad de expresión y de información, atendiendo en especial a la nueva realidad tecnológica, algo a lo que el profesor VÁZQUEZ ALONSO atribuye «evidente» trascendencia constitucional.

En el capítulo «La tutela jurisdiccional del derecho de reunión y manifestación tras la reforma del recurso de amparo (2007-2013)», el profesor Fernando PÉREZ DOMÍNGUEZ desgrana con particular interés los factores que condicionan la tutela ofrecida por el Tribunal Constitucional y la forma en que éstos pueden influir sobre como afecta la reforma a la propia configuración del derecho. Así, destaca entre tales factores «el desarrollo legal del derecho», la mayor o menor consolidación de la doctrina constitucional, la conexión con otros derechos fundamentales (sea la «predisposición a la invocación simultánea con otros derechos fundamentales» como «la exigencia de supuestos de reunión que pueden acogerse al ámbito de protección de otros derechos fundamentales»), o las «diversas alternativas de tutela jurisdiccional en la vía ordinaria». En especial sobre este último factor el autor advierte la importancia que tiene que para el derecho de reunión y manifestación exista un procedimiento *ad hoc* de protección jurisdiccional en el caso de prohibición gubernativa de una reunión o imposición de modificaciones. El autor concluye en este sentido que precisamente el protagonismo de este procedimiento especial de tutela neutraliza algunos de los efectos de la reforma de 2007. Realiza además un detallado análisis estadístico sobre la

tutela jurisdiccional del derecho de reunión y presenta sus dudas acerca de la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones como requisito previo para llegar al amparo constitucional, toda vez que el procedimiento especial ha versado sobre la tutela del derecho fundamental. En todo caso, PÉREZ DOMÍNGUEZ constata, tras realizar un estudio de los casos entre 2007 y 2014, la normalidad y efectividad que ha presidido el ejercicio del derecho de reunión en España desde hace años, sin que la especial trascendencia se presente como un obstáculo para que el Tribunal Constitucional conozca de estos recursos. Así se ha puesto de relieve, por ejemplo, en la reciente STC 24/2015, de 16 de febrero, en la que el Tribunal justificó la especial trascendencia constitucional en el carácter novedoso que del tema; en concreto, «si existe un supuesto agotamiento del fin del derecho a manifestarse que pueda amparar una prohibición».

Por último, la profesora Blanca RODRÍGUEZ RUIZ dedica el capítulo de cierre a «El Tribunal Constitucional y el amparo a las familias», con la particularidad de que en este caso se estudia un derecho constitucional que no es susceptible de amparo: la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia (art. 39.1 CE). Un derecho sobre el que, sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado para definir tanto su alcance como el contenido de sus obligaciones en dos líneas jurisprudenciales: una dedicada al concepto constitucional de familia; y otra

sobre la protección de los hijos y de la maternidad en relación con el derecho a conciliar la vida familiar y laboral. Así las cosas, la profesora RODRÍGUEZ RUIZ estudia estos aspectos, comenzando por la jurisprudencia en relación con las parejas de hecho y el concepto constitucional de familia y la protección al matrimonio, para luego analizar la conciliación de la vida laboral y familiar, con particular consideración a su dimensión constitucional ante los artículos 43 y 44 LOTC.

Como valoración global se trata de una obra que reúne en un tronco común aspectos muy variados sobre el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, con el valor especial de plantear su estudio a partir de la reforma de 2007 de la LOTC. Los capítulos de la primera parte han dado respuesta a algunas de las incertidumbres que desde el punto de vista procedimental ha suscitado la nueva concepción del amparo, junto con una visión particular de la relación entre el Tribunal Constitucional y el TJUE en la tutela de los derechos fundamentales; al tiempo que la segunda parte da muestra del relativo impacto que desde un punto de vista sustancial ha tenido la reforma sobre los derechos fundamentales. Como expresa el subtítulo de esta exhaustiva obra, estamos ante un «camino» que todavía no se ha concluido. Y, en este sentido, este libro es el mejor de los comienzos para empezar a plantearnos si de verdad se está andando «hacia la objetivación del amparo» e, incluso, para poner en cuestión si la misma es deseable.

Germán M. Teruel Lozano

Doctor europeo en Derecho (acreditado para Profesor Ayudante Doctor)
Becario en el Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional

Francisco Javier DÍAZ REVORIO: *Discriminación en las relaciones entre particulares*. Tirant lo Blanch México: México DF, 2015. 211 págs.

«¿Pueden los particulares discriminar a otros particulares? El presente trabajo analiza la aplicabilidad de la prohibición de discriminación en las relaciones entre ciudadanos. Se parte de un análisis teórico de los principios y derechos derivados de la igualdad para valorar los efectos que los mismos producen en este ámbito, considerando también el importante papel de la dignidad de la persona. Con esta base se ensaya un elenco de criterios que contribuyan a estandarizar el proceso de ponderación existente en el conflicto entre libertad e igualdad, entre autonomía de la voluntad y derecho a no ser discriminado. Por último, y con una perspectiva práctica, se analiza la variada casuística de estas relaciones, analizando los supuestos de discriminación prohibida en las relaciones entre empresas y trabajadores, empresas y clientes, asociaciones y sus miembros, ofertas públicas, establecimientos abiertos al público, o actos personalísimos, entre otros supuestos».

No por casualidad, elijo para comenzar esta reseña las palabras que el autor (o el editor) han reflejado en la solapa de la monografía. Y es

que, si asumimos este breve resumen y las tan bien expuestas conclusiones con las que finaliza este trabajo, nos encontramos ante un reflejo evidente del contenido global de la obra. Como siempre he pensado que la «argumentación esférica», retroalimentada, en cualquier obra teórica evidenciada no sólo el «saber hacer» sino el «saber» del autor, tengo que indicar que, como nos tiene acostumbrado el catedrático castellano manchego, ha escrito una obra técnicamente impecable y formalmente agradable de leer.

Y si la primera de las anteriores aseveraciones no requiere explicación, quiero aclarar que me refiero a la claridad expositiva como aspecto muy encomiable, alejándome así de ciertos colegas que buscan en la oscuridad formal una manera de envolver sus arcanos conocimientos. Aunque creo que esta batalla la tengo, como otras muchas, perdida. La máxima latina *in claris non fit interpretatio* supone la némesis de cualquier tipo de «culteranismo intelectual». El estudioso/docente, debería tener en cuenta que esa «claridad» no mengua el conocimiento del autor sino todo lo contrario, denota su agilidad mental y su riguroso conocimiento de la cues-

tión, aparte del respeto personal y académico del mismo hacia sus compañeros y lectores.

