

Estudios de Deusto

Vol. 58/2 Julio-Diciembre 2010

Sumario

Estudios

Obra cinematográfica, derecho de autor y competencia judicial internacional en la Unión Europea

Santiago Areal Ludeña

La reforma laboral de 2010. ¿Qué reforma?

Francisco Javier Arrieta Idiákez

Análisis crítico del discurso político en la prensa escrita

Ignacio María Beobide Ezepeleta

La política criminal securitaria en la reforma penal de 2010

Juan Ignacio Echano Basaldua

La búsqueda y conservación de los datos

informáticos en el Derecho norteamericano. E-discovery

Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños

Cambios en la política de seguridad vial en España entre 2004 y 2010: Un análisis centrado en el diseño institucional

Jordi Tena Sánchez

Servidumbre y grandeza de la mediación en el ámbito del Derecho privado de la Unión Europea

Manuel María Zorrilla Ruiz

Notas

Repercusiones jurídico-políticas de la interdicción lingüística: tabú, censura y corrección política

Miguel Álvarez Ortega

La reapertura del concurso de personas jurídicas y su finalidad liquidatoria: estudio de su régimen legal

Enrique Gadea Soler

La influencia de la voluntad popular sobre la interpretación constitucional judicial en Venezuela: ¿Abuso de los conceptos jurídicos indeterminados?

Emilio J. Urbina Mendoza

Conferencia

Otra regulación interina de la incapacidad temporal. La eterna anarquía regulatoria de una contingencia transitoria

Victor Fernando Manrique

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Incluida en el catálogo LATINDEX

Indexada en las bases de datos ISOC, IBZ, PIO y PAIS

Fundada en 1904

Segunda época. Vol. 58/2

Desde su fundación vol. 85

(Fasc. 126)

Julio-Diciembre 2010

Bilbao
Universidad de Deusto
2010

Director:

Ignacio María Beobide

Secretario:

Luis Ignacio Gordillo

Consejo de redacción:

Ricardo de Ángel Luis Ignacio Gordillo
Iciar Basterretxea Gema Tomás
Ignacio María Beobide Demetrio Velasco
María Pilar Canedo

Consejo asesor:

Rosario Besné Víctor Fernando Manrique
Javier Caño (†) Ramón Múgica
Jorge Caramés Fernando Renedo
Juan Echano Javier San Juan
Aitziber Emaldi Manuel María Zorrilla
Marta Enciso

Administración:

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

Distribución:

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

Precios de suscripción:

Europa 41 €
Otros países 50 \$
Número suelto 22 €

IVA incluido

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.
Indexada en las bases de datos ISOC, IBZ, PIO y PAIS.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo 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.

Publicación impresa en papel ecológico.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - E48080 Bilbao
Correo electrónico: publicaciones@deusto.es

ISSN: 0423 - 4847

Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain.

Sumario

Estudios

- Santiago AREAL LUDEÑA, *Obra cinematográfica, derecho de autor y competencia judicial internacional en la Unión Europea* 11
- Francisco Javier ARRIETA IDIAKEZ, *La reforma laboral de 2010. ¿Qué reforma?* 61
- Ignacio María BEOBIDE EZPELETA, *Análisis crítico del discurso político en la prensa escrita* 97
- Juan Ignacio ECHANO BASALDUA, *La política criminal securitaria en la reforma penal de 2010* 173
- Antonio Evaristo GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La búsqueda y conservación de los datos informáticos en el Derecho norteamericano. E-discovery* 205
- Jordi TENA SÁNCHEZ, *Cambios en la política de seguridad vial en España entre 2004 y 2010: Un análisis centrado en el diseño institucional* 247
- Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Servidumbre y grandeza de la mediación en el ámbito del Derecho privado de la Unión Europea* 299

Notas

- Miguel ÁLVAREZ ORTEGA, *Repercusiones jurídico-políticas de la interdicción lingüística: tabú, censura y corrección política* 323
- Enrique GADEA SOLER, *La reapertura del concurso de personas jurídicas y su finalidad liquidatoria: estudio de su régimen legal* 343
- Emilio J. URBINA MENDOZA, *La influencia de la voluntad popular sobre la interpretación constitucional judicial en Venezuela: ¿Abuso de los conceptos jurídicos indeterminados?* 363

Conferencia

- Víctor Fernando MANRIQUE LÓPEZ, *Otra regulación interina de la incapacidad temporal. La eterna anarquía regulatoria de una contingencia transitoria* 379
-

Table of Contents

Studies

Santiago AREAL LUDEÑA, <i>Character Piece, Copyright and Jurisdiction in the European Union</i>	11
Francisco Javier ARRIETA IDIAKEZ, <i>The 2010 Labour Market Reform. Which reform option?</i>	61
Ignacio María BEOBIDE EZPELETA, <i>A Critical Analysis of the Political Discourse within the Press</i>	97
Juan Ignacio ECHANO BASALDUA, <i>Securitarian Policies within the 2010 Criminal Code Amendment Act</i>	173
Antonio Evaristo GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, <i>Discovery and Preserve Information of Electronic Data. State of Item in American Law</i>	205
Jordi TENA SÁNCHEZ, <i>Changes on Road Safety Policies in Spain from 2004 to 2010: A Critical Analysis from the Point of View of Institutional Design</i>	247
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Servitude and Greatness of Mediation in Private Law within the European Union</i>	299

Notes

Miguel ÁLVAREZ ORTEGA, <i>Political and Legal Consequences on Restrictions on Speech: Taboo, Censorship, Political Correctness</i>	323
Enrique GADEA SOLER, <i>Reopening of Insolvency Proceedings in the Case of Legal Persons and its Liquidation: a Study of its Legal Regime</i>	343
Emilio J. URBINA MENDOZA, <i>The influence of the people's will in Constitutional Interpretation. An abuse of vague legal concepts?</i>	363

Conference

Víctor Fernando MANRIQUE LÓPEZ, <i>Another interim regulation of temporary disabilities. The everlasting regulatory anarchy of temporary contingencies</i>	379
--	-----

ESTUDIOS

Obra cinematográfica, derecho de autor y competencia judicial internacional en la Unión Europea

Santiago Areal Ludeña

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 17.11.2010

Aceptado: 20.12.2010

Resumen: El principal objetivo de este trabajo es el estudio, en la Unión Europea, de las normas sobre competencia judicial internacional vinculadas a los conceptos de propiedad intelectual y derecho de autor, específicamente desde el punto de vista del Reglamento 44/2001 de la Unión Europea. Comenzando por sus artículos 2, 5 y 22, el trabajo se enfrenta a las diferentes posibilidades de aplicación de estos preceptos, en situaciones que van desde la creación del derecho de autor, hasta la explotación del mismo, con algunas propuestas de reforma. En su parte final, el trabajo aborda algunas cuestiones relacionadas con el derecho aplicable en los supuestos de Copyright, y a su tratamiento por parte de los Convenios Internacionales.

Palabras clave: propiedad intelectual, competencia judicial internacional, Derecho internacional privado, Unión Europea, Reglamento 44/2001.

Abstract: *The main goal of this work is the study, in the European Union, of the Jurisdiction rules that are linked to the concepts of intellectual property and Copyright, specifically from the point of view of the European Union Regulation 44/2001. Departing from the rules 2, 5 and 22 of that Regulation, this work faces with the different possibilities of application of these rules, in situations that come from the establishment of the copyright, to arrive to the exploitation or development of that right, with some proposals of change. Finally, the work faces with some questions of Copyright law (applicable law) and International Conventions.*

Key words: *copyright, jurisdiction of domestic courts, private international law, European Union, Regulation 44/2001.*

Sumario: I. Algunas ideas introductorias.—II. Creación del derecho de autor y normas sobre competencia judicial internacional. 1. *Punto de partida.* 2. *Las disposiciones de los textos internacionales especializados en la materia.* 3. *El necesario recurso a las normas de Derecho Internacional Privado.* A) Ideas introductorias. B) Normas de origen convencional. En particular, el Reglamento del Consejo 44/2001 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.—III. Explotación del derecho de autor y normas sobre competencia judicial internacional. 1. *Planteamiento de la cuestión.* 2. *El artículo 5.1 del Reglamento 44/2001.* A) En general. B) Su aplicación a los contratos de explotación de los derechos de autor. 3. *El artículo 23 y el artículo 24 del Reglamento 44/2001.* 4. *Algunas propuestas de reforma.*—

IV. Derecho aplicable y Convenios Internacionales sobre la propiedad intelectual. 1. *Algunas ideas introductorias*. 2. *El Convenio de Berna de 1886*. A) Las normas que determinan la protección del Convenio. B) La prioridad entre los criterios de protección. C) La aparición de las cuestiones de competencia legislativa. D) El Derecho aplicable a las obras protegidas. E) El principio del tratamiento nacional. F) Restricciones en la aplicación de la ley del Estado protector (*lex loci protectionis*). G) La búsqueda de soluciones alternativas.

I. Algunas ideas introductorias

1. El presente trabajo pretende realizar un estudio acerca de algunos de los criterios que, desde la óptica europea, vienen utilizando nuestros jueces y tribunales a la hora de determinar su competencia judicial internacional, en relación a la actividad cinematográfica. Ahora bien, con carácter previo, consideramos pertinente formular algunas observaciones. La primera se refiere a la mención de la fuente jurídica de la que bebe directamente la cuestión: la propiedad intelectual, en sentido amplio. La segunda, de nuevo, es la dimensión esencialmente internacional de la actividad cinematográfica, lo que nos debe alejar, imperativamente, de un estudio puramente nacional, para desembocar en uno de sus escenarios de referencia: las normas vigentes en la Unión Europea¹.

2. Pues bien, partiendo de esta realidad, hemos diferenciado en nuestra exposición entre creación y explotación del derecho de autor, y hemos decidido dejar para el final algunas consideraciones acerca del derecho aplicable y los Convenios internacionales sobre propiedad intelectual.

¹ No pretendemos, en ningún momento, abordar un estudio en profundidad acerca de la propiedad intelectual, sino sólo un acercamiento, como hemos apuntado, a algunas cuestiones vinculadas con la competencia judicial internacional en la Unión Europea. Para el que desee profundizar en el estudio de la propiedad intelectual, vid., entre otros, DUTFIELD, G. y SUTHERSANEN, U.: *Global Intellectual Property Law*, Northampton, Edward Elgar, 2008; BENTLY, L. y SHERMAN, B.: *Intellectual Property Law*, Third. Ed., Oxford University Press, 2009; CARRASCOSA GONZALEZ, J.: "Propiedad intelectual e industrial", en Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11.ª ed., Comares, Granada, 2009-2010, p.765 ss; LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A.: "Contratos Internacionales sobre propiedad intelectual e industrial", en *Curso de Contratación Internacional*, 2.ª ed., Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (dirs.), Colex, Madrid, 2006, p. 563 ss. Ahora bien, si lo que se desea es un estudio detallado de la obra cinematográfica, desde el punto de vista jurídico, son muy recomendables, entre otros, BIEDERMAN, DONALD. E., et al.: *Law and Business of the Entertainment Industries*, Fifth Ed., Praeger, Westport, Connecticut, London, 2007, en especial, p. 739 ss.; CARRASCOSA GONZALEZ, J.: "Contratos audiovisuales internacionales", en *Curso...*, cit., p. 613 ss.; MONTELS, B.: *Contrats de l'audiovisuel*, Lilec, Paris, 2007.

II. Creación del derecho de autor y normas sobre competencia judicial internacional

1. Punto de partida

3. La competencia judicial internacional en relación a la creación y validez de los derechos de propiedad intelectual, ligados a la actividad cinematográfica, es una cuestión que, en la actualidad, en el marco jurídico comunitario, se encuentra suficientemente abordada, tanto por el Reglamento 44/2001, como por los Convenios de Bruselas y Lugano². Si estas normas no fueran de aplicación, serán las normas internas de cada uno de los Estados parte las encargadas de resolver la cuestión³. Ahora bien, antes de pasar al estudio de aquellos preceptos convencionales que consideramos de la mayor importancia para esta cuestión, es necesario estudiar si existe alguna norma en los Convenios especializados sobre la materia porque, de ser así, ese criterio predominaría sobre las otras normas convencionales⁴.

2. Las disposiciones de los textos internacionales especializados en la materia

4. Desde una perspectiva tradicional o clásica, las únicas normas que muestran cierto interés en este contexto se encuentran íntimamente relacionadas con uno de los pilares en los que se apoya la existencia misma del derecho a la propiedad intelectual: el principio del tratamiento nacional o territorial. La Convención de París establece en su art. 2.1 que “...*nationals of any country of the Union shall, as regards the protection of intellectual property, enjoy in all other countries of the Union the advantages that their respective laws now grant, or may hereafter grant, to nationals...*”. La Convención de Berna, por su lado, dice en el 5.2 que “...*authors shall enjoy, in respect of works for which they are protected under this Convention, in countries of the Union other than the country of origin, the rights which their respective laws do now or may hereafter grant to their nationals...*”. Si acudimos a algunos autores, nos encontramos con que es lugar común derivar de estos preceptos una perspectiva estrictamente territorial respecto a la competencia judicial, ya que la competencia exclusiva estaría depositada en aquellos tribunales de aquellos Estados que garantizaran lo que se denomina el

² Vid., por todos, en este sentido, LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A.: “Contratos Internacionales...”, cit., p. 572.

³ Vid., Id., p. 581; CARRACOSA GONZALEZ, J.: “Propiedad intelectual...”, en *Derecho Internacional...*, cit., p. 767.

⁴ Sobre los Convenios de Bruselas y Lugano, así como en relación al Reglamento 44/2001, vid., por todos, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 11.º, ed., 2010, Comares, Granada, p. 102 ss.

national treatment, y bajo cuyas normas el derecho a la propiedad intelectual se hubiera creado o garantizado⁵.

5. Ahora bien, esta toma de postura no es pacífica y, en este sentido, no faltan opiniones que consideran que esta defensa a ultranza del principio de territorialidad no se induce con tanta claridad de los dos textos internacionales citados, por lo que debe ser rechazado⁶. El tratamiento nacional o territorial no establece cuál debe ser el tribunal competente, sino que sólo actúa en el denominado *choice of law level*, de tal forma que las mismas normas sustantivas deberán ser de aplicación, en relación a los derechos de la propiedad intelectual, tanto si las partes son nacionales como si son no nacionales⁷. Esta interpretación, además, está apoyada por los propios textos internacionales. Así, cuando la Convención de Berna se refiere en su art. 5.2 el tratamiento nacional como “...*the extent of the protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed...*”, y, sobre todo, establece su ámbito como “... *the enjoyment and the exercise of these rights...*”. En particular, en este último caso, no parece existir duda de que está realizando una clara alusión a las cuestiones de *choice of law*, de elección del derecho aplicable, lo que se nota, de manera particular, cuando se refiere a que esas cuestiones deberán ser “...*governed by the law...*”⁸. Y a la misma conclusión se llega si atendemos al art. 2.3 de la Convención de París

⁵ Vid., por todos, ULMER, E.: *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, Deventer, 1978, pp. 9-10, cuando dice que “...*a limitation of international jurisdiction must be accepted in the sense in the sense that legal protection may be claimed only before the national courts on the basis of the natural copyright or industrial property right...*”.

⁶ Vid., por ejemplo, CORNISH: “The Significant but limited SCOPE of the IP Conventions”, en *Ip and PIL conference, Cambridge, 24 February 1996*. KOUMANTOS: “Copyright and PIL in the Face of the International Diffusion of Works”, en *WIPO Symposium of the Future of Copyright and Neighbouring Rights, 1994*, pp. 233-234.

⁷ Vid. CORNISH: “The Significant...”. cit.

⁸ Podría caber alguna duda en este contexto respecto al significado de la expresión *means of redress*. A primera vista, parece que no establece competencia judicial internacional, en particular, si atendemos a los borradores del texto final, que en ningún momento se refieren a la competencia judicial y se centran en las cuestiones de derecho aplicable, siempre en relación a la definición de igual tratamiento que proporcionamos del principio de tratamiento nacional. Así, en RICKETSON, S.: *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Deventer, 1987, p. 195, “...*authors...shall enjoy the same right of protection...as nationals...*”. O en Id., p. 196, “...*authors will have the same recourse to law against infringement of their rights...*”. O la misma Convención de París de 1883, que dice en su art. 2.1 que “...*nationals of any country of the Union shall...have...the same legal remedy against any infringement of their rights...*”. En definitiva, si acudimos a los preliminares que desembocaron en el nacimiento del actual art. 5 de la Convención de Berna, nos encontramos con que la idea central sobre la que gira el precepto en este ámbito es la de *country of origin*, sin que se haga referencia alguna al concepto de competencia judicial.

de 1883, que establece expresamente que sus disposiciones no entran a resolver cuestiones de competencia judicial y que esa cuestión queda reservada “...for the provisions of the laws of each of the countries of the Union...”. Como se observa, en definitiva, el papel que juegan los tratados internacionales más importantes en la materia, a la hora de determinar las cuestiones de competencia judicial internacional que se refieren a la creación de la propiedad intelectual, es inexistente.

3. *El necesario recurso a las normas de Derecho Internacional Privado*

A) Ideas introductorias

6. Si las normas de origen convencional especializadas en la materia no nos proporcionan la solución a la cuestión que nos planteamos, siguiendo el *iter* lógico, parece que lo más razonable es acercarse a las concretas disposiciones sobre competencia judicial internacional que existen en cada ordenamiento, para descubrir cuáles son los criterios que determinan la competencia judicial internacional, cuando se trata de dilucidar si existe o no un derecho a la propiedad intelectual⁹. Ahora bien, ¿Existe o debe existir algún impedimento o condición en estas normas de origen interno a la hora de llevar a cabo su cometido? Podría partirse de que esa norma puede responder a cualquier criterio, de que existe una libertad absoluta a la hora de determinar sus contenidos. Esta vía, aparentemente ideal, tiene sus peligros, ya que un límite evidente se encuentra en el hecho de que no se puede adoptar el criterio nacionalidad de una de las partes de forma absoluta, ya que violaría uno de los principios esenciales: la prohibición de trato desigual de los nacionales y los no nacionales en el foro¹⁰.

⁹ Vid., RICKETSON, S.: *The Berne Convention...*, p. 226; ULMER, E.: *Intellectual Property*, p.10. El primero de estos autores, concretamente, rechaza cualquier suerte de solapamiento entre competencia judicial y legislativa en este punto. Es decir, entre la determinación de la competencia judicial internacional y su vinculación con la solución al problema del *ius* en el mismo caso. Parece una opción razonable la cual, no sólo está en línea con los principios más esenciales que guían la solución a cualquier situación de tráfico jurídico externo, es decir, la clara distinción entre *forum* y *ius*, sino que además deja una puerta abierta a la posibilidad, y en este tema como ya conocemos existe, de que un texto convencional, con normas *ad hoc* sobre competencia judicial internacional, sea de aplicación con preferencia a las normas de origen interno sobre la cuestión.

¹⁰ Siguiendo en este punto a FAWCETT y TORREMANNS, según sus propias palabras, “...the latter interpretation relies on a wide interpretation of national treatment and the applicable law. it does not restrict the obligation to treat foreigners as nationals in relation to intellectual property rights to the provisions of the statutes that deal explicitly with intellectual property, but expands it to all provisions of the national law that may have an influence in the intellectual property area...”. En este sentido, continúan afirmando que “...It is submitted that such an approach would go too far an needs to be redefined...the interna-

B) Normas de origen convencional. En particular, el Reglamento del Consejo 44/2001 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

a) La inaplicabilidad de los artículos 22.1 y 22.4 del Reglamento 44/2001.¹¹.

7. A pesar de que el encabezamiento de este epígrafe, al aludir a la inaplicabilidad de los artículos 22.1 y 22.4 del Reglamento 44/2001, para determinar la competencia judicial internacional en materia de creación del derecho de propiedad intelectual en el ámbito cinematográfico, parece conducirnos a la conclusión de que su aparición en este momento es inapropiado, pues lo que interesaría estudiar son las concretas normas que de ese convenio, si existen, se utilizan para regular la cuestión, sin embargo consideramos necesario hacer una referencia a estos preceptos pues su juego en el ámbito de la propiedad intelectual es dispar, y su interpretación no siempre ha sido pacífica, en particular cuando se ha analizado su relación con los derechos de autor.

8. En cuanto al artículo 22.1 del Reglamento 44, a primera vista, parece ser totalmente irrelevante para solucionar el tema que nos ocupa. Ahora bien, ¿*Quid iuris* si un derecho de autor es calificado como un bien inmueble? De entrada, este planteamiento nos obligaría a dar respuesta a dos cuestiones. Primera, ¿Es el derecho de autor un bien inmueble a los efectos del Reglamento? Segunda, de ser así, ¿Puede afirmarse que aquellas situaciones en las que haya que dilucidar la existencia de competencia judicial internacional respecto a la creación del derecho de autor, tienen como objeto un verdadero derecho *in rem*, en el sentido de bien inmueble contenido en el art. 22.1? En cuanto a la primera, el concepto de bien inmueble ha sido objeto de interpretación autónoma por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Concretamente, en el caso *Eurocontrol*, se defendió que es necesario atender a los objetivos del Convenio de Bruselas y “...at the general principles which stem from the corpus of the national legal systems...”¹². Si atendemos al esquema y a los objetivos del Convenio, parece ser que la competencia judi-

*tional intellectual property rights conventions only deal with matters relating to the creation or the acquisition of intellectual property rights, their scope, duration and termination...No other elements are dealt with their provisions. It is therefore logical to assume that the national treatment principle is also limited to these matters and would, for example, not apply to the taxation of intellectual property royalties...It is arguable though that the creation of intellectual property rights must, for these purposes, include the issue of which court has jurisdiction in these matters. The creation of the intellectual property right is the central issue, not the jurisdictional point...”. Vid. FAWCETT, J.J. y TORREMANS, P.: *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, 1998, pp. 14-15.*

¹¹ Sobre el artículo 22 del Reglamento 44/2001 vid., por todos, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional...*, 11.ª ed., cit., p. 128 ss.

¹² Vid. Case 29/76, *LTU v. Eurocontrol*, 1976; ECR 1541.

cial respecto a la creación de patentes y otros derechos de naturaleza registral está determinada por el artículo 22.4. Si los derechos de autor se califican como un bien inmueble, caerían dentro del ámbito de éstos, con lo que no tendría sentido, a los efectos de su clasificación, diferenciar entre bienes muebles e inmuebles a la hora de distinguir los diferentes tipos de propiedad intelectual. Para todos sería suficiente el artículo 22.4 del Reglamento. Llegados a este punto, parece más razonable pensar que la intención de los autores del Reglamento fue que las patentes y los otros derechos de naturaleza registral no estuvieran encuadrados en el ámbito del artículo 22.1, por lo que la misma conclusión se podría ampliar al caso de los derechos de autor¹³.

En cuanto a la segunda cuestión, aún partiendo de que la respuesta a la anterior fuera positiva es decir, que el derecho de autor fuera considerado un bien inmueble, no es ni mucho menos pacífico aceptar que un supuesto en el que se dilucidase la validez de uno de estos derechos, tenga como su objeto *in rem* esa misma naturaleza de propiedad, la propiedad inmueble. La práctica demuestra que los derechos de autor no son susceptibles de ser registrados, por lo que el proceso, en una situación en la que se juzga un derecho de este tipo, es diferente a aquellas situaciones en las que se trata de derechos que tienen *as their object a right in rem*¹⁴.

¹³ A la misma conclusión se puede llegar si acudimos a los Informes preliminares JENARD y SCHLOSSER, referidos al Convenio de Bruselas de 1968, en los que se aprecia con nitidez que la expresión *immovable property* se refiere exclusivamente a *land*. En particular, atendiendo a los párrafos 121 y 122, se dice que “...*article 16 lists the circumstances in which the six States recognise that the courts of one of them have exclusive jurisdiction. the matters referred to in this article will normally be the subject of exclusive jurisdiction only if they constitute the principal subject matter of the proceedings of which the court is to be seised...The provisions of Article 16 on jurisdiction may not be departed from either by an agreement purporting to confer jurisdiction on the courts of another contracting state, or by an implied submission to the jurisdiction (Articles 17 and 18). Any court of a State other than the State whose courts have exclusive jurisdiction must declare of its own motion that it has no jurisdiction (Article 19). Failure to observe these rules constitutes a ground for refusal of recognition or enforcement (Articles 28 and 34)...These rules, which take as their criterion the subject matter of the action, are applicable regardless of the domicile or nationality of the parties. In view of the reasons for laying down rules of exclusive jurisdiction, it was necessary to provide for their general application, even in respect of defendants domiciled outside the Community. Thus, for example, a Belgian court will not, on the basis of Article 53 of the Law of 1876 or of Article 637 of the draft Judicial Code, which in actions against foreigners recognise the jurisdiction of the courts of the plaintiff, have jurisdiction in proceedings between a Belgian and a person domiciled, for example, in Argentina, if the proceedings concern immovable property situated in Germany. Only the German courts have jurisdiction...*”. La propia naturaleza de la propiedad intelectual, un producto del intelecto humano, a todas luces, es diferente a la que presenta la tierra, un producto concreto de la naturaleza. por lo que sería de gran dificultad encontrar entre los dos conceptos una analogía con la finalidad de utilizar para aquélla el art. 16.1

¹⁴ Vid. FAWCETT, J.J. y TORREMANS, P.: *Intellectual Property...*, p. 35, cuando a mayor abundamiento afirman que “...*Do the proceedings have as their object a right which is enforceable against the whole world, in which case the requirement is met, or merely a*

9. Respecto al artículo 22.4 del Reglamento, ante todo dos son los datos que no hay que perder de vista. Por una parte, no parece existir duda alguna respecto a su inaplicabilidad a los supuestos en los que se dilucida la competencia judicial internacional para conocer sobre un derecho de autor de naturaleza cinematográfica. Su ámbito, se ciñe estrictamente a aquellos derechos sobre la propiedad intelectual que necesitan ser registrados. Concretamente, en la versión inglesa del texto se habla de *patents, trade marks* y *registered designs*. A esta lista, el Informe JENARD añade los denominados *plant variety rights*. Ahora bien, por otra parte, a pesar de este elenco de posibilidades, para conocer la verdadera naturaleza del artículo 22.4, no se puede dejar de lado la interpretación restrictiva que le ha proporcionado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretamente, en el caso *Duinjstee v. Goderbauer*. Cualquier exégesis que no respete esta característica, según el Tribunal, contravendría no sólo el espíritu del precepto sino el texto del que forma parte.

En cuanto a la justificación del precepto, se ha venido defendiendo que dos son las razones que dan sentido a su existencia. La primera se fundamenta en la soberanía que ostenta el foro, en el sentido de que la garantía de una patente nacional, por ejemplo, no es más que un reflejo de esa soberanía y su ejercicio¹⁵. La segunda, se predica de todos los párrafos del artículo 22. La razón de ser del artículo 22 del Reglamento se encuentra en el propio interés de la Administración de justicia. En los números referidos, se trata de situaciones que, “...because of their particular difficulty or complexity, require that the court having jurisdiction should be particularly familiar with the relevant national law...”. Es decir, la competencia se localiza en aquel Estado cuya norma se va a aplicar. Se trata, en definitiva, de que la *litigational convenience* guíe cada uno de los párrafos del artículo 22 y, en particular, el cuarto¹⁶.

¿Cómo se casa esta realidad con la que presentan los derechos de autor? En el Informe JENARD se aportaban dos razones para excluir las cuestiones referidas al registro y a la validez de patentes de las normas generales para determinar la competencia judicial internacional que se contienen en el Convenio de Bruselas: La posibilidad de que exista un régimen internacional específico, de origen convencional, para las patentes comunitarias, y el hecho de que la concesión de patentes no es más que una forma de ejercicio de la soberanía estatal. Pues bien, ninguna de estas ideas tiene sentido en el

right which enforceable against a particular person, in which case is not? It is easy enough to answer this question where the proceedings have as their object the rectification of a register: the requirement is met...”

¹⁵ Vid. Id., p. 20. Asimismo, en el Informe JENARD, 1979, OJ C59, p. 36.

¹⁶ Vid. las conclusiones del Abogado General LENZ en el caso 220/84, *As-Autoteile Service GMBH v. Malhe*, 1985, ECR, 2267, p. 2271. Vid., en el mismo sentido, el caso 73/77, *Sanders v. van der Putte*, 1977, ECR 2383.

ámbito de los derechos de autor. Ningún esfuerzo comunitario, hasta el día de hoy, ha sido destinado a crear normas comunes sobre *copyright enforcement*. Los derechos de autor, además, no sólo no son concedidos por el Estado, sino que además tampoco reflejan un acto de soberanía estatal. Su origen, en los Estados miembros, es *ex lege*, es decir, desde las normas generales de cada foro. Además al no ser objeto de concesión o registro, el concepto de validez tampoco puede ser utilizado de manera estricta¹⁷.

¹⁷ De esta forma, o el derecho de autor existe o no existe pero, en cualquier caso, esta conclusión debe ser alcanzada por el tribunal que conoce del caso por sí mismo, sin la ayuda que supone cualquier otra decisión sobre el particular por parte de un órgano administrativo, o el asiento de un registro. Si el resultado final es de inexistencia, o de falta de titularidad por parte del demandado, este efecto se produce, esencialmente, *inter partes*, sin que haga falta, por lo que hemos visto, entrar en un registro para revodar o rectificar un asiento. Vid. WADLOW, Ch.: *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law*, London, 1998, p. 110.

Retomando estas ideas del Informe JENARD, el Tribunal de Justicia ha defendido como hemos visto, otras características o intenciones para el artículo 16.4, pero el resultado no es diferente. Así, en el ya nombrado caso *Duijnste v. Goderbauer*, estableció que “...*exclusive jurisdiction conferred upon the courts of the Contracting State in which the deposit or registration has been applied for is justified by the fact that those courts are best placed to adjudicate upon cases in which the dispute itself concerns the validity of the patent or the existence of the deposit or registration...*”. Vid. Caso 288 /82, 1983, ECR 3663. Se trata de una sentencia que hubo de resolver una complicada situación que afecta al derecho de patentes, y respecto a la cual podemos formular, por la habitualidad con la que se cita y, en particular por el tema que trata, ya que afecta de manera indirecta a los derechos de autor, las siguientes consideraciones. Ante todo, como ya conocemos, su doctrina no es de directa aplicación a la cuestión que nos ocupa, pero sí que es de interés, al menos, para conocer cual es la esencia y cuál el ámbito en el que se mueve no sólo el artículo 16.4 sino todos los números del precepto. Si a este dato le sumamos las palabras contenidas en el Informe JENARD, nos encontramos con que existe un deber de interpretación restrictiva y, además, como acabamos de comprobar, la justificación misma de su existencia parece abogar de manera convincente en contra de su aplicación a los supuestos de propiedad intelectual tintados con un derecho de autor. Ahora bien, esta aparente sencillez no sido ajena a las críticas, en particular si atendemos al hecho que que la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia, a través de esta regla de conveniencia, se ha utilizado sólo con una intención: para establecer las situaciones no amparadas por el artículo 16.4. Sobre las profundas críticas que ha recibido este *modus operandi* y, en particular, esta decisión, vid. WADLOW, Ch.: *Enforcement...*, p. 112 ss. Como botón de muestra, sirvan las palabras que sobre la interpretación del art. 16.4 utilizó en un momento de la argumentación el caso *Duijnste*, “...*in that regard, it must be noted that the exclusive jurisdiction in proceedings concerned with the registration or validity of patents conferred upon the courts of the a Contracting State in which the deposit or registration has been applied for is justified by the fact that those courts are best placed to adjudicate upon cases in which the dispute itself concerns the validity of the patent or the existence of the deposit or registration...On the other hand, as is expressly stated in the report on the Convention, ‘other actions, including those for infringement of patents, are governed by the general rules of the Convention’*. That statement confirms the restrictive nature of the provision contained in Article 16(4)..It follows that proceedings ‘concerned with the registration or validity of patents’ must be regarded as proceedings in which

b) La aplicabilidad de otros preceptos del Reglamento 44/2001.

10. Siguiendo la jerarquía de competencias que regulan la aplicabilidad, en cada caso, de los diferentes criterios de competencia del Reglamento 44, tras estudiar los artículos 22.1 y 22.4, correspondería en este momento analizar otros foros allí contenidos y su juego a la hora de determinar la competencia judicial internacional, en el ámbito comunitario, en un supuesto en el que se dilucida la existencia o no de un derecho de autor de naturaleza cinematográfica. Estas normas son de utilidad siempre que la creación o la validez de esos derechos de autor caigan fuera del ámbito de los foros exclusi-

*the conferring of exclusive jurisdiction on the courts of the place in which the patent was granted is justified in the light of the factors mentioned above. such as proceedings relating to the validity, existence or lapse of a patent or an alleged right of priority by reason of an earlier deposit...If, on the other hand, the dispute does not itself concern the validity of the patent or the existence of the deposit or registration, there is no special reason to confer exclusive jurisdiction on the courts of the Contracting State in which the patent applied for or granted and consequently such a dispute is not covered by Article 16.4...In a case such as present, neither the validity of the patents nor the legality of their registration in the various countries is disputed by the parties to the main action. The outcome of the case in fact depends exclusively on the question whether M Goderbauer or the insolvent company...is entitled to the apent, which must be determined on the basis of the legal relationship which existed between the parties concerned. Therefore, the special jurisdiction rule contained in article 16.4 should not be applied...In that regard, it should be pointed out that a very clear distinction between jurisdiction in disputes concerning the right to the patent, especially where the patent concerns the invention of an employee, and jurisdiction in disputes concerning the registration or validity of patent was made both in the European Patent Convention signed in Munich on 5 October 1973 and in the Community Patent Convention signed in Luxembourg on December 1975, which has not yet entered into force. Although those two Conventions are not applicable in this case, the fact that they expressly accept such a distinction confirms the interpretation given by the Court to the corresponding provisions of the Brussels Convention...The reply to the third question should therefore be that the term 'proceedings concerned with the registration or validity of patents' does not include a dispute between an employee for whose invention a patent has been applied for or obtained and his employer, where the dispute relates to their retrospective rights in that patent arising out of the contract of employment...". Vid. *Duijnste v. Goderbauer*, caso 288/82; ECR 3663; en particular, para. 5-07.*

En definitiva, tanto a la luz del caso anterior, como de los casos *Sanders v. van der Putte* (caso 73&77; ECR 2383), *Scherrens v. Maenhout* (caso 158/87; ECR 3791), *Reichert v. Dresdner Bank (no. 1)* (caso c-115/88; 1990; ECR I-27), *Hacker v. Euro-Relais* (caso c-280/90; 1992; ECR I-1111), y *Webb v. Webb* (c-294/92; 1994; ECR I-1717), la doctrina del Tribunal de justicia de la Unión Europea se puede concentrar en los siguientes datos. El primero es que los foros de competencia del artículo 22 del Convenio de Bruselas deben, necesariamente, ser objeto de una severísima interpretación restrictiva. El segundo, que en el ámbito del artículo 22.4 sólo tienen cabida las acciones *in rem* y no las acciones *in personam*, aunque éstas tengan por objeto una *real property*. Por último, en línea con lo ya apuntado en su momento por el Informe JENARD, es poco conveniente para todas las partes que algunas de sus disputas, si están relacionadas, se resuelvan ante un tribunal que conozca en virtud de foros exclusivos y otras queden fuera de su competencia.

vos del artículo 22. Lo que quiere decir que en el tema que nos ocupa estos nuevos foros son de radical importancia por dos razones. La primera, porque al no jugar los otros por las causas que ya conocemos, la naturaleza del derecho de autor invita a la utilización de estos. La segunda, porque en el ámbito cinematográfico no suele ser inhabitual que un tribunal comunitario deba conocer sobre la validez de un *copyright*, por ejemplo, creado fuera del territorio Bruselas, por ejemplo, en los Estados Unidos.

11. El primer foro que nos interesa es el que se contiene en el artículo 2 del Reglamento 44, en cuya virtud, cualquier persona domiciliada en un Estado contratante, cualquiera que sea su nacionalidad, podrá ser demandada en otro Estado contratante¹⁸. El artículo 2 es, seguramente, la norma más importante del Reglamento y dispone que si el demandado está domiciliado en un Estado contratante, ese es su foro natural para que se actúe procesalmente frente a él. Esto quiere decir que se rechaza la posibilidad de que existe otra norma, de naturaleza general, que permita a los demandantes actuar ante aquellos tribunales de su propia nacionalidad o domicilio, sin duda más cómodo, pero sin duda también totalmente desacorde con los objetivos de justicia que persigue el Reglamento¹⁹.

¹⁸ Vid., por todos., CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 11.ª ed., cit., p. 156.

¹⁹ El rechazo de esta vía alternativa se puede comprobar no sólo en las numerosas ocasiones en las que los creadores del Convenio defienden, directa o indirectamente, la necesidad de acuñar el contenido del definitivo texto del artículo segundo, sino también si acudimos a la lista de foros alternativos, expresamente derogados por el nuevo texto, tras su entrada en vigor. Se trata de los denominados foros exorbitante que se concretan en el *forum presentiae* del derecho británico y en los artículos 14 y 15 del Código Civil francés. A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Dumez v. Hessische Landesmark* (Caso 220/88; 1990; ECR 49), apuntó, entre otras ideas, que “...in laying down the system for conferring jurisdiction in Title II, sets out the general rule in Article 2 that courts of the State of the defendant's domicile shall have jurisdiction. In addition the Convention shows that it is not in favour of the courts of the plaintiff's domicile having jurisdiction by stating, in Article 3(2), the national provisions to that effect shall not apply as against defendants domiciled in the territory of a contracting State...Only by way of exception to the general rule that courts of the State of the defendant's domicile have jurisdiction does Section 2 of Title II provide for a number of special jurisdictions, which include that of Art. 5(3). As the Court has already held these special jurisdictions, which can be chosen at the plaintiff's option, are based on the existence of a particularly close connection between the dispute and courts other than those of the defendant's domicile, which justifies conferring jurisdiction on those courts on grounds of the efficient administration of justice and proper organisation of the action...To achieve this object, which is of fundamental importance in a convention which should promote the recognition and enforcement of judgements outside the State in which they are made, it is essential to avoid the multiplication of competent courts, which increases the risk of irreconcilable judgments, which is a ground for refusing recognition or enforcement to Article 27(3) of the Convention...Furthermore, this object precludes any interpretation of the Convention which, apart from the cases expressly provided for, could lead to recognising the jurisdiction of the courts of the plaintiff's domicile and which would thus enable the plaintiff to determine the competent court by choosing his own domicile...”

12. De particular interés en el tema que nos ocupa son también las posibilidades contenidas en los artículos 5.1, 5.5 y 6.1 del Reglamento²⁰. Si se dan ciertas circunstancias, se permite la actuación procesal ante el tribunal de un Estado contratante, diferente al que aparece mencionado en el artículo 2, gracias a lo que se denomina competencias especiales. En la práctica, aunque tras una primera lectura de estos preceptos no se encuentra referencia alguna a la propiedad intelectual, en su sentido más amplio, sin embargo son los apartados primero y quinto del artículo 5, y el propio planteamiento del artículo 6, los que de manera más razonable podrán ser utilizados si de lo que se trata es de establecer la competencia judicial internacional de un juez con sede en el territorio 44, en un supuesto cuyo fondo esté constituido por la determinación de la existencia o la validez de un derecho de autor de naturaleza cinematográfica.

En cuanto al artículo 5.1, se establece un foro especial en materia contractual en favor de los tribunales de aquel lugar en el que deba cumplirse la obligación. Es difícil imaginarse una situación, en el ámbito de la propiedad intelectual en que se pueda acudir a este foro en relación con la creación o validez de una de sus manifestaciones y, en particular, la que a nosotros interesa. La razón se debe a que, esencialmente, la creación de un derecho de este tipo no está directamente relacionado con el contrato, con la relación contractual entre las partes, como lo pudiera estar la propiedad o como veremos en su momento, la explotación de ese derecho. Ahora bien, esta dificultad no es imposibilidad y, aunque la práctica no nos ha mostrado ningún supuesto de esta naturaleza, seguramente por la razón apuntada, no se puede desechar, sin más, la posibilidad de que en el futuro suceda, lo que dejaría abierta esta posibilidad procesal, real, aunque con una aplicación potencial realmente escasa²¹.

Por lo que se refiere al artículo 5.5, se abre la posibilidad de que un demandado domiciliado en un Estado contratante pueda ser demandado, si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal en el que se hallaren sitios. De particular importancia cuando en el supuesto se ven involucradas sucursales o filiales de grandes productoras cinematográficas, este precepto exige dos condiciones para su aplicación. La primera, lógicamente, es que se demuestre el ejercicio de un control efectivo por parte de la empresa matriz. La

²⁰ Sobre el art. 5.1 del Reglamento 44/2001 vid., por todos, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vo. 1, 11.ª ed., cit., p. 162 ss.

²¹ Aunque también muy escaso, este precepto ha dado cierto juego en otras facetas de la propiedad intelectual, como es el ámbito de la creación y validez de patentes. Vid., por ejemplo, el caso que se planteó ante el *Landgericht* de Stuttgart el 14 de Octubre de 1975. *Case No. 3 O 112/75; d Series I-6-B1*.

segunda, y aparentemente en contradicción con ésta, consiste en que la sucursal o filial debe ser autónoma respecto a la casa matriz²².

Según el artículo 6, en su apartado 1 se prevé la posibilidad de que existan múltiples demandados y que una persona domiciliada en un Estado contratante pueda también ser demandada, donde se encuentre el domicilio de cualquiera de los otros. Es decir, la utilización de este foro exige que, al menos, exista competencia, sobre uno de los sujetos atendiendo a su domicilio. Si la competencia sobre los otros sujetos se puede establecer sólo acudiendo a los otros foros del Reglamento, entonces el artículo 6.1 no se puede utilizar²³.

²² A modo de resumen, la convivencia de estos dos requisitos se puede contemplar en el caso *Somafer v. Saar-Ferngas* (caso 33/78; 1978 ECR 2183), donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea defendió que los conceptos de agencia o filial “...implied a place of business which appearance of permanency, such an extension of the parent body, has a management and is materially equipped to negotiate business with third parties so that the latter, although knowing that there will if necessary be a legal link with the parent body, the head body of which is abroad, do not have to deal directly with the parent body but may transact business at the place of business constituting the extension...”

²³ Frente a lo que sucede con el artículo 6.2, en el artículo 6.1 no se contiene ningún antidoto para evitar la posibilidad de *forum shopping*. Sin embargo, este riesgo ya fue contemplado por el Informe JENARD cuando dijo que “...it follows from the text of the Convention that, where there are several defendants domiciled in different Contracting States, the plaintiff can at his option sue them all in the courts for the place where any one of them is domiciled...In order for this rule to be applicable there must be a connection between the claims made against each of the defendants, as for example in the case of joint debtors. It follows that action cannot be brought solely with the object of ousting the jurisdiction of the Court of the State in which the defendant is domiciled...jurisdiction derived from the domicile of one of the defendants was adopted by the Committee because it makes it possible to obviate the handing down in the Contracting States of judgments which are irreconcilable with one other...”. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por su parte, confirmó esta doctrina en el *leading case Kalfelis v. Schroeder* (Caso 189/87; ECR 5565), cuando afirmó que “...the principle laid down in the Convention is that jurisdiction is vested in the courts of the State of the defendant’s domicile and that the jurisdiction provided for in Article 6(1) is an exception to that principle. It follows that an exception of that kind must be treated in such a manner that there is no possibility of the very existence of that principle being called in question...That possibility might arise if a plaintiff were at liberty to make a claim against a number of defendants with the sole object of ousting the jurisdiction of the courts of the State where one of the defendants is domiciled. As is stated in the Report prepared by the committee of experts which drafted the Convention...such a possibility must be excluded. For that purpose, there must be a connection between the claims made against each of the defendants...In order to ensure, as far as possible, the equality and uniformity of the rights and obligations under the Convention of the Contracting States and of the persons concerned, the nature of that connection must be determined independently...In that regard, it must be noted that the abovementioned report prepared by the committee of experts referred expressly, in its explanation of Article 6(1), to the concern to avoid the risk in the Contracting States of judgments which are incompatible with each other. Furthermore, account was taken of that preoccupation in the Convention itself, Article 22 of which governs cases of

13. Nos restaría, para terminar con este repaso a los foros más relevantes del Reglamento 44/2001, que pueden determinar la competencia judicial internacional en una disputa sobre la creación, o la validez de un derecho de autor de naturaleza cinematográfica, una alusión, aunque como comprobaremos necesariamente breve, a sus artículos 23 y 24. Respecto al primero, que permite a las partes atribuir competencia exclusiva para que conozca de su pleito, presente o futuro, un tribunal comunitario, su juego en este momento es escaso. En cuanto al artículo 24, respecto a su importancia y posibilidad de aplicación no varían nuestras conclusiones respecto a lo que hemos dicho del artículo 23²⁴.

III. Explotación del derecho de autor y normas sobre competencia judicial internacional

1. Planteamiento de la cuestión

14. Una vez que hemos estudiado las normas comunitarias más importantes para determinar la competencia judicial internacional, de jueces y tribunales, en materia de creación y validez de los derechos de autor, corresponde en este momento dar un paso más y estudiar esa misma realidad de manera más dinámica, en el mercado, a través de los contratos de explotación de los derechos de propiedad intelectual. Ante todo, no se debe perder de vista que, como ya conocemos, el propietario de uno de estos derechos puede explotarlo económicamente de manera libre, bien directamente, bien con la intervención de un tercero. Si se decide por ésta vía, las fórmulas más características y habitualmente utilizadas son el contrato de licencia (*license*), el contrato de distribución (*distribution*) y el contrato de asignación (*assignment*). El contrato de licencia garantiza al licenciatarario la realización de un conjunto de actividades que, a falta de tal acuerdo, constituirían una

related actions brought before courts in different Contracting states...The rule laid down in Article 6(1) therefore applies where the actions brought against the various defendants are related when the proceedings are instituted, that is to say where it is expedient to hear and determine them together in order to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings. It is for the national court to verify in each individual case whether that condition is satisfied...It must therefore be stated in reply to the first question that for Article 6.1 of the Convention to apply there must exist between various actions brought by the same plaintiff against different defendants a connection of such a kind that it is expedient to determine those actions together in order to avoid risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings...

²⁴ Con otras palabras, consideramos que el juego de estos criterios contenidos en el Reglamento se aprecia mucho más cuando pasemos, dentro de unos momentos, a estudiar la competencia judicial internacional en relación a la explotación de los derechos de autor en el ámbito cinematográfico. Vid., por todos, LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A.: "Contratos Internacionales...", cit., pp. 574-576.

infracción del derecho de propiedad intelectual. Puede estar restringido en el espacio y en el tiempo y, en este sentido, no es inhabitual que se refiera a un determinado Estado o grupo de Estados durante un determinado periodo de tiempo. El de asignación, por su parte, es lo más parecido a la venta del derecho de propiedad intelectual. Normalmente su objeto principal es la transferencia de ese derecho, pero suele sufrir restricciones en el tiempo, y en el espacio ya que, tras algunos años de ejercicio por un tercero, el derecho suele revertir a su propietario original. El de distribución, por último, tiene por objeto garantizar el derecho a distribuir bienes o servicios, relacionados con la propiedad intelectual, en un determinado territorio durante un determinado periodo de tiempo²⁵.

2. El artículo 5.1 del Reglamento 44/2001

A) En general

15. Como ya sucedió con la creación de los derechos de autor, no se contienen normas en el Reglamento 44 cuyo objeto directo sea la explotación de los contratos que afecten a los derechos de autor. Por esta causa, también de nuevo, analizaremos cada uno de los preceptos que, en nuestra opinión, son más relevantes para dar respuesta a esta cuestión comenzando seguramente por el más relevante de todos ellos: el artículo 5.1 del Reglamento²⁶. Cuando el demandante decide entablar la demanda ante el juez de un Estado de la Unión Europea, diferente a aquél en el que el demandado tiene su domicilio, su instrumento procesal más relevante es el art. 5.1, que le permite, en materia contractual, presentar la demanda ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda.

²⁵ Sin perjuicio de que, como podremos observar dentro de un momento, los derechos de autor en el ámbito cinematográfico pueden ser explotados en ocasiones a través de los contratos de licencia, lo más habitual es que éste tipo contractual se utilice para la explotación en el mercado de patentes y el contrato de asignación se refiera a los derechos de autor. Con este planteamiento, los problemas de competencia judicial internacional pueden aflorar de manera muy fácil si atendemos, al menos, a dos datos. El primero es que la mayoría de los contratos de licencia y asignación están o pueden haber sido concluidos entre sujetos de diferentes nacionalidades. Pensemos, en la venta de los derechos de autor que realiza un escritor comunitario, a favor de una gran productora cinematográfica norteamericana, a través de un contrato de licencia. El segundo, es que algunas de las modalidades que adopta la propiedad intelectual, como las patentes o las marcas, cuyo registro es constitutivo, deben soportar el hecho de que el registro tenga una naturaleza esencialmente local.

²⁶ Por supuesto, no se puede dejar de mencionar en este momento la posibilidad de que el demandante acuda al foro general del artículo 2 para iniciar su actuación. Lo que sucede es que, como comprobaremos, en la competencia especial del artículo 5.1 da un juego mucho mayor en la práctica y hace que el foro general se quede como un arma de ataque en la reserva.

16. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha proporcionado ya algunas directrices dirigidas a proporcionar un significado concreto al concepto *materia contractual*. Un primer elemento a tener en cuenta, según el caso *SPRL Arcado v. SA Haviland*, es que el concepto puede incluir “...*a claim for damages for wrongful repudiation, being based on a failure to fulfil a contractual obligation to give reasonable notice of termination...*”²⁷. Un paso más fue reponsabilidad del caso *Bloos v. Bouyer*, que dijo ue la obligación en cuestión no es cualquiera de las que se encuentren en el contrato, sino “...*the contractual obligation forming the basis of the legal proceedings...the one which the contract imposes on the defendant, the non-performance of which is relied upon by the plaintiff...*”²⁸. Pero el mismo órgano no se ha pronunciado sobre lo que debería ser una definición comunitaria del concepto *lugar de cumplimiento de la obligación*. En su lugar, ha establecido que son los tribunales nacionales que potencialmente van a conocer del asunto los que “...*must determine in accordance with its own rules of conflict of laws what is the law applicable to the legal relationship in question and define in accordance with that law the place of performance of the contractual obligation in question...*”²⁹.

²⁷ Vid. *Arcado v. SA Haviland* (Caso 9/87; 1988; ECR 1539). En *Effer v. Kanter* (caso 38/81; 1982; ECR 825), se defendió que se podía acudir al foro de competencia del artículo 5.1, incluso aunque el tema de fondo fuese la existencia misma del contrato sobre el que aquélla debía fundamentarse. Opinión contraria a la admisión mostró la *House of Lords* en *Kleinwort Benson Ltd. v. Glasgow City Council* (1997; 3 WLR 923), cuando dijo que una reclamación que buscaba la restitución de una cantidad de dinero en virtud de un contrato declarado nulo *ab initio*, al existir como base de la demanda un elemento de enriquecimiento injusto, no podía caer bajo el amparo del artículo 5.1.

²⁸ Vid. *Etablissements de Bloos v. Societe en Commandite par Actions Bouyer* (caso 14/76; 1976 ECR 1497). Cunado la reclamación se fundamenta en el incumplimiento de diversas obligaciones que debían cumplirse en diferentes Estados, el juez debe identificar cuál de ellas es la principal a los efectos de la declaración de su propia competencia. Vid. *Shenavai v. Kreisler* (caso 266/85; 1987; ECR 239).

²⁹ Vid. *Tessili v. Dunlop* (Caso 12/76; 1976 ECR 1473, p. 1485). Aunque aparentemente desalentadora, esta *descarga* en favor de los jueces nacionales muestra ciertas ventajas, al menos, en ciertos sistemas nacionales. La primera, predicable del sistema británico es que, si ninguna de las partes alega y prueba Derecho extranjero, entonces aplicarán su propio Derecho. La conclusión en un sistema como el español sería totalmente diferente. La segunda, es que esta misma postura del Tribunal Comunitario es la que impera en los foros que componen el territorio 44, y opera de la siguiente forma. Si en el contrato aparece determinado con toda claridad un lugar en el que se deba cumplir la obligación, el tribunal le dará efecto. Vid., sin embargo, *Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG) v. Les Gravieres Rhénanes Sarl* (Caso C-106/95; 1997; 3 WRL 179), en el que se defendió que “...*an oral agreement on the place of performance which is designed not to determine the place where the person liable is actually to perform the obligations incumbent on him, but solely to establish that courts for a particular place have jurisdiction, is not governed by Article 5(1), but by article 17...*” Si no existe, se debe buscar, una voluntad presente de las partes respecto a ese lugar. Se trata de una cuestión de interpretación del acuerdo contractual. Por último, a falta

B) Su aplicación a los contratos de explotación de los derechos de autor

a) Los contratos de licencia. Obligaciones del licenciatario (*licensee*)

17. Comenzando con aquellas situaciones en las que el que otorga el contrato demanda a su contraparte por incumplimiento de una de sus obligaciones, quizá la más común de las obligaciones de éste sea el pago de *royalties* a aquél, normalmente, en su lugar de residencia. La situación se planteó ante la *Commercial Court* del Reino Unido en el caso *Rank Film Distributors v. Lanterna Editrice Srl*. La empresa demandante había otorgado una licencia exclusiva de explotación de un número determinado de películas cinematográficas en Italia y en otros lugares. El pago se debía realizar de manera periódica, a través de diferentes entregas. Pero la tercera, concretamente garantizada por una entidad bancaria, no se llegó a realizar. La demandante entabló una acción por impago contra una empresa italiana, que había asumido las obligaciones de la licenciataria, y contra el banco. En sus conclusiones, el Juez SAVILLE, acudiendo al artículo 5.1 del Reglamento 44, estableció que el lugar de cumplimiento de la obligación, es decir, el lugar del pago de esa tercera entrega que nunca se llegó a realizar, era Londres, por lo que se declaró competente para conocer del fondo del asunto³⁰.

18. En relación directa con la anterior, el licenciatario también puede tener la obligación de permitir que el otorgante compruebe su estado de cuentas con la finalidad de que pueda cobrar un *royalty* en relación al producto fabricado. En este caso, el lugar de cumplimiento de la obligación suele coincidir con el Estado contratante en el que se debe cumplir esa obligación, que suele aparecer en el contrato y coincidir con el domicilio del licenciatario o el lugar en el que el producto se fabrica. Ahora bien, la situación se puede complicar, por ejemplo, si la obligación impuesta al licenciatario es el etiquetado del producto cuando allí aparece que ese producto ha sido fabricado, y vendido, bajo autorización del otorgante. En este caso, ¿Cuál es la esencia de la obligación del licenciatario? ¿Es fijar la etiqueta al producto una vez fabricado, en cuyo caso el lugar de cumplimiento sería el de fabricación del producto? ¿O es asegurarse de que, cuando el producto se vende,

de esa voluntad presunta, cada Estado Contratante dispone de una batería de normas destinadas a establecer ese lugar. Y es en este momento cuando, volviendo a la doctrina anunciada por el caso *Tessili*, las normas de derecho aplicable de cada Estado juegan un papel esencial, porque al ser diferentes en muchas ocasiones, pueden llevar a resultados diferentes a la hora de dar respuesta a la cuestión principal, la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación. por ejemplo, la norma británica que regula la obligación de pago que tiene el deudor en su acreedor es diferente a la alemana. Aquélla obliga al deudor a buscar (*seek out*) al acreedor. Esta establece la obligación contraria.

³⁰ Vid. *Rank Film Distributors v. Lanterna Editrice Srl* (1992; ILPr. 58). Por supuesto, el demandante siempre tiene la posibilidad alternativa de acudir al foro general del artículo 2, el del domicilio del demandado.

la etiqueta aparece fijada, en cuyo caso el lugar de cumplimiento, a los efectos del artículo 5.1 sería aquél en el que el producto es vendido efectivamente?. ambos lugares son diferentes, pero siguiendo el planteamiento de la cuestión, parece que lo más razonable es preferir que la obligación del licenciario es la última, es decir, asegurarse de que el producto está etiquetado cuando sale al mercado a disposición del consumidor.

b) Los contratos de licencia. Obligaciones del otorgante (*licensor*)

19. Si ahora intercambiamos los papeles, nos encontramos con que una de las obligaciones más importantes del otorgante radica en la posibilidad de que garantice al licenciario una licencia en exclusiva para la explotación de su derecho. El presunto incumplimiento de este extremo hubo de resolverse en un caso de la jurisprudencia irlandesa, *Olympia Productions Ltd. v. Cameron Mackintosh (Overseas) Ltd.*, *Cameron Mackintosh Ltd.* El demandante, propietario del teatro Olympia de Dublín, reclamaba que le correspondía, en exclusiva, el derecho a representar el musical “Los Miserables” en Irlanda. Por esta causa, deseaba actuar frente a los tres demandados, de nacionalidad británica, por incumplimiento contractual. En su argumentación, el Juez COSTELLO sostuvo que la obligación que servía de base a la demanda era la garantía de un derecho, en exclusiva, a la ejecución de un derecho de propiedad intelectual. Esta obligación, continuó el ponente, debía ser cumplida a través de la ejecución de un documento legal en el que se contenía se garantizaban unos derechos de distribución en exclusiva. Pero la ejecución de ese documento debía realizarse en Inglaterra, no en Irlanda. Luego, el lugar del cumplimiento de la obligación no era Irlanda sino el Reino Unido. Los tribunales irlandeses eran incompetentes en virtud del artículo 5.1, y a los demandantes les quedaba actuar en el Reino Unido, bien acudiendo al foro general del artículo 2 bien, siguiendo la interpretación del Juez COSTELLO, acudiendo al mismo foro porque allí debía cumplirse la obligación que servía de base a la demanda³¹.

Este deber positivo del otorgante implica, a su vez, un deber negativo de no conceder el mismo derecho a otra persona. La cuestión, ahora, radica en determinar en que momento se cumple esta obligación. En el caso *Olympia* se defiende que sería donde el otorgante reside y ejecuta el documento que garantiza el derecho del licenciario. Es decir, si el demandante irlandés alegaba como única causa del incumplimiento contractual que su contraparte, que le había garantizado la exclusiva de la ejecución, había garantizado a otra persona, en Inglaterra, la ejecución de los derechos en Irlanda, no sería capaz de demandar a los ingleses en Irlanda en virtud del artículo 5.1. Otra

³¹ Vid. *Olympia Productions Ltd. v. Cameron Mackintosh (Overseas) Ltd.*, *Cameron Mackintosh Ltd.* (1992; ILRM 204).

visión más amplia, viene de la decisión del Tribunal de Apelaciones *Medway Packaging Ltd. v. Meurer maschinen GmbH & Co KG*³². El tribunal consideró que la obligación negativa era no suministrar bienes a otro, en cumplimiento de un acuerdo de distribución exclusiva, en más de un Estado. Luego, el lugar en el que se debía cumplir la obligación era, en primer lugar, el Estado en el que se encuentra la residencia del concedente (*grantor's residence*) y, en segundo lugar, el Estado cubierto por el acuerdo de distribución exclusiva en el que el distribuidor tenía su residencia. Es decir, que si se toma este nuevo argumento y se aplica analógicamente a la cuestión que nos ocupa, nos encontramos que la obligación negativa de no conceder un determinado derecho a un tercer, se realiza no sólo en aquél lugar en el que el otorgante (*licensor*) reside y ejecuta el documento que garantiza ese derecho, sino también en aquél otro lugar en el que se encuentra el territorio cubierto por la concesión. Este extremo, sin embargo, parece excesivo, por lo que consideramos más razonable defender que la obligación negativa de no conceder a un tercero la licencia de explotación, se debe cumplir en aquél lugar en el que el otorgante (*licensor*) reside y ejecuta el documento que concede ese derecho al licenciataria (*licensee*)³³.

³² Vid. *Medway Packaging Ltd. v. Meurer maschinen GmbH & Co. KG* (1990; 2 Lloyd's Rep. 112, p. 117; CA).

³³ A la luz de las situaciones planteadas, podría pensarse que el artículo 5.1 del Reglamento 44 es de escasa utilidad cuando los licenciataria desean demandar en sus Estados de residencia al otorgante domiciliado en otro Estado contratante. Pero esto no siempre sucede así, porque hay que atender a la naturaleza de la obligación cuyo incumplimiento es utilizado por el licenciataria, como instrumento frente a su contraparte, a través del artículo 5.1. Partamos de una situación en la que una empresa española garantiza a otra británica una serie de derechos, en Inglaterra, en virtud de una licencia en exclusiva. Si el otorgante (*licensor*) actúa en el territorio británico en contra de ese acuerdo, el lugar de cumplimiento de la obligación, seguramente, es Inglaterra, y el licenciataria (*licensee*) podrá demandar allí acudiendo al artículo 5.1. Es más, algún autor, dando un paso más allá, ha sostenido que el acuerdo no necesita, concretamente, referirse a Inglaterra ya que, al ser en exclusiva, estarían cubiertos todos aquellos Estados donde es razonable pensar que las partes desearían que fuera efectivo. En este caso, como indica el autor, efectividad es igual a posibilidad de que el acuerdo sea registrado. Vid., en este sentido, el comentario de GAUTIER en RCDIP, 80, p. 400. El mismo autor, en un caso en el que un otorgante portugués intentó registrar una marca en Francia, incumpliendo el contrato de licencia concedido a un demandante francés, defendió que los tribunales franceses eran competentes incluso si Francia no aparecía expresamente mencionada en la licencia. *Ibid.* Si, por último, la obligación del licenciataria, presuntamente incumplida, consiste en ayudar en el control de calidad del producto fabricado en virtud del contrato de licencia, el lugar del cumplimiento de dicha obligación es, razonablemente, aquél en el que el licenciataria haya fabricado el producto, aunque no coincida con el Estado de su domicilio.

c) Los contratos de distribución. Obligaciones del distribuidor (*distributor*)

20. Sirva como botón de muestra para comenzar, la situación que se planteó ante el Tribunal Supremo de Irlanda en el caso *Ferndale Films Ltd. v. Granada Television Ltd. and Another*, en la que se parte de la figura del distribuidor al que se le garantiza el derecho de distribución. La empresa demandante, que había producido la película *My left foot*, entabló una acción en Irlanda por incumplimiento contractual frente al primer demandado, una empresa constituida y domiciliada en el Reino Unido a la que se le había garantizado un derecho universal de distribución, con la excepción del Reino Unido de Irlanda. Esta empresa hizo frente a la competencia del tribunal irlandés, alegando que debería haber sido demandada en Inglaterra en virtud del artículo 2 del Reglamento 44/2001, pero el Juez CARNEY entendió que la obligación esencial que componía el acuerdo de distribución era el pago de una cantidad de dinero en Irlanda, y acabó declarándose competente en virtud del artículo 5.1 del mismo texto. En la fase de apelación, el Juez BLAYNEY, sin embargo, entendió que no eran admisibles las peticiones de la demandante por dos razones, que se identificaban con el incumplimiento de dos obligaciones. La primera, porque había fallado a la hora de utilizar todas las posibles medidas que asegurasen una explotación y una distribución adecuada de la película, en aquellos lugares en los que se debía ejecutar tal distribución. La segunda, porque no había logrado recaudar las cantidades que razonablemente debía de haber generado esa película en virtud del acuerdo de distribución. En este punto, el tribunal de segunda instancia siguió las directrices marcadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁴ ya que, cuando se centra la cuestión en el incumplimiento de dos obligaciones, es esencial identificar a la principal para, volviendo al caso que nos ocupa, establecer si su cumplimiento debería efectuarse en Irlanda. En definitiva, ya que el demandado había fallado en el cumplimiento de la primera de sus obligaciones, y ésta no debía cumplirse en el territorio Irlandés, los tribunales de ese lugar no podían conocer en virtud del artículo 5.1 del Reglamento 44³⁵.

El distribuidor, por lo tanto, debe poder disfrutar de los derechos que se derivan del acuerdo de distribución, en un determinado territorio. Habitualmente, será designado como distribuidor un sujeto que tenga su domicilio en ese lugar, con lo que sus obligaciones estarán íntimamente unidas a él y serán ejecutadas allí. Es decir, ante esta situación, no debería existir dificultad alguna a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación. Con otras palabras, el cedente de los derechos al distribuidor (*grantor*), seguramente será incapaz de actuar frente al distribuidor, acudiendo al artículo 5.1 del Reglamento 44, si decide demandarle en un Estado Contratante en el

³⁴ Vid. *Shenavai v. Kreischer* (Caso 266/85; 1987; ECR 239).

³⁵ Vid. *Ferndale Films Ltd. v. Granada Television Ltd. and Another* (1994; ILPr. 180).

que éste no se encuentre domiciliado³⁶. Ahora bien, la conclusión cambia, y renace la vía del artículo 5.1, si una de las obligaciones del distribuidor frente al cedente (*grantor*) es la remisión periódica a éste de un informe tras la recepción de cada envío. El lugar de cumplimiento de la obligación sería, indubitadamente, el de la residencia del cedente, con lo que cabría la opción procesal de que éste actuase ahí. Y lo mismo sucedería si la obligación del distribuidor fuera la de no ejecutar una venta fuera de un territorio determinado, ya que entonces el lugar del cumplimiento de la obligación, a los efectos del artículo 5.1, sería el lugar donde ese producto se vendió incumpliendo la obligación³⁷.

d) Los contratos de distribución. Obligaciones del otorgante (*grantor*), en particular cuando existe un acuerdo en exclusiva

21. Si ahora centramos nuestra atención en las obligaciones del otorgante, la situación más habitual es aquella en la que es demandado por el distribuidor, por incumplimiento de una de sus obligaciones, lo que se suele concretar en el hecho de que el otorgante ha nombrado a otro como distribuidor incumpliendo un único acuerdo de distribución exclusiva. Este tipo de acuerdos, que habitualmente no especifica milimétricamente cuáles son las obligaciones del otorgante, ha generado entre los tribunales un abanico de posibilidades respecto a cuáles son éstas³⁸.

³⁶ Así, por ejemplo, un distribuidor domiciliado en un Estado tiene la obligación de utilizar todos los medios a su alcance, y emplear todo su esfuerzo, para cumplir sus obligaciones en ese lugar, en el cuál, a la luz del acuerdo de distribución, debe cumplirse su obligación. Y su otorgante (*grantor*), domiciliado en otro Estado, no podrá acudir al artículo 5.1 para demandar en su Estado (el del otorgante) al distribuidor por el incumplimiento de esa obligación, porque no es el lugar natural para que sea cumplida. Es decir, la vía procesal adecuada para actuar frente al distribuidor, en el ámbito del Reglamento 44, viene determinada por el hecho de que coinciden en un mismo lugar el domicilio del potencial demandado y el lugar del cumplimiento de la obligación principal es decir, el foro del artículo 2 y el foro del artículo 5.1 ya que, en el caso de éste último, la propia dinámica del contrato de distribución lleva, en la práctica, a designar a distribuidores domiciliados en aquel lugar en el que debe ser cumplida la obligación principal del contrato.

³⁷ Los problemas afloran de nuevo, sin embargo, cuando la obligación del distribuidor consiste en no exportar un producto. ¿Es el lugar de cumplimiento aquél al que el producto es efectivamente exportado, o aquél desde el que se ejecuta esa operación?. Del mismo modo, ¿*Quid iuris*, respecto a la identificación del foro del artículo 5.1, si la obligación es *not to assist any other party to copy products*? ¿Dónde se debe realizar la asistencia, en el lugar en el que lleva a cabo la copia o en aquél desde el que se remite la información, es decir, en el lugar de residencia del distribuidor?

³⁸ Entre estas obligaciones, podríamos citar la de suministrar el producto al distribuidor, la de no suministrar a ningún otro el mismo producto, la proporcionar al distribuidor *reasonable notice before terminating the agreement*, y la de mantener la distribución exclusiva. A modo de resumen, y como idea previa al estudio de la cuestión, mientras los jueces británi-

22. La primera de las obligaciones del otorgante es la de suministro a su distribuidor (*supply the distributor*). En *Medway Packaging Ltd. v. Meurer, maschinen GmbH & Co. KG*, el Juez HOBHOUSE, en un caso en el que el demandante británico actuó frente a su otorgante alemán por incumplimiento de un acuerdo de distribución exclusiva, en virtud del cuál consideraba que él era el único distribuidor de la maquinaria de éste en el territorio del Reino Unido, sostuvo que ante un acuerdo de esas características, que consideraba informal y no suficientemente definido, las obligaciones del demandado eran las siguientes: a) En Alemania, vender bienes al demandante con un cierto descuento; b) Durante el periodo de vigencia del acuerdo, no vender bienes en el Reino Unido a otro importador de ese país; c) Según sus palabras, *to give reasonable notice to the plaintiff before terminating the agreement*.. Pues bien, según el tribunal, la primera de estas obligaciones debía ser cumplida en Alemania, por lo que era incompetente a la luz del artículo 5.1 del Reglamento 44 si esa era la vía elegida por el demandante. Pero al existir otras dos obligaciones, igualmente exigibles al otorgante, el tribunal se centró en ellas para descubrir allí la obligación principal, que utilizó al final para declararse competente³⁹.

A la misma conclusión llegó *Boss Group Ltd. v. Boss France SA*. El demandante, una empresa británica, solicitó de los tribunales británicos una declaración de que no existía en Inglaterra un contrato de distribución exclusiva, que le ligase con la demandada, una distribuidora francesa. De nuevo con la perspectiva de la existencia, entre las dos partes, de un acuerdo no suficientemente definido en este punto, el Juez SAVILLE afirmó que el demandante tenía dos obligaciones: una positiva, de suministrar (*to supply*) a su distribuidor, y otra negativa, de no suministrar a nadie más. Respecto a la primera, al haber sido entregados los productos al demandado franco fábrica (*ex works*) en Inglaterra, allí se encontraba el lugar del cumplimiento de la obligación. Luego, los tribunales británicos eran competentes en virtud del artículo 5.1 del Reglamento 44. Si el distribuidor francés actuase en su Estado por incumplimiento del acuerdo de distribución, y el tribunal francés utilizase esta argumentación, se declararía incompetente ya que el lugar del cumplimiento de la primera obligación es Inglaterra⁴⁰.

cos e irlandeses consideran que el otorgante tiene varias de estas obligaciones, con lo que es esencial identificar la obligación principal, los tribunales belgas o alemanes sostienen la existencia de una única obligación.

³⁹ Vid. *Medway Packaging Ltd. v. Meurer Maschinen GmbH & Co. KG* (1990; ILPr., 234). La obligación, así, no es única, y cualquiera de ellas, a elección del tribunal, puede ser considerada como suficiente para servir de base a la competencia del tribunal. Era necesario identificar a la o las obligaciones principales que, según el criterio del tribunal, no podía ser la primera, *to sell goods*, al perecer, porque aparecía determinada en lugares diferentes, en contratos de compraventa distintos. Vid. *Medway...*(1990; 2 Lloyd's Rep. 112, p. 116).

⁴⁰ Vid. *Boss Group Ltd. v. Boss France SA* (1996; 4 All ER; 970). Como se observa, el tribunal británico apoyó también su razonamiento en la segunda de las obligaciones del otor-

El otorgante, por último, puede protegerse a sí mismo de ser demandado, en un Estado contratante diferente al de su domicilio por incumplimiento de la obligación *to supply* a su distribuidor, si se asegura en el contrato de que el lugar de cumplimiento de esa obligación es su propio domicilio. Del mismo modo, si se asegura de que ese lugar es el del domicilio del distribuidor, tendrá la seguridad de que sólo allí podrá ser demandado. En *Gilbert Meyer v. La Societe Charles Wednesbury Ltd.*, el Tribunal de Apelaciones de París se declaró competente, en virtud del artículo 5.1, en una situación en la que el demandante, una empresa domiciliada en Francia, había actuado como agente exclusivo de la parte demandada, otra empresa domiciliada en Inglaterra, durante un cierto periodo de tiempo, cuando aquélla decidió actuar frente a ésta por incumplimiento contractual. Los productos de la demandada habían sido entregados a la demandante francesa, y aquélla tenía una obligación de suministro a cumplir en Francia⁴¹.

23. La segunda de sus obligaciones es la de no suministrar a ninguna otra persona (*not to supply anyone else*). El Juez HOBHOUSE, en el caso *Medway*, se refirió a la que denominaba obligación, durante la vida del contrato, de no suministrar bienes a otro importador británico. Dijo que se trataba de una obligación negativa y que su dificultad radicaba en el hecho de que podía no implicar una ejecución, o podía no tener un claro lugar de ejecución⁴². Es más, a pesar de que la atribución de un lugar de realización a una obligación de no hacer es esencialmente arbitrario, sostuvo que la obligación de no suministrar a ningún otro distribuidor en el Reino Unido es una obligación que el demandante distribuidor puede decir que se debe ejecutar tanto en ese lugar como en Alemania. En otras palabras, se trata de una obligación con más de un lugar de ejecución, y puesto que Inglaterra es uno de esos lugares, los tribunales británicos son competentes para conocer en virtud del artículo 5.1 del Reglamento 44⁴³.

gante, la de no suministrar a otro distribuidor, ya que cualquiera de las dos que fuera considerada como principal a la luz del artículo 5.1, le otorgaba competencia para conocer.

⁴¹ Vid. *Gilbert Meyer V. La Societe Charles Wednesbury Ltd.* (1996; ILPr 299).

⁴² Vid. *Medway*..., p. 240. en el mismo sentido, *Carl Stuart Ltd. v. Biotrace Ltd.* (1994; ILPr. 554, pp. 558-559).

⁴³ En Apelación, el análisis fue plenamente coincidente. *Lord Justice FOX*, con el que se identificaron los Jueces PARKER y GIBSON, afirmó que “...*the grant of an exclusive right of distribution in England carries with it an obligation on the part of the grantor so to act in England and Germany as to respect fully the rights of the grantee under the distribution agreement...*”. Vid. *Lloyds Rep.*, 1990, 2, p. 117. Curiosamente, ni el ponente de la sentencia en primera instancia ni el ponente de la apelación explicaron como se debía ejecutar la obligación en Inglaterra, cuando el otorgante alemán había vendido sus bienes en ese país franco fábrica (*exworks*). Seguramente la explicación viene dada por el hecho de que el Tribunal de Apelación diferenció entre el acuerdo de distribución en sí mismo y los contratos de compraventa que lo desarrollaron. Id., p. 116. Ahora bien, si la obligación negativa consiste en *not to supply another*, lo relevante será seguramente acudir al contrato de suministro, que nos proporciona la misma respuesta. En definitiva, la valoración del caso *Medway* ante el tema que nos ocupa es positiva. Siguiendo las directrices del Informe JENARD, con-

El razonamiento del caso *Boss* no varía. El otorgante se dijo que tenía la obligación de no suministrar a nadie más (*anyone*). Se defendió, además, que esa obligación era ejecutable en cualquier lugar (*everywhere*), por lo que se incluía al Reino Unido y a Francia, por lo que los tribunales británicos eran competentes para conocer en virtud del artículo 5.1. Ahora bien, este resultado no se puede admitir tan pacíficamente como el anterior. Los tribunales británicos no es razonable que conozcan de un supuesto en el que se ve envuelta una empresa francesa que distribuye un producto en ese lugar. Se produce un error al combinar dos conceptos diferentes: el de *negative declaration* y el de *negative obligation*. En el caso *Boss*, la utilización del primer concepto es improcedente porque se sostiene que la obligación negativa es ejecutable en cualquier lugar. Pero, para comprobar el verdadero alcance de esta maniobra, comparémosla con el razonamiento del caso anterior. En el caso *Medway*, es evidente que esa obligación se expresó de una forma bastante diferente. Allí, al referirse a la obligación de no suministrar a ningún otro distribuidor inglés, se limita el lugar de realización de esa obligación a dos lugares: Inglaterra y Alemania. Pero, volviendo al caso que nos interesa en este momento, la cosa cambia de manera radical si la obligación es de no suministrar *anyone*, y esa obligación se debe cumplir *everywhere*. ¿Qué se quiere decir exactamente con este ámbito, con estas palabras? ¿Es, cualquier lugar, *everywhere*, cualquier territorio de la Unión Europea al que el suministro pudiera razonablemente llegar?. Si se adopta esta postura, la posibilidad de elección de foro por parte del demandante entraría en una especie de *probatio diabólica* que ampliaría sus posibilidades casi infinitamente⁴⁴.

⁷⁸ cretamente en su página 22, si la justificación esencial del artículo 5.1 es su conveniencia o necesidad de establecer la competencia para conocer en un *appropriate forum*, es difícil denegar esta característica a los tribunales británicos si un distribuidor exclusivo de nacionalidad británica plantea una queja, y posterior demanda, frente a su otorgante por haber designado a otro, en el mismo territorio y de la misma nacionalidad.

⁴⁴ Por esta razón, parece mucho más sensato limitar la elección a aquellos lugares en los que el suministro, en acto, que no en potencia, ya ha tenido lugar. Esto es, a aquél lugar en el que el incumplimiento contractual ya se ha producido. Esta postura, de todas maneras, no está exenta de inconvenientes. Pensemos, por ejemplo, en un supuesto en el que se dilucide una acción por incumplimiento contractual en un acuerdo de distribución. Un tribunal británico sería competente si el suministro a un nuevo distribuidor para Francia tiene lugar en el Reino Unido, incluso si la disputa se plantease entre un otorgante de nacionalidad alemana y un distribuidor francés en relación a una distribución a realizar en Francia. La competencia recaería en aquél lugar en el que la distribución o el acto de suministro ha tenido lugar pero, siguiendo las palabras del Informe JENARD, sería un lugar *not appropriate for trial*.

Por último, en el caso Irlandés *Carl Stuart Ltd. v. Biotrace Ltd.*, (1994; ILPr 554), el Juez BARRON se refirió a esta obligación negativa desde otro punto de vista. Sostuvo que se trataba de una obligación "...not to permit any other distributor to sell its goods within the jurisdiction...", y se refirió al hecho de que "...breach of this obligation may occur in a number of ways...". El demandado puede vender los bienes a un tercero en un determinado lugar,

24. La tercera obligación consiste en proporcionar al distribuidor un aviso con tiempo suficiente antes de que concluya el acuerdo (*give the grantee reasonable notice before terminating the agreement*). Aunque de nuevo el Juez HOBHOUSE, en el caso *Medway*, se refirió a lo que se denomina “...an obligation to give the plaintiff grantee reasonable notice before terminating the agreement...”⁴⁵, los tribunales belgas han tenido también la oportunidad de declararse competentes, en virtud del artículo 5.1 del Reglamento 44, atendiendo a esta nueva obligación. Tras la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *De Bloss v. Bouyer*, donde se sostuvo que esta obligación formaba parte *of the basis of the legal proceedings*, se planteó a los tribunales belgas de instancia la cuestión de la identidad de esta nueva obligación cuando el distribuidor exclusivo, de nacionalidad belga, demandaba la disolución de su acuerdo con un suministrador, de nacionalidad francesa, y una indemnización por los daños generados al ser por éste repudiado sin aviso previo⁴⁶. El Tribunal de Apelaciones de Mons había defendido, en este caso, que la controversia tenía su razón de ser en la obligación de proporcionar un plazo para que se pudiera avisar con tiempo suficiente. Esa obligación se encontraba en relación directa con el derecho, que correspondía al distribuidor exclusivo, para continuar haciendo uso de los derechos contenidos en el acuerdo de distribución exclusiva dentro del territorio cubierto por éste, durante ese plazo o periodo de aviso previo. Y es precisamente con este telón de fondo, y en ese territorio, el belga, en el que la obligación se debía cumplir. Luego, los tribunales belgas eran competentes⁴⁷.

puede llegar a un acuerdo con la empresa matriz extranjera de una filial domiciliada en el foro. En este caso, el lugar de incumplimiento de la obligación dependerá del lugar en el que se hubiera ejecutado el acuerdo entre ambas partes. Id., pp. 558-559.

⁴⁵ La obligación, además, debía ser cumplida en el Reino Unido. En la apelación, en el mismo sentido, el Juez FOX afirmó que “...unless there is some provision to the contrary in the contract, a requirement to give notice to an English company carrying on business in England must be interpreted as an obligation to give notice at the company’s place of business in England....The company can waive this by way of a concession...The upshot was that this obligation was to be performed in England...”. Más adelante, también defendió que esa era la principal obligación en ese caso, porque afecta a la obligación de que exista un aviso adecuado que informe de que el contrato ha llegado a su fin. Vid. 1990, 2 *Lloyd’s Rep.*, p. 116. De manera diferente, el Juez GILL, en *William Grant & Sons International Ltd. v. Marie Brizard et Roger International SA* (1997; ILPr. 391, p. 402), sostuvo que el otorgante escocés en un contrato de distribución, tenía la obligación de proporcionar *due notice of termination of an exclusive distribution agreement*, frente al distribuidor francés, y que esa obligación se debía ejecutar en Francia.

⁴⁶ Vid. *De Bloss v. Bouyer* (Caso 14/76; 1976; ECR 1497).

⁴⁷ Vid. *A De Bloss Sprl v. Societe en commandite par actions Bouyer JT* (1977; 637; Jur. Belg. 1977; 348; Pas b 1978; II; 8; Series I-5-1; 1-B-6). Esta obligación de proporcionar un plazo para el preaviso se ha denominado también como una manifestación de la obligación fundamental y continuada que corresponde al suministrador de respetar los derechos exclusivos del distribuidor en su área de influencia. Así, por ejemplo, *Knauer & Co. Maschinen-*

25. La última de las obligaciones del otorgante es el ofrecer un marco adecuado para que se cumpla el contrato de distribución (*to continue the exclusive distributorship*). Esta fue la idea central sobre la que giró la decisión de la *High Court* irlandesa *Carl Stuart Ltd. v. Biotrace Ltd.* El demandante deseaba ejecutar un acuerdo de distribución exclusiva para Irlanda, garantizado por una empresa registrada en el Reino Unido. El Juez BARRON, tras exponer las dificultades a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación negativa, sostuvo que era necesario encontrar el derecho al que correspondía esa obligación, puesto que ahí se encontraba la razón de ser del procedimiento. Concretamente, el demandante buscaba probar tanto su derecho a continuar en su labor de distribuidor exclusivo de los productos del demandado, como su derecho a que el suministro de esos productos continuase como había sucedido hasta ese momento. ¿Cuál de estas obligaciones servía, verdaderamente, de razón de ser para el procedimiento? El ponente entendió que la primera. Esta obligación sólo se podía ejecutar en Irlanda, seguramente porque la distribución afecta exclusivamente a ese lugar y, en consecuencia, los tribunales competentes para conocer, en virtud del artículo 5.1 del Reglamento 44, eran los irlandeses. Una primera aproximación crítica, nos lleva a concluir que el razonamiento es positivo, porque viene de un tribunal de un Estado contratante que tiene su sede en aquél lugar directamente relacionado con la esencia misma del acuerdo de distribución, con lo que nos muestra una vinculación más objetiva que aquellos supuestos en los se toma, como piedra de toque para establecer la relación con ese precepto comunitario, el lugar de la venta o la entrega al distribuidor. Además, de paso, este planteamiento evita todos los problemas que, como vimos en su momento, se asocian a la determinación del contenido de la obligación negativa⁴⁸.

La misma postura fue acogida por la sentencia del Tribunal Supremo de Holanda *Hacker Kuchen GmbH v. Bosma Huygen Meubelimpex BV*. Se trataba de un acuerdo de concesión, en el que el Alto tribunal calificó la obligación principal como una de naturaleza positiva, con la finalidad de permitir al concesionario, de nacionalidad holandesa, la posibilidad de negociar con los productos del otorgante en ese lugar, con exclusión de otros. Si atendemos a los argumentos del concesionario, la respuesta no es extraña, puesto que en todo momento mantuvieron la postura de que existía una única obli-

fabrik v. Callens (JT 1978; D Series I-5.1-B8). Es destacable que, según el Derecho belga, esta obligación se debe ejecutar en aquel país en el que el acuerdo exclusivo se haya generado. Vid. *Carl Feudenberg KG v. Bureau RV Van Oppens SARL* (JT 1984, 637; D Series I-5.1-B 21). De este modo, si una empresa británica es la distribuidora exclusiva para Bélgica, la obligación sería ejecutable en ese lugar. Sin embargo, según la perspectiva británica, lo sería en el lugar en el que la primera tiene su sede habitual de operaciones, es decir, en Inglaterra.

⁴⁸ Vid. *Carl Stuart Ltd v. Biotrace Ltd.* (1993; ILRM 632).

gación para el otorgante de mantener la concesión, en lugar de defender la pluralidad de obligaciones, como sucedía ante la jurisprudencia británica. En este sentido, se afirmó que la obligación principal se debía ejecutar en Holanda, ya que allí se encontraba la sede principal de actividades del concesionario y el lugar de ejecución de la concesión⁴⁹.

e) El contrato de asignación (*assignment*). Obligaciones del asignatario (*assignee*)

26. La más elemental de las obligaciones del asignatario es el pago de una determinada cantidad de dinero al asignante y, lo habitual, es que esta obligación se cumpla en aquel lugar en el que éste reside. Es decir, que si no se cumple, podrá acudir a los tribunales de su domicilio, en virtud del artículo 5.1 o a los del domicilio del asignatario, gracias al artículo 2 de la Convención de Bruselas. La solución, como se observa, es muy parecida a la que se defendió en su momento cuando el licenciatario no pagaba sus *royalties*, aunque no está exenta de problemas, si atendemos a la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación, por ejemplo, si el asignatario debe aceptar una *joint venture*, y el contrato de asignación forma parte de ese gran marco. En esta situación, ¿Dónde se debe cumplir esa obligación? ¿En el lugar donde está destinada a operar la *joint venture*, o en el lugar en el que el asignatario debe ejecutar documentos o realizar ciertos actos en virtud de esa *joint venture*?

f) El contrato de asignación (*assignment*). Obligaciones del asignante (*assignor*)

27. El asignante, ante todo, debe transmitir un derecho de naturaleza patrimonial al asignatario. Siguiendo las directrices marcadas por el caso

⁴⁹ Vid. *Hacker Kuchen GmbH v. Bosma Huygen Meubelimpex BV* (Caso 14.197; 1992; ILPr. 379). En otro supuesto del mismo país, donde la naturaleza positiva de la obligación no se identificó con tanta claridad, el mismo Tribunal mostró su énfasis por este tipo de obligación para mantener la concesión, a pesar de que en la instancia se había desarrollado un interés mayor por la de naturaleza negativa para declarar su terminación. Vid. *Isopad v. Huijshoven* (NJ 1992; 422).

En definitiva, si comparamos a grandes rasgos el punto de vista de los tribunales británicos con el de sus compañeros continentales, parece más razonable defender estas nuevas posturas. No parece de recibo que, por ejemplo, el Juez FOX en el caso *Medway* admita, por una parte, que un acuerdo para la creación de un contrato de agencia en exclusiva se debe ejecutar permitiendo que un determinado estado de cosas se mantenga y, por otra parte, defienda que la naturaleza de la obligación es negativa. Vid. *Medway*..., p. 117.

Restaría hacer mención a algunas otras obligaciones del otorgante, como la de suministrar todo tipo de ayuda promocional al distribuidor sin coste. El lugar de su cumplimiento, habitualmente, será el de la residencia de éste, con lo que podría entablar una acción en ese lugar, si entendiésemos que existe un incumplimiento contractual en este punto, en virtud del artículo 5.1, si su contraparte reside en otro lugar.