Conozco la obra del Profesor Díaz Revorio y también su trabajo docente desde hace tiempo: desde su excelente tesis doctoral dirigida con su maestría habitual por Eduardo Espín, prologuista de sus clásicas dos obras bautismales publicadas en 1997 por McGraw Hill (*La Constitución como orden abierto*) y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (*Valores superiores e interpretación constitucional*), hasta la actualidad de sus últimos artículos referidos, de una parte, a la descentralización política en España en una obra colectiva coordinada por el Profesor Oliver Araujo y, de otra, al amparo constitucional, esta vez en un volumen editado por Ferrer Mac Gregor en México; sé también de su innegable devoción por el constitucionalismo hispanoamericano: el curso sobre justicia e interpretación constitucional en sus diferentes ediciones no supone sino un ejemplo de lo dicho. Dicha tendencia «académico-geográfica», ha sido recompensada con numerosos galardones (entre ellos doctorados «honoris causa») por instituciones universitarias de allende los mares.

De ahí que tampoco me sorprenda que esta obra sea publicada por Tirant lo Blanch, en una nueva colección (Derecho y democracia), con la que Salvador Vives, «alma mater» de la prestigiosa editorial, apuesta decididamente por el Derecho constitucional y por el movimiento democrático en Iberoamérica. Espero que así sea y que los ciudadanos de los diferentes países hermanos vean sus frutos.

Parafraseando a Lope de Vega, paso «de las musas al teatro», entro a recensionar la obra. De una mera lectura del índice se observa con nitidez su estructura general. Así, en el capítulo primero (*Introducción. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: planteamiento general*, págs 13 a 32), Díaz Revorio nos indica unas premisas respecto a la cuestión, de entre las que destaca lo que el autor denomina, siguiendo a Böckenförde, la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, fruto de ese «efecto de irradiación» de los mismos, considerados tanto subjetiva como y sobre todo, objetivamente.

Son dichas premisas sobre las que el autor basa el posterior desarrollo de su investigación, siguiendo la doctrina alemana y al Tribunal Constitucional patrio (págs. 26 a 32). De entre las diez que señala, yo destacaría dos: la citada dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su necesaria compatibilidad, en el caso que nos ocupa, con la libérrima autonomía de la voluntad de los particulares, para lo cual se deben establecer criterios de ponderación.

Dicha conjunción, advierte el catedrático toledano, debe aderezarse con una evidencia: su adaptación al caso concreto requiere no sólo de la actualización del principio de legalidad, sino también de la necesaria aplicación jurisprudencial, más apegada a la casuística. Y así es: el intento de la exclusión de la discriminación en las relaciones entre particulares, aparte de la construcción teórica y su plasmación legislativa, necesita del estudio concreto del caso, debido a la necesaria caracterización generalista de las

citadas. Ésta y no otra es, como veremos, la explicación de la existencia en esta monografía del capítulo cuarto, ubicación de los ejemplos a los que el autor aplica su teoría general antes desarrollada en los tres primeros apartados.

Comienza el capítulo segundo (*Particulares y dimensiones constitucionales de la igualdad*, págs. 32 a 96), con el estudio de los textos internacionales (en los ámbitos universal, europeo y americano), así como una breve referencia a la normativa constitucional comparada para, a continuación, aludir a la regulación constitucional de la igualdad y no discriminación en la Constitución española de 1978. Aparte de menciones más concretas, se refiere a la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico del artículo 1.1; a la igualdad real del 9.2, a la igualdad en la ley y en la aplicación de la misma, así como la prohibición de discriminación del artículo 14, procediendo a su «disecación» dirigida a la finalidad de la obra: el estudio de la discriminación entre particulares, pasando previamente por diferenciar la igualdad de la no discriminación y la posible motivación de la prohibición de la discriminación.

En las páginas 75 y siguientes, partiendo del Diccionario de la Real Academia, sintetiza magistralmente las diferencias entre igualdad y no discriminación, aludiendo al sentido peyorativo de este último («*la discriminación implica tratar a una persona (o a un grupo) de una manera no sólo diferente, sino inferior a la que debería corresponderle, normalmente en base a una condición o circunstancia personal o de pertenencia de la misma a*

una minoría o a un colectivo tradicionalmente preterido») y a ocho características propias de la discriminación. A saber: su vinculación directa con la dignidad de la persona del artículo 10 CE; su aplicabilidad a los particulares, frente a la igualdad ante la ley que sólo se aplica a los poderes públicos; de la misma manera, la no discriminación se pregona de la personas físicas o colectivos de las mismas, frente a la igualdad de la ley que se aplica también a las personas jurídicas; destaca también la titularidad de ese derecho por las personas extranjeras, debido a su vinculación con el citado artículo 10 CE, o que la igualdad ante la ley permite un trato razonable desigual y la no discriminación puede exigir incluso un trato diferente, lo que nos lleva a lógica asunción del uso de acciones positivas o discriminaciones inversas para favorecer la no discriminación, etc...

Además de referenciar las diferencias entre la discriminación directa o de trato, frente a la indirecta o proveniente de comportamientos neutros, siguiendo el ejemplo del artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, destacando la prohibición de ambas situaciones, estudia los «motivos» o «categoría sospechosas de discriminación», aludiendo no sólo a las previsiones de un artículo 14 CE que en ningún caso cierra el elenco de ellas (nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), expresa el citado artículo), sino también los provenientes de la aplicación «ex» artículo 10 CE, del artículo 21 de la Carta de Derechos de la Unión Europea, y que com-

pletan a los antes citados con nuevos motivos como las características genéticas, lengua, pertenencia a minorías nacionales, patrimonio, discapacidad, edad y orientación sexual, siendo también admitidas por nuestra jurisprudencia constitucional.

Antes de aplicar su lupa a los casos concretos en la «parte especial», como Díaz Revorio la denomina, el catedrático castellano manchego responde a dos cuestiones en el capítulo tercero que ya se adivinan en su título (*¿Pueden los particulares discriminar? Criterios constitucionales sobre la eficacia horizontal del derecho a no ser discriminado*, págs. 97 a 143): La primera pregunta es evidente y conlleva una respuesta positiva: los particulares pueden discriminar. Por ello el autor continúa preguntándose si existen criterios que delimiten lo que es o no discriminatorio y, por ende, perseguible.

Previamente a lo anterior, en este capítulo tercero se discute respecto a uno de los binomios claves del constitucionalismo y de la democracia, tal como es el dueto libertad-igualdad (sobre todo págs. 97 a 113), pareja que, junto a la polémica conjunción de la libertad y la seguridad marcan casi siempre, en lo público y, como en este caso, también en lo privado, el crisol definitivo de una sociedad y su evolución/involución democrática. Siempre he defendido que sin libertad la seguridad carece de proyección *pro* persona y, por tanto, de valor alguno democrático; y la libertad sin seguridad no es tal, sino una vuelta al estado natural, pero no el de Locke sino el de Hobbes, al *homo hominis lupus est*.

Ítem más, la libertad sin igualdad resulta precaria; y la igualdad, sin ser

conjugada y definida desde y por la libertad, conculca definitivamente los principios democráticos liberales. Podría sintetizarse mi pensamiento, también el del autor (de ahí la doble conjugación a la que somete la posible relación discriminatoria, tanto desde el respeto a la libertad personal como a la igualdad de trato y su necesaria ponderación en las páginas 104 a 112) como la defensa de que la libertad siempre es requisito necesario pero no suficiente para el desarrollo de la personalidad ya que requiere de una igualdad real y efectiva, como reza el artículo 9 CE; respecto a la igualdad nunca se puede predicar el carácter previo, primero, para avanzar en la libertad, en la democracia. Esto, que sí es de mi cosecha, lo apunto también como reflexión ante un peligro cada vez más acuciante: el olvido/preterición de la libertad, siempre necesaria tanto en la relación individuo-Estado como entre particulares, frente a la igualdad, entendida como mantra (y manta) que todo lo llena. Y no lo apunto yo. Ya Alexis de Tocqueville en *La democracia en América*, corriendo el año 1835 alertaba de la inconsciencia del ciudadano que, alabando la igualdad olvidaba la libertad como puntal básico democrático y sujeción de aquélla. Y contraponía, adelantándose muchos años a lo que luego sucedería, dos enormes bloques contrarios, según la preeminencia de la una sobre la otra: Estados Unidos y Rusia. Puesto al día, el pensamiento del francés supone un toque de atención clásico respecto a la tesis que defiendo.

Es en este capítulo tercero en el que destaca (antes también había sido

mencionado) un tercer concepto básico como es el de la dignidad de la persona (págs. 104 a 113), piedra angular, que dicen los Evangelios, sobre la que, según el autor, pivota la protección/justificación de la no discriminación entre particulares y la posible superposición de la igualdad a la necesaria libertad individual, en este caso, aplicada a los contratos entre particulares. Y es que, para Javier Díaz Revorio, es precisamente dicha dignidad personal la que hace decaer la libertad personal y negocial, siempre defendible, ante una discriminación punible.

A partir de esta premisa, el autor alude (págs. 113 a 129) a una taxonomía, a unos «criterios» a tener en cuenta para establecer categorías generales en las que, mediante un proceso deductivo, incluye la casuística a la que, como decía, alude en el último capítulo. La posición de dominio de una de las partes; la «real» libertad contractual, o las categorías «sospechosas» de discriminación *ex* artículo 14 CE (o 21 de la Carta Europea, como antes mencioné), son los susten- tos del derecho a no ser discriminado, bien que esa protección, argumenta de nuevo con razón, es actualmente realizada vía jurisdiccional más que legal, ya que la inmensa casuística es de muy compleja conjugación con los criterios de generalidad en los que se basa la legislación.

Así entramos, después de casi completado este impecable método deductivo, en la antes citada «parte especial», en el capítulo cuarto (*Breve análisis de diversas categorías de supuestos: la «parte especial» de la eficacia horizontal del derecho a no ser*

discriminado, págs. 145 a 179). En este apartado, el estudio entra en la casuística particular de ejemplos enmarcados, eso sí, en los criterios antes dichos. Así, alude en primer lugar a las relaciones entre particulares en las que media una posición de dominio (bien en virtud de una relación laboral, bien entrando en posibles casos similares en la relación empresa-cliente); en segundo término se enfrenta a los supuestos de los particulares enraizados en colectivos (asociaciones, partidos políticos, confesiones religiosas) y sus relaciones en el seno de los mismos, especialmente en cuanto a su acceso y pérdida de condición; y concluye aludiendo a un estudio de los casos dentro de lo que denomina relaciones entre particulares «en pie de igualdad», como son los supuestos de posible discriminación en la libertad de contratación, en las ofertas públicas de empleo, los locales abiertos al público y el derecho de admisión, los actos personalísimos y la transmisión de títulos nobiliarios.

Como se observa la casuística es variada, muy variada diría yo. Tanto como la vida misma, apostillaría... Pero ello no quita que toda esta problemática, de un evidente interés teórico y, casi siempre, práctico, no venga incardinada en los criterios doctrinales antes expuestos con maestría y clarividencia en los capítulos anteriores, lo que denota, o trae causa, o ambas cosas a la vez, la maestría doctrinal del Profesor Díaz Revorio.

Las conclusiones con las que «redondea» la obra (págs. 181 a 195) suponen un claro ejemplo de lo que deben ser eso, unas conclusiones. Aparecen claramente identificadas

con los hitos más destacados del impecable hilo argumental y resultan por sí mismas clarificadoras de las tesis defendidas cuyo resumen en muy pocas palabras vendría a ser la defensa evidente de la libertad como marco en el que se desarrollan las relaciones entre particulares, con el límite de la no discriminación, con las pautas y criterios definidos, siendo la dignidad de la persona el elemento último en el que se basa esa limitación a la libertad, paraguas que aglutina e informa, principio fundamental radical del que se desprende, dicha protección.

Aparte de la referencia a la jurisprudencia utilizada, tanto nacional (del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional) como europea (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y comparada (Tribunal Constitucional alemán y Tribunal Supremo estadounidense o peruano), en la completa bibliografía Díaz Revorio concierta

un encuentro entre los autores clásicos como el citado Böckenförde o Alexy y la mejor doctrina patria sobre la materia, con autores (muchos de ellos, además amigos) como Miguel Ángel Alegre, Juan María Bilbao, Ignacio Gutiérrez o Fernando Rey.

En conclusión he de destacar que la lectura de esta última obra de Francisco Javier Díaz Revorio me confirma en el «pre-juicio» con el que la afronté. La magnífica pluma del autor, la enorme capacidad comunicativa de su importante conocimiento sobre la materia, hacen de *Discriminación en las relaciones entre particulares* una obra recomendable no sólo técnicamente sino desde un punto de vista cívico. Con ella podemos entender el porqué jurídico de algunas actuaciones y la prohibición de otras. En suma, a ser mejores juristas y mejores ciudadanos. Y falta nos hace, sobre todo lo segundo, que es lo más importante.

José Manuel Vera Santos

Catedrático de Derecho constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

Marta DEL POZO (Dir.) y Almudena GALLARDO RODRÍGUEZ (Coord.),
«¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y
propuestas», Editorial Comares, Granada, 2015.

Los días 5, 6 y 7 de marzo del 2014 tuvo lugar, en la Universidad de Salamanca, un encuentro (y es el cuarto) con motivo del décimo aniversario de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar la manifestación mas grave de desigualdad, la violencia ejercida contra las mujeres, y prestar asistencia a las víctimas. Como ya es sabido, dicha ley fue declarada plenamente constitucional por la STC 59/2008, que resuelve el recurso interpuesto por el PP, a la que siguieron otras muchas, con motivo de las diferentes cuestiones de inconstitucionalidad planteadas.