Olympia, el lugar de cumplimiento de esta obligación se encuentra donde el asignante debe ejecutar el documento que transfiere ese derecho, es decir, en el lugar en el que está domiciliado. De esta forma, si el asignatario desea actuar procesalmente a causa del incumplimiento de esta obligación, no podrá utilizar el artículo 5.1 para demandar en un Estado diferente a aquél en el que el asignante está domiciliado. El asignante, además, puede tener la obligación de cambiar la anotación registral en la que él aparece como propietario del derecho que asigna. El lugar de su cumplimiento, lógicamente, es aquél en el que se encuentra el registro⁵⁰.

3. El artículo 23 y el artículo 24 del Reglamento 44/2001

28. El concurso de los acuerdos de elección de foro en los contratos internacionales sobre la propiedad intelectual, y por lo tanto en los que afectan al ámbito cinematográfico, son moneda de uso común, y para que ese acuerdo despliegue sus efectos de prórroga y derogación será suficiente con que reúna los requisitos del artículo 23 del Reglamento 44. En cuanto a la sumisión tácita, regulada en el artículo 24 del Reglamento 44, su vigencia es plena cuando el demandante presenta la demanda en cualquier tribunal de un Estado miembro, y el demandado comparece sin impugnar la competencia, con la excepción de aquellos supuestos que se refieran a una de las competencias exclusivas del mencionado Reglamento⁵¹.

⁵⁰ Si una empresa británica asigna una patente francesa a otra de nacionalidad alemana, e incumple la obligación registral, la alemana puede demandar en Francia y solicitar que se ejecute la obligación. Ninguno de los sujetos implicados tiene esa nacionalidad, pero la razón de ser del artículo 5.1, la búsqueda del *appropriate forum*, conduce a esa solución. Pueden plantearse, sin embargo, algunos problemas a la hora de determinar el lugar de ejecución de otras obligaciones del asignante. Por ejemplo, puede haber incumplido la que garantiza que el derecho que asigna es válido, o bien la que garantiza que está libre de cargas u otras concesiones. ¿Cuál es ese lugar? estas garantías parece razonable establecer que aparecen ligadas al mismo acuerdo de asignación, y así se proporcionan cuando se ejecuta el mismo documento de transferencia al asignatario. Luego, el lugar de cumplimiento sería aquél en el que el documento es ejecutado, es decir, el del domicilio del asignante.

⁵¹ Vid. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A.: “Contratos Internacionales...”, cit., pp. 574-576. En cuanto a la utilización del domicilio del demandado, que se recoge en el artículo 2 del Reglamento 44, en estos supuestos, de manera alternativa al foro del artículo 5.1 del mismo texto normativo, cabe mencionar que no presenta ninguna particularidad con respecto al régimen general de este precepto. Vid. Id., p. 576; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional...*, vol. 1, 11.ª ed., p. 156.

Por otro lado, la utilidad del artículo 23 del reglamento 44 es particularmente importante, cuando existe una disputa de naturaleza contractual cuyo tema de fondo es la explotación de un derecho de autor de naturaleza cinematográfica. Así, una atribución de competencia exclusiva de esta naturaleza, protege al otorgante de un contrato de licencia frente al riesgo de ser demandado en diferentes lugares por el licenciataria al que se le ha garantizado una explotación territorial que alcanza a diferentes Estados. Y, del mismo modo, hace que el

4. Algunas propuestas de reforma

29. Como se habrá observado, la mayor parte de los comentarios acerca de las normas sobre competencia judicial internacional en los contratos de explotación han girado alrededor del artículo 5.1 del reglamento 44/2001. Por esta causa, las principales críticas, así como las propuestas de reforma, también se referirán a él. Y son dos, concretamente, las limitaciones o elementos a mejorar en ese precepto. En primer lugar, la incertidumbre que rezuma y, en segundo lugar, el amplísimo margen de maniobra que concede al demandante a la hora de que éste elija foro. En cuanto a la incertidumbre, sin duda existe cuando, por ejemplo, se deben determinar cuáles son las obligaciones del otorgante en un contrato de distribución exclusiva y, en este sentido, hay que concretar el lugar de su cumplimiento⁵². Y lo mismo se puede predicar a la hora de determinar el contenido y, por lo tanto, el lugar de ejecución de la obligación negativa de no suministrar a nadie más⁵³. En cuanto a las amplias posibilidades de iniciativa procesal que se le conceden al demandante, el hecho de que se combine la existencia de una obligación negativa con una interpretación flexible acerca de donde se debe ejecutar esa obligación, significa que el demandante, a la luz del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001, goza de una generosísima posibilidad para demandar.

30. Desde un punto de vista general, sin atender en concreto a los contratos de explotación de la propiedad intelectual, se podrían enunciar algunas propuestas destinadas a reformar el actual artículo 5.1. La primera pasaría por una eliminación radical del contenido actual del precepto. Así, en lugar de utilizar como punto de conexión el lugar de cumplimiento de la obligación, mejor sería hacer referencia al lugar de entrega de la cosa en cuestión o, si se trata de servicios, al lugar en el que el servicio se lleva a cabo⁵⁴.

otorgante, y en su caso el licenciatarlo, demanden en otro lugar cuando el demandado, por ejemplo, tenga allí propiedades o valores seguros. Vid., para un conocimiento esencial de este precepto, por todos, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional...*, vol. 1, 11.⁴ ed., p. 138 ss.

⁵² ¿Es obligación del concedente suministrar a su distribuidor, no suministrar a nadie más, preavisar de la terminación del acuerdo que les une o, sin más, continuar con los términos de éste, por lo tanto, manteniendo la distribución en exclusiva? ¿Está el otorgante sujeto a todas estas obligaciones, como defienden los tribunales anglosajones, o a una solamente, como parecen hacerlo sus compañeros continentales? Si es de esta última forma, ¿Cuál es la obligación principal?.

⁵³ ¿Se refiere su cumplimiento a cualquier lugar del mundo, o sólo a los Estados de la Unión Europea en los que ese suministro se pudiera producir de manera razonable? Por otra parte, de acuerdo a la última interrogante, ¿se exige que ese suministro haya tenido, efectivamente, lugar ya, es decir, se exige que ya se haya incumplido el contrato o bien basta la posibilidad potencial para que se pueda acudir al artículo 5.1?.

⁵⁴ Esta propuesta se puede consultar en *Consultation Paper on the Operation of the Brussels and Lugano Conventions issued by the Lord Chancellor's Department and the Scottish Courts Administrations*. Para la propuesta de derogación, vid. pp. 10-14. Para la propuesta de los foros alternativos, vid. para. 32.

Algún autor, ha defendido, en segundo lugar, la construcción de ese nuevo precepto sobre dos principios básicos. Siempre según sus palabras, el primero es que “...if the dispute between the parties is centred on the question whether the performance of the party who undertakes the characteristic obligation is defective or in conformity with the terms of the contract, the courts for the place of performance of the characteristic obligation should have jurisdiction...”. El segundo habla de que “...if the substance of the dispute is not centred on the performance of the characteristic obligation, special jurisdiction should be conferred on the courts of the Contracting State whose law is the applicable law so long as that Contracting State also has -at least- a minimum factual connection with the dispute...”⁵⁵.

Una nueva propuesta, en tercer lugar, fue defendida hace algunos años por el Abogado General LARENZ en el caso *Custom Made Commercial Ltd. v. Stawa Metallbau GmbH*. Se trata de la necesidad de buscar un significado autónomo a la expresión “lugar de prestación de la obligación” y no, como en el supuesto anterior, una definición directamente ligada a las cuestiones de derecho aplicable. Si existiera más de un lugar en el que la prestación debiera ser cumplida, debería procederse a una interpretación restrictiva respecto a las obligaciones negativas destinada a que el distribuidor no estuviese sujeto a la competencia de un tribunal que no fuera el de su domicilio y,

⁵⁵ Vid. HILL, J.: “Jurisdiction in matters relating to a contract under the Brussels Convention”, *ICLQ*, 1995, 591, pp. 617-619. Como se habrá descubierto, el autor defiende una postura tendente a unificar las cuestiones que aquí interesan, las de la competencia judicial, con las de competencia legislativa, a través de uno de los complementos naturales en este ámbito del Convenio de Bruselas, el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, del que nos ocuparemos en su momento. Se trata de una opción siempre arriesgada pero aparentemente razonable por varias causas. La primera porque, como se acaba de decir, ambos textos son complementarios. Esto quiere decir que su ámbito universal es similar, y que ambos están llamados a entenderse en muchas de las ocasiones en las que los particulares deseen plantear un pleito que caiga dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación. Se trataría, con otras palabras, de un “tandem” perfecto para determinar las cuestiones de competencia judicial y competencia legislativo en el territorio de la Unión Europea, en esos respectivos ámbitos de aplicación. La segunda, es que para determinar las cuestiones de competencia judicial se utilizan criterios o elementos propios del Convenio de Roma, como el de prestación característica, que en nada desmerecen en este nuevo ámbito y que, además siguiendo el sentido del Informe JENARD, ayudan al operador jurídico a encontrar ese *appropriate forum*. En la actualidad, aunque la conclusión no cambia, el Convenio de Roma ha dado paso al conocido como Reglamento “Roma I” (Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Vid. DOUE, L 177 de 4 de julio de 2008). Sobre este importantísimo texto para la unión Europea es muy recomendable la consulta, por todos, de CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Contratos Internacionales I”, en Id.: *Derecho Internacional...*, vol. II, cit., p. 457 ss.; CASTELLANOS RUIZ, E.: *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009.

en particular, a que el suministrador no pudiese demandar al distribuidor en su domicilio, el de aquél, sin otra causa que no fuera el presunto incumplimiento de una obligación negativa difusamente localizada⁵⁶.

31. ¿Qué opinión nos merecen estas propuestas si ahora las trasladamos al ámbito de los contratos de explotación? Siguiendo el mismo orden que utilizamos para enunciarlas, respecto a la primera, sin duda alguna quedaría eliminado el problema de la incertidumbre que rodea al artículo 5.1 del Reglamento 44/2001, si se borra o deroga su contenido pero, si no se propone una alternativa razonable, al potencial demandante le quedaría para actuar procesalmente el foro general del artículo 2, el del domicilio del demandado. ¿Por qué rematar de esta manera la faena, denegando la posibilidad de un foro alternativo, si ese demandante, encauzando su reclamación por la vía no contractual tendría, una nueva posibilidad de actuar?. Si, por otra parte, centramos nuestra atención en la alternativa propuesta a la derogación, nos encontramos con que es difícil encontrar en el tipo de negocios jurídicos que nos interesa un lugar de entrega o un lugar en el que se deba ejecutar un servicio, porque no se suelen presentar situaciones en las que haya que rendir estas prestaciones en ese ámbito. Luego, en definitiva, terminamos la valoración de esta nueva propuesta como comenzamos. A falta de alternativa viable a la derogación de los contenidos del artículo 5.1, la única salida que le queda al potencial demandante es acudir al foro general del artículo 2.

La segunda propuesta presenta también dificultades si atendemos a los contratos de explotación de los derechos de propiedad intelectual ya que, esencialmente, no logra desterrar la incertidumbre del ámbito del artículo 5.1. Así, en cuanto al primero de los principios que sostiene, se produce un desajuste entre la solución emitida y el problema que pretende resolver. Es decir, la solución tiene como base el concepto de obligación, la que determina la prestación característica, pero lo que nos interesa resolver son las cuestiones relacionadas con la determinación y el juego de esas obligaciones en el propio contrato de explotación. Con otras palabras, la solución parte del hecho de que este problema está resuelto cuando ese extremo, precisamente, es el que se intenta resolver. ¿Cómo se puede identificar la prestación característica, por ejemplo, cuando no se pueden determinar las concretas obligaciones del otorgante en un contrato de licencia en exclusiva?. Incluso si se pudiese llegar a dar solución a esta cuestión, sería muy difícil encontrar cuál es la prestación característica cuando en estos contratos, como en los otros que hemos estudiado, como conocemos, el número y, sobre todo, la ponderación o el peso específico de cada una de las obligaciones de las partes, es muy diferente a la luz de las circunstancias. Respecto al segundo de esos principios, el que parte de la imposibilidad de identificar una prestación

⁵⁶ Vid. *Custom Made Commercial Ltd. v. Stawa Metallbau GmbH* (Caso C-288/92; 1994; ECR I-2913, p. 2934).

característica para centrarse en criterios puros de derecho aplicable, se mantiene el juicio negativo ya que en los contratos de explotación, a falta de elección de ley por las partes, paradójicamente, la incertidumbre aumenta respecto a la ley que ha de regular el contrato y, lógicamente, a la luz de esta propuesta, respecto a la solución de las cuestiones de competencia judicial internacional.

Por último, la búsqueda de un significado autónomo del concepto “lugar de cumplimiento de la obligación”, sin duda, es de utilidad cuando las partes no han acordado, explícita o implícitamente, ese lugar. Si así fuera, pueden surgir problemas entre el entendimiento que, de tal expresión, pueden defender los diferentes ordenamientos nacionales interesados. Por ejemplo, esta realidad sería evidente en aquellas situaciones en las que la obligación en cuestión fuera la de que el otorgante proporcionase al *grantee*, un preaviso de la terminación del acuerdo con una antelación razonable. Sin embargo, donde esas diferencias se mostrarían con toda su intensidad a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, sería en aquellas situaciones en las que se necesitase identificar cuál de las obligaciones nació en primer lugar. Es más, siguiendo esta línea de razonamiento, y en relación particular con la incertidumbre, seguramente se presentaría un periodo de esa incertidumbre hasta que el Alto Tribunal de la Unión Europea identificase un concepto autónomo de lugar de cumplimiento para cada obligación. Para terminar, la última parte de esta propuesta, la que defendía una interpretación restrictiva de las obligaciones negativas, sin duda tiene la ventaja de evitar el otro de los problemas anunciados para el art. 5.1 al comienzo de este epígrafe: evitaría las amplísimas posibilidades de elección de foro que se generan para el potencial demandante.

IV. Derecho aplicable y Convenios Internacionales sobre la propiedad intelectual

1. Algunas ideas introductorias

32. Como ya conocemos, la propiedad intelectual ha sido objeto, en diversas ocasiones, de regulación por parte de algunos textos internacionales. Su interés para abordar las cuestiones de derecho aplicable, aunque sólo fuera por este dato, es evidente, pero sin embargo no se pueden perder de vista algunos elementos que caracterizan de manera singular esta realidad. Así, ante todo, cabe decir que los autores de esos textos nunca tuvieron como principal cometido la solución a las cuestiones de derecho aplicable, a pesar de que algunos de los textos contengan normas de este tipo, o bien criterios que pueden ayudar a solucionar estas cuestiones. En segundo lugar, no se debe perder de vista que, como sucede con tantas otras realidades, la que presenta la propiedad intelectual en la actualidad, y los derechos de autor en par-

particular, tiene un indiscutible aspecto o vocación internacional, lo que, a primera vista, no conjuga con la evidente proyección interna de la mayoría de las normas de origen interno que, paradójicamente, no son más que una adaptación o importación de esas normas internacionales. Luego, en definitiva y en relación directa con la primera idea, los textos internacionales no proporcionan a las cuestiones de derecho aplicable una solución clara y concisa sino parcial⁵⁷. Así se refleja, en el escrupuloso respeto al principio del tratamiento nacional que se produce en la mayoría de esos Convenios. Las normas que lo defienden, no son propiamente normas de conflicto completas, pero la obligación que manifiestan de tratar a extranjeros y nacionales del mismo modo evidencia el marco en el que está llamado a operar el derecho interno.

2. El Convenio de Berna de 1886

A) Las normas que determinan la protección del Convenio

33. El Convenio de Berna tiene como objeto proporcionar protección en el ámbito de los derechos de autor, sin que el registro o cualquier otra formalidad sea absolutamente necesaria para conseguir este objetivo⁵⁸. Cuando se debe determinar si una determinada obra debe o no ser protegida, ante todo hay que descubrir si cae dentro del ámbito de su ámbito de aplicación. Y si es así, el Texto le garantizará un mínimo de protección. Ahora bien, ¿cuáles son los elementos de los que se sirve el Convenio para este fin?

a) La nacionalidad del autor

34. El artículo 3 del Convenio de Berna habla de la nacionalidad del autor como punto de conexión válido para conseguir la protección. Esta se garantiza a todas las obras de cualquier autor que posea la nacionalidad de cualquiera de los Estados miembros del Convenio, incluso si se trata de obras que han sido publicadas en otro Estado no miembro o de obras inéditas⁵⁹. A la nacio-

⁵⁷ Vid. CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Propiedad intelectual...”, en *Derecho Internacional...*, vol 2, 11.^a, ed., cit., p. 773.

⁵⁸ A pesar de la aparente sencillez de la afirmación, la determinación de los criterios a los que el Convenio supedita su protección es muy importante, tanto para los autores como para las obras, porque a pesar del amplísimo número de Estados que se han adherido al Texto Internacional, no todos ellos son propiamente Estados miembros. En este sentido, es decisivo estudiar estos elementos que vinculan al autor, o a la obra, a un determinado Estado miembro porque la existencia, o inexistencia, al menos de uno de ellos, va a determinar la protección. Se trata, en definitiva de criterios de elegibilidad a los que se supedita la protección.

⁵⁹ Sobre este último particular, vid. art. 3.1.a del Convenio de Berna.

nalidad, se asimila la residencia habitual en cualquiera de los Estados miembros⁶⁰.

b) La primera publicación del autor en un Estado miembro

35. La primera publicación del autor en un Estado miembro es la segunda circunstancia que determina la protección que garantiza el Convenio de Berna. La publicación simultánea en un Estado no miembro y en un Estado miembro dentro de un plazo de 30 días es, a estos efectos, similar a la publicación en un Estado miembro⁶¹. Se trata de un requisito autónomo, capaz de proporcionar el efecto protectorio garantizado por el Convenio y, por lo tanto, no necesita para que éste se produzca la concurrencia del anterior, el de la nacionalidad o la residencia habitual⁶².

⁶⁰ Vid. art. 3.2 de la Convención de Berna. Por lo tanto, dos son en la actualidad los puntos de conexión que determinan la protección. La nacionalidad y la residencia habitual del autor en un Estado parte del Convenio. Este, por otra parte, no define que se deba entender por cada uno de estos conceptos. Entonces, ¿Qué sucede con la obra existente de un autor que abandona o pierde voluntariamente su nacionalidad, de un Estado no miembro del Convenio, en favor de su adquisición en otro Estado sí miembro, o bien *quid iuris* si lo que adquiere es la residencia habitual en un Estado miembro?, ¿Cabe establecer la protección desde el momento de esa adquisición hacia el futuro?. Y a la inversa, ¿ Sigue existiendo la protección si ese sujeto renuncia a su nacionalidad o a su residencia habitual en un Estado miembro? La respuesta a todas estas cuestiones vendrá del lado de los tribunales nacionales y de la norma de conflicto que realmente apliquen, aunque sin duda les será de ayuda el criterio que consiste en establecer la existencia de nacionalidad o residencia habitual, y por lo tanto de protección, en el momento en el que la obra se pone por primera vez a disposición del público. Vid., en este sentido, *report on the Work of the Main Committee I, paras. 29 and 30. Stockholm Conference, 1967*. Sin duda, el principal argumento en favor de esta opción es la certidumbre que se genera para el usuario de la obra, ya que puede determinar con seguridad si en el momento de existir la obra para el disfrute del público existía ya la protección, es decir, propiamente el derecho de autor, la protección. De otro modo, la incertidumbre sería absolutamente insuperable, ya que tendría que estar pendiente de los futuros o potenciales cambios en la nacionalidad o en la residencia habitual del autor. Algo, indiscutiblemente, de lo que el usuario no siempre es consciente y que le obligaría a llevar una especie de libro-registro sobre el particular.

⁶¹ Vid. art. 3.1.b del Convenio de Berna.

⁶² El Texto define en su art. 3.1.3 qué se entiende por publicación, u obra pública, como “...works published with the consent of their authors, whatever may be the means of manufacture of the copies, provided that the availability of such copies has been such as to satisfy the reasonable of the public, having regard to the nature of the work...”. Es importante hacer mención en este momento al hecho de que la relevancia de este segundo factor es limitado, esencialmente, porque el propio Convenio, en otro lugar del mismo precepto, afirma que quedan excluidas de la anterior definición, “...the performance of a dramatic, dramatico-musical, cinematographical or musical work, the public recitation of a literary work, the exhibition of a work of art and the construction of a work of architecture...”

c) La sede principal de actividades o la residencia habitual del autor(*maker*) de una obra cinematográfica

36. El artículo 4 del Convenio añade dos concretísimos criterios de protección, plenamente vigentes, incluso si no se cumplen las condiciones anunciadas en el artículo 3. El primero, de especial importancia para el tema que nos ocupa, afecta a los autores de obras cinematográficas, y establece que sus obras serán protegidas si su sede principal de actividades o su residencia habitual se encuentra en un Estado miembro⁶³.

B) La prioridad entre los criterios de protección

37. Como se habrá comprobado, en los párrafos anteriores se han enunciado un conjunto de circunstancias que determinan la protección que suministra el Convenio y que, esencialmente, establecen un vínculo entre la obra a proteger y un Estado miembro del Convenio de Bruselas. Habitualmente, cuando se acude a uno de estos puntos de conexión, se establece un vínculo con un Estado que normalmente será, a los efectos protectivos, aquél en el que la obra haya sido creada, en el que tenga su origen. Pero también puede suceder que, simultáneamente, existan diferentes puntos de conexión que se puedan aplicar a una misma situación con la finalidad de establecer una relación entre la obra y el Estado miembro. En estas situaciones, el Convenio establece en su artículo 5.4 cuál es la vía a seguir a la hora de priorizar los criterios del siguiente modo. En primer lugar, habrá que atender a si la obra ha sido publicada en un Estado miembro. Si es así, ese lugar será considerado su lugar de origen, con independencia de que su autor pueda tener su nacionalidad o residencia habitual en otro Estado miembro. Si la publicación se ha producido de manera simultánea en dos Estados miembros, tendrá prioridad aquél cuya legislación interna garantice al autor un plazo menor para ofrecer la protección. Lógicamente, si uno de los Estados en los que se ha producido esta publicación no es un Estado miembro, será el otro, el que sí lo es, el que disfrute de la consideración de Estado de origen de la obra. En segundo lugar, sólo si la obra no se ha llegado a publicar, o ha sido publicada en un Estado no miembro sin publicación simultánea en otro Estado miembro, se puede acudir a la nacionalidad o a la residencia habitual del autor. De este modo, con esta jerarquía de criterios, es mucho más fácil para los destinatarios de la obra protegida deter-

⁶³ El segundo, se refiere a la protección de la que pueden disfrutar tanto los arquitectos, o autores de obras de arquitectura, si sus trabajos se han erigido en el territorio de un Estado miembro, como aquellos otros autores de obras de naturaleza artística que las hayan incorporado a un edificio, o cualquier otra estructura, localizada en un Estado miembro.

minar la certeza acerca de su primera publicación, lo que permite una mejor explotación⁶⁴.

C) La aparición de las cuestiones de competencia legislativa

38. Una vez que una determinada obra cae dentro del ámbito protector del Convenio de Berna, el siguiente paso consiste en determinar cuál será la concreta protección que se le va a proporcionar en cada uno de sus Estados miembros. Es ahí, precisamente, donde nacen los problemas de competencia legislativa. Los artículos 3 y 4 del Convenio nos enseñaron los criterios a los que se supeditaba la protección, pero es el artículo 5 el que aborda esta nueva cuestión.

La calificación de una obra como digna de protección por parte del Convenio de Berna, parte de una clara distinción entre aquellas que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación y aquellas que se encuentran fuera de él. El Convenio obvia el tratamiento de éstas y se centra en el de aquéllas. Una opción que podía haber tomado el legislador internacional podría haber sido la creación de una norma uniforme y armonizadora sobre el derecho de autor. Sobre todo, se habría ahorrado problemas de competencia legislativa. Pero, en su lugar, lo que hizo fue establecer una serie de elementos que ayudasen a los diferentes legisladores nacionales en el diseño de sus normativas. Concretamente, buscó crear un sistema internacional de naturaleza protectora para las obras, que partiese de unos principios que fuesen respetados por todos los Estados miembros. Una vez alcanzado este objetivo, el siguiente paso consistió en fijar una norma en la que se fijase ese formato, pues los Estados firmantes no ofrecían una regulación uniforme ni unas concepciones idénticas sobre los derechos de autor, su contenido y su ámbito⁶⁵.

⁶⁴ La preferencia por el criterio de la primera publicación parece suficientemente razonable si atendemos a las palabras de SHACK, “...*the author’s right in his published work becomes a distinct subject of legal relations, separated from the person in whom it has been vested; the work-oriented connection (with a particular country) corresponds to thos fact. The personal statute of the author is largely unknown to the public, to which it is the use of the work that comes into prominence...*”. Vid. SHACK, H.: *Zur Anknüpfung des Urheberrechts im internationalem Privatrecht*, Duncker & Humblot, 1979, p. 50.

⁶⁵ El objetivo era realmente ambicioso ya que, como se observa, se trataba de establecer un conjunto de criterios que, por una parte, Estado a Estado, creasen una regulación mínimamente aceptable y que olvidase las particularidades nacionales mientras, por otra parte, se buscaba conseguir una regulación internacional, fundamentada en el seguimiento fiel de estos criterios por parte del conjunto y en la aceptación de estas reglas del juego, por todos igualmente aceptada. Con otras palabras, se buscaba conseguir la *concordia discordantium* sobre el particular, aunque con la imprescindible ayuda de un conjunto de guías que, precisamente, debían ser aceptadas por todos. Ahora bien, con el objetivo de la protección uniforme conseguido, era necesario determinar de acuerdo a qué norma existiría, ya que la concepción nacional de cada uno de los Estados miembros era diferente. Pues bien, en este

D) El Derecho aplicable a las obras protegidas

39. La calificación, de acuerdo a los criterios contenidos en los artículos 3 y 4 del Convenio de Berna, nos dejó en un punto muerto situándonos el país de origen de la obra. Allí, esencialmente, se le garantiza la protección en los términos en los que se exprese la normativa interna de ese lugar. Y estas mismas normas también se aplican, del mismo modo, a cualquier autor que, sin ser un nacional de ese lugar, el Convenio considera que sus obras deben recibir esa protección porque tienen la calificación de ese país como su lugar de origen⁶⁶. Se trata, en definitiva, de tratar a los nacionales y a los no nacionales del mismo modo, lo que nos puede llevar a concluir que la obra disfruta de la misma protección en todos los otros Estados miembros, diferentes a este primero del que hemos partido en nuestro razonamiento, ya que existe, verdaderamente, un nivel pleno, o claramente identificable de protección en todos ellos. Pero esta interpretación no es correcta a causa de la existencia del artículo 5.1 del Convenio, que nos proporciona un empuje para ayudarnos a salir del punto muerto en el que nos encontrábamos, una vez que llegamos a la conclusión de que una obra era susceptible de ser protegida, de una determinada forma, en un Estado parte de acuerdo a su normativa interna⁶⁷. ¿Qué nos dice ese precepto? Sencillamente, que la obra protegida se beneficiará, en cada uno de los Estados miembros, del mismo grado de pro-

ámbito, las cuestiones de competencia legislativa se refieren, por ejemplo, al concepto de obra protegida y al problema de la definición de los concretos derechos que, de manera exclusiva, le corresponden a su titular. ¿Debe la creación ser original? ¿Qué es ser original, que tiene algún tipo de valor artístico antes de que se la considere obra protegida por el Convenio? Un buen ejemplo de esta situación lo encontramos en la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Warner Brothers Inc. v. Christiansen* (Caso 158/86; 1988; ECR 2605). Se trataba del alquiler de una cinta de video que contenía una conocida película del agente 007, James Bond, “Nunca digas nunca jamás”. En ese momento la normativa interna británica sobre *copyright* no proporcionaba a su propietario la posibilidad de alquilarlo (se supone que el beneficio vendría generado por el alquiler que, cualquier particular, concertase en un videoclub), pero la normativa danesa permitía al propietario autorizar o rechazar el alquiler, así como una comisión si ese alquiler se realizaba en otro Estado. El Sr. Christiansen había comprado la cinta de video en Londres y la había alquilado en Dinamarca, a través de su negocio de alquiler. ¿Puede detener esta maniobra la multinacional norteamericana? ¿Puede reclamar los *royalties* que genera esa actividad en Dinamarca. Lógicamente, la respuesta es diferente si analizamos la cuestión desde la normativa británica, a si lo hacemos desde la danesa.

⁶⁶ Vid. art. 5.3 del Convenio de Berna.

⁶⁷ Tras esta postura protectora, que nos muestra el Convenio en dos etapas, parece claro que lo que busca el Texto Internacional es garantizar la protección en todos sus Estados miembros. Pero ese nivel de protección, en todos esos lugares, no será el determinado por la norma que se encuentre en vigor en el Estado de origen. Ni incluso viene determinado en el texto del artículo 5.1.

tección que se le garantiza a sus autores nacionales, en virtud de la norma interna que se encuentre en vigor sobre el particular⁶⁸.

40. Llegados a este punto, ¿Cómo se determina el derecho o los derechos aplicables a las obras protegidas? El artículo 5.2 del Convenio, que nos da la respuesta, se refiere a la ley del lugar en el que se solicita la protección al afirmar que “...*apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed by the laws of the country where protection is claimed...*”. Esta norma del *protecting country* es la ley de aquel Estado en el que la obra se está utilizando, es decir, aquél en el que se está explotando⁶⁹.

⁶⁸ El mandato imperativo que se contiene en el artículo 5.1 es de radical importancia en este momento, ya que supone, por una parte, un avance más en la determinación del sistema protectorio del Convenio de Berna. En este sentido, a pesar de que, a primera vista, pudiera parecer que nada nuevo se añade respecto a las conclusiones que derivamos de los artículos 3 y 4, lo que ahora se predica del artículo 5, teniendo en cuenta siempre que en ambos casos los preceptos buscan cumplir con la finalidad que perseguían los autores del Convenio, supone un importantísimo paso adelante ya que cierra la posibilidad de discriminación que se podría producir para los autores de obras protegidas en los respectivos Estados miembros. Antes, en los artículos 3 y 4, lo que se disponía era la prohibición de que, en el Estado de origen de la obra, se dispensase el mismo trato al autor nacional y al no nacional. Ahora, en el artículo 5.1, se garantiza al autor de la obra protegida, en cualquiera de los Estados parte, y no sólo en el de origen, la misma protección que, cada uno de ellos, le dispensaría a sus autores nacionales. Se trata de dos disposiciones diferentes, pero absolutamente complementarias. Además, por otra parte, la existencia del artículo 5.1 viene a demostrar que la determinación del nivel protectorio, fuera del país de origen puede variar, porque pueden variar, como conocemos, las formas de proteger a los autores nacionales. Nos quedaría en este momento, por último, recordar que, a pesar de que estamos haciendo referencias continuadas al punto de conexión nacionalidad, la residencia habitual, que aparece en el texto del Convenio en 1967, es equivalente.

⁶⁹ Con otras palabras, lo que nos indica el art. 5.2 es el grado esencial de protección que se le debe proporcionar a las obras que, de acuerdo a los artículos 3 y 4, caen bajo el amparo del Convenio de Berna. Una vez que la se ha determinado la existencia y el contenido del derecho de autor en un determinado lugar, aparece todo un conjunto de posibles infracciones a esa realidad y, paralelamente, sus correspondientes sanciones. Toda esta realidad normativa forma un conjunto. Otra posibilidad interpretativa, diferente a la anterior, consistiría en afirmar que la ley del *protecting country* es la de aquel país en el que el autor se encuentra inmerso en *legal proceedings*, es decir, la ley del foro que está conociendo del caso. Ahora bien, esta postura debe ser desestimada ya que la ley del *protecting country* no debe ser interpretada como la ley de aquel lugar en el que el ilícito civil se ha cometido. De momento, esa posibilidad de ilícito civil o *tort*, íntimamente ligada a la idea de infracción, aunque sin duda relacionada con la expresión que estamos estudiando, no forma parte de su núcleo duro, como si lo hace la idea de cualquier forma de explotación o uso de la obra protegida.

Para aclarar, si fuera necesario, estas ideas, imaginemos una situación en la que una obra, inicialmente publicada en Alemania, se encuentra protegida por la normativa interna de este país sobre derecho de autor, ya que ese es el lugar de origen de la obra. Con posterioridad, se venden copias en el Reino Unido. En ese momento, el Derecho británico se aplicará, por ejemplo, al hecho de si esa venta de copias forma parte de los derechos exclusivos del pro-

E) El principio del tratamiento nacional

41. Como recordaremos, los artículos 5.1 y 5.3 del Convenio de Berna vienen a establecer una garantía protectora, respecto a lo establecido en la *lex loci protectionis* del artículo 5.2, al asegurar al autor extranjero el mismo tratamiento en el foro que el que se dispensa a los nacionales. Con otras palabras, el autor extranjero tiene derecho al tratamiento nacional, tanto en el lugar de origen de la obra como en aquel lugar en el que se busca la protección. El tratamiento nacional es algo a lo que se tiene derecho en cuanto una obra cae bajo el ámbito de aplicación del Convenio y que sirve de guía o encauzamiento a la *lex loci protectionis* que, según el artículo 5.3, se aplicará en cada caso.

La diferencia entre la situación que se plantea en el Estado protector y la que se presenta en el Estado de origen hace que el artículo 5.1 exija que, en el país protector los contenidos sustantivos que aparecen en el Convenio de Berna se apliquen a las obras extranjeras como colofón, tanto respecto al tratamiento nacional que se les debe proporcionar en ese lugar, como respecto a la aplicación que se pudiera hacer de sus normas como *lex loci protectionis*. Pero el artículo 5.3 no contiene una norma similar respecto al Estado de origen. Y esto nos conduce a dos conclusiones. La primera es que los derechos de naturaleza sustantiva garantizados por el Convenio de Berna no pueden ser reclamados, como tales, en el país de origen con lo que las obras domésticas podrían estar disfrutando de un nivel de protección inferior. La segunda, en relación con la anterior, afecta al hecho de que, como conocemos, el Convenio no regula una situación en la que, en el país de origen, se haya de resolver una cuestión en la que se vea envuelta una obra cuyo autor sea nacional o residente habitual de ese lugar.

42. Por otra parte, en relación con el principio del tratamiento nacional, aunque el artículo 5, en su conjunto, defiende su plena vigencia al garantizar los mismos derechos a los autores nacionales y a los extranjeros en el foro, es necesario hacer algunas consideraciones respecto a la expresión derechos (*rights*). Ante todo, parece significar que al autor se le proporciona un derecho diferente en cada Estado en el que se busca protección, por un lado, y otro, diferente a éste, en el Estado de origen. Pero se trata de derechos, todos ellos, idénticos a los derechos nacionales que se le garantiza cada Estado a

pietario del derecho, ya que ese Derecho es la norma del *protecting country*. También se acudirá a esa norma, por ejemplo, para solucionar una cuestión de infracción si se han copiado cantidades sustanciales de la obra, aunque el presunto autor del acto sea un demandado holandés al que se le demande en su país. Es más, si se ha de embargar esa obra infractora, de nuevo habrá que acudir a la norma británica, norma del *protecting country*. En definitiva, mientras la norma del país de origen de la obra protegida marca los mínimos o el contenido irreductible del derecho de autor, es la ley del lugar en el que se explota la obra protegida la que, respetando siempre sus contenidos, esos mínimos, será aplicable para determinar cualquier cuestión relacionada con la vida activa del derecho.

sus propios autores. Ahora bien, puesto que cada Estado mantiene sus propios criterios, esos derechos que se le garantizan a cada autor son diferentes unos de otros, con lo que cada autor termina disfrutando de un conjunto de *national copyrights*. Y en esta realidad es en la que, habitualmente, deben convivir los autores de deseen explotar comercialmente sus obras en el mercado. Por otra parte, podría parecer que en el precepto se excluye la posibilidad de tráfico jurídico externo, en el sentido más propio que acompaña a la expresión Derecho Internacional Privado, y de reenvío. Al autor se le garantizan una serie de derechos, mientras que las normas de derecho internacional privado no le garantizan derecho alguno ni al autor nacional, ni al extranjero, y se limitan a exponer una serie de normas que contienen criterios de competencia judicial y de competencia legislativa. En este ámbito, el reenvío podría desarrollar una importante labor a la hora de solucionar problemas relacionados con la explotación de los derechos de autor en el ámbito internacional. Pero el titular de uno de esos derechos necesita, como marca la pauta del mercado, una respuesta rápida que no vendrá precisamente ni de los planteamientos del Derecho Internacional Privado ni del reenvío. En consecuencia, el hecho de que el principio del tratamiento nacional se pueda conseguir, efectivamente, sólo a través de la aplicación de las mismas normas de conflicto a todos los autores, es algo que debe ser rechazado⁷⁰.

⁷⁰ Vid., en particular respecto a esta segunda consideración FAWCETT, J.J. y TORREMANNS, P.: *Intellectual...*, p. 469. Los autores, tomando para llegar a esta conclusión la doctrina defendida, entre otros por WALTER en *RIDA*, 1976, n. 89, p. 47, defienden, en definitiva, que ya que se le deben garantizar los mismos derechos sustantivos a todos los autores, y ya que el Derecho Internacional Privado se queda en el *choice of law* en el tema que nos ocupa, lo que no garantiza esa unidad en el Derecho sustantivo, el Derecho Internacional Privado no tiene cabida en esta cuestión. Sin perjuicio de que este no es el momento, ni el lugar, para desarrollar una defensa a ultranza del concepto, el contenido y el sentido de nuestra disciplina en la actualidad, creemos interesante hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar, a pesar de que de que los autores llegan a la conclusión anunciada para mostrar su desacuerdo con WALTER, lo que hace que, entre otras cosas, se sumen a su concepción de Derecho Internacional Privado, no podemos estar en este momento de acuerdo con ellos ya que, a pesar de que como todos conocemos la concepción anglosajona del Derecho internacional Privado no es idéntica a la nuestra, sin duda alguna los problemas que plantea la explotación comercial de los derechos de autor en el ámbito internacional interesan Derecho Internacional Privado, esencialmente, porque se plantean situaciones de tráfico jurídico externo. Con otras palabras, las situaciones privadas internacionales no desaparecen una vez que se unifican las normas de competencia judicial y de competencia legislativa, lo que no se produce en el caso que estamos analizando de explotación de los derechos de autor a nivel internacional, como sucede en la actualidad con los problemas que se plantean con la aplicación del Derecho Comunitario material en el ámbito de la Unión Europea, y seguirían existiendo, incluso si se lograsen unificar, como sería deseable y se plantean los autores citados, los *substantive rights* que se le debieran reconocer a los autores en cualquier foro. En segundo lugar, y precisamente porque siguen existiendo diferencias entre los diferentes sistemas protectivos de los diferentes Estados, el Derecho Internacional Privado tiene un papel más relevante si cabe, ya que las situaciones privadas internacionales siguen existiendo, si se

F) Restricciones en la aplicación de la ley del Estado protector (*lex loci protectionis*)

43. La ley del Estado protector, a cuya aplicación nos lleva el artículo 5.2 del Convenio de Berna, aparece modelada en la práctica por dos realidades. De la primera nos ocuparemos en este epígrafe. De la siguiente en el que continúa. Los Estados miembros del Convenio, no podrían llegar al acuerdo de tratar a los autores extranjeros en el foro como tratan a sus nacionales, sin antes establecer un mecanismo corrector destinado a limar las diferencias que se generan con aquellos Estados que muestran un nivel protector muy inferior. Para esta labor, el tradicional principio de reciprocidad, que había bloqueado durante cierto tiempo la consecución de un acuerdo internacional efectivo sobre la protección de los derechos de autor, se convirtió en una herramienta indispensable, de tal forma que, como conocemos, se acudiría a la ley del país protector (*lex loci protectionis*), pero corregida con las disposiciones que se contienen en la normativa del país de origen (*lex loci originis*). Así, la existencia de un modelo de protección diseñado por la ley del Estado de origen no es el elemento decisivo a la hora de garantizar esa protección en cualquiera de los otros Estados parte acudiendo a sus respectivas normas. Antes bien, la norma del Estado de origen opera en un momento posterior, para aumentar o reducir el nivel de protección del disponible en virtud de la ley del Estado protector.

Así, por ejemplo, si se analiza la duración de la protección, se puede observar que si bien el derecho garantizado al autor tendrá la duración que fije la ley del Estado protector, existen algunos Estados miembros que pueden garantizar, según sus normas internas, un plazo mucho mayor al mínimo que se contiene en la Convención de Berna. Esta mejora, a primera vista, no debería verse impedida por el hecho de que algunos Estados se desvinculen de ella, mientras los primeros supeditan el beneficio al hecho de que sus autores reciban en estos segundos lugares un tratamiento recíproco. ¿Cuál es la respuesta del convenio en este punto? El Convenio de Berna se limita a acudir a la norma del Estado protector para extender en el tiempo la protección, pero permitiendo a los Estados miembros adecuar ese periodo de tiem-

quieran entender desde un punto de vista más clásico, y las situaciones litigiosas o las dudas sobre la determinación del régimen jurídico de un autor necesitan una solución que, hoy por hoy, no puede ser satisfactoria ni acudiendo sólo al Convenio de Berna ni realizando un planteamiento puramente interno de la situación. En cualquier caso, en definitiva, es el ámbito natural del que se alimenta este planteamiento, esto es, las situaciones privadas internacionales, el que nos da pie a defender la plena vigencia y aplicación del Derecho Internacional Privado como instrumento para el asesoramiento de las partes y la resolución de sus posibles controversias. Sobre el Derecho Internacional Privado, su objeto, su contenido y sus caracteres en la actualidad, vid., por todos, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCO-SA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional...*, vol. 1, 11.^a ed...cit., pp. 1-36.

po al que se garantiza en el país de origen⁷¹. Esta disposición, que en la práctica es una verdadera medida de fomento, conduce a los Estados reticentes a ampliar sus periodos de protección, ya que sus autores desearán beneficiarse de la mayor liberalidad que se produce en los otros lugares y, para este fin, presionarán a sus autoridades nacionales⁷².

Lo mismo sucede con el reconocimiento del denominado *droit de suite*⁷³. Este derecho, esencialmente, concede al autor de una obra de arte original, o de un manuscrito, compartir cualquier beneficio que se pueda generar con ocasión de una venta que, posteriormente, se produzca de cualquier copia de ese original. En este caso, Convenio de Berna establece, en la parte final de su artículo 14, que la ley del Estado protector es aplicable al formar parte este derecho del conjunto que le corresponden al autor. Luego, en la práctica, el autor sólo tendrá garantizado el *droit de suite* si existe en la ley del Estado protector y, de ser así, su contenido vendrá también determinado por la misma norma. Esta, a la luz del artículo 5.2 del Convenio, sería la postura correcta, aún teniendo en cuenta que, para el Convenio, no es obligatorio que los Estados reconozcan esa posibilidad. Sin embargo, este *droit de suite* está sometido a un importante condicionamiento. Cuando un autor extranjero lo solicita en un foro en que ese derecho está reconocido, no le será concedido si no existe esa posibilidad, además en su Estado de origen, en aquel del que es nacional o tiene su residencia habitual⁷⁴.

44. En cuanto a la segunda restricción a la aplicación de la *lex loci protectionis*, cabe mencionar que el Convenio de Berna impone, como conocemos, a los Estados miembros un nivel mínimo de protección a través de la

⁷¹ Vid. art. 7.8 del Convenio de Berna.

⁷² Es de interés completar este régimen jurídico con dos apreciaciones, por otra parte no sólo lógicas sino también evidentes. La primera se refiere al hecho de que esta regla que se contiene en el artículo 7.8 del Convenio de Berna no se aplica cuando el periodo de protección vigente en el Estado protector es más pequeño que el que se garantiza en la norma del Estado de origen. En esta situación, la norma general del artículo 5.2 se aplica sin restricción, y habrá que acudir a esa norma del lugar de protección. La segunda, tiene que ver con la esencia y el sentido mismo del artículo 7.8, ya que se refiere única y exclusivamente al periodo o plazo de duración de un grupo de derechos, y no a la existencia o garantía de los mismos. Es decir, el artículo 7.8 no se podría utilizar como argumento a favor de la reducción del periodo de protección a ningún día en aquellas situaciones en las que no existiese un disposición idéntica en la normativa del país de origen.

⁷³ Vid. art. 14, *in fine*, del Convenio de Berna.

⁷⁴ *Ibid.* Es decir, que si no se puede reclamar en el Estado de origen el *droit de suite*, porque no existe, el autor no podrá reclamarlo aunque sí exista en el *loci protectionis*. Como se observa nos encontramos, una vez más ante una situación en la que juegan de manera muy singular tanto la regla de la reciprocidad como el principio del tratamiento nacional y la aplicabilidad de la *lex loci protectionis*. Partiendo de esta última se modula la aplicación del principio del tratamiento nacional a través de la reciprocidad.

existencia de ciertas normas de naturaleza imperativa⁷⁵. Sirvan como botón de muestra la obligación de mantener un periodo mínimo de protección para el derecho protegido, que se sitúa en la vida del autor más 50 años, como señala el artículo 7.1, o el derecho exclusivo que les corresponde a los autores de obras literarias o artísticas para autorizar traducciones de sus creaciones durante el plazo o la vida de la protección, como se dice en el artículo 8. Lógicamente, estas disposiciones del Texto Internacional no se pueden calificar como una restricción al principio general que él mismo establece en su artículo 5.2, ya que si la *lex loci protectionis* muestra un grado protector superior a este mínimo, su aplicación será directa y sin restricción alguna⁷⁶.

G) La búsqueda de soluciones alternativas

45. Ante las peculiaridades que presentan las soluciones del Convenio de Berna, se ha sugerido por parte de algunos autores la posibilidad de cambiar sus soluciones a través de dos fórmulas. La primera consistiría en una bilateralización de las normas de conflicto del Convenio, claramente unilaterales. La segunda, pasaría por una posible interpretación restrictiva del precepto central del Convenio en el tema que ahora interesa, su artículo 5.2.

En cuanto a la primera posibilidad, sin duda muchos de los problemas que plantea el Convenio de Berna vienen derivados del hecho de que sus normas de conflicto no responden al modelo clásico de la norma de conflicto bilateral, sino al unilateral. Es decir, se trata de normas que sólo determinan cuándo se debe aplicar el derecho del foro a los extranjeros, pero dejan sin solucionar la posible aplicación de otras normas cuando el derecho del foro no es aplicable⁷⁷. Luego, correspondería estudiar la posibilidad de examinar

⁷⁵ Concretamente se trata de los artículos: 2, 2.6, 2bis, 3.3.4, 5.4, 6bis, 7, 7bis, 8, 9, 10, 11, 11bis, 11ter, 12, 14, 14bis, 14ter.1, 15, 16.1, 18 y 21.

⁷⁶ Vid., en este sentido, el artículo 19 del Convenio de Berna. Como afirma BERGE en una nota a una decisión de la *Court of Appeal* de París, "...the original importance in the Berne Convention of the law of the country of origin was based upon the fact that a right could only be exercised in a third State once it had been granted in the State of origin. A certain logic leads in such a situation to the law of the country of origin defining the content of the right. That logic is no longer valid after the various revisions of the Berne Convention granted more and more minimum substantive rights. The rights in a third country depend now to a far lesser extent on the law of the country of origin than they do on the minimum substantive rules. These minimum rules form, de facto, part of the law of the protecting country. All this clearly reduces the strength of the arguments that favour the choice of law of the country of origin as the applicable law...". Vid. BEGE en RCDIP, 1996, n. 93, p. 98.

⁷⁷ Así, esencialmente, el artículo 5.3 del Convenio de Berna, que lleva a la aplicación de la ley del país de origen de la obra. La norma de conflicto unilateral "...establece, exclusivamente, el régimen jurídico de un segmento de situaciones internacionales conectado con el país cuyos tribunales conocen del asunto. Se trata de normas de conflicto incompletas. No

de que manera esas normas de conflicto unilateral se podrían convertir en otras de naturaleza clásica o bilateral para dar respuesta a esa cuestión. Así, si la norma original dice que cualquier obra que se produzca en un Estado estará protegida por las normas de ese lugar, y se procede a su bilateralización, se llega a la conclusión de que su nuevo contenido atenderá al Estado en el que la obra se haya producido para establecer el derecho aplicable. De este modo, el país de origen (o producción) de la obra se convierte en el principal punto de conexión ya que su normativa será la aplicable. Con este nuevo marco de actuación, las normas especiales que conduzcan a la aplicación de otras normas en relación a cuestiones particulares, se considerarán como una excepción a esta norma básica. Sería, por ejemplo, el caso de todo lo que se relaciona con la infracción de los derechos de autor. La norma vigente en el lugar en el que se hubiera producido sería, excepcionalmente, aplicable, y la ley del Estado del que el autor es nacional se utilizaría respecto al contenido de los derechos morales, si estos se entienden ligados a los derechos de la personalidad más que al propio *copyright*, y respecto a cualquier cuestión que pudiera surgir con los denominados *unpublished works* ya que, a falta de publicación, no se puede determinar, verdaderamente, el lugar o Estado de origen.

Ahora bien, si tenemos en cuenta estas nuevas coordenadas y se parte de la bilateralización del artículo 5.3 del Convenio de Berna, norma inicialmente unilateral, para llegar a la conclusión de que la nueva norma de conflicto nos indica que la ley del Estado de origen de la obra es la aplicable, entonces se impondría una revisión del principio del tratamiento nacional y del contenido del artículo 5.2. En cuanto al primero, este principio significa que los extranjeros, en el foro, deben tener el mismo tratamiento que los nacionales. Si nos centramos en estas palabras, exclusivamente, e ignoramos la existencia de la expresión *right* en ese precepto, podríamos llegar a la conclusión de que la completa asimilación en el foro de nacionales y extranjeros puede implicar la sujeción de estos a las normas de Derecho Internacional Privado del foro, aunque éstas no garantizan derecho (*right*) alguno. En conclusión, el principio del tratamiento nacional no influiría en la determinación del derecho aplicable, sino que se referiría al hecho de que las normas aplicables a extranjeros y nacionales se debería determinar del mismo modo, por el derecho del foro, cuando surge una disputa⁷⁸.

regulan todas las posibles situaciones que pueden presentarse ante los tribunales. Suelen limitarse a fijar el ámbito de aplicación de la ley del país cuyos tribunales conocen del asunto. Así, pues, ¿Cuál será la Ley aplicable a los supuestos en los que la norma no indica expresamente la Ley que debe ser aplicada?...". Vid. CARRASCOSA GONZALEZ, J.: "Propiedad Intelectual...", en *Derecho Internacional...*, vol 2, 11.ª ed., cit., pp. 774-775.

⁷⁸ Vid. FAWCETT, J.J. y TORREMANS, P.: *Intellectual...*, p. 473. De nuevo en esta ocasión, los autores, ante la posibilidad de que un planteamiento lleve aparejada la necesidad de tener en cuenta a las normas del Derecho Internacional Privado, llegan a la conclusión de que es necesario "releer" el principio del tratamiento nacional para que esto no se

46. Respecto a la posible interpretación restrictiva del artículo 5.2 del Convenio de Berna como vía de salida a los inconvenientes que presenta dicho Texto Internacional, habría que partir necesariamente de sus contenidos. Así, su contenido principal se refiere al hecho de que no debe existir impedimento alguno para el disfrute y el ejercicio de los derechos que garantiza el Convenio. Junto a esto, también se dice en la misma norma que ésta protección será independiente de la existencia de protección en el Estado de origen de la obra, con lo que la protección en los diferentes Estados miembros sería una realidad autónoma de las formalidades exigidas en el lugar de origen. Por último, según el mismo artículo 5.2, en tercer lugar, será la ley del lugar en el que la protección se solicita (*lex loci protectionis*), la encargada de establecer su ámbito y la posibilidad de reparación. Pues bien, si ha sido tradicionalmente defendido que, al existir en esta parte del artículo 5.2 la expresión *consequently*, lo que hemos establecido en tercer lugar es una consecuencia ineludible de las otras dos premisas, algún autor ha defendido una interpretación más restrictiva del precepto, al considerar que la aplicación de la *lex loci protectionis* establecida en el artículo 5.2, no es una consecuencia necesaria de las otras dos premisas. Es decir, no se podría defender la existencia de una norma de conflicto que tuviese como mandato imperativo la aplicación de esa ley⁷⁹.

produzca. Aunque las críticas a esta postura pasarían por las que realizamos en su momento, cuando entonces, como ahora, defendieron que nuestra área de conocimiento no garantizaba ningún derecho, es de interés hacer estas dos consideraciones. La primera se refiere al hecho de que, para llegar a su conclusión, parten como premisa de que el artículo 5.1 no contenga la expresión *right*. Como premisa, o elemento “de laboratorio” para especular mentalmente es una opción aceptable, pero la realidad dice que esa expresión sí se contiene en ese precepto. Y este dato no sólo no incluye la posibilidad de acudir también al Derecho Internacional Privado, sino que, además, si cabe, hace más imperativo su concurso. La segunda tiene que ver con la misma conclusión a la que ellos mismos llegan. Por una parte, inician su razonamiento sugiriendo que se ignore la expresión *rights* cuando, de seguir su planteamiento, ya que las normas de Derecho Internacional Privado no garantizan en absoluto esos *rights*, no haría falta hacer mención a ellas para desacreditarlas en este ámbito. Pero por otra, aún ignorando la expresión *rights* y sacando a concurso al Derecho Internacional Privado, afirman que, como no garantiza *right* alguno, es necesario cambiar el enfoque o perspectiva del principio del tratamiento nacional. Así, concluyen, “...*this would mean that the national treatment rules does not influence the determination of the applicable law, but rather stipulates only that the law applicable to foreigners and nationals should be determined in the same way by the law of the forum when a disputes arise...*”. La cuestión sería, ¿No es lo mismo esta conclusión que la premisa de la que partían?. Con otras palabras, ¿Acaso cuando se habla de *the law applicable to foreign and nationals* no se está pensando en una cuestión de derecho aplicable?. Y, es más, por último, ¿Acaso dentro de estas normas del foro, no es razonable incluir a las de su Derecho internacional Privado?

⁷⁹ Vid. SCHACK, H.: *Zur Anknüpfung...*, p. 28. La expresión *consequently*, por lo tanto, carecería de cualquier naturaleza vinculante en este sentido, de significado propio para determinar la existencia de una norma de conflicto.

Para esta nueva vía, hay que tomar en consideración la tercera norma del artículo 5.2 en su conjunto, y no sólo la expresión *consequently* para determinar su verdadero significado. La *lex loci protectionis* se aplica a dos cuestiones: el ámbito de la protección y el ámbito o posibilidad de la reparación. Respecto al ámbito de la protección, parece que nos encontramos ante un término diferente a la palabra *right* y la expresión *extent of rights*⁸⁰ ya que con aquélla se da por supuesta la existencia del derecho, su plazo y su propietario. Es decir, que con *extent of protection* nos estaríamos refiriendo a las sanciones de las que se dispone frente a la infracción del derecho. Y esto es también diferente a las condiciones en virtud de las cuales la protección está disponible⁸¹, ya que en este caso nos movemos en las consecuencias de la infracción del derecho de autor. En lo que se refiere al ámbito y a la posibilidad de reparación (*means of redress*), según el mismo punto de vista, el precepto tiene como objeto sólo las normas de procedimiento, relacionadas con los mecanismos de los que dispone el propietario del derecho de autor, para entablar una acción en un determinado lugar⁸².

Pues bien, de acuerdo a estas premisas, el art.5.2, y su referencia al país en el que se reclama la protección, se debe interpretar en un ámbito en el que la infracción ya ha tenido lugar⁸³. Esta alternativa conduce a la conclusión de que el artículo 5.2 no contiene una norma de conflicto de carácter general, sino que se refiere sólo a una norma particular, que ayuda a determinar el régimen sancionatorio tras una infracción y su ejecución. Luego, la única norma de naturaleza general sería la que establece que se debe acudir a la ley del Estado de origen de la obra⁸⁴.

⁸⁰ Id., pp. 28-29.

⁸¹ Id., p. 30.

⁸² Id., p. 28-29.

⁸³ Cualquier referencia a las normas sobre procedimiento conduce, de este modo, al derecho del foro, que es aquél en el que se reclama la protección, y que coincide con el significado y la interpretación proporcionada a la expresión *extent of protection*. Id., p. 30.

⁸⁴ Es decir, la interpretación restrictiva propuesta por SHACK vendría a cambiar el orden de intervención de los dos principales factores que son necesarios para determinar el régimen jurídico del autor en una situación de tráfico jurídico externo. Primero, el lugar de origen de la obra, luego, y sólo para las cuestiones relacionadas, en el fondo y la forma, con la infracción y la sanción del derecho del autor, con la *lex loci protectionis*. A esta postura cabe oponer dos objeciones. La primera es que también existen, como vamos a ver, argumentos en contra de esta interpretación restrictiva del artículo 5.2 del Convenio de Berna. La segunda, pasa por el hecho de que, como vimos en su momento, a pesar de que esta interpretación restrictiva se realiza también con la finalidad de compatibilizar la vía de la bilateralización de las normas de conflicto unilaterales del Convenio, que nos conducía al establecimiento del país de origen de la obra como criterio principal, con la interpretación mayoritaria del artículo 5.2, que nos llevaba a otra conclusión en este punto, el de la *lex loci protectionis*, es necesario proceder a un proceso de bilateralización de las normas de conflicto unilaterales que se contienen en el Convenio para que esta nueva alternativa sea viable.

Ahora bien, ¿Qué críticas se pueden hacer a este planteamiento? Ante todo, el texto del artículo 5.2, al menos desde el punto de vista que ofrece su tenor literal, no se puede considerar constreñido al ámbito del derecho en pie de guerra, es decir, a la solución de situaciones litigiosas. Expresiones como *enjoyment of right*, no se pueden entender solamente en aquellas circunstancias en las que el derecho está en disputa, ya que ahí caben también situaciones en las que el goce de ese derecho es pacífico, en las que ese mismo precepto, con una interpretación más amplia, puede ayudar a las partes contratantes a determinar sus respectivos derechos y deberes⁸⁵. Además, a pesar de que se podría argumentar, en favor de la opción más restrictiva, que conduciría a la aplicación de la ley de aquel Estado en el que tuviera su origen la obra, con independencia de cuál fuera su lugar de explotación, con lo que sería una sola la norma aplicable en el territorio de todos los Estados parte del Convenio de Berna, sería discutible si este hecho es, en si mismo, una verdadera ventaja⁸⁶. Pensemos, por ejemplo, en el hecho de que diferentes sistemas nacionales sobre derecho de autor serían competentes para determinar la ley aplicable a diferentes obras, en un mismo Estado, en función del respectivo Estado de origen de éstas. Este hecho determinaría de manera peculiarmente negativa las cuestiones que afectan a la explotación de esos derechos, puesto que habría que atender no sólo a los diferentes orígenes de las obras sino, además, a los potenciales regímenes nacionales protectivos que se vieran implicados en cada caso⁸⁷. En definitiva, esta interpretación restrictiva del artículo 5.2 quizá pueda tener cierto interés desde un punto de vista estrictamente teórico. En la práctica, como acabamos de comprobar, sus desventajas son mucho mayores a sus ventajas ya que, sobre todo, y paradójicamente, al intentar buscar una solución diferente al problema de la norma de conflicto en el Convenio de Berna, a través de una interpretación res-

⁸⁵ Con este nuevo planteamiento de la perspectiva de la norma, si cabe más respetuosa con su tenor literal, se situaría al artículo 5.2, de nuevo en la línea inicial que expusimos en su momento, es decir, como criterio de base para determinar la ley aplicable que puede ser configurado a través de la *lex loci originis*.

⁸⁶ Esta conclusión se podría defender, incluso, teniendo en cuenta las importantísimas excepciones que, al principio de aplicación de la *lex loci originis*, existen en el Convenio de Berna.

⁸⁷ La Conferencia de Montevideo de 1889, se sumo a esta postura favorable a las *lex loci originis*. Con un ámbito de aplicación territorial que no sólo abarcada a ciertos Estados Americanos, sino que también se dirigía a otros Europeos, su artículo 2 le proporciona una serie de derechos a los autores, para que los disfruten en cada uno de los Estados miembros, y lo hace sobre la base del país en el que primero se haya publicado el trabajo (*lex loci originis*). Esta norma se debe aplicar de oficio por parte del juez que conozca del asunto y los Estados miembros se comprometen a poner en su mutuo conocimiento el contenido de sus legislaciones nacionales. ¿Cuál fue la vigencia de este Texto? Realmente, nunca llegó a cuajar en la práctica de los firmantes y sus términos se abandonaron, de hecho, por parte de esos Estados, para pasar ser sustituidos, en su lugar, por el Convenio de Berna.

trictiva de su artículo 5.2, lo que hace es encontrar más problemas y complicar una situación que, por lo demás, mostraba más sencillez y seguridad con la concepción clásica⁸⁸.

⁸⁸ Restaría, para terminar, completar lo que hasta este momento se ha afirmado con algunas apreciaciones acerca del Convenio de Roma de 1961 para la protección de los ejecutantes, productores de fonogramas y organizaciones de radiodifusión, y con algunas ideas de interés que se contienen en el denominado *Trips agreement*, de 1994, en particular, en lo que en este nuevo texto afecta al Convenio de Berna. Respecto al primero, que esencialmente sigue las consignas del Texto de Berna, cabe mencionar que su artículo 4, que debe ser interpretado con los artículos 5 y 6, dice que el proceso de calificación de una obra, como perteneciente al ámbito de protección del Convenio de Roma, debe partir de su ejecución, y establece que existen normas especiales que se deben utilizar cuando se trate de obras incorporadas en un fonograma, o no incorporadas allí, pero emitidas por una emisora. Por otra parte, los ejecutantes de fonogramas tienen derecho al tratamiento nacional. Los productores extranjeros de fonogramas deberán ser tratados en el foro como los productores nacionales, en relación a aquellos fonogramas que se han grabado o publicado en ese lugar, por primera vez. Y las organizaciones de radiodifusión extranjeras, también recibirán el mismo trato que las nacionales que tengan su sede principal de operaciones en el foro, cuando se trate de emisiones que sean transmitidas por sujetos localizados en el foro. Vid., en este sentido, el art. 2 del Convenio de Roma, en relación con su artículo 4. Además, en tercer lugar es importantísimo mencionar que el artículo 2 establece, con toda claridad, que el derecho del Estado en el que se solicita la protección también se aplicará (*lex loci protectionis*). Esta disposición, que en su literalidad casi coincide con el artículo 5.2 del Convenio de Berna, debe ser interpretada de manera absolutamente imperativa, de tal forma que será en ese lugar en donde se encuentre la *applicable law* en el caso concreto. Y con más fuerza si cabe que en el caso del Texto de Berna, ya que en el de Roma no se hace referencia alguna al país de origen o a la *lex loci originis*.

Por lo que se refiere al *TRIPS agreement (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights)*, sus provisiones se refieren al Convenio de París de 1883, sobre protección de la propiedad industrial, y, lo que ahora más nos interesa, al Convenio de Berna. Pues bien, según sus artículos 2 y 9, todos los Estados miembros de estos acuerdos están obligados a incorporar estos nuevos preceptos, con independencia de que hayan o no asignado sus contenidos. De entre estos, cabe destacar los siguientes. En primer lugar, el nuevo acuerdo se refiere en su ámbito de aplicación a todos los derechos de propiedad intelectual afectados por el Convenio de Berna. En segundo lugar, en su artículo 3 aparece de nuevo el principio del tratamiento nacional, en cuya virtud, los extranjeros tienen derecho al mismo tratamiento que los nacionales, pero con un importante matiz, que aparece en una nota al artículo 3, y que se refiere al término *protection*: Así, "...include matters affecting the availability, acquisition, scope, maintenance and enforcement of intellectual property rights as well as those matters affecting the use of intellectual rights specifically addressed in this Agreement...". Es decir, que extranjeros y nacionales, en el foro, deben tener garantizados los mismos *substantial rights*, y esto sólo se puede conseguir a través de la aplicación de la *lex loci protectionis*. Además, de esta nueva incorporación se deduce que, puesto que *protection* va mucho más allá de la *versión* contenciosa de los derechos de propiedad intelectual en el contexto de las infracciones y los remedios procedimentales, la visión restrictiva que se defendía del verdadero sentido del artículo 5.2 del Convenio de Berna carece, en este nuevo contexto, de sentido. Con otras palabras, no hay lugar para sostener que la aplicación prioritaria e imperativa de la *lex loci originis* mantenga, en este marco, posibilidad alguna

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

- BENTLY, L. y SHERMAN, B.: *Intellectual Property Law*, Third. Ed., Oxford University Press, 2009.
- BIEDERMAN, DONALD. E., et al.: *Law and Business of the Entertainment Industries*, Fifth Ed., Praeger, Westport, Connecticut, London, 2007.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 11.º ed., 2010-2011, Comares, Granada.
- CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Propiedad intelectual e industrial”, en Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11.ª ed., Comares, Granada, 2010-2011, p. 765.
- CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Contratos audiovisuales internacionales”, en *Curso de Contratación Internacional*, 2.ª ed., Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (dirs.), Colex, Madrid, 2006, p. 613.
- CASTELLANOS RUIZ, E.: *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009.
- DUTFIELD, G. y SUTHERSANEN, U.: *Global Intellectual Property Law*, Northampton, Edward Elgar, 2008.
- FAWCETT, J.J. y TORREMANS, P.: *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, 1998.
- LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A.: “Contratos Internacionales sobre propiedad intelectual e industrial”, en *Curso de Contratación Internacional*, 2.ª ed., Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (dirs.), Colex, Madrid, 2006, p. 563
- MONTELS, B.: *Contrats de l’audiovisuel*, Litec, Paris, 2007.

de éxito, pues restringe de manera desmesurada, hasta dejar sin sentido, lo establecido por el nuevo artículo 3 del *TRIPS agreement*. Por otra vía, llegamos a la misma conclusión si nos fijamos en el contenido del párrafo segundo del artículo 3. Allí, expresamente, se indica que la ley del foro se aplicará a los “...*administrative and judicial procedural issues*...”. Por supuesto, esta excepción no merecería una mención expresa si, como norma general, la ley del foro fuera considerada como derecho aplicable. Por último, en tercer lugar, no parece existir duda de que este nuevo texto, en definitiva, influye de manera decisiva en la interpretación del Convenio de Berna. Así, se refuerza más que nunca el principio general de la aplicación de la *lex loci protectionis* como *applicable law*. Por otra parte, aunque caben excepciones a este principio, éstas deben estar expresamente contenidas en el *TRIP agreement*, como establece su artículo 3.2., o en otro Texto Internacional que haya sido sancionado por ese Acuerdo, como se apunta en su artículo 3.1. Luego, cualquier intento de resucitar la aplicación de la *lex loci originis* como *applicable law* es absolutamente inviable al atacar, de manera frontal y directa, el artículo 3 del Acuerdo, por lo que, salvo el papel que el propio Acuerdo le concede, su papel en el nuevo marco de la determinación del régimen jurídico del autor en las situaciones de tráfico jurídico externo queda decisivamente limitado, lo que se confirma si acudimos al número de Estados que han asignado el *TRIPS agreement*, muy superior a los Estados miembros de los Convenios de Berna, Roma y París.

La reforma laboral de 2010. ¿Qué reforma?

Francisco Javier Arrieta Idiakez
Profesor doctor de Derecho del Trabajo
Universidad de Deusto

Recibido: 24.11.2010
Aceptado: 20.12.2010

Resumen: En este estudio se analiza la reforma laboral llevada a cabo a través de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. A tal fin, en primer lugar, se realiza una contextualización de la misma. A continuación, se abordan los tres principales objetivos pretendidos, a saber, la reducción de la dualidad existente entre contratos temporales e indefinidos, el reforzamiento de los instrumentos de flexibilidad interna y el aumento de las oportunidades de las personas desempleadas. Pero el estudio no se limita a describir los cambios realizados, sino que quiere ir más allá. Por ello, también se plantean alternativas, y, entre éstas, incluso respecto a instituciones no reformadas.

Palabras clave: reforma de 2010 sobre el mercado de trabajo, dualidad entre contratos temporales e indefinidos, flexibilidad interna, intermediación laboral.

Abstract: *This study analyzes the labour market reform implemented by Law 35/2010, of 17 September, on urgent measures to reform the labour market. In order to achieve this objective, first of all, the context will be studied. Secondly, the three main objectives of the reform will be looked at, i.e., the reduction of the duality between temporary contracts and indefinite contracts, the reinforcement of instruments to obtain internal flexibility within enterprises and the increase of the possibilities of unemployed people to start working again. But this study does not only describe the changes carried out, it also seeks to give different alternatives. Moreover, within these alternatives, even institutions which have not been reformed are addressed.*

Key words: *2010 labour market reform, duality between temporary contracts and indefinite contracts, internal flexibility, job placement.*

Sumario: 1. Contextualización de la reforma: De aquellos polvos vienen estos lodos. 1.1. Ante viejos problemas en la senda de viejas y fracasadas soluciones 1.2. Son rumores, son rumores que se oyen, que se oyen... —2. Los objetivos de la reforma y las medidas adoptadas al respecto. 2.1. Medidas para la reducción de la dualidad existente entre contratos temporales e indefinidos. 2.1.1. Restricción del uso injustificado de la contratación temporal. 2.1.2. Promoción de la utilización más extensa de la contratación indefinida. 2.2. Medidas para el reforzamiento de los instrumentos de flexibilidad interna. 2.2.1. Traslados colectivos y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. 2.2.2. Cláusulas de inaplicación salarial. 2.2.3. Reducción del tiempo de trabajo. 2.3. Medidas para el aumento de las oportunidades de las personas desempleadas.

2.3.1. Bonificaciones a la contratación indefinida. 2.3.2. Contratos formativos. 2.3.3. Mecanismos de intermediación laboral.

1. Contextualización de la reforma: De aquellos polvos vienen estos lodos

1. Como es sabido, la actual crisis económica en España se origina como consecuencia de lo que bien podríamos llamar «efecto billar» o «efecto dominó». Pues es innegable que, en principio, las causas de la situación económica española pueden achacarse a factores externos, entre los que se encuentran «la crisis financiera internacional que dificulta el acceso a la financiación exterior y la debilidad de la economía mundial que deteriora la confianza y las expectativas del crecimiento vía sector exterior»¹. Y, en consecuencia, se han desencadenado una serie de factores internos que han acabado por conducir al Estado español al mismísimo abismo, recortando la renta disponible de las familias y erosionado la competitividad de las empresas, con una sensación de caída en vacío y de que lo peor está por llegar, al no haber tocado fondo todavía. Efectivamente, los fantasmas de Grecia e Irlanda comienzan a pasearse por la agujereada Piel de Toro. Y la espada de Damocles en manos de los señores del mundo amenaza por acabar cayendo con todo su peso sobre la misma.

Y ante esta mezcolanza de inestabilidad, languidez y tragedia, el primero de los antídotos con cierta apariencia de seriedad ha consistido en la archiconocida reforma del mercado de trabajo. Precisamente, se dedica este estudio al análisis de las principales líneas estratégicas de la misma, comenzando con su contextualización, a la luz de algo tan objetivo y palpable como lo expresado en los Preámbulos de las dos normas que la han llevado a cabo, a saber, el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo², y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de idéntica denominación³.

1.1. *Ante viejos problemas en la senda de viejas y fracasadas soluciones*

2. Una vez más la reforma laboral se ha llevado a cabo a través de un real decreto-ley, tal y como es costumbre durante las últimas dos déca-

¹ ANALISTAS DE RELACIONES INDUSTRIALES. Propuestas empresariales para salir de la crisis. En *RL*, 2009, núm. 3. Versión electrónica: www.laleylaboral.com, p. 2. Además, como se indica por los propios analistas, «esa falta de confianza en el crecimiento económico vía exterior está motivada principalmente por la difícil situación de los mercados inmobiliarios en diferentes países y el notable aumento de los precios de los alimentos y de las materias primas durante... [los últimos dos años]».

² BOE de 17 de junio de 2010, núm. 147.

³ BOE de 18 de septiembre de 2010, núm. 227.

das⁴. Así, la utilización abusiva del real decreto-ley para afrontar las reformas del mercado de trabajo ha vuelto a ser criticada por la doctrina, al considerarse que «un proyecto de ley tramitado por el procedimiento de urgencia hubiese permitido, desde el principio, una participación legislativa más sosegada y racional sobre las situaciones propuestas», sin precipitar la inmediata entrada en vigor de las medidas y postergar su revisión parlamentaria⁵.

3. Pero, al respecto, debe reflexionarse que resulta cuanto menos curioso que el recurso al real-decreto ley se produce en situaciones de «soledad parlamentaria». Con otras palabras, siempre es fruto de una maniobra mezquina para esquivar la aludida participación sosegada y racional que debiera siempre prevalecer, dando la voz a los verdaderos representantes del pueblo, desde el primer momento.

En períodos de mayoría absoluta, se fundamenta en la arrogancia del sentirse poderoso para hacer y deshacer, pese a no contar con el apoyo del resto de grupos parlamentarios o de los agentes sociales, así como en evitar «innecesariamente» un enfrentamiento con el resto de fuerzas parlamentarias, que quizás pueda restar popularidad al partido gobernante. Por su parte, los Gobiernos en minoría, como sucede con los dos últimos, encuentran en el real-decreto ley su «fórmula mágica» para poder sobrevivir, y dar la sensación de que algo se hace. Si funciona el Diálogo Social perfecto: se traslada la sensación de consenso, de que se sabe escuchar al prójimo y se convierte el producto en altamente vendible ante la opinión pública. Luego,

⁴ Así lo demuestran el Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación (BOE de 7 de diciembre de 1993, núm. 292); los Reales Decretos-leyes 8/1997, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida y 9/1997, por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo, ambos de 16 de mayo (BOE de 17 de mayo de 1997, núm. 118); el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad (BOE de 28 de noviembre de 1998, núm. 285); el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE de 3 de marzo de 2001, núm. 54); el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE de 25 de mayo de 2002, núm. 125); el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 14 de junio de 2006, núm. 141); y el Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (BOE de 7 de marzo de 2009, núm. 57).

⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. La versión 2010 de la reforma laboral permanente. En VVAA. *La reforma laboral 2010. Aspectos Prácticos* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.). Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 28-29. Para una crítica al uso abusivo del real decreto-ley en materia de reformas laborales puede consultarse igualmente ARRIETA IDIAKEZ, F.J. Claroscuros de la reforma de 2006 sobre el mercado de trabajo. En *Estudios de Deusto*, 2008, vol. 56/1, pp. 23 y 24.

siempre será más factible conseguir algún apoyo en el parlamento, y complicar la estrategia de la oposición. ¿Y qué hacer cuando ni siquiera se cuenta con el Diálogo Social de los agentes sociales de corte centralista, tal y como ha ocurrido en la tramitación de la reforma que aquí se comenta? Entonces, basta con ganarse la confianza de los grupos parlamentarios nacionalistas. ¡Existen! Basta con acordarse de que todavía quedan más de treinta competencias por transferir. Entonces es cuando uno se percata de la gran falacia y de que la «participación legislativa sosegada y racional» en España es una quimera, lejos de verdaderos Estados como Alemania, donde, como lo atestigua la historia, son posibles grandes coaliciones entre la Unión Cristiano Demócrata (CDU) y los Social Demócratas (SPD). Y es que en España sólo parece funcionar la idea de pacto para mantener a toda costa un modelo de territorialidad aún sin definir y con cada vez más «goteras».

4. Ciertamente, el uso abusivo del real-decreto ley contradice lo preceptuado por el artículo 86.1 de la Constitución, al olvidar que conforme al mismo, solamente podrá acudir al real decreto-ley en casos «de extraordinaria y urgente necesidad». Obviamente, ello debe justificarse, y es, precisamente, lo que se hará a continuación. No obstante, conviene recordar que el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre este extremo en la sentencia 68/2007, de 28 de marzo, al declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, al considerar que el Gobierno no había aportado ninguna justificación que permitiese apreciar la existencia de la situación habilitante requerida, y que, en consecuencia, los argumentos que al respecto se utilizaban en el preámbulo no sólo resultaban marcadamente teóricos y abstractos, impidiendo con ello todo control de contraste con la realidad, sino que, en buena medida, habían sido matizados —cuando no neutralizados— por la propia percepción de la realidad transmitida por el Gobierno en el debate parlamentario de convalidación, amén de que en ningún momento se justificaron cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso por el trámite de urgencia (12.º Fundamento Jurídico).

Centrándonos ya propiamente en el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su Preámbulo, apartado III, de entrada puede calificarse la argumentación utilizada nuevamente, y en los mismos términos del Tribunal Constitucional como «marcadamente teórica y abstracta». No puede llegarse a otra conclusión, si nos atenemos a la literalidad: «en el conjunto y en cada una de las medidas que se adoptan concurren, por la naturaleza y finalidad de las mismas, las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española como presupuesto habilitante para la aprobación de un real decreto-ley».

Ni siquiera en las circunstancias mencionadas acto seguido se aprecian los requisitos constitucionales exigidos.

En primer lugar, no hay más ciego que el que no quiere ver, y resulta chocante que, con la que está cayendo, y seguirá cayendo tras la grave situación económica de Irlanda y con el estancamiento del desempleo en España, se señale que «los indicadores de coyuntura que se van conociendo apuntan de forma cada vez más nítida a una incipiente salida de la situación recesiva, y, en consecuencia, al inicio de una fase económica cualitativamente diferente de la atravesada en los últimos dos años». Realmente, nada o poco puede esperarse tras las ilusas visiones de los famosos «brotes verdes» que nunca aparecieron, y observando que permanecemos inmersos en un prolongadísimo otoño que parece que nunca va a acabar, en el que brillan por su ausencia los bosques de árboles perennes y abundan, por el contrario, los tristes bosques de árboles de hoja caduca, enfermos, por cierto, por los hongos que aumentan en sus troncos cada día.

Pero es que la ceguera se acompaña, además, de osadía. ¡Incluso hay algo de futurología! Me refiero al hecho de que se esté pensando en una «nueva etapa que... requiere de medidas *diferentes* de las adoptadas hasta este momento, que pongan el acento en sentar las bases de un *nuevo modelo de crecimiento más equilibrado y generador de empleo de calidad*, algo... que sólo resulta posible implementando con urgencia *reformas de calado en el ámbito de las relaciones laborales*»⁶. Y surgió la «Bella Panacea»: ¡Las reformas laborales!

En efecto, parece ser que esta reforma constituye una especie de «piedra filosofal» capaz de cambiar artificialmente el caótico modelo productivo español. Es suficiente con remitirse al Preámbulo de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

De este modo, en su apartado I, se hace primero hincapié en que la reforma laboral se sitúa en una «perspectiva integral», al haberla ya anunciado en la Estrategia de Economía Sostenible presentada el 2 de diciembre de 2009 por el Presidente de Gobierno en el Congreso de los Diputados⁷. En concreto, se afirma que dicha estrategia busca «acelerar la renovación de nuestro modelo productivo...», así como «fortalecer los pilares de nuestro estado de bienestar y... a generar más empleo». Acto seguido, es en el apartado II donde se concreta la misma idea, reforzando el papel de la reforma laboral, al indicar que la misma «tiene como objetivo esencial contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española». Tal

⁶ La cursiva es mía, con la intención de recalcar las principales afirmaciones que también serán objeto de comentario a lo largo de este estudio.

⁷ Y una vez más se repite la palabra mágica: «sostenible». Resulta que ahora todo es «sostenible», curiosamente cuando todo es antagónicamente hablando «insostenible». A estas alturas, uno siente que dicho vocablo ha sido totalmente pervertido y que, por ende, ha perdido todo valor, hasta haberse convertido en vacío, hueco.

y como ha advertido la doctrina, en ello reside la novedad⁸. Independientemente de las medidas de índole laboral que se han adoptado, y que serán comentadas en los apartados siguientes, llama la atención este hecho.

En verdad, las deficiencias en la regulación del mercado de trabajo deben corregirse para ajustar el Derecho a la realidad, más si cabe si la misma es tan volátil y debe convivir en una economía globalizada. Ahora bien, es ridículo pensar que las reformas laborales tienen tanto peso como para renovar el modelo productivo e incrementar la productividad. Obviamente, debe existir una sinergia entre ambas realidades, pero el mercado de trabajo previamente tiene que contar con un marco adecuado. Dicho con otras palabras, primero son las estructuras productivas, lo sustantivo, y después las estructuras laborales, lo adjetivo o procedimental. Por mucho que se «toque y retoque» la normativa laboral nada se conseguirá si no se aborda la cuestión de raíz. Se han perdido tres largas décadas, y ahora no pueden afrontarse de golpe y porrazo todas y cada una de las carencias del sistema. Sencillamente, es imposible. Sin embargo, ello no obsta para comenzar a caminar por la senda adecuada. El problema es que se camina sin rumbo fijo, y siempre por los mismos senderos angostos y tortuosos, por el permanente otoño de bosques tristes. Como botón de muestra, sirvan las siguientes apreciaciones, teniendo en cuenta que cada uno de los movimientos que deben producirse se asemejan a los movimientos de figuras sobre un tablero de ajedrez, son decisivos:

(a) La dependencia energética encarece la producción, eleva los impuestos y todo ello acaba repercutiendo en trabajadores, consumidores y usuarios. Puesto que en las actuales sociedades es evidente que nadie desea retroceder en el tiempo a la época de las cavernas, o, simplemente, a la época del candil, el debate de las fuerzas energéticas debe plantearse sin ambages y sin miedos. Deben renovarse las obsoletas y peligrosas instalaciones y crearse nuevos organismos, seguros y eficaces. Además, la libertad de empresa en estos sectores no debe estar reñida con la necesaria intervención pública. Debe existir competencia sana en el mercado, sin pretensiones políticas ni monopolios encubiertos de naturaleza privada que tratan por todos los medios (OPAs hostiles, modificaciones legislativas, operaciones indirectas con empresas extranjeras...) de concentrar el poder, de centralizar este sistema. Lo dicho, frente a estas perniciosas tendencias, la centralidad debe fundarse en una intervención pública que posibilitando la competencia de distintos entes con autonomía a lo

⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J. Introducción. En VVAA. *Guía práctica de la reforma laboral de 2010* (CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J., Coords.). Murcia: Laborum, 2010, pp. 13-14.

largo y ancho de toda la geografía, sepa velar, ante todo, por los principios de justicia, igualdad y solidaridad, sin olvidar la proyección a todos los ámbitos de la naturaleza de un Estado que se define sobre el papel como «social» y «democrático de Derecho».

(b) Las infraestructuras para el transporte de mercancías son deficitarias, obsoletas y sin conexiones adecuadas. Comenzando por el ámbito marítimo, debe tomarse en serio la especial situación geoestratégica de la península, para apostar definitivamente por el transporte marítimo. ¿Por cuánto tiempo más deben permanecer en el último de los cajones de sus señorías los proyectos de leyes sobre la Marina Mercante? ¿No es suficiente con observar la cantidad de puestos de trabajo destruidos en este sector por mera dejadez, o la falta de mandos españoles en nuestra flota cada vez más mermada? ¿Cómo se pueden liberalizar importantes cuestiones en materias de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, sin contar previamente con normas que aporten rigor y coherencia sobre todos los ámbitos afectados? Unas modernas infraestructuras portuarias y una regulación global de todos los sectores afectados deben otorgar a la península la importancia que merece por su situación geoestratégica en el tráfico marítimo. España debe convertirse, así, en el principal interesado en la instauración de las denominadas autopistas de mar, y para ello debe defender en todos los foros esta cuestión, apostando por un servicio de calidad y respetuoso con las condiciones de trabajo justas y el medio ambiente, conforme a la amplia normativa internacional existente al respecto. La calidad del servicio tiene un precio, pero a largo plazo es lo que debe prevalecer frente al *dumping social* de antaño. La aplicación de la I+D+i y la denuncia de las situaciones flagrantes de vulneración de la normativa internacional tienen aquí un basto terreno en el que actuar. Por su parte, en el ámbito del transporte terrestre, es fundamental comunicar los puertos con líneas ferroviarias de alta velocidad, de forma y manera que se aporte rapidez y seguridad en el tráfico y que se descongestionen las carreteras y se ahorre el coste en constantes adaptaciones y nuevas construcciones en autopistas y autovías. En suma, las líneas ferroviarias de alta velocidad son importantes, pero no deberían centrarse única y exclusivamente en la libre circulación de personas, al tiempo que tampoco debería olvidarse la intracomunicación entre lo que podríamos denominar territorios periféricos. Para ello, también deben plantearse nuevas soluciones ferroviarias en un segundo nivel, con posibilidades de conectarlas, igualmente, en los puntos estratégicos, a las vías de alta velocidad.

c) La situación del primer sector es deplorable, patética. Al alto precio que debieron pagar en 1986 la pesca, la agricultura y la minería con la incorporación de España a la Comunidad Económica

Europea, le han seguido largos años de travesía por el desierto de la inacción. Con la salvedad de la minería, donde los problemas son más que acusados, y habría que pensar más en la recolocación de los trabajadores afectados, que en subvencionarla a saco roto, a cambio de un puñado de votos o del silencio del sector, la agricultura y la pesca sí que pueden ser sectores emergentes, si se apuesta por la activación de políticas adecuadas. Las empresas de economía social deben jugar un papel importante en estos sectores, para lo que debe invertirse en formación en los principios inherentes a esta forma de producción que cuenta ni más ni menos con soporte constitucional en el artículo 129.2. Asimismo, se debe apostar por contar con todo el proceso productivo, a saber, se requiere el aumento de empresas manipuladoras, altamente especializadas en sistemas de congelación, conservación y calidad alimenticia. Todo debe aprovecharse, tal y como se hace en Japón con los recursos haliéuticos. Finalmente, tampoco cabe desconocer la importancia que en el sector pesquero deben adquirir las instalaciones dedicadas a la acuicultura, lo que requiere una seria apuesta por preservar la calidad de nuestras aguas. He ahí otro basto campo de actuación para la I+D+i.

d) Por último, deben retomarse ciertos aspectos subrayados en el Preámbulo de la Ley 35/2010, al afectar éstos, igualmente, a la productividad. En este sentido, en el apartado I, se alude al crecimiento económico y del empleo anterior a la crisis. Pero ¿de qué crecimiento y empleo hablamos? ¿Solamente de números pasajeros? Parece ser que sí, que poco importan los términos cualitativos y los cálculos a largo plazo, basados en un modelo social. Sin embargo, el legislador tropieza con sus propias palabras, al reconocer que la principal causa de la pérdida de empleo obedece a «la caída de la actividad productiva, derivada, en un primer momento, del colapso de los cauces habituales de crédito y endeudamiento que sustentaron de forma decisiva el consumo y la inversión en la pasada etapa expansiva. Luego, se está reconociendo que no todo eran bondades en aquel crecimiento y aquel empleo. Y prosigue el legislador, indicando que en España las consecuencias de la crisis han sido peores debido a las «diferencias en la estructura productiva del crecimiento económico, como a algunas particularidades estructurales de nuestro mercado laboral, que las reformas abordadas en las últimas décadas no han logrado eliminar o reducir de forma sustancial». De todo ello cabe extraer varias conclusiones:

—En primer lugar, durante años ha existido un consumismo exacerbado, se ha vivido por encima de las posibilidades reales. ¿Y quién es responsable de tal actitud? Quien ha vendido la imagen de que todo va bien. Todavía recuerdo con indignación el eslogan de un anuncio publicitario de una conocida multinacional

que también cuenta entre nosotros con centros comerciales: «La avaricia me vicia». No es que vivamos en una sociedad sin valores, sino que los valores son los que son, son los que se fomentan.