El libro aparece dedicado a la Profesora Ángela Figueruelo Burrieza, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, «por su magisterio, amistad, generosidad, lealtad, y su diaria y constante lucha en pro de la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres y de la erradicación de la violencia de género». Difícilmente se puede justificar de forma más adecuada esta más que merecida dedicatoria a Ángela Figueruelo. Quienes la conocemos sabemos

apreciar su dedicación a la docencia y a la investigación, su proyección internacional en Latinoamérica, su compromiso personal con la igualdad y la democracia y, lo que no es menos importante, su propia condición de buena persona, de mujer entregada a sus discípulos y discípulas (ha dirigido mas de 25 tesis doctorales), a sus amigos y a los valores y principios que inspiran una auténtica Universidad, que no es precisamente la que tenemos en la actualidad en nuestro país.

El libro recoge las ponencias y comunicaciones presentadas al Congreso, prácticamente todas ellas con un contenido breve pero profundo, y termina con unas Conclusiones Generales, realizadas por las Profesoras Marta del Mozo y Almudena Gallardo Rodríguez, que es imposible no suscribir plenamente en su integridad. Dichas ponencias y comunicaciones están realizadas desde un enfoque multidisciplinar, como no podía ser de otro modo, por especialistas que recogen los principales aspectos de la Ley y que podríamos agrupar en los siguientes apartados:

- a) En primer lugar, los aspectos conceptuales, analizando clara-

mente lo que significa la violencia de género, que se diferencia claramente de la llamada violencia doméstica y poniendo de relieve las luces y sombras de la Ley Orgánica 1/2004 (Marta del Pozo). Todo ello definiendo con claridad por qué la violencia de género es algo diferente (Carmen Delgado), por qué estamos ante una cuestión de Derechos Humanos (Ángela Figueruelo), así como la problemática actual de la violencia de Género en un contexto de crisis (Marta León).

- b) En segundo lugar, los temas procedimentales y judiciales, analizándose cuestiones tales como las órdenes de alejamiento (Federico Bueno y María Ángeles Santos), los problemas derivados de la ética pública y la función jurisdiccional (Fernando Grande-Marlaska), la mediación penal (Fernando Martín), y la asistencia jurídica gratuita en materia de violencia de género (Cristina Alaez).
- c) En tercer lugar la problemática de los colectivos vulnerables, destacando los análisis sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual (Andrea Gutiérrez), el acceso a los recursos sociales de las mujeres rurales víctimas de la violencia de género (Luisa Ibáñez), las reformas en la ley de asistencia jurídica gratuita (Cristina Alaez), la mujer en los medios de comunicación (Elena Calvo, Beatriz Morales), los permisos laborales (Virginia Carrera), la igualdad en las empresas (Maoly Ca-

rrasquero) y la violencia de género en la transexualidad.

- d) Y finalmente, las cuestiones relativas a la promoción y prevención, pudiendo citarse los estudios sobre las campañas de prevención (Begoña Gutierrez), el papel de las Asociaciones de Mujeres (Ascensión Iglesias), la estrategia nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer (Concepción Romero), así como las Conclusiones Generales a que antes nos hemos referido.

Sin duda alguna, la Ley de Violencia de Género del 2004 supuso un hito importante, trascendental incluso, en la lucha contra esta forma de desigualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo, y como sabemos a través de los diversos informes anuales que se realizan, tanto desde instancias oficiales como desde la propia sociedad civil, aun estamos lejos de poder afirmar que la Ley haya conseguido todas las finalidades inicialmente previstas. Y ello no solo porque sigan existiendo decenas de muertas al año (hecho en sí mismo gravísimo), sino por otra serie de causas como son la no denuncia de las violaciones, las retiradas más o menos impuestas de las mismas, la todavía deficiente comprensión de la espiral de la violencia de género, la necesidad de seguir trabajando por la especialización en el ámbito judicial y policial, y un largo etcétera.

Ello se debe, y esto va mas allá del propio fenómeno de violencia de género, a que nuestro país sigue adoleciendo de una educación en Derechos Fundamentales liderada, además, des-

de la coeducación; porque no se enseña a vivir en Constitución, y porque sigue faltando un compromiso sincero, desde los más variados sectores y ámbitos, con los estudios de género. Posiblemente, la educación en valores democráticos, en principios constitucionales y en derechos fundamentales, sea todavía una asignatura pendiente de nuestro sistema político. Y es que cuando se ha intentado tímidamente (caso de la Educación para la Ciudadanía), determinados poderes públicos y privados han puesto el grito en el cielo (nunca mejor usada esta expresión por lo que a algunos sectores se refiere), haciéndola desaparecer.

Si las nuevas generaciones no están formadas en estos principios y valores, si la gran mayoría desconoce (a diferencia de lo que sucede en otros países) lo que es la Constitución y nuestro sistema de derechos fundamentales, ¿cómo pueden exigir a los poderes públicos y privados que garanticen el ejercicio de estos derechos? ¿cómo pueden obligarles a vivir en Constitución? Por ello, no nos podemos extrañar del machismo imperante —más o menos acusado, más o menos encu-

bierto—, de la continuación del sistema patriarcal, del aumento de las bolsas y colectivos de exclusión social, pero tampoco de los casos de corrupción, de la desafección ciudadana, de la negación de representatividad de nuestros cargos públicos y de un largo etcétera de cuestiones que se han visto acrecentadas con la actual crisis económica.

Reiteramos que la Ley de Violencia de Género fue un hito importante, pero también hay que destacar, a los diez años de su vigencia, las carencias de la misma y la falta de medios materiales y personales para su aplicación real y efectiva, especialmente en el ámbito formativo de las nuevas generaciones y también en la formación de los operadores jurídicos que han de aplicarla.

Creo que esta es la finalidad fundamental del libro que ahora comentamos. Aunque solo sea por ello, y sin olvidar que esta obra tiene otros muchos méritos ya reseñados, la lectura del mismo es recomendable no solo para los expertos sino para toda la ciudadanía.

Mi sincera enhorabuena a quienes han participado en el libro y a los promotores/as de tan importante obra.

Enrique Álvarez Conde

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

Joan OLIVER ARAUJO (director), *El futuro territorial del Estado español ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 791 pp.

Las actuales arenas movilizadas de la política española obligan a los especialistas en Derecho Constitucional a hacer un esfuerzo de teorización y de análisis que dé respuestas a la altura de los retos que plantea, hoy en España el tema, de la distribución territorial del poder. Frente a las posturas acomodaticias o huidizas, el profesor Joan Oliver Araujo –catedrático de Derecho Constitucional de la *Universitat de les Illes Balears* desde 1992– convocó unas *Jornadas* de estudio y reflexión para los días 23 y 24 de mayo de 2013, en las que se debatiese de forma amplia y sin restricciones apriorísticas el futuro territorial del Estado español. Tal convocatoria tuvo una amplia respuesta de la comunidad científica, tanto por el nivel académico de sus numerosos participantes como por la calidad de las ponencias y comunicaciones presentadas. Pues bien, todo este material ha sido, tras las oportunas correcciones por sus respectivos autores, recogido en libro: *El futuro territorial del Estado español ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, dirigido por Joan Oliver Araujo y coordinado por tres de sus discípulos: los doctores María Ballester Cardell,

Vicente J. Calafell Ferrá y Alberto Oehling de los Reyes.

El resultado es una obra de gran interés y actualidad, que plantea con libertad y sin eufemismos la grave problemática territorial de España y dibuja un futuro con preocupantes incógnitas. Como no hay una única respuesta al problema, en el libro se plantean tanto los antecedentes como las posibles soluciones, en un caleidoscopio jurídico de lectura tan agradable como reflexiva. El lector valorará, sin duda, la valentía de muchas de las afirmaciones aquí sostenidas, jurídicamente razonadas, aunque sin dejar de sopesar la necesidad, en último extremo, de un entendimiento político imprescindible para dar salida a los problemas que se han ido manifestando y que siguen sazonando la actualidad política de nuestros días.

En el «Prólogo» del libro, el profesor Luis López Guerra destaca que la mayoría de autores tienen claro que muchos de los problemas del actual diseño territorial de España tienen una naturaleza histórica, hecho que –sin duda– obliga a repasar el contexto del año 1978 e incluso a remontarse a la época franquista para intentar dilucidar el origen de algunos debates que

empezaron en aquella época. Tal y como subraya López Guerra, muchas de las actuales tensiones territoriales se resolvieron transitoriamente con una remisión al futuro, estudiada por diferentes autores en el libro, que dieron lugar a las simetrías y asimetrías del tiempo presente.

Ciertamente, si no se tiene claro el punto de partida y el complejo contexto de las Cortes Constituyentes de 1978, difícilmente se puede entender el tránsito de la España centralizada al Estado actual de las autonomías, con un grado de descentralización comparable a algunos de los países de mayor tradición federal. Precisamente por ello, tras la apresurada y asimétrica creación de las comunidades autónomas, uno de los problemas que abordan algunos autores es el difícil equilibrio entre el modelo federal clásico y la vía española que, pese a los esfuerzos en descentralizar, no ha satisfecho las expectativas de aquellas comunidades con mayores aspiraciones en materia de autogobierno.

Por esta razón, en la *primera parte* del libro –en el capítulo que escribe el profesor Oliver Araujo, titulado «España en la encrucijada»– se plantea el reto ineludible de afrontar los problemas de la estructura territorial y reconducirlos hacia una solución acorde con los tiempos. La propuesta del catedrático mallorquín apunta hacia dos líneas de actuación: la primera, la conversión de España en un país definitivamente federal, asumiendo todas las consecuencias del grado de descentralización y de autonomía política de la que gozan estos Estados en el contexto del constitucionalismo comparado; y, la segunda, el saneamiento de la

estructura territorial de España, a través de la supresión de las duplicidades (consejos, cabildos, diputaciones...) y la racionalización de las estructuras políticas en todo el Estado. Se trata, por lo tanto, de una postura clara y bien articulada, que sostiene sin los consabidos eufemismos que Cataluña y el País Vasco necesitan un status diferenciado del resto de comunidades autónomas o estados-miembros, ya que solo mediante la concesión de esta categoría diferencial se puede lograr un nuevo marco de convivencia y un reencauzamiento de la estructura territorial.

La propuesta del profesor Oliver Araujo es ligeramente distinta de otras que han presentado algunos colegas suyos, especialistas asimismo en Derecho Público, en los últimos años. Recuérdense los trabajos de gran paralelismo elaborados por algunos administrativistas, como el profesor Santiago Muñoz Machado, autor de *Informe sobre España* (Barcelona, Crítica, 2012) y de *Cataluña y las demás Españas* (Barcelona, Crítica, 2014), o de José Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y Sociedad* (Marcial Pons, Madrid, 2013), que coinciden en mostrar manifiestas insuficiencias en la actual distribución del poder territorial y plantean formas de reequilibrio.

En la prensa, a lo largo de los últimos meses, han aparecido no pocos artículos y debates de distinguidos especialistas en Derecho Público mostrando sus diferentes propuestas para la resolución del problema del diseño territorial de España, que –con sus diversas perspectivas, a menudo incompatibles entre sí– muestran cla-

ramente que la situación no puede seguir tal y como está. En lo que hay un común acuerdo es que el sistema tiene que ser reformado: la pregunta a resolver es cómo debe llevarse a cabo esta nueva articulación del poder territorial.

Algunos especialistas, entre los que hay muy pocos en el libro que aquí se recensiona, defienden la necesidad de una mayor recentralización del poder político, recreando la uniformización política que ha sido la tónica *in crescendo* desde el siglo XVI, con un incremento considerable después de los Decretos de Nueva Planta en el siglo XVIII. Otros, que constituyen la mayoría de los coautores del libro, defienden la necesidad de reorganizar de manera imaginativa la estructura del Estado, sin necesidad de volver al centralismo de antaño, aunque suprimiendo algunas atrofias e hipertrofias del actual sistema político. Las diferentes posiciones, en una perspectiva pluridisciplinar desde el Derecho Internacional Público hasta la Filosofía del Derecho, pueden verse en los trabajos recogidos en los bloques segundo, tercero y cuarto.

El *segundo bloque* lo inicia el profesor Francisco Javier Díaz Revorio, catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha, que aborda la cuestión territorial en perspectiva histórica, desde el siglo XVI hasta la transición democrática, en la que destaca algunos factores clave para entender las Cortes Constituyentes: el sistema de partidos, las fuertes reivindicaciones «autonomistas y separatistas», el terrorismo, la ausencia de un mapa regional y la imperiosa necesidad de alcanzar un

consenso. Este mismo autor alude a los rasgos abiertos de la Constitución y al desarrollo del modelo autonómico, detallando tres fases en este último: un primer momento de «café para todos», pero en dos niveles, siguiendo los dictados de la Constitución; una segunda fase de homogeneización de todos («todos café con leche»); y una tercera fase, en la que, después de 2006, se pretenden diferentes cafés con las reformas de los Estatutos.

En este mismo segundo bloque el profesor Fernando Rey Martínez, catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid y Consejero del Consejo Consultivo de Castilla y León, explica algunos de los problemas y encrucijadas en las que se encuentra en la actualidad el Estado autonómico. Por su parte, el profesor José Manuel Vera Santos, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, realiza algunas precisiones terminológicas doctrinales sobre el concepto de Estado, destacando las diferencias entre el Estado unitario, federal, autonómico... para aplicarlas al caso de España.

Por su parte, el profesor Sebastià Serra Busquets, catedrático de Historia Contemporánea en la *Universitat de les Illes Balears*, elabora un estudio detallado sobre el sistema de partidos políticos y los resultados electorales de las comunidades autónomas en el período comprendido entre 1980-2012; y J. Alberto del Real Alcalá, profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén, profundiza sobre el artículo segundo de la Constitución y las posibilidades que ofrece para los casos hipotéticos de

autodeterminación y de secesión. Por último, cierra este bloque el Dr. Vicente J. Calafell Ferrá, profesor asociado de Derecho Constitucional, se centra en el principio dispositivo negativo, es decir, en el derecho a no acceder a la autonomía política.