—En segundo lugar, y en íntima conexión con la conclusión anterior, durante años ha existido en España una desmesurada expansión del sector de la construcción y de la burbuja inmobiliaria⁹. Con otras palabras, la construcción, junto al turismo, son los sectores que posibilitaron el crecimiento en términos numéricos, pero también los que han supuesto la existencia de importantes diferencias en la estructura productiva. En relación con la anterior conclusión, es evidente que el endeudamiento de muchas familias, el hecho de que se encuentren hoy hipotecadas hasta las cejas, se debe a los precios desproporcionados de las viviendas. El consumismo promovido y los cauces de crédito inadecuados, incluso para financiar vacaciones o unos cuantos días en la nieve, han hecho imposible el ahorro para fomentar el gasto o la inversión en otra serie de productos de primera necesidad y, principalmente, de previsión. Poco o nada se ha hecho en este último campo. Aun conociendo las carencias a futuro de nuestro Sistema de Seguridad Social, se ha seguido considerando que el nivel complementario es «cosa de ricos», tal y como se ha podido incluso escuchar públicamente a alguno de los ministros actuales. Nuevamente, que lejos estamos de otros Estados como Alemania¹⁰. ¡Y que rápido se ha traicionado nuestra propia historia, al esfuerzo de instituciones tan veneradas en el pasado como el Instituto de Reformas Sociales, el Instituto Nacional de Previsión (INP) o el espíritu de nuestras primeras cajas de ahorros! Entre nosotros, en Euskadi, que lejos ha quedado la imagen de aquellos propagandistas como el gipuzkoarra Gregorio Mugika, a la sazón responsable del INP en Gipuzkoa, que durante las dos primeras décadas del siglo XX no dudó, con la colaboración de la Caja de Ahorros de Guipúzcoa, en publicar escritos o en recorrer pueblos y caseríos para instruir a sus paisanos en la importancia de la previsión, en especial respecto a los riesgos de vejez y supervivencia, y lo hizo sin complejos ni miramientos en sus dos lenguas: euskera y castellano¹¹.

⁹ Véase GARCÍA SERRANO, C., MALO M.A. y PÉREZ INFANTE, J. Para una reforma laboral negociada. En *RL*, 2010, núm. 9. Versión electrónica: www.laleyllaboral.com., p. 1.

¹⁰ Para un acercamiento a las reformas en Alemania, véase IBARRECHE LARRAZ, M. La reforma del Sistema de pensiones en Alemania. En *REDT*, 2010, núm. 145.

¹¹ Véase ARRIETA IDIAKEZ, F.J. Euskarazko testu juridikoen idazkuntza itzulpenaren bidez: lan-zuzenbidea adibide gisa. En *VVAA. Nomografía y corrección legislativa*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, pp. 188 y 189.

—En tercer lugar, no puede olvidarse que el crecimiento económico a través de la construcción y del sector turístico se ha producido, en gran medida, a costa del *dumping social* y de la economía sumergida, aprovechándose de la mano de obra barata de inmigrantes, y produciéndose la explotación laboral más dura y la vulneración de derechos humanos más flagrante respecto a los irregulares. Ello debe servir para no mirar al otro lado, o para no seguir subvencionando a Estados como Marruecos con la finalidad de que hagan el trabajo sucio, impidiendo a cualquier precio la movilidad de personas migrantes. Los inmigrantes, llegaron, llegan y seguirán llegando, y en la medida en que no se regule adecuadamente su integración, con idénticos derechos y deberes que el resto, continuarán los problemas.

—En cuarto y último lugar, cabe preguntarse una vez más por la «extraordinaria y urgente necesidad» para afrontar la reforma laboral vía real decreto-ley, cuando expresamente se constata que siguen existiendo los mismos defectos estructurales en nuestro mercado de trabajo que antes de la crisis. Sinceramente, el carácter permanente de los defectos estructurales del sistema desde mediados de los ochenta del siglo pasado hace de sí imposible que se hable de «urgente necesidad».

Avanzando en los argumentos utilizados en el Real Decreto-ley 10/2010 para justificar la utilización de un real decreto-ley para implementar la reforma, en segundo lugar se hace hincapié en que «todas aquellas medidas que se refieren a grupos específicos de trabajadores o que contienen incentivos para la contratación o para el mantenimiento de los puestos de trabajo han de tener efectividad inmediata, pues la tramitación parlamentaria de una norma con rango de ley provocaría graves distorsiones del mercado de trabajo durante el tiempo en que se produjera esa tramitación».

En la misma línea, en tercer lugar, se señala que la situación de empleo «tampoco permite aplazar la adopción de aquellas medidas que persiguen animar a los empresarios a contratar nuevos trabajadores, dinamizar el mercado de trabajo fomentando una intermediación laboral más intensa y fortalecer o incentivar mecanismos de flexibilidad interna alternativos a la destrucción de puestos de trabajo».

Pues bien, en torno a estas dos últimas justificaciones basta con tener en cuenta dos aspectos mencionados en los preámbulos del Real Decreto-ley 10/2010 y de la Ley 35/2010, para concluir su improcedencia. Por un lado, si se reconoce que los problemas estructurales del mercado de trabajo provienen de tiempo atrás, debido al fracaso de reformas anteriores, es obvio que tiempo ha habido para debatir y discernir con sosiego las medidas concretas a adoptar. Por otro lado, se indica que es desde 2008 cuando se ha disparado el desempleo en España; por consiguiente, ¿qué se nos quiere

trasladar, que dos años no son suficientes para estudiar las medidas oportunas?

El verdadero problema con el que se ha encontrado el Gobierno se revela algo después, al establecerse que «en el convencimiento de que el consenso de los interlocutores sociales constituye la vía más eficaz para introducir cambios sustanciales en el sistema de relaciones laborales, el Gobierno ha prorrogado el debate hasta apurar las posibilidades de alcanzar un acuerdo. Sin embargo, agotados los esfuerzos por alcanzarlo, la adopción de las medidas que se consideran necesarias para dinamizar el mercado de trabajo y mantener el empleo existente no pueden dilatarse por más tiempo».

Es decir, el problema es que al Gobierno, como se suele decir, «le ha pillado el toro», y se ha quedado sin el Diálogo Social, esa fórmula que le permitió en la legislatura anterior y que le ha permitido en parte de la actual que sean otros quienes le hagan el trabajo, y le «saquen las castañas del fuego». ¿Y qué cabe decir del banco social de dicho diálogo? La respuesta a esta cuestión debe extraerse del análisis de las concretas medidas adoptadas, pero pueden adelantarse varias ideas en forma de preguntas. ¿Por qué aquellos que aceptaron la reforma laboral de 2006 se niegan ahora a aceptarla? ¿Por qué aquellos que callan ante la legislación simbólica, retórica o semántica ahora gritan?¹² ¿Son realmente de tanto calado las modificaciones introduci-

¹² DESDENTADO BONETE nos ilustra sobre este fenómeno. Por ello, merece traer a colación aquí sus palabras: «El largo plazo ha desaparecido del horizonte político y el imperio postmoderno de lo efímero... se adueña también de una legislación *prêt à porter* y, por tanto, rápidamente desechable. El problema se agrava, porque esas intervenciones coyunturales parten normalmente de una visión parcial y urgente de la superficie de los problemas y, de esta forma, se altera la unidad del ordenamiento. No se trata sólo de un desorden producido por el crecimiento cuantitativo de las normas y la mala técnica legislativa. Se ha dicho también que estamos ante un Derecho que se ha vuelto dúctil o, más exactamente, manipulable y en el que el ideal de justicia se separa de la ley, que se convierte en un mero instrumento de intervención coyuntural o de simple gestión. Esto es ya más grave que el simple deterioro técnico de la ley. Pero recientemente estamos asistiendo a otro fenómeno: el de la legislación simbólica, retórica o semántica. Se trata —dice Nieto— de la práctica cada vez más extendida de aprobar determinadas leyes para dar la sensación de que se está haciendo algo importante en relación con determinadas cuestiones de actualidad cuando en realidad no se hace nada o se hace muy poco. La legislación aparece así como una forma degradada de propaganda, mediante leyes vacías de contenido propiamente normativo, pero superpobladas de declaraciones de principios, de programas de acción, de buenos propósitos, de aspavientos de corrección político-lingüística o de novedosas proclamaciones de derechos que ya se encuentran reconocidos en la Constitución o en otras normas» (DESDENTADO BONETE, A. Sobre la legislación simbólica en el Estatuto del Trabajo Autónomo. El traje nuevo del emperador. En *RDS*, 2009, núm. 44. Versión electrónica: www.tirantonline.com, TOL1.465.260, p. 2). El autor cita como ejemplos de esta tendencia la parte laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007, núm. 71), la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz (BOE de 1 de diciembre de 2005, núm. 287) y, sobre todo, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE de 12 de julio de 2007, núm. 166).

das en la actual reforma como para rechazarla? ¿No será que la situación se ha convertido en insostenible, superados los cuatro millones de desempleados y con la imagen de España por los suelos a nivel internacional, y que mediáticamente resulta mucho más cómodo echarse a las calles? Y aun hay más. ¿Qué se ha conseguido en la práctica con las huelgas de 29 de junio (sindicatos nacionalistas en Euskadi) y de 29 de septiembre (sindicatos centralistas en todo el Estado)? ¿Es coherente manifestarse contra la reforma laboral siendo afiliado de una de las centrales convocantes y al de poco aceptar el cargo de Ministro de Trabajo? Más allá de las oportunas respuestas, huelga decir que es momento para la reflexión, para analizar los «puntos críticos y las alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad»¹³, teniendo en cuenta la verdadera representación de estos agentes, el número de afiliados y sus principales fuentes de financiación. Es momento para regular conforme a los nuevos tiempos el derecho fundamental de huelga, regulado, curiosamente, por una norma preconstitucional, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo¹⁴, sin perder de vista que el fin último de este derecho fundamental es solucionar los conflictos colectivos, como medio de presión, y no aumentar los previamente existentes. En último término, debe replantarse la madurez del modelo de representación de los trabajadores, pues como se ha afirmado «las circunstancias han cambiado radicalmente: la política de pancartas y manifestaciones ya no es la más adecuada. Antes al contrario, los sindicatos y las organizaciones empresariales, en un ejercicio de responsabilidad desarrollado bajo los auspicios y supervisión del poder político, tienen que ser capaces de convenir nuevas propuestas de políticas sociales o de reformular las ya existentes, dentro siempre de un proceso reglado donde todos los implicados participen con lealtad y buena disposición»¹⁵.

Tampoco es aceptable que se trate de justificar el uso del real decreto-ley alegando que ello responde «al método que ha sido habitual en las reformas laborales llevadas a cabo... en las últimas décadas». Ciertamente, ello no quiere decir que se haya actuado correctamente, y menos cuando existe una sentencia del Tribunal Constitucional que pone las cosas en su sitio.

Finalmente, resulta del todo desproporcionado acudir a un real decreto-ley para transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva

¹³ Al respecto, y bajo el mismo título, consúltese la obra de ÁLVAREZ CUESTA, H. Granada: Editorial Comares, 2006, 221. pp.

¹⁴ BOE de 9 de marzo de 1977, núm. 58.

¹⁵ HYMAN, R. Trade unions and the politics of the European social model. En *Economic and Industrial Democracy*, 2005, vol. 26, núm. 1, pp. 28 y 32. Citado en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y MEGINO FERNÁNDEZ, D. El largo y tortuoso camino de la reforma del mercado laboral español: La «flexibilidad/seguridad» como antídoto frente a la crisis. En *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2010, núms. 329-330, p. 37.

2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal¹⁶, cuando la misma otorga para ello a los Estados miembros un plazo de dos años que expira el 5 de diciembre de 2011, sin que valga como pretexto que se desea «conceder a la negociación colectiva un plazo suficiente para llevar a cabo... [dicha tarea]». ¿Es que tampoco para esto dos años no son suficientes?

5. Una vez analizadas las razones alegadas para justificar la utilización del real-decreto-ley, de cara a materializar la reforma laboral, sólo resta valorar hasta que punto puede compartirse la afirmación del legislador de que las medidas adoptadas obedecen a «reformas de calado en el ámbito de las relaciones laborales». No obstante, antes conviene comentar algunas propuestas que se realizaron con anterioridad a la reforma y que sirvieron para adelantar las principales directrices de la misma.

1.2. *Son rumores, son rumores que se oyen, que se oyen...*

6. Con anterioridad a la reforma, y ante la inactividad del Gobierno, la doctrina había comenzado a proponer toda una batería de medidas con las que afrontar la crisis.

7. Dentro del variopinto conjunto de medidas, DE LA VILLA GIL no titubeó en afirmar que todos deberíamos apretarnos el cinturón, enumerando una serie de garantías y sacrificios para los trabajadores, empresarios, sindicatos e incluso consumidores¹⁷.

Así, respecto a los trabajadores, parte del principio básico del Derecho laboral tuitivo y protector de conservación del negocio jurídico, al señalar que «a los trabajadores hay que garantizarles, hasta donde sea posible, el puesto de trabajo, para que no pierdan su poder adquisitivo». Por tanto, solamente, y subsidiariamente, ante pérdida de renta, opta por las prestaciones de desempleo, «por los efectos gravísimos que representa para el interesado y para su círculo familiar y, más allá de eso, para la dosis indispensable de normalidad productiva» la falta de renta de trabajo o renta social. La contrapartida de todo ello se fundamenta para este autor en el «sacrificio de la congelación salarial».

En idénticos términos, para con los empresarios establece que «hay que imponerles el sacrificio de mantener los puestos de trabajo», frenando «la complaciente permisividad de las regulaciones de empleo saldadas con pérdidas de puestos de trabajo a cambio de indemnizaciones satisfactorias, sobre todo desde la óptica de los representantes unitarios o sindicales». La

¹⁶ DOUE de 5 de diciembre de 2008, L 327.

¹⁷ DE LA VILLA GIL, L.E. ¿Entra dentro del Derecho del Trabajo la tarea de resolver situaciones de crisis extremas? En VVAA. *Medidas laborales para empresas en crisis* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, pp. 36-41.

contrapartida vendría de la mano del permiso para establecer dobles escalas salariales vía negociación colectiva, «a cambio de contrataciones nuevas y no para sustituir a trabajadores cesados, siempre que los menores niveles salariales de entrada se apliquen a todos los trabajadores ingresados en la empresa a partir de determinada fecha conforme a un plan asimismo colectivamente negociado»¹⁸.

En torno a los sindicatos aboga por «garantizarles la intervención efectiva en las negociaciones previas a la adopción de medidas excepcionales, aunque sin facultades de veto», así como su participación en las comisiones de seguimiento de tales medidas. Pero les exige mayor implicación con el interés general, y, en particular, respecto al incremento de la productividad, a través de acuerdos estratégicos, lo que supone el abandono de técnicas de bloqueo y de mera obtención de un expediente de regulación de empleo. Incluso propone replantear la situación de aquellos sindicatos que pese a bajísimas tasas de afiliación reciben importantes subvenciones públicas, al tiempo que realza a los pocos sindicatos que pagan su actuación con el esfuerzo económico de sus afiliados.

Por último, la medida más curiosa que plantea este autor se centra en los consumidores, entendiéndolo que «son los trabajadores los consumidores por antonomasia». En efecto, propugna la estabilidad de los precios de los servicios públicos indispensables para la subsistencia, así como de veinte productos básicos de alimentación, de forma y manera que la subida de los mismos se financie con recursos públicos *ad hoc*. Como contrapartida, los consumidores deberían «aceptar el sacrificio de la restricción del crédito máximo que puedan contraer para la compra de objetos que no sean de primera necesidad o indispensables para la realización de su actividad profesional».

En suma, llama la atención, sobre todo, la defensa del principio conservación del negocio jurídico o de la empresa, tan castigado últimamente, no ya solamente en situaciones económicas críticas, sino que también en situaciones en las que simplemente se deja de ganar.

Además, dicho principio se encuentra fuertemente vinculado al principio de estabilidad en el empleo, auténtico valor a tutelar en nuestras sociedades, al tratarse el empleo de un bien relativamente escaso. Sin embargo, tiende a afirmarse que una tendencia extrema en este sentido genera mercados de trabajo rígidos, perjudiciales para la empresa y, por tanto, también para los trabajadores, llegando a ser incluso incompatible con un razonable ámbito de decisión empresarial, expresamente reconocido en el artículo 38 de la Constitución, bajo el principio de libertad de empresa. Por ello, siguiendo la estrategia de Lisboa, se vende la moto de que la solución pasa por conciliar la fle-

¹⁸ Efectivamente, debe tenerse en cuenta al respecto lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 27/2004, de 4 de marzo.

xibilidad y la seguridad en las relaciones de trabajo, es decir, por aceptar la llamada «flexiguridad» o «flexiseguridad», que supone: (a) La flexibilidad del mercado de trabajo, facilitando el despido; (b) un alto grado de políticas pasivas de empleo, y, especialmente, de prestaciones por desempleo; y (c) un sistema fuerte de políticas activas de empleo, destinadas, básicamente, a la empleabilidad de los trabajadores¹⁹.

Y en este sentido, algunos sectores repiten machaconamente que el mercado de trabajo español resulta excesivamente rígido, y tratan de implementar medidas que tienden a su flexibilización.

8. Es así como se planteó por parte de la CEOE la posibilidad de establecer un «contrato indefinido no fijo», caracterizado por ser una nueva modalidad contractual abierta a los desempleados y a los trabajadores con contrato temporal, en la que, durante los dos primeros años, el empresario podría extinguirlos libremente, sin más requisito que avisar con 7 días de antelación y pagar una indemnización de 8 días de salario. Transcurridos esos dos años, el empresario podría optar por la extinción del contrato o por convertirlo en indefinido fijo, que podría darse, igualmente, por finalizado sin más obligación para el empresario que preavisar al trabajador con un mes de antelación y abonarle una indemnización de 20 días de salario por año, con un tope de 12 mensualidades. Todas las extinciones serían consideradas acordes a Derecho, salvo en los períodos de licencias de maternidad o paternidad, en los que se declararían nulas salvo incumplimiento del trabajador, el cual, en los demás casos, sólo podría reclamar las tasadas indemnizaciones y los salarios correspondientes a los períodos de preaviso no respetados²⁰.

En parecidos términos, la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA) propuso la creación del «contrato único indefinido» que supondría la eliminación de todos los contratos temporales, excepto del contrato de interinidad, para la sustitución de trabajadores en baja temporal, y la regulación de una indemnización por extinción proporcional a la antigüedad en el centro de trabajo, con una escala que oscilaría entre los 8 días para el primer año, 12 para el segundo, 15 para el tercero, 20 para el cuarto, 25 para el quinto y 36 en adelante. Además, dicha extinción no requeriría causa alguna, ni calificación, excepto en los despidos disciplinarios y los despidos discriminatorios, puesto que los primeros, obviamente, no darían lugar a indemniza-

¹⁹ Respecto a estas cuestiones, véase MONTROYA MELGAR, A. Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiguridad». En VVAA. *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea* (GIL y GIL, J.L. y DEL VALLE, J.M., Coord.s). Madrid: Ediciones Cinca, 2009, pp. 98-109.

²⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. Sobre el contrato de trabajo «único». En *RL*, 2009, núm. 10. Versión electrónica: www.laleylaboral.com, p. 2.

ción alguna, y, los segundos, serían calificados como nulos a todos los efectos²¹.

9. Por el contrario, ninguna de ambas propuestas ha prosperado en la reforma laboral. Quizás debido a que rápidamente se abrió la caja de los truenos, y las mismas se vieron constreñidas a topo tipo de críticas, al señalarse que las mismas vulneraban el Convenio 158 OIT, de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario, el artículo 24 de la Carta Social Europea, el artículo 30 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998 y la interpretación que del artículo 35 de la Constitución Española ha hecho el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 192/2003, de 27 de octubre de 2003²².

10. Aun así, no faltó quien, a pesar de aceptar tales críticas, supo elogiar los méritos del contrato de trabajo único. En esa línea, LAHERA FORTEZA se centró en la idea que late tras la propuesta de contrato único, a saber, el errático modelo dual vigente de contratos temporales y despidos individuales improcedentes²³. Asimismo, con astucia, supo trasladar las críticas vertidas sobre el contrato único a lo dispuesto en el vigente artículo 56.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET)²⁴. Y sobre esa base se esforzó en reestructurar la propuesta inicial, revelando sus aspectos positivos, sus riesgos, puntos débiles y posibles mejoras, así como sus alternativas²⁵.

Independientemente de la no aceptación por el Gobierno de tales propuestas, la verdad es que las medidas adoptadas en la reforma siguen la tendencia flexibilizadora subyacente en las mismas, tal y como se verá a continuación.

11. Por el contrario, también se ha apreciado en la doctrina cierta reticencia ante tales postulados. Tal vez inspirada en la «rigiseguridad» laboral alemana de la que nos instruyó magníficamente ARUFE VARELA²⁶, ciertos autores han criticado que se califique al mercado de trabajo español como rígido o que se intenten aportar mayores dosis de flexibilidad al mismo. Res-

²¹ Al análisis de esta propuesta se refieren, entre otros: GOERLICH PESET, J.M. ¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales? En *RL*, 2010, núm. 1. Versión electrónica: www.laleylaboral.com, p. 3. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único. En *RL*, 2010, núm. 1. Versión electrónica: www.laleylaboral.com, pp. 3 y 5.

²² Véanse al respecto RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., *ob. cit.*, pp. 2-4. GOERLICH PESET, J.M., *ob. cit.*, p. 4 y ss. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *ob. cit.*, p. 8 y ss.

²³ LAHERA FORTEZA, J. Elogio y crítica a la propuesta del contrato de trabajo único. En *RL*, 2010, núm. 1. Versión electrónica: www.laleylaboral.com, pp. 1-3.

²⁴ BOE de 29 de marzo de 1995, núm. 75.

²⁵ LAHERA FORTEZA, J., *ob. cit.*, pp. 4-16.

²⁶ ARUFE VARELA, A. Flexiseguridad laboral danesa y rigiseguridad laboral alemana. En *AS*, 2008, núms. 7 y 8.

pecto a la primera crítica, se ha justificado adecuadamente que lejos de la rigidez pretendida, el ordenamiento laboral español es uno de los más flexibles de Europa²⁷. Por su parte, en torno a la segunda crítica se ha considerado que la «flexiseguridad», en los términos mencionados anteriormente, resultaría inadecuada para el modelo español, pues «el abandono de una política legislativa basada en medidas de prevención primaria [v.gr. estabilidad en el empleo], provocaría tal incremento en los costes secundarios [v.gr. desempleo] que ni la Seguridad Social ni el Estado de Bienestar español estarían, hoy por hoy, capacitados para soportar. Lo que irremediamente se traduciría en la traslación de dichos costes a los propios trabajadores afectados o a sus familias. Lo que lejos de presentarse como una mejora, supondría un retroceso social difícilmente tolerable»²⁸.

2. Los objetivos de la reforma y las medidas adoptadas al respecto

12. Los objetivos de la reforma obedecen, según el apartado I del preámbulo de la Ley 35/2010 a las siguientes debilidades estructurales del mercado laboral español:

- (a) Peso significativo de los trabajadores con contrato temporal, en comparación con el resto de Estados miembros de la Unión Europea, lo que ha traído consigo una fuerte segmentación o dualidad entre trabajadores indefinidos y temporales.
- (b) Escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas conforme a la legislación actual.
- (c) Insuficiente capacidad de colocación de los servicios públicos de empleo.

La mera observancia de estos objetivos demuestra que la reforma se vuelve a encontrar con los males endémicos existentes en España desde mediados de los ochenta, es decir, desde que se fomentó la cultura de la temporalidad. En conclusión, todas las reformas anteriores han sido baldías. Y respecto a las concretas medidas adoptadas en la nueva reforma, se ha dejado constancia en el apartado anterior de que la senda escogida no augura

²⁷ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y MEGINO FERNÁNDEZ, D., *ob. cit.*, pp. 18-24. Estos autores analizan las áreas específicas del ordenamiento donde la flexibilidad se muestra con mayor claridad y vigor, a saber, la entrada en el mercado de trabajo de recursos humanos; la variabilidad de las condiciones laborales; la ordenación del tiempo de trabajo; la construcción de la estructura remunerativa; la extinción del nexo contractual.

²⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. Estabilidad en el empleo, «flexiseguridad» y crisis: una aproximación desde la perspectiva de la eficiencia de las normas laborales. En *RL*, 2010, núm. 17. Versión electrónica: www.laleylaboral.com., pp. 19-20.

nada positivo²⁹. Profundicemos, por ende, en el contenido de las concretas medidas adoptadas para enfrentarse a tales debilidades.

2.1. *Medidas para la reducción de la dualidad existente entre contratos temporales e indefinidos*

13. Las medidas adoptadas con tal finalidad, asimismo, pueden agruparse en dos grandes campos de actuación.

2.1.1. RESTRICCIÓN DEL USO INJUSTIFICADO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

14. La restricción del uso injustificado de la contratación temporal se pretende conseguir a través de las siguientes medidas:

(a) *El establecimiento de un límite temporal máximo en los contratos para obra o servicio determinado*: De este modo, con la reforma desaparece el carácter incierto de la duración de esta modalidad contractual temporal, que con anterioridad dependía del carácter de la obra o servicio a realizar; así, a partir del 18 de junio de 2010, estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliables hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Además, como sucede con el resto de contratos temporales, una vez transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa [artículo 15.1.a) del TRLET].

Es más, en ese sentido, el empresario deberá facilitar por escrito al trabajador, en los diez días siguientes al cumplimiento de los plazos indicados, un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo de empresa, so pena de cometer una infracción leve. Y a efectos probatorios, el trabajador podrá solicitar, por escrito, al Servicio Público de Empleo correspondiente un certifica-

²⁹ La poca o ninguna fe en la misma ha quedado patente, igualmente, en gran parte de la doctrina. Por todos, y con rúbricas más que significativas de sus trabajos, MOLINA NAVARRETE, C. Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva «milonga» del «capitalismo de casino». En *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2010, núm. 328, pp. 8-61; ABRIL LARRAÍNZAR, M.P. y MEGINO FERNÁNDEZ, D. «El laberinto del fauno» de la reforma laboral. Pocas luces y muchas sombras. En *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2010, núm. 328, pp. 66-138. MOLINA NAVARRETE, C. Un nuevo acto del «gran teatro» de la reforma laboral 2010: una reforma «para reformar» o de la «galería de los disparates». En *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2010, núm. 331, pp. 64-125.

do de los contratos de duración determinada o temporales celebrados; en tal supuesto, el Servicio Público de Empleo emitirá dicho documento y lo pondrá en conocimiento de la empresa en la que el trabajador preste sus servicios [artículo 15.9 del TRLET y artículo 6 del Texto Refundido de Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (TRLISOS)³⁰].

Debe objetarse a esta medida, a pesar de ser realmente novedosa, el hecho de no abordar los verdaderos problemas existentes en torno a esta modalidad contractual. Dicho con otras palabras, debería haberse hecho hincapié en el objeto de este contrato, a saber, las obras y servicios temporales con autonomía y sustantividad propia. Mientras que no se aborde la extrema flexibilización con la que se ha venido interpretando dicho objeto por parte de la negociación colectiva y de la jurisprudencia, de nada servirá el límite temporal establecido³¹.

(b) *La introducción de algunos ajustes en la regla instaurada en la reforma de 2006 para evitar el encadenamiento o concatenación de contratos temporales*: Estos ajustes responden a las críticas que en su momento se realizaron por parte de la doctrina, y que con el tiempo se ha podido observar que las mismas no fueron gratuitas, debido al escaso éxito de la regulación anterior³².

En consecuencia, teniendo en cuenta tales críticas, la reforma ha matizado que se entenderán sujetos al límite establecido en el artículo 15.5 del TRLET también los supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente.

Igualmente, a través de la modificación de la Disposición Adicional decimoquinta del TRLET se ha dispuesto que los límites existentes en torno a la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado y de la concatenación de contratos temporales surtirán efectos también en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes. Tales efectos se traducirán en que el trabajador afectado continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos ajustados a Derecho, momento en el que

³⁰ BOE de 8 de agosto de 2000, núm. 189.

³¹ En este sentido véase SIRVENT HERNÁNDEZ, N. La delimitación del objeto del contrato para obra o servicio determinado en la negociación colectiva y la jurisprudencia. En *RGDTSS*, 2010, núm. 22, pp. 3 y 8-19. Más extensamente, véase GUALDA ALCALÁ, F.J. La causa del contrato de obra o servicio determinado: caracterización legal y práctica judicial. Albacete: Bomarzo, 2010, pp. 47-89 y 91-103.

³² Cfr. ARRIETA IDIAKEZ, F.J. La reforma de 2006 sobre el mercado de trabajo. Principales repercusiones en la contratación temporal. En *AL*, 2007, núm. 15, pp. 1797-1806.

se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

Ahora bien, estos límites de cara a la Administración pública, tienen sus excepciones. Por una parte, la duración máxima del contrato por obra o servicio determinado no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades³³, o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años (apartado 2 de la Disposición Adicional decimoquinta). Por otra parte, para que las reglas del encadenamiento sean aplicables sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas, sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. Y tales reglas no serán de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001 anteriormente mencionada o en cualesquiera otras normas con rango de ley.

Como puede apreciarse, estas limitaciones perturban la estabilidad, especialmente, en un ámbito de actuación decisivo a futuro como es el campo de la investigación. La reforma mantiene la precariedad existente hasta la fecha en dicho campo, lo que impide obtener un desarrollo adecuado en políticas de I+D+i a través de una verdadera carrera profesional³⁴.

Centrándonos en otra de las novedades introducidas, es positivo que junto a la «misma empresa» también se tenga en cuenta al «grupo de empresa», como ámbito dentro del cual se puede desarrollar un puesto de trabajo, a los efectos de la regla establecida para evitar el encadenamiento. Y lo mismo puede decirse respecto a la matización realizada en torno a que el puesto de trabajo puede ser el ocupado con anterioridad u otro diferente. El problema radica en que el legislador se resiste a definir el «grupo de empresa» desde el punto de vista laboral, por lo que habrá que acudir, como hasta ahora, a los criterios jurisprudenciales existentes sobre la materia.

³³ BOE de 24 de diciembre de 2001, núm. 307.

³⁴ Respecto a la estabilidad necesaria en dicho campo véase MORENO GENÉ, J. *El personal investigador en formación. Régimen jurídico-laboral y de Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 14 y 15.

Por último, siguen sin solucionarse dos aspectos que merecen ser criticados. En primer lugar, respecto a la concatenación llevada a cabo no respecto a una misma persona, sino que a través de la rotación de distintos trabajadores en un mismo puesto de trabajo, se mantiene la incoherencia de regular que «la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización de contratos de duración determinada...» en esos casos, y de no introducir dicho aspecto en el contenido mínimo del convenio colectivo exigido por el artículo 85.3 del TRLET. Por consiguiente, en los supuestos de concatenación por rotación se sigue dejando la pelota en el tejado de los agentes sociales. En segundo lugar, se mantiene el dicho popular de que «hecha la ley hecha la trampa», pues, al igual que con anterioridad a la reforma, quedan fuera del régimen del encadenamiento, ni más ni menos que los contratos formativos, de relevo e interinad. Es más, el campo de las salvedades se amplía tras la reforma a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

(c) *El aumento de la indemnización por finalización de contratos temporales*: Se ha modificado el artículo 49.1 del TRLET, en la medida en que se ha aumentado la cantidad indemnizatoria de 8 días a 12 días de salario, por cada año de servicio, sin perjuicio de la mejora establecida vía convenio colectivo, pacto o contrato, a pagar por expiración del tiempo convenido, o realización de la obra o servicio determinado, si ésta finaliza antes de haberse agotado la duración inicialmente prevista. Por lo demás, se siguen excluyendo, salvo mejora vía convenio/pacto/contrato, y aplicación, por tanto, del principio de norma más beneficiosa o, en su caso, de la consolidación de la mejor condición establecida en contrato de trabajo, los supuestos de contrato de interinidad y de los contratos formativos.

Pero, sin duda, lo más curioso respecto al incremento de esta indemnización es su aplicación gradual y postergada. En el apartado II del Preámbulo de la Ley 35/2010, se establece en ese sentido que «razones de prudencia aconsejan implantar este incremento de manera gradual y progresiva por la incidencia que su aplicación inmediata pudiera suponer sobre la creación de empleo». Entonces, la pregunta es obligada: ¿Cómo casan dicha prudencia y regulación gradual con la «extraordinaria y urgente necesidad» habilitante del real decreto-ley?

Independientemente de que con el incremento a 12 días de la indemnización se iguala la cuantía a pagar en estos casos con la indemnización a pagar por finalización del contrato entre las empre-

sas de trabajo temporal y sus trabajadores, contratados para ser cedidos a las empresas usuarias, no se entiende muy bien que reporta esta medida a la reducción de la dualidad del mercado de trabajo.

La forma en la que se aplicará la graduación se ha recogido en la nueva Disposición Transitoria decimotercera del TRLET, de acuerdo con el siguiente calendario: Ocho días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren hasta el 31 de diciembre de 2011; nueve días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2012; diez días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2013; once días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2014; doce días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2015.

2.1.2. PROMOCIÓN DE LA UTILIZACIÓN MÁS EXTENSA DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

15. De cara a conseguir esta promoción se han articulado las siguientes medidas:

(a) *Nueva regulación del contrato de fomento de la contratación indefinida*: Aunque el legislador sostenga en el apartado II del Preámbulo de la Ley 35/2010 que «queda incólume» la modalidad de contrato indefinido de carácter ordinario, ello es una verdad a medias. Es verdad que se centra una vez más, desde la reforma de 1997, en la regulación del contrato de fomento de la contratación indefinida, bajo el pretexto de que «no ha venido cumpliendo en los últimos años la finalidad que reza en su enunciado, a saber, promover el acceso a contratos de carácter indefinido de los colectivos que más dificultades encuentran en la actualidad para obtenerlos». Lo que sucede es que se ha ampliado de tal manera el ámbito subjetivo para poder celebrar esta modalidad contractual, que se ha pervertido su función originaria de dirigirse a grupos concretos de trabajadores que presentan problemas para insertarse en el mercado laboral³⁵. Concretamente, entre los trabajadores incluidos a su ámbito de aplicación se encuentran (Disposición Adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio,

³⁵ En este sentido, LUIJÁN ALCARAZ, J. El contrato para fomento de la contratación indefinida tras el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma laboral. En *AS*, 2010, núm. 7 (Tribuna). Versión electrónica: www.westlaw.es. (BIB 2010\1422), p. 5.

de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad³⁶):

Las mujeres en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores; las mujeres desempleadas que se reincorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años; mujeres desempleadas víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos; parados que lleven, al menos, un mes inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo, desempleados que, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los contratos formativos; desempleados a quienes, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente; trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, a quienes se les transforme dicho contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2010; trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados a partir del 18 de junio de 2010 (estos contratos podrán ser transformados en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 siempre que la duración de los mismos no haya excedido de seis meses, salvo en los contratos formativos, en los que no se tendrá en cuenta tal limitación).

Claro está, la universalización subjetiva producida con esta medida permite que aunque se alardee de haber respetado las cuantías establecidas para los diversos supuestos de extinción, en realidad se ha convertido en regla general lo que venía siendo la regla excepcional, es decir, el abaratamiento del despido objetivo improcedente, de 45 días de salario por año trabajado con un tope de 42 mensualidades, a 33 días de salario por año trabajado con un tope de 24 mensualidades. Asimismo, no debe olvidarse que correspondiendo la opción entre readmisión o indemnización al empresario, el contrato para el fomento de la contratación indefinida se entenderá extinguido en la fecha del despido cuando el empresario reconozca

³⁶ BOE de 10 de julio de 2001, núm. 164.

la improcedencia del mismo y ofrezca al trabajador la indemnización legal, depositando en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el artículo 53.1.b) del TRLET y la de 33 días por año de servicio correspondiente al despido objetivo improcedente en esta clase de contratos. Y ello es de suma importancia, puesto que cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad correspondiente a salarios de tramitación quedará limitada a los devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna.

En ese sentido, con la nueva reforma se posibilita que la improcedencia del despido objetivo no solamente se deba a la declaración judicial, sino que también cabe el reconocimiento como tal por el empresario, abriéndose también aquí, y ahora sin lugar a dudas, la posibilidad del despido expés del artículo 56.2 del TRLET.

Además de todas esas facilidades para obtener el despido más barato, se atribuye al trabajador la carga probatoria, cuando alegue que la utilización del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria.

Por otro lado, resulta contradictoria e inútil la prohibición de concertar contratos para el fomento de la contratación indefinida por las empresas que en los seis meses anteriores a la celebración del contrato hubieran realizado extinciones de contratos indefinidos ordinarios por causas objetivas declaradas o reconocidas como improcedentes o hubieran procedido a un despido colectivo, si, posteriormente, se les permite, en ambos supuestos, la recolocación, vía contrato para el fomento de la contratación indefinida, en distintos puestos de trabajo o en distintos centros de trabajo de la empresa o grupo de empresa. Evidentemente, con tal medida se crea empleo, pero a través de una maniobra innoble.

(b) *Reducción de las cantidades a abonar por las empresas en concepto de despido colectivo y despido por causas objetivas, cuando se trate de contratos indefinidos*: Como advierte el legislador, en el apartado II del Preámbulo de la Ley 35/2010, esta medida no ha supuesto variación en las cuantías establecidas para estos supuestos extintivos. La reducción se pretende conseguir por medio de una doble operación, en los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida (Disposición Transitoria tercera de la Ley 35/2010):

—Conforme a la primera operación, a partir del 18 de julio de 2010, cuando el contrato se extinga por despido colectivo, por despido basado en causas objetivas o por lo preceptuado en el

artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal³⁷, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el FOGASA, en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año, y en las condiciones establecidas a tal efecto.

—La segunda operación se posterga, hasta la entrada en funcionamiento del Fondo de capitalización mencionado en la Disposición Adicional décima de la Ley 35/2010. Así, según lo preceptuado por dicha disposición, «el Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir del 18 de junio de 2010, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar. Dicha regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo. El Fondo deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012».

En el primer caso, se corre el riesgo de cargar en demasía al FOGASA, y de llevar a la práctica el viejo dicho de que «quita y no pon se acaba el montón», dejando al descubierto las funciones típicas de dicha institución. El segundo caso no merece comentario alguno, hasta que se materialice efectivamente el Fondo de capitalización. Nuevamente, nos encontramos ante la legislación simbólica y retórica de la que nos habló DESDENTADO BONETE. Lo que sí parece evidente es que el legislador ha querido inspirarse en el modelo Austríaco o sistema *Abfertigung neu*, aunque de manera meramente refleja³⁸.

³⁷ BOE de 10 de julio de 2003, núm. 164.

³⁸ Al respecto véase VELASCO PORTERO, M.T. y FRÖHLICH, M. Los sistemas alemán y austríaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España. En *AL*, 2010, núm. 14. En versión electrónica: www.laleylaboral.com, pp. 9-11.

(c) *La nueva redacción de las causas del despido por razones empresariales*: Como afirma GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «el problema viene determinado porque en el año 2009 el 80% de los despidos que se tramitaron en los órganos jurisdiccionales del orden social fueron declarados improcedentes... porque la empresa en el momento del juicio ya estaba desaparecida y no acudía al acto, o bien porque no practicaba la prueba necesaria que acreditase la causa invocada para la extinción»³⁹. Pero tampoco debe olvidarse el problema mencionado por DESDENTADO BONETE, al referirse al «auge del despido “expres” y... [al] declive del despido económico»⁴⁰, que trae causa, sobre todo, de los problemas procedimentales y de la incertidumbre respecto a la calificación final en los despidos fundados en razones empresariales⁴¹.

Por todo ello, se ha procedido a unificar las distintas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de los despidos colectivos y objetivos. De forma y manera que, en la actualidad, el artículo 52 del TRLET, relativo al despido por causas objetivas, se remite a las causas previstas en el artículo 51 del TRLET sobre despido colectivo.

Precisamente, la gran novedad de la reforma en este campo reside en el intento realizado por concretar tales causas, con la finalidad de proporcionar «una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial». El problema es que en ese intento, se han ampliado las causas para instar el despido, y ello volverá a crear dudas interpretativas y soluciones dispares. Tal vez, el mejor ejemplo de todo ello lo constituye la definición dada a las «causas económicas», al establecerse que concurrirán las mismas «cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su

³⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. Las indemnizaciones por despido en la última reforma del mercado de Trabajo. En *IL*, 2010, núm. 13, p. 4.

⁴⁰ DESDENTADO BONETE, A. La reforma del despido en el Real Decreto-ley 10/2010. En *VVAA. La reforma laboral 2010. Aspectos Prácticos* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.). Valladolid: Lex Nova, 2010, pp.74 y ss.

⁴¹ Circunstancia que se reconoce expresamente en el apartado II del Preámbulo de la Ley 35/2010, al señalar que el motivo de la nueva redacción de las causas extintivas por despido colectivo u objetivo obedece a que «la experiencia obtenida en los últimos años ha puesto de manifiesto... algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52.c) del TRLET, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente».

viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado».

En realidad, en esta causa, como en el resto de las tipificadas, debiera sopesarse siempre el principio de conservación del negocio jurídico, subordinado al principio de conservación de la empresa, como «ente vivo» que debe adaptarse las circunstancias impuestas por el mercado. Sabiendo que el límite, por arriba, lo marca el estado de insolvencia «inminente», que es definido por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, como la situación en la que se encuentra el deudor que prevea que no va a poder cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (artículo 2.3), la difícil solución pasa por determinar hasta que punto el sacrificio de determinados puestos de trabajo resulta proporcional a la verdadera situación de la empresa, puesto que no se trata, simplemente, de «dejar de ganar». En definitiva, mientras que no se ponga en peligro la conservación de la empresa, su continuidad sin deudas que puedan preveer una insolvencia «inminente», las causas alegadas para el despido no deberían prosperar.

2.2. *Medidas para el reforzamiento de los instrumentos de flexibilidad interna*

16. A tal fin, la reforma se ha centrado en tres cuestiones.

2.2.1. TRASLADOS COLECTIVOS Y MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

17. Con las medidas adoptadas en este ámbito (artículos 40 y 41 del TRLET), el legislador persigue «dotar al procedimiento de mayor agilidad y eficacia. Para ello:

(a) *Se regula el carácter improrrogable del plazo previsto para los períodos de consulta, que no podrá ser superior a quince días.*

(b) *Se prevé una solución legal para los supuestos en que no existan representantes de los trabajadores en la empresa con quienes negociar: los trabajadores podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del*

sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En todos los casos, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. Los acuerdos de la comisión requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

(c) *Se potencia la utilización de medios extrajudiciales de solución de discrepancias*: El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.

2.2.2. CLÁUSULAS DE INAPLICACIÓN SALARIAL

18. A través de las mismas, y modificando el artículo 82 del TRLET, relativo al concepto y eficacia de los convenios estatutarios, el legislador pretende aligerar el procedimiento existente.

Así, el nuevo procedimiento para posibilitar los descuelgues salariales presenta las siguientes características:

Por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo estatutario de empresa o ámbito inferior, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, anteriormente descrito, a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto también en el artículo 41.4.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas para el descuelgue salarial, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la

existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del convenio colectivo.

El acuerdo de inaplicación deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa, estableciendo, en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron, una programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación, sin que en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia del convenio ni, como máximo los tres años de duración. El acuerdo de inaplicación y la programación de la recuperación de las condiciones salariales no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 del TRLET, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos en cuestión, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 del TRLET.

2.2.3. REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

19. El legislador hace especial hincapié en esta medida, al referirse «muy señaladamente» a la suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. En su opinión, esta medida «facilita el ajuste de la empresa a las necesidades cambiantes del mercado y, al mismo tiempo, proporciona al trabajador un alto grado de seguridad, tanto en la conservación de su puesto de trabajo, como en el mantenimiento de su nivel de ingresos económicos por la protección dispensada por el Sistema de protección por desempleo...».

Sobre esta medida la doctrina ha señalado que el legislador ha querido copiar «a la española» el exitoso modelo alemán de reducción de jornada, conocido como el *Kurzarbeit*⁴². No obstante, debe advertirse que el éxito del

⁴² En torno al *KURZARBEIT* se han referido entre nosotros, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, S. La fascinación de los modelos o el *Kurzarbeit* a la española. En *Aspectos Prácticos* (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.). Valladolid: Lex Nova, 2010, pp.181-198; así como BRECHT-HEITZMANN, H. Medidas jurídicas laborales y de Seguridad Social para la lucha contra la crisis económica en Alemania. En *TS*, 2010, núm. 230, pp. 15-16.

sistema alemán no sólo pasa por preveer esta medida, sino que también por su implementación rigurosa, en la que la negociación entre empresarios y representantes de los trabajadores se lleva a cabo con total lealtad y responsabilidad, así como por su buena coordinación con el Sistema de Seguridad Social, que no sufre tanto las desviaciones hacia esta medida, porque desde hace años se está fomentando, igualmente, el nivel complementario o libre de Seguridad Social. Con ello, quiere advertirse de los problemas que pueden plantearse desde el punto de vista de la financiación del Sistema de Seguridad Social.

Seguramente, se relaciona con tales problemas el hecho de que la reforma guarde silencio en torno aspectos como la jubilación parcial en cuanto medida de reparto de empleo⁴³ o la conveniente nueva regulación del contrato fijo-discontinuo, eliminando las disfuncionalidades creadas por el fijo-periódico del artículo 12.3 del TRLET, que difícilmente encaja dentro del contrato a tiempo parcial⁴⁴. Y junto a la reducción del tiempo de trabajo, tampoco puede pasar desapercibida la matización introducida en cuanto a las materias consideradas como objeto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, al referirse, ahora, junto al horario a la «distribución del tiempo de trabajo». En ese sentido, también se ha dejado pasar una nueva oportunidad para reestructurar el hace tiempo trasnochado artículo 13 del TRLET, relativo al trabajo a domicilio, con la finalidad de regular adecuadamente, entre otros aspectos, el teletrabajo como forma de organizar la prestación de servicios⁴⁵.

20. Centrándonos en las medidas adoptadas en España, debe diferenciarse la regulación de la suspensión del contrato de trabajo de la regulación relativa a la reducción de la jornada, aunque ambas se contengan en el artículo 47 del TRLET, y se deban a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor. Por consiguiente:

(a) *Las especialidades de la suspensión del contrato radican en que:*

⁴³ Al respecto véase VICEDO CAÑADA, L. La jubilación parcial como medida de reparto de empleo en épocas de crisis. En *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2009, núm. 312, pp. 145-156.

⁴⁴ En el mismo sentido, véase MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. Los trabajadores fijos periódicos y fijos discontinuos. En VVAA. *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos* (CAMPS RUIZ, L.M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T., Coord.s). Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 149-168.

⁴⁵ Véase sobre los aspectos laborales del teletrabajo ARRIETA IDIAKEZ, F.J. Lan-zuzenbidea eta guné ilun gisa kalifikatutako lan-harreman juridikoak (II): Telelanaren inguruko zertzelada batzuk. En *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 2009, núm. 17, pp. 201-222.

—El procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión.

—El plazo a que se refiere el artículo 51.4, relativo a la duración del período de consultas, se reducirá a la mitad y la documentación será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen.

—La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa.

—La autorización de la medida no generará derecho a indemnización alguna.

(b) *La jornada de trabajo podrá reducirse*: con arreglo al procedimiento recién descrito para la suspensión, si bien deberá entenderse por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Además, durante el período de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor.

Del mismo modo, y sin ninguna otra especificación, cabe subrayar que el legislador establece que durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad.

Por último, la posibilidad de reducir la jornada cuenta con los beneficios derivados de la protección por desempleo [artículos 203, 208 y 210 del Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)⁴⁶] y de las medidas de apoyo a la reducción de jornada contenidas en la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (artículo 1 y 3)⁴⁷.

2.3. *Medidas para el aumento de las oportunidades de las personas desempleadas*

21. La reforma ha focalizado el alcance de estas medidas en tres ámbitos.

⁴⁶ BOE de 29 de junio de 1994, núm. 154.

⁴⁷ BOE de 31 de diciembre de 2009, núm. 315.

2.3.1. BONIFICACIONES A LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

22. La Ley 35/2010, ha introducido importantes cambios en la política de bonificaciones a la contratación indefinida, modificando el Programa de Fomento de Empleo establecido por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo⁴⁸. Conforme a la síntesis realizada por ORTEGA PRIETO y ORTEGA FIGUEIRAL, las novedades más importantes al respecto son las siguientes⁴⁹:

(a) Se suprimen las bonificaciones universales para jóvenes, mujeres y parados de larga duración y se concentran en dos colectivos: Jóvenes desempleados entre 16 y 30 años, ambos inclusive, con especiales problemas de empleabilidad, y mayores de 45 años inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses dentro de los dieciocho inmediatamente anteriores a la contratación.

(b) Se mantienen las actuales bonificaciones para la conversión de contratos formativos y de relevo en indefinidos, manteniendo el mismo importe, pero mejorando la cuantía cuando la contratación lo sea de trabajadoras.

(c) Todas aquellas bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por los contratos celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010, se registrarán por la normativa vigente en el momento de su celebración o, en su caso, en el momento de iniciarse el disfrute de la bonificación.

(d) Como novedad muy relevante, que restringe o endurece el acceso a las bonificaciones debe destacarse que las nuevas contrataciones o transformaciones, a excepción del contrato de relevo, deben suponer un incremento de nivel de empleo fijo de la empresa y, adicionalmente, deben mantenerlo durante el período de duración de la bonificación.

(e) Los trabajadores de contratación indefinida inicial o de transformación de su relación temporal en indefinida serán objetivo prioritario en los planes de formación para personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo, al objeto de incrementar su cualificación profesional.

(f) Por último, debe destacarse que, al igual que sucede con la formalización de relaciones indefinidas y la transformación de aque-

⁴⁸ BOE de 30 de diciembre de 2006, núm. 312.

⁴⁹ ORTEGA PRIETO, E. y ORTEGA FIGUEIRAL, E. La reforma laboral 2010. *Comentarios prácticos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. Madrid: La Ley, 2010, pp. 101-107.

llas en temporales, la Ley 35/2010, a los efectos de potenciar la suscripción de contratos para la formación, establece toda una serie de bonificaciones novedosas.

2.3.2. CONTRATOS FORMATIVOS

23. Los aspectos novedosos sobre los contratos formativos inciden en una regulación más generosa para sus beneficiarios. Así, respecto al contrato de prácticas, las novedades se concentran en los siguientes aspectos: la extensión de títulos habilitantes para su celebración, la ampliación de los años tras la obtención del correspondiente título habilitante durante los que se posibilita la celebración de este contrato, la mejora prestacional del Sistema de Seguridad Social y la regulación de ciertas salvaguardas para evitar el fraude en la utilización de este contrato. Por su parte, los cambios son más notorios en la regulación del contrato para la formación, debido a sus implicaciones con las políticas activas de empleo y con el subsistema de formación profesional. Igualmente, se mejora la protección otorgada por el Sistema de Seguridad Social.

24. Ahora bien, a pesar de las mejoras introducidas, nuevamente se ha perdido la ocasión para vincular definitivamente el mundo universitario y de la formación profesional con el mercado de trabajo. Como complemento a la postergación de la edad de jubilación, debe buscarse una solución a la tardía inserción y con todas las garantías al mercado de trabajo. Para ello, superando la actual situación de «zona gris» en la que se encuentran sumidas las distintas relaciones de beca, resulta imprescindible regular un nuevo contrato de beca, al margen, claro está, del Derecho del Trabajo, que posibilite compaginar los estudios con la realización de actividades prácticas/productivas en actividades relacionadas con dichos estudios, con unos mínimos derechos retributivos y prestacionales, vía actualización del obsoleto seguro escolar.

2.3.3. MECANISMOS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

25. Parece ser que la desastrosa experiencia española en esta materia va a continuar por parecidos derroteros. Hasta la fecha, la ineficacia ha sido el rasgo más característico del sistema de intermediación. Para contrastar tal afirmación basta con tomar en consideración el análisis realizado por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL⁵⁰.

Según este autor, el papel desempeñado por los servicios públicos de empleo es mínimo, siendo su tasa de registro, a marzo de 2010, inferior al 8% del total de colocaciones con demanda activa de empleo, y en torno al

⁵⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. La reforma de la intermediación laboral en España. En *AL*, 2010, núm. 5. Versión electrónica: www.laleylaboral.com, pp. 4 y 5.

2% si se toma en cuenta el total de las colocaciones⁵¹; por su parte, las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro tampoco han penetrado verdaderamente en el mercado de trabajo, ya que a falta de datos sobre las colocaciones que intermedian, es esclarecedor el hecho de que el número de agencias existente es sólo de 72 y que esta cifra ha permanecido inamovible desde 2001. Finalmente, se constata, que son las empresas de trabajo temporal quienes más colocaciones realizan en España, a pesar de que éstas no pueden actuar en algunos sectores importantes como la construcción y las Administraciones.

Así las cosas, la reforma laboral ha supuesto la creación de nuevas agencias privadas de colocación, ahora también con ánimo de lucro, y la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal⁵².

26. Respecto a las agencias privadas de colocación, la reforma ha introducido la posibilidad de que estas sean con ánimo de lucro, procediéndose a la modificación de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (artículos 20, 21bis, 22, 22bis, 27, 28 y Disposición Adicional sexta)⁵³, del TRLET (artículo 16), del TRLGSS (artículo 231) y del TRLISOS (artículos 16, 17, 24 y 25).

Al mismo tiempo, la Ley 56/2003 ha dispuesto la posibilidad de que las agencias de colocación autorizadas podrán ser consideradas entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo mediante la suscripción de un convenio de colaboración con los mismos (artículo 21.bis.5), y ha calificado a las empresas de recolocación como agencias de colocación especializadas en la actividad de intermediación laboral destinada a la recolocación de los trabajadores que resultan excedentes en procesos de reestructuración empresarial, siempre que dicha actividad se establezca o acuerde con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación (artículo 21.bis.1, en relación con el artículo 20.2).

Sin embargo, las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro no serán una realidad hasta que reglamentariamente se concrete y desarrolle su ámbito de actuación, funciones, requisitos administrativos e instrumentos de

⁵¹ La poca eficacia de los Servicios Públicos de Empleo se debe, igualmente, a las disfuncionalidades que originó en su día la descentralización del antiguo INEM por la falta de coordinación entre los servicios públicos de las distintas comunidades autónomas, que contaron incluso con distintos servicios informáticos. Sobre esta cuestión, véase VALDÉS DALRE, F. Cooperación y coordinación entre los Servicios Públicos de Empleo. En *RL*, 2009, núm. 4. Versión electrónica: www.laleylaboral.com, p. 3.

⁵² Vid. extensamente FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. Servicios públicos de empleo y agencias de colocación. En VVAA. *Guía práctica de la reforma laboral de 2010* (CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J., Coords.). Murcia: Laborum, 2010, pp. 223-265.

⁵³ BOE de 17 de diciembre de 2003, núm. 301.

control. Desarrollo reglamentario que, en principio, debería producirse por el Gobierno antes del 31 de diciembre de 2010, previa negociación con los interlocutores sociales y con las comunidades autónomas (Disposición Final tercera de la Ley 35/2010).

27. En relación con las empresas de trabajo temporal, como consecuencia de la trasposición del reglamento mencionado, la reforma, además de profundizar en el principio de igualdad de trato en las condiciones laborales entre los trabajadores cedidos y los trabajadores de las empresas usuarias (artículos 11, 16 y 17 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal⁵⁴), se ha centrado básicamente en la supresión de límites y prohibiciones de actuación en los denominados sectores excluidos, a saber, los sectores de riesgo, y dentro de los mismos, con especial importancia, la construcción, y el sector público.

Como excepción a la norma general, entre los denominados sectores de riesgo no podrán ser objeto de la actividad de las empresas de trabajo temporal: los trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes; los trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción; y los trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos (Disposición Adicional segunda de la Ley 14/1994).

Lo que sucede es que las prohibiciones y limitaciones existentes para que las empresas de trabajo temporal actúen en los campos mencionados persistirán hasta el 1 de abril de 2011, por lo que una vez más queda postergada la aplicación de las medidas introducidas por la reforma (Disposición Adicional cuarta de la Ley 14/1994).

Pero, sin lugar a dudas, el mayor error en que ha incurrido la reforma consiste en mantener la rígida separación entre empresas de trabajo temporal y agencias de colocación, en la medida en que el objeto de las primeras (la contratación de trabajadores para cederlos a otras empresas) resulta exclusivo para las mismas y excluyente para los demás agentes que intervienen en la intermediación laboral. Como ha advertido parte de la doctrina, hubiese sido mucho más coherente no crear las agencias de colocación privadas con ánimo de lucro y centralizar todas sus funciones en las empresas de trabajo temporal, dada su experiencia y, tal y como se ha observado, teniendo en cuenta sus datos mucho más positivos respecto al nivel de colocación, en comparación con los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación privadas sin ánimo de lucro que venían funcionando con anterioridad de la reforma⁵⁵.

⁵⁴ BOE de 2 de junio de 1994, núm. 131.

⁵⁵ DORREGO DE CARLOS, A. La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las ETT. En *Diario La Ley*, 2010, núm. 7488, Sección Tribuna. Versión electrónica: www.laleylaboral.com., pp. 2 y 6. En el mismo sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. La reforma laboral: un nuevo marco legal para las empresas de trabajo temporal. En *AL*, 2010, núm. 16. Versión electrónica: www.laleylaboral.com., p. 7.

Análisis crítico del discurso político en la prensa escrita

Ignacio M. Beobide Ezpeleta

Catedrático emérito de la Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

Recibido: 27.10.2010

Aceptado: 15.11.2010

Resumen: Dentro de un sistema democrático las elecciones constituyen un momento preferente de manifestación de los discursos políticos de los Partidos, a los que suele acompañar un análisis de los mismos en los medios de comunicación. Este trabajo trata de estudiar el análisis que la prensa escrita hizo, en sus editoriales y artículos de opinión firmados, del sistema de creencias, objetivos, proyectos, estrategias y críticas que manifiestan los discursos políticos en la campaña para las elecciones vascas autonómicas de 2009.

Palabras clave: Discurso político, análisis crítico, prensa, elecciones, partidos políticos.

Abstract: *In the context of a democratic system, elections become a qualified moment for the expression of the discourses of the political Parties, which come along with analysis in the media. This article focuses on the analysis that written journals made in their Editorials and other signed opinion articles, objectives, projects, strategies and critics developed within the political discourses when running in the regional Basque elections of 2009.*

Key words: *political discourse, critical analysis, media, elections, political parties.*

Sumario: Introducción. Objeto de estudio y estructura.—I. Primera parte: Datos generales. Cuantificación del discurso político. Cuantificación de los comentarios críticos. Datos y resultados electorales.—II. Segunda parte: Análisis temático. El tipo de campaña. La tríada de ETA, Batasuna y las listas ilegalizadas. La formación del Gobierno.—III. Tercera parte. Campaña del Partido Nacionalista Vasco y análisis crítico. Campaña del Partido Socialista de Euskadi y análisis crítico.—IV. Conclusiones.

“...el lenguaje no sólo crea y piensa por mí, sino que guía a la vez mis emociones, dirige mi personalidad psíquica, tanto más cuanto mayores son la naturalidad y la inconsciencia con que me entrego a él” (Victor Klemperer, “La lengua del Tercer Reich”).

INTRODUCCIÓN

Objeto de estudio y estructura

El objeto de este trabajo es el análisis de los instrumentos correctores o críticos del discurso político. Entiendo, en primer lugar y en relación con los Partidos Políticos, por discurso político lo que expresan los partidos y sus dirigentes a través de sus Estatutos, comunicados, escritos, programas electorales e intervenciones de todo tipo que definan los principios, los valores, la naturaleza, razón de ser, estrategias y objetivos de su organización política. En el caso de este trabajo, el discurso político lo integran las campañas electorales de los principales partidos que concurren a las elecciones autonómicas vascas de 2009 tal y como fueron recogidas por la prensa. Y, en segundo lugar, considero instrumentos correctores o críticos de tales discursos a los comentarios y análisis con que la prensa acompañó la información de la campaña, fuesen éstos editoriales o artículos de opinión firmados.

Este objeto de estudio responde a la elemental pregunta de si el elector interesado encuentra en los medios de comunicación indicados elementos suficientes de información y análisis de los discursos políticos electorales o, más bien, sólo dispone de propaganda y de interpretaciones sectarias. Sería de gran valor encontrar en la prensa análisis que cumplan críticamente con una función clarificadora o correctora de los mensajes partidistas y que pongan en su sitio el mensaje y el masaje al que los partidos someten a electores, oyentes y lectores.

El discurso político y el análisis de este discurso forman dos campañas distintas, pero indisolublemente unidas, la de los partidos y la de los comentaristas y analistas, donde los medios de comunicación actúan como canal de información y fuente de opinión. La prensa dio una descripción bastante amplia, aunque desigual, del discurso político de todos los partidos que sacaron algún escaño y olvidó por completo al resto de partidos que se presentaron a las elecciones. Sin embargo, en su labor crítica se centró en dos partidos, el Partido Nacionalista y el Partido Socialista de Euskadi y, en menor medida, en el Partido Popular, y apenas se refirió a los demás partidos con escaños. La mayor atención prestada al PNV y a su nacionalismo –eje de la campaña desde el punto de vista de los comentaristas– se explica por dos razones, la de disponer de un periódico propio que le dispensa una gran atención en forma de ‘laudatio’ continua y la de atraer la mirada crítica de analistas de otros periódicos por considerarlo parte substancial de los graves problemas de Euskadi. Por supuesto que los partidos sin escaños no recibieron ninguna atención de los comentaristas.

Por este motivo el objeto de estudio de este trabajo queda reducido a los grandes partidos, que son los únicos de los que disponemos las dos versiones, la informativa y la crítica, una más propia del vendedor de productos políticos que utiliza más la propaganda que el razonamiento, y la otra, en hipótesis, más racional que propagandística, aunque los datos desmentirán, en parte, esta hipótesis.

La estructura del contenido de este trabajo se divide en cuatro partes: 1.^a), datos generales; 2.^a), análisis temático, que estudia cuestiones del discurso político que definieron las ‘circunstancias’ o contexto general de la campaña como fueron el tipo de campaña, la ilegalización de las listas de la izquierda abertzale y la formación de gobierno; 3.^a), las campañas de los grandes partidos, que une discurso político y análisis crítico¹; y 4.^a), conclusiones.

PRIMER PARTE: DATOS GENERALES

Cuantificación del discurso político

La prensa² informa de las campañas de los partidos políticos siguientes: Partido Nacionalista Vasca, Eusko Alkartasuna, Aralar, Partido Popular de Euskadi, Unión Progreso y Democracia, Partido Socialista de Euskadi-Euskadiko Eskerra e Izquierda Unida-EB. La mayor información correspondió al PSE, 6.090 unidades o palabras, y la menor a UPyD, 1.995. El PNV alcanzó un total de 4.500; Eusko Alkartasuna, 4.100; Aralar, 2.305; PP, 4.900; IU-EB, 4.080.

Todos los partidos coincidieron en dar mayor espacio, en algunos casos con notables diferencias, a la presentación de su imagen que a la crítica de los demás partidos y de sus políticas. Tal vez, esto pudo, entre otros motivos, dar la falsa impresión a bastantes comentaristas de que la campaña era más suave y aburrida de lo habitual. El cuadro de la distribución del espacio informativo entre imagen de partido y crítica a los demás partidos es el siguiente:

Partido	Imagen	Crítica
PNV:	61,88%	38,12%
EA:	55,73%	44,26%
Aralar:	89,80%	12,36%
PSE:	53,69%	46,30%
PP:	60,91%	39,08%
UPyD:	52,88%	47,11%
IU-EB:	57,35%	42,64%

¹ La información de los demás partidos se hace en notas en la tercera parte, dedicada a las campañas. Es más reducida, acorde con la poca atención que les dedica la sección crítica de la prensa, si se exceptúa el caso de los ilegalizados herederos de Batasuna.

² Aunque la información se recoge de todos los periódicos citados, la cuantificación se elabora según los datos de El Correo. En esta materia no existe diferencia relevante entre los periódicos locales y los nacionales con edición del País Vasco. Los periódicos utilizados son: El Correo (El Correo Español-El Pueblo Vasco), Deia, El Mundo-El País Vasco, El País (edición del País Vasco), ABC y La Vanguardia.

Cuantificación de los comentarios críticos³

En los análisis de prensa cabe distinguir entre editoriales y artículos de opinión. Su cuantificación, por separado, se hace siguiendo dos criterios, el temático y el de partido. El resultado da lugar a los dos siguientes cuadros.

<i>Temas</i>	<i>editoriales</i>	<i>artículos firmados</i>
Formación de gobierno	5	27
Reforma del Estatuto	-	1
Hegemonía de partido	-	1
Democracia	-	2
Ilegalización de Askatasuna y D3M	-	4
Batasuna (voto nulo)	3	9
Estudios sobre elecciones y prensa	-	1
ETA	1	5
Debate (en euskera)	-	5
Diseño de campaña y tipo de campaña	6	35

<i>Partidos Políticos</i>	<i>editoriales</i>	<i>artículos firmados</i>
Partido Nacionalista Vasco	3	40
Eusko Alkartasuna	0	1
Aralar	0	0
Partido Socialista de Euskadi-EE	1	13
Partido Popular	0	3
UPyD	0	0
Izquierda Unida	0	2

La aportación de cada periódico, tanto de editoriales como de artículos firmados, es la siguiente:

<i>Periódico</i>	<i>editoriales</i>	<i>artículos firmados</i>
El Correo	6	75
Deia	9	38
El Mundo-País Vasco	1	6
El País (edición País Vasco)	0	15
ABC	1	1
La Vanguardia	1	5

³ En esta cuantificación se incluyen los estrictamente críticos o analíticos y los laudatorios. Se excluyen los que son meramente informativos, aunque, tal vez, puedan tener algún elemento interpretativo, o son comentarios anecdóticos o insubstanciales.

Datos y resultados electorales

Los datos electorales y los resultados de votos y escaños por partido en las elecciones autonómicas vascas de 2009 fueron los que se expresan a continuación:

Censo	1.776.061	
Votantes	1.148.697	
Abstención	627.364	(35.32%)
Nulos	100.939	
Blancos	11.562	
Votos a candidaturas	1.036.196	

Partidos	votos	%votos	escaños
EAJ-PNV	399.600	38,56%	30
PSE-EE/PSOE	318.112	30,70%	25
PP	146.148	14,10%	13
ARALAR	62.514	6,03%	4
EA	38.198	3,69%	1
EB-B	36.373	3,51%	1
UPD	22.333	2,15%	1
Otros	13.018	1,25%	0

Los cuadros expuestos se completan con la información relativa a los bloques entre los partidos de ámbito general (nacionales) y los de ámbito local (nacionalistas), advirtiendo que el criterio de asignación a uno u otro de los bloques es la propia autodefinición de cada partido. Esto hay que tenerlo en cuenta, especialmente, por el caso de Izquierda Unida-EB que, si bien coincide en algunos puntos relevantes con los partidos nacionalistas (v. g. autodeterminación), se considera –incluso lo ha repetido en esta campaña– como contraria al nacionalismo. Su participación en los gobiernos nacionalistas de las dos últimas legislaturas ni quita ni pone elemento alguno al criterio utilizado. En el cuadro contiguo se recoge el proceso completo de elecciones autonómicas desde 1980 hasta 2009 con los datos de votos (V) y escaños (E) por bloques, a los que se añade la abstención en % (A) de cada una de las elecciones.

Bloque de Partidos de ámbito general:

	1980	1984	1986	1990	1994	1998	2001	2005	2009
V	288.912	363.352	348.284	321.926	442.730	567.607	658.990	550.183	522.866
E	18	26	23	25	34	34	35	36	40

Bloque de Partidos de ámbito local:

	1980	1984	1986	1990	1994	1998	2001	2005	2009
V	590.691	694.238	776.706	670.919	575.629	682.958	747.361	646.941	500.312
E	42	49	52	50	41	41	40	39	35
A	41.33%	31.45%	30.37%	39.01%	40.31%	30.00%	21.03%	32.00%	35.32% ⁴

SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS TEMÁTICO

Fue común a todos los periódicos la interpretación de que las elecciones estaban marcadas por la ausencia de la izquierda abertzale, por la crisis económica y la incertidumbre del resultado, circunstancias que podían llevar a un cambio de gobierno y, en cierto modo, a un cambio de régimen con la salida del PNV del Gobierno. Esta visión destaca aspectos esenciales, pero debe ser matizada. La cuestión de la izquierda abertzale alcanzaba una problemática más amplia que la de su mera ausencia. El discurso sobre la crisis económica fue una cuestión de táctica política, de imagen política y de acusación de unos partidos contra otros. Siendo así, en este trabajo se recoge en el apartado dedicado a los Partidos políticos. Y la incertidumbre del resultado no puede separarse de la política de pactos y de la formación de Gobierno, siendo éste el tema esencial que, evidentemente, dependía de resultados, pero, también, de pactos previos y posteriores a las elecciones.

Las ‘circunstancias’, el nombre que cierto sector de la prensa puso a lo que aquí llamo ‘análisis temático’, dejan de lado el tipo o modelo de campaña, fundamental por la posible realización de la alternancia, no habitual, sosegada (no olvidar que en la campaña los partidos se ocuparon más de dar la imagen propia que de criticar a los contrarios, dato poco frecuente), temáticamente trascendental e ideológicamente grave, reiterativa en los temas básicos y aburrida en la lectura de los programas, que recibió la atención y denuncia de algunos políticos y fue ligeramente juzgado en bastantes ocasiones por los comentaristas.

Por todo ello, considero razonable seleccionar entre todas las cuestiones que se recogen en el cuadro temático las tres que recorrieron todo el tiempo de campaña y atrajeron la atención del discurso político, pero fundamentalmente fueron objeto de estudio de comentaristas y analistas. Fueron temas que definieron el contexto general de las elecciones. Éstas fueron el tipo de campaña, la tríada integrada por ETA, Batasuna y las ilegalizadas listas de

⁴ Para éstos y los anteriores datos electorales véase *Información electoral de Euskadi 1977-2009*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 2009 y elaboración propia. Los datos recogidos en dicho informe también se encuentran disponibles en www.elecciones.net (última consulta: 27 de octubre de 2010).

Askatasuna y D3M, y la formación de gobierno. Es verdad que la ilegalización fue denunciada desde el primer día hasta el último por el discurso nacionalista, pero éste lo trató como un hecho antidemocrático para expulsar a los nacionalistas del gobierno y no en toda su dimensión y problemática que alcanzaba el problema del terrorismo de ETA, Batasuna, la legitimidad de ciertos pactos y las libertades. Fue un tema de análisis más bien creado por la prensa crítica a partir de ciertos discursos fragmentados. Y algo parecido ocurrió con la formación de gobierno y el tipo de campaña, que fueron, acertadas unas y otras no, construcciones de análisis.

Fundamentalmente, aunque no exclusivamente, me refiero a continuación a estas cuestiones que formaron el contexto o atmósfera general de la campaña.

El tipo de campaña

Basta leer cualquier programa electoral para saber que en unas elecciones se pueden decidir muchísimas cuestiones desde la formación del gobierno hasta el programa de infraestructuras, desde las medidas a tomar para enfrentarse a una crisis económica hasta el desarrollo de las garantías de las libertades. Pero en toda campaña electoral cabe preguntarse si existe algún problema que sea el más importante, el más apremiante y el más trascendental y que pueda plantearse ante el electorado como el que define en un momento concreto la circunstancia de las personas y de los ciudadanos de una comunidad política. Tal problema, de existir, sería la esencia de las elecciones sobre la que los electores tendrían que decidir. La pregunta, por consiguiente, es si había algo esencial y posiblemente determinante en las elecciones autonómicas de 2009 o, si no habiendo nada de tal naturaleza, la propaganda y la crítica lo presentaron al electorado como si existiese. Los grandes partidos –grandes en el ámbito autonómico–, por exigencias de la claridad y rotundidad de los mensajes, resumieron el problema fundamental en dos palabras, cambio o continuidad, y los comentaristas las aceptaron para realizar sus análisis y comentarios.

Su definición del problema previo a solventar en las elecciones expresa la división que recorrió toda la campaña y que responde a la división política en el País Vasco, la versión nacionalista y la versión constitucionalista, entendiéndose por ésta la que se corresponde con el concepto jurídico-político de constitución en la actualidad. Desde la perspectiva nacionalista, se trataba de un problema de gestión y autogobierno –en la línea del ‘soberanismo’– frente a la crisis económica en Euskadi que requería experiencia, pero también ser del ‘país’, es decir, tener la cabeza, el corazón y las aspiraciones políticas del nacionalismo, y frente a la opción contraria, movida por el antisquismo, el odio a la idea de Euskal Herria, el rechazo de la Nación y Pueblo vasco y el asalto y desalojo de los nacionalistas del gobierno. Desde la perspectiva constitucionalista, el problema era esencialmente político y, en

cierto modo, prepolítico: instaurar plenamente la sociedad política democrática que el nacionalismo vasco impedía; garantizar la libertad y las libertades de todos los ciudadanos, no sólo de los nacionalistas; corregir la distorsión del mapa electoral y la situación excepcional creada por el terrorismo de ETA; liberar del miedo que obstaculizaba la libertad de muchos vascos; relegitimar las instituciones políticas y responder al terrorismo. Si el nacionalismo consideraba a socialistas y populares ajenos a la ‘casa del padre’, el constitucionalismo situaba al nacionalismo fuera de la democracia constitucional. Ambas cuestiones eran básicas y trascendentales para sus defensores, pero sólo una se fundamentó correctamente.

Desde un principio se pensó que, supuesta la incertidumbre de los resultados electorales, la campaña iba a tener más importancia que en otras ocasiones⁵. Tomando esta interpretación como la adecuada, la opinión más común de los comentaristas fue bastante superficial. Buena parte de los articulistas se quedaron en las formas de la campaña y repitieron constantemente, de una manera u otra, la misma interpretación. Arranque desangelado y “soso” con riesgo de pérdida de la mayoría por parte del tripartito vasco⁶. “Aburrida de solemnidad”⁷ y de perfil bajo, donde no tienen sitio los debates, decían otros comentaristas⁸. Este tipo de campaña, “exquisita en las formas y sin profundidad alguna” trataba de no molestar al ciudadano y no provocar la abstención. Por ello los partidos evitaban los rifirrafes y las acusaciones entre candidatos. Por la misma razón, los partidos hablaban poco de la crisis, para que no se les considerase culpables de ella, salvo en el caso de Ibarretxe, que utilizaba las estadísticas del paro para defender que en Euskadi se gestionaba mejor, y en el caso de la vicelehendakari Zenarruzabeitia, que, a pesar de que los últimos datos indicaban un descenso hacia la recesión, descartaba la posibilidad de recesión en Euskadi⁹. Tonia Etxarri, por el contrario, hablaba de campaña abierta¹⁰ y El Mundo de “discreta, sin impacto y sin apenas propuestas relevantes”. Con falta de objetividad y bastante simplificación, este periódico la consideraba una campaña con poco interés para el electorado. La gran novedad consistía “en el intento de los principales partidos por despojarse de las etiquetas ideológicas que puedan ahuyentar a nuevos votantes”. En este sentido, el PNV huía de su soberanismo con la palabra ‘consulta’ prohibida y la desaparición del derecho de autodeterminación –cosa que no era cierta–. La crisis desplazaba estos temas y los sus-

⁵ La Vanguardia, 13-2-09 (18) “Escenario abierto”, editorial.

⁶ La Vanguardia, 13-2-09 (1.4). El tripartito tenía mayoría simple, aunque era ideológicamente casi imposible la creación de una mayoría de oposición.

⁷ Correo, 20-2-09 (26), “De perfil bajo”, Óscar Terol.

⁸ Correo, 17-2-09 (21), “El ‘cara a cara’ no interesa”, Olatz Barriuso.

⁹ Correo, 18-2-09 (21), “The economy, stupid”, Olaz Barriuso. No se entiende por qué una campaña anodina podía evitar la abstención. Todo lo contrario ocurrió en 2001.

¹⁰ Correo, 17-2-09 (26), “Compañías inoportunas”, Tonia Etxarri.

tituía por las ayudas sociales y la buena gestión del PNV. Los socialistas mostraban, ante la acusación de dependencia de Madrid, su vasquismo, con más euskera, cultura vasca y Estatuto, y su búsqueda de consenso. Los populares de Basagoiti dejaban el esquema anterior de nacionalistas contra constitucionalistas y reducían el discurso antiterrorista y antiseparatista. EA aumentaba su discurso soberanista y su desvinculación del PNV¹¹.

El cansancio y aburrimiento, se escribió, provenían de la muy larga pre-campaña y, al faltar tensión electoral, se impuso la rutina. Por otra parte, siendo el debate fundamental para contrastar las alternativas, éste no se había producido en los comienzos de la campaña¹².

Cerca de su ecuador, la campaña empezaba a ‘entibiarse’, es decir, a animarse un poco –decía una interpretación superficial–, porque “una cosa era no exasperar al votante y otra matarle de aburrimiento”. El motivo estaba en la bolsa de indecisos a los que cada partido trataba de atraer¹³. No obstante, esta animación no parecía que la confirmaban las intervenciones de los candidatos ni por sus contenidos ni por sus formas, ni siquiera el primer debate a seis bandas en euskera celebrado en ETB1, en el que dominaron la apatía y la repetición de los mensajes. “Poco debate y mucho discurso preparado de antemano”¹⁴. Pero bastó que Ibarretxe se transmutara en Mr. Spock para que se interpretara –de una forma exagerada y sin fundamento– que de un plumazo había hecho callar a “todos los que nos la llenábamos hablando de lo lánguida que estaba resultando la campaña... O algo está cambiando o los estrategias de los partidos han entendido que...el elector demanda calma y mensajes en positivo, por un lado, y soluciones, por otro”¹⁵.

La idea de una campaña muy suave también la manifestó el candidato del PP Basagoiti, cuando afirmó, al confeccionar la portada de El Correo: “Yo tengo que incendiar. Sobre todo en esta campaña, que está siendo de perfil bajo”¹⁶. La misma valoración se manifestaba en El País, que escribía: “Sin Mayor (2001) ni ‘plan Ibarretxe’ (2005) de por medio, las elecciones vascas de 2009 son un bostezo”. El PSE seguía hablando poco en la campaña, que era lo mejor, pero los partidos esperaban que se definiera con quién iba a pactar. Estaba inquieto, porque el PNV ascendía en intención de voto, y su

¹¹ El Mundo, 17-2-09 (4).

¹² El Mundo, 17-2-09 (4). Hubo debate (entendido como examen, exposición e impugnación razonada y argumentada de opiniones) en la campaña, aunque mucho menos en el discurso político que en la prensa crítica, como era habitual en otras ocasiones. Otra cosa fueron las formalidades del debate.

¹³ Correo, 19-2-09 (21), “El vuelco imprevisible”, O. Barriuso.

¹⁴ Correo, 19-2-09 (23), “Ensayo sin brillo”, Manu Rueda.

¹⁵ Correo, 22-2-09 (23), “Y al noveno día llegó Mr. Spock”, Olatz Barriuso.

¹⁶ Correo, 19-2-09 (26). Estas palabras no son una descripción de la campaña, sino una justificación del modo festivo de actuar del PP, que pretendía encontrar sitio y audiencia entre los dos grandes Partidos locales, llamando la atención.

discurso no insistía en las intenciones verdaderas de Ibarretxe a pesar de que éste había cambiado de mensajes al insistir en la crisis económica. El PNV, a partir del dato de la existencia de muchos indecisos, esperaba encontrar muchos votos entre ellos, especialmente en Guipúzcoa¹⁷.

El PP manifestaba que estaba encontrando entre la gente menos rechazo en la entrega de su propaganda, lo que podía deberse al aumento de la tolerancia en Euskadi y al cambio del propio PP, que con Basagoiti había pasado de “las trincheras de la confrontación identitaria con el nacionalismo” a una actitud moderada. Por otra parte, un distintivo básico de la campaña era la focalización de la misma sobre la persona y las pretensiones del candidato socialista tal como lo manifestaban los carteles de los partidos adversarios. La explicación del ascenso de López podía estar en el desgaste de Ibarretxe, pero también en la estrategia socialista vasca de buscar la unión y no “la confrontación entre las identidades vasca y española” y en los esfuerzos socialistas por la paz en el diálogo fracasado con ETA¹⁸. Creo que hablar de confrontación entre la identidad vasca y española es aceptar el lenguaje falsificador del nacionalismo, que presenta como tal el enfrentamiento entre nacionalismo vasco y España. Esta interpretación difícilmente escapa a la visión contradictoria del nacionalismo que, por una parte defiende la existencia de dos identidades y de dos comunidades en las relaciones entre España y Euskadi, y, por otra, la niega dentro de Euskadi. El realismo pluralista de Euskadi se niega en nombre del mito identitario y de las estrategias nacionalistas.

Después de la inicial interpretación negativa de la campaña aparecieron interpretaciones más positivas de la misma. Era cierto que, a pesar de la trascendencia de lo que se ventilaba en las elecciones, la campaña era apagada y plomiza y la comunicación con los electores no era vibrante, lo cual parecía que no creaba inquietud ni en el PNV ni en el PSE. Sólo el PP y los pequeños se desgañaban. Pero, en cierto modo se agradecía, después de tantos años de agitación, “este déficit deliberado de pasión”; además, las elecciones no tenían por qué ser entretenidas¹⁹.

En el mismo sentido se habló de “tiempo de sosiego” en clara contraposición a lo que había ocurrido en anteriores campañas con la crispación y la guerra sin cuartel, entendida ésta en sentido literal por parte de ETA. La protesta de Ibarretxe y de los partidos de su entorno por las ilegalizaciones fue “puramente pirotécnica” y dejó lugar al cálculo de votos que podrían obtener de más cada uno de ellos. El autor pensaba que sería poca cosa; el voto

¹⁷ El País, 19-2-09 (14), “A menos ‘caña’, más abstención”, J.M.Gastaca. Como se verá, el cambio de discurso de Ibarretxe constituye una afirmación poco fundada. Lo mismo ocurre con lo dicho sobre el PSE en relación con las intenciones de Ibarretxe.

¹⁸ El País, 19-2-09 (14), “Diario de campaña”, Luis R. Aizpeolea.

¹⁹ El País, 21-2-09 (1), “Deben ser entretenidas”, Emilio Alfaro.

abertzale iría al saco de los nulos y el sistema electoral favorecería especialmente a los grandes partidos, PNV y PSE²⁰, cuestión sobre la que los interesados pasaron por encima.

En realidad, la calidad de una campaña no dependía de si era aburrida o divertida. Fuera lo uno o lo otro, lo cierto era que transcurría “con sosiego y tranquilidad”, escribía J. L. Zubizarreta. Y esto ocurría por varias razones; en primer lugar, porque obedecía a una prudencia interesada de los dos grandes partidos, PNV y PSE, que favorecía al electorado y que no afectaría probablemente a su participación; y, en segundo lugar, porque el ‘Estado’ había “dejado de hacerse eco del ruido vasco”, que, en general, lo generaba el terrorismo y, en otras ocasiones, volvía amplificado a Euskadi aumentando con ello la tensión inicial. La poca y escogida presencia de los líderes nacionales en la campaña vasca y la ocupación de los medios nacionales en otras cuestiones habían conseguido que Madrid no fuera “caja de resonancia de Euskadi”. De donde el autor concluía de manera ilógica y frívola que “sólo oímos el ruido que nosotros mismos producimos y que, por lo que parece, no es para tanto. Si digo yo que va a tener razón el candidato Ibarretxe cuando dice que, dejados a nuestro aire, somos los mejores. O casi”²¹. En este comentario no concuerdan las opiniones básicas del mismo con la idea de que el terrorismo es el mayor responsable del ruido vasco; ¿acaso había desaparecido?; la gravedad del mismo no necesitaba de ningún eco del ‘Estado’ para exacerbar las relaciones políticas; la expresión “dejados a nuestro aire” sugiere aceptar la tesis nacionalista, y hasta sabiniana, de que el mal de los vascos viene de fuera, de España; la sola expresión de que los vascos somos lo mejores es contribución al engrandecimiento y a la soberbia del grupo, más bien, de la tribu, y a la humillación y desprecio de los demás.

De esta interpretación parece que se hizo eco L. R. Aizpeolea, al escribir que era una “satisfacción” el olvido de Euskadi en determinadas tertulias. La explicación estaba en que “(Euskadi) deja de ser noticia porque se normaliza”. No hay que olvidar, según mi opinión, que la normalización es un concepto utilizado políticamente en dos sentidos: los nacionalistas lo entienden como superación del conflicto original y radical del Pueblo Vasco a través de la soberanía o de las condiciones previas a la soberanía, es decir, la vía del soberanismo. El segundo sentido es el de los demócratas (constitucionalistas): la normalización consiste en la recuperación plena para Euskadi y todos sus ciudadanos de la democracia constitucional con sus libertades públicas y privadas. Ninguno de estos dos sentidos se había cumplido; por tanto, no era verdad que el País Vasco dejaba de ser noticia porque se había normalizado, salvo en lo referente a las formas del discurso de acuerdo con un cálculo táctico electoral. Pero el comentario de Aizpeolea añadía –con

²⁰ El Mundo, 21 2-09 (6), “Sondeos estimulantes”, Santiago González.

²¹ Correo, 22-2-09 (40), “Sin caja de resonancia”, José Luis Zubizarreta.

poco criterio— que algunas tertulias, sobre todo con Aznar, habían frenado “la normalización al enfrentar unos vascos con otros, nacionalistas contra no nacionalistas, cuando ETA es el auténtico factor de crispación, cuyo tratamiento es la unidad de los demócratas”²². Las tertulias, ciertamente, pueden tener efectos negativos, cuestión a la que se refiere, también, el artículo anterior, pero ETA era y es el cáncer de Euskadi, fuente última del miedo y de la crispación entre los vascos. Y, supuesta la existencia de ETA, la responsabilidad se extiende al nacionalismo de determinadas formaciones y partidos políticos, que, por razones de monopolización del poder, de seguridad de los suyos ante el terrorismo y de miedo ante el ascenso electoral de los no nacionalistas, había dividido en dos a la sociedad vasca a partir de 1998-2000 (Lizarrá, 2001), enfrentando a nacionalistas contra no nacionalistas. La apatía del nacionalismo contra ETA, su utilización política por parte del PNV, el mayor desprecio a España que a ETA, la consideración acrítica del nacionalismo del PNV como nacionalismo democrático, y los distintos objetivos de nacionalistas y no nacionalistas eran factores definitivos que imposibilitaban la unidad de los demócratas. Lo que impedía la recuperación de la normalidad democrática en Euskadi eran sus condiciones objetivas.