La *tercera parte* del libro versa sobre la crisis y el agotamiento del actual Estado autonómico español, indicando especialmente posibles salidas. En la primera ponencia, el profesor Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén, expone en perspectiva general el debate y las propuestas de revisión constitucional, destacando el agotamiento del Estado autonómico, así como las diversas hipótesis políticas existentes, algunas de ellas problemáticas, como el llamado «derecho a decidir».

Por su parte, el abogado menorquín Joan Huguet Rotger hace un rápido balance de la actual España autonómica y en su trabajo intenta poner las bases de la conversión de la estructura territorial en una de carácter federal, abogando por una reforma en profundidad del Senado. Por su parte, el también abogado Antonio Deyá Cerdá explica las razones de la labilidad de la Nación Española, como un problema que hace ineficaz el principio de unidad. En su intervención, Adrià Rodés Matheu, doctor en Derecho y profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona, hace un balance del diálogo de sordos en el campo constitucional y la necesidad de buscar una coherencia territorial para España. El geógrafo y analista político Xavier Cassanyes García en su escrito expone pragmati-

camente las necesidades de una segunda transición, después del agotamiento del juancarlismo: un proyecto federal avalado por la monarquía.

Luis A. Gálvez Muñoz, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia y Consejero del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, escribe al alimón con José G. Ruiz González, profesor colaborador honorario de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia, sobre la conferencia de presidentes autonómicos o la historia interminable de la cooperación horizontal en el Estado autonómico. Ambos autores indican los encuentros y desencuentros entre los presidentes autonómicos y el futuro de esta institución *non nata*.

En un trabajo de gran interés, la profesora Maria Ballester Cardell, coordinadora del libro como ya hemos dicho, explica los problemas de la enseñanza *de* y *en* las lenguas oficiales del Estado español, indicando algunos problemas jurisprudenciales, especialmente del caso catalán. Por su parte, Carmen Bañuelos Madera –abogada, socióloga y politóloga, así como profesora tutora de CC. Políticas y Sociología de la UNED de Madrid– explica la incidencia de la crisis en la desafección ciudadana, especialmente en el caso de la Comunidad de Madrid.

El *cuarto bloque* del libro está centrado en Cataluña y su supuesto «derecho a decidir», cuya base jurídica y conceptual dista de ser universal y compartida por todos. Sobre este tema, destaca en primer lugar la ponencia del profesor Carles Viver Pi-Sunyer, catedrático de Derecho Constitucional de la *Universitat Pompeu*

Fabra y Director del *Institut d'Estudis autonòmics* de la Generalitat de Cataluña, en la que aborda los problemas jurídicos y políticos de este derecho, esgrimido por quienes quieren llevar a cabo un acto formal para que los catalanes expresen su voluntad política. Por su parte, Antonio Torres del Moral, catedrático de Derecho Constitucional de la UNED, explica los problemas resultado de la conjugación del Estado autonómico y los derechos históricos, debidos –según el autor– a la imprecisa terminología institucional y a la existencia de derechos de muy diferente indole en Navarra, el País Vasco y Cataluña, proponiendo la negociación como método para salir del actual atolladero político.

Josep Maria Castellà Andreu, profesor titular de Derecho Constitucional de la *Universitat de Barcelona* y acreditado para el cuerpo de catedráticos, intenta exitosamente una aproximación a los escenarios del referéndum y de la secesión sobre el derecho a decidir en Cataluña, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, indicando las posibilidades y las vías que quedan abiertas para el futuro. Seguidamente, Joan David Janer Torrens, profesor titular de Derecho Internacional Público de la *Universitat de les Illes Balears*, lleva a cabo algunas consideraciones de gran interés sobre la declaración de soberanía y el derecho a decidir a la luz no solo del Derecho Internacional, sino también específicamente desde el Derecho Comunitario, que aclaran los posibles escenarios de una Cataluña eventualmente independiente de la Unión Europea.

Felio José Bauzá Martorell, profesor asociado de Derecho Administra-

tivo de la Universitat de les Illes Balears y Consejero-Secretario del Consejo Consultivo de les Illes Balears, hace un recorrido sintético desde el principio dispositivo al derecho a decidir en la integración territorial de España. Por su parte, Josep Melià Ques, letrado-asesor jurídico del Ayuntamiento de Sant Llorenç (Mallorca) y abogado, proyecta su visión sobre el derecho a decidir intentando mostrar las analogías de Cataluña con otros casos, a su juicio, comparables, como el de Escocia o el de Quebec.

En su trabajo, Joan Rosselló Cardona, profesor asociado de Derecho Constitucional en la *Universitat Pompeu Fabra*, realiza un interesante análisis comparado de las estrategias y las negociaciones de los grupos parlamentarios catalanes en su aspiración de un mayor autogobierno, tanto en el caso del Estatuto de 2006 como en el proceso para el derecho a decidir de los últimos años. La perspectiva internacional que aporta sobre el tema Gerardo Prado, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de San Carlos de Guatemala, muestra que la autodeterminación de los pueblos podría ser una posible salida a la crisis del actual Estado autonómico español. Cierra el bloque Marina Reynés Llamas, Graduada en Derecho por la *Universitat de les Illes Balears*, cuyo escrito versa acerca de la coerción estatal sobre las comunidades autónomas, mostrando los supuestos de hecho, el procedimiento, las medidas, el control y la aplicación.

El libro concluye con una *quinta parte o bloque* sobre la aportación del Derecho Comparado a la solución del conflicto territorial español. Los tres

primeros textos del bloque proceden de constitucionalistas italianos. El primero, sobre «referéndums» regionales, plebiscitos y secesiones, buscando usar un precedente italiano que pueda ser útil para España, se debe a la pluma de Lucio Pegoraro, catedrático de Derecho Público Comparado de la Universidad de Bolonia (Italia). En el siguiente texto, Giancarlo Rolla, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Génova (Italia), detalla la evolución del principio unitario en Italia desde la Unificación (encarnada en un primer momento en la Monarquía) hasta la República. Y, finalmente, Silvio Gambino, catedrático de Derecho Constitucional Italiano y Comparado de la Universidad de la Calabria, dedica su escrito a glosar la unidad e identidad de la nación italiana en el marco del 150º aniversario de la unificación y de las recientes modificaciones constitucionales.

Seguidamente en libro incluye dos textos de carácter teórico de dos profesores alemanes. Por una parte, «Liberalismo, nacionalismo y derecho a la autodeterminación» de Frank Dietrich, catedrático de Filosofía Política de la Universidad Heinrich Heine de Düsseldorf; y, por otra, «Nacionalismo regional. Retos políticos de una Europa en crisis» de Sabine Riedel, profesora titular de Ciencia Política en la Universidad de Magdeburgo, ambos traducidos por Alberto Oehling de los Reyes.