Al margen de esta cuestión, hubo un intento de relacionar el tipo de discursos con sus posibles consecuencias políticas y, en este sentido, se escribió que las incertidumbres de una campaña “tibia y anodina” tenían dos efectos: la importancia del ganador y del hacedor del gobierno y, en segundo lugar, las ‘incomodidades’ o, más bien, complicaciones internas de los protagonistas. Por ejemplo, si ganara Ibarretxe y pudiera formar gobierno con los nacionalistas y EB, la incomodidad sería doble, porque se fortalecería la opción soberanista, poco apetecible para Urkullu —afirmación no muy fundamentada— y porque la política de pactos del PNV se vería reducida. En lo que se refería al PSE, la incomodidad vendría de que el candidato socialista no ganara las elecciones, pero pudiera salir elegido lehendakari con el apoyo de los escaños populares²³.

Pero, ¿por qué la campaña era de tan inhabitual levedad?, se preguntaba Javier Zarzalejos al observar en la competición política de los partidos el predominio de las tácticas sobre los “mensajes consistentes” en unas circunstancias en las que se planteaba la posibilidad de sustituir democráticamente al nacionalismo en el poder y en las que concurrían otros factores de cambio como, por ejemplo, nuevos partidos o la ausencia de la izquierda abertzale “proetarra”. El procedimiento en los dos grandes partidos, PNV y PSE, era

²² El País, 23-2-09 (14), “Diario de campaña”, L.R. Aizpeolea.

²³ Correo, 22-2-09 (42), “Mayorías incómodas”, Lourdes Pérez. No se ve la relación de causa a efecto que puede haber entre las incertidumbres de una campaña anodina y las consecuencias a las que alude el artículo, aunque tales consecuencias se estimen, por otros motivos, razonablemente posibles.

evidente y común: negación u ocultación del pasado, fuera el soberanismo nacionalista de Ibarretxe o el compromiso entre populares y socialistas por una alternativa al nacionalismo basada en la integridad del Estatuto vasco en el 2001. Todos los datos (tácticas del gobierno central socialista de pactar con los nacionalistas en otras comunidades para impedir que el PP gobernara, manifestaciones, v.g. de F. González, de que “nuestros amigos están en el PNV”), la necesidad de los votos del PNV para la aprobación de los presupuestos del 2010 y los indicios de que el PSE no se excedía en su desprecio del PP y era cauteloso ante el PNV para tener abiertas todas las posibilidades de acuerdos convencían al autor, a pesar de la posibilidad de alternativa que anunciaban las encuestas, que lo que buscaba el socialismo, posiblemente, era un cambio en el gobierno con pacto con el PNV y no una alternativa al nacionalismo. Moderar al PNV sería un sacrificio meritorio para los socialistas. En definitiva, el perfil bajo de la campaña podía explicarse, porque los votantes se habían dado cuenta, tal vez, de que estas elecciones podían “ir de cambio –en el Gobierno–, de reajuste de la presencia del nacionalismo, pero desde luego no van de alternativa”²⁴.

La diferencia entre las primeras interpretaciones y algunas de la segunda semana, es, como se ve, el intento de encontrar alguna relación consecucional o causal entre el tipo de campaña y la política. Tales interpretaciones, algunas con poco fundamento, difieren en cuanto a la existencia de debates y contraste de propuestas. Así, el sosiego se explicaba por las muchas incógnitas del electorado ante los posibles pactos de gobierno²⁵ o bien consolidaba la bipolarización entre PNV y PSE y el fortalecimiento de sus opciones electorales²⁶. Las expectativas de empate o de victoria por la mínima entre el PNV y PSE las anunciaba el tipo de campaña, en la que ninguno había arriesgado y ambos habían preferido “amarrar el resultado”²⁷.

Alguien pensó con buen criterio que lo que había hecho distintas a estas elecciones era que todos los partidos tenían posibilidades de formar gobier-

²⁴ Correo, 22-2-09 (48 y 49), “Perfil bajo”, Javier Zarzalejos.- Están fuera de lugar, por su falsedad, las palabras del editorial de El Mundo 22-2-09 (3): “En el País Vasco, la exclusión del brazo político de ETA ha avivado el tono, con declaraciones como las del Obispo de San Sebastián en contra de la ilegalización de sus (sic) candidaturas. Con todo, la campaña vasca está siendo más imaginativa”.

²⁵ Deia, 22-2-09 (42), “Submarinos”, Mariano Ferrer. No todas fueron en este sentido. Ver, por ejemplo, Correo 23-2-09 (17), “Recetas para la recta final”, Olatz Barriuso; Deia 24-2-9 (29), “96 horas más (todavía)”, Miren Ibáñez; Correo, 28-2-09 (19), “¿La lista más votada?”. O. Barriuso;

²⁶ Correo, 23-2-09 (23). Florencio Domínguez analizó cómo el fenómeno de la crisis económica favoreció (en el caso del PNV o PP) o dificultó (en el caso del PSE o EA) los cambios de discurso político.

²⁷ Correo, 27-2-09 (21). “Ganar por la mínima”, Olatz Barriuso.

no o de participar en su formación, situación muy lejana de la vivida hasta el 2001 con el rechazo de la izquierda y el carácter testimonial de la “derecha con vocación española”. La causa o explicación de este fenómeno estaba en la posibilidad de un lehendakari que no fuese del PNV, y esto o la repetición de un gobierno Ibarretxe, a su vez, dependía de la diferencia entre los dos primeros partidos²⁸.

La interpretación de Pérez Royo defendía que no sólo había habido tranquilidad en la campaña, sino también debate. La primera era la nota llamativa de la campaña, tanto más llamativa cuanto lo habitual era la crispación en la política del País Vasco, como había ocurrido en la campaña de 2001, la más agresiva de todas, en la que PP y PSE (Mayor y el ‘escudero’ Nicolás Redondo) pretendieron “deslegitimar al nacionalismo democrático vasco, al que se hacía en buena medida responsable de la pervivencia del terrorismo etarra”, o en la campaña de 2005, también de una muy notable crispación, en la que Ibarretxe planteó “las elecciones como una suerte de plebiscito sobre su persona y de referéndum sobre su plan”. En ambas elecciones el electorado puso las cosas en su sitio. Con la lección aprendida por parte de todos, en el 2009 “el debate electoral ha sido un debate sereno” sin insultos ni descalificaciones personales. Habían ayudado a la serenidad la solución seguida en el gobierno de Navarra y el abandono del constitucionalismo, que suponía acusar a los nacionalistas de anticonstitucionalistas, como bandera de socialistas y populares en la campaña, así como, por parte nacionalista, el haber relegado al “quinto o sexto plano” el plan Ibarretxe. La consecuencia de una tal campaña era que la política vasca podía dejar de ser un elemento de “división en el resto del Estado”²⁹.

Si bien la espera de la celebración de las elecciones era tensa e incierta, la campaña había sido hipotensa, sin salidas de tono y con una normalidad que no había existido desde la implantación de la democracia, probablemente ayudada por circunstancias tales como “el agotamiento de unos discursos inflados de ideología, hastío de la crispación, (y) la realidad de una crisis con mayúscula”. Podían producirse diversos cambios (de lehendakari y de gobierno o sólo de gobierno), pero había uno seguro, el cambio de “muchas cosas en las instituciones y en los partidos vascos. Porque ese cambio ya se ha producido de forma anticipada en el seno de la sociedad,

²⁸ Correo, 28-2-09 (31), “Elecciones distintas”, Kepa Aulestia.

²⁹ El País, 28-2-09 (14), “Una campaña serena”, Javier Pérez Royo. El plan de Ibarretxe se utilizó mucho, aunque de una manera distinta a como lo venía haciendo Ibarretxe. El autor parece desconocer la complejidad de las relaciones entre el PNV, por un lado, y Batasuna y ETA, por otro. Además, sugiere escandalizarse ante la pretensión de deslegitimar al nacionalismo, como si no hubiera buenas razones para ello. Al igual que otros escritores, hace suya la terminología nacionalista, al usar indebidamente la palabra Estado.

por lo que incluso lo que continúe operará de forma diferente a como lo hemos conocido”³⁰.

La afirmación de que el cambio de discurso (se entiende en la campaña) era parte de una normalización ya alcanzada era una apreciación, además de irreal, de sabor nacionalista, que ocultaba la necesidad de un cambio profundo y pretendía presentar al nacionalismo como factor de cambio. Mucho más, cuando se decía, también, que “en Euskadi el antagonismo, fundamentalmente de nacionalistas y constitucionalistas, es bastante poco sincero, porque vive del acuerdo vergonzante y dramatiza mucho la confrontación”³¹.

En definitiva, decía López Basaguren, la campaña había sido un alivio ante el fenómeno, un defecto grave, de la crispación y de la defensa fanática de las posiciones³².

La tríada de ETA, Batasuna y las listas ilegalizadas

La campaña se había abierto con la confirmación por parte del Tribunal Constitucional de la ilegalización de las listas de Askatasuna y D3M por su vinculación con ETA, es decir, porque estaban “al servicio de un grupo terrorista”³³. Era la primera vez que ocurría desde la recuperación de la democracia. Ante tal decisión, la izquierda radical abertzale pidió el voto para sus listas, es decir, pidió el voto nulo, con el que podría comprobar su respaldo social, no obstante las posibles fugas a otros partidos³⁴. La posterior suspensión de las actividades de Askatasuna y D3M por el juez Garzón impedía seguir haciendo campaña a favor del voto nulo a las dos formaciones abertzales³⁵. La plataforma D3M manifestó que no cumpliría la suspensión de actividades dictada por Garzón y pidió la desobediencia civil masiva³⁶. Ante el temor de una escalada de la banda terrorista, el Departamento de Interior estableció la máxima alerta a la Ertzaintza (suspensión de permisos y vacaciones) para movilizar a todos los efectivos. El temor a atentados obligó a

³⁰ El País, 28-2-09 (1, País Vasco), “Más de un cambio”, Emilio Alfaro. Creo que se trata de una sugerente interpretación, pero peca de optimismo, porque deja de lado el factor Batasuna, que no había desaparecido y cuya incorporación a las instituciones defendía todo el nacionalismo, y, además, no constaba ningún cambio en el PNV, salvo los tácticos en las elecciones. El cambio en la sociedad civil no se concreta. La modificación de la orientación del voto era algo que se estaba produciendo desde la década de los 90.

³¹ El País, 28-2-09 (2 y 3), debate entre Alberto López Basaguren y Daniel Innerarity, dirigido por Ander Landaburu.

³² *Ibidem*.

³³ El País 13-2-09 (18).

³⁴ El Correo 13-2-09 (1.21).

³⁵ Correo, 18-2-09 (26). La Audiencia Nacional prohibió, posteriormente, los actos previstos por D3M para el segundo fin de semana de la campaña. Ver Deia, 21-2-09 (36).

³⁶ Correo, 19-2-09 (34).

poner escolta a los altos mandos de la policía autonómica y a pedir que se extremaran las medidas de autoprotección. Esta protección no fue bien vista por los ertzaintzas que ya estaban amenazados³⁷. En relación con el orden público, los radicales abertzales actuaron en Bilbao sembrando el caos cuando la Ertzaintza impidió una manifestación prohibida por el juez Garzón en protesta por la ilegalización de D3M y Askatasuna³⁸.

En general, las valoraciones que hizo la prensa se dividen, salvo en el análisis de las consecuencias de tales decisiones, entre la condena y rechazo de la sentencia del Tribunal Constitucional y la aprobación de la misma que, al menos, ideológicamente, coinciden, en primer lugar, con el nacionalismo y su sistema de creencias, a los que se suman determinadas manifestaciones eclesiásticas, y, en segundo lugar, con un conjunto de valores más cercano a los derechos humanos, a las libertades y al Derecho. Las interpretaciones manifestadas en el diario del PNV se mueven entre el dogma ideológico, los intereses del Partido –la necesidad de los escaños radicales para la renovación de Ibarretxe, por ejemplo– y la crítica a los radicales, que en los últimos días de la campaña arremetieron con especial agresividad contra el PNV, dejándolo en una situación comprometida y un tanto contradictoria, ya que el defensor de la presencia de la izquierda abertzale en el Parlamento vasco, que rechazaba la Ley de Partidos, era acusado por ETA y Batasuna de estar interesado en ilegalizar a la izquierda radical uniéndose al ‘fascismo’, de intentar constitucionalizar el nacionalismo, de interesarse únicamente de sus negocios y de ser un hipócrita defensor del soberanismo. El mismo manifiesto de LAB a favor de la suma de las fuerzas nacionalistas excluía al PNV. La argumentación nacionalista, al condenar la ilegalización de las listas radicales y La Ley de Partidos, decía apoyarse, de forma variopinta, en la defensa de la democracia, en el ordenamiento jurídico vigente y en la tradicional y arrogante imposición española, a la vez que no podía ocultar la necesidad de los escaños radicales, el apoyo que la política abertzale hacía al ‘españolismo’ y a la salida del PNV del gobierno, y el desprecio por una Batasuna cada vez más deslegitimada socialmente y sin representación política. Por lo que se refiere a las consecuencias, éstas, en unas ocasiones, se apoyan en criterios bien fundados y, en otras, en puras conjeturas.

Con la petición del voto nulo la izquierda abertzale buscaba mantener la unidad de su gente y quería demostrar que estaba convencida de dominar el voto radical, ya que “¿querría el mundo de Batasuna coadyuvar a una mayoría absoluta soberanista sin su concurso y convertirse así en prescindible?”. Del resultado dependería la política radical³⁹. La petición del voto nulo pretendería controlar a los votantes de Batasuna y evitar el apoyo no sólo a EA,

³⁷ Correo, 15-2-09 (1 y 29).

³⁸ Correo, 15-2-09 (26).

³⁹ Correo, 14-2-09 (19), “Apuesta arriesgada”, Olatz Barriuso.

partido definido por su independentismo y su riesgo “existencial”, sino, también, al PNV⁴⁰. En este mismo sentido se escribió, al comentar declaraciones de representantes de la izquierda abertzale: “Pero la decisión o el criterio anunciado cierra también cualquier atisbo de que la izquierda abertzale pudiera en el transcurso de la campaña, bajo una escenografía cuidada y buscada, solicitar el voto para una lista legal. Posibilidad que en un sector político vasco se contemplaba, aunque sabían que se trataba de algo muy remoto”⁴¹.

En su editorial Deia defendía que el voto con papeletas de D3M buscaba la cohesión interna de Batasuna, el conocimiento de su peso político real, es decir, de aquéllos a quienes se había quitado el derecho a votarle, pero no evitaba la incertidumbre de su futuro. El voto nulo era inservible, pues la estrategia de la bronca y del insulto de ladrones y fascistas era la estrategia del fracaso. Tenía el lado positivo de que evitaba la suspicacia de coacción en el supuesto de haber optado por la abstención, especialmente en los pueblos pequeños. “La decisión del voto nulo, desde la óptica radical, es una opción de coherencia y de insumisión ante un atropello, y tiene además la intención innegable de dar cohesión a sus votantes... Pero la cuestión de fondo no acaba con la campaña electoral ni el 1 de marzo. Este sector social debe realizar una reflexión muy profunda sobre su propia supervivencia y sobre el futuro de una opción cada vez más deslegitimada socialmente y sin representación institucional. Es decir, la nada”⁴².

La misma decisión, la petición del voto nulo, era una señal positiva que permitiría conocer el peso real de cada opción política⁴³ o algo arriesgado que, o bien no tenía más que valor testimonial o, por el contrario, permitía ejercer el voto utilitarista o favorecer al ‘españolismo’. Porque la abstención, se escribía en Deia, era una opción menos peligrosa y permitía controlar a los que habían dejado de ser de Batasuna. En el fondo, el voto nulo no tenía más que valor testimonial, pero podía colaborar en sacar al nacionalismo de Ajuria Enea y meter un gobierno ‘españolista’, además de crear tensiones entre Batasuna y los partidos favorecidos con su exclusión con el reclamo de algunos de sus escaños⁴⁴. Lo seguro –escribía J. L. Zubizarreta– era lo que pretendía la petición del voto nulo: saber el número de fuerzas y ser un “acicate” para su electorado. Es lo que ofrecía esa alternativa, reafirmación e identificación grupales. Pero el problema estaba en si las bases, los votantes, seguirían el planteamiento de la dirección abertzale. Era arriesgado, porque, si bien había una tradición de fidelidad a la dirección y de identificación

⁴⁰ El País, 14-2-09 (13).

⁴¹ Correo, 15-2-09 (36), “Incógnita despejada”, Xabier Gurrutxaga.

⁴² Deia, 14-2-09 (29), editorial “Votos de ‘oro’, votos inservibles”.

⁴³ Deia, 16-2-09 (28) “La huella electoral”, Xavier Aierdi.

⁴⁴ Deia, 14-2-09 (31), “La papeleta que puede dejar ‘la papeleta’”, Juan Carlos Ibarra

objetiva con sus decisiones, hechos como “el modo en que ETA liquidó el último proceso de diálogo, así como la gestión que de tal liquidación ha hecho la dirección de la izquierda abertzale, han supuesto un trauma para un sector de ese electorado”. Ante la ‘nulidad’ del voto nulo, ese grupo traumatizado podría intentar dar su voto a otra opción política, es decir, darle “sentido y utilidad”. Sería utilitarismo frente a numantinismo, o sea, la posible sorpresa electoral⁴⁵.

Desde el punto de vista nacionalista, la exclusión de los abertzales era una mala noticia para la democracia, la legitimidad del parlamento, el diálogo, la paz, el cambio político y la formación de gobierno. La democracia española iba para atrás al excluir a determinados ciudadanos del derecho de representación. La exclusión de la izquierda abertzale era la conclusión de la “tonta e interesada” doctrina de que Batasuna era ETA de modo que el que no condenaba a ETA era ETA o instrumento de ETA, cuando la inmensa mayoría no apoyaba la violencia. Los líderes abertzales no se distanciaban de la violencia “por una lealtad histórica mal entendida”. La exclusión también se debía al “empecinamiento de ETA en matar y en arruinarnos colectivamente”, a EA, que no quiso pactar con Ibarretxe, y a la falta de entendimiento entre EB y Aralar⁴⁶.

El interés electoral por la exclusión era socialista –argumento utilizado en la campaña de los partidos y que ahora se reforzaba con una tácita invitación a los abertzales radicales a votar a Ibarretxe–. Se trataba de un “aplasmamiento judicial inicuo” que silenciaba el clamor del pueblo vasco. Otra versión del “hispanico trágala” para impedir que 100.000 vascos pudieran expresarse y, así, adulterar los resultados. De haber podido participar, los representantes de la izquierda abertzale habrían actuado con responsabilidad para elegir al lehendakari. Es lo que los votantes abertzales deberían hacer a la hora de votar, actuar con la misma responsabilidad que sus representantes, es decir, “con sentido de Estado vasco”⁴⁷.

Aunque la suspensión de actividades se adoptó en nombre del Derecho, se trataba de “decisiones que tienen muy difícil encaje en una interpretación razonable de nuestro Derecho”⁴⁸ –escribía Gurrutxaga–. Por otra parte, no sería lógico que ETA actuase una vez que se había pedido el voto nulo. Pero la lógica de ETA era distinta a la de los demás. El autor nacionalista hacía votos para que la decisión tomada fuera de toda la izquierda abertzale y no se impusiera la complementariedad de la ‘lucha armada’. Lo bueno –añadía

⁴⁵ Correo, 24-2-09 (27), “Cúpulas y bases”, José Luis Zubizarreta.

⁴⁶ Correo, 18-2-09 (28), “Mapa de situación para un Parlamento trastocado”, Ramón Zallo.

⁴⁷ Deia., 19-2-09 (26), “O seguimos gobernando o nos gobiernan”, colectivo Izadia (Ramón Labayen, José Miguel Zabala y Javier Chalbaud).

⁴⁸ Correo, 19-2-09 (25), “Auto de suspensión”, Xabier Gurrutxaga.

con buen criterio— para la sociedad vasca y la democracia y lo efectivo para resolver el problema de la violencia de ETA sería que la izquierda abertzale recuperase la legalidad por méritos propios⁴⁹.

Opiniones clericales —el obispo de San Sebastián, Uriarte, según el diario *El Mundo*, pero, en realidad, un artículo firmado por cuatro sacerdotes del Secretariado Social de la diócesis de San Sebastián— consideraban que la detención de políticos de la izquierda abertzale y la ilegalización de sus listas electorales eran un mal para la comunidad política. Textualmente decía: “Por muy repugnante que nos pueda parecer el proceder de algunos de sus dirigentes ante los asesinatos y atentados, o por una hipotética connivencia o complicidad con ETA (aún por demostrar judicialmente), dejar sin representación a una parte minoritaria pero significativa de nuestro pueblo es un mal para esa comunidad política: limita el ejercicio de un derecho fundamental, distorsiona el mapa electoral y propicia un proceso de excepcionalidad apoyado en una ley también excepcional, la Ley de Partidos”⁵⁰. Con más acierto que este buenismo e ignorancia clericales, analistas no nacionalistas defenderán que la distorsión del mapa electoral desde la recuperación de la democracia era consecuencia de la actuación de ETA y sus colaboradores.

Otros comentaristas nacionalistas advirtieron que con la Ley de Partidos, las sentencias de los Tribunales de Justicia y el Auto de la Sala Especial del T. Supremo 8/02/09 “la frontera entre el Estado democrático de Derecho (seguridad jurídica, libertades civiles y libertades democráticas) y el simple Estado de Derecho (el régimen soviético de Stalin, la dictadura de Franco), es muy débil y fácil de quebrar y es una obligación cívica preguntarse ¿a dónde nos llevan?”. La razón última esgrimida era que el Auto mencionado afirmaba que “todos sus candidatos —los de un nuevo partido que pretendiera suceder a otro ilegalizado—, que por definición comparten su ideario, objetivos y estrategia, no podrán participar en el proceso electoral”. Esto era sencilla y llanamente volver al concepto medieval de la “culpa colectiva”, porque se inhabilitaba a personas para ejercer “sus derechos de participación política, sin haber sido oídos y juzgados personalmente”⁵¹. Sobre el primer punto de este comentario hay que aclarar que, aunque desde el punto de vista histórico es correcto distinguir entre Estado de Derecho (siempre que se

⁴⁹ Correo, 21-2-09 (36), “Fuera de campaña”, Xabier Gurrutxaga.

⁵⁰ *El Mundo*, 19-2-09 (6). UP y D acusó al obispo Uriarte de “connivencia” con el “brazo político de ETA” y a la Iglesia vasca de estar al lado de los verdugos y no de las víctimas en respuesta al artículo “Votar sin miedo y con Libertad”, *El Mundo*, 26-2-09 (13). La información de *El País*, 26-2-09 (14), habla de carta publicada por la delegación de pastoral social del Obispado de San Sebastián o del obispado de Uriarte y recoge la denuncia de UPyD contra el obispado donostiarra de “su connivencia con el brazo político de ETA”.

⁵¹ *Deia*, 27-2-09 (38), “Estado de derecho ¿democrático?”, Iñigo Agirre, José María Gorordo y Mitxel Unzueta. En el artículo no se aclara el concepto y alcance de “culpa colectiva”.

entienda como Estado sometido al Derecho, con seguridad jurídica y reconocimiento y garantía de derechos y libertades individuales) y el Estado democrático de Derecho (que añade el origen democrático del poder y del ordenamiento jurídico más el desarrollo y ampliación de los derechos y libertades), nunca un Estado totalitario ni autoritario son ni pueden ser un Estado de Derecho. Ni el régimen de Franco ni el de Stalin fueron Estados de Derecho, sino su negación, aunque entre ellos hubiese diferencias.

Las dos interpretaciones de la ilegalización aparecieron en el debate en euskera de ETB, la nacionalista de Ibarretxe, “las ilegalizaciones no tienen otro objetivo que posibilitar la mayoría absoluta de PSE y PP”, y la socialista de Adoni Unzalu, “los nacionalistas están llorando porque D3M no se presenta. Para nosotros es una buena noticia”⁵².

La interpretación constitucionalista sitúa el problema en el marco más amplio del terrorismo de ETA y sus consecuencias. Y, así, con ocasión del acto de homenaje a Fernando Buesa y Jorge Díaz, asesinados por ETA, se destacó la terrible dimensión social y política de la violencia de ETA. “Sería conveniente –escribió Florencio Domínguez– que este aniversario sirviera para recordar no sólo la figura de quien fuera vicelehendakari y consejero, sino la fractura que aquel atentado abrió en la sociedad y lo cerca que estuvimos hace nueve años del borde del abismo”. A los asesinatos repugnantes de ETA se debía la dificultad de los no nacionalistas de ejercer su derecho fundamental, la distorsión del mapa electoral por el miedo y la creación de una situación excepcional, que parece normal, aunque no lo sea⁵³. “Después de treinta años –escribió en otro artículo–, el miedo sigue lastrando la libertad de muchos vascos que fingen desmemoria porque no olvidan las condiciones en que viven”⁵⁴.

No sólo era una buena noticia, sino un hito histórico para la democracia en Euskadi, decía Andrés Montero. Aunque ETA seguía limitando la libertad, la democracia había salido de la adolescencia en el País Vasco. Cuando “el parásito del totalitarismo etarra” fuese expulsado de los ayuntamientos, Euskadi estaría en condiciones de “construir su identidad” al margen de ETA. “Negar el Holocausto en Alemania es ilegal y delictivo. En Euskadi, negar el terrorismo de ETA es incluso rentable políticamente. Igual nos parece que Alemania es predemocrática. El Tribunal Constitucional español sentenció en su momento que negar el exterminio judío no era delito, aunque sí lo era expresar ideas que apoyaran o justificaran el racismo, el genocidio o la violencia. Hilamos fino. Precisamente por lo fino que hilamos, hemos podido mantener a un grupo terrorista en uno de nuestros parlamentos duran-

⁵² Deia, 19-2-09 (29).

⁵³ Correo, 20-2-09 (28), “Aniversarios”, Florencio Domínguez.

⁵⁴ Correo, 18-2-09 (26), “Los desmemoriados”, Florencio Domínguez.

te varias décadas, produciendo enanismo en nuestra democracia. Ahora hemos decidido crecer: A ver cuánto nos dura⁵⁵”.

Después de mucho tiempo, los escaños parlamentarios iban a ser exclusivamente para los partidos democráticos. Tribunales y jueces habían situado a los que querían prestar cobertura a ETA en la clandestinidad. Aunque siguieran prestándole apoyo públicamente, su situación iba a ser la del destierro de las instituciones más importantes. A partir de las resoluciones de los jueces se imponía que las formaciones nacionalistas con aspiraciones a conseguir escaños “reservados por fin para los partidos democráticos, se (abstuviesen) de imputar a la actuación de jueces y tribunales otra intención que la de hacer cumplir la ley”⁵⁶.

El ataque de ETA a la sede socialista de Lazkao fue para alguna pluma una búsqueda del protagonismo, que los partidos –PNV, PSE y PP– le habían negado durante una campaña ‘rara’, principalmente, por la atonía de los discursos, consecuencia del miedo a perder, y por el “carácter resbaladizo” del terrorismo, aunque el PSE se lo habría dado en el aniversario del asesinato de Fernando Buesa⁵⁷. Para Deia era un intento de algunos sectores de la izquierda abertzale, con la disculpa de la ilegalización de sus listas, de amedrentar a los partidos con violencia e insultos buscando el enfrentamiento. El hecho era que la campaña se desarrollaba de manera democrática, con perfil bajo, es decir, sin estridencias, ni insultos y hasta con humor. Pero no era totalmente normal, ya que “la antidemocrática Ley de Partidos y la acción de la justicia llevada por un oportunista impulso político” había excluido a la izquierda radical. Esta “ausencia obligada e indeseada” era la que servía de excusa a los supuestos defensores de la libertad para atacar a los partidos políticos con bombas. Lo conveniente para la democracia era no entrar “al trapo de sus provocaciones”, tal como los partidos lo estaban haciendo⁵⁸.

Según el editorial de El Correo, los atentados de ETA contra dos sedes socialistas y varios batzokis, además de las coacciones e intentos de boicot contra los actos públicos de los partidos, eran más que una respuesta a la ilegalización de las listas abertzales radicales; pretendían demostrar a las bases que no había más alternativa que la de los atentados. La cuestión tenían que tomársela muy en serio las instituciones, pues se trataba de un ataque a la sociedad libre en circunstancias en las que los ciudadanos tenían “a darla

⁵⁵ Correo, 18-2-09 (36), “Demokrazia”, Andrés Montero.

⁵⁶ Correo, 19-2-09 (37), editorial “Suspensión democrática”.

⁵⁷ Correo, 24-2-09 (19), “Interferencias externas”, Olatz Barriuso, que repite, una vez más, su interpretación de la campaña. E. Iribarren escribió que la atención al terrorismo en la campaña ocupó un “espacio infinitamente menor que en otras ocasiones”, Deia, 23-2-09 (19), “La cuestión de ETA, casi ausente en la campaña”. La afirmación es exagerada, aunque, en todo caso, hay que distinguir entre partidos y contextos electorales.

⁵⁸ Deia, 25-2-09 (25), “Ataques y amenazas en campaña”, editorial. En el mismo sentido ver en p. 27: “La mejor respuesta a ETA es la cordura”, Juan Carlos Ibarra.

por amortizada”. ETA con el voto nulo pretendía comprobar la obediencia de sus bases y actuaba en paralelo con la campaña de la izquierda abertzale, que no era una libre contestación ante las elecciones, sino el sometimiento al dictado terrorista contra el Estado de Derecho, “actuación ilegal que no puede ser admitida ni tolerada por parte de las instituciones”⁵⁹.

ETA había tratado de “conciliar su aparición en la cita electoral con un tipo de atentado que no (removiese) las contradicciones del mundo de Batasuna ni le (colocase) abiertamente a la defensiva”. O sea, explotar el victimismo por las listas ilegalizadas y aparentar fortaleza. En cuanto a las manifestaciones del alcalde del PNV de Lazkao de que el terrorismo atacaba especialmente a los nacionalistas, pensaba que “iba más allá de la simpleza convertida en rogativa”. Era preocupante, además, que para condenar el atentado tuviera, primeramente, que rechazar la Ley de Partidos⁶⁰.

La opinión más dominante, de todos modos, sobre la situación de ETA en el momento de la campaña era que estaba en una extrema debilidad. Los factores explicativos eran diversos: la ruptura de la tregua, la ilegalización de la izquierda abertzale, la detención de jefes militares, el malestar de los presos, la detención de la mayoría de la mesa nacional de Batasuna, las acciones del Cuerpo Nacional de policía contra la violencia callejera, que se había reducido mucho, las voces críticas entre los presos y algunos disidentes jefes terroristas contra la dirección etarra, la división interna en la cúpula de ETA o la menor respuesta contra el TAV que había reunido a menos gente que en las anteriores movilizaciones (Lemoiz o Leizaran). “La rueda de ETA sigue girando, pero cada vez más lenta”⁶¹.

A 48 horas del fin de la campaña, un comunicado de ETA publicado en Gara atacaba a todos los partidos y llamaba a “denunciar en las urnas esta situación antidemocrática y reivindicar la autodeterminación... los que creemos en una Euskal Herria libre, tenemos una cita en la lucha en defensa de nuestro pueblo” contra “la ofensiva del fascismo español” y la actitud de socialistas y peneuvistas a favor de un Estatuto que estaba muerto. El PNV tenía el mayor interés en ilegalizar a la izquierda abertzale y de unirse al fascismo con todos los medios de la Comunidad autónoma (Ertzaintza, EITB), porque el independentismo era su enemigo y único obstáculo para sus intereses. ETA se mostraba a favor de la unión de los soberanistas a la vez que criticaba a EA, Aralar e IU que querían captar los votos de la izquierda abertzale para “el Parlamento del fascismo, con bandera española incluida”⁶². El

⁵⁹ Correo, 24-2-09 (37), “Coacción intolerable”, editorial.

⁶⁰ El País, 24-2-09 (1), “Factores y valores. No va más”, Emilio Alfaro.

⁶¹ Correo, 27-2-09 (30-31), “El desgaste de ETA”, O.B. de Otálora.

⁶² Correo, 27-2-09 (31). Un Manifiesto del sindicato abertzale LAB expresaba su voluntad de formar una alternativa con ELA de tipo político, dada la desviación del PNV – afirmación gratuita, según el diario DEIA- hacia el constitucionalismo español, para realizar un cambio de modelo político y social en Euskal Herria. Se trataba de una estrategia no ligada

comunicado –escribió F. Domínguez– utilizaba la mayoría de los argumentos del debate interno de 2007 y 2008, es decir, sus fantasmas políticos y una amenaza inmediata a PNV y PSE por el pacto que pensaban realizar a favor de una reforma del Estatuto dentro de la Constitución. Esta culminación de las traiciones del PNV a la causa nacionalista convertía a los jeltzales, por primera vez, en objetivo de ETA. En vísperas de las elecciones, la expresión ‘Parlamento del fascismo’ bien podía significar su desprecio por lo inalcanzable o por su inutilidad. “El desdén que ahora refleja la banda en su comunicado se va a convertir en frustración para muchos de sus seguidores”. Cuatro años era mucho tiempo sin participar en las decisiones sobre el País Vasco⁶³.

Terminada ya la campaña, el diario Gara, además de dar malas noticias económicas y datos de despilfarro de dinero público por parte del PNV, incluía un artículo de opinión de Otegi que acusaba al PNV de abandonar Lizarrar y defender un concierto político que suponía “la constitucionalización del nacionalismo”. Al margen de resultados electorales, añadía, “estamos ante la continuidad de la estrategia del Estado contra Euskal Herria y ante el peligro de un segundo ciclo autonomista ante la deriva de un PNV preocupado únicamente por la gestión de sus negocios e intereses desde las actuales instituciones”. El voto nulo, ante la imposición constitucionalista, era la inversión en la esperanza para la mayoría de la sociedad. Otegi denunció, en relación con la ilegalización, la “insignificante e hipócrita respuesta de los sectores políticos que tanto reclaman el derecho a decidir y las vías políticas y democráticas”⁶⁴. Éste y otros ataques semejantes durante la campaña hacían pensar –tal vez, con demasiada imaginación– que la izquierda abertzale hacía cálculos a medio plazo con la confianza de que un gobierno del PSE en minoría, con apoyo del PP, sirviera para impulsar la acumulación de fuerzas a favor del soberanismo con la esperada radicalización del PNV⁶⁵.

Formación del gobierno

La incertidumbre de los resultados y de la consiguiente formación de gobierno aumentó, cuando el sondeo del CIS pronosticó que el tripartito (PNV, EA e IU) no obtendría suficientes escaños para repetir gobierno y que

a las elecciones en curso, que pretendía la acumulación de fuerzas soberanistas para salir del ‘conflicto’, prescindía del PNV – “como si fuera el único responsable de la falta de unidad de los abertzales” -, coincidía en mucho con lo que decían dirigentes históricos de la izquierda abertzale, a la que se había referido EA últimamente, y había sido aplaudida por ETA, lo que no había gustado a sus promotores, ya que, además del PNV, también ETA estaba excluida (Deia 22-2-09 (29), editorial “Volver a intentarlo”).

⁶³ Correo, 28-2-09 (30), “Las cartas de ETA”, Florencio Domínguez.

⁶⁴ Correo, 1-3-09 (39).

⁶⁵ Correo, 1-3-09 (29), “Panorama incierto”, Olatz Barriuso.

la mayoría pedía un cambio de gobierno, preferentemente entre peneuvistas y socialistas.

A partir de aquí comenzaron en la campaña las explicaciones, las valoraciones, las cábalas, adivinaciones y conjeturas, que pusieron en evidencia lo ya conocido: que la Ciencia política y, menos aún, las elucubraciones, tienen poco que decir sobre lo que va a suceder. En opinión de El País, Zapatero nunca permitiría un pacto entre el PP y el PSE, cosa que éste sabía⁶⁶. La posible alternativa de gobierno con P. López a la cabeza podría dar lugar a enfrentamientos entre Zapatero y López, si éste no sacaba más escaños que el PNV o, al menos, empataba, ya que se vería obligado a pactar con el PP. Ello quitaría a Zapatero el apoyo parlamentario del PNV en el Congreso⁶⁷.

El nacionalismo interpretaba que la estrategia de ilegalización daba su fruto. El motivo primero y último de anular las listas de D3M y Askatasuna era “dejar fuera de las urnas a un buen número de votos abertzales, de forma que la suma de los votos constitucionalistas o españolistas dé más que los del nacionalismo vasco”⁶⁸. Todos los partidos habían pronosticado el objetivo de beneficiar electoralmente a los socialistas, ya que un Parlamento vasco mayoritariamente nacionalista daba demasiados problemas. Con la victoria del “*constitucionalismo, españolismo o unionismo*” el constitucionalismo centralista podía anunciar en sus medios que Euskadi ya no era nacionalista. En Euskadi todo el mundo sabía que tal triunfo era consecuencia de haber quitado la voz a parte del voto, pero, fuera, el triunfalismo socialista y popular diluiría tal argumento. Los tribunales europeos, en su momento, tendrían ocasión de acusar a España de “dudosa solidez democrática”⁶⁹. Como se sabe, y por lo que respecta a la disolución de Herri Batasuna y Batasuna, la Corte Europea de Derechos del Hombre de Estrasburgo decidió que no existía violación del artículo 11 de la Convención y que la ingerencia del Estado se correspondía con una necesidad social imperiosa y era proporcional al fin pretendido. La disolución podía considerarse como necesaria en una sociedad democrática, especialmente para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades ajenas, en el sentido del artículo 11.2⁷⁰.

Según las previsiones, las elecciones serían una de las más disputadas e inciertas y casi todas las fuerzas políticas, a excepción de los socialistas, pensaban que éstos acabarían por entrar en un gobierno encabezado por el PNV,

⁶⁶ Correo, 13-2-09 (1); El País 13-2-09, (1).

⁶⁷ La Vanguardia, 13-2-09 (16).

⁶⁸ Deia, 16-2-09 (19), “A vueltas con los ‘votos comunicantes’”, Juan Carlos Ibarra.

⁶⁹ Deia, 13-2-09 (33) “Se inicia la carrera hacia el mágico número 38”, Juan Carlos Ibarra.

⁷⁰ Cour Européenne des Droits de l’Homme ; Affaires Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne (Requetes n.ºs 25803/04 et 25817/04) ; Arrêt ; Strasbourg, 30 juin 2009.

dadas las necesidades parlamentarias de Zapatero⁷¹. Tanto la candidatura nacionalista como la socialista eran una incógnita, si bien Ibarretxe pertenecía a esa clase de hombres, como Aureliano Buendía, perdedores en todas sus pretensiones, fuesen guerras civiles o enfrentamientos con la legalidad. Ahora bien, un pacto entre PNV y PSE sería imposible, porque el candidato socialista exigía la lehendakaritzza, de lo cual había precedentes en Cataluña y Galicia; pero postularse López para el gobierno vasco sin dar ninguna contrapartida a PP y UPD, tal como había declarado, no parecía realista⁷².

La realidad era que no había nada definitivo hasta los resultados y sus posibles combinaciones, pero los factores importantes a tener en cuenta eran los escaños de Batasuna y sus posibles destinatarios, el resultado de UP y D, que podría imposibilitar el pacto PSE-PP o perjudicar al PP y, más aún, al PSE, y la influencia de Ibarretxe en la capacidad de maniobra del PNV. Sería difícil pactar con el PSE y fácil con EA y EB, aunque ésta se iría con cualquiera que le garantizara su cuota de poder. En definitiva, el diseño de campaña no obedecía a la simple convocatoria de unas elecciones, sino a la necesidad de estrategias futuras más “sutiles e impredecibles” que las del soberanismo⁷³.

El tratamiento mitinero de los partidos a la incertidumbre de la formación de gobierno descubría, en primer lugar, el ataque jeltzale a los socialistas por querer sustituirles en el Gobierno vasco, lo que para el PNV era inmoral, ignorando con ello los fundamentos de la democracia; en segundo lugar, los amagos del PSE por unirse al PP, incluso en el caso de que obtuviera menos votos que el PNV, opción que no apoyaría Rodríguez Zapatero, y la necesidad del PP por motivos electorales de anunciar el pacto entre socialistas y nacionalistas renunciando así el PP a ser fundamental en la gobernabilidad del país; y, en tercer lugar, la falta de disimulo de EB por seguir con Ibarretxe y la dependencia de EA y Aralar del resultado del PNV⁷⁴.

El diario Deia sabía que las elecciones eran especiales por las circunstancias: la crisis económica y las expectativas de un “posible cambio de ten-

⁷¹ Correo 13-2-09, (17), “Todo es posible en Euskadi”, O. Barriuso, comentario en el que casi todo lo escrito son conjeturas o pronósticos a base de distintas expectativas, combinaciones y posibles resultados. La Vanguardia (13-2-09 (18), editorial “Escenario abierto en Euskadi”) coincidía en que el PNV estaba dispuesto a las alianzas, incluida la de los socialistas, si bien opinaba que el PSE buscaba el cambio, pero no quería hacer la pinza con los populares. Sobre las posibilidades abiertas para formar gobierno, ver El Correo, 13-2-09 (24), “Todo abierto”, Tonia Etxari.

⁷² El Mundo 14-2-09 (5), “Sobre el papel”, Santiago González.

⁷³ Correo, 14-2-09 (36) “Preparando el día después”, Joseba Lopezortega.

⁷⁴ Correo, 14-2-09 (30), “De lo posible”, Kepa Aulestia. El artículo – que aportaba correctamente el panorama de los partidos ante la formación de gobierno – es un ejemplo de la diferencia que hay entre enjuiciar el pasado o prever el futuro.

dencia”. De momento, lo que más le preocupaba era la posible alternancia política. Los partidos ‘constitucionalistas’ (sic) esperaban, por fin, el “*desalojo*” de Ibarretxe y del nacionalismo, cosa que sólo sería factible con la unión de todos los partidos estatales y por “la notable alteración de la voluntad popular que supone la expulsión de la escena electoral de la izquierda abertzale. La estrategia de la ilegalización, bien meditada, medida y cocinada, daría, por tanto, los frutos deseados y se haría realidad el sueño, convertido en razón de Estado, de un lehendakari socialista en Ajuria Enea. Las urnas darán y quitarán razones”. Según el editorial, lo que estaba en juego era el modelo de país, el instaurado desde la recuperación de la democracia, un éxito en todos los campos, y el “*cambio* hacia un horizonte que aún no se ha concretado”⁷⁵.

La solución para evitar el desalojo nacionalista estaba en que Zapatero tuviese en cuenta la opinión mayoritaria, de acuerdo con lo que decía el CIS, a favor de un cambio con la presencia del PNV en el gobierno⁷⁶. Otras razones eran la oposición ciudadana a otro gobierno distinto al tripartito en 2001; la irresponsabilidad de un gobierno minoritario; la preferencia en las encuestas por un cambio limitado y parcial de gobierno y el reducido apoyo entre los socialistas, menos de un 10%, a un pacto PSE y PP⁷⁷.

Según este tipo de argumentación, el orden de probabilidad de pactos de gobierno era PNV y PSE o al revés, PSE-PP y PNV-EA-EB y Aralar, siendo el candidato de más peso Ibarretxe⁷⁸. En el caso de que el PNV obtuviese una minoría mayoritaria, pero sin poder alcanzar la mayoría absoluta con EA, EB y Aralar, lo probable sería un gobierno en minoría de Ibarretxe “de bajo perfil político” para poder obtener el apoyo socialista de manera estable, ya que no parecía que un López no vencedor se atrevería a pretender gobernar con el PP y UPyD “ni solo ni acompañado”. Era “un problema de inversión a largo (sic), de imagen y de gobernabilidad”⁷⁹.

Hubo, por parte nacionalista, un intento de explicación más técnico de la posibilidad de un gobierno socialista, aunque no se libraba de las servidum-

⁷⁵ Deia, 13-2-09, (31) editorial, “La campaña de la crisis y la exclusión”. Repetición de los argumentos nacionalistas en Deia, 14-2-09 (40), “En el país de las apuestas...Ibarretxe lehendakari”, Iker Merodio. En otro editorial - Deia 15-2-09 (27), “Respeto a la justicia, según y cómo” -calificaba de escandalosa la actitud del PSOE-PSE y PP en relación con los jueces, actitud favorable o crítica según les afectaran las decisiones judiciales.

⁷⁶ El Correo, 13-2-09 (18), “Incertidumbre”, Xabier Gurrutxaga. El artículo repite el argumento de la ausencia de la izquierda abertzale.

⁷⁷ El Correo, 17-2-09 (23), “Límites del cambio”, Xabier Gurrutxaga. El autor no analiza el cambio de circunstancias con respecto a 2001, ni tiene en cuenta las razones de fondo manejadas por análisis no nacionalistas.

⁷⁸ Deia, 17-2-09 (34).

⁷⁹ Deia 18-2-09 (28), “Mapa de situación para un Parlamento trastocado”, Ramón Zallo. Más bien, era un problema de legitimidad nacionalista el que impedía ver la posibilidad del acuerdo entre PSE y PP.

bres ideológicas nacionalistas tanto en la descripción como en la explicación, que tenía en cuenta como argumentos la exclusión de la izquierda abertzale, el papel de la abstención, la ley d'Hondt y la tendencia iniciada a partir de 1986 en el sistema electoral autonómico vasco de ascenso del voto de los dos grandes partidos nacionales, socialistas y populares –el autor usa el término ‘españolistas’, que tiene un sentido despectivo y de rechazo en el lenguaje nacionalista–. El sistema electoral vasco se caracterizaba por profundos cambios desarrollados sin brusquedades en un largo proceso. El nacionalismo, favorecido por la alta participación, alcanzó su cénit en 1986 con sus victorias en las autonómicas, municipales y forales, obteniendo en las primeras una diferencia porcentual de voto del 25,9% y de 29 escaños –52 a 23– en un total de 75 escaños. La disminución de esta diferencia empezó a producirse en las elecciones de 1990 y siguió en las de 1994 por los motivos de baja participación, desaparición de Euskadiko Ezkerra y, probablemente, la política de alianzas entre PNV y PSE. El abandono de éstas por causa del desplazamiento de votos españolistas hacia las ‘posiciones más extremistas’ del PP y UA llevó al nuevo ciclo de alta participación en las que se ralentizó el retroceso nacionalista en las elecciones de 2001 y 2005, siendo el resultado de estas últimas de 39 escaños abertzales, 3 federalistas (EB-verdeak) y 33 españolistas. La tendencia es, pues, al aumento de la representación nacional y a la disminución de la nacionalista, tendencia que no ha desaparecido y que se acelera con la baja participación y se ralentiza con la alta participación. Esto supuesto, la exclusión de la izquierda no sólo creaba un déficit democrático, sino que produciría una sobrerrepresentación españolista y la posibilidad del éxito de Patxi López. Sólo una alta participación podría evitarlo, ya que, además, la ley d'Hondt favorecía a los grandes partidos (PNV, PSE y PP) en el reparto de los últimos escaños en perjuicio de los pequeños (EA, EB y Aralar)⁸⁰.

Pero, ¿qué tipo de gobierno era el conveniente para la sociedad vasca? Un editorial de El Correo destacó de su propia encuesta que la ventaja de Ibarretxe no excluía que el aspirante socialista fuese el llamado a establecer el pacto de gobierno. Al margen de la manifestación de la voluntad popular

⁸⁰ Deia, 20-2-09 (32), “Análisis de la evolución electoral al Parlamento Vasco”, Asier Blas Mendoza. El autor no tiene en cuenta otros factores tales como el pacto de Lizarra, la obstinación soberanista de Ibarretxe o la división radical de la sociedad vasca por obra de ETA y del nacionalismo. El argumento de la mayor o menor participación tiene que ser matizado mediante la utilización de otros factores, porque en 2001 con el mayor índice de participación (21% de abstención) el bloque nacionalista perdió un escaño y también lo perdió en 2005 con una abstención del 32%, mientras que en 1994 y 1998 con una abstención del 40% y 30% respectivamente los resultados fueron los mismos. Algo parecido cabe decir del efecto del método d'Hondt, que, si bien tiende a favorecer a los partidos grandes, especialmente tiende a favorecer al partido más grande que era el PNV.

y en términos de interés común para el País Vasco, lo necesario sería acabar de una vez con los gobiernos de coalición minoritaria, la alianza tripartita, que no valían para solucionar los grandes problemas de Euskadi –el terrorismo, el consenso sobre el nuevo autogobierno y la crisis económica–, coaliciones que se sustentaban en la afirmación gratuita de que representaban el “cauce central” de la sociedad vasca, pero cuyo fundamento último era el supuesto de que la oposición parlamentaria jamás se pondría de acuerdo para derribarlas. Lo que necesitaba la sociedad vasca era gobiernos de amplias mayorías parlamentarias, que el editorial no concretaba, pero que no podía ser otra que la del PNV más el PSE⁸¹.

También el nacionalismo pensaba, después de dos legislaturas de coaliciones nacionalistas con Izquierda Unida por la vía del soberanismo y del enfrentamiento político y social, y a punto de perder el gobierno, que lo que quería la sociedad vasca eran pactos integradores y no frentes, como el de socialistas y populares que llevaban a la división. Así lo decía el diario *Deia*, que consideraba que Patxi López debía aclarar si pensaba aceptar los votos “frentistas” que el PP le donaría, “incluso a cambio de nada”⁸².

La acusación de frentismo planteaba la cuestión de si los partidos lo defendían y pretendían practicarlo o era, simplemente, un recurso electoral acusatorio contra un partido. Desde el punto de vista nacionalista, tanto nacionalistas como constitucionalistas estaban convencidos de que los frentes o la acumulación de fuerzas constituían un fracaso por dos razones: porque favorecía el crecimiento de los contrarios y producía un efecto de deslegitimación y retracción en el propio electorado. Lizarra y las autonómicas de 2001 eran la prueba para nacionalistas y constitucionalistas –aunque, en mi opinión, hay que aclarar que el descenso en votos y escaños del nacionalismo fue anterior al pacto de Lizarra y probablemente un factor de explicación de tal pacto–. Esta convicción común constituía ya parte del cambio que se estaba produciendo en la política vasca, según el análisis de Innerarity, a lo que López Basaguren respondía de manera más convincente que en sectores no nacionalistas ya se había aceptado hace tiempo esa idea y que ahora una parte del PNV parecía aceptarlo, pero con Ibarretxe sería muy difícil realizarlo. Ahí estaba la campaña para demostrarlo⁸³.

⁸¹ *Correo*, 22-2-09 (47), “Por mayoría sólida”, editorial. En esta línea, pero desde una perspectiva nacionalista, se situaba Innerarity al defender que el objetivo del próximo gobierno era lograr grandes acuerdos, que sólo se podían conseguir mediante la cooperación. Los grandes acuerdos son los que superan el tiempo de una legislatura y contienen los principales logros de la sociedad vasca (*Correo*, 19-2-09 (35), “Mirar más lejos”, Daniel Innerarity).

⁸² *Deia*, 23-2-09 (17), “Que hable Patxi López”, editorial.

⁸³ *El País*, 28-2-09 (2 y 3), debate entre Daniel Innerarity y Alberto López Basaguren dirigido por Ander Landaburu.

Algunos pensaban en mayorías más reducidas, destacando las incomodidades internas que éstas pudieran causar a los partidos⁸⁴, o en que serían los pequeños partidos los que determinarían, con sus diez escaños en liza, el futuro de los grandes⁸⁵, o que carecía de sentido que el PNV, que gobernaba en Álava y Guipúzcoa siendo tercera y segunda fuerza política respectivamente, exigiera al PSE que se comprometiera a respetar la candidatura más votada. Estaba claro que el candidato socialista se sometería al voto de investidura, fuese o no el más votado⁸⁶.

El papel de los pequeños partidos, supuesta la necesidad de las coaliciones o los pactos por causa de la fragmentación del mapa electoral, práctica habitual, por otra parte, en la autonomía vasca, salvo al principio de la misma con la ausencia de HB del Parlamento, era la paradoja, o parte de la paradoja, de estas elecciones. Y consistía en que los dos grandes partidos, PNV y PSE, necesitaban para acceder al poder un buen resultado propio y, también, de la minoría con la que podían pactar. No existía oficialmente voluntad de pacto entre PSE y PNV, aunque la mayoría lo veía bien. La inercia del PNV marcaba la ruta de pactar con nacionalistas, pero algunos pensaban en pactar con el PSE, lo que era complicado, porque podía exigir la marginación de Ibarretxe. Por el contrario, muchos socialistas estaban dispuestos a pasar a la oposición, si no podían quitar el poder al PNV, aunque el PSOE podía presionar en sentido contrario pensando en la necesidad de los votos nacionalistas en el Congreso⁸⁷. Pero la formación de estas mayorías de gobierno se veía complicada, ya que los partidos minoritarios aparecían

⁸⁴ Correo, 22-2-09 (42), “Mayorías incómodas”, Lourdes Pérez. - Patxo Unzueta insistió en algunas de estas ideas al escribir que, de acuerdo con las campañas y programas de los partidos, la repetición del tripartito necesitaba la victoria y el acuerdo de un programa casi independentista, cosa que disgustaba a la dirección del PNV. Si, no obstante, se diese tal alternativa, los problemas internos quedarían sin resolverse. Ante la derrota de Ibarretxe sería improbable un pacto entre socialistas y populares, aunque el PP, como ya hizo, podría votar la investidura de López sin pacto. Pero los socialistas rechazaban el frentismo y, además, el pacto con el PNV de Ibarretxe era imposible (El País, 26-2-09 (13), “Si gana Ibarretxe; y si pierde”).

⁸⁵ Correo, 25-2-09 (19), “La otra batalla importante”, Olatz Barriuso. Los pequeños partidos no determinaron nada, como se vio al final.

⁸⁶ Correo, 28-2-09 (19), “¿La lista más votada?”, Olatz Barriuso. Hubo bastantes comentaristas que concretaron sus pronósticos, cosa que tenía muchos riesgos. Sirva de ejemplo el siguiente. Decía Kepa Aulestia que habría repetición del tripartito, si el PNV obtenía más de un escaño de diferencia y ganaba en votos, “a no ser que la suma entre socialistas y populares se sitúe por encima de los cuarenta escaños”. El proyecto ideal socialista de gobernar en solitario con el apoyo tácito de los populares requeriría que el PSE ganase por más de un escaño. Lo previsible ante el binomio concentración de voto o atomización era la concentración entre los dos primeros (Correo, 28-2-09 (31), “Elecciones distintas”, Kepa Aulestia).

⁸⁷ La Vanguardia, 18-2-09 (12), “Grandes minorías”, Florencio Domínguez. La única alternativa del PSE, de no pactar con el PNV, era que el único partido de tipo medio, el PP, sacara un buen resultado sólo o con UP y D.

debilitados. Si Ibarretxe tenía serias dificultades para lograr mayoría de gobierno, el PSE no tenía más alternativa que recurrir al apoyo del PP, opción incómoda e incoherente, si continuaba distanciándose de los populares⁸⁸.

Se ha visto que la fragmentación del voto dificultaba la formación del gobierno, pero, también, los mismos mensajes de los partidos contribuían a crear un panorama complejo. El PNV insistía en la posibilidad y peligro de un gobierno de españoles, PSE y PP, para movilizar a su electorado, porque no era seguro que el tripartito alcanzase la mayoría. El PSE callaba por estrategia para no contribuir a movilizar a los nacionalistas y el PP, parecía que estaba dispuesto a ofrecer su apoyo al PSE sin contrapartidas con la finalidad de comprometerle a desalojar a Ibarretxe del poder. Nadie entendería que el PSE rechazara la oportunidad, aunque la opción de los electores por un gobierno PSE-PP era muy reducida. La ventaja estaba de parte del PP; primero, porque si el PSE no aceptaba, la idea de un socialismo en apoyo (“entreguismo”) del nacionalismo se confirmaba; segundo, porque si aceptaba, el PP ya cobraría en su momento; y tercero, si dudaba, el PP podía esperar que le llamara el PNV⁸⁹.

Varios periódicos hicieron previsiones de gobierno a partir de sus propios sondeos. Hubo coincidencias en lo fundamental, es decir, en que la suma de socialistas, populares y UP y D podía obtener la mayoría parlamentaria. Otra cosa era la formación de gobierno y en esta cuestión El País estuvo acertado. Según el sondeo de Metroscopia, el 65% de los vascos quería algún cambio y, en caso de coaliciones, prefería la del PNV y PSE (35%). La coalición entre PSE y PP sólo obtenía el 8%, pero era el PSE el que tendría la llave del poder. El electorado consideraba al PNV el más capacitado para gobernar⁹⁰. Y, a pesar de que la suma de populares y socialistas llegara más allá de los 38, El País veía improbable una coalición entre PSE y PP por dos razones: la oposición de la Moncloa y el poco entusiasmo del electorado socialista. “Más verosímil sería un apoyo del PP a la investidura de Patxi López, sin compromiso en el Gobierno, según el modelo navarro”. El supuesto preferido de los ciudadanos era PNV más PSE, pero el candidato socialista lo ha reducido a un gobierno presidido por él. Lo que se decidía, por tanto, en las elecciones era simplemente el derecho de “primogenitura”, es decir, quién tenía el derecho de tomar la iniciativa en esta materia⁹¹.

⁸⁸ Correo, 21-2-09 (28), “Juego para dos”, Tonia Etxarri. El sondeo del gobierno vasco sólo daba al tripartito 34 escaños, mientras que al PSE+PP les daba 39.

⁸⁹ El País, 18-2-09 (14), “El PP mete presión a Patxi López”, Juan M. Gastaca. La supuesta ventaja del PP parece muy especulativa. – También Tonia Etxarri comentó que las tácticas del PNV y PP de acusar a los otros partidos de tener ya los pactos elaborados no favorecía la movilización de los indecisos (Correo, 23-2-09 (17), “Demasiados indecisos”, Tonia Etxarri).

⁹⁰ El País, 22-2-09 (10 y elecciones País Vasco, 4,5).

⁹¹ El País 22-2-09 (28) “Paralelo 38”, editorial.

El sondeo de DYM de ABC anunciaba resultados muy ajustados con posibilidades de “cambio de gobierno y algo más”, y el editorial del periódico interpretaba que se confirmaba la tendencia del electorado a crear una mayoría no nacionalista, pero sin descartar una reacción del abertzalismo radical a favor del nacionalismo. Además de posible –el diario entraba en la valoración de la alternativa al nacionalismo– era muy conveniente que se diera el cambio para demostrar que se podía gobernar el país sin el PNV, con la Constitución, el Estatuto y lealtad al resto de España. Eran objetivos del cambio la deslegitimación del terrorismo y la normalización “de una sociedad herida por el terrorismo de ETA y el inmoral aprovechamiento de la violencia por los nacionalistas (...). No debería tener duda el líder socialista de que ésta es la ocasión histórica de dar al País Vasco el gobierno constitucionalista y autonomista que nunca ha tenido”⁹².

El editorial de El Mundo destacaba que se trataba de las elecciones más reñidas, ya que era posible repetir el gobierno anterior o crear una mayoría constitucionalista⁹³. La encuesta de Deia situaba primero al PNV, pero reconocía posibilidades en los constitucionalistas para alcanzar el poder. El diario hablaba de polarización del voto entre socialistas y peneuvistas y pronosticaba una participación del 73%⁹⁴. El Correo anunciaba empate técnico entre PNV y PSE y la posibilidad de mayoría parlamentaria del PSE y PP, así como del tripartito más Aralar. Ibarretxe era el más valorado seguido de López. La coalición más preferida era la del tripartito más Aralar; en segundo lugar, la del PNV con PSE y, en tercer lugar, la del PSE con PP⁹⁵.

Y, ¿cómo definir la relación entre López y Basagoiti? De necesidad asimétrica la calificó Emilio Alfaro, necesidad para una “posible confluencia en un objetivo compartido”, que era el de lograr entre los dos partidos, PSE y PP, los 38 escaños de la mayoría absoluta. Eran rivales ideológicos, no eran socios, habían pasado de la aversión anterior a la desconfianza y competían votos muy contiguos. La búsqueda del máximo de votos tenía que hacerse sin que el otro partido se desplomara. Si todo saliera bien, sería el resultado

⁹² ABC, 22-2-09 (4), editorial. El sondeo acertó con la suma de escaños del PSE y PP (38 o 39) y de UPyD (1) y, lógicamente, con el número del bloque nacionalista más EB, aunque sólo acertó con los escaños del PNV (30) y EA (0/1). A pesar de estas diferencias con los resultados reales no tiene sentido la afirmación de que “cualquier reunión de comunidad de vecinos extrae datos más fiables” (Deia, 22-2-09 (29), “Reunión de portal”, Concha Lago).

⁹³ El Mundo, 22-2-09 (4; 3), editorial “Los gobiernos de País Vasco y Galicia se juegan en pocos votos”.

⁹⁴ Deia, 21-2-09 (29), “Superado el ecuador, tiempo de encuestas”.

⁹⁵ Correo, 22-2-09 (24). La encuesta del gobierno vasco, decía El Mundo, avalaba el temor del PNV a la abstención y negaba la mayoría absoluta al tripartito más Aralar. El voto nulo ascendía al 10%.

de “haber buscado cada uno su propio beneficio peleando entre ellos”, es decir, “un caso de simbiosis discordante digna de estudio”⁹⁶.

Pero no habría alianza de gobierno entre PSE y PP según Andrés Montero, ya que la guerra civil seguía influyendo en el voto, pero sí podría haber un acuerdo de legislatura, con apoyo de los votos populares en la investidura a un López vencedor, es decir, más votado en las elecciones, aunque la visión de Euskadi era distinta en ambos partidos, más cercana al ‘hecho diferencial’ en los socialistas y más de contención del nacionalismo y de erosión de algunas competencias, como educación en el Popular. Un gobierno cuatripartito con Ibarretxe sería hipernacionalismo vasco. Una alternativa más ‘cómoda’ sería una alianza del PSE y PNV. El primero aportaría moderación y el segundo ‘realpolitik’, pero tendría que ser lehendakari López, de lo contrario no cambiaría nada⁹⁷.

Ya se ha dicho anteriormente que el problema principal de las elecciones y de la campaña era dilucidar y decidir entre la continuidad del nacionalismo o el cambio. Pues bien, la formación de gobierno era parte substancial de esta cuestión y su análisis requería tener en cuenta su relación con otros factores, entre los que cabe destacar: 1) la política nacionalista de Ibarretxe, 2) el problema cultural (constitucionalismo y nacionalismo), 3) el sistema institucional y de partidos, 4) el Estatuto y 5) un Parlamento sin la izquierda abertzale. Estos factores se analizaron al final de la campaña en el único, tal vez, debate que hubo entre un constitucionalista y un nacionalista, ambos profesores de Universidad. El primero criticó la forma desenfocada de plantear los proyectos políticos en los últimos tiempos, donde los problemas cotidianos eran ajenos a la política y ésta se centraba en proyectos donde ni el acuerdo ni la cohesión eran posibles. Los planes de Ibarretxe no entendían la complejidad de la sociedad vasca y, además de ser insostenibles, habían demostrado la necesidad que tenía el nacionalismo de aclarar si quería la integración de la sociedad vasca o el reordenamiento de su entorno, con el mundo de ETA incluido. La victoria de Ibarretxe incapacitaría al PNV de aclarar su discurso ante los retos futuros. El cambio debía ser profundo y las dos culturas (constitucionalista y nacionalista) debían buscar acuerdos esenciales, que no podían elaborarse ni contra el nacionalismo ni contra el constitucionalismo. Pero el miedo del nacionalismo a perder el poder le llevó a la opción de romper con el marco constitucional, con el Estado y con su sociedad. “Es eso lo que debe cambiar, pero eso no lo va a poder hacer el PNV si

⁹⁶ El País, 25-2-09 (1), “La extraña pareja”, Emilio Alfaro. El autor no explica el por qué del posible acuerdo entre PSE y PP. Tal vez, habría que manejar la premisa de que el nacionalismo vasco, incluido el del PNV, según grados y formas, era percibido como un posible enemigo más que como un simple adversario o contrincante político. Esto haría necesario el proyecto de mutuo apoyo.

⁹⁷ Correo, 27-2-09 (41), “Geometría política”, Andrés Montero Gómez.

Ibarretxe vuelve a ganar las elecciones”. Era, por otra parte, la peculiaridad del país la que había permitido crear mayorías sólidas con pocos votos. El tema era difícil para cualquier ganador de las elecciones, pero la hipótesis de cambio exigía que el PNV aceptara profundamente, y no como mera táctica, el cambio de estrategia. Probablemente, un tiempo en la oposición por parte del PNV sería necesario para ello. La idea de un compromiso entre PNV y PSE de apoyar a la lista ganadora era muy difícil de realizar por los bloqueos que había en el sistema político, ya que la presencia de Ibarretxe impedía el gobierno con los socialistas y un PNV ganador en votos y escaños no podía aceptar un gobierno con un lehendakari ajeno a su partido. “El PNV tendría que estar implorando por quedar segundo en número de escaños. Es, probablemente, la única hipótesis que podría garantizar su permanencia en el gobierno, en un gobierno de coalición con el PSE”. En cuanto a la reforma del Estatuto defendía que en el constitucionalismo había importantes sectores autonomistas y que una fórmula federal como la autonómica creaba tensiones. Ahora bien, el nacionalismo había conseguido incorporar a la conciencia colectiva como interpretación indiscutible lo que no era más que su interpretación y había que tener en cuenta que el incumplimiento de las transferencias se debía a “diferentes interpretaciones que van con la letra del propio Estatuto”. Y para que la transversalidad entre PNV y PSE fuera eficaz en la reforma estatutaria harían falta grandes consensos entre ellos. El hecho era que el sistema constitucional español, “en gran medida, se ha entregado al nacionalismo vasco para que le resuelva el problema de la estabilidad en Euskadi, y el nacionalismo no lo ha resuelto”. En relación a la izquierda abertzale, expresaba su desagrado, en principio, por la ausencia de una opción política, pero, también, su idea de que era “absolutamente inédito que en un país democrático una fuerza política (amparase) la eliminación de una parte de las otras fuerzas políticas”. La izquierda abertzale tenía que optar definitivamente por ETA o sin ETA. Era evidente que su ausencia iba a afectar al gobierno del país, ya que Ibarretxe había contado con un apoyo que ahora no iba a tener, pero la presencia radical en el Parlamento no había servido ni para su integración en el sistema democrático ni para acabar con ETA, que era lo que se esperaba⁹⁸.

Por el contrario, la interpretación nacionalista –toda una defensa del Partido Nacionalista Vasco, salvo alguna obviedad– insistía en que el problema estaba en el Estado –aunque reconocía fallos importantes en el nacionalismo– y el Estado era el que debía modificar sus políticas e, incluso, analizar y racionalizar su concepto de Estado. Los ciclos políticos se acababan por falta de acuerdo y, entre otras cosas, la gente estaba harta de que en relación al autogobierno “el Estado actúe siempre como quien tiene la sartén por el

⁹⁸ El País, 28-2-09, (2 y 3, País Vasco), debate entre Alberto López Basaguren y Daniel Innerarity, dirigido por Ander Landaburu.

mango”. Reconocía que el nacionalismo no había incorporado en su reflexión como normal y positivo el hecho de la pluralidad vasca, pero tampoco los constitucionalistas habían aclarado qué querían hacer con el Estatuto. El cambio debía ser radical, pero lo anunciado en la campaña por López hablaba de un cambio tranquilo, mientras Ibarretxe radicalmente había cambiado de temas, incluso, de agenda. Un cambio verdadero suponía el cambio de cultura política y la voluntad de transformación “en consonancia con la representativa real de cada uno”. El problema del cambio exigía mirar no sólo al partido en el poder, sino al constitucionalismo, que por la poca calidad de su oposición no había sabido articular el cambio. En línea con su argumentación de cambio radical y supuesta la configuración institucional tan fragmentada, el país no podía ser gobernado por un solo partido. El gobierno siguiente, ante los graves problemas de la crisis económica, autogobierno y final del terrorismo, debía basarse en un acuerdo profundo, en un gobierno de coalición, que ni un tripartito revisado o un gobierno socialista en minoría, ambos por ser débiles, podrían afrontar. Se ha de entender que favorecía este acuerdo el hecho de que el antagonismo nacionalista-constitucional era poco sincero y la confrontación se dramatizaba mucho. Lo bonito habría sido que PNV y PSE se hubiesen comprometido a apoyar al ganador. No obstante, la garantía del éxito de la reforma estatutaria estaba en la gestión del problema por los dos grandes partidos, es decir, en la “transversabilidad”, y no en intentar hacerlo, como ha ocurrido, con los pequeños partidos. Ahora bien, se imponía reconocer que los planes de Ibarretxe se habían debido, en su origen, a la falta de reflexión del Estado sobre su naturaleza. Su oposición a un Parlamento sin la izquierda abertzale se basaba en el hecho de no reflejar la realidad del país ni el mapa político vasco. La posible pretensión del PNV de hacerse con el voto abertzale era contraria con los malos resultados obtenidos en anteriores ocasiones, aunque quedaba cierta mentalidad nacionalista, ya anticuada, favorable a ello. Por si fuera poco, la izquierda abertzale no parecía tener interés en que fuese lehendakari un nacionalista⁹⁹.

La necesidad del PNV de ir a la oposición la ejemplificó López Basaguren con el caso de Quebec, tan citado por los nacionalistas como coartada, pero que había desaparecido casi totalmente de la política nacionalista. El fracaso del soberanismo quebequés a partir del referéndum de 1995 les había llevado a la pérdida del poder y a la confusión política e ideológica. El mayor problema estuvo en la propia sociedad de Quebec, en su complejidad, en las minorías étnicas y en el fuerte sentimiento de pertenencia a Canadá de muchos ciudadanos identificados, también, con Quebec. En la actualidad, el soberanismo intentaba construir un nacionalismo cívico “compatible con la

⁹⁹ El País, 28-2-09, (2 y 3, País Vasco), debate entre Alberto López Basaguren y Daniel Innerarity, dirigido por Ander Landaburu.

realidad pluralista de Quebec, que aboca a la renuncia de la concepción tradicional de la soberanía y a su talismán, el referéndum”, que todavía no se ha logrado. El soberanismo vasco, por su parte, no quiere ver este fracaso y no busca un nacionalismo cívico integrador, que sólo sería posible, según parece, si lo “impulsa la pérdida del poder”. La transformación del nacionalismo se podría hacer en la oposición¹⁰⁰. Ésta fue, también, la idea de Felipe González¹⁰¹

En ambas visiones del cambio se trata de un cambio esencialmente cultural. El nacionalismo –según la interpretación constitucionalista– debía abandonar la vía de la ruptura y reintegrarse con las demás fuerzas políticas vascas y, en último término, pasar de un nacionalismo desintegrador a un nacionalismo cívico. La alternancia en el gobierno con la exclusión del PNV era el paso necesario para realizar el cambio profundo. Según la visión nacionalista, el cambio debía producirse en la cultura constitucionalista para dar cabida a un nuevo concepto de Estado (donde el Estado no fuera el único en decidir), que permitiese el desarrollo del autogobierno vasco, que evitase fenómenos como los planes de Ibarretxe y que diera lugar a grandes acuerdos entre los dos partidos mayoritarios, empezando por un gobierno de coalición entre socialistas y nacionalistas del PNV, que dejara de lado los pactos con los pequeños partidos. La cultura nacionalista debía incorporar a su reflexión el hecho de la pluralidad vasca, pero el PNV no debía dejar el poder.

Hasta el mismo día de las elecciones llegaron las alternativas en juego y la incertidumbre sobre los resultados. En Deia se escribió que el pronóstico del cambio a través del Partido Socialista no tendría su oportunidad. Dicho de otra manera: “la corriente a favor del cambio no ha encontrado un ‘recambio’ con garantías”¹⁰². Más acertado en su pronóstico estuvo ABC: “Afortunadamente, las cosas van cambiando y el nacionalismo paga poco a poco sus excesos con una sangría de votos que podría hoy mismo dar lugar a un vuelco político de enormes proporciones”¹⁰³. Y El Correo en su editorial pedía una masiva participación para reducir el eco del extremismo radical, como había ocurrido en la campaña, y denunciaba la ilegal campaña hecha a favor del voto nulo. Difícilmente se podría alegar que el ciudadano no encontraba ninguna candidatura a la que votar. Sería razonable que la moderación de la campaña se trasladara a la legislatura pudiendo, así, resaltar más lo común que lo discrepante. Desde el punto de vista del gobierno, lo necesario era que surgiese una mayoría amplia para hacer y apoyar al gobierno. Lo más cris-

¹⁰⁰ Correo, 1-3-09 (44-45), “El interés perdido de Quebec”, Alberto López Basaguren.

¹⁰¹ Ver Correo 25-2-09 (27) y El País 25-2-09 (1).

¹⁰² Deia, 1-3-09 (37), “¿De qué cambio hablaremos mañana?”, Mariano Ferrer. Se trata de un artículo reiterativo, con cábalas distintas, que además no acierta en sus pronósticos.

¹⁰³ ABC, 1-3-09 (27), “La furia y los héroes”, Germán Yanke.

pante de la legislatura sería que la atomización de los resultado llevara a un gobierno en minoría ante el que fuera imposible la unión de los demás partidos¹⁰⁴.

TERCERA PARTE

Campana del Partido Nacionalista Vasco y análisis crítico

El número de palabras del discurso político del PNV fue de 4.500, de las cuales el 61,68% fue exposición de la imagen del partido y el 38,12% la crítica a los otros partidos políticos, incluyendo aquí lo que antes he calificado como la tríada formada por las listas ilegalizadas de la izquierda abertzale, Batasuna y ETA. Comparando estos datos con los de la campaña de 2001, la más parecida a la del 2009 por la expectativa y el reto de realizar la alternancia en el poder al nacionalismo, se observa una notable diferencia, ya que la imagen y la crítica fueron, respectivamente, el 40,72% y el 59,28%¹⁰⁵. Este fue el fenómeno más frecuente en las campañas, aunque, en ocasiones, los datos fueron parecidos a los de 2009. La imagen de 2009 se construyó en torno a dos grandes temas, la gestión de la crisis económica (77%) y el gobierno desde Euskadi (23%), que integraban la capacidad del candidato del PNV, los datos comparativos de la crisis de Euskadi y España, el bienestar social y el autogobierno, el derecho a decidir, la consulta al pueblo y la necesidad de ‘despertar’ ante el riesgo de que se realizara la alternancia en el poder por la ilegalización de las listas de D3M y Askatasuna. La crítica se dirigió contra el PSE (63%), el PP (18,21%) y ETA-Batasuna y listas ilegalizadas (14,14%). Aralar, EA y UP y D fueron prácticamente ignorados.

Desde el primer momento el PNV planteó las cuestiones básicas que continuamente repitió a lo largo de la campaña. “Lo que está en juego –aseguró Ibarretxe– es dónde ubicaremos el centro de decisión para resolver los problemas, si está en Madrid o en Vitoria”. Esta era la primera cuestión. La segunda era que, de acuerdo con el sondeo del CIS que daba vencedor a Ibarretxe, podía darse el caso de un gobierno socialista con apoyo del Partido Popular. La principal preocupación de López y Basagoiti era la de echar de las instituciones vascas al nacionalismo con la única intención de hacerse con el poder. Ante tal posibilidad, la tercera cuestión de la campaña era la necesidad de movilizarse, de salir a la calle, de actuar con ilusión y de dejar las divisiones internas, como ya ocurriera en la campaña de 2001, para evitar el entendimiento entre socialistas y populares. De ahí el grito del candi-

¹⁰⁴ Correo, 1-3-09 (43), editorial.

¹⁰⁵ Ver mi libro “Prensa y nacionalismo vasco. El discurso de legitimación nacionalista”, p.23. Universidad de Deusto, ISBN: 84-7485-882-8.

dato dirigido a la dirección del partido y a los afiliados: “Hay que despertar... ¡Atención! ¡Que el PSOE y el PP sacan mayoría absoluta”. El “Gora Euskadi askatuta” del candidato nacionalista frente a los ‘sucursualistas’ populares y socialistas llamaba a la ilusión y a la confianza. “Si nosotros tenemos ilusión y confianza, trasladaremos ilusión y confianza a la ciudadanía”. La cuarta cuestión (según Deia, la prioridad del nacionalismo) era la crisis económica a la que había que enfrentarse “sin arrugarse” con ideas y proyectos, de manera que los vascos fuesen los primeros en salir de la misma a pesar de haber entrado los últimos. El desalojo de los nacionalistas del poder daría lugar al ‘cambio del cangrejo’, es decir, a la dependencia de Madrid y a la recesión económica. Y en relación con la crisis económica vino el último tema de la campaña, la condición de buen gestor de Ibarretxe, creador del superavit de la economía vasca, gracias al cual se saldría antes de la crisis, y de la estrategia de la hormiguita frente a la cigarra del resto del Estado, que permitiría ayudar a empresas y trabajadores. Por todo ello, si algo había en juego en las elecciones era la localización del centro de decisión desde el que habría que enfrentarse con los problemas de los vascos y, especialmente, con la crisis económica. Madrid o Gasteiz; ésa era la cuestión¹⁰⁶. En consecuencia, Ibarretxe esperaba que su pensión de jubilado se administrase en el País Vasco, porque confiaba mucho más en las instituciones vascas que en las españolas. Las instituciones vascas ya habían demostrado su eficacia y previsión en otras cuestiones, como en los presupuestos, que permitían que Euskadi fuese el “único país” con formación remunerada para los trabajadores y con las pensiones más bajas equiparadas al salario mínimo interprofesional¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Correo, 13-2-09 (23) y Deia, 13-2-09 (36) y 14-2-09 (32). Ver, también, Deia, 13-2-09 (37) con los argumentos de que el socialismo gobierna ‘allí y aquí’; el pacto entre socialistas y populares para tal gobierno ya estaba hecho; la exclusión del abertzalismo favorecía al PSE, y el PSOE era el culpable de la recesión.

¹⁰⁷ El Mundo, 13-2-09, p.10. – La campaña de Eusko Alkartasuna destacó en su imagen, por orden de importancia, el soberanismo, respetuoso con los derechos humanos, con sus temas colaterales de aumento del bienestar social y calidad de vida, la normalización, la paz y la reforma de la Ley de Territorios históricos para fortalecer las instituciones comunes; el nuevo marco jurídico para impulsar el fin de ETA; su probada capacidad gestora; la crisis económica y su tratamiento y, por último, un conjunto de mejoras o reformas en materias tales como inversión pública, fiscalidad, medio ambiente, euskera (modelo de enseñanza con el euskera como lengua preponderante), control de las empresas públicas y ayudas públicas.

Su crítica a los partidos se centró el 56,19% en el Partido Nacionalista Vasco; 33,33% en el Partido Socialista de Euskadi y el 10,19% en el Partido Popular. (Ver entre otros lugares: Deia 13-2-09 (36), Deia 17-2-09 (30), El Mundo 18-2-09 (10), Correo 24-2-09 (22-24), Deia 24-2-09 (34-35), Correo 17-2-09 (26), “Compañías inoportunas” de Tonia Etxarri, que se pregunta, con ocasión de que los dirigentes de EA levantasen el puño para saludar en un mitin: “¿Alguien de sus seguidores se imaginaría al ex lehendakari levantando el puño?”).

En la campaña de Aralar el tema principal fue la repetida definición de su partido como abertzale de izquierda (su nacionalismo es absolutamente idéntico al de los demás partidos

Urkullu defendió que la garantía de Euskadi para salir de la crisis estaba en Ibarretxe. “Va a seguir siendo –dijo– el lehendakari de la reactivación económica. El lehendakari que sitúe a Euskadi en el segundo nivel europeo en renta familiar. El lehendakari de la innovación, de la juventud mejor preparada”. La garantía estaba en la experiencia acumulada a lo largo de sus años de alcalde y vicelehendakari. El votante no tenía más que comparar el curriculum de Ibarretxe con el de quien sólo prometía “la confianza de un billete de la Bonoloto”¹⁰⁸. Urkullu prometió, además, superar “marcos y competencias que cierren nuestro camino”¹⁰⁹.

El sondeo del CIS, decía El Mundo, confirmaba, al destacar que Ibarretxe sería el primero en escaños, que había sido acertado por su parte dejar de lado el discurso soberanista y sustituirlo por el de la crisis económica¹¹⁰, pero esto no es ninguna novedad, en mi opinión, porque El PNV suele dar preferencia en las campañas a otros temas, dejando de lado, al menos, cuantitativamente, los estrictamente nacionalistas –independencia, soberanía, Estado vasco–, cuando busca el voto de simpatizantes de baja intensidad, de electores ajenos al partido o, simplemente, de electores propensos al voto flotante o a la abstención. La implícita referencia de Urkullu a los planes de Ibarretxe en materia de autogobierno parece sugerir que, aunque el núcleo de la campaña del PNV no seguía tales derroteros por razones electorales, la cuestión del autogobierno era primordial y había que dejar constancia de ello. Así lo había hecho el candidato nacionalista al recordar acerca de la consulta

nacionalistas), de estrategias exclusivamente políticas y participativo a través v. g. de una ley de consultas sobre diversas materias, incluida la del derecho a decidir. Su lema era “eragin eta aldatu”. Defendió los derechos de todas las víctimas, los acuerdos entre diferentes, la superación de la violencia, la merecida paz para todos, la unidad aberztale basada en un soberanismo de izquierda, la política del día a día, el rechazo de las ilegalizaciones, bilingüismo en la selección de empleados, el Estado Nacional vasco por razones de mayor bienestar, supervivencia del euskera y respeto de los motivos simbólicos y sentimentales, la mujer y la inversión pública. El ser de izquierdas debía verse en la vida diaria en el ejercicio de la austeridad, solidaridad y en la ayuda a la comunidad. No tenía prevista una fórmula de gobierno, pero excluía a PP y UP y D.

Fue el partido que menos críticas hizo a los demás, aunque se refirió a todos ellos (el oportunismo político de EB; su antagonismo con el PP y UP y D; el pacto entre PSE y la ‘extrema derecha’; y la falta de un nuevo sistema económico en EA y la izquierda abertzale) destacando un poco el rechazo y la crítica de la violencia de ETA (y su pretensión de ser vanguardia militar de un movimiento que no le corresponde y de ensuciar todo lo que toca), y algunas referencias contra el capitalismo, pero sin desvelar su idea de una nueva economía. En el haber de sus disparates está su idea de democracia como un juego de mayorías o que una dictadura sin libertades políticas, pero sin hambre, no es dictadura, v. g. Cuba. (Ver entre otros textos: Deia 14-2-09 (37); El Mundo 20-2-09 (8); Deia 21-2-09 (39); Correo 22-09 (28-30); Correo 23-3-09 (30).

¹⁰⁸ Deia, 13-2-09 (37).

¹⁰⁹ El País, 13-2-09 (3).

¹¹⁰ El Mundo, 13-2-09 (1. 4)

popular que “no se puede presidir un país si se tiene miedo a oír lo que quieren decir sus ciudadanos, si tienes miedo a la democracia”¹¹¹. Es decir, el rechazo de la consulta era antidemocrático como también era antidemocrática la anulación de las candidaturas de D3M y Askatasuna, la única manera del PSE y PP de sacar mayoría absoluta. “Ante la trampa democrática” Ibarretxe pedía que el electorado nacionalista despertara, espabilase y se movilizara¹¹². La pérdida de autogobierno que se produciría con un gobierno socialista equivalía al aumento de lo que desde la transición se llamó ‘sucursalismo’, es decir, convertir a Euskadi en una sucursal de una gran multinacional¹¹³. Esta vieja acusación de “sucursalismo” a socialistas y populares (Florencio Domínguez) era “un argumento del nacionalismo excluyente” con la finalidad de transmitir al electorado la idea del “*nosotros y ellos*” calificando a populares y socialistas de extraños al país, que gobernarían siguiendo los dictados de sus partidos nacionales desde Madrid. El argumento se estaba utilizando mucho en la campaña del PNV e Ibarretxe. El caso era que, como las encuestas mantenían la incertidumbre del resultado electoral, el PNV advertía a Zapatero de las malas consecuencias que sufriría si no impedía el pacto del PSE que pudiera llevarle al poder. Es decir, el PNV acusaba al PSE de sucursalismo a la vez que no quería que el PSE actuara autónomamente, sino de forma obediente con los intereses de Zapatero. No había lógica en el PNV y lo que resultaba era que al “PNV lo que le conviene es que sus adversarios sean como la caricatura que hace de ellos”¹¹⁴.

¹¹¹ Deia, 15-2-09 (33). Según Correo 13-2-09 (24), “Todo abierto” de Tonia Etxarri, los nacionalistas reconocían que su lema de “autogobierno para el bienestar” no se correspondía con el independentismo de Ibarretxe.

¹¹² Deia, 15-2-09 (33). En la entrevista a Izaskun Bilbao, cabeza de lista del PNV por Bizcaya, se repiten fielmente los contenidos de la propaganda nacionalista.- La consulta tuvo su apoyo en un artículo, que negaba la validez del argumento o recurso utilizado por políticos y medios de comunicación – que no se concretaban – para rechazarla. Era el argumento de la ‘división’, presentado como el Mal Absoluto. Es decir, se rechazaba algo, en este caso, la consulta, porque si se realizara acarrearía efectos negativos. La trampa, escriben, está en que la división no es el efecto de la consulta, sino algo que precede a la misma y que el político trata de ocultarlo. La respuesta a la consulta podía mejorar la idea del bien común o de lo conveniente para su país, pero la denuncia del Mal Absoluto que va a producirse con la pregunta o consulta acaba produciendo la creencia de que previamente a las preguntas, consultas, quejas y denuncias no existe nada; que no hay causas de la división a las que quiere responder la consulta y que esta pretensión no es más que el interés por sacar votos o el interés de ocultar la realidad (Correo, 13-2-09 (36,37), “Bonitos discursos políticos”, P. Ibarra y otros). El artículo no encajaba en el tipo de campaña y no tuvo eco en la crítica. Desde el punto de vista del Derecho comparado, las soluciones a esta cuestión son diversas y muy discutidas, pero, en cualquier caso, hay que recordar que las normas jurídicas están para cumplirse.

¹¹³ Deia 16-2-09 (21). La idea de sucursalismo en lugar de autogobierno se repite en Deia 20-2-09 (37), “Aterrizo como puedas”, Miriam Vázquez.

¹¹⁴ La Vanguardia, 25-2-09(13), “Sucursales”, Florencio Domínguez.