La experiencia americana es la que pone punto y final a este voluminoso libro. Antonio María Hernández, catedrático de Derecho Público Provincial y Municipal en la Universidad Nacio-

nal de Córdoba (Argentina), escribe sobre soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación. Por su parte, Ricardo Haro, catedrático emérito de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba, aporta la experiencia federal de Juan Bautista Alberdi (Tucumán, 1810 – Francia, 1884) y reflexiona sobre su propuesta.

José F. Palomino Manchego, catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú, dedica su estudio a la autonomía municipal en la Constitución peruana de 1993. La profesora Mara Yesenia López Cambrán, docente de Derecho Procesal Administrativo en la Universidad de San Carlos de Guatemala, expone los problemas del territorio, los órganos administrativos y su gestión desde la perspectiva guatemalteca. Concluye el libro con el capítulo de Manuel Yáñez Espinosa, ayudante de Derecho Político y Constitucional en la Universidad de Talca (Chile), sobre los desafíos pendientes de la regionalización en Chile a la luz de las experiencias comparadas, especialmente europeas.

Con todo lo dicho hasta aquí, poco debe añadirse para que el lector comprenda la importancia y la complejidad del volumen, en el que caben propuestas muy diversas, aunque todas ellas aderezadas con un espíritu crítico y reformista. Como indica Joan Oliver Araujo, «el Estado autonómico nacido de la Constitución de 1978 ha tocado fondo y está a todas luces agotado», y no solo esto, sino que el «tema territorial, lejos de calmarse

tras treinta y cinco años de democracia avanza como río desbocado que amenaza con llevarse todo por delante» (p. 27).

Este voluminoso libro contiene muchas reflexiones de valor, que nacen al calor del Derecho Constitucional, pero que se proyectan hacia las diferentes dimensiones del pensamiento, de la historia y de la política, disciplinas que, a su vez, alimentan de nuevo el sustrato conceptual de la Teoría del Estado y lo enriquecen. Unas aportaciones son más propositivas y carecen de notas y apoyo bibliográfico, mientras que las más son de factura netamente académica. No hay

duda de que se trata de un libro certero y publicado en un momento muy adecuado, con el indudable atractivo de tener muchos capítulos de distinta orientación (todos ellos con un resumen en español y en inglés, un detalle que muchos lectores agradecerán).

Debe felicitarse, por lo tanto, al profesor Oliver Araujo, por su idea y su ejecución, así como a los coordinadores del volumen, María Ballesster, Vicente J. Calafell y Alberto Oehling, por su contrastado buen hacer y por la espléndida realidad que supone este libro, sin duda un acicate y un reto para todos los amantes de la *res publica*.

Rafael Ramis Barceló

Profesor Contratado Doctor de Historia del Derecho
Universitat de les Illes Balears

María PÉREZ-UGENA COROMINA, *La objeción de conciencia entre la desobediencia y el Derecho Constitucional*, Thomsom Reuters, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2015

La autora, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, aborda una cuestión escasamente estudiada por la doctrina constitucionalista, pero con un amplio elenco de estudios realizados desde otras vertientes doctrinales y con una fecunda jurisprudencia constitucional. La autora se plantea la cuestión de la necesidad de esa acción legislativa o si resulta suficiente «su reconocimiento por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», aunque matizando que no se trata de «un derecho abstracto, general e incondicional, que sería incompatible con el contenido del artículo 9.1 y la obligatoriedad en el cumplimiento de las leyes».

En todo caso la autora sostiene que, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85, la objeción de conciencia ha sido admitida con la sola cobertura del artículo 16 de la Constitución y, por tanto, dicho Tribunal está facultado para decidir supuestos de objeción de conciencia sin necesidad de ley reguladora, lo que no obsta, sin embargo, para afirmar «que no es posible llegar a concluir la existencia de un derecho de objeción de conciencia con alcance general a partir de lo dispuesto en la Constitución»,

tal como dispone la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La profesora Pérez-Ugena realiza un exhaustivo análisis del tema. Estructura la obra en ocho apartados, después de una clara exposición introductoria, hace referencia en el apartado segundo a «Los fundamentos de la objeción de conciencia», basándose en valores «primigenios», es decir, en valores fundamentales desde el surgimiento de los estados, valores que fundamentan un Estado social y democrático de Derecho: La libertad, la igualdad, el pluralismo y la tolerancia. En este estudio, la profesora Pérez-Ugena, matiza de manera clara y concisa la conexión entre estos valores y la objeción de conciencia, llegando a la conclusión de que es fundamental el reconocimiento de la objeción de conciencia en toda sociedad democrática que se precie.

En el apartado tercero, se delimita «la categorización jurídica de la objeción de conciencia», a través de un análisis cuidadoso de la objeción de conciencia reconociendo que se trata de «un campo fértil en discrepancias, no sólo doctrinales, sino, como veremos, incluso de rectificaciones de ciento ochenta grados en las resoluciones del Tribunal Constitucional».

A partir de esta conclusión, el trabajo pasa a examinar una serie de supuestos, tales como:

- a) El derecho a la objeción de conciencia y de educación: la Autora considera como elemento clave en una sociedad democrática, la educación en valores, sobre todo en el sentido de una correcta integración en sociedades interculturales. En España, para alcanzar esta integración se centraron, entre otras cuestiones, en el estudio de la asignatura de «educación para la ciudadanía» aunque fue un fracaso porque suprimieron dicha asignatura en el año 2013. Así la autora en este apartado, recoge la regulación constitucional en España sobre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, así como, todo su desarrollo legislativo, haciendo hincapié en determinadas cuestiones que le sugieren mayor interés, como por ejemplo, *el caso de los padres a que sus hijos reciban la enseñanza en casa, portar símbolos en los centros educativos, y el caso de la presencia de símbolos en las aulas*.
- b) La objeción de conciencia en el ámbito sanitario: aquí se diferencia entre dos cuestiones; en el primer caso, en *la objeción ante el aborto*, la profesora señala que «el Estado está obligado a dotar los medios necesarios para que se hagan efectivos los derechos que la ley concede a quien decide la interrupción de un embarazo dentro de los supuestos legalmente establecidos, pero dicha afirmación debe hacerse compatible con los derechos del personal sanitario. En los textos internacionales se reconoce la objeción de conciencia frente al aborto salvo excepciones, de peligro para la madre». En el segundo caso, *en relación con ciertos tratamientos médicos*, la Autora señala que «es un tema complejo susceptible de supuestos muy dispares que pueden provenir tanto del personal sanitario como de los propios pacientes o sus familiares» y realiza de manera minuciosa un análisis jurisprudencial con el que manifiesta su acuerdo, «ante una situación de urgencia sanitaria de carácter general, sí puede darse el supuesto de objeción de conciencia y que si fuera posible hacer efectivo el derecho debe intentarse, por ejemplo, a través de medidas alternativas, que impidan el conflicto entre la norma general y la conciencia individual».
- c) Dentro del desarrollo de estos supuestos, para no olvidar ninguno de los campos de la objeción de conciencia, concluye de manera general, pero con incidencia con otros ámbitos del ejercicio de la objeción de conciencia, como por ejemplo; en el ámbito de la aplicación del Derecho; en la formación de las mesas electorales; en materia fiscal, en relación a juramentos promisorios; en el ámbito laboral; con respecto a los límites a portar ciertas vestimentas de contenido

religioso y por último la objeción de conciencia en la Función Pública. Dando cabida a un completo y exhaustivo análisis de todos los supuestos imaginables sobre la objeción de conciencia.

Finaliza este estudio con la determinación de los límites de la objeción de conciencia que clarifica en dos órdenes:

- a) Límites generales
- b) El orden público como límite expreso al derecho.

De acuerdo con estos límites la autora concluye esta monografía afir-

mando que: «Los límites propios de la objeción de conciencia derivan, primero de su no configuración como derecho fundamental sino como derecho constitucional que precisa de interposición legislativa y/o judicial, y segunda, de la teoría general de los límites al ejercicio de todos los derechos de manera directa o indirecta consagrados por nuestra Constitución».

Es una monografía que demuestra una contundente rigidez en el estudio de un tema complejo, plasmado con una manifiesta madurez intelectual, que permite al lector una inmersión muy profunda de la objeción de conciencia.

Clara Souto Galván

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

EN ESTE NÚMERO
DE *ESTUDIOS DE DEUSTO* COLABORAN

David ALMAGRO CASTRO es doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla y doctor en Derecho constitucional por la Doctor en Derecho por la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Enrique ÁLVAREZ CONDE es Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Guillermo ARANZABE PABLOS es Técnico de la Autoridad Vasca de la Competencia.

Demelsa BENITO SÁNCHEZ es Profesora ayudante doctora de Derecho penal de la Universidad de Deusto.

Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE es Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca.

Amina EL MESSAOUDI es Catedrática de Derecho constitucional de la Universidad Mohamed V (Agdal – Rabat, Marruecos).

María ELÓSEGUI ITXASO es Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza, Experta de la Comisión contra el racismo y la intolerancia del Consejo de Europa (ECRI) y Becaria de la Fundación Alexander von Humboldt.

Pablo FIGUEROA REGUEIRO es *senior associate* en Gibson Dunn & Crutcher LLP's (oficina de Bruselas).

Arseni GIBERT BOSCH es Presidente de la Autoritat Catalana de la Competencia.

Javier GUILLÉN CARAMÉS es Profesor Titular de Derecho administrativo (acreditado como Catedrático) de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Francisco HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ es Presidente del Consello Galego da Competencia y Profesor titular de Derecho mercantil de la Universidad de Santiago de Compostela.

Roldán JIMENO ARANGUREN es Profesor titular de Historia del Derecho de la Universidad Pública de Navarra, doctor en Historia por la misma Universidad, doctor en Filosofía y Ciencias de la Educación por la Universidad del País Vasco y doctor en Derecho por la Universidad de Deusto.

Inés OLAIZOLA NOGALES es Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra.

Rafael RAMIS BARCELÓ es Profesor contratado doctor de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universitat de les Illes Balears.

Joan RIDAO MARTÍN es *conseller* del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Cataluña y profesor de Derecho Constitucional (acreditado a Titular y Agregado) de la Universidad de Barcelona.

José Antonio RODRÍGUEZ MIGUEZ es Secretario General del Consello Galego da Competencia, doctor en Derecho y miembro del IDIUS.

Robert ROULUSONIS ha sido becario de la Autoridad Vasca de la Competencia.

Clara SOUTO GALVÁN es doctora en Derecho y profesora de Derecho constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Germán M. TERUEL LOZANO es doctor europeo en Derecho por la Universidad de Bolonia.

José Manuel VERA SANTOS es Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Gabriele VESTRI es doctor en Derecho y profesor de Derecho constitucional de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla).

Susana VIÑUALES FERREIRO es profesora ayudante del Departamento de Derecho administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Cada autor es responsable de sus asertos y opiniones. *Estudios de Deusto* solamente de que el valor científico de sus trabajos les merece ser publicados.

REVISTA ESTUDIOS DE DEUSTO

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación de excelente calidad sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: <RevistaEstudios@deusto.es>.
3. **Formato.** En la primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras).
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge, por ejemplo, en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
 - a) **Bibliografía.**
 - GARCÍA-PELAYO ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
 - DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La doctrina del “levantamiento del velo” y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.
 - b) **Legislación.**
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
 - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
 - c) **Jurisprudencia.**
 - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, n.º 3055.
5. **Proceso de publicación.** *Estudios de Deusto* utiliza el sistema de evaluación «doble ciego». El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión (\pm 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.
7. **Reseñas de libros.** La revista *Estudios de Deusto* no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su recensión o reseña.

Estudios de Deusto

Volume 63, Issue 1, January-June 2015

Table of Contents

Special Issue: Decentralization and Competition Law

The Decentralization of the Spanish Competition System. Advantages and disadvantages
Arseni i Gibert Bosch

The competences of the National Markets and Competition Commission and the Regional Authorities in the application of the Competition Law
Javier Guillén Caramés

The future of the decentralized application of defense of competition
Francisco Hernández Rodríguez

The «Spanish competition authorities network»: the opportunities of a decentralized system to grow up in efficiency
José Antonio Rodríguez Miguez

Administrative Contracting and Local Administration in the Basque Competition Authority. The 'Pinosolo' Case
Guillermo Aranzabe Pablos

Some brief considerations on the Commission's 'non-unlimited' discretionality when rejecting

Competition Law complaints under Regulation 1/2003 - The General Court's ruling in case t-201/11 si.mobil v European Commission
Pablo Figueroa Regueiro

Understanding How and Why the U.S. Competition Law System is Decentralized
Robert Roulusonis

Studies

Revisiting the funding scheme of Spanish Political Parties. The Organic Law 8/2007 and the October 2012 and March 2015 reform
David Almagro Castro

Analysis of the crime of corruption incorporated in International business transactions by the Organic Law 1/2015 reforms, of March 30
Demelsa Benito Sánchez

The International criminal response to corruption. Consequences on the Spanish legislation
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

The return of the concept of 'Deutsche Leitkultur' following current integration plans of immigrants within Germany
María Elósegui Itxaso

Examination of the Sources for the Study of the History of Marriage and Unmarried Couples: An Approach from Navarre
Roldán Jimeno Aranguren

'Measures of democratic regeneration'. The new regulation of the funding system of political parties in Spain
Inés Olaizola Nogales

The oscillating doctrine of the Constitutional Court on the definition of the public consultations by referendum. A critical review through four judgments
Joan Ridao Martín

Notes

The new statute of the Government in the 2011's Moroccan Constitution
Amina El Messaoudi

Liquid democracy, an alternative to classical politics? A contextual study
Gabriele Vestri

Article 41 of the Charter's Fundamental Rights of the European Union: a critical approach
Susana Viñuales Ferreiro

Book reviews