Los políticos no aclararon el sentido de las palabras del presidente del PNV, que parecían sugerir alguna innovación en materia de autogobierno, pero en Deia se presentó una propuesta de interpretación del futuro autogobierno –histórica y jurídicamente indefendible–, que, en esencia, defendía que el proceso seguido hasta el momento en el desarrollo del autogobierno era estéril. Las demostraciones de poder como la acumulación de fuerzas, tanto nacionalistas como constitucionalistas (Lizarra y elecciones de 2001), habían perjudicado, en definitiva, más al nacionalismo vasco y el Estado había salido fortalecido. El camino a seguir necesitaba apoyarse en tres principios, el de innovación institucional (pasar de la decisión a la co-decisión, es decir, “participar, en igualdad de condiciones, en el juego de las soberanías compartidas y recíprocamente limitadas”), el de constitucionalización del autogobierno vasco (“reconocer plenamente el carácter constitucional de nuestra singularidad y la incorporación del nacionalismo vasco al consenso constitucional”) y el de respeto a la voluntad popular (“los nacionalistas no deberían tratar de que el Estado reconozca lo que la sociedad vasca no reconoce; los demás deberían acreditar su compromiso para que la voluntad de la ciudadanía vasca sea incorporada al ordenamiento jurídico correspondiente”. En el País Vasco habría que aplicar lo que se hacía en las sociedades avanzadas: pacto y no-imposición. El núcleo del procedimiento democrático estaba en el “reconocimiento de la capacidad de decisión y compromiso por el pacto político... (...) El autogobierno sigue asentándose en la libre disposición sobre nuestro destino colectivo y la voluntad de pacto en el seno de la sociedad vasca y con el Estado”. El problema fundamental del autogobierno, por tanto, reside en el “reconocimiento de la capacidad de los vascos para hacer valer su voluntad propia y que se respeten los acuerdos alcanzados”. El derecho de decisión sujeto a pacto respondía a la tradición foral vasca, sintonizaba con los procedimientos del concierto económico y encontraba en la Constitución instrumentos para realizarlo y, especialmente, en la disposición adicional del Estatuto de Gernika, cuya reserva de derechos históricos –“que forma parte, por cierto, del llamado bloque de constitucionalidad– contiene una virtualidad de autogobierno que cabe entender como fórmula constitucional de libre determinación”. Esta nueva forma de entender el autogobierno requería construir la mutua confianza entre las partes a través de fórmulas de reciprocidad, de las que serían modelos lo propuesto en la Mesa de Egipto (derecho a decidir y obligación de pactar) y lo propuesto por el PNV (no imponer un acuerdo en Euskadi que no sea realmente integrador y no impedir en las Cortes españolas un acuerdo alcanzado en Euskadi). Si no se generaba la confianza, lo importante era no perder la razón y “seguir recabando el apoyo de la sociedad vasca, que es lo importante”¹¹⁵ y, hay que añadir, lo definitivo, porque en este planteamiento la única voluntad popular

¹¹⁵ Deia, 15-2-09 (28), “Entradas para un concierto político”, Daniel Innerarity.

definitiva es la vasca, por más que en las circunstancias del momento el acuerdo integrador fuera imposible. El eje de esta argumentación es que el pueblo vasco tiene derecho a la autodeterminación y se espera que, en algún momento, por la evolución de la sociedad pueda darse el acuerdo entre vascos nacionalistas. En este caso, España tendría que aceptarlo.

Las reflexiones de Innerarity podían servir de respuesta a los atentados a la democracia y al vasquismo que denunciaba la propaganda jeltzale. La “liquidación electoral” de la izquierda abertzale creaba frustración e impotencia democrática, porque la seguridad y la supuesta lucha contra el terrorismo sacrificaban los derechos fundamentales de participación política con argumentos tan endeblés como maquiavélicos con fines electorales. Y todo esto se hacía por el cambio, por la regeneración democrática, por la nueva Euskadi, poniendo los poderes policial y judicial del Estado al servicio de populares y socialistas, dispuestos a imponer su rodillo antivasco. El autor, aparte de amenazar con no apoyar los presupuestos generales por parte del PNV, si salía adelante el triunfo del PSE y PP, hacía suyos algunos de los puntos de Innerarity: el error del frentismo, el reconocimiento político y constitucional explícito de una democracia plurinacional, la extrapolación del concierto económico –con el disparate de “que instaure y reconozca una bilateralidad confederal entre Estado y Euskadi”– a un concierto político y la renovación de las viejas y desfasadas ideas políticas¹¹⁶.

El Correo defendía que, si el tema de la crisis económica sustituía el debate sobre autonomismo y soberanismo, era necesario tratar los cambios a realizar en política económica y social, en vivienda, infraestructuras, educación e innovación dejando claras las diferencias de planteamiento entre los partidos para así poder decir que se discutían los problemas reales de la gente. Pedía el diario, además, que la bipolaridad entre PNV y PSE no acaparara la campaña, siempre y cuando las demás formaciones hicieran propuestas solventes y expresadas con claridad¹¹⁷. Pues bien, para Ibarretxe la crisis económica era moral, de valores y de regulación. Él pensaba en aplicar a las grandes empresas el modelo de financiación creado para las PIMES¹¹⁸, en aumentar las prestaciones sociales y las medidas a favor de la mujer y en defender el Tren de Alta Velocidad¹¹⁹. Por cierto, la defensa de la Y vasca se hizo dentro de la “apuesta global por el tren” en Azpeitia, sin aludir a los ata-

¹¹⁶ Deia, 15-2-09 (34), “Elecciones 1-M: ¿Continuidad versus cambio?” Juanjo Álvarez. - Desde el punto de vista social, Mariano Ferrer defendía que la sociedad vasca rechazaba la arbitrariedad de la aplicación de la Ley de Partidos a las candidaturas electorales a la vez que esperaba que la izquierda abertzale hiciera un mayor esfuerzo para demostrar “que su derecho a participar en igualdad de condiciones en el juego democrático sea nítido e indubitante” (Deia, 15-2-09, (35), “Tesis, indicios y un silogismo”).

¹¹⁷ El Correo, 13-2-09, (35), “Pronóstico abierto”, editorial.

¹¹⁸ El Mundo, 13-2-09, (10). Ver El País 13-2-09, (3) con información básicamente igual.

¹¹⁹ Correo, 14-2-09 (20).

ques de ETA contra el AVE vasco y las empresas constructoras ni al asesinato del empresario Uría, precisamente en Azpeitia¹²⁰. Pero lo más importante en materia de crisis era, frente a la pareja Basagoiti-López (fiel imagen de la pareja Oreja-Redondo) el extenso curriculum de gestor del candidato nacionalista frente al nulo del socialista. Los datos –sin ningún tipo de explicación y ocultando la realidad–, en respuesta a acusaciones socialistas contra la gestión de Ibarretxe, lo confirmaban: el 8% de paro en Euskadi frente al 14% en España –el Estado, según la jerga nacionalista–, el 12% en Cataluña, 14% en Extremadura y el 22% en Andalucía, todas ellas en manos socialistas¹²¹. Y como apoyatura al candidato del PNV, el catedrático de economía, Javier Maqueda, repitió los puntos habituales de la propaganda nacionalista y, también, las críticas contra ‘ellos’, contra los otros, es decir, contra populares y socialistas. Entre éstas cabe destacar el calificativo de “mentiras” dirigido contra sus afirmaciones de que eran tan vascos y defensores de los derechos de los vascos como el que más. ‘Ellos’, que no tenían “ni formación, ni experiencia en la gestión pública, ni compromiso serio con las gentes de nuestra tierra” seguirían diciendo no a cuanto fuese interesante para los ciudadanos vascos. “Y lo seguirán haciendo, no cambiarán porque sus *amos*, y sus aspiraciones, no están aquí, están allí... (...) No podemos permitirnos que gué nuestra nave, en medio de la inestabilidad mundial, alguien que no tiene experiencia y que no tiene ni la cabeza, ni el corazón, ni sus aspiraciones políticas futuras, en estas tierras de bien”¹²².

Ante la poca calidad de la propaganda nacionalista y, en concreto, las afirmaciones del líder guipuzcoano, Egibar, que declaró que políticamente España era sinónimo de prohibición y que la pretensión de los constitucionalistas de derrotar a Ibarretxe quería borrar “la única mancha verde que (quedaba) en el Estado”, era lógica la conclusión de que el discurso nacionalista cada día era más simple y acabaría con manifestaciones tales como “España, mala; Euskadi, buena”¹²³.

La ausencia de novedades en la campaña destacaba que la insistencia sesgada e interesada en cuestiones como la crisis económica o el asalto a Ajuria Enea del PSE y PP eran tan esenciales para el PNV que, en su opi-

¹²⁰ El País, 14-2-09 (1).

¹²¹ Correo, 15-2-09 (34).

¹²² Deia, 23-2-09 (18), “Euskadi en manos de su juventud”, Javier Maqueda Lafuente.

¹²³ Correo, 15-2-09 (39), “Egibar está verde”, Tonia Extarri. La colaboración de los ideólogos del Partido Nacionalista repite las consignas y contenidos de la campaña del PNV, Deia 15-2-09 (31), “Líderes cara a cara y candidatos en la sombra”, de Juan Carlos Ibarra, que añade que Madrid ha dificultado los intentos nacionalistas de avanzar en la normalización y pacificación, entendidas, claro está, según el sentido nacionalista de los términos. En Deia 17-2-09 (25) ver del mismo autor “Actos electorales en uniforme de campaña”, artículo contra la violencia donde se lee: “Y en Euskadi, el estado natural de la actividad política incluye la anomalía objetiva de la violencia como forma de expresión del proyecto propio y de coacción hacia el del adversario”.

nión, no merecía la pena hablar de otros temas, salvo la obligada condena de ETA¹²⁴. EL compromiso con la paz y los derechos humanos de todos acompañaba a la condena de los terroristas por usar la patria como excusa de sus acciones. Ibarretxe, únicamente preocupado por el bienestar de los vascos y de que éstos viviesen mejor, afirmaba que “no hay patria sin personas. Ase-sinar es atentar contra la patria”. La crisis económica, por otra parte, seguía presentándose como una comparación de Euskadi con España –como si fueran ambos dos Estados–, que daba un signo positivo para la primera, ya que daba más confianza a los inversores que el Estado¹²⁵. Standard & Poors, agencia de *rating*, lo afirmaba, según el candidato. El gobierno vasco era el más progresista, como lo atestiguaba el complemento de las pensiones, y frente a su eficacia el candidato socialista no aportaba nada. Lo que demostraba el gobierno vasco era que el autogobierno, es decir, la capacidad de decidir desde Euskadi y no desde Madrid era beneficiosa y rentable para los ciudadanos vascos. Esto se ponía en peligro con el acceso al gobierno de los socialistas. De ahí que, como en los discursos de los teóricos nacionalistas del XIX, se volviera a repetir el grito de ‘tenemos que despertar’. Ante la posibilidad de que los constitucionalistas obtuviesen la mayoría absoluta había que “movilizar al electorado nacionalista, sí, pero también al electorado vasquista, a los vascos que creen en el autogobierno... (...)... Estamos medio dormidos, como si no pasara nada, como si todo siguiera igual, como si el PNV fuera a ganar... Si la coalición PSE-PP logra gobernar el 2 de marzo, será porque nosotros, los abertzales, nos hemos relajado y nos hemos quedado en casa. Por eso, tenemos que despertar”. Ante los ‘centralistas de siempre’, Ibarretxe repetía las palabras de Urkullu: “Tenemos que despertar”¹²⁶.

Ante la “perra” que había cogido el PNV con la ilegalización de las listas radicales, José Luis Zubizarreta escribió que como “paladines de la pure-

¹²⁴ La afirmación de que el comienzo de campaña estaba marcada por la ausencia de “propuestas y mensajes contundentes” y la falta de novedades en los mensajes después de una larga precampaña, Correo 16-2-09 (19), “Descafeinado y ‘light’” de Olatz Barriuso, puede ser cierta en cuenta a la repetición de temas, pero en política nada es tan serio para un partido como perder el poder y, previamente, el miedo a perderlo. De ahí la insistencia continua y ‘contundente’ del PNV en las mismas cuestiones ante la gravedad de su situación.

¹²⁵ Correo 16-2-09 (20). Ver en p. 21 las críticas del alcalde Azkuna contra la izquierda abertzale por los desórdenes y ataques a periodistas provocados en Bilbao tras la suspensión de una manifestación pro D3M.- En las condenas del terrorismo de ETA, que hace Ibarretxe, nunca aparece una llamada a la acción firme de los poderes públicos.

¹²⁶ Deia, 16-2-09 (20). La insistencia de Ibarretxe en el lema de más autogobierno para un mayor bienestar obligaba a hablar del Estatuto y de la Constitución. Por ello, Tonia Etxarri se preguntaba cuándo le preocupó a Ibarretxe tal tema en los últimos diez años (Correo, 17-2-09, (26), “Compañías ... inoportunas”). Más críticas a ETA en Correo 18-2-09 (22) donde Ibarretxe dice a ETA: “Mil veces fuera de nuestras vidas”.

za democrática” denunciaban en todos los mítines contra el PSOE y PP su estratagema electoral para echarlos del poder que, “al parecer, por derecho natural les corresponde”. Pero el autor ‘sospechaba’ que la defensa de los herederos de Batasuna no tenía nada que ver con la pureza democrática, sino con su egoísmo de seguir en el poder. Según esto, la ausencia o presencia de los radicales en el Parlamento podía considerarse tan electoralista para unos como para otros, ya que de sus votos dependía tanto la permanencia del PNV como su desalojo. Pero, en opinión del autor, lo más grave de la actuación del PNV estaba en que ‘parecía’ que el nacionalismo quería repetir el pasado, es decir, volver a aprovecharse de la presencia abertzale en el Parlamento, porque “gracias, en efecto, a los escaños abertzales, fue Ibarretxe investido lehendakari en 1998 y en 2005 y, gracias también a esos mismos escaños, logró el actual candidato jeltzale aprobar en 2003 el Plan que llevaba su nombre y, en 2008, su Ley de Consulta”. Más que pureza democrática parecía “la confesión de un deseo fallido...la rabieta que sigue a la frustración”. A los del PNV el apoyo de Basagoiti les parecía más ‘denigrante’ que el de Otegi. “Vaya por Dios”¹²⁷.

Desde el punto de vista del sistema electoral –por cierto, sin tener en cuenta los matices que establecen en los sistemas electorales los autores, que hablan de tendencias y no de determinaciones–, Florencio Domínguez consideraba que la campaña nacionalista (peligro de mayoría absoluta PP-PSE gracias a la ilegalización abertzale e intereses electorales de los socialistas en la ilegalización) se equivocaba, porque los favorecidos de la ilegalización serían los partidos mayoritarios y, lógicamente, el más favorecido sería el más grande entre ellos, es decir, el PNV. Por tanto, los fines electorales no explican la ilegalización. Ésta se debía a ETA. El gobierno había aplicado a tope la ley, pero todos sabían, incluso los que defendían la presencia abertzale, que las listas ilegalizadas eran Batasuna (“hijuelas de Batasuna”), que estaba prohibida por su supeditación a ETA. “Batasuna es, pues, la raíz de los problemas de las candidaturas abertzales”. Tal supeditación, de fecha discutida en su origen, llegó a tal extremo que la misma justicia que obligó a inscribir a HB como partido decretó su ilegalización con los efectos pertinentes en el reparto de escaños¹²⁸. Obsérvese que si bien el argumento de fondo es totalmente positivo, la pataleta nacionalista y sus mentiras eran comprensibles, porque las ganancias del PNV por efecto del sistema d’Hondt no compensaban, de ninguna manera, la pérdida de los escaños de Batasuna.

A mayor autogobierno mayor bienestar y confianza en las instituciones vascas. Por ello, “tenemos que decidir en Euskadi cada vez más cosas, todo lo que sea posible. Eso sí, viviendo en armonía con el resto de pueblos y

¹²⁷ Correo, 16-2-09 (27), “Electoralismo camuflado de purismo”, José Luis Zubizarreta.

¹²⁸ Correo, 16-2-09 (28), “¿Cuándo se jodió Batasuna?”, Florencio Domínguez.

sabiendo que entre todos estamos construyendo proyectos más amplios como el proyecto europeo”. Euskadi había sido una de las últimas en entrar en la crisis y sería de las primeras en salir gracias a tener “bases sólidas y suficientes”¹²⁹. La vicelehendakari había sido más radical que el candidato del PNV al decir que la economía vasca no entraría en recesión, pero más tarde se sabía que algunas de las cifras manejadas por el Gobierno Vasco estaban equivocadas y que ya en 2008 Euskadi había entrado en recesión¹³⁰. Con los datos de la encuesta de El Correo en la mano, que atribuían a Ibarretxe mayor capacidad de gestión y menor responsabilidad en el origen de la crisis económica que a Zapatero, Ignacio Marco-Gardoqui estimaba que la confianza en la capacidad de gestionar sería un factor determinante del voto. En su opinión, Zapatero e Ibarretxe habían hecho exactamente lo mismo y por este orden ante la crisis: negarla, minimizarla, promesas de que no nos afectaría, medidas para desatascar liquidez y financiación y planes de apoyo para estimular la demanda¹³¹.

La gestión de la que alardeaba el PNV (6,2% de endeudamiento frente al 39,3% del gobierno central o estar a la cabeza del crecimiento financiero en Europa, según Ibarretxe) incluía la regeneración de Bilbao –sin ninguna mención de la participación de otros partidos e instituciones– y, en concreto, la obra del Guggenheim, “tractor de la economía vasca”, cuyo abanderado fue el partido nacionalista. El proyecto era magnífico a pesar de una actuación escandalosa individual en su gestión, que algunos utilizaban para emborronarlo, dijo Urkullu ante la plataforma Hemen de apoyo al candidato nacionalista¹³².

Tres cuestiones seguían presentes, pues, en la campaña del PNV: la negación o suavización de la crisis económica; el desarrollo del autogobierno –en sustitución del soberanismo– para “profundizar en el bienestar, un concepto moderno que apuntala nuestra identidad” y la interpretación de que “las ilegalizaciones no (tenían) otro objetivo que posibilitar la mayoría absoluta de PSE y PP”¹³³, estrategia ya utilizada en otras ocasiones, a la que se había incorporado la forma tranquila y sosegada de llevar la campaña para

¹²⁹ Deia, 17-2-09 (27). Sobre el abandono de Ibarretxe de los objetivos identitarios y el soberanismo y su sustitución por el discurso basado en la crisis y en la capacidad de gestión del PNV e Ibarretxe ver: “En crisis, el plan soberanista no toca”, de Juan M. Gastaca, y “Diario de campaña”, de Luis R. Aizpeolea (El País 17-2-09 (14)).

¹³⁰ Correo, 15-09-10 (34).

¹³¹ Correo, 23-2-09 (20), “Confianza versus cambio”, Ignacio Marco-Gardoqui.- El objetivo estratégico era lograr que por fuentes renovables se alcanzase en el 2013 el 100% de la energía de los hogares vascos (Correo 21-2-09 (36)).

¹³² Correo 18-2-09 (22). Para Josu Ercoreca del PNV, la victoria de Patxi López era tan inimaginable como “ver un cerdo volar” (ibídem). La frase, dijeron, no gustó en el PNV, porque contradecía la campaña tranquila que estaba desarrollando (Correo 19-2-09 (25), “A vueltas con los ‘cerdos voladores”, A. Santos).

¹³³ Deia, 19-2-09 (29).

no alarmar al electorado abertzale¹³⁴. Esta inquietud era el comienzo de la angustia del PNV ante la posibilidad de ganar las elecciones y perder el gobierno, decía *La Vanguardia*. Y era, precisamente, lo que más temía el PSOE, porque sus consecuencias para el gobierno central eran negativas en cualquier caso, lo mismo si el PSE obtenía el Gobierno vasco que si se lo dejaba al PNV. El debate en Euskadi se centraba, así, en el miedo nacionalista a que los españoles conquistaran el poder autonómico¹³⁵.

Un editorial de *El Correo* respondía a la primera cuestión que el cuadro real de la economía vasca (caída del 1,1% del PIB respecto al trimestre anterior; tasas negativas en la industria, construcción, demanda interna, consumo e inversión; reducción de la actividad del puerto en un 25% y de la recaudación foral en un 6,8% en comparación del año anterior) se encontraba al borde de la recesión. La táctica dilatoria en el reconocimiento de la crisis seguía los mismos pasos que el ejecutivo central y, si bien las iniciativas tomadas iban en la correcta dirección, hacía falta integrarlas dentro de un plan integrador, que tuviese un amplio respaldo¹³⁶.

Otra respuesta crítica a la solidez financiera (3.500 millones de euros de colchón anticrisis, fruto del concierto económico, poca inmigración y política de reducción de la deuda pública) la dio Enric Juliana, quien la asociaba con la opinión mayoritaria popular que manifestaron las encuestas de que el País Vasco estaba mejor preparado para afrontar la crisis. Tales cuentas daban un margen sobre el que se basaba “el espectacular cambio de registro del PNV y del propio lehendakari Juan José Ibarretxe en la campaña electoral: del derecho a decidir, al derecho a exhibir el carnet de primera (la idea es de Jon Juaristi: “los vascos siempre han querido ser españoles con carnet de primera”); del nos vamos hacia Islandia, al nos quedamos (con la caja llena)”¹³⁷.

Según el nacionalismo, por el contrario, los electores de Euskadi debían meditar bien el posible apoyo electoral al partido socialista, supuestos los datos económicos de varias comunidades autonómicas y el de España, que eran mucho peores que los de Euskadi. La propaganda socialista defendía que Ibarretxe había perdido el tiempo con sus propuestas de consultas y estatutos, cuando sus resultados eran mejores en el campo económico y social que en España. El objetivo era quitar del poder a los nacionalistas recurriendo a la exclusión de un sector del nacionalismo e inventando una campaña

¹³⁴ Deia 15-2-09 (33) y 21-2-09 (33). Ver, también, Deia, 23-2-09 (22).

¹³⁵ *La Vanguardia*, 23-2-09 (9), “Dominados por el miedo”, Jordi Barbeta.

¹³⁶ *Correo* 18,2-09 (35), Editorial. El rechazo de la recesión y la previsión de un crecimiento del 0,5% para 2009 según el gobierno vasco aparece en Deia 20-2-09 (40-41) en dos reportajes distintos.

¹³⁷ *La Vanguardia*, 23-2-09 (10), “El mullido colchón vasco”, Enric Juliana.

de desprestigio del nacionalismo insistiendo en la crisis económica de Euskadi como si fuera semejante a la de España¹³⁸.

La segunda cuestión, que afectaba al planteamiento de la campaña del PNV, era mucho más que una cuestión técnica, ya que tenía como consecuencia inmediata la de ‘entrampar’ al PNV, es decir, situarlo en una encrucijada difícil fuera cual fuera el resultado electoral. Ni había en Ibarretxe renuncia al soberanismo (en cualquier momento podía utilizarlo de nuevo), ni seguridad en que el posibilismo se impusiera después de las elecciones, ya que esto último podía llevar a la división del partido. La pérdida del gobierno facilitaría el relevo de Ibarretxe, pero con un coste muy difícil de asumir en el partido. A pesar de que no tenía asegurada ni la reelección ni las fidelidades, la campaña le favorecía, porque le permitía supeditar el soberanismo a la crisis económica y mostrar así su papel de gestor, y unir el progreso vasco, mayor que en España en su opinión, con el mayor autogobierno o soberanismo, y, si ganaba, podría legitimarse ante los reticentes de su propio partido. Ante la derrota el PNV, profundamente atado a los planteamientos de Ibarretxe, tendría que afrontar el fracaso con una “frágil unidad”¹³⁹. Este artículo es sugerente, pero, también, un ejercicio de cábalas. Perfectamente se podía decir que el PNV jugaba a dos cartas: si ganaba, conservaba el poder y el problema que representaba Ibarretxe, y si era derrotado, perdía el poder, pero se despedía del que le había llevado a perderlo.

Ciertamente la dejación, más aparente que real, del soberanismo llamaba la atención. Zubizarreta consideró que lo más destacable de la campaña era, precisamente, el escamoteo” del PNV y su candidato del soberanismo, derecho a decidir y demás “peregrinos eufemismos”. Era “la gestión, estúpido”. Sólo EA y los periodistas informaban de tal cosa. Semejante escamoteo destacaba la pretensión de olvidar el pasado y su carácter vergonzante, es decir, una forma de reconocer el error “entre dientes”, que manifestaba las dudas de que la supuesta mayoría social invocada por Ibarretxe realmente apoyase sus planes. La supuesta mayoría nacionalista era “tan incierta que no (procedía) tenerla siquiera en cuenta cuando de recabar apoyos electorales se trata. Es la lección que el PNV aprendió, en tres clases intensivas, de las elecciones de 2005, 2007 y 2008. Y con las cosas de comer no se juega. Hasta su candidato parece haberlo entendido”¹⁴⁰. No creo que lo entendiese Ibarretxe; el autor olvida las elecciones de 2001 –perdió un escaño el nacionalismo– y las anteriores del pacto de Lizarra, 1998, donde el nacionalismo sólo mantuvo los escaños. Vuelvo a insistir en que era habitual en el PNV reducir en los momentos electorales su perfil independentista, aunque no lo

¹³⁸ Deia, 24-2-09 (28), “Las comparaciones son necesarias para poder elegir”, José María Gorordo. En el artículo “La mala memoria de los socialistas” de Goyo Vázquez (Deia 26-2-09 (28)) se hace historia de los trapos sucios del Partido Socialista.

¹³⁹ Correo 18-2-09 (24), “Entrampados”, Lourdes Pérez.

¹⁴⁰ Correo, 18-2-09 (29), “Némesis”, J. L. Zubizarreta.

callaba del todo. Pero sí era cierto que no existía esa mayoría independentista ni soberanista, que apoyase democráticamente al nacionalismo separatista, sino la voluntad política de los distintos partidos nacionalistas de conseguir, o de imponer, si se diese la oportunidad, un resultado secesionista.

El PNV ya había dicho que con el acceso de los socialistas al poder vasco no sólo se ponía en cuestión una buena gestión, sino el mismo autogobierno¹⁴¹. Lo que temía Ibarretxe con la renovación del Estatuto era que se realizara un recorte del mismo. ¿Para qué renovar la autonomía “si lleva 30 años incompleta”, se preguntaba. El artículo siguiente añade esta cuestión a la crítica del nacionalismo del PNV sin olvidar el cambio de discurso y su tratamiento de la crisis. Según esta nueva reflexión, la marginación o el olvido del estilo agresivo de Ibarretxe de la anterior legislatura tenía explicación, aunque (según Juan José Solozábal, Joseba Arregui y otros) el cambio no se había hecho de buen grado, dado que seguía empeñado en hacer planteamientos parciales. Este era el caso de presentar la crisis económica de España como un peligro para la de Euskadi, en lugar de reconocer, cosa imposible para él, que el País Vasco ocupaba un posición privilegiada, beneficiosa y ventajosa en España a través del Concierto y del discutible cupo, y el añadido de que el empleo sobrante vasco lo absorbía el mercado español. La realidad era que la recuperación económica de España, y no su hundimiento, era lo bueno para Euskadi – hay que dejar constancia de que Ibarretxe había declarado: “No nos interesa que España vaya mal porque nuestras empresas hacen negocio allí”¹⁴². Ahora bien, eso no encajaba en una “absurda mentalidad” nacionalista que veía a España como un lastre y que seguía creyendo en relaciones de suma cero entre España y Euskadi. O sea, el desarrollo y la afirmación de Euskadi sólo podía hacerse con el desfallecimiento y el declinar de España. Otro ejemplo de parcialidad era la denuncia del incumplimiento del Estatuto. Sin embargo, el Estatuto estaba cumplido salvo unas pocas transferencias; los criterios nacionalistas para transferirlas eran “manifiestamente inapropiados” y el mismo que denunciaba la gravedad de su incumplimiento había intentado abrir el camino de la autodeterminación. Todo esto manifestaba que el problema de fondo del nacionalismo, que seguía siendo el mismo a pesar de la apariencia de ciertos cambios, era la “dificultad de esta ideología para adecuarse a la situación política del País Vasco de nuestro tiempo”. El problema nacionalista es ideológico, no de liderazgo, y, en concreto, afecta a su proyecto para Euskadi y a las relaciones con España. Los problemas fundamentales tenían que ver con la modernización ideológica: la superación del agonismo –válido, según los autores, desde Sabino Arana hasta la derrota franquis-

¹⁴¹ Deia, 16-2-09 (21). La idea de ‘sucursalismo’ en lugar de autogobierno se repite en Deia 20-2-09 (37), “Ateriza como puedas”, Miriam Vázquez. Sobre la condición de delegado del gobierno de Patxi López y la poca y seleccionada presencia de líderes nacionales del PSOE y PP, ver: Correo 21-2-09 (21), “Pocos pero escogidos”, Olatz Barriuso.

¹⁴² Correo, 19-2-09 (25).

ta, lo que me parece una excesiva concesión—, el abandono de la confusa distinción entre ortodoxia y pragmatismo y el rechazo de creer en enemigos de la identidad vasca o en riesgos de aniquilación del pueblo vasco, que no encajaban con la mayor descentralización política existente en la actualidad en Europa. Los autores consideraban explicable que las bases defensivas del nacionalismo vasco hubiesen destacado la “homogeneidad y el simplismo de la argumentación...Pero los tiempos actuales no afirman la independencia sino la interdependencia, no la soberanía sino las competencias y la responsabilidad compartidas en el sistema político superior común español en que nos integramos”. La modernización del Estado español —“sin problema alguno por ofrecer un aspecto federal”— servía para afirmar que el paso del tiempo exigía cambios y que, si el nacionalismo lo hubiese hecho a tiempo, la perspectiva electoral no sería tan incierta¹⁴³.

Confirmaba este inmovilismo nacionalista la campaña del PNV que usaba el criterio de que los no nacionalistas no conocían el país, no sentían el euskera y eran, además, siervos de Madrid, criterio equivalente al de no ser considerado vasco de verdad, sino “un español de mierda”. El buen vasco era el nacionalista arraigado en la tierra vasca y todo el que quisiera ser ciudadano de primera tendría que aceptar sus ‘marcadores étnicos’ y su identidad. Esto significaba la apología de la asimilación. Las palabras de Alain Touraine servían para responder a lo que ocurría diariamente en los mítines nacionalistas: “El retorno de las comunidades trae consigo la llamada a la homogeneidad, a la pureza, a la unidad, y la comunicación se sustituye por la guerra entre quienes ofrecen sacrificios a dioses diferentes, aluden a tradiciones extranjeras u opuestas entre sí, e incluso se consideran en ocasiones biológicamente diferentes a los demás y superiores a ellos”¹⁴⁴.

¹⁴³ Correo, 25-2-09 (36), “El reto pendiente”, Juan José Solozábal y Joseba Arregi y otros. – Javier Elzo, “Mas allá de las soberanías”, Correo 27-2-09 (40), contestó a un punto de este artículo, el de la soberanía, defendiendo que la soberanía no tenía sentido para nadie, ni para España ni para Euskadi. España, que ya no era dentro de la UE independiente, sino interdependiente, debía aplicarse los mismos criterios que Solozabal exigía al nacionalismo vasco. Pero España no renunciaba al soberanismo como lo demostraba la prohibición de la pretendida consulta del gobierno vasco. El autor consideraba una antigüalla el soberanismo nacionalista vasco, pensaba en un Estado cosmopolita europeo en la línea de Ulrich Beck y añadía que faltaba mucho para erradicar “el soberanismo en la reflexión y en el quehacer político”. Este comentario, que no respondía a lo esencial del análisis de “El reto pendiente”, comete el error metodológico frecuente de proceder dogmáticamente a partir de un concepto, el de interdependencia en cuanto negador de la soberanía, y de ahí deducir la naturaleza de las relaciones políticas y lo que hay que hacer en todos los casos, sin tener en cuenta las realidades políticas, el poder, la fuerza de los hechos, el derecho internacional y el derecho constitucional. En el caso citado de la Unión Europea, son los Estados nacionales y no las regiones ni las comunidades autónomas ni sus equivalentes, el fundamento de la UE. Por otra parte, hay que ser más prudente en afirmar que la tesis del Estado nacional es un paradigma totalmente superado.

¹⁴⁴ Correo, 19-2-09 (38), “El país de los susurros”, Jesús Prieto Mendoza.

Una prueba más de lo que se recoge en el anterior comentario, pero desde la óptica nacionalista, aparecía en la interpretación de las elecciones como enfrentamiento, no entre ideologías, sino entre sentimientos, el del patriotismo y amor a la patria. Ibarretxe encarnaba la opción nacional vasca; López era “el de la violencia soterrada teledirigida desde Madrid, el del odio a la idea misma de Euskalerría”. Ibarretxe era hombre de paz, competente, delicado, respetuoso de todos, lo mismo del que era más español que vasco que de la izquierda abertzale “víctima de una persecución implacable por parte de los mentores del Sr. López”. La pretensión del candidato socialista de lograr un gran consenso para derrotar a ETA no era seria, porque a estas gentes se les combatía “con el clamor del Pueblo vasco. El que ellos no han querido oír, recurriendo a un aplastamiento judicial inicuo para enmudecerlo”. Con López probablemente se trataba de frenar la consolidación del sentido de Pueblo y Nación en la sociedad vasca. En Euskadi –“aquí somos gente seria”– no había lugar para un Obama blanco¹⁴⁵.

La idea básica de la campaña de Ibarretxe, la de que había que despertar ante la pretensión de echar del poder al nacionalismo, se repitió con lenguaje y formas nuevas que impresionaron mucho a algunos comentaristas. Como muestra de esto, Ibarretxe, imitando a Mr. Spock, dijo: “Los últimos informes –las encuestas– nos avisan de un intento muy serio por parte de otras galaxias de controlar la galaxia vasca. Nosotros tenemos una misión: defender la galaxia vasca”, lo que quería decir, según una carta al director, que lo que Ibarretxe trataba de defender era la galaxia nacionalista, de ninguna manera la vasca¹⁴⁶.

Ciertamente, añadía Antonio Elorza, la identificación de Ibarretxe con Spock había sido hábil técnicamente para dar una imagen menos triste del candidato nacionalista, aunque la única coincidencia entre ambos era la rigidez. Un pura sangre de identidad única y excluyente frente a un mestizo como Spock. Detrás de la nueva imagen estaba el sabiniano original que distinguía entre el autóctono (el abertzale) y el invasor, entre el pueblo vasco (el nacionalismo tradicional) y los otros (los extraños, los enemigos), dejando sin lugar a la democracia y presentando “en odres nuevos las viejas ideas”. Ibarretxe se presentaba como “el sirviente sacrificado por su pueblo” que, por otra parte, “nunca reconoce nada, siempre repite las mismas propuestas y las mismas quejas, con su gesto al mismo tiempo determinado y compungi-

¹⁴⁵ Deia, 19-2-09 (26), “O seguimos gobernando o nos gobiernan”, Colectivo Izadia, formado por Ramón Labayen, José Miguel Zabala y Javier Chalbaud.- En Correo, 20-2-09 (20) el alcalde de Bilbao parecía pedir a Ibarretxe en un lenguaje críptico más realismo y menos juegos florales.

¹⁴⁶ Correo, 24-4-09 (39), “Galaxia nacionalista”, Jaione Martín Navarro. Más llamadas a la movilización con la técnica del ‘boca a boca’ en El País, 20-2-09 (4.14), “Diario de campaña”, de Luis R. Aizpiolea, donde se dice, creo que erróneamente, que Ibarretxe era “el mayor interesado en olvidar el soberanismo”.

do, con lo cual a la vez que crea las condiciones para que los problemas (el terror en primer lugar) no puedan ser nunca resueltos, se presenta personificando las frustración que padece la ciudadanía por esa falta de resolución”. En sentido contrario a la honestidad de Spock, Ibarretxe fomentaba la obcecación nacionalista, engañaba con su propuesta de diálogo, ocultaba la verdad de los éxitos policiales, no reconocía en ANV y sus similares la condición de instrumentos de ETA, presentaba a Euskadi y Madrid en constante oposición sin tener en cuenta los acuerdos y creaba “las condiciones para que ETA (tuviera) razones para sobrevivir”. No era Spock; en todo caso, Hamelin y, ciertamente, un populista más en busca de mantener su poder a base de imagen¹⁴⁷.

La respuesta del candidato nacionalista al ataque de la kale borroka contra seis batzokis durante la última semana fue estremecedora, porque él no pensaba amilanarse “ni ante ETA ni ante España”, es decir, ETA y la izquierda abertzale, por un lado, y el PSE y el PP, por el otro. El argumento de Ibarretxe es viejo; el PNV es el centro atacado por la izquierda, ETA, y por la derecha, España, sus dos enemigos, y lo repitió a los pocos días al responder a la pregunta “¿Sigue siendo el tripartito el “cauce central” de la política vasca?”: “No tengo ninguna duda de que el espacio de decir un no rotundo a la violencia de ETA y un sí a que la sociedad vasca tiene derecho a decidir su propio futuro para vivir mejor, para mejorar nuestro nivel de vida, además de para profundizar en nuestra identidad como pueblo, conforma un espacio central. Obviamente, después hay formaciones políticas que, como en el caso de Batasuna o de la izquierda abertzale, no acaban de tener la suficiente valentía para decirle no a ETA. Y por otra parte existen formaciones como el PP y el PSOE que no aceptan que aquí hay un pueblo, el pueblo vasco, y que tenemos derecho a decidir para vivir mejor”¹⁴⁸. A propósito de esta estrategia de Ibarretxe basada en el “cauce central”, que “tiende a equiparar como extremos a demócratas y no-demócratas”, y de la media aritmética con fines comparativos (en salarios, crecimiento económico...), Kepa Aulestia escribió que sería el gran éxito de la siguiente legislatura el abandono de las menciones públicas de las medias, porque constituía “el recurso político más selectivo, engañoso y manipulable, después de la identidad”¹⁴⁹. Pero el nacionalismo seguía su camino y en el mitin de fin de campaña pidió el voto masivo para acabar con la ‘pinza’ que trataban de ejercer sobre el PNV la izquierda abertzale y ETA, por un lado, y, por el otro, el PSE y el PP. Todos

¹⁴⁷ Correo, 26-2-09 (39). “¿De veras Spock?”, Antonio Elorza. Un rasgo de cinismo aparece, cuando Ibarretxe dijo ante centenares de firmantes de la Plataforma *Hemen Ibarretxe*: “Sois muy valientes por estar aquí a cara descubierta sin pedir nada a cambio... Lo más sencillo en los días que corren es huir despavoridos del compromiso” (El País, 27-2-09 (13)).

¹⁴⁸ El Mundo, 26-2-09 (10-11), entrevista a Juan José Ibarretxe, que es una repetición de todo lo dicho en la campaña, insistiendo en el derecho a decidir de la sociedad vasca.

¹⁴⁹ Correo, 25-2-09 (30), “Contra la media”, Kepa Aulestia.

buscaban la expulsión de los jeltzales del Gobierno¹⁵⁰. Deia extendió este acoso al nacionalismo a la prensa que, con su influencia esencial en la formación de la opinión pública, había maltratado al candidato del PNV, Ibarretxe, durante toda la campaña¹⁵¹.

Urkullu, por su parte, interpretó el ataque a las sedes del PNV como “una muestra de totalitarismo, fascismo e intolerancia”, expresión, a su vez, de un modo de entender “la vida desde el odio y desde poner muros a la convivencia entre ciudadanos”. Según Patxi López, los que habían “atacado sus sedes son aquellos que ponen bombas y a la vez quieren estar en las instituciones democráticas”¹⁵².

Reflexionando sobre estos ataques (hubo otro contra el PSE), F. Domínguez recordó que, de los 56 ataques contabilizados contra sus ‘adversarios’ ideológicos en 2008, 33 fueron contra el PNV y 14 contra el PSE. Los ataques obedecían a la estrategia de ETA, que pretendía que el PNV no optara por el autonomismo abandonando “definitivamente” el soberanismo, ya que en soledad los etarras tendrían “una larga travesía en el desierto”. La presión sobre el PNV, que obedecía a la convicción de que el PNV ya había decidido buscar un nuevo acuerdo con el Estado, es decir, un nuevo Estatuto, avisaba de los riesgos que correría el PNV, si consumaba su pretensión. En este sentido, los resultados del día 1 podrían ser definitivos. La advertencia del autor de que el ataque al PNV no excluía la posibilidad de ataques a otros partidos sobraba, entre otras razones, porque ya se habían producido algunos y, sobre todo, como lo dice el propio autor, porque la exclusión de las listas abertzales era un “casus belli” para ETA¹⁵³. El País interpretaba que las imágenes del enfrentamiento y ataque al PNV con la intervención de la Ertzantza contra los radicales era la mejor forma de disuadir a los desencantados abertzales y a los ligados a las subvenciones del gobierno de dar el voto útil al PNV. No obstante esta realidad, el PNV había recurrido, el fin de semana, al voto del miedo con sus proclamas de que “los españoles quieren echar a los euskaldunes de Ajuria Enea y...disolver la identidad vasca con la española”¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Correo, 28-2-09 (20).

¹⁵¹ Deia, 26-2-09 (27), editorial “La campaña de los medios”, que utilizaba, al parecer, un estudio de varios profesores de la UPV (“La prensa toma partido”, p. 33, de Miguel Casado y otros) según el cual los medios de mayor difusión daban discursos muy desfavorables de Ibarretxe, siendo Deia el único en dar una visión positiva del mismo. El editorial destacaba, también, esta toma de partido de los medios de comunicación. A esto hay que decir que la única identificación absoluta y total de un periódico con un partido es la de Deia con el PNV.

¹⁵² Correo, 22-2-09 (33). En Deia 22-2-09 (38 y 39): entrevista a Andoni Ortuzar, que repite fielmente los contenidos de la campaña del PNV.

¹⁵³ Correo, 22-2-09 (33), “Campaña bajo presión”, Florencio Domínguez.

¹⁵⁴ El País, 22-2-09 (15).

Sabater fue meridiano en su análisis de la actitud de muchos de los que condenaban el terrorismo de ETA, refiriéndose claramente, entre otros, al PNV, porque eran de poco fiar. Su idea de democracia era parecida al autoritarismo étnico fascista y su comportamiento, si bien era menos sanguinario, resultaba más repugnante que el de ETA, porque no les parecía del todo mal la pretensión etarra de domesticar a todos los vascos o porque eran más impacientes con los que no se sometían que con los mismos terroristas o porque negaban el apoyo institucional a los no nacionalistas o porque la acusación del PNV de que las ilegalizaciones buscaban el favor electoral no tenía en cuenta que el terrorismo le había favorecido electoralmente durante toda la democracia. Responsable el nacionalismo clientelista de la muerte civil de muchos vascos no tenía frente a ETA otra actitud que la mera oposición y esto no podía ser más que el comienzo. Por su parte, la sociedad vasca sólo se resistía a oponerse a ETA y los que defendían su final dialogado no eran una alternativa fiable “para quienes no pensamos irnos voluntariamente de este cutre infierno vasco hasta que se le hiele el aliento al último de nuestros demonios con txapela calada hasta las cejas”¹⁵⁵.

La crónica de la campaña en los últimos días nos da el mismo discurso. Evitar el gobierno socialista no era sólo por razones de salvar la identidad vasca, sino, también, de alcanzar buenos servicios¹⁵⁶. Las campañas ya no eran para insultar y descalificar a los demás partidos, afirmación que dijo Ibarretxe olvidando la continua desautorización de los socialistas para gobernar, sino para responder a los problemas de la gente. Hacer política consistía en “gobernar desde la respuesta” del pueblo¹⁵⁷. Ocultar el pacto entre socialistas y populares era necesario en una sociedad que rechazaba el frenetismo, porque, de lo contrario, decía Erkoreka, buena parte del electorado votaría al PNV¹⁵⁸. El desalojo del PNV del gobierno (“agresión política”), si ‘ganaba’ las elecciones, haría difícil la colaboración con Zapatero¹⁵⁹. En las elecciones se jugaba el futuro del País Vasco y la ilegalización de la izquierda abertzale obedecía a un cálculo político para asegurar la opción socialista¹⁶⁰. El candidato socialista tenía que aclarar si respetaría la lista más votada o pactaría con el PP. La victoria del PNV dependía de que el electorado

¹⁵⁵ Correo, 21-2-09 (41), “Cálculo electoral”, Fernando Sabater.

¹⁵⁶ Correo, 23-2-09 (21).

¹⁵⁷ Correo, 24-2-09 (27). En Correo 21-2-09 (36) aparece el objetivo estratégico del PNV de lograr en el 2013 que por fuentes renovables se alcanzase el 100% de la energía de los hogares vascos.

¹⁵⁸ Correo, 24-2-09 (28).

¹⁵⁹ Deia, 24-4-09 (31).

¹⁶⁰ Correo, 25-2-09 (25). Ver Correo, 27-2-09 (23). En una entrevista preguntaron a Ibarretxe por qué tanto miedo al cambio socialista, si las ventajas económicas se debían al Concierto Económico. La respuesta de Ibarretxe fue que por la dependencia política de los socialistas y por tener las arcas vacías (El País, 27-2-09 (4.5)).

vasco se diera cuenta del “embuste” de los socialistas. Y la condena a ETA –únicamente condena– aportó la novedad de que “socialistas, nacionalistas, populares o comunistas, somos el pueblo” –lo cual no encajaba con el discurso general nacionalista, a no ser que se distinguiese entre pueblo ‘político’ impuesto y pueblo étnico, como tampoco encajaba la invitación de Ibarretxe a votar cada uno lo que quisiera–. El PNV estaba por conquistar la paz y, también, a favor de la participación de todos en los procesos políticos¹⁶¹. Su insistencia en la crítica de la ilegalización de las listas de la izquierda abertzale y la poca o nula respuesta que, por el contrario, prestaba a las denuncias de EA por el abandono de las tesis soberanistas podía explicarse por la mayor importancia que tenían los herederos de Batasuna a la hora de formar gobierno y porque en el caso de responder a EA sería necesario destacar la imagen soberanista de Ibarretxe y del PNV, cuestión en la que no interesaba insistir¹⁶². Este razonamiento, bien fundado, olvida, no obstante, que en la campaña no se abandonaron los temas soberanistas.

Fiel a su obstinación, en el sentido de “porfirar con necedad y pertinacia” según la Real Academia, Ibarretxe insistió en todas sus afirmaciones, especialmente en lo relativo a su idea soberanista. “Tomar decisiones aquí y el derecho a decidir, el desarrollar nuestra identidad” situaba al pueblo vasco con su cultura en el mundo, desarrollaba la economía y traía un mayor bienestar. “Si queremos que las empresas tomen sus determinaciones aquí, también las decisiones políticas se deben adoptar en Euskadi y no en Madrid...” Todo lo relativo a su plan era criterio del partido nacionalista y no se entendía que, después de haber discutido otros Estatutos, se hubiese negado el derecho a debatir y negociar el proyecto de reforma del Estatuto vasco. ¿“Por qué se prohíbe que la sociedad vasca se pronuncie? ¿Por qué esa soberbia política de decir ‘no, no, no lo vas a hacer. Está prohibido y, además, no me importa lo que diga la sociedad vasca’. En definitiva, no se había perdido el plan, ya que “esa forma de ver las cosas se ha incorporado a la sociedad vasca”¹⁶³.

Se repitió el discurso y, también, el apoyo laudatorio al candidato nacionalista, esta vez, por parte de Jon Azua: “Hoy sin duda, lo que menos necesita Euskadi son cambios mediáticos no soportados ni en experiencias de éxito ni en preparación para dirigir un gobierno propio con un compromiso

¹⁶¹ Deia, 26-2-009 (34). Ver Correo, 27-2-09 (23).

¹⁶² El País 21-2-09 (12), “La familia nacionalista busca acomodo”, J.M. Gastaca.

¹⁶³ Correo, 27-2-09 (23), entrevista de Pello Salaburu a Juan José Ibarretxe. Las respuestas de Ibarretxe en Deia 27-2-09 (46-47) a una excelente serie de preguntas de Xabier Larrañaga son un ejercicio de repetición mecánica de la campaña, viniere o no a cuento, de evasión y de cinismo, especialmente, en materia de sanidad, actitud hacia ETA, compromiso de la Ertzaintza, falta de escrúpulos en los pactos, concepto de ‘partido’ o independencia de pequeños países.- En Correo, 27-2-09 (33) Ibarretxe promete ser fiel y entregarse totalmente a su país.

que empiece y termine en Euskadi. La sociedad vasca necesita un gobierno propio que se ocupe de ella y no otra sucursal añadida a centros de decisión *globalizados* con intereses subordinados. Ibarretxe: confianza, liderazgo y proyecto propio...¹⁶⁴. La unidad nacionalista dentro del PNV fue monolítica. Los políticos, la plataforma ‘Hemen Ibarretxe’ y los comentaristas leyeron el mismo programa y la misma propaganda.

A falta de pocos días para votar, la crítica trató de responder a dos cuestiones. La primera era la explicación del por qué de la prioridad dada en la campaña a la crisis económica dejando de lado al soberanismo. La respuesta –con algunos errores a lo largo del artículo– (Carles Castro) estaba en la denominada ‘estrategia de Sherezade’, que consistía “en introducir desde el poder nuevos temas en la agenda política que distraigan a los electores de los fracasos de gestión o de las realidades desapacibles imputables al Gobierno de turno. Se trataría así de aplazar sine die un veredicto electoral adverso”. En su momento, el plan de Ibarretxe fue un nuevo relato, que “cubría de renovado lustre el óxido de tanto tiempo en el poder”. El nuevo cuento de Ibarretxe se lo trajo la crisis económica y “sólo la crisis puede salvarle tras su tenaz apuesta por una epopeya tan hipnótica como estéril”¹⁶⁵. Esta interpretación no tiene en cuenta que el discurso de Ibarretxe, al unir autogobierno con crisis, se movía dentro de la ortodoxia nacionalista, por peregrina que ésta pueda ser. El desarrollo del autogobierno, el derecho de autodeterminación y la independencia son, en definitiva, los instrumentos para superar todos los problemas y las crisis, todas las crisis, la económica y cualquier otra. Esto el nacionalismo vasco ya lo había dicho repetidas veces y el tema es tan viejo como la misma existencia del nacionalismo

La segunda cuestión, que confirma lo que acabo de decir, era si el discurso de Ibarretxe había abandonado o no su estrategia hacia la soberanía. Lourdes Pérez defendió que el candidato nacionalista se había mantenido en lo substancial en el mismo discurso con el que ganó las elecciones de 2001. Reconociendo que el soberanismo se había supeditado al “lucimiento de la gestión”, el discurso había sido “unívoco” en 2008, 2005 y 2001. En esencia, la idea madre era que en Euskadi había un “nosotros”, los del poder, y un “los otros”, PP y PSE, los aspirantes al poder, usurpadores del poder, ejecutores de una política no vasca, sirviéndose para ello de la izquierda abertzale, bien por ausencia, bien por “pinza”, en contra del nacionalismo institucional. El candidato del PNV utilizaba en sus intervenciones el miedo a los otros, si ganaban el poder, idea un tanto desdramatizada por la ayuda socia-

¹⁶⁴ Deia, 26-2-09 (28), “Ibarretxe: confianza, liderazgo y proyecto propio”, Jon Azua. Otro artículo en apoyo de Ibarretxe con el mismo argumento central: Deia 26-2-09 (35), “El factor confianza”, Martín Auzmendi.

¹⁶⁵ La Vanguardia, 27-2-09 (14-15), “Ibarretxe y la estrategia de Scherezade”, Carles Castro.

lista al gobierno tripartito. El PNV había aceptado de su candidato la propuesta del “enfrentamiento entre el “aquí” del nacionalismo identificado con lo vasco y el “allí” de quienes atenderían los requerimientos de Madrid”. Este planteamiento hacía imposible los acuerdos más allá del tripartito y la izquierda abertzale. Por convicción o por interés ésta era la obra de Ibarretxe, que si bien dejaba claro quiénes eran ‘los otros’, no así quiénes eran los ‘nuestros’, supuesto el distanciamiento demostrado por los socios del tripartito frente al PNV en el debate –argumento, este último, de poco valor, ya que el distanciamiento táctico electoral es suficiente explicación—¹⁶⁶.

Las mismas palabras de Ibarretxe corroboraron esta interpretación. El candidato consideró injusto que le acusaran de ocultar momentáneamente el derecho de autodeterminación y el soberanismo por razones electorales: “Cualquiera que haya seguido la campaña ha podido ver que estamos planteando abiertamente el derecho a decidir no sólo como pueblo, para que nuestra cultura tenga su sitio en el mundo, sino para que lo tenga nuestra economía. Si hoy respondemos mejor ante la crisis...es porque a través del autogobierno tenemos capacidad para tomar decisiones. Y queremos tener más, más y más y más. El derecho a decidir aquí para vivir mejor ha sido un eje de nuestra campaña”¹⁶⁷.

El resumen de la campaña en el mismo día de las votaciones lo hizo Deia: elecciones trascendentales, Parlamento “en cierto modo” mutilado, “calculada estrategia de ilegalizaciones”, posibilidad de un gobierno no vaso de PSE y PP por estas ilegalizaciones que ellos mismos defendían, pero total legitimidad de todos los parlamentarios. Hacía falta una participación

¹⁶⁶ Correo, 27-2-09 (35), “El eterno retorno”, Lourdes Pérez.

¹⁶⁷ El País, 27-2-09 (4 y 5), entrevista a Juan José Ibarretxe. En la misma entrevista dijo que la cuestión de la consulta estaba en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, por el momento, se defendía el desarrollo del autogobierno en la línea del Concierto Político, que en esencia consistía en que las decisiones se tomaran en Euskadi y no en Madrid. Era legítimo decidir en Madrid, “pero yo creo que es malo”. Ibarretxe, que eludió responder a la pregunta de por qué los votos del PP iban a ser más rechazables que los votos del PCTV, pidió que el PSE dijera públicamente que sólo podía obtener el Gobierno con los votos del PP, “porque el que gana las elecciones – disparate rotundo en nuestro sistema político - no necesita ningún voto más para ser *lehendakari*, como los alcaldes; el más votado, ésa es la persona que la sociedad quiere que sea *lehendakari*. El escenario que tendremos va a ser derivado de la ley de Partidos, y que la izquierda abertzale no esté en el Parlamento, decisión tomada por cálculo político, es lo que puede propiciar que PSE y PP tengan la mayoría en él”. No era lógico, sino falta de ideas, que los políticos hablaran antes de las votaciones de los pactos de gobierno.- Sobre la lista más votada ver: Deia, 27-2-09 (39), “¿Será *lehendakari* el candidato más votada?”, Juan Carlos Ibarra. En el mismo sentido, Deia 27-2-09 (43), H. Unzueta, que escribe que la ocultación al electorado de los apoyos para ser *lehendakari* es establecer “un condicionante decisivo en la formación de criterio a la hora de votar” y reservarse “una carta que le da juego y oxígeno político incluso en el caso de salir derrotado en las urnas...”

masiva ante una elección entre “gestión y reivindicación del autogobierno para el bienestar frente a cambio y *desalojo* nacionalista”¹⁶⁸.

En definitiva, la campaña del PNV estuvo lejos de pretensiones pretéritas como la de lograr la hegemonía política y social de Euskadi. Es cierto que, a pesar de todo el poder social y económico alcanzado por el PNV en sus muchos años de poder político, nunca había logrado ni la hegemonía política, ni la hegemonía social. Tampoco el nacionalismo en su totalidad con su creciente desarrollo hasta la década de los 90 del siglo pasado, había conseguido que todo el País Vasco fuera nacionalista¹⁶⁹. En las elecciones autonómicas de 2009 el objetivo era más modesto; la propaganda electoral buscaba simplemente mantenerse en el poder, es decir, evitar el desalojo de Ajuria Enea. Para ello, la idea del PNV era renunciar, en apariencia, a la soberanía con el fin de evitar la oposición de todos aquellos contrarios a ella, pero al sustituirla, lo hizo recurriendo a un argumento aún peor, que muestra con toda crudeza la naturaleza de su nacionalismo, su primitivo etnicismo, social, cultural y políticamente divisor, que separa entre el pueblo (no hay más pueblo que el nacionalista) y los advenedizos, entre amigos y enemigos, y que, por añadidura, asienta los derechos políticos en algo tan poco ilustrado y fantasioso como la estirpe de la tribu de Aitor. Todo esto demuestra que determinadas interpretaciones de lo que estaba en juego, en el orden de los valores, en estas elecciones estaban razonablemente justificadas como, por ejemplo, conseguir que los vascos se convencieran de que no hay otro criterio político de legitimidad en la sociedad contemporánea que la libre volun-

¹⁶⁸ Deia, 1-3-09 (29), “Hablan los ciudadanos”, editorial. La repetición del ‘masaje’ nacionalista aparece, también, en Deia 1-3-09 (30), “Solbes no nos visitó en campaña porque el rey tiene la fórmula”, de Iñaki Anasagasti, uno de los peores artículos de la campaña, donde entre otras cosas, dice que el rey hizo el siguiente spot para Patxi López: “En la inauguración de la biblioteca de Deusto (Universidad), quince días antes de empezar la campaña dijo: ‘Patxi, a ver cuándo ganas a estos que llevan casi treinta años en el gobierno’. Y en otra conversación con el candidato del PP no pudo ser más explícito. ‘Vosotros lo que tenéis que hacer es apoyar a Patxi’. Y lo pretende cumplir el otrora republicano partido socialista, a las órdenes de su Graciosa Majestad, una Majestad que lleva 34 años chupando del bote, sin acreditar elección alguna, salvo la del dedo de Franco”. Otra semejante colaboración es la de Juanjo Álvarez, “Elecciones para el futuro: Lo que está en juego”, Deia 1-30-09 (35), artículo en el que la propaganda básica nacionalista sufre pequeñas matizaciones. Así, la exclusión de la izquierda abertzale es “la exclusión de la voz y el voto de una parte importante de nuestro pueblo”; la importancia de las elecciones es “clave para el futuro de nuestro pueblo”; ante la crítica al ‘ciclo agotado’ del nacionalismo propone “una reflexión que sitúe el acento en la pluralidad y en la madurez de nuestra sociedad, sin perder su principal valor: el sentimiento identitario, como señal de pertenencia al pueblo vasco”; “el nacionalismo institucional no persigue patrimonializar la sociedad”; el respeto a las normas de convivencia, a la diferencia y al que opine de distinta forma permitirá “avanzar en el desarrollo de nuestro autogobierno, de avanzar hacia objetivos de mayor soberanía”.

¹⁶⁹ Correo, 14-2-09 (28), “Hegemonías”, Florencio Domínguez.

tad de los individuos iguales y liberados de todo sometimiento que no sea el de la ley. Frente a esto, resultaba históricamente fuera de tiempo la pretensión nacionalista de que la sociedad democrática se debía fundamentar exclusivamente en la identidad colectiva étnica, entendida como realidad substancial que precede a la política y se proyecta en ella, legitimándola y limitándola. No hay espacio político, según el nacionalismo vasco, más allá del que establece el irreal, mítico y anticientífico concepto de la identidad colectiva, en este caso, de lo que es ser vasco¹⁷⁰. De donde se deduce que el problema de las elecciones – como venía siendo desde hacía tiempo – era una cuestión de libertad y democracia tanto política como social, de mayor gravedad en Euskadi que en el resto de España. Bastaba observar cómo, por ejemplo, en la vida social “la absorción del conjunto de la sociedad por las administraciones públicas, y de éstas por *el partido*, (era) agobiante y asfixiante”. El cambio debía posibilitar el ejercicio universal de valores tan elementales como las libertades liberales y garantizar unas instituciones políticas para todos y no sólo para privilegiados. En las elecciones estaba la oportunidad de rebelión contra el nacionalismo en todas sus versiones¹⁷¹.

El 1 de marzo, día de las elecciones, podía ser, también, el final de la ‘década perdida’, caracterizada por una inusitada tensión entre nacionalistas y no nacionalistas por causa de que la estrategia de consensos amplios se sustituyó por el acercamiento entre los nacionalismos, institucional y violento, y por la persecución terrorista de socialistas y populares. Este planteamiento fue un fracaso a partir de 1999, ya que la radicalización del nacionalismo institucional no llevó a ETA a abandonar el terrorismo, que era la justificación del cambio nacionalista, y, a pesar del fracaso, se siguió la estrategia iniciada con las tensiones en el PNV, las discrepancias con Ibarretxe, el enfrentamiento entre éste y la dirección del PNV y la pérdida de confianza entre los partidos de gobierno. Las elecciones podían ser el final de esta década, a no ser que Ibarretxe ganara arrolladoramente y con ello, sólo con ello, podría mantener su autonomía ante el PNV¹⁷².

¹⁷⁰ Ver Correo, 23-2-09 (38-39), “La sociedad política”, Joseba Arregi

¹⁷¹ El Mundo, 20-2-09 (29), “La débil democracia española”, Joseba Arregi, y Correo 21-2-09 (41), “Cálculo electoral”, Fernando Sabater. Ver el artículo, elaborado desde el concepto de democracia y referido al caso de España, “Democracia imperfecta”, Juan Antonio Rodríguez Tous, Correo 28-2-09 (40). Contrastan con las interpretaciones referidas la alabanza, en primer lugar, de la campaña del PNV, que obligaba a abandonar los contenidos políticos – obligación que no se cumplió -, y que Ibarretxe había hecho “con credibilidad”, aunque sin autocritica (Correo, 27-2-09 (33), “Cada uno a lo suyo”, Xavier Gurrutxaga), y la valoración, en segundo lugar, de la campaña nacionalista desde las perspectivas políticas como “la principal novedad en el orden de la comunicación electoral” que obedecía a la necesidad de estrategias futuras “más sutiles e impredecibles” que las del soberanismo (Correo, 14-2-09 (36), “Preparando el día después”, Joseba Lópezortega). Ambas interpretaciones ignoraban el problema fundamental de las elecciones.

¹⁷² Correo, 26-2-09 (27), “La década perdida”, Florencio Domínguez.

Campaña del Partido Socialista de Euskadi y análisis crítico

El total de información sobre el discurso socialista alcanzó las 6.090 unidades o palabras, bastantes más que las que tuvo el siguiente partido, el PNV. Y, como ocurrió en los demás casos, el mayor espacio de esta información se dedicó a presentar la imagen del partido, 53,69%, frente al 46,30% de la crítica a los partidos. Fue uno de los partidos más críticos, juntamente con UP y D e Izquierda Unida-EB, que centró su oposición en el PNV con el 62,58% de este apartado en lógica correspondencia con la actitud del PNV hacia él; a ETA-Batasuna-D3M y Askatasuna dedicó el 21,49%; al PP, el 3,19% y a IU-EB, el 1,95%. Contrasta la reducida atención socialista hacia el PP con la que éste le dedicó generosamente.

El Partido Socialista de Euskadi centró su campaña en el cambio, cambio sin revanchas. Fue un discurso a favor de la actualización por consenso del Estatuto, del traspaso de las transferencias pendientes y de apoyo al auto-gobierno; de la unidad de todos los vascos y del amor a Euskadi frente a la división y enfrentamiento de la política de Ibarretxe; de la integración de identidades; de política progresista frente a política conservadora nacionalista; de defensa del máximo consenso posible en la formación del gobierno; de lucha activa contra el terrorismo; de identificación con las ilegalizaciones por razones del Estado de Derecho. Defendió el pactismo, la política en favor de las víctimas, la política antiterrorista y el futuro gobierno del candidato socialista.

Sus intervenciones fueron contra la injusticia y el sectarismo nacionalistas; contra la política independentista de Ibarretxe y su corrupta gestión; contra la mentira de prometer la solución a la crisis económica desde Euskadi; contra el antisocialismo y antinacionalismo del PP; contra los engañados por Madrazo y contra alguna intervención clerical¹⁷³.

¹⁷³ El eje de campaña del Partido Popular fue el cambio en el País Vasco con un claro desarrollo de sus contenidos: libertad (el más repetido), rechazo del pacto PNV-PSE, medidas económicas ante la crisis (el segundo en insistencia), sociedad plural, desbancar a Ibarretxe y gobernar de otra forma, normalidad política y social, menos exigencia del euskera, rechazo del nacionalismo obligatorio, convivencia pacífica y derrota del terrorismo. El 43% de su crítica recayó sobre el Partido Socialista; el 33,42%, sobre el PNV; el 14,09% sobre ETA-Batasuna y el 2,6% fueron críticas al obispo de San Sebastián. Ver: Correo 13-2-09 (26), Deia 13-2-09 (37), El Mundo 14-2-09 (7), ABC 15-2-09 (24), Deia 18-2-09 (35), Correo 21-2-09 (23), El Mundo 21-2-09 (8-9), El País 25-2-09 (7), Deia 25-2-09 (34-35), Correo 27-2-09 (29) y Deia 27-2-09 (42).

UPyD centró sus mensajes en la necesidad de regenerar Euskadi empezando por la creación de un gobierno constitucional en lugar de un gobierno nacionalista, tema más veces repetido; otros puntos de la regeneración fueron la reforma de la política lingüística del euskera, la devolución de competencias a los órganos centrales, la necesidad de enviar al nacionalismo a la oposición y la garantía de una justicia independiente. Partido Nacionalista Vasco, Partido Socialista de Euskadi y Partido Popular fueron los partidos criticados con el

Una de las candidatas socialistas por Guipúzcoa, concejala, parlamentaria, médico y portavoz socialista en cuestiones sanitarias, expuso las líneas de la actuación socialista al describir la situación, en Mondragón a finales de los 80, de injusticia, sectarismo y abuso de poder contra los ciudadanos venidos de fuera del País Vasco, tratados como ciudadanos de segunda. Este contexto estaba en el origen de su militancia socialista contra el poder que gobernaba en Mondragón, el de HB, que le hizo sufrir el maltrato y el menosprecio, y contra el sectarismo del resto de la sociedad por no aceptar la ideología dominante. Desde entonces, la situación con respecto al primer punto había mejorado gracias a la Ley de partidos que había deslegitimado “a los que apoyaban la violencia, que ya no son los *jatorras* del pueblo, ya no se les disculpa, la balanza se está equilibrando. La ciudadanía está fuerte, y débil, el grupo que ideológicamente apoya al terrorismo”. En cuanto al segundo declaró: “Y es que el PNV controla el poder, los puestos, la información y la compra de voluntades a través del desarrollo de empresas opacas al control de la oposición. Por higiene democrática, para que haya más transparencia, el cambio es imprescindible”¹⁷⁴.

En el inicio de su campaña la crónica decía que Patxi López quiso imitar el viaje de Obama desde Springfield, pequeño pueblo de Illinois en EEUU, hasta la Casa Blanca (que, a se vez, era un repetición de lo hecho por Lincoln). Por ello, su primera intervención la hizo en Portugalete, donde conoció el valor de la libertad y aprendió “a querer a Euskadi y a enarbolar las primeras ikurriñas”. Allí su padre fue detenido y desterrado por ser socialista y ETA quemó la casa del pueblo. Su mensaje no distinguió orígenes y apellidos, autóctonos e inmigrantes. Criticó las obsesiones de los nacionalistas, la política radical de independencia de Ibarretxe (si ganaba las elecciones) y pidió el voto a los nacionalistas, a los ‘estafados’ por Madrazo y a los simpatizantes del PP. Ahora bien, añadió, “nuestros enemigos son “la frustración y la división. Es el conformismo de pensar que nada puede cambiar en Euskadi. Que estamos condenados a no entendernos...No presumo de

38,82%, 35,10% y 14,36% respectivamente. Ver: Correo 14-2-09 (31), Deia 16-2-09 (22), El Mundo 18-2-09 (6), Correo 23-2-09 (30), El País 26-2-09 (14) y Correo 28-2-09 (32).

Izquierda Unida-EB (de la que Savater escribió que la “sonrojante Ezker Batua” era uno de los oportunistas allegados al nacionalismo en el poder y que “debería haber un ‘copyright’ político que prohibiera usar la palabra izquierda para llamar a ese partido” (Correo 21-2-09 (40) artículo ya citado)) resumió su imagen en el lema “ni nacionalismo ni españolismo”. El diálogo sin exclusiones, la paz, la normalización, la economía bajo el poder público, la participación ciudadana y el rechazo repetido de la abstención fueron sus temas, aunque lo habitual fue la lectura diaria del programa electoral. Su crítica a los partidos se distribuyó así: PSE, 50,57%; PNV, 18,8%; Partido Popular, 16,37%; ETA-Batasuna, 9,48%; Gobierno vasco (PNV y EA), 3,44%. Ver: Deia 13-2-09 (37), Correo 16-2-09 (29), Correo 19-2-09 (29), Deia 21-2-09 (34), Deia 23-2-09 (26-27), El Mundo 24-2-09 (8), Correo 27-2-09 (32) y Correo 28-2-09 (29).

¹⁷⁴ El Mundo 10-2-09 (10), entrevista a Blanca Roncal, por Montse Ramírez.

nada más, pero tampoco de nada menos. Llevo en la mochila compromiso y ganas de cambiar muchas cosas para hacer un país mejor. Llevo pasión por Euskadi”¹⁷⁵.

En esencia, y al margen de simbolismos, esta primera intervención del candidato socialista fue su presentación y la de su partido, un socialismo vasco objeto de la represión franquista y etarra, y defensor de la libertad y del vasquismo. Una semana más tarde le criticaron porque no estaba “alentando – en parte, sólo en parte, deliberadamente –el fervor del cambio...”¹⁷⁶.

Deia se hizo eco de que el CIS, al situar en sus sondeos al PSE detrás del PNV, después de haber dicho Paxti López en la precampaña que buscaba una amplia mayoría para gobernar sin hipotecas, había dejado en mal lugar al candidato socialista. Sin embargo, éste ofrecía esperanza y unión frente al miedo, conflicto y discordia creados por Ibarretxe. El eje de la campaña socialista iba a ser el cambio y, también, la pretensión de un debate cara a cara con Ibarretxe orientado a captar el voto indeciso entre los que se encontraban nacionalistas hartos del radicalismo de Ibarretxe, que buscaban una Euskadi sin exclusiones mediante el diálogo y el acuerdo. El gobierno socialista prometía cercanía y encuentro con el ciudadano, es decir, realismo frente a la política contraria nacionalista, que había dado lugar a planes y consultas que enfrentaban a vascos contra vascos. Patxi pidió el voto nacionalista sensato, el voto progresista de IU (votar a Madrazo era igual que votar a Ibarretxe), el voto de los populares que buscaban estabilidad sin crispación y el de los jóvenes¹⁷⁷.

En la víspera del comienzo de la campaña el PSE había atacado la gestión del Gobierno, aspecto que era uno de los puntos fuertes de la campaña nacionalista, calificándola de “mala, despilfarradora y corrupta”¹⁷⁸.

Ante el futuro y ante el árbol de Gernika, “símbolo de libertad para los vascos y de nuestros deseos de reunirnos todos bajo un mismo objetivo, el de convivir y construir juntos el futuro”, López defendió “sumar ideas e identidades en un proyecto común y compartido” –objetivo, que en lo que se refiere a la suma de identidades, no pasa de ser una quimera, dado el carácter excluyente del nacionalismo–. Después de diez años de intentos de imposición y de olvidar que todos los vascos son igualmente vascos, lo más valioso era la unidad de todos, la recuperación del entendimiento y el logro de acuerdos entre diferentes. Entre estos acuerdos debía estar el de la actualización por consenso del Estatuto, gracias al cual Euskadi era una comunidad política, en la que se garantizaba el “derecho a decidir”, y un gran país construido entre todos. “No más broncas ni más divisiones porque sólo generan

¹⁷⁵ Correo, 13-2-09 (26).

¹⁷⁶ El Mundo, 21-2-09 (6), “Sondeos estimulantes”, Santiago González.

¹⁷⁷ Deia, 13-2-09 (37). Correo, 13-2-09 (24).

¹⁷⁸ El País, 13-2-09 (3)

inestabilidad, inseguridad y desconfianza permanente. No vamos a dedicarle ni un minuto a buscar conflictos artificiales con nadie, sino a buscar entendimientos para ser más fuertes y eficaces en la respuesta a nuestros problemas”¹⁷⁹. La política de frentes terminaría el día 1 de marzo¹⁸⁰.

El Mundo resaltó la importancia del debate sobre la reforma del Estatuto que propuso López en Gernika, lugar donde ELA proclamó la muerte del Estatuto en 1997 dentro del proceso hacia el pacto de Lizarra y la posterior década de soberanismo del nacionalismo dirigido por Ibarretxe. El PSE sabía que el PNV no iba a entrar en el debate, pues su línea electoral era rebajar el soberanismo y proponer al Gobierno una negociación directa. Por el contrario, EA y, también, Aralar defendían el soberanismo para marcar distancias tanto en contra de los socialistas como del PNV¹⁸¹.

Si con el nacionalismo de por medio la conciliación de identidades es un imposible, otro problema distinto plantea la asimilación de tesis nacionalistas por parte de quienes se declaran contrarios a ellas. La cuestión la trató en la campaña J.M. Ruiz Soroa al analizar el tema de identidad y división social con el resultado de una fuerte crítica al socialismo y, también, a los populares. El comentario tiene que ver con las actitudes, a veces, complejos, de socialistas y populares ante el concepto de ser vasco que utiliza el nacionalismo. Es decir, la idea de lo vasco, de la vasquidad, en los últimos cien años –decía el autor– la había creado el nacionalismo con tanto éxito (por imposición, amenazas, exigencias curriculares, subvenciones) que había dado lugar a que muchos, entre ellos los políticos de otros partidos, tuviesen que hacer muestras de aceptación de tal identidad, como ocurría, por ejemplo, con el euskera. Muchos, aunque no supiesen hablarlo, prometían que lo aprenderían y decían, mal que bien, algo en euskera al comienzo de sus discursos o saludaban en la lengua del paleolítico. Es decir, el nacionalismo defendía que la base de su identidad era cultural-biológica (lengua, fisonomía, RH y apellidos) y que esta identidad era el fundamento de sus objetivos políticos y de sus derechos. Tal identidad definía al pueblo vasco como sujeto de la historia, de la autodeterminación, de la libertad e independencia. Los que no tenían esta identidad eran diferentes y ajenos al pueblo vasco. Pues bien, el autor escribió en un relato de ficción futurista que un buen día los socialistas descubrieron la “molécula primordial de la vasquidad” (es decir, la molécula de la identidad vasca) y que ésta se podía transmitir a todos los habitantes del País Vasco mediante fumigación. De repente, una vez hecha la fumigación, todos los habitantes de Euskadi tenían los mismos elementos de la vasquidad, tanto desde el punto de vista cultural-biológico (desde la lengua hasta el RH) como social, de manera que los intelectuales pudieron dejar

¹⁷⁹ Correo, 14-2-09 (23).

¹⁸⁰ Deia, 14-2-09 (34).

¹⁸¹ El Mundo 14-2-09 (4).

claro que había llegado el “fin de la historia del conflicto”. Sin embargo, en poco tiempo se pudo comprobar que, a pesar de disfrutar todos de la misma identidad cultural, racial e histórica, las divisiones políticas no habían desaparecido. Se descubrió, así, que “la identidad común no (eliminaba) los conflictos sobre cómo plasmarla en las instituciones”. Tampoco evitaba que surgiesen nuevas ideologías, incluso, estúpidas ideologías que amenazaban a parte de la población con el ‘apartheid’. Ante esta situación, los nacionalistas quisieron volver a la anterior situación mediante la fumigación, porque estaría más claro quién era español y quien era vasco, pero socialistas y populares prefirieron seguir con su nueva personalidad que había permitido “borrar su antiguo complejo de ser poco vascos”. La fumigación o su rechazo dependía de un puñado de votos¹⁸².

En esta línea de crítica al socialismo y a la asimilación silenciosa de la cultura nacionalista, el mismo autor manifestaba su disconformidad contra el hecho de que el documento aprobado por el Consejo Asesor del Euskera fuese presentado como fruto de un consenso unánime y universal, cuando de tal Consejo habían sido excluidos los monolingües castellanos. Estaba claro que con tal exclusión sólo se podía tener el punto de vista particular y minoritario de los euskera parlantes. Lo más asombroso en este caso era “la manse dumbre y conformidad con que la opinión pública acepta como poco menos que natural y obvio que una parte sola pueda opinar como juez imparcial sobre la política que se pueda aplicar a los demás. Una parte interesada que, además, no va a sufrir las consecuencias de esa política”. Y el autor añadía críticamente: “Y que al socialismo vasco le parezca perfecto. Pero así es Euskadi, no le den más vueltas”¹⁸³.

Por la dificultad para obtener ventaja electoral parece que estaba del lado socialista, porque, según J. L. Zubizarreta y a tenor de las encuestas, la distancia en el electorado entre la voluntad de cambio y la esperanza o convicción de que se iba a producir continuidad era lo suficiente para tener como consecuencia, además de una campaña “razonablemente intensa” entre partidos, la de que el candidato socialista se vería obligado a hacer el esfuerzo mayor, el de crear entusiasmo frente a la resignación y movilizar a su electorado “sin provocar en exceso el ajeno”, punto éste donde se jugaba la victoria el aspirante¹⁸⁴. Días más tarde, el mismo autor defendía, a partir de la idea de que toda campaña era un campo de fuerzas, de vectores en mutua interrelación e interdependencia, que, salvo los pequeños partidos, todos los

¹⁸² Correo, 14-2-09, (26), “¿Otra fumigación?”, J.M. Ruiz Soroa.

¹⁸³ Correo, 19-2-09 (39), “Curioso consenso”, J.M. Ruiz Soroa. El candidato socialista ciertamente hizo un exagerado alarde de vasquismo.

¹⁸⁴ Correo, 14-2-09, (31), “De qué irá la campaña”, José Luis Zubizarreta. Entre los comentaristas y críticos, el centro de atención de las elecciones lo ocupó el PNV y su nacionalismo.

demás debían sus votos no sólo a su esfuerzo, sino al resultado de esa intercausalidad de fuerzas, que eran los partidos y los medios de comunicación. Según esto, el sistema de fuerzas de la campaña había potenciado al partido socialista situándolo en el centro del sistema electoral al recibir los ataques contradictorios entre sí del PNV, del PP, de EA y de EB. De este modo, el PSE había desplazado al PNV del protagonismo de la campaña y de la formación de gobierno¹⁸⁵.

La idea de no crear miedo en los contrarios –el candidato socialista dijo que Ibarretxe daba miedo a sus propios votantes– y de movilizar a los propios fue una interpretación frecuentemente repetida por los comentaristas y considerada como la esencia de toda campaña electoral y, en este caso, como la estrategia seguida por los socialistas, pero, también, por los nacionalistas del PNV, ya que Ibarretxe había dejado un tanto de lado su línea soberanista y se presentaba, y era presentado como el avezado gestor económico y social en medio de una grave crisis. Evidentemente, esta nueva imagen era para los socialistas una careta, que, una vez pasadas las elecciones, dejaría ver, otra vez, la estrategia soberanista. Ahora bien, los nacionalistas manejaban, también, el criterio de que la suma de los constitucionalistas obtendría la mayoría absoluta, con lo que el rechazo al advenimiento españolista seguía siendo la baza principal para motivar a los suyos. Por su parte, la campaña socialista era de guante blanco pidiendo el voto más allá de afiliados y simpatizantes, pero sin estridencias, rechazando los frentes, sin aburrir, destacando lo vasco, con pocos y seleccionados políticos de Madrid y proponiendo el pacto a las demás fuerzas políticas¹⁸⁶.

La tensión de la campaña en partidos y prensa fue grande, bien con lenguaje discursivo o bien con sofisterías, pero moderada en sus formas, salvo excepciones de mal gusto. La idea de movilizar al propio electorado sin provocar al ajeno recordaba lo ocurrido en 2001. Ahora bien, el problema entonces fue doble, porque el anuncio del pacto entre PSE y PP no sólo pudo provocar la mayor participación nacionalista, sino que redujo la de los socialistas. En 2001 el PSE bajó de 14 a 13 parlamentarios. Pero, además, las circunstancias en 2009 eran distintas, tanto por la ruptura de la coalición nacionalista como por el cansancio y aburrimiento provocado por los planes y consultas desde 2001 hasta 2009.

En realidad, López tenía que luchar contra el nacionalismo del ‘linaje de Aitor’, contra la supuesta superioridad política y social originaria basada en el esencialismo histórico, según el cual los vascos (euskaldunes o de apellido) venían desde el principio de los tiempos, y tenía que hacerlo siendo considerado por el nacionalismo como un foráneo de familia y como miembro de un partido ‘advenedizo’ y ajeno al sentimiento y a la esencia del país. Y

¹⁸⁵ Correo, 20-2-09 (25), “Dejarse hacer la campaña”, José Luis Zubizarreta.

¹⁸⁶ Correo, 15-2-09 (25), “La clave es no dar miedo”, Olatz Barriuso.

prometía deslegitimar socialmente al terrorismo en la educación y medios de comunicación, hacer eficaz a la Ertzaintza en su lucha antiterrorista, además de reformar de manera consensuada el Estatuto y luchar contra la crisis económica. En definitiva, la alternativa trataba de conseguir que los vascos fuesen iguales, independientemente de su origen e ideología¹⁸⁷. Por ello, los socialistas seguían con su objetivo de desenmascarar al Ibarretxe electoral y sustituirlo por el preelectoral y postelectoral soberanista que dividía y enfrentaba a los vascos. Frente a la falsa dicotomía nacionalista-no nacionalista del PNV, estaba la división entre el pasado y el futuro, entre elegir a un conservador o elegir a un progresista¹⁸⁸.

Se trataba del cambio sin revanchas, repetía el candidato López, que se defendía de los ataques nacionalistas diciendo que tras los avances y progresos realizados en Euskadi siempre había estado un socialistas. Ruvalcaba insistía en que no había persecución ideológica en impedir que las dos listas radicales estuvieran presentes en las elecciones, ya que en el Parlamento vasco habría formaciones defensoras de la independencia o de la consulta. Simplemente, no estarían presentes ‘los apéndices de ETA’. Rubalcaba reconoció que “hubo años en los que pensamos que Batasuna podía ser su cauce para incorporarse a la democracia”. La alternativa era o urnas o pistolas, de manera que Batasuna o rompía con ETA o la convencía para que dejase las armas. Mientras no hiciera nada de esto, no estaría en las instituciones. Tal posición, conocida por el PNV e Ibarretxe, era considerada por el nacionalismo como electoralista. Ruvalcaba, no obstante, defendió que había que cerrar una etapa de gobiernos que daban muestras de cansancio. ¿Cómo un partido, el PNV, en crisis podía sacar de la crisis económica a Euskadi?¹⁸⁹. José Antonio Pastor reconoció la herencia positiva de todos los lehendakaris desde Rubial hasta Ardanza, salvo en el caso de Ibarretxe. Y “¿por qué se le va a recordar a Ibarretxe? Por la bronca, la división. Esa es su triste historia”¹⁹⁰.

Bajo la presión de los gritos de los simpatizantes de la izquierda abertzale el candidato socialista anunció el acuerdo entre el Gobierno central e Iberdrola de crear en Euskadi un centro de investigación de energías renovables y presentó el Plan de Revitalización de barrios para desarrollar “el incremento de la seguridad ciudadana, la erradicación de la infravivienda, el discurso al comercio de proximidad, la ampliación de la red de centros de salud y la apertura fuera de horario escolar de los centros públicos de enseñan-

¹⁸⁷ El País, 15-2-09 (8.9). “El linaje de Aitor”, José Luis Barbería.

¹⁸⁸ Correo, 15-2-09 (33). La prensa del día informó del ataque de desconocidos a la sede del PSE en Elorrio con pintadas a favor de D3M.

¹⁸⁹ Correo, 16-2-09 (27).

¹⁹⁰ Deia, 16-2-09 (22). Ver también El Mundo 16-2-09 (6).

¹⁹¹ Deia, 17-2-09 (29).

za”¹⁹¹.

El cambio al que se refería el candidato socialista tenía por eje el del máximo consenso posible en la formación de gobierno, y dos incompatibilidades, la del PP con su antinacionalismo y antisocialismo y la de Ibarretxe con su juego permanente por la división y el enfrentamiento que excluía a más de la mitad de los ciudadanos vascos. El centro de decisión con el triunfo socialista –en contra de las acusaciones nacionalistas de que estaría en Madrid– “no va a estar fuera de Ajuria Enea, no va a estar en la sede de Sabin Etxea”. Esto era una denuncia de que las decisiones de los gobiernos nacionalistas no las tomaba el gobierno, sino el PNV. Éste y sus compañeros del gobierno tripartito eran el único frente que había existido en los últimos años, “la coalición para la independencia de Ibarretxe”, en la que Ezker Batua era el “acompañante mudo, que dice que son de izquierdas cuando se han dedicado sólo a asumir todos los planteamientos soberanistas con tal de seguir en el poder”. También era parte del cambio la actualización del Estatuto, que de ninguna manera iba a ser una reducción de su contenido. La intención del candidato en esta materia era “resolver definitivamente el capítulo de las transferencias pendientes”, teniendo en cuenta que el acuerdo pendiente de lograr estaba en Euskadi y estando “dispuesto a llegar a acuerdos para definir cuáles (eran) las materias y transferencias pendientes y solucionarlo definitivamente, incluso con algunas nuevas que podamos decidir”. En este sentido, resultaba imprescindible “recuperar el entendimiento y el pacto entre todos. Quien piense que el Estatuto es sólo un listado de transferencias es que no ha entendido nada. Es un marco de autogobierno enorme, pero también un triple pacto –término, en mi opinión, inadecuado para expresar el carácter federal del Estado español de acuerdo con la Constitución de 1978– entre vascos, entre las instituciones y territorios que conforman el País Vasco, y entre los vascos y el conjunto de los españoles”¹⁹². Este concepto de ‘pacto’ es una servidumbre más que el socialismo asume de la cultura política nacionalista del ‘pactismo’, concepto que en manos nacionalistas tiene muy poco que ver con el de federalismo y mucho con formas medievales de organización política.

En la presentación del “Manifiesto por la Igualdad”, López prometió la paridad en el gobierno y en los salarios, pero, ante su adversario principal, el PNV, arremetió contra el discurso del miedo de Ibarretxe que anunciaba toda clase de males, si el PNV salía del gobierno. La victoria socialista no pondría en peligro ni autogobierno, ni ikurriña, ni concierto, sino únicamente los “cómodos sillones del poder”. El mensaje socialista, que tenía los pilares de la unidad, suma y acuerdo, se presentaba como un muro de contención contra los ataques del PNV, de manera que lo único que peligraba era “la divi-

¹⁹² Correo, 18-2-09 (23).

sión, la falta de cooperación entre gobiernos o entre territorios que Ibarretxe ha alimentado de forma irresponsable durante estos diez años”. El PP, sin embargo, hacía política desde la trinchera¹⁹³.

Algunas palabras en un tono más alto que lo habitual fueron las dirigidas en respuesta a la afirmación de Erkoreka de que la victoria de López era tan difícil “como ver volar un cerdo”. El candidato socialista la interpretó como un insulto a sus votantes y una muestra del sentido patrimonialista de los nacionalistas según el cual “Euskadi es su batzoki particular. Lo siento por él – añadió – porque cuando mire para arriba va a ver un cielo totalmente encapotado, no de cerdos voladores, sino de gente que no está dispuesta a seguir aguantando la chulería de quien se cree que le corresponde el poder por derecho divino”¹⁹⁴.

En una mezcla de imagen de partido y de crítica al PNV y al gobierno vasco, José Antonio Pastor reconoció que la situación económica estaba ocupando el centro de los discursos políticos de la campaña, cosa de la que el PNV se había dado cuenta tarde, después de diez años sin tocar el tema. La propuesta socialista, a partir de una saneada economía vasca gracias al concierto, consistía en un gran acuerdo político y social y en la colaboración con los gobiernos autonómicos, de España y de Europa. “Esos discursos de que la crisis se resuelve aquí, además de aldeanos, son mentirosos”. Frente a la prioridad política del PNV, soberanismo y derecho a decidir, la prioridad socialista sería el autogobierno al servicio del ciudadano. La reunión de Ibarretxe, por ejemplo, con los empresarios había sido sólo para que apoyasen su plan y, si no se había producido la transferencia de las políticas activas de empleo, era por la exigencia del gobierno vasco de añadir la gestión de la seguridad social, no por el gobierno central o el partido socialista. Pastor no entendía qué significaba el ‘concierto político’ y creía que no hacía falta ningún instrumento extraño para enfrentarse con los problemas políticos. Era suficiente recurrir al diálogo y aplicar el Estatuto de Autonomía. Reconocía que el PSE, para gobernar, tendría que recurrir a pactos, cosa que era lo habitual en la política vasca y el propio PSE lo había practicado apoyando al gobierno vasco en la anterior legislatura, que habría quedado en blanco sin su ayuda. La afirmación de Urkullu de que había un tripartito ‘antinatural’ entre PSE-PP y UPyD era pura imaginación. “El único tres en uno que ha funcionado estos años es el tripartito del señor Ibarretxe”. El PSE no compartía la política frentista y, refiriéndose tácitamente a lo ocurrido en las elecciones de 2001, manifestó que aquel experimento fallido no se volvería a repetir. El PSE estaría abierto al diálogo con todos los partidos, pero “de la

¹⁹³ Correo, 19-2-09 (22).

¹⁹⁴ Correo, 19-2-09 (25).

¹⁹⁵ Deia, 19-2-09 (33). Entrevista de Miriam Vázquez a José Antonio Pastor, número dos del PSE por Bizkaia.

política de pactos se habla cuando se saben los resultados”¹⁹⁵.

La ministra Garmendia ratificó el anuncio de López sobre el convenio entre el ministerio e Iberdrola de crear un centro de investigación de energías renovables y medio ambiente en Euskadi, proyecto por el que López había sido calificado de mentiroso y de vender humo por el PNV. Las conversaciones se iniciaron hacía un mes y no estaban vinculadas a la negociación de los presupuestos a final de año, cosa que había dicho Urkullu, ni tampoco al que promovía el Gobierno vasco en Vitoria. La ministra reprochó que el gobierno vasco fuese el único que no había cursado ninguna solicitud de reunión con su ministerio para presentar su proyecto y solicitar ayuda. “Sé, dijo, de las iniciativas de la consejería vasca porque me reúno con los agentes de I+D vascos y me lo cuentan”¹⁹⁶. En el mismo acto, en que intervino la ministra, López se comprometió a elevar al 2% del PIB el gasto en I+D+i¹⁹⁷.

Zapatero recordó en San Sebastián el fracasado plan de paz, sus encuentros con Ibarretxe, en los que se perdía con sus planes y en los que jamás le planteaba los problemas de los jóvenes ni los problemas sociales, y las iniciativas más valoradas por la juventud tales como la retirada de las tropas de Irak, el matrimonio entre homosexuales o la ley de igualdad. Y prometió la lucha contra el machismo, la investigación con cédulas madre y el mantenimiento de las políticas sociales a pesar de la crisis. De López dijo que estaba tranquilo y contento; que era fiel a su proyecto y abierto con quien no pensaba como él y, añadió, que encontraba al PNV muy nervioso¹⁹⁸.

Ante la insistencia del PNV en el frente españolista, López dijo que lo único que había era la convicción de que perdería el poder que consideraba suyo y que, por ello, intentaba crear miedo diciendo mentiras como la destrucción del autogobierno y la identidad vasca por parte de los socialistas. En realidad, ante el intento jeltzale de dividir y hacer ciudadanos de primera y de segunda, el PSE pretendía un “país de todos y para todos”, pero sin un PP en el gobierno en permanente oposición al nacionalismo y al socialismo y sin un Ibarretxe imponiendo patrias excluyentes. La petición de voto se dirigía, también, a los votantes de EB “defraudados con un Madrazo que ha sido el acompañante mudo de todos los planes soberanistas de este país”¹⁹⁹.

Una vez más, la lucha contra el terrorismo ocupó la intervención del candidato socialista en busca de su deslegitimación y del consenso entre todos los partidos. Los terroristas tenían que perder toda esperanza, porque enfrentarse tenían a una democracia. Contra el terrorismo se podía hacer mucho más que pedir que desapareciera –en tácita referencia al PNV–. Su intención era potenciar la eficacia de la policía autónoma y su coordinación con las demás

¹⁹⁶ Correo, 20-2-09 (21).

¹⁹⁷ Deia, 20-2-09 (36).

¹⁹⁸ Correo, 21-2-09 (22).

¹⁹⁹ Correo, 22-2-09 (34).

fuerzas del Estado. Y –también, en crítica tácita a los distintos nacionalismos–, defendió que no se podía permanentemente cuestionar la democracia. Su compromiso era el de prestigiar el Estado de Derecho y luchar contra “las falsas equidistancias entre una organización terrorista y una Policía y unos jueces que la persiguen para defender a los ciudadanos”²⁰⁰.

En distintas entrevistas el candidato socialista expuso, de nuevo, la parte del programa socialista electoral que había venido proclamando en la campaña. Insistió en que sería suicida apoyar al PNV y que no aceptaría ser vicelehendakari con Ibarretxe, en la actualidad disfrazado de moderado, que seguía siendo el mismo de la independencia, soberanismo y Lizarra, con sus obsesiones y con su patria exclusiva y excluyente. Lo importante era la ciudadanía y, si hubiera consenso sobre un nuevo Estatuto, siempre por delante estarían los ciudadanos y la colaboración y la cooperación entre el Gobierno vasco y el de España. Él se presentaba como el candidato del acuerdo, del entendimiento y del pacto entre diferentes, con proyecto político propio, y buscando una mayoría suficiente que le permitiera gobernar con las menores hipotecas posibles. Abierto a todos, su programa de gobierno esperaba saber quién estaba dispuesto a apoyarlo, pero no iba a buscar el apoyo de Rosa Díez, aunque lo necesitara. Su bandera era la de la transparencia y la correspondiente fiscalidad desde el último euro hasta la etapa anterior del gobierno del PNV. El asunto de la cacería del ministro Bermejo no había gustado a ningún socialista y no había sido oportuna, pero ello no debía impedir la investigación de la posible corrupción del PP, aunque en su opinión, la mayoría de los concejales populares eran honrados y honestos. La ilegalización de las listas de Askatasuna y D3M no era una cuestión electoralista, sino de Estado de Derecho, en el que había que impedir la presencia de formaciones políticas en instituciones que servían para financiar al terrorismo. En este punto no cabían cálculos ni ambigüedades como las de Ibarretxe ni tampoco intervenciones como las del obispo de San Sebastián. “Las declaraciones de Uriarte son impresentables y dan aliento a quienes siguen dando cobertura a los que asesinan en este país. La Iglesia tiene que plantearse esto de manera mucho más seria. Afortunadamente, la Iglesia vasca no influye prácticamente nada, aunque siga empeñada en hacer política, y de la peor, desde los púlpitos. Su doble moral es insoportable. Además, lo que dice el obispo es falso; aquí no hay ninguna idea ilegalizada. Quien quiera votar independencia, autodeterminación o soberanía tiene un montón de opciones, desde el PNV a Aralar. Lo que no es posible es dar el voto a la violencia”. La reunión con Otegi no fue un error, sino una oportunidad para la paz, que resultó inútil por no romper con la banda terrorista. Ahora ya no había ninguna posibilidad de recibir a Otegi. Todos los votos del PSE estaban disponibles, por el contra-

²⁰⁰ Correo, 23-2-09 (23).

rio, para desbancar de las alcaldías a ANV. En su opinión, el distanciamiento con el PNV no acarrearía problemas para Zapatero, porque podía haber acuerdos entre PSE y otros partidos. Por otra parte, todos los socialistas estaban de acuerdo con el PSE, es decir, había “complicidad absoluta entre Zapatero y nosotros”. Y ante la afirmación frecuente de que Ibarretxe era el mejor colocado, ya que en el País Vasco las cuentas iban mejor y la crisis era menor, el candidato socialista pensaba que Ibarretxe había ocultado que en el último cuatrimestre la tasa de crecimiento del paro era un 40% superior en Euskadi que en el resto de España y, asimismo, que los precios eran los más caros de España. Ibarretxe, el gestor, no había hecho nada más que generar inestabilidad e inseguridad. Dada la enorme crisis del momento, sus primeras acciones de gobierno previstas eran la convocatoria de sindicatos y empresarios para elaborar un plan de choque, hablar con todos los partidos para recuperar la unidad contra el terrorismo y la relativa a la educación, el eje del cambio, donde el euskera y el castellano iban a ser las lenguas vehiculares además del inglés. Desde el punto de vista del ejercicio profesional, el euskera era necesario para el desarrollo de determinados trabajos, pero en otros debía imperar la profesionalidad. Lo contrario servía para crear conflictos innecesarios e incomprensibles y, además, para generar rechazo social. En la cuestión de la fusión de las cajas de ahorro vascas, que el PNV había utilizado para criticar al PSE, estaba a favor de su fusión, pero el PNV no quiso aclarar la finalidad de la fusión (si ganar dinero o apoyar proyectos empresariales) ni el concepto de obra social. Sobre la identidad vasca afirmaba que conocía a 2.200.000 identidades y que la identidad no se podía utilizar para dividir a los ciudadanos; “por eso, yo por encima de la identidad pongo la ciudadanía, porque ésta nos hace iguales, nos da derechos, obligaciones, libertades. Una cosa es usar un concepto de nación cultural, lingüística, simbólica, tradicional. Y otra cosa es la comunidad política, que la construimos entre todos los ciudadanos y se llama Euskadi”. Ni él ni los socialistas necesitaban reivindicar su vasquismo ni la ikurriña, como si fuera una bandera de conveniencia, porque siempre lo habían hecho y, además, habían estado “en el primer gobierno vasco, en el exilio...”; el tiempo de jugar con los símbolos con sentido “patrimonialista y chulesco” ya había pasado “y verán a cerdos volando”. Y, para terminar, el candidato socialista defendió la dispersión de los presos, en cuanto parte de la política antiterrorista, y su experiencia de gestión, de ninguna manera inferior a la de Ibarretxe, que nombró vicelehendakari a quien sólo había sido secretaria de actas del Eus-

²⁰¹ El Mundo, 23-2-09 (6-7) y Deia, 26-2-09 (38-39), entrevistas a Patxi López. En la entrevista de El País 26-2-09, (6-7) repite los mismos contenidos y es explícito, ante la acusación de cálculo electoral en las ilegalizaciones, en decir que obedecían a “una cuestión de principio. El único cálculo electoral lo ha hecho él (Ibarretxe), que quería salir de nuevo con los votos de los que amparan la violencia” (p.6).

kadi Buru Batzar²⁰¹.

A la bomba que puso ETA en la sede socialista de Lazkao siguió una fuerte respuesta socialista que no añadía nada especial, pero situó a todo el nacionalismo en el centro de sus críticas al terrorismo. El “estoy harto” del candidato socialista se podía extender, en primer lugar, al rechazo de ETA. “No tienen nada que hacer, somos más fuertes que ellos. No vamos a retroceder ni un milímetro. No nos van a callar”. En segundo lugar, al alcalde jeltzale de Lazkao, por “decir antes de condenar el atentado que estaba en contra de la Ley de Partidos y que comprendía que había una parte de la sociedad vasca que no podía tener voz. ¿Qué quiere decir? ¿Qué como no tienen voz tienen que poner bombas o que los que ponen bombas tienen que tener voz?” Y, en tercer lugar, a Ibarretxe y al PNV por deslegitimar estas elecciones al asegurar que los socialistas hacían cálculos electorales “al impedir que ETA (tuviera) voz en el Parlamento”. Era, precisamente, Ibarretxe el que hacía las cuentas con los votos de la izquierda abertzale, como hizo en 1998 y en 2001. Ahora iba a ser imposible. Pero, no obstante, el PNV estaba realizando una campaña de ser simpático con el mundo abertzale radical y, a la vez, de meter miedo, cuando los violentos no tenían sitio en las instituciones. No valía decir ¡fuera ETA!, si después se pretendía que sus amigos entrasen en el Parlamento. “Basta ya de ambigüedades insoportables y de guiños permanentes al abertzalismo radical”. En su discurso de campaña Ibarretxe se escondía detrás del “disfraz de buen gestor cuando no ha gestionado nada en este país, sólo planes y consultas que han dividido y enfrentado a la sociedad vasca”. Porque el único frente que había habido y que existiría, si ganaba Ibarretxe, era el que ya había creado con la coalición del tripartito buscando la independencia durante diez años sin hablar con nadie que no le diese la razón²⁰².

Felipe González vino a confirmar la actitud de los socialistas vascos de no renunciar al gobierno. “No caigas –le dijo al candidato socialista– en la tentación de no ser lehendakari”. (Según otra versión: “No sucumbas a la tentación de renunciar a presentar tu candidatura a lehendakari. Te lo diga quien te lo diga. No es que sea tu oportunidad. Es tu responsabilidad”)²⁰³. Esto era un claro apoyo a una de las opciones que se barajaban, la libertad total de PSE para formar gobierno o la imposición de Zapatero, que, por cierto, había defendido en público la primera opción, pero, no obstante, se utili-

²⁰² Correo, 24-2-09 (25). Deia, en su editorial “Bermejo dimite de un gobierno en crisis” del 24-2-09 (27), escribía que la dimisión del ministro Bermejo demostraba que el gobierno socialista central estaba en crisis y en un estado lamentable. Zapatero, por su parte, iba debilitándose cada vez más.

²⁰³ Correo, 26-2-09 (32), “Preposteración”, José Luis Zubizarreta, que interpreta a F. González diciendo lo que cree conveniente para un sector del electorado antes de tiempo y en contra de la prudencia y silencio de sus compañeros socialistas. Tal vez, en mi opinión, el autor exagera. El pacto entre populares y socialistas era manifiesto.

zaba el argumento de que cierto sector del partido prefería dejar vía libre al PNV con tal de garantizar su apoyo en el Congreso de los diputados. López, según el criterio de González, tenía que estar en el poder dos legislaturas; sería el tiempo necesario para que el PNV se recompusiera y volviese a su mejor tradición dejando de lado la “década perdida” del Pacto de Lizarra (1998-2008). El PNV necesitaba tranquilidad y aceptar la derrota como la regla de la democracia, “pero no tienen pinta de saber perder; por eso meten miedo a la gente”. A Egibar le recordó sus pactos con ETA-Batasuna de 1998, la liquidación del gobierno Ardanza y la etapa de acumulación nacionalista, con la acusación añadida de que estuvo “pactando con ETA-Batasuna incluso quién iba a ser el *lehendakari* de Euskadi”. López, por su parte, arremetió contra una de las “consignas baratas” de Ibarretxe de que los socialistas del País Vasco no eran vascos diciendo: “somos los que nos levantamos cada mañana y arriesgamos la vida”. Los nacionalistas, añadía, intentaban meter miedo anunciando “retrocesos apocalípticos”, si perdían el poder. “Denuncian ataques a su nave nodriza que sólo están en la galaxia de su cabeza”. En realidad, el PNV temía perder el poder que “cree que le pertenece por derecho divino”²⁰⁴.

Del discurso socialista fueron criticados tres puntos relativos a las acusaciones socialistas contra Ibarretxe, la política lingüística y el acceso de un socialista al Gobierno de Euskadi. La violencia de ETA en la campaña, escribía X. Gurrutxaga, era contraria a la voluntad de los vascos expresada democráticamente. ETA no estaba de acuerdo con la opinión de los vascos y, aunque no podía determinar las decisiones de los partidos, buscaba el enfrentamiento entre ellos. Tanto la democracia como el sentido común exigían evitar tal enfrentamiento, pero la acusación socialista de que Ibarretxe quería dar voz a los que ponían bombas era “muy fuerte” y, por añadidura, no favorecían al candidato socialista “ni política ni electoralmente”²⁰⁵. La propuesta sobre política lingüística, *Euskera en libertad*, daría lugar a una política activa en contra del euskera y de la ciudadanía euskaldun, tal y como había ocurrido en Navarra²⁰⁶. Y desde una perspectiva independentista y en buena medida utópica –sistema democrático de base, seguridad de conseguir un Estado independiente y estructura horizontal en la toma de decisiones– no resultaba indiferente el inquilino de Ajuria Enea. López era el zorro en un gallinero capaz de convertir su cargo en vitalicio y de alimentar con dinero público a cientos de gorriones y de poner en juego la educación y el futuro²⁰⁷.

La crítica al discurso socialista añadió un punto más, dirigido contra la

²⁰⁴ Correo, 25-2-09 (27) y El País 25-2-09 (1).

²⁰⁵ Correo, 25-2-09 (27), “Que no nos enreden”, Xavier Gurrutxaga.

²⁰⁶ Deia, 25-2-09 (26), “La política lingüística de los compañeros navarros de Patxi López”, Enrique Díez de Ulzurrun.

²⁰⁷ Deia, 25-2-09 (26), “El zorro en el gallinero, López en Ajuria Enea”, J. M. Agirre y otros miembros de Euskaria.

táctica seguida en su oposición y denuncia del candidato del PNV. Ibarretxe, como ya se ha recogido, se presentó como el gestor de la crisis y defensor del autogobierno para el bienestar dejando de lado su perfil político anterior y su correspondiente estrategia. El PSE, por el contrario, se había centrado en la crítica al PNV en el Ibarretxe político de la consulta y esto era “un error”, porque ignoraba el desarrollo económico y acusaba a Ibarretxe de haber sido un obstáculo a tal desarrollo. “El empeño legítimo de querer configurar un futuro sin Ibarretxe, no debe llevar a los socialistas a negar la realidad. Una realidad que también ellos han contribuido a crear con su política de colaboración en el Parlamento”²⁰⁸. El artículo acertaba en destacar la disparidad entre el planteamiento nacionalista de la campaña, un planteamiento económico, y la respuesta política del PSE a la misma, pero sólo superficialmente. En primer lugar, porque el diseño de campaña del PNV también fue político y el abandono de la vía independentista no fue más que aparente. Y, en segundo lugar, porque el PSE no erró en seguir presentando al candidato nacionalista como ‘soberanista’, sino en no extender su crítica a la política anterior, tanto económica como de gasto, ya que se limitó a desautorizarla en unas pocas frases sin ningún tipo de desarrollo. Ni siquiera los analistas y críticos hicieron este trabajo. El PSE no lo hizo en la campaña y no lo haría después desde el gobierno.

En el último gran acto político los socialistas vivieron una situación de euforia con la presencia de Zapatero y López. El primero se presentó diciendo que había venido a celebrar la victoria en las elecciones, un día histórico para el PSE, pidió el voto de la margen izquierda y prometió un gobierno de futuro, lo contrario que los gobiernos de Ibarretxe, porque la elección no era entre nacionalismo y no nacionalismo, sino entre progreso y conservadurismo –tal como repetidamente se había dicho en la campaña–. “Estoy orgulloso –dijo– de vivir este momento de nuestra historia. Hemos sabido esperar y nos lo merecemos”. El segundo defendió el pactismo, la unidad de todos los vascos e, incluso, pidió el voto de los nacionalistas a quienes Ibarretxe daba miedo. Su memoria recordó el socialismo vasco y, también, el legado de Rubial y de José Antonio Agirre²⁰⁹. En este sentido, López recordó su formación en la margen izquierda en cuanto garantía de unidad e integración de la sociedad vasca. “Lo hago, dijo, con humildad y respeto, respeto a la identidad vasca, a la cultura de Euskadi, al Euskara y a la ikurriña”²¹⁰.

El candidato socialista terminó su campaña recorriendo el camino que separaba su pueblo natal, Portugalete, de Vitoria, sede del Gobierno vasco, como se quisiera representar la andadura que, por primera vez, iba a llevar a un socialista a ser Lehendakari. El camino estuvo salpicado de paradas e

²⁰⁸ Correo, 27-2-09 (33), “Cada uno a lo suyo”, Xabier Gurrutxaga.

²⁰⁹ Correo, 27-2-09 (27).

²¹⁰ El Mundo, 27-2-09 (4).

intervenciones, en las que se repitió lo dicho en la campaña, pero con más fuerza y emoción: la ocultación por Ibarretxe de sus verdaderos planes soberanistas, el orgullo de ser socialista, el entendimiento entre todas las fuerzas democráticas, la paz, la recuperación de la ilusión, la movilización por el voto “de esperanza para gobernar sin hipotecas” y la Euskadi unida en la que la diversidad “es nuestra mayor fuerza”. El objetivo electoral era llegar por primera vez a Ajuria Enea²¹¹.

CONCLUSIONES

El discurso político de la campaña de los dos principales partidos, Partido Nacionalista Vasco y Partido Socialista de Euskadi, se planteó entre la continuidad y el cambio, es decir, entre la continuidad del nacionalismo o la alternativa socialista en el Gobierno autonómico vasco. Con diversos argumentos, centrados en la defensa del bienestar y en la identidad colectiva de los vascos, en el caso nacionalista, y, en el socialista, en la unidad de los vascos, integración de identidades y antiterrorismo activo, ambos partidos trataron de defender sus objetivos.

En cuanto al trabajo de los comentaristas, cabe decir lo siguiente:

- en el tipo de campaña abundan los juicios de valor injustificados (campaña aburrida, sosa, sin garra, sin debate, sin propuestas relevantes), cuando, por primera vez, estaba en cuestión el cambio de gobierno; hay, así mismo, pretensiones excesivas (explicar el tipo de gobierno y el alcance del cambio a partir de las formas o tipo de la campaña), explicaciones gratuitas (la moderación buscaba evitar la abstención, o, incluso, la normalización, que no se había producido, estaba en el origen de tal moderación) y valoraciones positivas bien razonadas (el sosiego de la campaña rebajaba la tensión, el enfrentamiento y era un alivio ante la crisis y el fanatismo);
- ante la tríada formada por ETA, Batasuna y las listas ilegalizadas se produce un problema metodológico claro; por un lado, se realiza un análisis individualizado de todos sus componentes; es el planteamiento nacionalista, que le permite condenar a ETA, rechazar la política de la izquierda abertzale y, a la vez, condenar la ley de partidos, las ilegalizaciones y la democracia española, y defender la presencia de la izquierda abertzale en el Parlamento y, también, a los vascos que no podían ser representados; este planteamiento margina todo análisis sobre la posible relación entre tales elementos (v. g. de ayuda y sometimiento de las organizaciones prohibidas a ETA y al radicalismo

²¹¹ Correo, 28-2-09 (21).

abertzale); por otro lado, se hace un planteamiento, tácito o expreso, a partir del supuesto de la interdependencia e interconexión entre todas las partes, que da lugar a un análisis del terrorismo de ETA, víctimas, la ley (Derecho), democracia, elecciones, representación e ilegalizaciones en cuanto integrantes de un todo indivisible con la conclusión de que las ilegalizaciones no sólo no atentan a la libertad y la democracia, sino que las fortalecen;

- en cuanto a la formación de gobierno se produjo un abuso notable de cábalas y predicciones de todo tipo de (tripartitos, cuatripartitos, nacionalistas...) a partir de datos poco claros; entre otras previsiones, la más apoyada en las encuestas y defendida por el nacionalismo y la línea editorial de El Correo, un gobierno de mayorías amplias e integradoras formadas por los dos grandes partidos para realizar los proyectos que necesitaba el país, era un imposible en aquel momento y manifiestamente contraria a los discursos políticos de los dos primeros partidos; más razonable, aunque demasiado optimista, era la propuesta de gobiernos con el PNV en la oposición para que se reconvirtiera e hiciera posible el gobierno de amplias mayorías; la crítica, en general, vio hacia el final de la campaña que, dadas las circunstancias, los sondeos y el precedente navarro, un gobierno socialista en minoría con el apoyo parlamentario del PP tenía serias probabilidades;
- en la campaña del PNV cabe observar un total y absoluto monolitismo; partido, políticos, comentaristas, analistas, prensa nacionalista y plataformas (v. g. ‘Hemen Ibarretxe’) dijeron exactamente lo mismo; no hay función crítica dentro del espacio nacionalista; aquélla se redujo a un esquema laudatorio del discurso nacionalista, lo propio de un espacio cerrado, impenetrable y dogmático; ahora bien, la prensa nacionalista hizo la crítica de los demás partidos –la crítica a ETA y la izquierda abertzale se quedó en la mera condena–, esencialmente del PSE, pero repitiendo lo que decía el discurso nacionalista; todos leyeron el mismo guión y únicamente desde otros periódicos algún nacionalista dijo que el PNV no había integrado en su visión de la sociedad vasca el pluralismo social o que el candidato nacionalista no había hecho la autocrítica de su gestión de gobierno, pero nada más; la crítica del discurso nacionalista vino del resto de la prensa (principalmente el Correo) y fue un análisis, en lo substancial, del sistema de creencias y valores que el nacionalismo venía expresando y expresó en su discurso de la campaña en cuanto fundamento de sus objetivos y estrategias; fueron interpretados como predemocráticos, etnicistas, excluyentes y antidemocráticos por ser contrarios a la libertad y a la igualdad y causantes de la muerte civil de bastantes vascos; las mejores colaboraciones y análisis críticos, que fueron pocos, se produjeron aquí y pusieron en cuestión la legitimidad del nacionalismo del PNV; salvo alguna pequeña colaboración, se echó de menos una respuesta al discurso

nacionalista contra la crisis y, sobre todo, un análisis de la política económica y de gasto de los gobiernos de Ibarretxe; si bien la mayor información recayó sobre el PSE, la atención de los comentaristas fue absorbida por el Partido Nacionalista vasco;

- en la campaña socialista la prensa crítica no destacó, ni aclaró, los silencios del discurso socialista, que no eran, precisamente, los de ocultar su futura formación de gobierno, sino cómo pensaba llevar a cabo la integración de identidades excluyentes o el máximo consenso en la formación de gobierno o el pactismo o la unidad de los vascos sin enfrentarse al nacionalismo, porque sin el abandono del etnicismo esencialista y dogmático con su independencia y soberanía, sin la renuncia a un ‘nosotros’ y ‘pueblo’ prepolíticos y excluyentes y sin la adscripción definitiva a los valores del liberalismo y del constitucionalismo no puede llegarse más que a acuerdos tácticos y circunstanciales con el nacionalismo; tampoco se preocupó de explicar la gestión del gobierno del tripartito calificada de ‘mala, despilfarradora y corrupta’ por los socialistas; el discurso socialista dejó muchas incógnitas, que los comentaristas y analistas no trataron; la prensa nacionalista arremetió contra el candidato del PSE por su crítica a la política del nacionalismo sobre la presencia abertzale en el Parlamento y el ‘asalto’ de los socialistas al gobierno desde las posiciones ideológicas anteriormente descritas; así mismo, y con afirmaciones más duras y agresivas que el propio discurso nacionalista, denunció que el socialismo ocultaba la orientación del cambio y los propósitos antivascos y antieuske-ra; cierto sector crítico de la prensa no nacionalista destacó, por el contrario, el complejo de ‘vasquismo’ y la asimilación de la cultura nacionalista que sufría el PSE.

En definitiva, la crítica fue superior al discurso y, si bien todos los periódicos cumplieron básicamente con su función de informar, únicamente los periódicos libres de servidumbres a un Partido Político, salvo críticas limitadas al terrorismo, ofrecieron con cuentagotas análisis, criterios y valoraciones positivas para la formación de opinión.

La política criminal securitaria en la reforma penal de 2010*

Juan Ignacio Echano Basaldua

Catedrático de Derecho penal

Universidad de Deusto

Recibido: 12.11.2010

Aceptado: 23.11.2010

Resumen: La seguridad ciudadana constituye el objeto de la política criminal que ha modulado el Derecho penal español fruto de las reformas habidas, sobre todo, a partir de 2003. Pero la intensificación de la intervención penal y la flexibilización de las garantías que se ha producido de su mano, no se deben a un incremento de la criminalidad sino a un cambio en la percepción de la misma y en la valoración de que es objeto. Sus manifestaciones en la reforma de 2010 se producen sobre todo en algunos grupos de delitos, en los que se hace patente un Derecho penal cuyas penas pretenden en mayor medida la prevención general positiva (respuesta a la alarma social), la intimidación y la neutralización del peligro que representan los infractores, que su resocialización; un Derecho penal que, por ello, se escora peligrosamente hacia un derecho penal de peligrosidad, un derecho penal de autor. Semejante deriva se hace acreedora de una severa crítica, ya que el recurso prácticamente exclusivo a la pena de prisión, el endurecimiento de esta en su duración y régimen de cumplimiento, el incremento desorbitado del número de reclusos, la limitación en la vigencia de principios penales básicos, dificultan de forma importante la legitimación de tales medidas conforme a las pautas de un estado social y democrático de Derecho.

Palabras clave: política criminal securitaria, seguridad ciudadana, reforma penal de 2010

Abstract: *Citizen's security constitutes the aim of the criminal policies carried out in Spain from 2003. The increasing of criminal prosecution and the flexibilization of the legal guarantees as measures implemented by these policies, are not, however, based on a rise in criminality, since they constitute on the other hand the result of a change in the perception of criminality. These measures implemented by the 2010 Criminal Code Amendment Act are specially to be found on certain groups of torts, where penalties tend mainly to a kind of positive general prevention (as an answer to the social alarm), the intimidation and the neutralization of the danger that lawbreakers represent, instead of their rehabilitation. It constitutes then a Criminal Law based on danger, a Criminal Law for enemies. This sort of evolution deserves a hard critic, since serving time in prison almost as the only penalty, the increase of the time to be served, the rise of the number of inmates and the limitation of basic criminal guarantees make extraordinarily difficult the legitimacy and compatibility of such measures with the Rule of Law and the Welfare State model.*

* El presente trabajo es una versión reelaborada de la Lección Inaugural del Curso 2010-2011 en la Universidad de Deusto, que dedico a **José Manuel Fínez Ratón** excelente jurista, compañero entrañable y, por encima de todo, hombre de bien, cuyo reciente fallecimiento nos deja una ausencia dolorosa.

Key words: *securitarian criminal policies, citizen's security, 2010 Criminal Code Amendment Act*

Sumario: I. Política criminal securitaria y reformas actuales.— II. Factores para su aceptación. 1. Ausencia de incremento de la criminalidad y su percepción. 2. Cambio en la valoración de la criminalidad.— III. Manifestaciones en la reforma penal de 2010 (LO 5/2010). 1. Delincuencia leve reiterada de carácter patrimonial. 2. Delincuencia grave violenta, en especial, delitos sexuales y de terrorismo. 3. Criminalidad organizada, especialmente, en el marco del terrorismo.—IV. Consideraciones críticas. V Consideración final.

I. Política criminal securitaria y reformas actuales

El 23 de diciembre entrará en vigor la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio¹,², la vigésimo quinta³ Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995 (¡!)⁴,

¹ La doctrina penal (DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 2010, 19; GIMBERNAT ORDEIG, 2010, 17; LUZÓN PEÑA *et al.*, 2010, 6; MESTRE DELGADO, 2010, 11; MUÑOZ CONDE, 2010, 7) indica como fecha de entrada en vigor el día 23 de diciembre de 2010. En cambio, conforme a la doctrina de la Fiscalía General del Estado manifestada en las Circulares 1/1995, 3/1996 y 1/2000 -referidas a la entrada en vigor de la Ley del Jurado, del Código Penal y de la Ley de Responsabilidad penal de los menores-, que se remiten a la doctrina jurisprudencial -STS, Sala 3.ª, de 21. 12. 1987 y anteriores citadas en ella-, la entrada en vigor se produciría el día 24 de diciembre del mismo año. La discrepancia radica en la interpretación del art. 5 CC, que repercute en la forma en que se deba realizar el cómputo de los seis meses de *vacatio legis*. La doctrina jurisprudencial actual, si bien con alguna discrepancia, se inclina por la solución que ofrecen los autores antes citados (véase BOCOS REDONDO, 2008, 1347 ss., y las SSTS y de las AAPP que recoge). Esta misma interpretación adoptó también la FGE tras las circulares citadas en la Instrucción 5/2006.

² La reforma que culmina la presente LO se inició con el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 13 julio 2006, que pasó a ser el Proyecto (121/000119) de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (BOCG 15 enero 2007, núm. 119-1, págs. 1 – 36). La disolución de Las Cortes dio lugar a que el Proyecto decayera, pero en la siguiente legislatura se iniciaron de nuevo los trabajos de reforma con el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 13 noviembre 2008. Este Anteproyecto con distintas modificaciones llegó a ser el Proyecto (121/000052) de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOCG 27 noviembre 2009, núm. 52-1, págs. 1 – 42), que superó la tramitación parlamentaria y fue aprobado definitivamente por el Senado el 9 de junio de 2010 y publicado en el BOE el 23 de junio del mismo año. Véanse ALVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (Dirs.), 2010(a), 12 ss.; SERRANO GÓMEZ, 2010, 3 ss.

³ Así la “Relación de Legislación modificadora del CP de 1995”, que ofrece *Código penal y legislación complementaria*, 36.ª ed. a cargo de J. Díaz-Maroto, Ed. Civitas / Thomson Reuters, Madrid, 2010, págs. 15 s. QUINTERO OLIVARES, 2010, 15, indica, en cambio, que es la vigésimo séptima reforma del Código y MESTRE DELGADO, 2010, 7, entendiendo que es la vigésimo cuarta.

⁴ Crítico con tan frecuentes reformas se muestra MESTRE DELGADO, 2010, 7, que se refiere al “extenuante proceso de reforma”, a “un proceso sucesivo e interminable de insatisfacción normativa”. Críticos también GONZÁLEZ CUSSAC, 2010, 39, que habla de “reforma permanente”, y QUINTERO OLIVARES, 2010, 15 ss., que recuerda que de pro-

“reforma de hondo calado”⁵ como hace patente un dato que es meramente cuantitativo, pero revelador: afecta a más de 150 artículos⁶, es decir, al 25% del CP. Esta reforma, aunque tiene una amplitud y complejidad que dificultan caracterizarla⁷, no cabe duda de que continúa la orientación político criminal que iniciaron las precedentes, señaladamente las Leyes Orgánicas 7, 11 y 15 /2003⁸.

Para hacerse una idea cabal de lo que ésta orientación supone, debe tenerse presente que actualmente *reforma* significa expansión del Derecho penal en extensión y en intensidad: incremento de la intervención penal con flexibilización de las garantías⁹, en otras palabras, aumento del número de delitos¹⁰ y ampliación del ámbito de lo punible de los ya existentes¹¹, incre-

medio se produce una reforma cada nueve meses. Sin embargo, el legislador parece estar satisfecho de tan desahogada actividad, ya que dice en el Preámbulo de la LO 5/2010 que “La evolución social de un sistema democrático avanzado [...] determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión”. Punto de vista del que discrepa SILVA SÁNCHEZ, 2010, 1, cuando califica estas palabras del legislador de “loa al activismo legislativo” y de “implícita crítica a una estabilidad que hasta hace poco era considerada un valor de especial entidad en la legislación penal”.

⁵ La expresión es de SILVA SÁNCHEZ, 2010, 1. Utiliza casi la misma expresión DÍAZ-MAROTO, 2010, 19, que se refiere al “profundo calado de la reforma”. Asimismo subrayan la importancia de la reforma GONZÁLEZ CUSSAC, 2010, 39; MESTRE DELGADO, 2010, 5; QUINTERO OLIVARES, 2010, 18.

⁶ DÍAZ-MATORO Y VILLAREJO, 2010, 21, indica que son exactamente 161.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2010, 1; QUINTERO OLIVARES, 2010, 18.

⁸ Pone de relieve esta continuidad MUÑOZ CONDE, 2010, 7.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2009, 15; 2010, 2.

¹⁰ Según MESTRE DELGADO, 2010, 5, son diez los delitos nuevos que introduce la presente LO. Ciertamente es discutible el criterio conforme al cual se otorga esta calificación, pero pueden considerarse que son “delitos nuevos” los tipificados en los arts. 156 bis (tráfico ilegal de órganos humanos); 172.3 (acoso inmobiliario); 173.1.3 (acoso laboral); 177 bis (trata de seres humanos); 183 bis (ciber acoso o *child grooming*); 197 (acceso no autorizado a datos, programas,..., informáticos); 282 bis (estafa de inversiones); 286 bis (corrupción entre particulares y en el deporte); 570 bis, ter, quáter (organizaciones y grupos criminales); 616 ter, quáter (piratería); y se podrían añadir otros como 187.1 (solicitud, aceptación u obtención a cambio de retribución de servicios sexuales por menores de 13 años); 328.2, 3, 4 y 5 (delitos relacionados con la gestión de residuos tóxicos) y 400 bis (uso de documento auténtico por quien no está legitimado).

¹¹ Son muy numerosos los preceptos que en los que la LO 5/2010 amplía el ámbito de lo punible y/o crea tipos agravados, así, p. ej. y sin ánimo de ser exhaustivo, en los delitos sexuales los arts. 180.1.3.º, 181.2, 181.4, 187.2 y 189.1.a; en los delitos patrimoniales y socioeconómicos los arts. 234, 235, 242.2, 248.2.c, 257.3 y 4, 264, 284 y 301.1; en los delitos sobre la ordenación del territorio los arts. 319.1.2 y 320.1 y 2; en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente los arts. 325 y 329.1; en los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos los arts. 334.1, 336 y 337; en los delitos de riesgo catastrófico los arts. 343.1, 345 y 348; en los delitos de falsedades documentales los arts. 392.2 y 399.2; en los delitos contra la Administración pública los arts. 419 y ss., 436, 439 y 445; en los delitos contra la Administración de Justicia el art. 451.3.º. a; en los deli-

mento del elenco de penas (y medidas de seguridad)¹², de las penas establecidas para los distintos delitos¹³ y endurecimiento de las normas relativas a su ejecución¹⁴, y flexibilización de las garantías¹⁵. Además en la línea de expansión de la intervención penal debe destacarse en esta reforma, por su

tos relativos a la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos los arts. 566 y 567; en los delitos de terrorismo los arts. 576.3 y 576 bis; y en los delitos contra la Comunidad internacional los arts. 607, 607 bis, 612, 613 y 614.

¹² La LO 5/2010 incluye en el elenco de penas la privación de la patria potestad (art. 33, 39, 46), modifica la pena de localización permanente de forma relevante (art. 37) e incluye una nueva medida de seguridad, la libertad vigilada (arts. 98 y 106).

¹³ Es muy amplio el número de preceptos en los que la presente LO incrementa la pena asignada a distintos delitos. Así entre otros, en los delitos sexuales: arts. 178, 180.1, 183, 187.1, 188, 189 y 189 bis; de descubrimiento y revelación de secretos: art. 197.8; patrimoniales y socioeconómicos: arts. 245, 264 y 301; contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social: arts. 305, 306, 307, 308 y 309; contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: art. 318 bis.2 y 3; sobre la ordenación del territorio: arts. 319.1, 2 y 3 y 320.1 y 2; contra los recursos naturales y el medio ambiente: arts. 325, 328.1 y 329.1; relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos: arts. 333, 334, 336 y 339; de tráfico de drogas: art. 369 bis; contra la seguridad vial: art. 385 bis; contra la Administración pública: arts. 419 y ss., 428, 429, 439 y 445; contra la Comunidad Internacional: art. 616.

Además los arts. 192 y 579.3 establecen la medida de seguridad de libertad vigilada a imponer tras el cumplimiento de la pena correspondiente en los delitos sexuales y de terrorismo respectivamente.

Por el contrario, los preceptos en los que pueden verse de una u otra forma una atemperación de las penas son ciertamente muchos menos: arts. 250.1, 270. 1, II y 274.2, II (delitos patrimoniales y socioeconómicos); art. 325.2 (delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente); art. 368 (delitos de tráfico de drogas); arts. 379.1 y 2, 384 y 385 ter (delitos contra la seguridad vial); y arts. 387 y 399 bis (falsedades).

¹⁴ La LO 5/2010 atempera el alcance del periodo de seguridad como norma general, pero lo endurece respecto de determinados delitos. En este sentido no puede decirse que endurece el sistema de ejecución de penas, pero mantiene el endurecimiento de las reformas precedentes, en especial las de la LO 7/2003, relativas a la clasificación o progresión al tercer grado penitenciario, a los límites de la prisión en los casos de concurso real de delitos y a la libertad condicional (sobre éstas reformas véase ACALE SÁNCHEZ, 2004, 1208 ss.).

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2010, 2. Es un lugar común en la doctrina subrayar la limitación de la vigencia que entrañan las reformas, para distintos principios de anclaje constitucional, que fundamentan y, por tanto, limitan el poder sancionador del Estado, así entre otros DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 30; GONZALEZ CUSSAC, 2003, 22 ss.; MAQUEDA ABREU, 2003, 10 s.; SANZ MORÁN, 2004, 12. Véase el estudio de las reformas penales habidas hasta el año 2005, que hace MATA BARRANCO, 2007, 14 ss., desde la perspectiva de “los principios que deben definir toda intervención penal”, en el que señala la quiebra que sufren el principio de legalidad, de intervención mínima, de ofensividad, de culpabilidad (en su vertiente de principio del hecho) y de proporcionalidad en sentido amplio (humanidad, igualdad y reinserción social). La reforma de la LO 5/2010 continúa, acentuando en algunos casos, la línea emprendida por la reformas de 2003, como indica MUÑOZ CONDE, 2010, 7 s.

relevancia, la introducción de un “sistema jurídico-sustantivo completo” de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁶.

La doctrina ha subrayado que las sucesivas reformas han creado “otro Derecho penal”¹⁷, un “nuevo Derecho penal”¹⁸, es decir, distinto al del CP de 1995; que se ha producido “la cristalización de un nuevo modelo penal”: el Derecho penal de la seguridad¹⁹. Un Derecho penal en el que se eleva la seguridad a objetivo político criminal²⁰ y cuyas penas pretenden en mayor medida metas de prevención general positiva (respuesta a la alarma social) y negativa (intimidación) y de inocuización del delincuente que de reinserción social de este²¹; y que por ello, en ocasiones, se desliza del Derecho penal que establece la responsabilidad e impone la pena en atención a la gravedad

¹⁶ La expresión es de SILVA SÁNCHEZ, 2010, 1.

La responsabilidad de las personas jurídicas alcanza a los delitos de tráfico ilegal de órganos humanos (art. 156 bis.3), de trata de seres humanos (art. 177 bis.7), relativos a la prostitución y corrupción de menores (189 bis), de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3, II), de estafa (art. 251 bis), de insolvencia punible (art. 261 bis), de daños (art. 264, 4), relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288, II), de blanqueo de capitales (art. 302, 2), contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis), contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.4, III); sobre la ordenación del territorio (art. 319.4), contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 327 y 328.6 y 7), de riesgo catastrófico (arts. 343.3 y 348.3), relativos al tráfico de drogas (art. 369 bis, III), de falsificación de tarjetas de crédito y débito y de cheques de viaje (art. 399 bis), de cohecho (art. 427.2), de tráfico de influencias (art. 430), de corrupción en las transacciones internacionales (art. 445.2) y de financiación del terrorismo (art. 576 bis).

¹⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2004, 99, refiriéndose sobre todo a las habidas en el año 2003.

¹⁸ LANDROVE DÍAZ, 2009, que titula así su monografía.

¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 10. Emplean similar expresión, ACALE SÁNCHEZ, 2004, 1199, que recuerda que el Ministro de Justicia calificó el conjunto de reformas como las necesarias para convertir el Código penal en el *Código penal de la seguridad*; y LANDROVE DÍAZ, 2003, 1923 ss.

²⁰ Sobre los distintos significados del término *seguridad* y la necesidad de precisarlo debidamente con el fin de que pueda ofrecer resultados, véase PAREDES CASTAÑÓN, 2006, 127 ss.

²¹ SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 114. SILVA SÁNCHEZ, 2010, 2, indica que no está clara la teoría de la pena que subyace a la reforma y afirma que “los aspectos de prevención general positiva se integran sin solución de continuidad con perspectivas retribucionistas”, mientras que la incidencia de la rehabilitación y reinserción social es secundaria.

Ponen de relieve que la idea de resocialización o reinserción pasa a segundo plano en las reformas de 2003 SANZ MORÁN, 2004, 15, que subraya la presencia de la prevención general negativa; GONZÁLEZ CUSSAC, 2003, 23 s., que pone el acento en la inocuización (mantener apartado al delincuente de la sociedad); MAQUEDA ABREU, 2003, 8, que subraya la prevención general positiva y la inocuización. En sentido similar respecto de las orientaciones político-criminales actuales que se reflejan en las reformas de 2003, DÍEZ RIPOLLÉS, 2004(a), 12 ss.; 2004(b), 20 ss.; y 2005, 27, en especial, respecto de la inocuización.

del hecho y a la culpabilidad del autor, hacia un Derecho penal que establezca la sanción en atención a la peligrosidad real o presunta del delincuente²². Un derecho penal, por tanto, más represivo²³ y autoritario²⁴.

Este cambio de paradigma se viene produciendo también en el resto de los países de nuestro entorno²⁵. Así puede verse, en parte, en los movimientos político criminales que desde hace buen número de años están presentes en EEUU (tolerancia cero, *three strikes*, ventanas rotas²⁶), en parte en la propuesta de elaborar un derecho penal del enemigo proveniente de Alemania²⁷ y a él responden también no pocas de las reformas que se derivan de la pertenencia a la Unión Europea y, en menor medida, de compromisos internacionales, cuya finalidad es luchar contra el terrorismo, la delincuencia organizada, etc.²⁸

²² Así sucede con la delincuencia leve reiterada, con la delincuencia grave, en especial, la sexual y terrorista y con la delincuencia organizada, como se expone más adelante Véanse apartados 6, 7 y 8. Véase también SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 118, 124 ss.

Conviene indicar que, como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, 2001, 707, “la absolutización de la seguridad como objetivo político criminal conduce a la reconstrucción de un Derecho penal de la peligrosidad”. En el mismo sentido también Díez Ripollés, 2005, 26 ss.

²³ ZUGALDÍA ESPINAR, 2004, 1130, afirma que las reformas del Código penal “manifiestan una evidente incontinencia represiva”

²⁴ MUÑOZ CONDE, 2010, 7. En el mismo sentido respecto de las reformas de 2003, LANDROVE DíEZ, 2003, 1925 y 1926, y 2009, 27; y VIVES ANTÓN, 2008, 265, que apunta a la deriva autoritaria que se percibe en el Anteproyecto de 2008 ya el título de su trabajo “¿Estado democrático o estado autoritario?” y posteriormente en varias reflexiones de su texto (págs. 266 s.).

²⁵ BRANDARIZ GARCÍA, 2004, 16; GONZÁLEZ CUSSAC, 2010, 44; MAQUEDA ABREU, 2003, 9 s.; SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 113; SILVA SÁNCHEZ, 2010, 1, 3.

²⁶ Véanse sobre estas orientaciones BRANDARIZ GARCÍA, 2004, 15 ss.; CASTIÑEIRA / RAGUÉS, 2004, 59 ss.; LANDROVE DÍAZ, 2009, 29 ss.

²⁷ La propuesta proviene del profesor G. JAKOBS. Puede verse JAKOBS, 2000, 4 ss., y 2003, 19 ss. La bibliografía sobre el tema, en su inmensa mayoría decididamente crítica, es prácticamente inabarcable, véase por todos CANCIO MELIÁ / GÓMEZ-JARA DíEZ (Coords.), 2006. Una muy breve síntesis de las consecuencias de esta propuesta en el sistema penal puede verse en Díez Ripollés, 2005, 23 s.

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2010, 2, llama la atención sobre que son objeto de armonización europea y, en menor medida, internacional, también “crímenes odiosos”, campo abonado para contemplar al delincuente como “otro” (en el sentido de “no yo”) y que por ello se produce en no pocas ocasiones un debilitamiento de las garantías, ya que se busca con frecuencia el “mínimo común denominador de las garantías” de los distintos países. En el mismo sentido Díez Ripollés, 2005, 13.

Entre las reformas introducidas por la LO 5/2010, que responden a este campo de “crímenes odiosos”, se cuentan los delitos relacionados con la explotación de menores y la pornografía infantil (arts. 183, 187, 188 y 189), la trata de seres humanos (art. 177 bis), el tráfico de drogas (arts. 368 ss.), la delincuencia organizada y transnacional (arts. 570 bis ss.), el terrorismo (576 bis),... Pero no debe perderse de vista que en ocasiones la LO va más allá de la propuesta europea o internacional. Así sucede, p. ej., en el delito de trata de seres

Además debe tenerse presente que este cambio en el modelo del Derecho penal es impulsado por prácticamente todos los partidos políticos del arco parlamentario²⁹ y se suele afirmar que es solicitado por la opinión pública³⁰.

II. Factores para su aceptación

1. Ausencia de incremento de la criminalidad y su percepción

La aceptación generalizada de este paradigma no tiene su origen, al menos en España, en la necesidad de tomar medidas más o menos drásticas contra una delincuencia en constante aumento o desbordante.

A pesar de las dificultades que plantea determinar la evolución de la delincuencia en España³¹, hay cierto acuerdo en afirmar que se produjo un incremento sostenido de los delitos en los años ochenta, que su número se mantuvo estable en la primera mitad de los noventa, repuntando de nuevo hasta mediados de los dos mil; durante este periodo las faltas, a diferencia de los delitos, han seguido un incremento constante; en cuanto a la estructura de la delincuencia, prácticamente el 70% de las infracciones son hurtos y robos y los delitos contra las personas que venían representando un 2% del total en el año 2000, han pasado a constituir casi un 6% tras la reforma que sufrieron los malos tratos en el año 2003, aun cuando no se ha producido un cambio significativo en el número de homicidios y lesiones³².

humanos (art. 177 bis) respecto de la DM 2002/629/JAI, de 19. 7.2002, y el Convenio 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Varsovia 15.5.2005); en los delitos de agresión y abuso sexuales sobre menores de 13 años (art. 183) respecto de la DM 2004/68/JAI del Consejo, de 23. 12. 2003; en los delitos de organización y grupo criminales (arts. 570 bis y ss.) respecto de la DM 2008/841/JAI del Consejo, de 29.4.2008; en los delitos de terrorismo (art. 579.1) respecto de la DM 2008/919/JAI, de 28.11.2008.

²⁹ CANCIO MELIÁ, 2003, 71 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, 2004-b, 11, 23; LANDROVE DÍAZ, 2009, 57 s.; MAQUEDA ABREU, 2003, 8, citando a SILVA SÁNCHEZ, que habla de una “rara unanimidad” (2.^a ed., 2001, 23 = 2006, 9); MUÑOZ CONDE, 2009, 15. IV. Consideraciones críticas

Cabe subrayar que el acuerdo entre los dos partidos mayoritarios permitió que la Comisión de Justicia del Senado dictaminara en tan sólo dos horas y media el Proyecto de reforma de la LO 5/2010, a pesar de se presentaban 280 enmiendas a su consideración; a su vez el Pleno del Senado lo aprobó en una sola sesión (véase ÁLVAREZ GARCÍA, 2010(b), 28).

³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, 2004(b), 26, indica que “la propia comunidad” se ha acabado por creer que la “receta” para hacer frente a la delincuencia está “compuesta sustancialmente de mano dura y de amplias dosis de incomprensión e incomunicación intersubjetivas” y critica su desinterés por las aportaciones de los expertos.

LARRAURI PIJOAN, 2009, 7, entiende, sin embargo, que la opinión pública española sea punitiva o, quizá mejor, punitivista (en el sentido de partidaria de incrementar la aplicación de la pena de prisión).

³¹ Véase BRANDARIZ GARCÍA, 2007, 37; GARCÍA ESPAÑA *et al.*, 2010, 2 ss.

³² DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, 9 ss. y 11 s., que tiene presente datos hasta el año 2004.

Si atendemos a los estudios sobre la evolución de la delincuencia a través de encuestas de victimización, la conclusión es que la delincuencia desde 1980 hasta 2008 presenta una tendencia descendente, si bien se hace patente un ligero incremento de delitos entre 2005 y 2008, siendo los hurtos y los robos en viviendas los delitos que más han aumentado³³.

El Informe semestral del Gabinete de Estudios de Seguridad Interior sobre la evolución de la criminalidad en los últimos 12 meses (junio 2010) en el ámbito de actuación del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil, indica que la tasa anual de criminalidad -número de delitos y faltas por 1.000 habitantes- ha descendido desde el año 2000 (45,9) a junio de 2010 (45,1) tras haber alcanzado el máximo el 2002 (52,1)³⁴ y permite apreciar un descenso en los homicidios y asesinatos dolosos (de 3,09 a 2,35)³⁵, aunque aumenta la tasa del conjunto de los delitos contra la vida, integridad y libertad de las personas (de 1,61 a 2,68)³⁶ probablemente por la reforma sufrida en materia de malos tratos en el ámbito familiar³⁷; asimismo puede apreciarse un importante descenso en la tasa de los delitos patrimoniales (de 20,1 a 15,2)³⁸; por su parte, las faltas de lesiones mantienen una tasa similar (de 2,06 a 2,05) y las faltas de hurto ascienden ligeramente (de 11,4 a 12,7)³⁹.

Cabe destacar, por tanto, cualquiera que sea la fuente que se tome en consideración, que a diferencia de lo que sucedió en los años ochenta, el incremento de las infracciones a partir de los años noventa hasta hoy está lejos de alcanzar tasas preocupantes, es más, presenta conforme a los estudios citados un ligero descenso a finales de esta década o, cuando menos, “mantiene una clara tendencia a la estabilidad”⁴⁰.

Cuestión distinta es cómo perciben la criminalidad los ciudadanos. Conforme a la citada encuesta de victimización el 88,8% de los encuestados consideraba que la delincuencia ha aumentado mucho o bastante en los últimos

³³ GARCÍA ESPAÑA *et al.*, 2010, 9 ss., 18 ss., 22 s., 24. Estos mismos autores indican que las conclusiones que ofrecen las estadísticas oficiales discrepan: presentan un incremento constante de la delincuencia desde 1980, pero también ponen de relieve que se produjo un estancamiento en la segunda mitad de los noventa y un decrecimiento en el periodo de 2004 a 2008. Esta discrepancia podría deberse en parte al ascenso de la tasa de denuncias y, por consiguiente, de conocimiento de los delitos por parte de los órganos del Estado.

³⁴ GABINETE DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD INTERIOR, 2010, 3.

³⁵ GABINETE DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD INTERIOR, 2010, 11.

³⁶ GABINETE DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD INTERIOR, 2010, 8.

³⁷ Puede observarse que se pasa de 1,76 en el año 2003 a 2,30 en el 2004, es decir, tras la reforma.

³⁸ GABINETE DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD INTERIOR, 2010, 14, descenso que es común a todos delitos que se especifican (robo con violencia, “tirones” en la vía pública, robo con fuerza en viviendas, que repunta, sin embargo, en 2008 y hasta el presente aunque en tasas muy inferiores a las de 2002, y sustracción de vehículos).

³⁹ GABINETE DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD INTERIOR, 2010, 21.

⁴⁰ BRANDARIZ GARCÍA, 2007, 37.

años, pudiéndose concluir del estudio que los ciudadanos están más convencidos del incremento de la criminalidad y tienen un mayor miedo al delito, cuanto más información sobre hechos delictivos reciben, siendo determinante para ello la frecuencia y la forma en que esta realidad sea tratada por los medios de comunicación⁴¹.

2. Cambio en la valoración de la criminalidad

El cambio de paradigma que sufre el Derecho penal, no responde, por tanto, a la necesidad de tomar medidas drásticas contra una delincuencia que aumenta de forma preocupante⁴². Más bien es fruto de la percepción que se tiene de ella y de la valoración de que es objeto, en último término, de un cambio ideológico al respecto, que ha dado lugar a que la ideología de la seguridad se haya adueñado del panorama político criminal.

En este sentido cabe indicar que se ha producido un cambio importante a la hora de aproximarse a la explicación de la delincuencia y, en consecuencia, a los objetivos que corresponden al Derecho penal. Se dejan de lado las explicaciones sociales (estructurales) que toman en consideración situaciones de desigualdad de distinta índole y que en alguna medida responsabilizan a la sociedad de la misma y se avienen con la resocialización como función de la pena. Actualmente se acude a explicaciones que ponen el acento en la decisión personal del delincuente de aprovechar las ventajas que le reporta el delito; perspectiva voluntarista, que engarza con la idea de hacer más duras las sanciones para combatir la delincuencia y con el uso más intenso de la prisión. Desde este planteamiento se entiende que los costes de la prevención del delito deben quedar a cargo del delincuente y no de la sociedad, de forma que se abandona la resocialización como función de la pena y se contempla la inocuización selectiva, buscando por medio del encarcelamiento y control neutralizar el riesgo de reincidencia⁴³. En la misma línea de pensamiento se mueve la tendencia a excluir de la sociedad a quienes de forma grave o reiterada infringen las normas penales y denotan su disposición a seguir delinquirando (terrorismo, delincuencia organizada, delincuencia sexual, económica, violenta, habitual y profesional), llegando-

⁴¹ GARCÍA ESPAÑA *et al.*, 2010, 22 s., 24. Véase en sentido semejante BOTELLA / PERES-NETO, 2008, 43 ss.; BAUCCELLS / PERES-NETO, 2008, 109 ss.; FUENTES OSORIO, 2005, 3 s.; y SOTO NAVARRO, 2005, 41 ss.

⁴² Taxativo al respecto VIVES ANTÓN, 2008, 266, recordando que el Anteproyecto de 2008 se anunció el mismo día que el Delegado del Gobierno para la Comunidad Valenciana anunciaba que la delincuencia había descendido con respecto al año anterior. A la misma conclusión llevan los datos que aportan y el discurso que realizan BRANDARIZ GARCÍA, 2007, 37 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, 9 ss., 129 ss.; LARRAURI PIJOAN, 2009, 4 s.; MAQUEDA ABREU, 2003, 8.

⁴³ Véase DÍEZ RIPOLLES, 2005, 17 ss.

se incluso a negar su condición de ciudadanos y proponiéndose para ellos un derecho penal distinto al aplicable a la generalidad de quienes infringen la ley: el derecho penal del enemigo, que no respondería los mismos principios⁴⁴.

Otro cambio relevante afecta al papel que se atribuye y ocupan las víctimas del delito, cuyas demandas se encuentran en el centro de los debates político-criminales actuales. La mayoría social se identifica con las víctimas, ya que se ven como víctimas potenciales, de forma que sus demandas encuentran la solidaridad de la sociedad. El clamor por el respeto a sus intereses y sentimientos dificulta que se tenga presente el complejo equilibrio que debe mantenerse en el sistema penal entre los legítimos intereses públicos y de la víctima, por una parte, y los legítimos intereses del procesado, por otra. Camino por el que se llega a considerar como un escarnio para las víctimas determinadas garantías del proceso o el disfrute por el condenado de determinadas situaciones del sistema de ejecución de las penas⁴⁵.

Es un lugar común en la doctrina hacer referencia al sentimiento social de inseguridad que caracteriza la sociedad actual, como caldo de cultivo idóneo para el nacimiento y arraigo del Derecho penal de la seguridad. Desde hace años se viene calificando la sociedad en que vivimos como “sociedad del riesgo”⁴⁶, a la vista de los nuevos peligros que surgen en muy distintos ámbitos a causa de la aplicación intensiva de distintas técnicas y de las nuevas tecnologías (energía atómica, industria química, explotaciones petrolíferas, farmacología, biotecnología,...); peligros que nacen en ocasiones de su falta de conocimiento, de uso inadecuado o de su concurrencia con otras fuentes de peligro, que podría no ser prevista e, incluso, imprevisible, de forma que se hace casi imposible no ya su control sino determinar quién es responsable del mismo⁴⁷. Pero junto a la inseguridad derivada de estos riesgos, que ha dado lugar a una notable expansión del Derecho penal⁴⁸, pero no a un

⁴⁴ JAKOBS, 2003, 21 ss., que indica como principios diferenciales el adelantamiento de “la penalidad un gran techo hacia el ámbito de la preparación” y la dirección de la pena “hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de los hechos cometidos” (p. 40) y, por último, en el Derecho procesal la limitación o supresión de ciertas garantías (p. 43 ss.).

⁴⁵ Véanse las exposiciones de DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, 9 ss.; y SILVA SÁNCHEZ, 2006, 46 ss. Muy ilustrativa GARCIA ARÁN /PERES-NETO, 2008, 153 ss., 188.

⁴⁶ Es indiscutible la influencia de la obra de Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Ed. Paidós. Barcelona. 1998), de cuyo título procede la expresión y cuya edición alemán se remonta a 1986.

⁴⁷ MENDOZA BUERGO, 2003, 67 ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2006, 13 ss.

⁴⁸ Sobre esta expansión del Derecho penal -que según algunos corresponde a su “modernización”- se ha producido una viva polémica doctrinal, de la que realiza un acertado resumen DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 3 ss., con amplias referencias.

Son cuatro los rasgos que definen la política criminal que pretende dar respuesta a la sociedad del riesgo, según expone DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 4 s.: 1.º ampliación de los ámbi-

Derecho penal de la seguridad⁴⁹, se encuentran otros, que son causantes de una inseguridad más sentida. Los ciudadanos tienen dificultades para afrontar una vida social que evoluciona de forma cada vez más rápida, que es cada vez más abierta culturalmente -y, por tanto, con valores y referencias menos seguros-, más tecnológica, más competitiva, más individualista; una sociedad que cada vez es menos controlable, en la que cada vez es más fácil quedar excluido; una sociedad, en una palabra, menos segura para los ciudadanos⁵⁰. Ausencia de seguridad que incrementa el paulatino desmantelamiento, anunciado y/o efectivo, del estado del bienestar, consecuencia directa o menos de la crisis económica, cuyos efectos son paro, precariedad en el empleo, limitación de derechos laborales y de seguridad social, dificultades crecientes en el acceso a una sanidad, educación o vivienda,... de calidad, que afectan perjudicialmente a las condiciones de vida presentes y a las expectativas de futuro de importantes capas sociales⁵¹.

En este contexto nada tiene de extraño que arraigue la percepción de la delincuencia como un peligro, como una amenaza, y que el sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana ocupe un lugar destacado, aunque sea más bien “una liviana cortina, que vela un conjunto de malestares, que se han asentado firmemente entre la población en los últimos años”⁵², “una expre-

tos sociales de intervención del derecho penal (fabricación y distribución de productos, medio ambiente, sectores tecnológicos, orden socioeconómico,...); 2.º transformación del centro de atención de la nueva política criminal: la criminalidad de los poderosos; 3.º preeminencia del instrumento penal en detrimento de otros instrumentos de control social para la prevención de tales conductas; 4.º. Necesidad de acomodar el Derecho penal y procesal a las dificultades de persecución de la nueva criminalidad. A su vez, las siguientes notas caracterizan al Derecho penal resultante de tal política criminal: 1.ª incremento de la criminalización de conductas consecuencia del reconocimiento de bienes jurídicos de carácter colectivo; 2.ª predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico; 3.ª anticipación del momento en que procede la intervención penal; 4.ª modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales.

⁴⁹ Acertadamente diferencia DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 5 ss., la política criminal securitaria y el Derecho penal de la seguridad (“seguridad ciudadana”) de la política criminal y Derecho penal de la sociedad del riesgo (de la “modernización”) -cuyos planteamientos y consecuencias son distintos, aunque en ocasiones se superpongan-, criticando la confusión entre ambas orientaciones político criminales y, concretamente, el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, 2006, 13 ss. Véase asimismo DÍEZ RIPOLLÉS, 2004(b), 7, n. 7. Ya con anterioridad, como pone de relieve asimismo DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 11, n. 22, MENDOZA BUERGO, 2003, 72, n. 16, y PAREDES CASTAÑÓN, 2003, 91 s., 111, habían diferenciado los riesgos propios de la sociedad del riesgo (riesgos técnicos / seguridad técnica) y otros riesgos a los que responde la seguridad pública o interior.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, 2006, 18 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 28 s. MAQUEDA, 2003, 7. ⁵¹ BRANDARIZ GARCÍA, 2004, 39 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, 2004(b), 28; MAQUEDA ABREU, 2003, 6 s.; SILVA SÁNCHEZ, 2006, 18.

⁵² DÍEZ RIPOLLÉS, 2004(b), 28. “El miedo al delito –dice SILVA SÁNCHEZ, 2006, 30- aparece como una metáfora de la inseguridad vital generalizada”.

sión simbólica de esos sentimientos de temor”⁵³, que una buena parte de la doctrina atribuye, al menos en parte, a la “labor interesada de unos medios de comunicación de comunicación empeñados en servir de apoyo a una política estatal igualmente interesada en administrar la «seguridad interna»”⁵⁴.

Ciertamente los medios de comunicación informan una y otra vez de delitos de muy distinta índole (terrorismo, homicidios, robos violentos, violencia de género, agresiones sexuales, reiteración de delitos de poca gravedad sobre todo contra la propiedad,...) con un alto grado de dramatización y de forma que parece que se está produciendo un incremento insoportable de la delincuencia, que impide una vida social medianamente pacífica. Al tiempo no son pocas las ocasiones en que tales informaciones van acompañadas de críticas acervas a la lenidad del sistema penal como causa de tal situación. Por ello se exige del Estado seguridad, es decir, que tome las medidas que sean necesarias con el fin de frenar la delincuencia, de neutralizar esa fuente de peligros. En esta línea se solicita una intervención penal más intensa, que pasa frecuentemente por una disminución de garantías (mayor facilidad para aplicar la prisión preventiva, introducción de la prisión perpetua, endurecimiento en la ejecución de las penas,...)⁵⁵. La adopción de estas medidas está dirigida más que a producir efectos reales en la contención de la delincuencia —es opinión mayoritaria que el endurecimiento de las penas carecen de eficacia disuasoria⁵⁶—, a producir reacciones sociales inmediatas de carácter estabilizador e integrador, que refuerzan la confianza institucional y demuestran solidaridad a las víctimas, a “los nuestros” (prevención general positiva de integración) y, al mismo tiempo, apartan socialmente al delincuente, al “otro” (prevención especial negativa de inocuización)⁵⁷. Reacciones que resultan políticamente rentables —prácticamente sin coste económico alguno— y que no producen los enfoques estructurales de la delincuencia, más eficaces en el largo plazo, pero que colocan al poder ejecutivo y legislativo en dificultades, ya que evidencian la presencia de unas causas que no han corregido, así como la complejidad y el coste de las medidas a adoptar⁵⁸.

⁵³ MAQUEDA ABREU, 2003, 7, citando a BECK.

⁵⁴ MAQUEDA ABREU, 2003, 7, quien se remite a BECK, 1998, 248, para indicar que es de las escasas competencias que todavía conserva el Estado. BOTELLA CORRAL / PERES-NETO, 2008, 64 s.; DíEZ RIPOLLÉS, 2004(b), 25; LANDROVE DÍAZ, 2003, 1925, que indica que los medios actúan “de forma no siempre inocente”.

⁵⁵ Véanse BOTELLA CORRAL / PERES-NETO, 2008, 43 ss.; FUENTES OSORIO, 2005, 1 ss.; GARCÍA ARÁN / PERES-NETO, 2008, 153 ss.

⁵⁶ MAQUEDA ABREU, 2003, 11, con referencias; MUÑOZ CONDE, 2010, 7; PAREDES CASTAÑÓN, 2006, 148; SILVA SÁNCHEZ, 2009, 16, con referencias de la doctrina alemana y más detenidamente 2010, 3 s., asimismo con referencias; VIVES ANTÓN, 2008, 272.

⁵⁷ MAQUEDA ABREU, 2005, 8; PÉREZ CEPEDA, 2007, 86 s.

⁵⁸ DíEZ RIPOLLÉS, 2004(b), 29 ss.

Nada tiene de extraño, pues, que las reivindicaciones sociales de seguridad se acaben plasmando en reformas, que reflejan esta orientación político criminal que defiende una importante intensificación de la intervención penal, con el fin de remediar la insuficiencia de los mecanismos clásicos frente al peligro de delincuencia, con el fin de producir en los ciudadanos seguridad, confianza⁵⁹.

III. Manifestaciones en la reforma penal de 2010 (LO 5/2010)

Todas las reformas que sufre el CP por la LO 5/2010 no responden a la progresiva presencia en él del Derecho penal de la seguridad⁶⁰. Algunas tienen carácter técnico⁶¹, otras son fruto de la política criminal que surge con la sociedad del riesgo o, si se quiere, de la llamada “modernización” del Derecho penal⁶² y no faltan las que responden, como dice el Preámbulo de la LO, al “surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas”⁶³. Pero son abundantes las reformas que introducen rasgos que de una u otra forma revelan que el Código penal responde en mayor medida que con anterioridad a ese nuevo modelo de Derecho penal securitario. Baste pensar en el incremento de la pena prevista para buen número de delitos o en la creación de tipos agravados⁶⁴, con la consecuencia de asegurar o facilitar que se cumpla la pena de prisión en un amplio número de delitos⁶⁵. En estos casos la pena no parece que esté dirigida a la reinserción, sino más bien a la intimidación y a la inocuización del autor así como a producir un efecto de prevención

⁵⁹ Véase GARCÍA ARÁN / PERES-NETO, 2008, 153 ss.

⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, 2010, 18, subraya que “resulta imposible exponer un hilo conductor común”.

⁶¹ Se pueden calificar de tales, entre otras, la regulación de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21, 6.ª), la regulación del abono de la prisión preventiva (art. 58, 2, 3 y 4), las reglas para el cómputo de la prescripción (art. 132), la ampliación del concepto de llave falsa (art. 239, II), la tipificación expresa de la estafa procesal (art. 250.1.7.º).

⁶² Puede decirse que responden a esta orientación (véanse n. 49 y 50) la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas (véase nota 17), la introducción de la estafa de inversiones (art. 282 bis), las alteraciones de precios, manipulación del mercado y uso de información privilegiada (art. 284) o la corrupción entre particulares (art. 286 bis).

⁶³ Por esta vía algunos autores hacen referencia a temas que califican de “coyunturales”, aunque no es claro si entienden lo mismo por tales. Así QUINTERO OLIVARES, 2010, 17, se refiere a la libertad vigilada, que a su juicio alcanza relevancia debido la puesta en libertad tras el cumplimiento de la pena de algunos delincuentes sexuales, que son considerados peligrosos, y SILVA SÁNCHEZ, 2010, 1 s., se refiere, por su parte, al tratamiento de la comisión reiterada de faltas de hurto (art. 623.1) o al de los hechos de bagatela en materia de propiedad industrial e intelectual (*top manta*, art. 623.5).

⁶⁴ Véase nota 14.

⁶⁵ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, 2010, 4, respecto de los delitos de los arts. 305, 307 y 325.1 y lo mismo puede decirse de los delitos sexuales -a los que se hará referencia más detenida en el siguiente apartado- arts. 178, 187 y 189.

general positiva, cual es el de comunicar que se trata de delitos cuya pena es efectivamente privativa de libertad, saciando –al igual que en el resto de los supuestos de incremento de penal– sentimientos sociales de carácter vindicativo⁶⁶. De todos modos son tres los campos en que hace más patente la intensificación de la intervención penal en clave securitaria: la delincuencia leve reiterada de carácter patrimonial, la delincuencia individual grave violenta, especialmente, los delitos sexuales y terroristas; y, por último, la criminalidad organizada, especialmente, en el marco del terrorismo⁶⁷.

1. *Delincuencia leve reiterada de carácter patrimonial*

La reiteración en el delito es contemplada por el CP como agravante de reincidencia, cuando media condena previa por un delito del mismo título (art. 22, 8.ª), de forma que se impone la pena en su mitad superior (art. 66. 1. 3.ª). La LO 15/2003 incluyó además la posibilidad de imponer la pena superior en grado en los casos de tres condenas previas (multirreincidencia, art. 66. 1. 5.ª). La reincidencia implica asimismo la imposibilidad de que sea suspendida la ejecución de la pena ordinaria (art. 81.1.ª) y puede impedir la suspensión especial de la ejecución de la pena prevista para drogodependientes (art. 87.2).

También es reconocida la reiteración como habitualidad –comisión de tres o más delitos de los comprendidos en el mismo capítulo en un plazo no superior a cinco años, mediando condena por ellos (art. 94, D)⁶⁸–, aunque con efectos más limitados. Impide la sustitución extraordinaria de penas de prisión de hasta 2 años (art. 88.1).

La LO 15/2003 otorgó además nuevos efectos a la reiteración. La comisión de cuatro faltas de lesiones, hurto y hurto o robo con fuerza en las cosas de vehículos a motor en el período de un año, da lugar a que se consideren constitutivas respectivamente de un delito de lesiones, de hurto o de hurto o robo con fuerza de uso de vehículo a motor (arts. 147, 234,

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2010, 4, que entiende que en estos casos no se trata de lograr un efecto de intimidación o disuasión genera ni a la resocialización, sino de intimidación individual e inocuización, pero tal vez la efectiva presencia de la prisión tenga también efectos de prevención general negativa, p. ej., en delitos como los del 305, 307 y 325.1.

⁶⁷ DIEZ RIPOLLÉS, 2005, 15, n. 38, destaca que es mérito de SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 113, haber puesto de relieve que en estos grupos de delitos se ha producido una intensificación de la intervención penal a pesar de que se trata de delitos propios del derecho penal tradicional, es decir, distintos a los propios del Derecho penal fruto de la “modernización” derivada de la sociedad del riesgo (véanse notas 49 y 50).

⁶⁸ El art. 94 indica expresamente que caracteriza la habitualidad de esta forma a efectos de la sección 2.ª del capítulo, esto es, a efectos de la sustitución de las penas privativas de libertad.

244)⁶⁹. Ahora la LO 5/2010 endurece esta norma respecto del hurto, reduciendo a tres las faltas de hurto que es preciso realizar para que esta reiteración se considere constitutiva de delito (art. 234).

Por último, la reforma de 2010 tiene presente la reiteración en la falta de hurto, de modo que en estos casos la pena será necesariamente la de localización permanente de cuatro a doce días y “el Juez podrá disponer en sentencia [...] que se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado” (arts. 632.1 y 37.1)⁷⁰.

Puede observarse, por tanto, que la reforma de 2010 profundiza la línea seguida por la de 2003, cuyo objeto fue permitir y/o reforzar la aplicación de la pena de prisión, de la privación de libertad, en estos casos⁷¹.

Se hace necesario resaltar que resulta muy difícil justificar el incremento de pena introducido para la reiteración delictiva por las reformas. La doctrina mayoritaria considera que ni la mayor gravedad (antijuridicidad) del hecho ni la mayor culpabilidad del autor constituyen fundamento convincente para la agravación de la pena por reincidencia –y menos aún para la agravación excepcional por multirreincidencia–, cuya constitucionalidad además ha sido puesta en tela de juicio⁷²; y tampoco encuentra aceptación por las

⁶⁹ Por este camino se hace posible la aplicación de penas de prisión a estos delitos constituidos por una reiteración de faltas, porque las penas que les corresponden son respectivamente para las lesiones prisión de seis meses a tres años (art. 147.1); para el hurto prisión de seis a dieciocho meses (art. 234); para el hurto de uso de vehículos a motor trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a doce meses en caso de que lo restituyere directa o indirectamente, y si no hubiere restitución, prisión de seis a dieciocho meses (art. 244.1 y 3); y éstas últimas penas en su mitad superior para el robo de uso con fuerza en las cosas (art. 244.2 y 3).

⁷⁰ Curiosamente en la nueva regulación que recibe la pena de localización permanente resurge en parte la pena de arresto de fin de semana que había desaparecido con la reforma de 2003. En este sentido TORRES ROSELL, 2010, 93, poniendo de relieve que el Preámbulo indica que con ella se pretende incrementar el arsenal de penas alternativas, cuando en realidad se posibilita por esta vía la entrada en prisión del condenado y se trata de producir “cortas, pero efectivas descargas punitivas”. En sentido próximo GONZÁLEZ TASCÓN, 2010, 96, entendiéndose que se renuncia “a salvaguardar al condenado del efecto criminógeno” en aras de la prevención general negativa y de que “en el condenado se intensifique su efecto shock”.

⁷¹ Recuerda LANDROVE DÍAZ, 2003, 1924, que desde determinadas opciones políticas se habló de limpiar las calles, de que debe acabarse con el espectáculo de que los delincuentes entren por una puerta y salgan por la otra de los establecimientos penitenciarios. Por su parte DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 29, recuerda la frase “barrer la delincuencia de las calles”. Expresiones que revelan la voluntad de que se facilite o asegure la prisión como respuesta a determinados comportamientos.

⁷² Sobre el fundamento de la reincidencia véase por todos en relación con la reforma de 2003, JIMÉNEZ DÍAZ, 2006, 44 ss., que expone las distintas posturas doctrinales sobre su fundamento y el cuestionamiento de su constitucionalidad –que resolvió la STC 150/1991, de 4 de julio, a favor de su constitucionalidad– y hace patente el rechazo de la doctrina mayoritaria a mantenerla como agravante, en buena medida, por colisionar con el principio de culpabilidad.

mismas razones la construcción de distintos delitos a partir de la reiteración de faltas de lesiones, hurto, etc.⁷³. En realidad se trata de supuestos que guardan relación con la peligrosidad del autor, es decir, con la probabilidad de que el sujeto vuelva a delinquir; peligrosidad, que además se presume en la medida en que no es preciso comprobarla para imponer la sanción y que, en su caso, debiera ser neutralizada con la correspondiente medida de seguridad⁷⁴. Se produce, pues, un deslizamiento hacia un derecho penal de peligrosidad, de autor, en el que la responsabilidad se establece en mayor medida en atención a la peligrosidad de éste que a su responsabilidad⁷⁵.

En segundo lugar, hay que poner de relieve que la pena está dirigida a escarmentar a estas personas por medio de la prisión y sobre todo a excluirlas de la vida social por un tiempo⁷⁶. El objeto de la estancia en prisión que estas normas pretenden permitir o asegurar, ciertamente no puede verse en la reinserción, dada su breve duración y la desocialización que produce la prisión. Se trata, por tanto, de una pena dirigida a intimidar al sujeto y a inocular su peligrosidad –curiosamente no comprobada–, que tiene el efecto de facilitar o, en su caso, reforzar la marginación⁷⁷. En todo caso, esta forma de intervención penal no tiene presente ni trata de incidir en las causas de la delincuencia sino en sus síntomas⁷⁸.

2. Delincuencia grave violenta, en especial, delitos sexuales y de terrorismo

La delincuencia grave, en especial, los delitos sexuales violentos y los de terrorismo, conmociona de forma especial el sentimiento social de seguridad ante el temor de que el hecho se repita en el futuro. No puede pasarse por alto además, que se atribuye a estos delincuentes caracteres personales en virtud de los cuales la pena no tiene capacidad de intimidatoria ni resocializadora, de forma que su cumplimiento no permite excluir el riesgo que representan. De ahí que se solicite la neutralización de la fuente de peligro, la inocularización del delincuente por medio de medidas asegurativas como la prisión perpetua o medidas de seguridad posteriores al cumplimiento de la pena⁷⁹.

⁷³ Véase asimismo JIMÉNEZ DÍAZ, 2006, 85 ss. y 115 ss., con referencias.

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 118.

⁷⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 26, pone de relieve que la primacía que se otorga en el curso de la seguridad a la peligrosidad del delincuente y planteamientos como la gestión administrativa o actuarial de los riesgos tienen como consecuencia el resurgimiento del derecho de la peligrosidad, que presta atención especial a los creadores de inseguridad y entre ellos a los reincidentes y habituales, entre los que destaca los autores de la delincuencia patrimonial leve reiterada.

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 120. En el mismo sentido DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 17 s.

⁷⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 28; MAQUEDA ABREU, 2003, 11, desde una perspectiva más amplia que abarca también a los extranjeros.

⁷⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 16 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, 2006, 84 y 141.

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 121 s.

Esta tendencia a introducir medidas inoquizadoras se manifiesta en las reformas, que han afectado no sólo al Código penal, sino también a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La prisión provisional es, sin duda, una las medidas que cumple esta función, al menos, tras las reformas de que fue objeto su art. 503 LECr por las LO 13 y 15/2003, que admiten la posibilidad de acordar, cumpliéndose determinados requisitos, la prisión provisional con el fin de que el imputado no pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima o cometer otros delitos. Es la peligrosidad del autor, la que determina la adopción de esta medida privativa de libertad, que desde un punto de vista material se conforma en estos casos como una medida de seguridad predelictual. Y lo mismo puede decirse de medidas cautelares civiles y penales (prohibición de aproximarse a la víctima y un largo etc.) que se han introducido especialmente por la LO 1/2004⁸⁰.

También son significativas en este sentido las modificaciones que se han introducido en el CP. En el marco de los delitos sexuales se crea un delito nuevo⁸¹, se amplía la tipicidad de algunas figuras y se crean tipos agravados⁸² y se incrementan las penas establecidas para distintos delitos⁸³. Además la LO 7/2003 endureció de forma muy significativa el acceso al tercer grado penitenciario (régimen abierto) al exigir que se haya cumplido la mitad de la pena, cuando ésta tenga una duración superior a los cinco años, pudiendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en su caso, acortar este periodo, siempre que no se trate de delitos de terrorismo y de los cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 36)⁸⁴. La reforma de 2010 vuelve a modificar estas normas. Por una parte, las atempera al invertir la regla, de forma que el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación en tercer grado penitenciario no se efectúe hasta que se haya cumplido la mitad de la pena, pero en principio no juega esta limitación; por otra, las agrava al aumentar el número de delitos en los que se limita la posibilidad de acceder al tercer grado antes del cumplimiento de la mitad de la pena, con los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años y los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, cuando la víctima fuera menor de 13 años (art. 36)⁸⁵.

De nuevo puede verse que se contempla más al autor de estos delitos por el peligro que encierra –a un autor tipo al que puede no responder quien efec-

⁸⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 27; SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 120 y 124.

⁸¹ Art. 183 bis que tipifica el denominado ciber acoso o *child grooming*.

⁸² Arts. 180.1.3.º, 181.2, 181.4, 182, 183, 187.1, 187.2, 188, 189.1.

⁸³ Arts. 178, 180.1, 183, 187.1, 188 y 189.

⁸⁴ Véase ACALE SÁNCHEZ, 2004, 1197 ss., en especial, 1208 ss.

⁸⁵ Véanse BACH FABREGÓ / GIMENO CUPERO, 2010, 84 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, 2010, 91 ss.

tivamente comete el delito⁸⁶-, que a consideraciones de otra índole. Podríamos preguntarnos por qué no se toman idénticas medidas respecto otros delitos tan graves como éstos, como el asesinato por precio o el secuestro con fines lucrativos.

La reforma de 2010 no varía el límite máximo de cumplimiento de las penas de prisión en los casos de pluralidad de delitos, a los que se aplicarán las normas del concurso, de forma que pueden prolongarse hasta los 40 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos dos de ellos estén castigados por ley con una pena superior a los 20 años y también cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo y alguno de ellos esté sancionado con pena superior a 20 años (art. 76, reformado por la LO 7/2003). Tampoco varía el endurecimiento de los requisitos de acceso a los beneficios penitenciarios, permisos de salida, tercer grado y libertad condicional en aquellos casos en que por aplicación de las normas relativas a los concursos, la pena a cumplir resulta inferior a la mitad de la suma de las penas correspondientes a los delitos, de forma que el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que se apliquen a la totalidad de las penas impuestas en las sentencia (art. 78, reformado por la LO 7/2003). Por último, mantiene asimismo la mayor rigidez para acceder a la libertad condicional para terroristas o delincuencia organizada, a los que se exige para que se considere que hay un pronóstico favorable de reinserción social, que el penado haya colaborado activamente con las autoridades para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, para atenuar los efectos de su delito o para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, lo que podrá acreditarse mediante la declaración expresa de repudio de las actividades y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización (art. 90, reformado por LO 7/2003)⁸⁷.

Estas normas tienen presente la clase de autor -según los casos, delincuente sexual, terrorista o quien comete el delito en el seno de una organización criminal- y que lo relevante es proceder a su inoctrinación. Pues bien, la reforma de 2010 da un paso más en esta orientación con la introducción de la libertad vigilada, medida de seguridad no privativa de libertad de hasta cinco años, salvo cuando expresamente se disponga que sea de hasta 10 años. La libertad vigilada trata de hacer frente a los supuestos en que el cumplimiento de la pena no ha eliminado la peligrosidad del penado⁸⁸, sometiéndole en caso de que se considere necesario a un control judicial mediante el

⁸⁶ Debe notarse además que en los delitos indicados el Juez de Vigilancia Penitenciaria no puede decidir la aplicación del régimen general de cumplimiento por disposición del propio art. 36.2. III.

⁸⁷ Véase ACALE SÁNCHEZ, 2004, 1216 ss., 1221 ss.

⁸⁸ Véase el Preámbulo de la LO 2/2010.

cumplimiento de una o varias medidas (hasta 11) que van de la obligación de estar localizable a seguir un determinado tratamiento médico, pasando por la prohibición de residir o de acudir a determinados lugares o de ausentarse⁸⁹. Esta medida de seguridad solamente está prevista para los delitos de terrorismo (art. 579.3) y sexuales (art. 192).

Una vez más se hace patente el mismo planteamiento: neutralizar la posible peligrosidad de un determinado tipo de autores: delincuentes sexuales y terroristas, que se aviene con su concepción de personas en las que no incide la pena ni en su función de intimidación ni en la de reinserción. Se recurre por ello a la inocuización por medio de la duración y el régimen de ejecución de las penas de prisión, a la que además se le añade para su cumplimiento posterior una medida de seguridad de libertad vigilada de hasta 10 años. Por este camino tal vez se neutralice la peligrosidad del delincuente y sobre todo se logren los efectos psico-sociales, que se pretenden: crear confianza institucional satisfaciendo anhelos sociales de castigo por tan graves delitos, pero salen mal parados no pocos principios de rango constitucional, comenzando por los de proporcionalidad y culpabilidad, que abarca el principio del hecho y de reinserción. mientras se mantenga la regulación actual⁹⁰.

3. Criminalidad organizada, especialmente, en el marco del terrorismo

Criminalidad organizada, especialmente, en el marco del terrorismo. La denominada delincuencia organizada se presenta como una de las mayores fuentes de inseguridad por su potencialidad delictiva⁹¹. En este sentido el Preámbulo de la LO 5/2010 afirma:

⁸⁹ Véanse ACALE SÁNCHEZ, 2010, 148 ss.

⁹⁰ En caso de que resulte necesaria una intervención tras el cumplimiento de la pena por la peligrosidad del sujeto, habrá de establecerse correctamente la proporcionalidad de tal medida basándose en el criterio de distribución de riesgos entre individuo y sociedad, como indica DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 28, citando a SILVA SÁNCHEZ, 2001, 709 s., de forma que la medida se levante cuando corresponda soportar el riesgo a la sociedad. Lo que no resulta aceptable es determinar la duración de la pena, su forma de ejecución o la imposición de una medida de seguridad a cumplir con posterioridad al cumplimiento de la pena en atención a la clase de delito cometido que se manifiesta como indicio de peligrosidad.

⁹¹ SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 128, ponen en duda si realmente existen “necesidades objetivas de protección” frente a esta delincuencia o si nos encontramos ante una “demanda social desmesurada e irracional de punición”, concluyendo que constituye “un problema nuevo en expansión” a causa de factores como la mundialización de la economía o la aparición de nuevas zonas sumidas en la anomia (implosión del bloque soviético), pero que también “es objeto de una intensa instrumentalización”.

De interés GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS *et al.*, 2009, 1 ss., en especial, 25 s., que concluyen la existencia de una mayor de detección de la delincuencia organizada en España desde 1998 gracias al esfuerzo policial, pero que a la vista de las dificultades de medición, “quedaría por contrastar si ese aumento representa una realidad o simplemente un aumento de la presión policial.

“dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado”.

No obstante, la amplitud con que se tipifican los delitos relativos a esta materia no parece que respondan a una decisión político-criminal con raíces en una peligrosidad similar a la expuesta, que justifique en todo caso adelantar la intervención penal a momentos anteriores a la efectiva realización de delitos, además, con unas penas tan graves⁹².

El texto legal diferencia entre organizaciones y grupos criminales. Las primeras requieren la agrupación de dos o más personas con carácter estable que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas y funciones, con el fin de cometer delitos o llevar a cabo faltas de forma reiterada. Se sanciona promover, constituir, coordinar o dirigir una organizaciones criminal y con una pena inferior también la pertenencia y la colaboración a las mismas. En unos y otros casos la gravedad de la pena difiere según la gravedad de la finalidad perseguida por la organización: la comisión de delitos graves o de delitos leves y faltas. Como agravantes se toman en consideración distintas circunstancias que les dotan de mayor peligrosidad (elevado número de personas, tenencia de armas, disposición de medios tecnológicos avanzados), pudiéndose imponer la pena superior en grado cuando concurren varias de ellas. En todos los casos se imponen las penas correspondientes en su mitad superior, si los delitos a cometer fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos (art. 570 bis).

Los grupos criminales, en cambio, son formas de concertación criminal que no encajan en las organizaciones, pero otorgan un plus de peligrosidad a las acciones de sus componentes. El texto legal los define como la unión de

⁹² Con anterioridad a la reforma de la LO 5/2010 en distintos delitos se tipificaba como agravante, aplicable por tanto tan sólo a los que intervinieran en el delito, la pertenencia a una asociación incluso transitoria; así en los arts. 187, 262, 271, 276, 318 bis o 386). A partir de la entrada en vigor de la reforma incurrirán en responsabilidad criminal a título de organización o grupo criminal también quienes todavía no hayan realizado acto de ejecución alguno de los delitos o faltas reiteradas que la organización o el grupo tenga por fin cometer.

dos o más personas, que no reúne alguna de las características de las organizaciones criminales y tiene por finalidad la comisión concertada de delitos así como la perpetración reiterada de faltas. Se sanciona constituir, financiar o integrar tales grupos y las penas difieren según cuál sea el delito o delitos propuestos, distinguiendo hasta siete modalidades. Asimismo se prevé la agravación de las penas en los mismos casos que para las organizaciones criminales (art. 570 ter)⁹³.

El hecho de que las organizaciones y grupos criminales puedan quedar constituidas por la agrupación de más de dos personas, es decir, tres o cuatro, hace que pueda quedar de hecho excluida la diferencia entre criminalidad profesional y criminalidad organizada, lo que privaría de legitimación a la drástica intervención penal que supone la presencia de una organización de una complejidad mucho mayor⁹⁴.

Además las dificultades que ha venido planteando en la práctica la prueba de los elementos propios de las organizaciones, tienen como consecuencia que el legislador cree otra figura de rango inferior: el grupo, de modo que es suficiente con que medie un acuerdo estable para cometer delitos o de forma reiterada faltas⁹⁵. Pero con este recurso se difumina la diferencia entre la criminalidad organizada y la conspiración para realización de varios delitos por una pluralidad de personas que actúa de mutuo acuerdo (p. ej., cuatro individuos que se conciertan para sustraer un vehículo que facilite su huída tras cometer el atraco que han decidido cometer, o acuerdan sustraer varios cheques en blanco con el fin de cumplimentarlos y presentarlos al cobro en una entidad bancaria), de forma que el modelo a que responde se aleja de forma muy notable del peligro potencial que supone la criminalidad organizada y, por tanto, decae el fundamento y, en consecuencia, la justificación de la sanción⁹⁶. Por ello se ha apuntado que esta figura delictiva, grupo crimi-

⁹³ Véanse GARCÍA RIVAS / LAMARCA PÉREZ, 2010, 505 ss.; MARTELL PÉREZ-ALCALDE / QUINTERO GARCÍA, 2010, 358 ss.

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *et al.*, 2003, 130 s.

⁹⁵ En este sentido indican MARTELL PÉREZ-ALCALDE / QUINTERO GARCÍA, 2010, 364, que “el grupo criminal se comporta como concepto residual o de recogida respecto de la organización delictiva”.

⁹⁶ MARTELL PÉREZ-ALCALDE / QUINTERO GARCÍA, 2010, 364 s., entienden que si faltan las notas de la organización (la estabilidad o el reparto de funciones) la respuesta penal vendrá dada por la tipicidad y la coautoría u otras formas de participación, si se han llevado a cabo actos de ejecución y si no, por la conspiración. Conspiración o la coautor; por este camino, indican, se llega a sancionar en todos los delitos e, incluso, en la realización de faltas de forma reiterada la conspiración, contra la decisión del CP de 1995 de que salvo excepciones fuera impune; por ello apuntan que puede que el texto legal, aunque no lo diga expresamente esté pensando en la profesionalidad, como nota que podría caracterizar el grupo. Por su parte GARCÍA RIVAS / LAMARCA PÉREZ, 2010, 510 s., ponen de relieve la dificultad, pero recurren al tradicional concepto de banda o “cuadrilla” del CP 1973 y lo diferencian de la conspiración, en que en ésta existe ya la determinación de realizar un con-

nal, se ha creado para los casos en que no sea posible probar la existencia de una organización criminal, de modo que se asemeja peligrosamente a un delito de sospecha (no se ha logrado probar, pero se sospecha la existencia) de organización criminal⁹⁷.

Por último, llama la atención que se incluya dentro de las organizaciones y grupos criminales, los que tienen por objeto la comisión reiterada de faltas, ya que excede las obligaciones de la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24.10⁹⁸. Ciertamente estos supuestos carecen de la peligrosidad que se predica de las organizaciones criminales y no es fácil justificar la pena de uno a tres años prisión o de tres meses a un año, que como mínimo se les atribuye en los arts. 570 bis.1 y 570 ter,1, aun cuando todavía no haya realizado ni siquiera un acto ejecutivo de alguna de las faltas. La tipificación de estas conductas y las penas que se les atribuyen, son una medida adicional contra la delincuencia leve reiterada⁹⁹, que responde a las mismas pautas que las vistas en el apartado correspondiente, relacionadas en buena medida con la peligrosidad de los autores.

Por último, no puede pasarse por alto que las organizaciones y grupos criminales en sí mismos representan un peligro para los bienes jurídicos de los delitos y faltas que tienen por objeto cometer, pero la imposición de la pena a quien pertenece o colabora con la organización entraña en cierta forma una transferencia de responsabilidad de la organización o grupo al miembro o colaborador. A este se le castigará por los hechos delictivos que realice y además por su pertenencia o colaboración con la organización o grupo y esta segunda sanción se corresponde realmente con la peligrosidad que representa su adhesión o aportación a la organización o grupo, de forma que se produce una vez más un deslizamiento hacia el derecho penal de autor¹⁰⁰.

creto delito, mientras que en el grupo el concierto no está vinculado a la comisión de un concreto delito. Punto de vista que debe complementarse, porque tiene que existir acuerdo en la clase de infracciones a cometer con el fin que pueda ser tipificado el hecho conforme al 570 ter.

⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 131, indicando que por medio de este delito no se trata tanto de describir la conducta para imponerle una pena, cuanto de establecer el medio para tomar una serie de medidas cautelares que permitan la investigación, etc.

MARTELL PÉREZ-ALCALDE / QUINTERO GARCÍA, 2010, 360 s., ponen de relieve que los instrumentos internacionales relativos a esta materia (Decisión del Consejo de la UE 2004/579/CE, de 29. 4, que aprueba la Convención de la ONU para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional de 15.11.2000 y la DM 2008/841/JAI, de 24.10) no exigen que se tipifique como delito el grupo criminal.

⁹⁸ MARTELL PÉREZ-ALCALDE / QUINTERO GARCÍA, 2010, 361.

⁹⁹ En este sentido MARTELL PÉREZ-ALCALDE / QUINTERO GARCÍA, 2010, 361, consideran que se trata una medida contra una criminalidad específica que azota el turismo en las grandes ciudades.

¹⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 132 s.

Puede verse, por tanto, una intervención penal desmedida, ya que no queda suficientemente justificada y se aleja claramente de los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, en su vertiente de responsabilidad por el hecho, lo que lo aproxima al derecho penal de autor¹⁰¹.

También en el ámbito del terrorismo se tipifican expresamente las organizaciones y grupos terroristas, que se definen con los mismos elementos que acabamos de ver en los arts. 570 bis y 570 ter, si bien requieren la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de los delitos previstos entre los de terrorismo (art. 571.3), que prevé para estos delitos penas que pueden llegar hasta los 14 y 12 años de prisión respectivamente, además de las correspondientes de inhabilitación de hasta 15 y 14 años (art. 571.1 y 2).

La respuesta de que es objeto la criminalidad organizada, especialmente, la terrorista está dirigida a inocular la peligrosidad de tales delincuentes: adelantamiento de las barreras de protección a la pertenencia o colaboración con organizaciones o grupos criminales, incremento de las penas de prisión, endurecimiento de su de ejecución de forma que se dificulte o impida el acceso a determinados grados (tercer grado, libertad condicional) o a beneficios que reduzcan la duración de la pena, acumulación y cumplimiento sucesivo de pena y medida de seguridad en los casos de terrorismo¹⁰². Endurecimiento de la respuesta, al que se añaden, en el caso del terrorismo, distintas medidas en el orden procesal penal¹⁰³. En su conjunto todas estas medidas representan un derecho penal distinto en sus principios al llamado a aplicarse al “delincuente normal”, pudiéndose calificar de respuesta propia del derecho penal del enemigo¹⁰⁴, que el propio JAKOBS caracteriza como “un no-derecho, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos excluidos”¹⁰⁵.

IV. Consideraciones críticas

Son varias las críticas que merece el conjunto de medidas propias del Derecho penal de la seguridad que han ido introduciendo las reformas del CP.

Puede decirse, en primer lugar, que responden a un modelo que **carece de memoria histórica** y por ello **anticuado**. Suponen un paso atrás, el retorno a la prisión como casi única solución, cuando hace prácticamente un siglo

¹⁰¹ SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 133.

¹⁰² Véanse el apartado anterior en relación con los arts. 36.2, 76, 78, 90, 91 y 579.3 CP.

¹⁰³ Véase la referencia del apartado anterior a la prisión preventiva (art. 502 ss. LECr.) y nótese que el art. 520 bis LECr establece limitaciones al derecho de defensa.

¹⁰⁴ Sobre la “infiltración” del discurso del derecho penal del enemigo en los delitos de terrorismo véase ASUA BATARRITA, 2006, 255 ss.

¹⁰⁵ La expresión es de JAKOBS, 2000, 31.

que existe un amplio acuerdo en la doctrina sobre la necesaria humanización de las penas de prisión: las penas privativas de libertad de corta duración son injustas e ineficaces por tener efectos socialmente excluyentes y por ello deben ser sustituidas por penas alternativas a la prisión; y las penas de prisión de larga duración deben ser individualizadas en su ejecución, de forma que permitan la progresión de grado (de más riguroso a libertad condicional) bajo el control judicial con el fin de que faciliten la resocialización de los penados¹⁰⁶. Las reformas, por tanto, profundizan en la tradicional deficiencia del sistema penal español de penas alternativas, muy alejado de los parámetros europeos, que tan sólo limitadamente pretendía superar el CP de 1995¹⁰⁷; trastocan el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad de larga duración relegando el objetivo constitucional de reinserción en favor de la inocuidad¹⁰⁸; y olvidan toda aproximación a la justicia restaurativa (procesos de mediación y reparación) que ofrece asimismo un interesante protagonismo a la víctima¹⁰⁹.

En segundo lugar, hay que tener presente que los efectos de la previsión indiscriminada de la prisión da lugar a que nos encontremos ante un sistema **excesivamente represivo** y, por tanto, poco justificable. La tasa de criminalidad española es menor que la media de los países europeos. El año 2009 la tasa española de delitos por 1000 habitantes fue de 45,8, mientras que la media europea –UE (15)– fue de 67,8, superando este límite Suecia (121), Bélgica (96), Dinamarca (88,4), Reino Unido (84,7), Holanda (74,5), Alemania (73,9), Luxemburgo (71,2) y Austria (71,1)¹¹⁰. Sin embargo España tiene el índice de presos más alto de Europa por cada 100.000 habitantes: 157. Las cárceles cerraron diciembre de 2009 con 76.079 internos. En los últimos 9 años no ha dejado de aumentar el número de reclusos (31.462, un 70%), indicándose por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que tal incremento es fruto de las sucesivas reformas legales¹¹¹. Además es previsi-

¹⁰⁶ MAQUEDA ABREU, 2003, 9; DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, 53, de quien son respectivamente las expresiones en negrita.

¹⁰⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, 54.

¹⁰⁸ MAQUEDA ABREU, 2003, 9.

¹⁰⁹ GRUPO “Otro derecho penal es posible”, 2010, 7. Debe notarse además que la voluntad del legislador de cumplir las obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión Europea, no ha alcanzado al cumplimiento de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2000, referida a esta materia.

¹¹⁰ GABINETE DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD INTERIOR, 2010, 3, 5, donde se indica que las tasas de los países europeos corresponden a los años 2008 o 2009 según la disponibilidad de datos. Por delante de España se encuentran también Irlanda (67,5), Finlandia (65,7), Italia (57) y Francia (45,1) y solamente Grecia (38,2) y Portugal (37,7) por detrás.

¹¹¹ Véase GRUPO “Otro derecho penal es posible”, 2010, 1.

Sobre el incremento de reclusos en el periodo de 1996 – 2006 apuntando remedios al mismo, véase CID MOLINÉ, 2008 (n.º 6, artículo 2), 2 ss., en especial, 23 ss., que coincide en parte con la afirmación de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

ble que de la mano de la presente reforma siga creciendo el número de reclusos y sigamos con ese primer puesto europeo que choca con el índice de criminalidad. La cuestión en este momento es, por tanto, ¿de dónde nace una tal necesidad de encarcelar, que sitúa a España muy por encima de la ratio europea y a los centros penitenciarios en una situación de hacinamiento tal que convierte en quimera la posibilidad de reinserción y, lo que es más grave, el mandato constitucional de que la pena de prisión no prive al recluso de más derechos que los vinculados a la condena (art. 25.2)¹¹².

En tercer lugar, cabe afirmar taxativamente que se trata de una reforma con ribetes autoritarios y **socialmente excluyente**. La intervención penal atiende a la peligrosidad del sujeto, a la que se combate con medidas que no toman en consideración su integración social, sino que con el fin de neutralizarla, recurre a la exclusión de la sociedad: la prisión. El coste de la prevención corre únicamente a cargo de quien delinquirió y no de la sociedad, lo que supone para la delincuencia común reiterada de escasa gravedad, propia de colectivos marginales (pobres, gitanos, extranjeros, drogadictos,...), una nueva dificultad para su integración social¹¹³.

En cuarto lugar, es un modelo **peligroso desde el punto de vista democrático**, que está produciendo un “elevadísimo coste para el sistema de garantías”¹¹⁴ y “efectos devastadores en la estructura de racionalidad del derecho penal”¹¹⁵. Pone el acento en las características del autor: delincuente habitual, peligroso, colectivo, al que se sanciona no por lo que ha hecho o, al menos no sólo por lo que ha hecho, sino por lo que puede hacer. Se desliza hacia un derecho penal de autor tan en boga durante el periodo del fascismo y sobre todo del nacionalsocialismo, y de nefasta memoria. ¡Otra vez falta de memoria histórica! Si lo relevante es neutralizar la peligrosidad del autor, ¿dónde se encuentran los límites de la intervención penal?, ¿en la exigencia de seguridad de la sociedad?, ¿cuáles son los límites de las intervenciones?, ¿puede llegarse dado el caso a la medidas pre-delictivas? Y si nos preguntamos por los límites nos estamos preguntando por la legitimidad de la intervención punitiva del estado. Lo cierto es que este modelo renuncia

¹¹² DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, 55, quien indica que también rigor punitivo del sistema español se hace presente en el tiempo de estancia media en prisión de los reclusos españoles que prácticamente doblaba en 2003 a la media de los países del Consejo de Europa y nada hace pensar que estos datos hayan tenido que variar a la vista de las reformas que ha sufrido el CP.

¹¹³ DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 29; en el mismo sentido MAQUEDA ABREU, 2003, 11. Entre el 70 y el 80% de los reclusos en centros penitenciarios pertenece a estos colectivos como recuerdan DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, 53, y MAQUEDA ABREU, 2003, 11, citando a SILVA SÁNCHEZ, 2001, 57 (= 2007, 53). De extraordinario interés para conocer el perfil de los reclusos (“¿Quiénes son?”) GALLEGO DÍAZ *et al.*, 2010, 61 ss.

¹¹⁴ MAQUEDA ABREU, 2003, 10.

¹¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 30, con referencias.

paulatinamente a distintos principios garantistas –“referencias claves en la racionalidad ética arraigada en nuestro sistema de creencias”¹¹⁶–. La responsabilidad no se establece ya en virtud de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, que nos proponen una cierta proporcionalidad de la pena. La inocuidad de la peligrosidad nos puede llevar a su total distorsión. ¿Es admisible una condena a 50 años de prisión por dos hurtos intentados, como ha admitido el Tribunal Supremo de EEUU?¹¹⁷ El principio de proporcionalidad, pero también el de legalidad, el de mínima intervención, el de ofensividad, el de humanidad de las penas, el de resocialización, el del hecho y el de igualdad se debilitan¹¹⁸.

En quinto lugar, no se puede perder de vista que el incremento de las penas con el fin de combatir la delincuencia es un modelo que **no ha llegado a mostrar su eficacia**. Es opinión mayoritaria en la doctrina, avalada por buen número de estudios, que el incremento de las sanciones no disminuye la delincuencia¹¹⁹. En relación con la delincuencia leve reiterada ciertamente EEUU donde más se ha aplicado este modelo, no ofrece datos que lo avalen: se trata de políticas criminales que resultan eficaces en el corto plazo, pero que no tienen resultados sostenidos en el tiempo¹²⁰. No parece que pueda ser de otra forma, ya que es un modelo desenfocado, que combate los síntomas de la delincuencia sin ocuparse de las causas, sobre las que también es necesario actuar, eludiendo soluciones simplistas¹²¹. Como indica DÍEZ RIPOLLÉS, descuida las causas sociales de la delincuencia y “pone de forma poco realista las esperanzas en los efectos del aislamiento social de colectivos cada vez más amplios”¹²².

Es, por último, un derecho penal que revela una **legitimación insuficiente** en el marco de un estado social y democrático de derecho. El estado no puede recurrir a cualquier medio con el fin de mantener una convivencia pacífica que se ve amenazada por la delincuencia. Su objetivo ha de ser el de contener la delincuencia con el menor coste posible en los bienes jurídicos de quienes infringen la ley, que son en todo caso ciudadanos, no enemigos. Este límite en absoluto se cumple en este modelo de derecho penal: es notablemente más represivo que el de otros países de nuestro entorno, a pesar de nuestra menor tasa de delitos; no ha llegado a mostrar su eficacia y exige la renuncia a una parte importante del sistema de garantías. Ciertamente no

¹¹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 30.

¹¹⁷ Véase CASTIÑEIRA / RAGUÉS, 2004, 63, 79.

¹¹⁸ Véase MATA BARRANCO, 2007, 14 ss.

¹¹⁹ Véanse referencias en la nota 57.

¹²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 29.

¹²¹ ASUA BATARRITA, 2006, 245 s., citando a DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, 10-16, 28 ss.; SILVA SÁNCHEZ *et al.*, 2003, 115.

¹²² DÍEZ RIPOLLÉS. 2005, 30.

puede llegarse a legitimar en atención a los efectos de integración social de este tipo de normas penales, que tratan de galvanizar a la mayoría social en torno a determinados valores; en ningún caso este tipo de efectos de orden político pueden quedar legitimados a la vista del coste que tienen; ¿cómo la lesión excesiva, innecesaria - al menos comparativamente con otros países- de bienes fundamentales de ciudadanos, cuya preservación constituye un objetivo prioritario de Estado, puede legitimarse para lograr objetivos políticos de esa índole?

V. Consideración final

Todo ello cuestiona seriamente la política criminal securitaria de la reforma de 2010 (LO 5/2010) y exige elaborar una política criminal distinta. Como bases para ella pueden tomarse las pautas que por contraste se derivan de las deficiencias que hemos puesto de relieve en las críticas hechas a lo largo de este trabajo. Debiera ser fruto de una discusión abierta, basada en datos reales; alejada de informaciones manipuladoras de sentimientos colectivos y de todo intento de obtener ventaja política de la inseguridad y del miedo; de una complejidad que necesariamente rebasa los slogans y otros recursos populistas y requiere una presencia decisiva de peritos en la materia; ajena a concepciones ingenuas y/o simplificadoras de la delincuencia, que tome en consideración la responsabilidad de los infractores así como la influencia de las estructuras sociales, de la desigualdad de oportunidades en la criminalidad; atenta a las muy diversas realidades que manifiestan conductas tan dispares como las que se agrupan bajo el término delincuencia o criminalidad y que por ello están necesitadas de respuestas asimismo diferenciadas y no sólo de orden punitivo; que atienda a una racionalidad orientada tanto a los fines de seguridad ciudadana como a los valores de un estado social y democrático de derecho. Tan sólo a partir de bases de esta índole puede llegarse a una política criminal de corte firmemente democrático por eficaz en la lucha con la delincuencia y por respetuosa con las garantías.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María: “Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad”, en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, CISE / Ed. U. Salamanca, Salamanca, 2004, págs. 1197 – 1226.
- ACALE SÁNCHEZ, María: “Libertad vigilada”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 147 – 158.

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.): “¿Otra reforma más?”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.): *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 11 – 17.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: “Código penal y política criminal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 17 – 38.
- ASÚA BATARRITA, Adela: “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal, Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas, y conductas periféricas”, en CANCIO MELIÁ, Manuel/ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.): *El Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Edisofer. Madrid / Ed. BdF. Buenos Aires. 2006, págs. 239 – 276.
- BACH FABREGÓ, Roser / GIMENO CUBERO, Miguel Ángel: “Clases y contenido de penas y ejecución de las penas (arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66 bis, 83, 100, 103, y 116 CP)”, en QUINTERO OLIVARES, G., *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 71 – 90.
- BAUCELLS I LLADÓS, Joan/ PERES-NETO, Luiz: “Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes/ BOTELLA CORRAL, Joan (Dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 109 – 151.
- BOCOS REDONDO, Pedro: “Entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público. Cómputo de plazos y *vacatio legis*”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2008, págs. 1346 – 1349.
- BOTELLA CORRAL, Joan/ PERES-NETO, Luiz: “La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes/ BOTELLA CORRAL, Joan (Dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 43 – 65.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel: “Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 15 – 63.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel: “Seguridade cidadá, sociedade do risco e retos inabordables da política criminal”, en *Revista Galega de Seguridade Pública*, 2007 (n.º 9), págs. 35 – 54.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, Günther – CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho penal del enemigo*. Thomson-Civitas. Madrid, 2003, págs. 57 – 102.

- CANCIO MELIÁ, Manuel/ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coords.): *El Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*. Edisofer. Madrid / Ed. BdF. Buenos Aires. 2006.
- CASTIÑEIRA, Teresa/ RAGUÉS, Ramón: “Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 14, 2004, pp. 59 – 85.
- CID MOLINÉ, José: “El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedio”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2008, n.º 6, págs. 1- 31.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: “Prólogo a la presente edición”, en *Código penal y legislación complementaria*, 36.ª ed. a cargo de J. Díaz-Maroto. Civitas/ Thomson Reuters, Madrid, 2010, págs. 19 - 22.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, 06-03, págs. 1- 34
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: “La nueva política criminal española”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, 2004 (n.º 1), págs. 11 – 38.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, 07-01, págs. 1 – 37.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La política criminal en la encrucijada*. Ed BdF, Buenos Aires – Montevideo, 2007.
- FUENTES OSORIO, Juan L: “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (<http://criminet.uigr.es>) 2005 (16), págs. 1 – 51.
- GABINETE DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD INTERIOR (Secretaría de Estado de Seguridad, Ministerio del Interior): *Junio 2010. Evolución de la criminalidad. Ámbito de actuación del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil. Junio 2010: evolución de la criminalidad durante los últimos 12 meses*, en www.mir.es, set. 2010, págs. 1 – 23.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel / CABRERA CABRERA, Pedro José./ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos / SEGOVIA BERNABÉ, José Luis: *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*. U. Pontificia de Comillas. Madrid. 2010.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes/ PERES-NETO, Luiz: “Discursos mediáticos y reformas penales”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes / BOTELLA CORRAL, Joan (Dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 153-189.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa/ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/ PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima/ BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José/ CEREZO DOMÍNGUEZ, María José: “Evolución de la delincuencia en España: Análisis longitu-

- dinal con encuestas de victimización”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2010 (n.º 8, artículo 2), págs. 1 – 27.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás/ LAMARCA PÉREZ, Carmen: “Organizaciones y grupos criminales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 503 – 520.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “Prólogo a la decimosexta edición”, en *Código penal*, Ed. Tecnos, 16.ª ed., Madrid, 2010, pág.17.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea/ CORTE IBÁÑEZ, Luis de la / REQUENA ESPADA, Laura/ JUAN ESPINOSA, Manuel de: “La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión imposible?”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2009 (n.º 7; artículo 9), págs. 1 - 28.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: “La contrarreforma penal de 2003: Nueva y vieja política criminal”, en *Revista Xuridica Galega*, 2003 (n.º 38), págs. 13 - 38.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: “La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento *impeccable* y *derechos mínimos*”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 39 – 44.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta: “El periodo de seguridad (art. 36.2)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 91 - 94.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta: “La pena de localización permanente (art. 37)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 95 – 99.
- GRUPO “Otro Derecho penal es posible”: *Mitos del Derecho penal*, en <http://www.otroderechopenal.com> (última consulta, octubre 2010).
- JAKOBS, Günther: *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 2000.
- JAKOBS, Günther: “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, Günther/ CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho penal del enemigo*. Thomson-Civitas. Madrid, 2003, págs. 19 – 56.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José: *Seguridad ciudadana y Derecho penal*. Dykinson, Madrid, 2006.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: “El Derecho penal «de la seguridad»”, en *La Ley*, 2003-4, págs. 1923 – 1932.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *El nuevo derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- LARRAURI PIJOAN, Elena: “La economía política del castigo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009 (n.º 11), págs. 1 – 22 (<http://criminet.ugr.es>).

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/ VICENTE REMESAL, Javier de/ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/ OLAIZOLA NOGALES, Inés: “Prólogo a la edición de 2010”, en *Código penal*. La Ley, Madrid, 2010, págs. 5 – 7.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa: “Crítica a la reforma penal anunciada”, en *Jueces para la Democracia*, 2003 (n.º 47), págs. 6 – 11.
- MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Cristóbal/ QUINTERO GARCÍA, Débora: “De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter 570 quáter)”, en QUINTERO OLIVARES, G., *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 356 – 367.
- MATA BARRANCO, Norberto de la: “Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal”, en FARALDO CABANA, Patricia, *Política criminal y reformas penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 11 – 34.
- MENDOZA BUERGO, Blanca: “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”, en AGRA, Cândido da et al., *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Atelier, Barcelona, 2003, págs. 67 – 89.
- MESTRE DELGADO, Esteban: “Código penal nuevo y obsoleto”, en *La Ley penal*, “Una nueva reforma del Código Penal”, 2010 (julio), págs. 5 – 10.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: “Prólogo” a LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *El nuevo derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, “págs. 11 – 15.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*. 18.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: “Prólogo”, a LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *El nuevo derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 11 – 15.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, en *Eguzkilore*, 2006 (n.º 20), págs. 129 – 149.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel: “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, en GARCÍA RIVAS, Nicolás et al.: *El Derecho penal frente a la inseguridad global*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 85 – 122.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “Estudio preliminar: cambiar las leyes y cambiar el Derecho Penal. Sobre la última reforma del Código penal”, en QUINTERO OLIVARES, G., *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 15 – 26.
- ROBLES PLANAS, Ricard: “Violencia y seguridad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004 (n.º 06-rl), págs. 1 – 3.

- SANZ MORÁN, Ángel José: “Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal*, 2004 (n.º 11), págs. 11 – 40.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: “Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del Código Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010 (n.º 12), págs. 1 – 7 (<http://criminet.ugr.es>).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en NIETO, Adán (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Vol I. Ed. U. de Castilla - La Mancha /Ed. U. de Salamanca, 2001, págs. 699 – 710.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ª ed. Ed. IB de F. Montevideo - Buenos Aires. 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, 2009 (n.º 6), págs. 15 – 34.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto”, en *La Ley*, 9/9/2010 (n.º 7464), págs. 1 - 7.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María / FELÍP I SABORIT, David / ROBLES PLANAS, Ricardo / PASTOR MUÑOZ, Nuria: “La ideología de la seguridad en la legislación penal”, en AGRA, Cândido da *et al.*, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003, págs. 113 – 135.
- SOTO NAVARRO, Susana: “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (<http://criminet.uigr.es>) 2005 (9), págs. 1 – 46.
- TORRES ROSELL, Nuria: “La pena de localización permanente y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad”, en QUINTERO OLIVARES, G., *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, págs. 91– 97.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: “Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ SANZ MULAS, Nieves, *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Ed. Comares. Granada, 2004, págs. 98 - 129.
- VIVES ANTÓN, Tomás S.: “¿Estado democrático o estado autoritario? (Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal)”, en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2008 (n.º 4), págs. 264 – 273.

La búsqueda y conservación de los datos informáticos en el Derecho norteamericano. E-discovery

Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños

Doctor en Derecho

Secretario del Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional de España

Recibido: 13.11.2010

Aceptado: 20.12.2010

Resumen: La incorporación de la información electrónicamente almacenada al proceso, es una de las cuestiones más candentes en el derecho norteamericano. El enorme volumen de información que contienen los soportes informáticos y la mutabilidad de sus contenidos han determinado una reconsideración de los derechos y deberes de las partes en el proceso, creando un especial deber de diligencia en la preservación de este tipo de información. El cambio que se opera, tras la reforma procesal de diciembre de 2006 y que se continúa en enero del año 2009, se centra en que dicho deber se verá conculcado no sólo cuando las partes se enfrentan a un concreto proceso sino también cuando resulte previsible que este tenga lugar. De este modo, este deber que surge en el ámbito estrictamente procesal, se ha hecho extensivo a todos los ámbitos del derecho desde la protección de los datos de carácter personal, a los aspectos contables, administrativos, etc... atendida la eventualidad de la judicialización de las cuestiones que a aquellos se refiere.

Palabras clave: Búsqueda electrónica, Información electrónicamente almacenada, información especialmente protegida

Abstract: *The incorporation of electronically stored information to lawsuit is one of the most pressing issues in American law. The enormous volume of information contained in the computer media has implied a review of the parties' procedural rights and duties, to create a special duty of care to preserve information. The change that were made law by amendment of December 2006 and continues by amendment of January last year 2009, has led now, that this duty will be contravened not only when the parties face to a particular process but also when it is expected that it can take place. As a result of which, this duty purely procedural, it has been extended to all areas of law like the protection of personal data, accounting issues, administrative matters, etc. given that the judicial prosecution of these matters can be always possible.*

Key words: *e-discovery, inadvertent privilege waiver, electronic evidence*

Sumario: 1. CUESTIÓN PREVIA: BORRAR NO ES SUPRIMIR.—2. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO NORTEAMERICANO. LA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE PRESERVACIÓN DE LA INFORMACIÓN ELECTRÓNICAMENTE ALMACENADA.—3. EL ORIGEN DEL PROBLEMA EL CASO UNITED STATES V. QUATTRONE.—4. EL CASO ZUBULAKE Y LA REFORMA PROCESAL DE 2006. LA ACCESIBILIDAD DE LA INFORMACIÓN ELECTRÓNICAMENTE ALMACENADA.—5. LA REGLA 26 DE LAS REGLAS FEDERALES DEL PROCESO CIVIL.—6. SAN-

CIONES POR EXPOLIACIÓN.—7. EL DEBER DE PRESERVACIÓN. 7.1. Deber General de preservación. 7.2. Carga de preservación de la información en vistas de un proceso iniciado o de previsible iniciación.(Litigation holds). 7.3. Orden de preservación de la información electrónicamente almacenada. (Preservation orders, stipulated agreements y preservation letters).— 8. LA DIVULGACIÓN POR DESCUIDO O RENUNCIA AL PRIVILEGIO, (INADVERTENT WAIVER O INADVERTENT DISLOSURE).—9. La regla 502 de las Reglas Federales de Regulación de la Prueba. 9.1. El origen de la regla.. 9.2. Eficacia procesal de los clawback agreements. 9.3. Extensión material. 9.4. Terceros. 9.5. Interacción entre los tribunales federales y estatales conforme a la regla 502. 9.6. Limitaciones a los acuerdos de “claw back agreements”.—10. CONCLUSIONES.

1. Cuestión previa: borrar no es suprimir

Nuestro acervo jurídico, creado bajo la cultura del soporte papel, nos presenta la noción de documento como una unidad de información terminada y definitiva, en la que resulta imposible escindir el continente y el contenido. En el documento en papel no cabe alteración en cuanto que, una vez impresa en el papel, la tinta queda fijada de modo indeleble al soporte, resultando imposible materialmente separar uno de otro. En el documento electrónico por el contrario el vínculo entre continente y contenido es puramente convencional, por cuanto que la información contenida en un soporte informático está continuamente modificándose.¹

En tal sentido, **en los documentos electrónicos puede diferenciarse, el continente -el soporte electrónico- del contenido del documento o -documento electrónico propiamente dicho-.**² El soporte electrónico es cual-

¹ Lo cierto sin embargo, es que aún tratándose de soporte papel, siempre existió la posibilidad de realización de documentos por otros medios que no presentaban ese carácter inescindible. En el documento realizado en lápiz es posible borrar el contenido, en este, ciertamente cabe la realización de una pericial que nos permitiese reconstruir lo borrado, pero resultaría imposible determinar si ha habido ulteriores adiciones o modificaciones en el documento. En este sentido, el documento tendría carácter auténtico, en el sentido que por medio de un análisis pericial podría identificarse su autor y su contenido, pero no resultaría definitivo.

² Así en el ordenamiento jurídico español, en el art. 3.5 de la Ley de Firma Electrónica en la redacción dada por la ley 56/2007, de 28 de diciembre de medidas de impulso a la sociedad de la información, dispuso que se consideran documentos electrónicos, *la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado* para señalar a continuación en su apartado 6 que *los documentos electrónicos serán soporte* tanto de los documentos públicos, como por los expedidos por funcionarios públicos, como de los documentos privados, con lo que existe una clara distinción del documento electrónico cuando actúa como soporte de otro documentos (art. 3.6), que cuando tiene sustantividad propia como información considerada en sí misma (art. 3.5).

quier medio apto para recibir y tratar la información, que permite en mayor o menor medida la identificación de su origen, y las alteraciones que se produzcan en el mismo, pero en el que en puridad no cabe identificar un contenido propio, pues éste va cambiando conforme a las necesidades del sistema donde se encuentra integrado. El documento electrónico exige además, el carácter ultimado e íntegro de dicha información, de modo que no sea posible alteración del mismo, sirviendo como medio de prueba del hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de este, (1218 Cc.) o únicamente de la fecha de éste (1227 Cc). Se exige por tanto que a través de medios físicos o técnicos se impida la alteración de su contenido, véase mediante el volcado de su información a un medio indeleble, empleo de programas bloqueadores o a través de programas que permitan encriptar la información mediante la firma electrónica.³

De este modo resulta patente, que la inescandibilidad entre continente y contenido, no se presenta en los documentos electrónicos. Así si lo característico de los documentos es el carácter preconstituido y su virtualidad propia por la perfecta identificación entre la información y su soporte, tal característica no es del todo trasladable a los documentos electrónicos. Por lo pronto la corroboración de un documento en formato papel parte de la noción de evidencia, de aquello que es patente a la vista sin necesidad de entrar en otros razonamientos, mientras que en el documento electrónico su contenido está representado por signos, contenidos en códigos binarios, que deben ser descodificados mediante un programa con un procedimiento lógi-

³ Esta confusión entre el alcance del soporte electrónico y el documento electrónico es bastante común. Así en el ámbito de la Administración Pública Española pese a la grandilocuencia con la que se suele presentar la importancia de dichos documentos su eficacia es bastante limitada. Así la Ley 11/2007, de 22 de junio, sobre el Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, pese al reconocimiento explícito del documento electrónico, a la alusión a “procedimientos administrativos gestionados en su totalidad electrónicamente” (art. 37), a “su iniciación “a solicitud del interesado por medios electrónicos” (art. 35.1) y a una “instrucción por medios electrónicos” (art. 36), incluso a la “terminación de los procedimientos por medios electrónicos” o la “resolución de un procedimiento utilizando medios electrónicos” (art. 38), lo cierto es, que de forma más discreta, establece algunas reservas frente a la digitalización del procedimiento administrativo, como la previsión del posible requerimiento de cotejo con sus originales de las copias digitalizadas aportadas al procedimiento (art. 35.2) y, sobre todo, la salvedad (formulada por el art. 38.2) de que “podrán adoptarse las resoluciones en forma automatizada en aquellos procedimientos en los que así esté previsto”. Como señala Mira Ros, a la hora de la verdad, el acto administrativo por antonomasia que es la resolución administrativa, salvo que la norma lo permita especialmente, por regla general, no cabe en formato electrónico. Ese mismo escepticismo legal frente a la digitalización administrativa asoma también detrás de la obligación de mantener, en todo caso, las llamadas “oficinas de atención presencial”, art. 7.2.a. de la Ley 11/2007 de 22 de junio, (Mira Ros, Corazón. “¿Una justicia por ordenador?” Revista del Notariado”, Marzo Abril 2010, n.º 30).

co que convierta la expresión en codificación informática al lenguaje natural. Se exige, por ello, mecanismos técnicos que no están al alcance de la mayoría de las personas, y que de otra parte, aun conociendo su funcionamiento interno, tampoco presentan aquel carácter manifiesto que caracteriza al cotejo de la documental. En estos, se hace preciso aparte de la autenticación o cotejo de la información, el reconocimiento judicial del soporte informático no como elementos documentales, sino como efecto de convicción susceptible de reconocimiento judicial. Es por esto por lo que, el artículo 384.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil remite para la valoración de su contenido a las reglas de la sana crítica y no de la prueba tasada propia de los documentos propiamente dichos.

Pese a estas limitaciones, **el reconocimiento judicial de los soportes electrónicos permite la realización de operaciones que van a más allá de lo pretendido por los documentos tradicionales** y que dan pie a una nueva consideración de las diligencias de averiguación y cotejo de la información. Siguiendo los principios expuestos por la conferencia de SEDONA⁴, caben destacar las siguientes características de los soportes electrónicos, que determinan el carácter sui generis de las diligencias de reconocimiento judicial de aquellos:

- Apariencia. Lo que se nos aparece a la vista cuando abrimos un documento electrónico, no se corresponde con una realidad tangible, sino que es mera apariencia, es lo que se conoce como entorno gráfico. La información a que accedemos presenta sólo el nivel más superficial del Iceberg que soporta el sistema, por debajo de aquel existen varios niveles sistemas de lenguaje informático que realmente son los que hacen que el documento se nos muestre de modo accesible, pero que a parte de esta función instrumental, contienen también a su vez otro tipo de información tales como metadatos, índices contadores, etc que son decisivos para conocer el origen y la eficacia de la información.
- Volumen y transmisibilidad de la información, la información contenida en los soportes informáticos es notoriamente superior a los medios tradicionales de documentación. Esto se debe al modo en que se transmite y se recopila la información. Pese a que no se ha llegado a un sistema de software libre propugnado por ciertas iniciativas como *Linux* es lo cierto que el entorno informático *Microsoft*, *Apple*, etc. se ha caracterizado en mayor o menor medida por el principio de libre transmisión de información sobre la base de códigos compartidos. Esto ha

⁴ VVAA; *The Sedona Principles. Best practices & principles for addressing Electronic Document Production*, annotated versión, Coordinador Jonathan M. Redgrave, 2005, p. 7 y 8.

permitido la más fácil transmisión de información pero también la desprotección de los derechos de propiedad intelectual y la vulnerabilidad del sistema, (virus, *spam*, *spyware*, etc.).

- Metadatos. La existencia de estos sistemas que soportan la información, hace que junto a los datos que son visibles existan otra serie de datos que son estrictamente necesarios para el tratamiento informático de la información. La conferencia de Sedona define los metadatos como la información sobre la que los documentos o archivos quedan registrados que permiten al ordenador y al usuario la localización y el tratamiento de la información contenida en los documentos propiamente dichos.
- Persistencia. En un soporte electrónico cuando procedemos a suprimir un documento, en realidad lo único que hacemos es desvincular ese documento dentro del entorno visual, pero aquél permanece siempre, bien a través de las distintas copias de seguridad, *cookies* etc., bien a través código basura del documento, información que en la mayoría de los casos es perfectamente recuperable
- Contenido dinámico. Como hemos visto la información contenida en un documento digital no puede considerarse como algo definitivo, pues nunca cabe decir que esta es la versión definitiva del escrito que estoy haciendo, y siempre que dicha información no se salga de su entorno cabe una modificación posterior del documento. De este modo obtenemos tantas versiones del documento como modificaciones realicemos, de tal modo que no es tanto la consideración definitiva del documento como el marco temporal del mismo lo que determina su eficacia. Así, por ejemplo en un registro de una cuenta corriente obtenemos una situación distinta por cada movimiento contable que hacemos, sin embargo son tales movimientos los que proporcionan la unidad documental a la información. La consideración temporal del documento electrónico es pues esencial. Esto no sólo es predicable, de una tabla de datos, sino de cualquier documento. Como luego veremos la mayoría de las empresas proceden a la realización periódica de copias de seguridad. Antigamente se realizaban diariamente por la noche cuando los sistemas no se encuentran operativos, pero actualmente en la mayoría de las empresas estas copias de seguridad se realizan continuamente a intervalos cada vez más cortos, de una hora o menos, copias de seguridad que nos permiten conocer cuál era la versión de cada documento, casi en cada momento. Por consiguiente, lo relevante no es tanto el carácter definitivo del documento sino cualquier versión del mismo durante el tiempo el que esté el ordenador encendido.

Por todo ello, cada una de las distintas unidades de almacenamiento informático, en su multiplicidad de versiones, puede ser considerada bien

como un solo documento en sí mismo, la totalidad de la información del soporte electrónico, o bien en consideración a cada uno de los documentos que se contienen en el mismo, cuyo carácter definitivo dependerá de la eficacia que pretendamos dar a la información contenida en aquellos al salir del entorno en que se encuentra.

Si el derecho europeo se ha centrado, en el segundo aspecto, particularmente en los aspectos relativos al **cotejo de los documentos electrónicos** propiamente dichos, aspectos en los que recientemente nos hemos ocupado⁵, en el sistema jurídico norteamericano, se ha centrado en los aspectos relativos a la **averiguación y reconocimiento, no tanto de los documentos como de los soportes informáticos**, particularmente el alcance del deber de preservación, y los límites y garantías de acceso aquellos soportes, como medio de prueba en el proceso, aspectos en los que se centrará el objeto del presente estudio.

2. Tratamiento de la cuestión en el derecho norteamericano. La configuración del deber de preservación de la información electrónicamente almacenada.

Las diligencias de reconocimiento judicial de los soportes electrónicos o averiguación electrónica, (e-discovery) han supuesto en los Estados Unidos, una verdadera revolución del derecho procesal. El enorme volumen de información que se contienen en los soportes informáticos y la mutabilidad de sus contenidos han determinado una reconsideración de la eficacia procesal de la prueba documental. Como veremos el principio fundamental que inspira la regulación de esta cuestión, se encuentra en el denominado deber de preservación. Este deber de preservar los datos potencialmente relevantes en el proceso se fundamenta en el deber de diligencia y en las reglas de la buena fe. El cambio que se opera por las últimas reformas procesales en los Estados Unidos, se encuentra en que dicho deber de diligencia se verá conculcado no sólo cuando las partes se enfrentan a un concreto proceso sino también cuando resulte previsible que este tenga lugar. De este modo, este deber que surge en el ámbito estrictamente procesal, se ha hecho extensivo a todos los ámbitos del derecho desde la protección de los datos de carácter personal, a los aspectos contables, administrativos, etc... atendida la eventualidad de la judicialización de las cuestiones que a aquellos se refiere.

El principio básico en la materia procesal viene contenido en la regla 26 a) apartados (i) y (ii) de las reglas federales del proceso Civil que señalan:⁶

⁵ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio Evaristo. "La diligencia de cotejo de los documentos electrónicos". Revista General de Derecho Procesal, Iustel, n.º 11, 2010.

⁶ (A) In General. Except as exempted by Rule 26(a)(1)(B) or as otherwise stipulated or ordered by the court, a party must, without awaiting a discovery request, provide to the other parties: (i) the name and, if known, the address and telephone number of each individual

En general, salvo en aquellos actos procesales que encuentren exentos por la regla 26 (a) (1) (b) o cuando exista una disposición en contrario acordada por las partes u ordenada por el Tribunal, cada parte debe proceder, sin esperar la solicitud de averiguación, a proporcionar a las otras partes:

- (i) El nombre y si lo sabe, la dirección y el número de teléfono de cualesquiera individuos que probablemente puedan tener información de interés, y que la parte revelante pueda usar para respaldar sus alegaciones, a menos que su empleo sólo lo fuese para reprobación de aquellos.⁷
- (ii) Una copia o una descripción por clases y locación de todos los documentos, información electrónicamente almacenada y soportes tangibles que la parte tenga en su posesión, custodia o control y debe de usar para mantener su demanda o defensa, a menos que su empleo sólo lo fuese para reprobación de otros medios de prueba.⁸

Todo esto determina un deber de diligencia a la hora de la preservación de nuestra información electrónicamente almacenada, creando un especial

⁷⁸ likely to have discoverable information — along with the subjects of that information — that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment; (ii) a copy — or a description by category and location — of all documents, electronically stored information, and tangible things that the disclosing party has in its possession, custody, or control and may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment; (iii) a computation of each category of damages claimed by the disclosing party — who must also make available for inspection and copying as under Rule 34 the documents or other evidentiary material, unless privileged or protected from disclosure, on which each computation is based, including materials bearing on the nature and extent of injuries suffered; (*Una relación de los daños reclamados por la parte aportante, quien debe también permitir la exhibición y copia conforme a las previsiones de la regla 34 de los documentos u otros materiales de prueba en los cuales se fundamenta el cálculo de los perjuicios, salvo aquellos que se encuentren protegidos o excluidos de la revelación. Se incluyen entre estos los materiales que sustentan el carácter y la extensión de los perjuicios.*) and (iv) for inspection and copying as under Rule 34, any insurance agreement under which an insurance business may be liable to satisfy all or part of a possible judgment in the action or to indemnify or reimburse for payments made to satisfy the judgment. *Dentro de la revisión y copia conforme a las previsiones de la regla 34, deberá de entenderse incluidos cualquier acuerdo de aseguramiento con una empresa de seguros que pueda ser responsable de satisfacer en toda o parte la eventual condena o indemnizar o reembolsar los pagos hechos para evitar el juicio.*

⁷ Literalmente “...for impeachment”, con carácter genérico reprobación o descalificación, así article impeachment o witness impeachment, expresión que debe de interpretarse en el sentido que los datos aportados lo sean para el ejercicio de derecho de defensa y no para impugnar otras pruebas o testimonios.

⁸ Literalmente “...for impeachment”, véase nota anterior.

deber de custodia a la hora de conservar la información contenida en nuestros archivos. No es necesario que exista un concreto requerimiento en orden a la preservación de información en vistas a la celebración del juicio, sino que las partes como sujetos de derecho tienen el deber, no sólo de preservar toda la información incorporada a sus sistemas informáticos, sino también de procurar que la misma sea accesible con vistas al proceso. De este modo, cualquier alteración o destrucción de aquella información determinará que nos veamos privados de un medio de prueba cuando no una presunción en contra de la existencia de los datos desaparecidos de nuestros soportes informáticos.

3. El origen del problema el caso *United states v. Quattrone*

Hasta no hace mucho tiempo no era inusual en las empresas o en la Administración que los ejecutivos o funcionarios cuando cesaban en su trabajo procediesen a hacer limpieza de los archivos que han venido almacenando de forma asistemática durante años. Dado el enorme volumen de los documentos inservibles, borradores, notas, apuntes, etc... que normalmente solemos emplear, nunca tenemos el tiempo bastante para proceder a eliminar de forma sistemática los archivos realmente innecesarios y muchas veces forzados por la necesidad se procede a realizar un barrido de documentos a fin de evitar que queden en el sistema documentos comprometedores o de carácter estrictamente personal. Esta práctica adquirió tintes de escándalo en los Estados Unidos a finales de 2002 y durante todo el año 2003. En aquel tiempo los periódicos de mayor difusión de los Estados Unidos, publicaron una serie de artículos en los que se señalaba como muchas compañías animaban a sus empleados a suprimir archivos cuando fuese de esperar el inicio de un proceso o de un expediente de la administración tributaria.⁹ El caso más sonado fue el de *United States v. Quattrone*, (USCA 2d Cir, Mar. 22, 2005)¹⁰, en este proceso penal se analizaba el comportamiento del Sr. Frank Quattrone, quien se encontraba a la espera de una investigación federal dentro de una emisión de oferta pública de acciones sometida al control de la comisión de valores. En vistas de dicha visita de inspección, el señor Quattrone envió a sus empleados un e-mail, en el que se recomendaba encarecidamente que se realizase una limpieza a fondo de los archivos antes de salir de vacaciones. Por este hecho Mr. Quattrone fue sentenciado a 18 meses de prisión por un delito de obstrucción a la acción de la agencia federal y de manipulación de testigos. La sentencia, sin embargo fue anulada y se orde-

⁹ SCHEINDLIN Shira A. & WANGKEO, Kanchana. "Electronic Discovery Sanctions in the Twenty-First Century", Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 71. 2004.

¹⁰ *United States v. Quattrone*, 402, f.3d, 304, S. Sotomayor, (USCA 2d Cir, Mar. 22, 2005).

nó un nuevo juicio por una mala instrucción del jurado. Mr. Quattrone alcanzó finalmente un acuerdo de suspensión del proceso, antes de llegar al nuevo juicio.

Sin embargo, es el caso *Arthur Andersen LLP v. United States (USCA 2005)*¹¹, el que realmente determinó un cambio de mentalidad sociedad americana y puso en la palestra los problemas que se derivan de la preservación de documentos electrónicos. Este caso, surge como una derivación de la quiebra de la mercantil ENRON una empresa de energía con sede en Houston que constituía, con anterioridad a su quiebra, la séptima mayor empresa del país y la primera en el sector energético. La cobertura dada por la sociedad de auditoría Arthur Andersen, en la que algunos de sus empleados estaban en nómina también en ENRON, convirtió la quiebra de ENRON en el más grande fraude empresarial de la historia de los EEUU y en el arquetipo de fraude empresarial planificado. Se acusaba a Arthur Andersen, de que durante el tiempo que estuvo encargada de la auditoría, y en vistas de que la investigación se dirigiese también frente a la sociedad auditora, los responsables de Arthur Andersen dieron instrucciones concretas a fin de proceder a la destrucción sistemática de información en relación a la empresa ENRON, esto dio lugar en mayo de 2002 a la presentación de cargos contra Arthur Andersen, siendo encontrado culpable por el jurado del subdistrito Sur de Tejas por estos hechos, por veredicto pronunciado el 8 de junio de aquel año. Apelada la sentencia ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en una decisión unánime, el Tribunal Supremo anuló la condena de Arthur Andersen. En la sentencia de la que era ponente William Rehnquist se estimó que no había existido una voluntad manifiesta de que la empresa pretendiera persuadir a sus empleados para que procediesen a la supresión de documentos. Los gerentes de Arthur Andersen, reconocían que dieron instrucciones a sus empleados para eliminar los archivos relacionados con ENRON, pero esas medidas estaban dentro de su política de retención de documentos de la empresa y de supresión de la información de índole privada de sus empleados. Si la infraestructura del sistema de gestión de documentos estaba construida para mantener cierta información privada, Arthur Andersen carecía de facultades para persuadir a sus empleados para mantener o destruir dicha información. En opinión del tribunal, las instrucciones remitidas por Andersen a sus empleados, no eran lo bastante concretas para demostrar que la empresa sabía que había violado la ley o que quedase constatada una voluntad de vulnerar de forma sistemática la normas que prohíbe la destrucción de documentos cuando estos se deben de aportar al proceso. Las instrucciones eran tan vagas, escribió Rehnquist, que «*simplemente no transmitían la conciencia necesaria de su mala conducta*». Pese al carácter del fallo dictado, el

¹¹ *Arthur Andersen LLP v. United States*, 544 U.S. 696, R.J. Rehnquist (USCA 5.º Cir. 2005), 374 f.3d 281, ponente

caso supuso un cuestionamiento determinadas prácticas y la necesidad de escindir el ámbito privado de acceso a los datos y el propio de la gestión empresarial, atendida la vinculación que muchos de estos asesores tenían con la sociedad ENRON.

Estos dos casos, y los cientos de casos, exactamente iguales, que le siguieron, pusieron de relieve el peligro que supone la eliminación de archivos indiscriminada y la necesidad de preservar la información electrónicamente almacenada. La jurisprudencia norteamericana a raíz del caso *Quatrone* y de la experiencia del caso *Arthur Andersen* fue evolucionando hacia imponer unas mayores exigencias a la hora de la conservación de la información. Al igual que sucede en materia contable el principio de transparencia, se imponía como una exigencia insoslayable en el tratamiento de la información electrónicamente almacenada, no sólo cuando se había iniciado un proceso, sino cuando hubiese visos de que pudiese ser plantearse.

La cara contraria de la moneda, se producía cuando requerida una parte para la aportación de los documentos informáticos, se hacía aportación indiscriminada de los archivos sin tener en cuenta que entre aquellos archivos pudiese encontrarse información comprometida o confidencial. En estos casos, conocidos como *privilege inadvertent waiver* o simplemente *privilege waiver*, (renuncia al privilegio) se producía el efecto contrario, al perder la información aportada el carácter de especialmente protegida como consecuencia de su falta de celo a la hora discriminar lo que se facilita a la parte contraria. Esto dio lugar a un conflicto jurisprudencial, así si muchos tribunales norteamericanos preservaban el derecho a la confidencialidad de esos datos y reaccionaban frente a la parte que se había beneficiado de la buena fe del que hizo aportación de aquellos, otros fallos por el contrario imputaban las consecuencias de este error a la parte que no había guardado la diligencia necesaria en la clasificación y conservación de dicha información.

Por otra parte, si los tribunales norteamericanos empezaron a exigir cada vez mayor diligencia en la clasificación y ordenación de la información electrónicamente almacenada, también se encontraron con los excesos de celo de quienes en el ejercicio del derecho de defensa solicitaban la exhibición o aportación de información, que por su volumen o difícil acceso, excedía notoriamente de los medios y recursos de las empresas, resultando en muchos casos abusivo la paralización de los sistemas informáticos (*smoking gun*), cuando no el acceso torticero a información confidencial o al know how de las empresas competidoras por estos medios, (*phishing expedition*).

Así en el *In re Ford Motor Company*, (USCA 11th Cir. 2003),¹² el tribunal de apelación revocó la decisión del tribunal de distrito, por la que ordenaba a Ford dar al demandante acceso a los sistemas de relación con los pro-

¹² *In re Ford Motor Company*, 345, F.3d 1315, J.L. Edmondson, (USCA 11th Cir., september 22, 2003).

pietarios (MORS) y las bases de datos de los sistemas de indicadores de calidad (CQIS) de Ford, por estimar abusiva dicha petición. Posteriormente numerosa jurisprudencia incidió en estos abusos, así *Bethea v. Comcast.*, (D.D.C 2003)¹³, *Simon Prop. Group L.P. v. Simon Inc.* (S.D. Ind. Jun 7, 2000)¹⁴, *Balboa Threadworks Inc. V. Stucky* (D. Kan. Mar. 24, 2006)¹⁵, sin embargo fue el caso Zubulake el que estableció el standard jurisprudencial en orden a fijar los criterios a tener en cuenta para la valoración de los costes y las cargas y el derecho de la parte a acceder a información de interés para la defensa de sus intereses.

4. El caso Zubulake y la reforma procesal de 2006. La accesibilidad de la información electrónicamente almacenada.

Esta situación dio lugar en el año 2006, a una de las reformas procesales de mayor calado en la historia de los Estados Unidos. Junto a otras modificaciones se incluyen revisiones a las reglas 16, 26, 33, 34, 37 y 45 de las Reglas Federales del Proceso civil, (*The Federal Rules of Civil Procedure*, en adelante FRCP) a lo largo de las cuales se proporciono las líneas generales del sistema legal, en los supuestos de decisiones sobre información electrónicamente almacenada, incluyendo cuestiones tales como la publicidad, la posibilidad de averiguación, la renuncia anticipada, los deberes de protección y el coste. La regla fundamental en esta materia se encuentra incorporada a la regla 26 de las FRCP que debe de completarse recientemente por la modificación del art. 502 de las Reglas Federales de la Prueba, (*Federal Rule of Evidence*, en adelante FRE). La regla 26(b)(2)(B), es consecuencia de la modificación operada en diciembre de 2006 en la regulación de la diligencia de averiguación, «discovery», semejante a nuestras diligencias preliminares. La nueva regulación del precepto parte del principio de que todo documento es revelable y debe de aportarse a las actuaciones si es razonablemente accesible. La modificación a la regla 26 (b) (2) fue diseñada para resolver las cuestiones surgidas como consecuencia de las dificultades en la localización, recuperación y aportación de información electrónicamente almacenada. Los sistemas de almacenamiento de información con frecuencia facilitan bastante la localización y recuperación de información, pero en ocasiones el acceso a estos medios puede implicar importantes costes o la imposición de cargas no justificadas, como la renuncia a la confidencialidad de la información empresarial o imponiendo restricciones al derecho de defensa de las partes.

¹³ *Bethea v. Comcast.*, 281 FRD 328, 329-30, John M. Facciola, (D.D.C 2003).

¹⁴ *Simon Prop. Group L.P. v. Simon Inc.*, 194 FRD 639, 641, David Hamilton, (S.D. Ind. Jun 7, 2000)

¹⁵ *Balboa Threadworks Inc. V. Stucky*, WL, 763668, Donald Bostwick, (D. Kan. Mar. 24, 2006).

En supuestos concretos, estas cargas y costes pueden dar lugar a que la información contenida en dichos soportes no sea razonablemente accesible.

Esta reforma legal, es consecuencia de la doctrina que en torno a la accesibilidad de los documentos electrónicos surge a raíz del caso *Zubulake v. UBS Warburg* (SDNY, May 13, 2003)¹⁶, conocido comúnmente como *Zubulake I*. En el caso *Zubulake*, se solventaba una reclamación por discriminación en el empleo, y se discutía las consecuencias de la falta de aportación de varios meses de correos electrónicos, desechados por la compañía *USB Warburg* luego de que se presentase una denuncia ante la Agencia Federal de Estados Unidos encargada de supervisar la igualdad de oportunidades ante el empleo.

El tribunal hizo saber entonces a los abogados de la defensa, que la empresa era parcialmente culpable de la destrucción de documentos, imputando a la misma las consecuencias de la falta de cumplimiento de su obligación de localizar esa información electrónica relevante, de preservar esa información y del deber procesal de aportación de dicha información en su momento procesal. El tribunal afirmó entonces: *Consuel must take affirmative steps to monitor compliance so that all sources of discoverable information are identified and searched*, «los asesores jurídicos de la empresa deben de poner los medios necesarios para vigilar que todas las fuentes de información revelable este identificadas y localizadas». Esto implicaba la asunción de responsabilidad por encubrir la ausencia de documentos que se estimaban decisivos para la resolución de la cuestión. De este modo, el tribunal dictó una instrucción inferencia adversa o presunción en contrario, a los miembros del jurado, en el sentido de asumir como ciertos aquellos correos electrónicos, desechados por *UBS*, después de que *Zubulake* presentase una denuncia ante la agencia federal de Estados Unidos encargada de supervisar la igualdad de oportunidades ante el empleo. Esta presunción sería decisiva en el caso, y así, en Abril de 2005, después de tres años del litigio, el juicio culminó con el veredicto por el que el jurado encontró a la compañía culpable de haber discriminado a *Laura Zubulake* y la indemnización de aquella en más de \$ 29 millones por daños y perjuicios.

Para llegar estas conclusiones, el tribunal en el caso *Zubulake* distinguió la existencia de dos niveles según el carácter accesible o no de la información, esto es, según si la información puede identificarse a primera vista o por medio de un simple muestreo, o por el contrario exige el análisis forense de los soportes informáticos:

- El primer nivel está compuesto por la información que es identificada como accesible. La información accesible en este primer nivel debe de

¹⁶ *Zubulake v. UBS Warburg*, WL 2003 21087884, Shira Sheindlin, (SDNY, May 13, 2003)

aportarse automáticamente cuando se es requerido de contrario. En este primer nivel, la parte requerida soporta la carga de la prueba de demostrar que la información inicialmente identificada como accesible resulta inaccesible debido a que implicaría asumir unas cargas desproporcionadas o costes innecesarios asociados a su aportación al proceso. Si la parte requerida justifica satisfactoriamente esta carga la información debida será identificada como inaccesible.

- En el segundo nivel, se parte del supuesto contrario, en el que la información es en principio inaccesible. La carga de probar se traslada a la parte requirente, debiendo dar una justa causa que justifique la introducción a pesar de los costes o de las cargas que esto implique.

Para discriminar si una información es accesible o no, en la sentencia dictada en el caso Zubulake se identifican cinco categorías de datos, relacionados estos por orden desde los más accesibles a los menos accesibles, y se afirma que las tres primeras categorías pueden identificarse por regla general como supuestos típicos de información en principio accesible, mientras que los dos segundos son supuestos de documentos inaccesibles en el sentido anteriormente expuesto. Pese a que no se tratan de categorías rígidas, como señala LANGE & NIMSGER,¹⁷ tales categorías nos resultarán muy útiles como modelo para determinar la accesibilidad de los datos y poder entonces sopesar los costes y cargas frente al acceso a la información.

Las cinco categorías de datos son las siguientes:

- Datos en soportes fijos. (*Active on line*). Son aquellos que se pueden ver y acceder, al arrancar nuestro sistema informático y se conocen como activos, o datos on-line. Estos datos están generalmente almacenados en nuestra unidad central o servidor y son los que presentan el acceso más directo para los usuarios.
- Datos en componentes extraíbles. (*Near Line*). Estos datos pueden crearse y leerse desde instrumentos de almacenamiento, si se conectan al ordenador. Dentro de estos, cabría hacer una distinción según si los soportes pueden ser grabados o no, y dentro de los primeros si puede modificarse el archivo o tiene que ser reconstruido para poder ser alterado. Estos datos son de fácil acceso siempre que se reconozca el soporte por el ordenador.
- Almacenamiento de registros (*Offline storages*). Los datos puede ser creados y reproducidos por el sistema informático del ordenador pero carecen de virtualidad por sí mismos. La probabilidad de recuperar

¹⁷ LANGE, Michele C.S. y NIMSGER, Kristin M. *Electronic Evidence and discovery: what every lawyer should know now*, American Bar Association, Section of Science of technology Law, 2nd edit., 2010, p.75

- estos datos es mínima y la accesibilidad es mucho más lenta que las dos anteriores.
- Copias de seguridad. Los datos contenidos en una copia de seguridad son creados por un dispositivo al igual que una cinta de registro que lee datos desde el sistema informático y los transcribe a una cinta. Los datos contenidos en cintas backup no son de fácil acceso porque las búsquedas de la organización de los datos en la cinta y las características del software, hacen precisa la reconstrucción de los datos.
 - Datos eliminados, fragmentados o dañados. Estos datos no son accesibles para la generalidad de los usuarios, quedando reservado su acceso a los expertos especializados en ingeniería informática forense, quienes son los únicos que pueden analizar y recuperar los datos haciéndoles accesibles.

Una vez que se constate, que la información de un soporte electrónicamente almacenado no es razonablemente accesible, la parte contraria podrá todavía obtener la averiguación aduciendo una justa causa. La decisión sobre si la información solicitada no es razonablemente accesible depende no sólo de las cargas y costes, sino también sobre si esas cargas pueden estar justificadas en las circunstancias del caso. La sentencia agrupa estas circunstancias en tres grupos:

- El primer grupo de factores atiende al margen de utilidad. Estos factores incluyen (1) La especificación de una concreta información relevante y (2) la disponibilidad de tal información desde otras fuentes. La esencia del margen de utilidad fue correctamente descrita en *Mcpeek v. Ashcroft* (DDc, Jun 9, 2003)¹⁸. En este asunto, las copias de seguridad, contenían sólo parcialmente la información de modo que había periodos de tiempo en que los datos se encontraban completos y otros periodos de tiempo en que se había perdido la información. Los abogados de las partes no se ponían de acuerdo sobre el modo y sobre quien tenía que soportar el coste de la aportación de dicha información. El juez John M. Facciola señaló entonces que en dichas cintas se podrían encontrar datos relevantes tanto para una como para otra parte, sin embargo lo menos probable sería lo más injusto, estimando que dicho gasto debería de imputarse a quien presentase mayores visos de utilidad. Para determinar la probabilidad el tribunal ordenó hacer un muestreo de la información contenida en uno de los ordenadores de un empleado durante el periodo de un año, y en función de estos resultados adoptó la decisión que le pareció más justa.

¹⁸ *Mcpeek v. Ashcroft*, U.S. Dist. LEXIS 172, John M. Facciola, (DDc, Jun 9, 2003).

- El segundo grupo de factores se dirige a valorar el coste de estas cuestiones. Cuánto costará la aportación de la información y quien manejará estos costes. Estos factores incluyen el total coste de aportación de la información en relación con la entidad de la controversia y con las fuentes a disposición de cada una de las partes, así como la relativa capacidad de cada parte para controlar los costes y los incentivos necesarios para llevarlo a efecto.
- El tercer grupo, atiende a la importancia de la litigación en sí misma, y como se indicó anteriormente tal previsión raramente entra en juego dado el desconocimiento último de la información que puede ser encontrada. Este factor, sin embargo, tiene el potencial de predominar sobre los otros.

El tribunal precisó que estos factores no deberían ser equiparados, pues su determinación quedaba condicionada a los costes implícitos en el cambio y el traslado de la información. Sopesando los factores por su importancia decreciente se pueden solventar los problemas que se derivan de una rígida aplicación de la regla.

Conforme a estas premisas, la sentencia ordenó a UBS aportar todos los *e-mails* de interés que existían su disco duro o en sus servidores a costa suya. Se ordenó también a UBS aportar por su cuenta, los *e-mails* indicados desde cualquier de las cinco cintas de back-up seleccionadas por Zubulake. UBS debería también de realizar una declaración jurada detallando los resultados de la búsqueda como también el tiempo y el dinero invertido. Después de revisar los contenidos de las cintas de back-up y a la vista de la certificación aportada por UBS el tribunal debía de llevar también a cabo un análisis adecuado de los costes de desplazamiento.

5. La regla 26 de las reglas federales del proceso civil.

La regla 26 acoge esta doctrina y configura el marco legal para llevar a cabo la aportación de la información electrónicamente almacenada sobre la base de la regla de la buena fe. Conforme a esta regla, las partes deben de facilitar la información electrónicamente almacenada que resulte relevante, que no esté especialmente protegida y que resulte accesible, estando sujeta a las limitaciones comunes a todos los medios de prueba. Como hemos visto, las partes deben también aportar copia, o identificar por categorías o modo de localización, los soportes que la parte aportante tenga en su poder, custodia o control y que puedan contener potencialmente información de interés para sostener su pretensión o para su defensa. La identificación, en la medida de lo posible, debe de proporcionar suficientes detalles para permitir al solicitante de la prueba evaluar las cargas y costes, que implique la averiguación y la probabilidad de encontrar la información solicitada, en los soportes correspondientes.

Siguiendo el sistema de dos niveles propuesto por el caso Zubulake, el artículo 26 prevé que una vez que se constate, que la información de un soporte electrónicamente almacenado no es razonablemente accesible, la parte contraria podrá todavía obtener la averiguación aduciendo una justa causa, dentro de las limitaciones de la regla 26 y luego de que el tribunal sopesa los costes y los potenciales beneficios de la averiguación. Se deberán de tener en cuenta para ello las siguientes consideraciones ya referidas en el caso Zubulake:

- La especificidad de la solicitud de averiguación.
- La cuantía de la información disponible a través de otros medios de más fácil acceso.
- La imposibilidad de reproducir la información relevante que probablemente puede haber existido, pero que no se encuentre disponible en las fuentes de más fácil acceso.
- La probabilidad de encontrar información de interés que no pueda obtenerse por otros modos de más fácil acceso.
- Las predicciones sobre la importancia y la utilidad de la información ausente.
- La importancia de las cuestiones pendiente en el litigio.
- Los recursos con que cuenten las partes para hacer frente a las cargas y costes de la averiguación.

Si las fuentes identificadas no son razonablemente accesibles en atención a las cargas y costes exigidos, la parte contraria tendrá la carga de demostrar que la necesidad de acceder a dicha información supera las cargas y costes de localización. La determinación de la justa causa, sin embargo, puede resultar bastante complicada porque los tribunales y las partes suelen saber poco de antemano acerca de la información que pueda llegarse a encontrar en los soportes electrónicos. En tales casos, las partes deberán centrar su atención, en la realización de muestreos de los soportes electrónicos, para poder aprender más sobre que cargas y costes se encuentran implicados en el acceso a la información de que se trate. Como veremos después, en esta tarea será especialmente relevante la forma en que se haya podido exteriorizar dicha información, así contestación a un correo electrónico anterior, datos contenidos en balances o documentos contables, etc.

En todo caso, como señala el comentario a la regla 26, el Tribunal tiene casi completa discrecionalidad en la determinación de lo que deba de entenderse por justa causa. En general el tribunal comparará las necesidades de las partes en la búsqueda de averiguación frente a las cargas de la parte contraria, la existencia de otros medios y la importancia de poder acreditar algún extremo de prueba relevante para el resultado del litigio.¹⁹ El examen de la

¹⁹ BAICKER- MCKEE, Steven, JANSSEN, Willian y CORR, Jhon Bernard. *Federal Rule of Civil Procedure* handbook, West Group, 2004, pp. 529-593.

justa causa y la consideración de las limitaciones previstas en la regla 26 (b) (2) (C), se deben de conjugar también con la autoridad que tenga el juez para poner condiciones para la averiguación dentro de la particular posición que ostenta el juez en el proceso norteamericano. Las condiciones pueden llevar la forma de límites sobre la cantidad, el modo o las fuentes de información exigidas para que se acceda a la información. Las condiciones deben también incluir la propuesta de pago de parte o de todo de lo costas razonables por la obtención de información desde fuentes que no sean razonablemente accesibles, así como su voluntad de soportar los costes que puedan ser adelantados por el tribunal para la determinación si había o no justa causa.

La identificación por la parte de los soportes electrónicos que contengan información electrónicamente almacenada como no racionalmente accesibles no releva a la parte de sus deberes de preservar los medios de prueba. El volumen y la capacidad para buscar información electrónicamente almacenada implican que en muchos casos la parte contraria será capaz de aportar dicha información desde otras fuentes razonablemente accesibles que satisfarán por completo las necesidades de averiguación por las partes. En muchas ocasiones la solicitud habrá de partir de la evaluación de la posibilidad de acceso a la información desde otros soportes, antes de insistir en que la parte contraria busque y presente la información contenida sobre soportes que no son razonablemente accesibles. Si la parte continúa buscando información sobre soportes identificados como no razonablemente accesibles, las partes deberán discutir las cargas y los costes del acceso y revisión de esta información, la necesidad que deba de establecer una justa causa para requerir todo o parte de la averiguación solicitada incluso si la información solicitada, no es razonablemente accesible y las condiciones para la obtención y aportación de la información puedan ser inapropiadas.

6. Sanciones por expoliación

En el derecho norteamericano presenta una extraordinaria importancia el principio de transparencia, cualquier ocultación de información que se detecte en el curso del proceso, es vista como una actuación torticera que determina una presunción en contrario, pues si algo se oculta es que no existe una convicción bastante para demostrar la realidad de los hechos. Es lo que se conoce en el derecho norteamericano como expoliación, «*spoliation*». Cualquier alteración destrucción o fracaso en la obligación legal de preservación de las pruebas, así como cualquier conducta que dé lugar a inaccesibilidad de la prueba, determina la existencia de una expoliación.

De este modo, la expoliación implica un prejuicio injusto para la parte contraria, en cuanto que se restringe o imposibilita el acceso a la realidad de los hechos, lo que da lugar a que está situación sea corregida por el juez. Los Tribunales en Estados Unidos tienen a este efecto autoridad bastante para imponer sanciones contra las partes que violen la ley o las resoluciones de

los tribunales dictadas en el seno del proceso, dentro del ámbito de su competencia y conforme a las reglas del procedimiento civil. Las sanciones pueden dictarse por una incorrecta averiguación, por la aportación de la documentación fuera de plazo, por realizar la aportación en un formato inadecuado, por el incumplimiento de cualesquiera otras resoluciones del tribunal, etc. En este sentido, en *Zubulake v. UBS Warburg* (DC SDNY, Oct. 22, 2003),²⁰ conocido comúnmente como Zubulake IV, se insiste en que la determinación de la severidad de las sanciones es una determinación confiada a la discreción del juez cuya concreta evaluación debe de hacerse caso por caso, (ver también *Linnen v. A.H. Robins Co.* [Mass. Super. June. 16, 1999]²¹). Tales sanciones, que son inherentes al poder de policía que corresponde al juez en el ejercicio de la dirección del proceso, presentan unas especiales características en el derecho procesal norteamericano en la medida que no corresponde al juez la apreciación última de la prueba sino al jurado, lo que determina cierta distorsión del sistema cuando el juez interfiere excluyendo un medio de prueba.

Sin embargo, a diferencia del derecho continental, los tribunales norteamericanos no se encuentran constreñidos a las normas del procedimiento a la hora hacer valer las facultades de policía en orden a la dirección del procedimiento, previendo la imposición de una gran diversidad de sanciones. Así siguiendo a GEORGE & NEARON (2006, p. 46),²² podemos señalar las siguientes:

- Imponiendo sanciones pecuniarias.
- Permitiendo al tribunal dirigir instrucciones al jurado sobre la presunción en contra de determinados hechos.
- Preclusión de medios de prueba.
- Imponiendo un veredicto dirigido.
- Penalizando la conducta de las partes por obstrucción a la justicia.
- Imponiendo sanciones disciplinarias a los abogados.
- Deduciendo responsabilidades civiles.
- Anulación del proceso, restringir el objeto del proceso o sobreseerlo.

Estas sanciones son por otra parte **acumulables**. Un buen ejemplo de un caso de acumulación de las más diversas sanciones, es el del caso *William T.*

²⁰ *Zubulake V. UBS Warburg, LLC* 220, FRD 212, US Dis Lexis 18771, Shira Sheindlin, (DC SDNY, Oct. 22, 2003).

²¹ *Linnen v. A.H. Robins Co.* 1999, WL 462015, Raymond J. Brassard (Mass. Super. June. 16, 1999).

²² PAUL, George, L. y NEARON, Bruce H. *The discovery revolution, e discovery amendments to the federal Rules of Procedure*, American Bar Association, 2006, p. 46.

Thompson Co. v. General Nutrition, (3d cir. CD Cal. 1984).²³ En este asunto, los ejecutivos que estaban al frente de la empresa, contraviniendo la orden de preservación dictada por el tribunal, dirigieron a sus empleados directrices para que continuasen con el reciclaje de cintas de *back-up*, indicando que esto estaba permitido conforme a dicha resolución. El tribunal desaprobó esta actuación, declaró la nulidad del juicio, e individualmente impuso sanciones a los ejecutivos que lo ordenaron por importe de hasta 450.000 \$.

De estas sanciones la más relevante es la que se refiere a la **instrucción al jurado de presunción en contrario**, (*adverse inference*). Esta instrucción permite al jurado presumir la existencia de determinados hechos en contra de la parte responsable de la pérdida o destrucción de las pruebas. El *standard* de este tipo de instrucciones, fue articulado en el caso *Zubulake*:

La expoliación dirigida a evitar que se profundice en la averiguación de ciertos elementos de prueba puede suponer una presunción de que la prueba no habría sido favorable para la parte culpable de la destrucción de dicha información. Para que esto pueda darse deben de concurrir los siguientes requisitos:

- (1) que la parte que ostente el control sobre la prueba tenga una obligación de preservarla en el momento que fue destruida.
- (2) Que los registros que hayan sido destruidos teniendo conocimiento de esta circunstancia la parte que debiera de aportarla,
- (3) que las pruebas destruidas resulten relevantes para la pretensión de la parte o su defensa, de modo tal, que se pudiese deducir una más que probable conclusión sobre la certeza del hecho, de haberse desenvuelto plenamente este medio de prueba.

En el caso *Hodge v. Wal Mart* (USCA 4th Cir., Mar. 10, 2004),²⁴ se muestran, sin embargo, las limitaciones de estos remedios. Allí, el tribunal sostuvo que la imposibilidad de la parte demandada de obtener información para contactar con el testigo, que había visto como se cayeron los espejos y como se causaron las lesiones al cliente, no garantizaba que se pudiese hacer una presunción en contrario. El pretendido expoliador, no tenía el control sobre la prueba y no perdió o alteró voluntariamente las pruebas, no se apreció por ello la existencia de una expoliación bastante como para hacer una presunción en contra. Según PAUL Y NEARON,²⁵ esta es línea en la que se mue-

²³ *William T. Thompson Co. v. General Nutrition*, 593 F. Supp.1443, 1455, Robert A. McQuaid, (3d. cir. CD Cal. 1984).

²⁴ *Hodge v. Wal Mart*, n.º 03-1597, 360 F.3d-446, Michael Lutting, (USCA 4th Cir., Mar. 10, 2004)

²⁵ PAUL, George, L. y NEARON Bruce H. *The discovery revolution, e discovery amendments to the federal Rules of Procedure*, American Bar Association, 2006, p. 48

ve las políticas que propugna la nueva regla 37 (f), en el que las sanciones por expoliación no son procedentes cuando la prueba está más allá del control de la parte que la discute.

También como consecuencia de la imposición de esta presunción en contra, el tribunal puede excluir todos o algún medio de prueba de la parte contraria. En el caso *Trigon Insurance Co. v. United States* (Ed VA Nov. 9, 2001),²⁶ el tribunal consideró que debería de excluir la declaración de los expertos designados por la empresa consultora a quien se había encomendado por la Administración que le asistiese en el caso, como medio para suplir el hecho de la pérdida de información ocasionada por la política de gestión de datos de la compañía concesionaria. El Tribunal declaró entonces que la administración americana, no había cumplido con su deber de preservación de documentos y que la ratificación de los peritos era improcedente, máxime cuando se había podido recuperar parte de la información por los expertos forenses. En el caso, *Vodusek v. Bayliner Marine Corp.* (USCA 4th Cir. 1995),²⁷ el tribunal sancionó a Mrs. Vodusek con la descalificación de uno de sus testigos porque aquellos había participado en la expoliación de pruebas relevantes. Expresamente el testigo empleaba métodos destructivos que privaban a los soportes de utilidad para los abogados y sus peritos.

La sanción más grave que puede imponer el tribunal norteamericano es que el tribunal dirija el veredicto imponiendo las preguntas que deban de someterse al jurado, sobre la base de una situación de hecho deducida de una inferencia adversa. Por ejemplo en *Dempsey v. Pfizer* (Tex. App. Jul. 3, 1991),²⁸ el tribunal rechazó la solicitud del demandante de someter determinadas cuestiones al jurado, por que el demandante destruyó pruebas cruciales con el intento de eludir la averiguación. Una sanción de este tipo implicando información electrónicamente almacenada, tiene lugar en el caso *Coleman v. Morgan Stanley & Co. Inc.* (Flo. Cir. Ct, Mar.1 y 22, 2005).²⁹ Como veremos estos y otros fallos dieron una importancia decisiva a la valoración de la conducta de las partes en la preservación de los documentos, siendo generalizados los fallos que prevenían como presupuesto de la expoliación el solo hecho del manejo incorrecto de la información. Todas estas sentencias serán el punto de partida de la reforma del año 2009, de la regla 502 de las Reglas Federales sobre la Prueba, (*Federal rule of the evidence*) que vendrá a establecer definitivamente el alcance de la obligación de dili-

²⁶ *Trigon Insurance Co. v. United States*, 204 FRD 277, 2001, Robert E. Payne, (Ed VA Nov. 9, 2001)

²⁷ *Vodusek v. Bayliner Marine Corp.* 71 E3d, 148, 1996, Victor Niemeyer, (USCA 4th Cir. 1995).

²⁸ *Dempsey v. Pfizer*, 813 S.W.2d.205, 206, J. Hill (Tex. App. Jul. 3, 1991)

²⁹ *Coleman v. Morgan Stanley & Co. Inc.* 2005 WL 679071, Elisabeth T. Maass (Flo. Cir. Ct, Mar., 1 y 22, 2005).

gencia en la preservación de los documentos. En todo caso, se ha de señalar que cuando el tribunal opta por una sanción de esta envergadura, debe de argumentar concienzudamente su decisión, por que las posibilidades de anulación del juicio al apelar la sentencia aumentan exponencialmente.

Para la imposición de sanciones de este tipo, hay una serie de factores que los tribunales suelen considerar para apreciar la existencia y extensión de las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de diligencia, pudiéndose citar sin carácter exhaustivo, los siguientes:

- La naturaleza y alcance del deber de preservación, por ejemplo si la conservación de dicha información debe de considerarse como una precaución razonable, si existía una resolución del tribunal que ordenase la preservación de los datos que fueron eliminados por la expoliación, etc.
- Las circunstancias concurrentes alrededor del incumplimiento del deber de preservación. Así por ejemplo, si hay elementos prueba que nos permitan afirmar que el incumplimiento fue deliberado, arriesgado, negligente, o que por el contrario, fue debido a la gestión ordinaria del sistema operativo o a una actuación de buena fe dentro de los recursos ordinarios del sistema de gestión.
- Las consecuencias del incumplimiento, por ejemplo la extensión del perjuicio a la parte contraria.
- El factor clave en la determinación de la adecuación y de la gravedad de la sanción, a la vista de los últimos fallos jurisprudenciales y de la nueva redacción de la regla 502 FRE parecen seguir siendo los tradicionales criterios de culpa y diligencia.

Las nuevas previsiones, contenidas en las últimas reformas de las reglas del proceso civil norteamericano, son consecuencia de la configuración del deber abstracto de diligencia en la preservación de documentos que surge tras la reforma del año 2006. Tales previsiones restringieron los supuestos de exoneración para el caso de acceso no intencional a la información. Así, se crean un apartado e) en la norma de la regla 37 de las reglas federales del procedimiento civil, que restringe la posibilidad de alegar la falta de conocimiento, como excusa absoluta frente a la eventual imposición de sanciones, apartado este, que es de gran trascendencia a estos efectos y que a continuación transcribimos:

Falta de aportación de información electrónicamente almacenada. Salvo en circunstancias excepcionales, el tribunal no deberá imponer sanciones conforme a estas reglas a la parte que no aporte la información electrónicamente almacenada, si esta se perdió como resultado de una operación rutinaria realizada de buena fe en el sistema de gestión informático; (*Absent exceptional circumstances, a*

court may not impose sanctions under these rules on a party for failing to provide electronically stored information lost as a result of the routine, good-faith operation of an electronic information system).

El apartado ha añadido ahora esta previsión a las reglas del proceso civil, implicando una protección limitada frente a la alegación del carácter no intencional de la pérdida de información en la gestión del sistema informático. Así, es importante hacer notar que la regla no excluye la posibilidad de sanciones por toda expoliación no intencionada, en cuanto que en primer lugar se refiere, a un supuesto excepcional «*absent exceptional circumstances*», lo que configura sino un verdadero suceso de fuerza mayor, cuando menos de caso fortuito muy excepcional. Por otra parte exige para que la conducta puede exonerar a quien gestiona el sistema, que la gestión que realice tenga el carácter de rutinaria. La nota del Comité a la regla 37, se refiere concretamente al alcance que deba darse a esta expresión, señalando que la operaciones de gestión rutinaria del sistema ha de entenderse en el sentido de que (la gestión del sistema) ha sido realizada en el modo en que generalmente fue diseñada programada y ejecutada para satisfacer las finalidades propuestas por los programadores y las necesidades comerciales a que se destina el sistema informático. Es por ello que una gestión negligente o arriesgada del sistema informático puede determinar la imposición de sanciones.

Se ha de precisar, sin embargo, que la jurisprudencia norteamericana ha moderado la rígida aplicación de esta regla. Así, en el caso de *Diabetes Center of América v. Healthpia Am. Inc.* (D. Tex., Feb. 5, 2008),³⁰ el tribunal denegó la solicitud de sanciones después de determinar que había una falta de mala fe, en un caso en el que ninguna de las partes fue capaz de recuperar las copias de seguridad o de cualquier otro modo preservar los e-mails de más interés para el resultado del pleito. Por otra parte, los tribunales que han apreciado la deliberada destrucción de pruebas electrónicas suelen vacilar al ordenar la imposición de sanciones. En el caso *Treppel V. Biovail Corp.* (SDNY Apr. 2th, 2008),³¹ en el que el demandante estaba asistido del mismo letrado que ostentó la representación de Laura Zubulake, las cintas de backup eran de especial importancia porque en ellas estaba la única fuente de datos que permitía aportar pruebas para la resolución de la controversia. En este asunto, aunque Biovail tenía los medios para preservar los datos que mensualmente se iban incorporando a las copias de seguridad, luego de presentar la demanda, la empresa no hizo uso de estos medios y no es sino has-

³⁰ *Diabetes Center of América v. Healthpia Am. Inc.* 2008, WL 336382, Nancy F. Atlas, (D. Tex., Feb. 5, 2008),

³¹ *Treppel v. Biovail Corp.* 2008, WL 866594, James C. Francis, (SDNY Apr. 2th, 2008)

ta que se le dirige un requerimiento de preservación, *preservation letter*, cuando comienza a guardar las copias de seguridad. A juicio del Tribunal esta falta resulta más que criticable, pues al tiempo en el que se inicia el litigio se conservaba en la cintas de *back-up* los datos que hubiesen permitido reconstruir como se producen los hechos que dieron lugar al litigio. Pese a constatarse la falta, el tribunal se mostró contrario a dar una instrucción de inferencia adversa o presunción en contrario porque Trepel no pudo adecuadamente aportar pruebas relevantes en relación a la pérdida de documentos, en su lugar el tribunal ordenó la restauración de ciertas cintas y el reconocimiento forense del disco duro del ordenador, todo a costa de la parte demandada, véase también en este mismo sentido *Hawaiian Airlines Inc. v. Mesa Air Group Inc.* (Bkrcty. SD. Haw., Jan. 22, 2008).³²

7. El deber de preservación

El deber de diligencia en la conservación de la información obedece a la necesidad de garantizar la confianza creada en terceros por la información de la que somos de algún modo depositarios y de la que nos hemos valido en nuestras relaciones con aquellos. Este deber tiene en el derecho norteamericano un alcance distinto según del tipo de soporte de que se trate y su relación con el proceso. Así cabe distinguir un deber general de preservación de información, una carga de preservar la documentación en atención al hecho del litigio iniciado o que se presume que va a iniciarse y una obligación concreta de preservación de información en virtud del acuerdo alcanzado por las partes conforme a la regla 26 FRPC u ordenado por el Tribunal a falta de éste, (*preserve orders*)

7.1. *Deber general de preservación*

Como hemos visto al principio de nuestra exposición la exteriorización de los datos contenidos en los documentos electrónicos determina que los estos últimos puedan llegar a tener la estabilidad que se predica de los verdaderos documentos. Adquiere así el documento una apariencia y crea una confianza hacia terceros que genera un deber de preservación como fundamento de las relaciones comerciales que han sido creadas al amparo de dicha información. Dicho deber puede tener un mayor o menor alcance dependiendo del carácter de la información que se contenga en aquél y el empleo que hayan sido objeto. Así por ejemplo, los datos que han servido para un informe contable o estadístico crean, en quien se ha servido de dicho informe, una

³² *Hawaiian Airlines Inc. v. Mesa Air Group Inc.* 2008, WL 185649, Robert. J. Faris, (Bkrcty. SD. Haw., Jan. 22, 2008)

confianza de que aquellos son accesibles y pueden ser corroborados. Quien ha recibido un correo electrónico tiene que presumir que la parte contraria conserva un correo del mismo tenor, etc. Pese a ello, no existe, sin embargo, en el derecho norteamericano un deber general de preservar la información electrónicamente almacenada que este formulado taxativamente en una norma, pero el hecho cierto, es que la obligación de diligencia contenida en los artículos 26 FRCP y 502 de la FRE, de cara no sólo al proceso entablado sino el que existan visos que pueda llegarse a entablar, ha supuesto para las empresas la necesidad de organizar dentro de sus staffs departamentos que se dedican por entero a la labor de recopilación de todo tipo de información fundamentalmente correos electrónicos.

7.2. *Carga de preservación de la información en vistas de un proceso iniciado o de previsible iniciación.* (Litigation holds)

Esta obligación general de diligencia en la preservación de la información electrónicamente almacenada se concreta, cuando los interesados se encuentran de cara al proceso. En este sentido el magistrado David K. Isom,³³ ha explicado, como el deber de preservar las pruebas electrónicas existe sin necesidad de que se dicte una orden del tribunal en este sentido. En muchos casos esta orden de preservación dictada por el Tribunal, no es sino un modo auxiliar para concretar este deber, incrementando la probabilidad que los datos serán preservados, definiendo que datos deban de serlo y cuales puede ser destruidos, concretando la obligación de diligencia y aumentando la severidad de las sanciones, para el caso de que dichas pruebas no sean preservadas.

Se configura de este modo, una carga procesal para las partes en orden a asegurar la realización de la averiguación de los documentos electrónicos. De esta carga procesal se deriva, la exigencia de que las partes tan pronto tengan noticia de la existencia del proceso cesen en cualquier política de destrucción de documentos para asegurar que la información más relevante que deba de ser preservada en el juicio. La suspensión de la rutina de los documentos y las políticas de destrucción de datos telemáticos ayudarán a proteger a las compañías contra la reclamación por negligencia e intencional expoliación de pruebas. Sin embargo, tal acción por sí sola no será suficiente para proporcionar una completa protección, pues hay todavía mucha información electrónicamente almacenada que pudo ser perdida o suprimida. En tal sentido, la noticia de haberse entablado el proceso debería ser comunicada a todos los empleados que tengan información relevante, así como por terceras empresa, como proveedores de servicios TIC o detentadores de los pro-

³³ Isom, David K. "Electronic Discovery primer for Judges", fed, cts. L. Rev. I., 2005.

gramas de software de gestión quienes pueden ostentar la custodia directa de la organización de la información electrónicamente almacenada. Debe de advertirse a aquellos de la necesidad de preservar la información relevante para un eventual proceso, dar las directrices necesarias que deban de ser tenidos en cuenta para preservar las pruebas más relevantes e identificar a que personas dentro de la organización que sirvan como contacto si los empleados tienen alguna duda concerniente a sus deberes de preservación.

Dentro de este deber debemos de distinguir dos aspectos, la prohibición de destrucción de documentos y la obligación de conservar de forma accesible la información de interés para el resultado del pleito. El primer aspecto se liga a las consecuencias criminales implícitas al delito de obstrucción a la justicia, a la que anteriormente nos hemos referido con ocasión del caso Quattrone y de los procesos derivados de Enron y Andersen.

El otro aspecto es el relativo al momento a partir del cual existe una concreta obligación de tener localizada la información y sustraerla a la posible alteración que pueda verse envuelta por los procesos ordinarios de gestión del sistema informático. En este punto, no existe consenso por los tribunales norteamericanos. En un primer momento los tribunales estimaban que el deber de preservación no surge sino hasta que se tenga noticia del hecho cierto de la presentación de la demanda, *Computer Associates International Inc. v. American Fundware* (D CO 1990).³⁴ Sin embargo, esta postura conservadora, ha sido sistemáticamente desmontada por la jurisprudencia que surge tras el caso Zubulake, la cual ha anticipado este deber al momento mismo en que surge la controversia. A juicio de la juez Shira Schiendlin *Pension Committee of the University of Montreal Pension Plan v. Banc of America Securities*, (SDNY, Jan 2010)³⁵ tras un concienzudo examen de los antecedentes legales y jurisprudenciales de la cuestión, es bastante que se pruebe, que la intención del expoliador fue la de frustrar la acción ejercitada para estimar que se ha conculcado este deber de conservación. Recientemente el Juez Lee Rosental, en el asunto *Rimkus Consulting Group Inc. v. Nickie G. Cammarata* (S.D. Tex. Feb. 19, 2010).³⁶ refuerza esta línea jurisprudencial que se ha desarrollado a partir de Zubulake, y que se continúa en el asunto *Pension Committee*, afirmando la necesidad de preservar las pruebas desde el momento de activación de los eventos, “trigger event”, justificando esta posición desde la perspectiva de una interpretación a sensu contrario de la excepción contenida en la Regla 37 (e) para el caso de expoliación.

³⁴ *Computer Associates International Inc. v. American Fundware* 133 FRD 166 (D CO 1990).

³⁵ *Pension Committee of the University of Montreal Pension Plan v. Banc of America Securities*, WL 184312, Shira Schiendlin, (SDNY, Jan 15)

³⁶ *Rimkus Consulting Group Inc. v. Nickie G. Cammarata*, 2010 WL 645253, Lee Rosental, (SD Tex. Feb. 19, 2010).

Respecto del contenido de dicho deber, la doctrina y la jurisprudencia han dado una serie de reglas a tener en cuenta para evitar la conculcación de este deber. Una de las más completas lista de sugerencias a las partes, respecto de las actuaciones que deben de realizar cuando comienza el deber de preservar, fue la indicada en Zubulake. El tribunal expuso entonces que hay ciertas cautelas que los administradores de las compañías deben de realizar para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de preservación. En primer término, las partes deben anticipar las medidas oportunas tan pronto como sea previsible que el litigio tenga lugar, en segundo lugar los letrados de las partes deben de ponerse en contacto con los probables usuarios en litigio para asegurar que ellos están adecuadamente avisados de sus obligaciones de preservar las pruebas más relevantes y el tipo de pruebas que probablemente debe de llevarse a cabo durante las averiguaciones que tengan lugar en el proceso. En tercer lugar, los asesores deberán de trabajar con todos los empleados para saber las probabilidades que tengan en verse involucrados con las cuestiones en disputa e instruirles para generar copias de los archivos más relevantes, incluyendo e-mail, mensajes electrónicos y archivos. En cuarto lugar los administradores de la empresa deben de asegurarse que todos los soportes de back retenidos por la compañía están perfectamente identificados y se encuentran en un lugar seguro para evitar su pérdida.

Las partes y sus abogados deben también poner los medios necesarios para vigilar su cumplimiento de modo que todos los recursos de información averiguable estén identificados y localizados en todo momento.³⁷

En particular ha sido discutido el deber de preservación de la información potencialmente peligrosa para el sistema, véase un correo electrónico decisivo para el curso del proceso que se vea afectado por un virus informático o produzca un perjuicio al sistema, cuestión ésta que ha dado lugar a una jurisprudencia muy casuística, sobre todo en los casos que se procedió a formatear los equipos para evitar mayores daños al sistema informático, (véase así *Johnson v. Wells Fargo, home mortgage, Inc.* (DD Nev. May 16, 2008)).³⁸

7.3. Orden de preservación de la información electrónicamente almacenada. (*Preservation orders, stipulated agreements and preservation letters*)

Junto a este deber de diligencia general, cabe señalar la diligencia que en concreto deba de prestarse como consecuencia de una orden de preser-

³⁷ LANGE, Michele C.S. y NIMSGER, Kristin M. *Electronic Evidence and discovery...*, ibídem, p. 68

³⁸ *Wells Fargo, home mortgage, Inc.*, 2008 WL 2142219, Robert A. Mcquaid, (DD Nev. May 16, 2008).

vacación, (preservation Orders) dictada por el tribunal o acordada en el seno del proceso. La concreción de este deber de preservación de la información viene dada por la resolución judicial ordenando la preservación de la información y la determinación de la documentación que deba de ser aportada al proceso. Se ha de señalar, que las reglas federales del proceso civil contemplan tal tipo de resoluciones en última instancia como un remedio excepcional y subsidiario, que en todo caso no podrá suponer la paralización de los sistemas informáticos. Como señalan COHEN & LENDER,³⁹ aunque pueda pensarse que una orden de preservación es el instrumento más adecuado para asegurar la preservación de las pruebas electrónicas hay importantes inconvenientes prácticos y legales para asegurar que la misma tenga el efecto pretendido. De una parte, para que se pueda dictar una orden de este tipo las partes deben justificar claramente esta necesidad, como único mecanismo para prevenir la intencional o inadvertida destrucción de documentos. En tal sentido, no han faltado resoluciones, ordenando una preservación absoluta de la información electrónicamente almacenada pero en tales supuestos el ejercicio de la acción entablada se fundamentaba en algún tipo de lesión a bienes jurídicos especialmente protegidos que se encontraba más cercana al orden penal que al civil. Véase en tal sentido *Madden v. Wyeth* (ND Tex Apr. 16, 2003),⁴⁰ *Pepsi Cola Bottling Co. v. Caguill Inc. (D. Minn Oct. 20, 1995)*⁴¹; *Amstrong v. Bush, (D DC 1992)*⁴². En otros casos, fue el propio tribunal el que dio marcha atrás al comprobar los efectos devastadores de una resolución de este tipo. Así en el *Pueblo of Laguna v. United States* (Fed. Cl. 133, mar 19, 2004),⁴³ pese a la resolución inicial del Tribunal estimando la existencia de un importante riesgo de que las pruebas podrían ser pérdidas o destruidas, justificando en los antecedentes que se habían planteado en supuestos similares, posteriormente el tribunal modificó esta decisión al comprobar que la misma era excesivamente gravosa.

En todo caso, para el supuesto de que se llegue a acordar una orden de este tipo, es necesario que queden perfectamente acotados los soportes y formatos que serán objeto de la orden de preservación. En el caso *Compu-tek Computer & Office Supplies inc. V. Walton*⁴⁴ se proporcionó además

³⁹ COHEN, Adam y LENDER, David. *Electronic Discovery law and practice*, Wolter Kluwers, 2009, p. 16

⁴⁰ *Madden v. Wyeth*, 2003 WL 21443404, Jeff Kaplan, (ND Tex Apr. 16, 2003).

⁴¹ *Pepsi Cola Bottling Co. v. Caguill Inc.*, 1995, WL 783610, J. Briscoe, (ND Minn Oct. 20, 1995).

⁴² *Amstrong v. Bush*, 807, F. Supp. 816, Charles R. Chilly, (DDc, 1992).

⁴³ *Pueblo of Laguna v. United States*, 60 n.º 0-24 L, Francis Allegra, (Fed. Cl. 133, mar 19, 2004).

⁴⁴ *Compu-tek Computer & Office Supplies inc. V. Walton*, 2005, WL 352036, Moseley O'neill, (Tex App Feb. 15, 2005)

una aclaración de los criterios de razonabilidad que deben de ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a la interrupción de los procesos informáticos para evitar la alteración de los soportes. En *Computeck* el tribunal enjuiciador libró un mandato judicial que prohibía a los defensores suprimir o destruir cualesquiera archivos, o copias de archivos, incluyendo pero no limitando a los ordenadores o los archivos de los ordenadores del demandado. La defensa de los demandados argumentó que la decisión del tribunal era excesiva y que suponía una carga irracional para las actividades cotidianas de la empresa. El tribunal de apelación revocó la resolución dictada en la instancia y ordenó que el mandato judicial se aplicase sólo a algunos archivos o copias de archivos concretos, si bien incluyendo de forma ilimitada los archivos de los ordenadores de los demandados relacionados en la demanda.

Lo normal, sin embargo, es que las partes lleguen algún tipo de acuerdo en la comparecencia prevista en la regla 26 (f) y sólo cuando esto no sea posible, podrán obtener una resolución de este tipo. En tal caso, deberán de presentar inmediatamente después de dicha comparecencia un informe escrito al tribunal haciendo constar su resultado, las discrepancias de las partes y una propuesta en torno a las cuestiones planteadas. La orden de preservación que se dicte, sin embargo, servirá en la mayoría de los casos más que para que se ordene la intangibilidad de la información, como medio para racionalizar la averiguación y clarificar las obligaciones al inicio del proceso.

Estas resoluciones tienen por lo tanto un carácter limitado. Mayor importancia presenta la expedición de requerimientos frente a la parte contraria, *preservation letters*, que implican una alteración de la carga de la prueba en orden a valorar la diligencia en la expoliación de documentos. La finalidad de estos requerimientos, como señala CRAIG BALL,⁴⁵ se encuentra en la necesidad de recordar a la parte contraria que pruebas deben de preservar, sirviendo de fundamento de la consecuente reclamación para el caso de que se produzca una expoliación de información electrónicamente almacenada. Tales advertencias ayudan a establecer la mala fe y justificar la despreocupación de la parte contraria del deber de preservar las pruebas más relevantes. Como señala dicho autor, lo que hoy resulte aclarado, justifica que el día de mañana se pueda decir que ya entonces había quedado advertido. Cuanta más publicidad se dé a dicha notificación, y se compruebe que se ha entendido, incluyendo la metodología para la preservación y las consecuencias de la pérdida, más grande será la proba-

⁴⁵ BALL, Craig. "The perfect preservation letter", consultado en octubre de 2010, <http://www.craigball.com/perfect%20preservation%20letter.pdf>, p. 3

bilidad de que la parte contraria pueda ser penalizada por la destrucción de las evidencias.

8. La divulgación por descuido o renuncia al privilegio, (inadvertent waiver o inadvertent disclosure)

El derecho norteamericano parte del principio general de aportación de todos los medios de prueba y de no ocultación de información. Sin embargo, esta regla general cede en determinados supuestos, denominados en tal sentido privilegios (*privilege*), así el *attorney privilege* o secreto profesional, el *Work product protection privilege* o la *privacy* o derecho a la intimidad, (si bien este derecho no se encuentra tan desarrollado como en el derecho continental por carecer de una norma constitucional expresa que ampare este derecho). Sin embargo, tanto unos como otros pueden ser objeto de renuncia, la cual puede tener lugar con conocimiento de la parte o inadvertidamente como consecuencia del acceso fortuito a dicha información.

El problema que se presenta cuando tratamos de información electrónicamente almacenada, es que atendido el gran volumen de información que se contiene en los soportes electrónicos, la aportación indiscriminada al proceso de los soportes que contienen este tipo de información, pueden dar lugar a situaciones en que la parte que haga aportación de aquellos quede expuesta a verse sorprendida por revelaciones inesperadas o por información comprometida, situación que la dejaría manifiesta indefensa, no sólo por el hecho de la vulneración de los derechos que pueda implicar el acceso a ciertos contenidos, sino también por el carácter parcial de dicha información al extraerse de un contexto en el que la información no se encuentre perfectamente sistematizada. Todo esto puede dar lugar a una renuncia tácita de la parte a la situación privilegiada de la parte, cuyas consecuencias pueden ser decisivas en el curso del pleito.

Las normas procesales del proceso civil regula en su artículo 26(b)(5)(B) el modo en que deberá de procederse por las partes en tal caso.

«Información aportada. Si la información aportada por la averiguación está sujeta a una solicitud de privilegio o de protección como material de preparación del juicio, la parte que presentó la reclamación puede notificar al resto de las partes haber presentado dicha reclamación y las bases que justifiquen su pretensión. Después de ser notificada, cada parte debe a la mayor brevedad devolver, secuestrar o destruir la información especificada y cualesquiera copias que tenga, no debiendo de utilizar o revelar la información hasta que la solicitud de protección esté resuelta y debiendo poner los medios necesarios para recuperar la información si se revelara su contenido antes de ser notificada, debiendo a la mayor brevedad presentar la información al tribunal debidamente precintada hasta que

sea resuelto el incidente. La parte aportante debe de preservar la información para la que ha reclamado protección hasta que su solicitud quede resuelta.»⁴⁶

Las Notas del Comité a la reforma de 2006, contiene una distinción fundamental en esta materia, según que la renuncia se produzca con carácter previo a la comparecencia preliminar o decisión que determine el alcance de la obligación de aportación de la información electrónicamente almacenada o se produzca después.

a) La renuncia al privilegio antes de la comparecencia del art. 26 (f) (Schedule conference).

En el primero de los casos, la necesidad de aportación de dicha información es la genérica establecida en la regla 16.2(b) anteriormente comentada. Para facilitar el acceso a dicha información, el apartado f de la regla 26, regula con toda minuciosidad la comparecencia de ordenación del procedimiento, (*scheduling conference*) en la que se decidirá el modo en que dicha información debe de ser aportada, facilitando el acuerdo de las partes, sobre el formato, los costes, los plazos y los soportes en que deba de llevarse a cabo. A tal efecto se previene que las partes deberán de presentar un informe por escrito sobre el estado de la cuestión y una propuesta con anterioridad a la comparecencia previa. Por otra parte, deberán de someter a discusión las cautelas que deban de adoptarse para evitar el riesgo de renuncia. Tales previsiones pueden suponer para la parte que deba de facilitar esos materiales, substanciales costes, además de un retraso en la tramitación del pleito por el tiempo que se deba de emplear en la revisión de la información. Por tal razón la cuestión se encuentra íntimamente conectada con los aspectos relativos a doctrina de los costes y cargas de la aportación de información electrónicamente almacenada contenida en la sentencia Zubulake y a la misma nos remitimos. Se ha de señalar, únicamente que las partes pueden intentar minimizar estos costes y retrasos aceptando someterse a protocolos que minimicen los riesgos de renuncia, en este sentido, es fundamental el muestreo de la información, así suele resultar bastante común que la parte

⁴⁶ *Information Produced. If information produced in discovery is subject to a claim of privilege or of protection as trial preparation material, the party making the claim may notify any party that received the information of the claim and the basis for it. After being notified, a party must promptly return, sequester, or destroy the specified information and any copies it has; must not use or disclose the information until the claim is resolved; must take reasonable steps to retrieve the information if the party disclosed it before being notified; and may promptly present the information to the court under seal for a determination of the claim. The producing party must preserve the information until the claim is resolved.*

requerida proporcione los materiales solicitados para su examen inicial, sin renunciar a cualquier privilegio o protección, mediante su examen superficial, diligencia de averiguación abreviada conocida como “quick peek” (vistazo rápido).

b) La renuncia al privilegio luego de la comparencia del art. 26 (f) (Schedule conference).

Mayores son los problemas que se presentan en relación a las consecuencias que se producen como resultado de la desvelación inadvertida de información privilegiada con posterioridad a la comparencia prevista en la regla 26 f). Lo normal en el derecho norteamericano, es que las partes lleguen a un acuerdo sobre el modo de acceso a la información. También puede darse la circunstancia de que las partes prevean para el supuesto de que se produjere la revelación inadvertida de información que pudiese afectar a sus intereses que la información así obtenida carezca de eficacia en juicio a estos efectos. Pues bien, tales acuerdos, acuerdos que son llamados muy expresivamente “claw back agreements” presentan siempre una base muy endeble en la medida que el consentimiento obtenido, viene viciado por el desconocimiento por la parte de todos los pormenores de la información electrónicamente almacenada que luego llegue a conocerse. Las situaciones que se producían dieron lugar a la reforma en el año 2009 del artículo 502 FRE. Antes de la publicación de la regla 502, los tribunales federales diferían notablemente en que supuestos la revelación inadvertida de información privilegiada podía ser objeto de renuncia. Algunos tribunales federales de forma estricta mantenían que cualquier divulgación, no importa lo inocente que fuese, suponía una renuncia al privilegio sobre todos los documentos que no constasen relacionados en un *claw arrangement* o por el contrario, suponía su exclusión si encontrasen comprendidos en aquel acuerdo, mientras que otros tribunales mantenían que una revelación privilegiada debía de tener carácter intencionado para constituir un supuesto de renuncia.

9. La regla 502 de las Reglas Federales de Regulación de la Prueba

9.1. El origen de la regla

La disparidad de pronunciamientos en relación a las consecuencias de la renuncia al privilegio de la información especialmente protegida, determinó que el Congreso de los Estados Unidos, en septiembre de 2008 promulgase la regla 502 de la Reglas Federales sobre la Prueba, (FRE) titulada: “*attorneys-client privilege and Work Products Limitations on Waiver*”. La regla 502 tiene como objetivo incrementar la eficiencia y disminuir los riesgos y costes asociados a la aportación de documentos proporcionando protección

en los supuestos de divulgación inadvertida.⁴⁷ La regla fue propuesta por la conferencia judicial americana, (*Judicial Conference Rules Committees*), la cual se venía preocupando desde hacía bastante tiempo por los costes de los litigios, muchos de los cuales habían sido causados por las revisiones exigidas por la vigente ley procesal. La nueva redacción de la regla ha limitado los supuestos en los cuales revelación inadvertida de información puede tenerse por renunciada. La regla 502 FRE, pretende ante todo mitigar el miedo que la revelación inadvertida de algún documento pueda dar al traste con estrategia procesal de las partes (*smoking gun*). Debe de tenerse presente, que tal posicionamiento legal se ha adoptado desde la perspectiva de la reducción de los costes y los riesgos que implicaba la renuncia al privilegio, más que desde un principio de eficiencia procesal.

Se señala en dicha regla:

Divulgaciones inadvertidas: Cuando en el curso de un proceso ante un tribunal federal, oficina federal o agencia, se produzca la revelación inadvertida de información, no tendrá la consideración de renuncia a la protección en el procedimiento, si se dan las circunstancias siguientes:

- Que la revelación resulte ser inadvertida.
- Que quien detenta el privilegio o protección haya adoptado los medios razonables para prevenir la revelación, y
- Que el detentador de dicha información ha procedido de la manera más inmediata a rectificar el error, siguiendo los trámites previstos en la regla 26(b)(5)(B) de las reglas federales del proceso civil.

A la luz de la manifiesta probabilidad de que información especialmente protegida sea divulgada de forma inadvertida, dado el enorme volumen de información que se maneja en los soportes electrónicos, la regla 502 FRE se decanta por una noción de justicia, por encima de las convenciones formales alcanzadas en el seno del proceso. Se atiende para ello a los criterios de diligencia e intencionalidad de las partes. Esto implica que el legislador ha optado por la vía de apartarse de la seguridad jurídica para atender a las pautas que vaya estableciendo la jurisprudencia para corregir los siempre discrecionales criterios culpabilísticos.

Se sigue con ello, la línea jurisprudencial que venía siendo mayoritaria. Así en el caso *Victor Stanley Inc. V. Creative Pipe, Inc.* (2008, DC. Md)⁴⁸

⁴⁷ LANGE, Michele C.S. y NIMSGER, Kristin M. (2010); *Electronic Evidence and discovery...*, ibidem, p. 97.

⁴⁸ *Victor Stanley Inc. V. Creative Pipe, Inc.* 2008, WL 2221841, Paul W. Grimm (May 29, 2008 DC. Md)

resuelto por el Magistrado Paul Grimm, se analizó la inadvertida aportación de 165 documentos que tenían el carácter de especialmente protegidos, documentos que se deslizaron en el proceso por el acceso que se dio a la otra parte de una clave de búsqueda que le permitía reconocer los documentos privilegiados. El tribunal en este caso se centró sobre todo en el análisis de la razonabilidad de las precauciones adoptadas para prevenir la divulgación inadvertida de información privilegiada y estimó que la parte aportante no había probado que se hubiesen adoptado al efecto las precauciones razonables. En concreto, se estimó que la parte aportante no había justificado que la elección de las contraseñas que condujeron a la información privilegiada, fuesen racionalmente seleccionadas, ni que el nivel de sofisticación de aquellas, ni la cualificación de las personas que realizaron la selección, fuese el adecuado y sin que por lo demás constase realizado un muestreo para asegurar la exactitud de los resultados de la selección de las contraseñas. El asunto también dio una pauta sobre que características debían de tener las contraseñas para que tuviese unas razonables garantías de seguridad conforme al criterio del justo medio, aspecto éste de gran interés pero que excedería del objeto del presente estudio.

9.2. *Eficacia procesal de los clawback agreements*

La regla 502 clarifica los efectos de las órdenes y los acuerdos de exclusión de la renuncia a la protección de la información privilegiada, (*clawback agreements*). Antes de que se dictase la regla 502, se percibía una clara tendencia a incrementar este tipo de acuerdos que impedían la renuncia al carácter protegido de los documentos durante el proceso de búsqueda de información electrónica. En virtud de estos acuerdos, la revelación inadvertida de documentos privilegiados no constituía una renuncia al carácter especialmente protegido de dicha información de modo que los documentos debían de ser inmediatamente devueltos y cualquier copia o nota de aquellos debería ser destruida. Algunos tribunales, llegaron más lejos sancionando este tipo de acuerdos al incluirlos entre las estipulaciones contenidas en las órdenes de protección. Sin embargo, esta práctica suponía una grave distorsión del proceso, por suponer una fuerte restricción de antemano de los medios de prueba, sobre la base de un perjuicio que *a priori* se desconocía y sin que en realidad se obtuviese garantía alguna frente a la utilización de dicha información una vez que se hubiese producido la divulgación. Por otra parte estos acuerdos, podrían dar lugar a un uso abusivo, que no se acomodase a la nueva situación que se crea en el proceso tras la nueva regulación de la diligencia de averiguación. La regla 502 reconoce la eficacia de dichos acuerdos, si bien la eficacia última de los mismos dependerá de las notas de eficiencia y diligencia, conceptos cuyos concretos *standards* dependerán del curso que tome la jurisprudencia en los próximos años, la cual deberá de fijar el alcance de los mismos.

9.3. *Extensión material*

Cuando se dictó la regla 502 FRE se solía considerar que la renuncia de la parte que hubiera renunciado al privilegio que ostentaba la información especialmente privilegiada, (tanto por razón del *attorney-client privilege* como el *work-product protection*) sólo se haría extensiva a las cuestiones relativas al tipo de privilegio renunciado o a cualquier información no divulgada fundamentada en dicho privilegio, pero no a otras materias aunque tuviesen el carácter de privilegiadas. De otra parte, tampoco existía un criterio uniforme por los tribunales norteamericanos acerca del carácter de la información o la trascendencia de dicha información como para ser considerada tal. Por ejemplo, la revelación inadvertida de un acuse de recibo de un abogado a un cliente, podría parecer que en principio carecería de entidad como para ser tutelada como una situación de privilegio, sin embargo la otra parte podría utilizar esta información para buscar todas las comunicaciones relativas a la referida carta en el periodo indicado, lo que de hecho vendría a dar lugar a una situación material semejante a la conculcación de información privilegiada. La extensión material de la renuncia ha sido siempre una de las cuestiones más controvertidas de las que se producen como consecuencia de la divulgación inadvertida de las comunicaciones privilegiadas. La nueva regla señala que las materias que puede renunciarse serán la excepción, cerrándose con ello la puerta a la eventual alegación genérica del carácter privilegiado de la información.

9.4. *Terceros*

Antes de que la FRE 502 entrase en vigor, los tribunales solían aprobar los acuerdos entre demandantes y demandados del tipo “*clawback*”, siempre que la divulgación de los documentos protegidos no afectase al privilegio y exigían la devolución de los documentos inadvertidamente revelados. La jurisprudencia antes de publicarse la regla 502, venía entendiendo que los acuerdos de exclusión de la renuncia inadvertida negociados por las partes no les excusaban de adoptar las necesarias precauciones para evitar la revelación de documentos especialmente protegidos, véase en este sentido *Hopson v. Mayor & Ctiy Council of Baltimore*; (DC. Md. November 22, 2005).⁴⁹ En otras palabras, como señalan LANGE & NIMSGER,⁵⁰ un acuerdo de exclusión debería de ser utilizado como una estrategia defensiva adicional, no como una primera línea de defensa. Sin embargo, tales acuerdos no protegían el privilegio con respecto a terceros que pudieran estar involucrados en un liti-

⁴⁹ *Hopson v. Mayor & Ctiy Council of Baltimore*; 232, FRD 228, Paul W. Grimm (DC. Md. November 22, 2005).

⁵⁰ LANGE, Michele C.S. y NIMSGER, Kristin M. *Electronic Evidence and discovery...*, *ibídem*, p. 101

gio posterior, ni impedía su empleo en las resoluciones dictadas por otros tribunales a instancia de las partes en procedimientos sucesivos. Sin embargo, tras la reforma del año 2009, conforme a la regla 502 (d) y (e), las resoluciones dictadas por los tribunales en relación a la información especialmente protegida es vinculante para todo el mundo incluyendo no sólo a los terceros sino también para el resto de tribunales estatales en cualesquiera otros procesos.⁵¹ Se estimó entonces que la seguridad de conocer que las órdenes dictadas al amparo de la regla 502 (d), -que se aplicará ahora en todos los casos y en cualquier tribunal del país- permitirá que los abogados puedan llegar a acuerdos más libremente que hasta ahora. Mediante la concertación de estos acuerdos los abogados protegen enormemente sus documentos privilegiados y permiten disminuir la probabilidad de costosos incidentes de averiguación en relación a la renuncia al privilegio. De este modo, los tribunales federales pueden ordenar que las diligencias de búsqueda o averiguación de información electrónicamente almacenada no suponga una renuncia a la prohibición de divulgación de información especialmente protegida, tanto en los procesos judiciales ante el tribunal en el que la divulgación se renuncia como la de cualesquiera otros procedimientos ante tribunales federales o estatales. Debe de tenerse presente que tal previsión no se contiene respecto de cualquier otro acuerdo al que las partes puedan haber llegado y particularmente los que se alcancen en el curso de la comparecencia prevista en la regla 26 (f) de la FRCP. De este modo, un acuerdo sobre los efectos de la divulgación en un procedimiento ante los tribunales federales sólo será vinculante para terceros o para las partes en sucesivos procedimientos, si el mismo queda incorporado dentro de una orden de protección del Tribunal, no teniendo este carácter cualesquiera otros acuerdos adoptados por las partes y que no hayan sido confirmados por el Tribunal. Como señala, LANGE & NIMSGER,⁵² resulta duro imaginar una situación en la cual un abogado no quisiera llevar a cabo este paso excepcional de obtener una orden de protección de la regla 502 (d), lo que hoy por hoy, es lo más común en los procesos civiles norteamericanos. La única atemperación vendrá determinada entonces por la necesidad de alegar, el carácter especialmente protegido en cada uno de los nuevos procedimientos, atendidas las circunstancias de cada caso, aspecto que ha sido objeto de críticas por la doctrina norteamericana y que se encuentra pendiente de desarrollo jurisprudencial.

⁵¹ El apartado (e) de la regla 502, señala al efecto: Un acuerdo sobre los efectos de la divulgación en un procedimiento federal sólo es vinculante para las partes que lo hubiesen acordado, a menos que esté incorporado a una resolución judicial. An agreement on the effect of disclosure of a communication or information covered by the attorney-client privilege or work product protection is binding on the parties to the agreement, but not on other parties unless the agreement is incorporated into a court order

⁵² LANGE, Michele C.S. y NIMSGER, Kristin M. (2010); *Electronic Evidence and discovery...*, *ibídem*, p. 100

9.5. *Interacción entre los tribunales federales y estatales conforme a la regla 502*

Con anterioridad a la publicación regla 502 se carecía de precedentes jurisprudenciales, en relación a la vinculación de los acuerdos dictados por los tribunales Federales respecto a los estatales en relación a la exclusión de la renuncia a la protección de la información privilegiada. La regla 502 (f) ha abordado esta cuestión, permitiendo que lo acordado por los Tribunales Federales, siempre que se encuentren insertos en una orden de protección, resulten vinculantes frente a los tribunales estatales. La norma va incluso más lejos, previniendo incluso, en el apartado (d) de la regla 502, que los tribunales federales deberán de respetar a su vez las determinación de los tribunales estatales en relación a la información especialmente protegida, cuando la aplicación de la ley estatal resulte más protectora frente la renuncia, tanto si lo es por aplicación de la regla 502 como si lo es por la ley del estado donde la revelación ha sucedido. Cabe destacar, sin embargo, que la regla 502 no permite que lo acordado por un tribunal estatal, en relación a estas cuestiones, resulte vinculante en otro estado. El efecto vinculante de las decisiones de los tribunales federales y estatales en relación a la información protegida es esencial para alcanzar la finalidad propuesta por el Congreso de reducir los costes asociados con la averiguación dentro de un marco completo de seguridad jurídica. Sólo mediante la eficacia, general de dichas decisiones podrán tener realmente efecto tales determinaciones, que de no ser así, resultarían ilusorias al quedar al albur de la aplicación que se haga de las diferentes legislaciones estatales en cada uno de los estados. Se permite así, dar una protección plena sin miedo a ser vulnerado este derecho por el amparo que a dicha divulgación se pueda dar fuera de la jurisdicción del tribunal que lo acuerda.

9.6. *Limitaciones a los acuerdos de “claw back agreements”*

La regla 502 ha revolucionado la regulación de la protección de la información privilegiada en los tribunales federales, proporcionando consistencia a la regulación procesal de estas cuestiones y permitiendo a los abogados predecir hasta cierto punto como se comportarán los tribunales en las cuestiones relativas a la información especialmente protegida en función de los *standards* jurisprudenciales que se vayan creando y que ahora se encuentran pendientes de desarrollo. De acuerdo, con esta disposición la regla debería de reducir la ansiedad que acompaña a la revisión de las ingentes cantidades de información electrónicamente almacenada que se aportan en los soportes informáticos por el riesgo de una revelación inadvertida. Lo cierto, es que pese a todos estos esfuerzos, exista o no renuncia, en el caso de que se produzca esta incidencia nada impedirá el conocimiento por la parte contraria de información potencialmente comprometedor, al que la parte contraria nunca hubiera podido acceder de otro modo. En tal

sentido, resulta especialmente relevante la diligente actuación de la defensa de los partes para percatarse cuanto antes de la transmisión inadvertida de este tipo de información, como la exigencia de responsabilidad a la contraria para que no se valga expresamente de la información obtenida de este modo.

Como se señala en el *Managing and litigating*,⁵³ pese a los mejores esfuerzos, debemos de asumir que en el curso de estas diligencias de búsqueda de información electrónicamente almacenada se seguirán aportando inadvertidamente documentos comprometedores. La reforma ha pretendido poner coto al enorme dispendio que estaba implicando las labores de revisión de documentos, pretendiendo reducir el *estrés* que implica el hecho de que en el curso de la averiguación pudiesen surgir alguno de estos documentos y consagrando así una jurisprudencia que viene reconociendo la legalidad de estos acuerdos. Ciertamente el art. 26 de la FRCP, ya reconocía el derecho de las partes para solicitar la recuperación de documentos (*claw back*) y sugería que las previsiones en orden a la recuperación de estos documentos podían ser incorporadas a la resolución de ordenación del procedimiento o a los acuerdos que las partes alcanzasen en el curso de la comparencia preliminar del apartado (f) del propio art. 26. Estos acuerdos, resultaban beneficiosos para ambas partes y venían siendo reconocidos por la jurisprudencia. Ahora la nueva regla contenida en el art. 502 FRE ha querido matizar su alcance, supeditándolos a la noción de previsión y diligencia, evitando, que el proceso quede comprometido por lo inicialmente convenido, de modo que se pueda adaptar a las nuevas contingencias que se produzcan en el curso de la averiguación.

La nota de la Conferencia Judicial a la regla 502 FRE, establece que pese a la disminución de las exigencias requeridas para la preservación de la información especialmente protegida, el uso de avanzadas aplicaciones de software de análisis y herramientas lingüísticas en la detección de privilegio constituyen medios técnicos que en el futuro puedan prevenir la inadvertida divulgación de información. En tal sentido, una buena gestión de registros, que incluye el mapeo de datos (saber qué es lo que hay en los sistemas), los registros de los ciclos de retención (saber qué registros se mantienen por cada uno de los períodos establecidos) y la cadena de custodia (saber quién fue el responsable de recibir y mantener los registros) siguen siendo determinantes. En tal sentido, la Conferencia Judicial recomienda el desarrollo de protocolos de revisión, como el contenido en *Yelton guideline*, así como la conveniencia de que los abogados de las partes se reúnan y

⁵³ VVAA. *Managing and litigating, the complete sufery cases*. edit., Bruner, Phillip L. & Haley, Tracey L. 2nd edition, American Bar Asociation, 2008, p. 50.

acuerden lo procedente con la parte contraria tan pronto como se presente la ocasión.⁵⁴

10. Conclusiones

El tratamiento de la cuestión de la preservación de la documentación electrónicamente almacenada, en las nuevas normas procesales civiles norteamericanas, ha implicado exacerbar las obligaciones de transparencia y diligencia a la hora de la conservación de la información electrónica. Este principio no sólo informa la práctica judicial, sino que además establece una carga sobre las personas y empresas de reordenar los sistemas informáticos, mediante el mantenimiento de forma racional de la información que periódicamente se incorporan a los sistemas de gestión. Se ha producido, por ello,

⁵⁴ En el ordenamiento jurídico español, la regulación de estos medios de prueba se contiene en el artículo 384, en la Sección VIII, del Capítulo VI, Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el mismo se previene que *los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar, y de modo tal, que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga*. En estos casos, la parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes para advenir su contenido, *puediendo las demás partes aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido*. También se previene que la documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Secretario Judicial, que en su caso, adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias. El tribunal valorará este tipo de soportes conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza. Donde estas diligencias, tiene una tradición ya consolidada es en **materia mercantil**. El art. 327 de la LEC se remite con carácter general al Código de comercio, y únicamente contiene una previsión respecto a la inmediatez de este tipo de pruebas de reconocimiento judicial *«De manera motivada, y con carácter excepcional, el tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados»*. Esta previsión está en consonancia con la tradicional regulación contenida en las leyes mercantiles que parten del carácter secreto de la información mercantil y la excepcionalidad de la exhibición de su documentación. Así se previene que no será posible la comunicación o reconocimiento general de la documentación de los comerciantes, (art. 32.1), salvo en supuestos de sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo, y cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo (art. 32.2 Cco.). En cualquier otro caso, para que pueda decretarse la exhibición de los libros y documentos de los empresarios a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. El reconocimiento se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate, (art. 33 Cco.).

una proliferación de empresas cuyo único cometido es el tratamiento y clasificación de los sistemas informáticos para adecuar los sistemas de gestión a las exigencias de la e-discovery. De este modo, las grandes multinacionales informáticas han encontrado un camino abonado para ampliar su base de negocio, respecto de lo cual, debemos de ser cautelosos. Por contra han surgido también quejas de cierto sector de la doctrina ante una situación desigualdad procesal entre las pequeñas y grandes empresas, en la medida que las primeras carecen de los recursos necesarios para el mantenimiento de un sistema de gestión documental. A esta reacción atiende la reforma de la regla 502 de las Leyes procesales civiles, que toma en cuenta el enorme gasto que supone la e-discovery, para mitigar sus efectos sobre la base del juicio de reproche culpabilístico el cual nunca debiera de haberse perdido como punto de referencia en esta materia.

Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Registro Judicial</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
Tex. App. Jul. 3, 1991	813 S.W.2d.205, 206	<i>Martha Jamison Hill</i>	Dempsey v. Pfizer; Inc.
<i>D. Minn., Oct. 20, 1995</i>	1995, WL 783610,	<i>J. Briscoe</i>	<i>Pepsi Cola Bottling Co. v. Caguill Inc.;</i>
USCA 4th Cir. 1995	71 E3d, 148, 1996	<i>Victor Niemeyer</i>	Vodusek V. Bayiner Marine Corporation
<i>Mass. Super. Jun. 16, 1999</i>	1999, WL 462015	<i>Raymond J. Brassard</i>	<i>Linnen v. A.H. Robins Co.</i>
<i>D. DC 1992</i>	807, F. Supp. 816	<i>Charles R. Chilley</i>	<i>Armstrong v. Bush</i>
S.D. Ind. Jun. 7, 2000	194 FRD 639, 641	<i>David F. Hamilton</i>	Simon Prop. Group L.P. v. Simon Inc.
E.D. Va. Nov. 9, 2001	204 FRD 277, 2001	<i>Robert E. Payne</i>	Trigon Ins. Co. v. United States
E.D. Va. Aug. 9, 2002	215 F.Supp.2d 687	<i>Robert E. Payne</i>	Trigon Ins. Co. v. United States
SD, NY, May 13, 2003	2003, WL 21087884	Shira Sheindlin	Zubulake v. UBS Warburg
ND Tex, Apr. 16, 2003	2003, WL 21443404	Jeff Kaplan	Madden v. Wyeth
S.D.N.Y. 2003	216 F.R.D. 280	Shira Sheindlin	Zubulake v. UBS Warburg
DC SDNY, Oct. 22, 2003	LLC 220, FRD 212, US Dis Lexis 18771	Shira Sheindlin	Zubulake v. UBS Warburg
<i>D.D.C. January 9, 2003</i>	<i>U.S. Dist. LEXIS 172</i>	John M. Facciola	<i>McPeck v. Ashcroft,</i>
USCA 11th Cir. 2003	345, F.3d 1315	James.L. Edmondson	In re Ford Motor Company
USCA 4th Cir., Mar. 10, 2004	n.º 03-1597, 360 F.3d-446	Michael Lutting	Hodge v. Wal Mart
Fed. Cl. 133, Mar. 19, 2004	60 n.º 0-24 L	Francis Allegra	Pueblo de Laguna v. United States,
SD, NY, July 20, 2004	2004, WL 1620866	Shira Sheindlin	Zubulake v. UBS Warburg
Tex.App. Feb. 15, 2005	2005 WL 352036	Moseley O'neill	Computeck Computer & Office Supplies, Inc. v. Walton

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Registro Judicial</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
USCA 2005	374 f.3d 281. 544 U.S. 696, (2005)	Rehnquist	Arthur Andersen LLP v. United States
DC. Md. Nov. 22, 2005	232, FRD 228	Paul W. Grimm	Hopson v. Mayor & Ctiy Council of Baltimore
USCA 2d Cir. Mar. 22, 2005	402, f.3d, 304	S. Sotomayor	United States v. Quattrone
D. Kan. Mar. 24, 2006	2006, WL 763668	Donald Bostwick	Balboa Threadworks., Inc. V. Stucky
USCA 2d Cir. Mar. 20, 2006	441, f.3d, 153	Richard C. Wesley	United States v. Quattrone
C.D. Cal. May 29, 2007) (119)	2007 WL 2080419	Florence M. Cooper	Columbia Pictures Industries v. Bunnell
Bkrcty. SD. Haw., Jan. 22, 2008	2008, WL 185649	Robert. J. Faris	Hawaian Airlines Inc. v. Mesa Air Group Inc.
SD. Tex. Feb. 5, 2008	2008, WL 336382	Nancy F. Atlas	Diabetes Centers of America, Inc. v. Healthpia America, Inc.
SD. NY, Apr. 2th, 2008	2008, WL 866594	James C. Francis IV	Treppel V. Biovail Corp.
D. Nev., May 16, 2008	2008, WL2142219	Robert A. McQuaid,	Johnson v. Wells Fargo, home mortgage, Inc.
DC. Md. May 29, 2008	2008, WL 2221841	P.W. Grimm	Victor Stanley Inc. V. Creative Pipe, Inc.
D. Minn. June 5, 2009	2009 WL 1606653	Ann. D. Montgomey	In re Zurn Pex Plumbing Prods. Liab. Litig.
S.D. N.Y. 2009	256 F.R.D. 403	Shira A. Scheindlin	Securities and exchange commission v. Collins & Aikman Corp.
D. Utah March 30, 2009	2009 WL 910801	David Nuffer	Phillip Adams & Associates LLC v. Dell, Inc.
S.D. Tex. Feb. 19, 2010	2010 WL 645253	Lee Roshental	Rimkus Consulting Group, Inc. v. Cammarata
S.D.N.Y. Jan. 15, 2010	WL 184312	Shira Scheindlin	<i>Pension Committee of the University of Montreal Pension Plan v. Banc of America Securities, LLC</i>

Cambios en la política de seguridad vial en España entre 2004 y 2010: Un análisis centrado en el diseño institucional¹

Jordi Tena Sánchez

Investigador del Departamento de Sociología
Universitat Autònoma de Barcelona

Recibido: 07.07.2010

Aceptado: 02.09.2010

Resumen: En el presente trabajo se llevará a cabo un repaso sin ánimo de exhaustividad de los cambios más destacados que se han producido en la política de seguridad vial en España desde el 2004 hasta nuestros días desde la perspectiva del diseño institucional. Se sostiene que la política de seguridad vial había sido tradicionalmente errática en España. El problema no era percibido como tal por el conjunto de la población, y tanto las leyes como sus instrumentos de aplicación eran insuficientes y estaban mal diseñados. Pese a que éste es, lógicamente, un proceso de largo alcance, a partir de 2004 se produce un salto adelante cualitativo en este terreno. Entre otros muchos cambios, se modifica la Ley de Tráfico y Seguridad Vial para introducir el denominado carné por puntos, se reforma el Código Penal con el objetivo básico de definir mejor los delitos relacionados con la seguridad vial, y se aumentan de manera considerable los mecanismos de control del alcohol y la velocidad en las carreteras.

Palabras clave: diseño institucional, seguridad vial, carné por puntos, reforma del Código Penal.

Abstract: *In this work, I will review the most important changes carried out in Spanish road safety policies since 2004 from the point of view of institutional design. I argue road safety policy had been erratic in Spain. Citizens did not think road safety to be a problem, and both laws and enforcement mechanisms were wrongly design. In spite of being a long scope process, in 2004 there was a qualitative change. Among many other changes, Traffic and Road Safety Law was modified to introduce the penalty points driving licence, Criminal Code was amended to define better offences related to road safety, and mechanisms to control alcohol and speed increased.*

Key words: *institutional design, road safety, penalty points driving licence, Criminal Code amendments.*

¹ El presente trabajo se ha desarrollado en el marco de un Proyecto I+D+I con referencia CSO2009-09890 y de un proyecto CONSOLIDER-INGENIO con referencia CSD 2010-00034, ambos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MICINN).

Sumario: 1. Introducción.—2. La política de seguridad vial en España antes de las últimas reformas. 2.1. La progresiva concienciación de estar ante un problema. 2.2. Año 2003: El agotamiento de un modelo. 2.2.1. El tratamiento del alcohol y la velocidad. 2.2.2. La conducción con temeridad manifiesta. 2.2.3. La conducción con consciente desprecio por la vida de los demás. 2.2.4. Lesiones y muertes. 2.2.5. La conducción sin licencia. 2.3. Los instrumentos de aplicación de la legislación.—3. La política de seguridad vial entre el 2004 y el 2010. 3.1. La reforma de la Ley de tráfico y seguridad vial: el carné por puntos y los cursos de sensibilización. 3.2. La reforma del Código Penal en materia de tráfico y seguridad vial de 2007. 3.2.1. *Artículo 47: nuevo efecto de la pena de privación del derecho de conducir.* 3.2.2. *Artículo 379: exceso de velocidad y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas.* 3.2.3. *Artículo 380: la conducción con temeridad manifiesta.* 3.2.4. *Artículo 381: la conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás.* 3.2.5. *Artículo 382: las lesiones.* 3.2.6. *Artículo 383: desobediencia por negativa a someterse a las pruebas de control.* 3.2.7. *Artículo 384: quebrantamiento de condena o de resolución administrativa.* 3.2.8. *Artículo 385: otras conductas de riesgo para la seguridad vial.* 3.3. Otros cambios relevantes.—4. Conclusiones.—Bibliografía.

1. Introducción

En el presente trabajo se llevará a cabo un repaso sin ánimo de exhaustividad de los cambios más destacados que se han producido en la política de seguridad vial en España desde el 2004 hasta nuestros días desde la perspectiva del diseño institucional.

El principal objetivo de la política de seguridad vial de cualquier país es, obviamente, reducir la siniestralidad. En este sentido, el principal ámbito de actuación de dicha política (aunque no el único, claro está) lo constituye la conducta de los conductores, dado que el denominado factor humano se encuentra tras el 90% de los accidentes de tráfico en los países desarrollados². Más concretamente, las infracciones en general, y el alcohol y la velocidad excesiva o inadecuada³ en particular, son los principales desencadenantes de la accidentalidad viaria en España⁴. Se ofrecerán algunas cifras a

² Montoro (2008), Montoro y Roca (2007), Montoro, Roca y Tortosa (2008), Pérez (2003), Tortosa, Montoro, Roca y Civera (2006), Valdés (1978), Vargas (2007).

³ La velocidad es excesiva cuando sobrepasa los límites legales. La velocidad es inadecuada cuando no se adapta a las condiciones de la vía o del conductor. Normalmente la velocidad inadecuada lo es porque es excesiva, pero esto no tiene porque ser siempre así. Por ejemplo, la velocidad legalmente permitida en un tramo de vía determinado puede ser excesiva en un momento particular si se dan factores excepcionales como lluvia intensa o niebla. A la inversa, una velocidad anormalmente reducida también puede ser inadecuada.

⁴ Blasco (2008), Pérez (2003), Pumpido (2007), Tortosa (2008), Villalba (2008).

modo de ilustración. Pérez (2003) sostiene que un 50% de los accidentes se encuentra relacionado con violaciones de las normas de circulación (sin contar las infracciones relacionadas con el alcohol y la velocidad), un 25% con la velocidad excesiva o inadecuada y un 12% con el alcohol. Pumpido (2007) apunta que las estadísticas anteriores a la reforma del Código Penal de 2007 mostraban que el alcohol se encontraba presente en un 36% de los accidentes. El problema se vuelve más alarmante cuando nos centramos en los accidentes con muertos y heridos graves. Pérez (2003) señala que entre el 40% y 80% de los muertos en carretera presenta más de 0,5g/l de alcohol en sangre⁵. En el mismo sentido diversos estudios han demostrado que las posibilidades de causar un accidente con 1g/l de alcohol en sangre se multiplican por 8 respecto a la situación en la que no se ha bebido. Con 1,5 g/l dicha probabilidad se multiplica por 16 (Villalba, 2008). Estudios similares demuestran que la velocidad no sólo aumenta la frecuencia de los accidentes sino que también agrava sus consecuencias. Un aumento de la velocidad del 5% conlleva un incremento del 10% del número de accidentes y del 20% de las muertes (Villalba, 2008). Por otra parte, con los sistemas de protección actuales, la probabilidad de morir en un accidente cuando hay exceso de velocidad se elevan un 50% y las de resultar herido grave en un 60%. Finalmente, según los mismos estudios, en caso de impacto a 180km/h la probabilidad de morir es cercana al 100% (Pérez, 2003). Este rápido repaso de algunos datos permite comprender el porqué la política de tráfico y seguridad vial debe en primer lugar tratar incidir sobre la conducta de los conductores, aunque sin descuidar, obviamente, otros aspectos de la misma como los vehículos y las infraestructuras.

En lo referido a la incidencia sobre la conducta de los conductores, la política de seguridad vial cuenta con tres ejes básicos de actuación. El primero tiene que ver con las campañas de propaganda (en general, aunque no exclusivamente, destinadas a hacer pedagogía entre los conductores y los ciudadanos en general). El segundo eje se refiere a la educación vial en la escuela (principalmente destinada a tratar de hacer pedagogía entre los niños y adolescentes, o sea, entre los futuros conductores). Finalmente, el tercer eje de actuación se refiere al diseño institucional propiamente dicho, a saber, a la actuación sobre las leyes y sobre sus instrumentos de aplicación. Pese a que estos tres ejes no siempre son nítidamente diferenciables, merece la pena tener en mente esta clasificación.

En este trabajo se realizará un repaso de los cambios producidos en la política de seguridad vial en España desde 2004 en lo referido a esa tercera

⁵ El amplio margen de variación en las cifras se debe a que en el 2003 aún no era obligatorio realizarle las pruebas de alcoholemia a los fallecidos en accidentes de tráfico. Por su parte, Tortosa (2008) sitúa esa cifra entre un 30% y un 50%, y Villalba (2008) entre un 35% y un 40%.

dimensión. Dada su importancia en la accidentalidad, el alcohol y la velocidad han sido el objeto principal de las reformas llevadas a cabo en los últimos años, y, del mismo modo, serán también uno de los principales ejes vertebradores en torno a los cuales se organizará este trabajo. En lo que sigue, en primer lugar se tratará de esbozar un retrato general de la política de seguridad vial en España antes de las reformas para posteriormente describir las características más destacables de las mismas. Se pondrá el acento principalmente en la reforma de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial que introdujo los cursos de reeducación vial y el nuevo sistema de carné por puntos, en la reforma del Código Penal de 2007, y en los principales instrumentos que se están poniendo en funcionamiento para garantizar su aplicación: de manera destacada la extensión de las cámaras de control de la velocidad y de los controles de alcoholemia.

2. La política de seguridad vial en España antes de las últimas reformas

2.1. *La progresiva concienciación de estar ante un problema*

La primera legislación en materia de tráfico de vehículos a motor que se introdujo en España data del 1890⁶. Se trataba del Reglamento para el Servicio de Coches Automóviles por las Carreteras del Estado. Dicho reglamento limitaba la velocidad de circulación a 28 km/h en carretera y 15 km/h en ciudad y obligaba a matricular los vehículos (Montoro, 2003, Vargas, 2007).

Durante las primeras décadas del siglo XX se aprobaron muchas otras reglas, siendo la más importante de todas ellas el Código de la Circulación, de 25 de septiembre de 1934. Dicho código marcó la regulación subsiguiente, unificó las regulaciones anteriores y se convirtió en la norma más longeva que ha existido en España en materia de tráfico (Montoro, 2003, Vargas, 2007). De hecho, algunos de sus artículos han estado vigentes hasta la reforma de la Ley de Tráfico del año 2009. Por su parte, la primera regulación penal vino de la mano de la reforma del Código Penal de 1928 que, por primera vez, introdujo algunos artículos referidos al tráfico y la circulación (Vargas 2007).

Pese a esa temprana regulación, a lo largo de la práctica totalidad del siglo XX en España la seguridad vial no se consideró un problema serio. En lo que se refiere a los ciudadanos, las encuestas nunca mostraron que la seguridad vial fuese percibida como un problema importante⁷. Por lo que respec-

⁶ Ésta fue la primera regulación moderna, la primera referida a los automóviles a motor. No obstante, las primeras regulaciones de la circulación en general son, obviamente, muy anteriores. Las más antiguas aplicadas en lo que hoy constituye el territorio del Estado Español datan de la época del Imperio Romano. Sobre estas cuestiones véase el citado Montoro (2003).

⁷ Véanse, por ejemplo, los resultados de diferentes encuestas del CIS sobre la percepción de los españoles acerca de cuáles eran los principales problemas de España.

ta a los representantes políticos, estos en pocas ocasiones mostraban una preocupación demasiado seria por el tema en sus declaraciones públicas y a nivel legislativo la inacción fue la tónica a lo largo de la mayor parte del siglo. Durante los años 80, en la primera etapa de la recuperación de la democracia, el elevado número de víctimas en accidentes de tráfico era visto generalmente como el (asumible) precio a pagar por la modernización del país y por la mejora de la calidad de vida (Thorson, 2008). Durante la transición y los primeros años de la democracia la política de seguridad vial en España fue prácticamente inexistente (Domènech, 2008). No se trataba simplemente de que los recursos destinados a este tema (y en consecuencia las medidas implementadas) fuesen insuficientes sino que en no pocas ocasiones las medidas aplicadas eran, en el mejor de los casos, erráticas y contradictorias. Un ejemplo servirá de ilustración. La aprobación de la Constitución supuso que todas las sanciones (incluidas las administrativas) tuviesen que ser fruto de una ley orgánica. Dicha decisión tuvo importantes repercusiones en materia de tráfico y seguridad vial ya que dejaron de tener efecto todas las sanciones del anterior código de circulación que sólo estaba aprobado por decreto y no por ley. De ese modo, durante años, cualquiera a quien se le impusiese una multa de tráfico tenía la posibilidad de recurrirla y de ganar el recurso de manera prácticamente automática. Dicha anomalía no se subsanó (y tan sólo parcialmente) hasta la modificación de la Ley de Tráfico en el año 1990 (Thorson, 2008).

Obviamente, resulta difícil, y probablemente carente de sentido, tratar de establecer de modo exacto las fechas en las que esta situación empieza a cambiar, aunque parece plausible sostener que ya a principios de los 90 empieza a percibirse la gravedad de la situación y el hecho de que se está ante un problema sobre el que es posible intervenir políticamente y no ante la consecuencia “natural” e inevitable de la modernización. En este sentido, en 1993 se alcanzó el record histórico de víctimas en accidentes de tráfico con un total de 4653 fallecidos en todo el Estado (Mena, 2007). A lo largo de los años 90 se producen algunas reformas legislativas remarcables y, a grandes rasgos, parece que podría sostenerse que entre los últimos años del siglo XX y los primeros del XXI la seguridad vial pasa a ser percibida definitivamente como un problema importante en España y se empieza a tratar de aplicar una política activa y coherente⁸. No obstante, tal y como se argumentará en el siguiente apartado, el salto adelante cualitativo se dará a partir de 2004 (Domènech, 2008, Thorson, 2008).

Los especialistas apuntan hacia la existencia de diferentes hitos importantes en este proceso.

Gran parte de la iniciativa en este sentido proviene de la Unión Europea (Domènech, 2008). En el año 1997 se celebró un pleno monográfico sobre

⁸ Domènech (2008), Jané (2008), Pumpido (2007), Thorson (2008), Vargas (2007).

accidentes de tráfico en el Parlamento Europeo. El pleno instó a la Comisión a que ésta a su vez instase a los Estados miembros a aplicar medidas tendentes a reducir el número de accidentes. Dicha iniciativa dio lugar, entre otros, al Libro Blanco del Transporte de 2001 y al Programa de Acción Europeo de Seguridad Vial de 2003, en los que se fijaba el objetivo de reducir en un 50% el número de muertos de cara al 2010 (pasar de 50.000 a 25.000 muertos anuales)⁹.

Otro factor relevante en el caso español ha sido, según los expertos, la influencia ejercida por las políticas aplicadas en Francia (Thorson, 2008). La seguridad vial ya era un tema central del debate político en el país vecino a finales de los 80. La legislación francesa en materia de tráfico y seguridad vial es, en general, muy severa (Cardenal, 2008) y este fue uno de los primeros países de la Unión en los que se aplicó el denominado carné por puntos (Cremades & Calvo-Sotelo Abogados, 2006).

Una tercera fuente de influencia sobre la política española de seguridad vial proviene del interior del propio Estado, concretamente desde Catalunya (Thorson, 2008). Los sucesivos *Consellers* y *Conselleres* de Interior han ido dando mayor importancia a la seguridad vial desde que en 1986, bajo el mandato del *Conseller* Pomés, se pusiesen las bases de lo que hoy es el *Servei Català de Trànsit* (SCT)¹⁰. Las competencias en materia de seguridad vial se traspasaron a Catalunya en 1998. Desde entonces, los sucesivos gobiernos han dado un fuerte impulso a la política de seguridad vial dentro del marco de sus competencias. Dicho impulso se ha acelerado en los últimos años con la llegada al gobierno de la Generalitat (y a las *Conselleries* de Interior) del *Govern d'Entesa*. Entre otras cosas, cabe destacar la aprobación de los sucesivos *Plans Integrals contra la Velocitat Excesiva* (PIVE), de los *Plans Catalans de Seguretat Viària* o de la *Llei de Mobilitat*, una de las más avanzadas de Europa (Thorson, 2008). De manera muy destacada, el *Pla Català de Seguretat Viària 2002-2004* planteó la necesidad de mejorar la seguridad vial de forma cuantificable. Concretamente, se estableció el objetivo de reducir el número de muertos y heridos graves respecto del año 2000. Esta fue la primera vez que en el territorio del Estado se fijaba un objetivo cuantificable en

⁹ Véanse también la Carta Europea de Seguridad Vial; la Recomendación 2004/345/CE de la Comisión de 6 de abril de 2004, sobre la aplicación de las normas de seguridad vial (DO L 111 de 17.4.2004); así como la Recomendación 2001/115/CE de la Comisión de 17 de enero de 2001, sobre la tasa máxima de alcoholemia permitida para los conductores de vehículos a motor (DO L 43 de 14.2.2001). Por otra parte, uno de los documentos que más ha influido sobre la política europea de seguridad vial es el Informe del Grupo de Expertos de Alto Nivel para una Política Europea de Seguridad Vial, más comúnmente conocido como Informe Gerondeau.

¹⁰ El SCT es el organismo responsable de la política de seguridad vial en Catalunya. Fue oficialmente constituido en 1998, bajo mandato del *President* Pujol.

relación con esta materia y, de hecho, el gobierno central presionó para que fuese retirado sin conseguirlo (Thorson, 2008).

Así pues, paulatinamente en España se fue percibiendo que la inseguridad vial constituía un problema sobre el que se podía actuar políticamente (Domènech, 2008). A lo largo de los últimos años la regulación ha ido abarcando más y más aspectos de la circulación y las penas y controles se han ido tornando más estrictos y severos. En este sentido, cabe destacar una creciente intervención y severidad del derecho penal en la materia (Vargas, 2008, Villalba, 2008). El año 1995 se produjo una modificación el Código Penal que tipificaba como delitos la conducción bajo los efectos del alcohol o de sustancias psicotrópicas, drogas tóxicas o estupefacientes, negarse a someterse a las pruebas para la detección de las sustancias anteriores, la conducción con temeridad manifiesta, la conducción con consciente desprecio por la vida de los demás y la creación de graves riesgos para la seguridad del tráfico (Perona, 2008). En el año 2000 se creó una subcomisión de seguridad vial y prevención de accidentes de tráfico en el Congreso de los Diputados. Entre los años 2000 y 2003 se acometieron diversos cambios legislativos como, por ejemplo, la modificación del Código de Circulación o la de la Ley de Tráfico. Sin embargo, entre todos ellos destaca la nueva modificación del Código Penal del año 2003 que trató de enfrentar los problemas más importantes en el ámbito del tráfico y la seguridad vial. No obstante, no parece exagerado argumentar que dicha reforma fue un fracaso (Navarro, 2008, Thorson, 2008). A continuación se repasarán las principales características de la legislación sobre seguridad vial el año 2003 y de los instrumentos para su aplicación.

2.2. Año 2003: *el agotamiento de un modelo*

Desde el año 1928 en el que, como se ha dicho más arriba, por primera vez se incorporaron al Código Penal algunos delitos relacionados con la seguridad en el tráfico, existe en España un modelo mixto administrativo-penal de regulación de la seguridad vial. Las infracciones más graves, teóricamente, se abordaban por la vía penal y el resto por la administrativa (Vargas, 2007, Villalba, 2008). No obstante, lo anterior era sólo en teoría. Las reformas anteriores del Código Penal, en especial la de 2003, habían dado lugar a una gran ambigüedad en la distinción entre delito y falta que dejaba un amplio margen de discrecionalidad a los operadores jurídicos¹¹. En general, el problema no era tanto que la ley no ofreciese instrumentos para sancionar de manera adecuada las conductas incívicas al volante sino que no se definían con precisión los distintos ilícitos (Corcoy, 2007, 2008, Navarro,

¹¹ González (2007), González y Vidales (2008), Hortal (2008), Jané (2008), Navarro (2008), Ulla (2008).

2008). Existían numerosas cláusulas pendientes de valoración como las que hacían referencia al “exceso desproporcionado de velocidad”, a la conducción “bajo la influencia del alcohol”, o a los conceptos de “temeridad” o de “consciente desprecio por la vida de los demás”, y se daba una total ausencia de límites claros en lo referido al alcohol, las drogas y la velocidad. En este sentido, resultaba sintomático encontrar calificaciones de la temeridad como si se tratara de un hecho y no de concepto jurídico pendiente de valoración. Obviamente, un problema derivado de estas indeterminaciones era la gran disparidad de criterios y la consecuente inseguridad jurídica que caracterizaba al conjunto del sistema (Moreno, 2008, Salom, 2008, Villalba, 2008).

Además del gravísimo problema de la indeterminación, otros serios problemas del sistema eran la existencia de numerosas contradicciones, como las que llevaban a que en numerosas ocasiones la sanción administrativa fuese más severa que la penal (Villalba, 2008), o la ausencia de tratamiento penal para la conducción sin carné o con el carné retirado así como para los quebrantamientos de condena en general (Ledesma, 2008). Este último hecho abría la puerta a un grave fenómeno de multireincidencia. En este sentido, muchos de los condenados por delitos contra la seguridad vial ya habían sido condenados en otras ocasiones (Corcoy, 2007, 2008).

Una consecuencia directa de la indeterminación de la regulación era que la práctica totalidad de las infracciones en este ámbito se clasificasen como faltas de modo que, salvo excepciones, el recurso a la vía penal resultaba poco menos que anecdótico¹². En este sentido, algunos autores han señalado que se producía una utilización fraudulenta de la distinción entre delito y falta (Corcoy, 2007, 2008). Tal vez esto pueda resultar sorprendente. Resulta intuitivamente lógico que la indeterminación dé lugar a una amplia variedad de criterios y a condenas muy dispares para unos mismos hechos con la subsiguiente inseguridad jurídica. Pero tal vez no resulte inmediatamente tan evidente por qué la indeterminación tendría que llevar a que los ilícitos en esta materia fuesen prácticamente siempre castigados con las mínimas penas e incluso que en una gran cantidad de ocasiones resultasen impunes. Existen numerosos mecanismos que pueden dar cuenta de este hecho.

Corcoy (2007, 2008) apunta a que en la mayoría de casos el único interés de las víctimas y de los abogados de las compañías aseguradoras es que se satisfaga la responsabilidad civil. De este modo, los mismos abogados de las compañías presionan para que los casos se deriven a la vía administrativa. Además, dichos letrados no son penalistas y tratan de asegurar que los

¹² Cano (2008), Campo (2008), Corcoy (2007, 2008), Domènech (2008), González (2007), González y Vidales (2008), Jané (2008), Mena (2007), Moreno (2008), Navaro (2008), Orts (2007), Perona (2008), Pumpido (2007), Salom (2008), Thorson (2008), Ulla (2008), Vargas (2007) y Villalba (2008).

procesos sean lo más simples posible. Por otra parte, cabe tener muy en cuenta que dichos letrados no sólo, ni principalmente, defienden los intereses de las víctimas sino también y principalmente los de las compañías. Las compañías en unas ocasiones representarán a las víctimas pero en otras a los acusados de modo que les interesa que, en todo caso, las penas impuestas sean mínimas. En este sentido, numerosos autores sostienen que se había producido una mercantilización o privatización de la justicia en lo referente al tráfico y la seguridad vial en la que la prioridad había pasado a ser la obtención de una buena recompensa económica por parte de la víctima quedando relegada la necesidad de impartir justicia¹³. Según Pumpido (2007) en España se había pasado de un modelo de la “responsabilidad” a uno de “seguro” que confiaba a la composición privada y a las compañías aseguradoras la respuesta a la siniestralidad vial con debilitamiento de las obligaciones de los conductores. Nótese que existe una consecuencia especialmente perversa de este hecho. Una vez alcanzado el acuerdo entre las compañías aseguradoras la indemnización la paga la compañía. De modo que, en la mayoría de ocasiones toda la pena que debía enfrentar el infractor era un aumento en la cuota anual del seguro de su vehículo (Campo, 2008). En definitiva, se había llegado a una despenalización de facto de los delitos contra la seguridad vial (Pumpido, 2007).

Dicho modelo de “seguro” presentaba un segundo efecto perverso que merece la pena destacar. Cuanto más grave era la infracción cometida más probable resultaba que no fuese perseguida ni tan sólo a través de procedimiento de faltas. Como es bien sabido, las compañías aseguradoras pagan más rápidamente cuanto más probable es que su cliente sea condenado y cuanto mayor es la cuantía de la sanción que podría llegar aplicarse, o sea, cuanto más grave haya sido la infracción cometida. Por otra parte, para poder iniciar un procedimiento por faltas es necesario que la víctima presente una denuncia. De este modo, en los casos más graves solían producirse con mayor facilidad acuerdos entre las partes en los que la compañía aseguradora pagaba rápidamente y la víctima renunciaba a presentar denuncia. Así pues, paradójicamente, cuanto más grave era la infracción más probable resultaba que ésta no fuese perseguida (Salom, 2008)¹⁴.

Por otra parte, aun cuando se llega a juicio de faltas, es necesario recordar que en este tipo de procedimientos el fiscal acostumbra a estar ausente de manera que el peso de la acusación queda en manos del abogado de la víctima quien, una vez más, suele estar preocupado exclusivamente por la satisfacción de la responsabilidad civil (Campo, 2008, Salom, 2008). El mecanis-

¹³ Corcoy (2007, 2008), González (2007), González y Vidales (2008), Mena (2007), Pumpido (2007), Salom (2008), Vargas (2007).

¹⁴ Una segunda versión del mismo fenómeno se producía cuando la víctima presentaba denuncia pero posteriormente (tras llegar a un acuerdo económico) optaba por perdonar formalmente al acusado.

mo que explica la dejación de las responsabilidades por parte de los fiscales en este tipo de procedimientos resulta bastante evidente, la saturación del sistema de justicia en España impide que los fiscales puedan hacer frente a todas sus responsabilidades cosa que los lleva a dejar de lado las cuestiones consideradas de menor importancia (Salom, 2008). En el pasado el Fiscal tenía que asistir a todos los juicios de faltas por imprudencia en la circulación viaria. No obstante, en 1992 el ejecutivo de Felipe González modificó la ley con la finalidad de descargar de trabajo a la Fiscalía. A partir de entonces el Fiscal ya sólo tiene que asistir a este tipo de procedimientos si es expresamente citado. En la práctica no lo es nunca (Salom, 2008). Éste es un ejemplo más de la ausencia de una orientación clara en la política de seguridad vial durante los años 80 y buena parte de los 90.

Junto a los intereses de las compañías aseguradoras y de sus abogados, numerosos autores apuntan también a la actuación rutinaria de los jueces de instrucción y de lo penal, así como de los fiscales, que tipificaban mecánicamente como falta todas las infracciones sin plantearse las posibilidades de abrir un proceso penal (Corcoy, 2007, 2008, Salom, 2008).

Otros autores apuntan hacia el hecho de que la práctica totalidad de los operadores jurídicos son conductores. De este modo, acostumbran a mostrarse comprensivos con los acusados de haber infringido las reglas del tráfico dado que, en la mayoría de ocasiones, se trata de conductas en las que podrí­an haber incurrido ellos mismos u otras personas de su entorno social. Este tipo de empatía no se da, por ejemplo, en los casos de delitos contra la propiedad¹⁵. Tal y como sostiene González (2007), así como en muchos ámbitos los legisladores y operadores jurídicos, y la mayoría de ciudadanos, tienden a empatizar con la víctima, esto no suele (o solía) ser así en el caso de las infracciones de las reglas de tráfico. En estos casos puede que se identifiquen con las víctimas, pero también resulta probable que lo hagan con los infractores. Al fin y al cabo, la mayoría de ciudadanos son también conductores y es probable que en determinadas ocasiones incumplan las normas de tráfico, pero son reacios a percibirse a ellos mismos como delinquentes por este hecho.

Además, en las escasas ocasiones en las que se tipificaba como delito y se condenaba a penas de prisión, éstas solían ser siempre inferiores a dos años (de las denominadas de “no cumplimiento”) de modo que se suspendían de forma automática sin sustituirlas por penas alternativas¹⁶.

En resumen, para el año 2004 ya resultaba evidente que la reforma del Código Penal de 2003 había sido un fracaso y que era incapaz de hacer frente a los problemas a los que debía enfrentarse, mientras el derecho adminis-

¹⁵ González (2007), González y Vidales (2008), Mena (2007), Mir (2008), Orts (2007), Thorson (2008).

¹⁶ Corcoy (2007, 2008), González (2007), González y Vidales (2008).

trativo resultaba a todas luces insuficiente para lidiar con las conductas más graves (Cano, 2008). De este modo, la sensación de impunidad continuaba aumentando entre la ciudadanía¹⁷.

Hasta aquí se han repasado de forma genérica los principales problemas de la legislación antes de las reformas. A continuación, también brevemente, se repasarán los problemas más específicos de lo que acabaron constituyendo los principales ejes de las reformas posteriores.

2.2.1. EL TRATAMIENTO DEL ALCOHOL Y LA VELOCIDAD

El tratamiento del alcohol en la legislación española es de carácter mixto desde hace más de cuarenta años. En teoría, los casos más graves se tratan por vía penal y el resto por vía administrativa (Villalba, 2008).

El primer tratamiento administrativo del alcohol en la conducción de vehículos a motor vino de la mano de la Ley del Automóvil del año 1950 (Vargas, 2007, Villalba, 2008). La conducta típica era conducir “bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes que colocaran al sujeto en un estado de incapacidad para realizarlo con seguridad”. Se hacía por tanto referencia al hecho subjetivo de que el alcohol afectase a las capacidades del sujeto y no a la tasa objetiva de alcohol en sangre o en aire respirado. Este hecho hacía especialmente difícil demostrar que el culpabilidad del sujeto. No se trataba sólo de demostrar que el individuo en cuestión había bebido sino que además había que demostrar que el alcohol afectaba a sus capacidades y que lo hacía en un grado tal que le impedía conducir con seguridad. En ese sentido, la legislación española se apartaba de la legislación europea del momento que tendía a hacer referencia a tasas de alcohol concretas (Gómez, 1998: 128 y ss., Vargas, 2007).

La ley de seguridad vial de 1990 supuso un salto adelante cualitativo en el tratamiento administrativo de la conducción ebria. Por primera vez se fijaron unas tasas máximas de alcohol en sangre así como sistemas de control y verificación de las mismas (Villalba, 2008). Desde entonces, las sucesivas reformas de la Ley de Seguridad Vial y del reglamento de circulación han ido reduciendo las tasas de alcohol permitidas y aumentando las sanciones a imponer. No obstante, eso no había sido así a nivel penal hasta la reforma de 2007 (Villalba, 2008).

A nivel penal, la conducción ebria se incorpora al Código Penal en 1963 instaurándose así el mencionado sistema mixto (Vargas, 2007, Villalba, 2008). Esta reforma seguía la línea de la reforma de la Ley del Automóvil de 1962 en el sentido de tender a una mayor objetivación de los ilícitos. No obstante, diversas sentencias del Tribunal Supremo a lo largo de los años 70 y la reforma del Código Penal de 1980 supusieron un nuevo retroceso al volver a

¹⁷ Corcoy (2007, 2008), Thorson (2008), Villalba (2008).

exigirse en el artículo 327 que la ingesta de alcohol afecte a la capacidad del sujeto para conducir “de modo que le impida hacerlo con seguridad” (Vargas, 2007).

Finalmente, las reformas del Código penal del 1995 y del 2003 también mantuvieron esa misma fórmula típica. Concretamente, el redactado de 2003 rezaba:

«El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años».

En cada caso era necesario determinar si el individuo había consumido alcohol, si dicho consumo hacía que se encontrase o no “bajo los efectos” de bebidas alcohólicas y qué podía considerarse una “alta tasa” de alcohol en sangre. De este modo, tal y como se ha mencionado más arriba, la indeterminación de la fórmula escogida acabó llevando a que la calificación y condena penal de la conducción ebria resultase poco menos que anecdótica¹⁸.

Por lo que se refiere a la velocidad, a diferencia del alcohol, ésta había tenido un tratamiento exclusivamente administrativo hasta la reforma de 2007¹⁹. La sanción máxima por exceso de velocidad era de 600 euros y la suspensión del permiso de conducción por un máximo de tres meses. A la práctica, la sanción estándar que solía imponerse de manera rutinaria era una multa de 300 euros (Thorson, 2008). Así pues, la práctica totalidad de los denominados “conductores bala” que eran descubiertos conduciendo sus vehículos a velocidades de 220 o 250km/h eran sancionados exclusivamente con una multa económica, con la consecuente alarma social y sensación de impunidad generadas (Navarro, 2008).

2.2.2. LA CONDUCCIÓN CON TEMERIDAD MANIFIESTA

El antiguo artículo 381 del Código Penal era (junto al 384) uno de los dos artículos destinados a tratar la conducción temeraria. El artículo 381 se destinaba, concretamente, a la conducción con temeridad manifiesta y su redactado rezaba:

¹⁸ González (2007), González y Vidales (2008), Hortal (2008), Mena (2007), Pumpido (2007), Villalba (2008).

¹⁹ A excepción de los casos en que ésta pudiese constituir temeridad manifiesta. Se aborda esta cuestión a continuación.

«El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años».

Una vez más podemos observar la ambigüedad y falta de concreción en el redactado (Hortal, 2008). Es sintomático, como se ha mencionado anteriormente, encontrar calificaciones de la temeridad como si se tratara de un hecho y no de un jurídico pendiente de valoración. En este caso además, una segunda dificultad proviene de la necesidad de probar la existencia de un peligro concreto. Estos problemas acabaron conduciendo a que prácticamente nunca se condenase por este supuesto en ausencia de resultados lesivos (Moreno, 2008, Salom, 2008).

Con la reforma de 2003 se le añadió un segundo párrafo de modo que el redactado definitivo acabó siendo:

«El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los

²⁰ La propuesta de CIU rezaba:

“El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad física de las personas, será castigado con las penas de prisión de uno a dos años y privación del derecho de conducir vehículos por tiempo superior a uno y hasta seis años.

La realización de la imprudencia grave del hecho previsto en el apartado anterior será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año y privación del derecho de conducir por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Existe temeridad manifiesta, a los efectos de los párrafos anteriores, entre otros casos, en el de quien condujere un vehículo a motor o un ciclomotor sobrepasando en más de un cincuenta por ciento la velocidad máxima autorizada, siempre que ello suponga superarla al menos en cincuenta kilómetros por hora.

Aunque no concurra un concreto peligro para la vida o la integridad de otras personas, el que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor sobrepasando en más de un cincuenta por ciento la velocidad máxima autorizada, siempre que ello suponga superarla al menos en cincuenta kilómetros por hora, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses y de privación del derecho de conducir por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

JUSTIFICACIÓN

Necesidad de superar las dificultades en la interpretación de la actual redacción del artículo, así como de penalizar todas aquellas conductas peligrosas e imprudentes que atenten contra la seguridad del tránsito.” (Moreno, 2008: 53).

casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos».

Dicha reforma fue una solución de compromiso. Cuando se tramitó la reforma de 2003, el grupo de CIU en el Senado propuso una enmienda que pretendía ir en la misma línea en la que finalmente se fue con la reforma de 2007²⁰. El Grupo Popular, entonces con mayoría absoluta en el Parlamento, adoptó una transaccional que fue la que acabó plasmándose en el redactado definitivo y que se reconoció como una solución momentánea de compromiso (Moreno, 2008).

Con dicha reforma se pretendió crear un instrumento que permitiese facilitar la prueba de la presencia de un peligro concreto así como clasificar como delitos los ilícitos más graves relacionados con el alcohol y la velocidad al volante. No obstante, como se ha dicho, dada su indeterminación dicha reforma fracasó estrepitosamente en sus objetivos y el artículo continuó siendo inoperante en la práctica²¹.

En lo referente estrictamente al alcohol se daban exactamente los mismos problemas que en el caso del antiguo artículo 379, así que no se volverá a comentar. En lo que hace referencia a la velocidad es necesario destacar que la reforma de 2003 abrió por primera vez la puerta a condenar penalmente por este supuesto (Villalba, 2008). Es cierto que no se penaba el exceso de velocidad (o la velocidad inadecuada) *per se*, pero existía la posibilidad de condenar cuando éste supusiese una temeridad manifiesta. No obstante, una vez más, la falta de concreción acerca de lo que debía entenderse por exceso “desproporcionado” de velocidad condujo a que prácticamente nunca se condenase por este supuesto (Villalba, 2008) y a que la práctica totalidad de los denominados “conductores bala” que eran descubiertos conduciendo sus vehículos a velocidades cercanas a los 250 km/h fuesen derivados a la vía administrativa de forma rutinaria (Navarro, 2008).

2.2.3. LA CONDUCCIÓN CON CONSCIENTE DESPRECIO POR LA VIDA DE LOS DEMÁS

El otro artículo del Código Penal de 1995 destinado a enfrentar el problema de la conducción temeraria era el 384. Concretamente dicho artículo se refería a la conducción con consciente desprecio por la vida de los demás y rezaba:

«Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta

²¹ Mena (2007), Moreno (2008), Navarro (2008), Pumpido (2007).

diez años el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, incurra en la conducta descrita en el artículo 381.

Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, manteniéndose el resto de penas».

No obstante, este artículo volvió a encontrarse con los problemas generales ya mencionados, más algunos otros particulares. En primer lugar, nuevamente nos encontramos ante un caso de indeterminación, esta vez doble. Para condenar por este supuesto no sólo hay que superar la dificultad de discernir qué es una conducción temeraria sino también la de qué significa conducir “con consciente desprecio por la vida de los demás”²². Nótese que en este caso vuelve a utilizarse un término referido claramente a los estados mentales del sujeto: “consciente”. O sea, no es suficiente con demostrar que un observador imparcial determinaría que la conducta en cuestión no respecta la vida de los demás, cosa que abriría la puerta a una mayor objetivación del tipo; sino que se requiere demostrar que el conductor despreciaba conscientemente la vida de los demás (Mena, 2007).

Todos estos problemas llevaron a que el artículo en cuestión resultase inoperante en la práctica²³. Prácticamente sólo se usó para condenar en algunos casos de lo que vino a denominarse como conducción “suicida” u “homicida”²⁴ (Orts, 2007), pero ni tan sólo en estos casos su uso fue general (Mena, 2007, Pumpido, 2007).

2.2.4. LESIONES Y MUERTES

Por lo que se refiere a las infracciones con resultado de lesiones o muertes, el antiguo artículo 382 del Código Penal de 1995 rezaba:

«Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado.

²² González (2007), González y Vidales (2008), Hortal (2008), Moreno (2008), Orts (2007).

²³ Boix, Orts, Vives (1989: 63 y ss.), González (2007), González y Vidales (2008), Orts (2007).

²⁴ A mediados de los 80 se dieron algunos casos de individuos que apostaban sobre si uno de ellos era capaz de conducir su vehículo a toda velocidad y en dirección contraria por la autopista. Pese a que los casos no fueron demasiado numerosos si que llegó a extenderse la percepción de que se trataba de una cierta moda y se creó una gran alarma social (Orts, 2007).

En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos, procederán los jueces y tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 66».

En lo que estrictamente se refiere al redactado del artículo, cabe decir que la disposición según la cual los jueces no están sujetos a lo previsto por el artículo 66 suponía una nueva fuente de discrecionalidad y, de facto, también de suavización de las condenas.²⁵

De modo general cabe destacar que las infracciones con resultado de lesiones y muertes eran una de las áreas en las que más claramente podía, y puede aún en una importante medida, apreciarse la falta de conciencia de encontrarse ante un problema importante por parte de los operadores jurídicos.

Un primer y claro ejemplo en este sentido viene dado por los casos en los que un conductor causa un accidente en el que mata a varias personas. Este tipo de casos suelen ser calificados como concursos ideales, es decir, se considera que sólo se ha cometido un sólo hecho. En cambio, ese criterio no se mantiene en otros casos, como por ejemplo las acciones terroristas, que suelen calificarse como concurso real de modo que se aplica una regla de acumulación (González, 2007, González y Vidales, 2008). La diferencia de criterio denota, una vez más, la percepción del operador jurídico de encontrarse ante un tipo de criminalidad que, como sostenían Bockelman y Göpinger en un texto clásico sobre la cuestión: “no es verdadera delincuencia dado que afecta a la gran mayoría de ciudadanos que se esfuerzan en vivir conforme a derecho” (citados en Mena, 2007: 126).

Otro ejemplo viene dado por el hecho de que las imprudencias (no sólo en el ámbito del tráfico) se clasificaban como leves de manera sistemática derivándose de manera rutinaria a procedimientos de faltas y, como se ha dicho, convirtiendo de esa manera en inoperantes a los artículos 381 y 384 del antiguo Código Penal. Esto era así incluso en los casos en los que la imprudencia acarrearba muertes o lesiones²⁶.

En la práctica, en muy pocas ocasiones se condenó penalmente por muertes o lesiones resultado de imprudencias temerarias (Corcoy, 2007, 2008). Algunas escasas excepciones en este sentido venían dadas por aquellos casos en los que el conductor sufría el accidente cuando huía de la policía o por los denominados “conductores suicidas”²⁷. No deja de ser sintomático que sea precisamente en este tipo de casos en los que más se actuó a través de la vía penal. Precisamente se trata de conductas propias de colectivos marginales con los que difícilmente los operadores jurídicos pueden identificarse.

²⁵ Sobre esta cuestión véanse Hortal (2008) y Mena (2007).

²⁶ Corcoy (2007, 2008), González (2007), González y Vidales (2008).

²⁷ Corcoy (2007, 2008), Orts (2007), Salom (2008).

Pero, tal y como se ha apuntado anteriormente, incluso en las pocas ocasiones que se condena por delito de homicidio o de lesiones graves por imprudencia grave o temeraria se imponían penas inferiores a los dos años de prisión, de las denominadas “de no cumplimiento”. No obstante, cabe destacar que en principio en un homicidio por imprudencia grave se podían imponer penas de hasta cuatro años de cárcel. Nuevamente, las penas de prisión, en los pocos casos en que eran impuestas, eran suspendidas de forma prácticamente automática sin sustituirlas por penas alternativas. Como en casos anteriores, dichas suspensiones automáticas en casos que podían haber generado una gran alarma social acarrearaban una gran sensación de impunidad (Corcoy, 2007, 2008).

2.2.5. LA CONDUCCIÓN SIN LICENCIA

La reforma del Código penal de 1967 mencionada anteriormente incorporó al mismo el delito de conducción sin carné. Sin embargo, la reforma de 1983 suprimió dicho delito y lo relegó al ámbito administrativo²⁸. Nos encontramos nuevamente aquí con la voluntad del ejecutivo de González de reducir la saturación del sistema de justicia a través de la despenalización de aquellas conductas consideradas de poca gravedad, así como con otro ejemplo de la ausencia de una política de seguridad vial clara y coherente durante aquel período (Thorson, 2008). La primera consecuencia de aquella decisión fue un espectacular aumento de los accidentes en los que estaban implicados conductores sin carné, un 1100% durante los cinco primeros años (Cano, 2008).

La conducción con el carné retirado o sin haberlo obtenido nunca no volvió completamente al Código Penal hasta la reforma de 2007. Antes de la reforma sólo se podía sancionar penalmente en el caso particular de que alguien condujese con el carné retirado por mandato judicial dado que el quebrantamiento de una resolución judicial ya era un delito. No obstante, también en el terreno del quebrantamiento de resoluciones judiciales existían problemas para condenar (sobre todo en el caso de las sanciones cautelares)²⁹.

Así pues, hasta la última reforma la conducción si carné se sancionaba únicamente por vía administrativa. Dicha sanción consistía en una multa económica y en la prohibición de obtener el carné durante dos años. Una sanción de esa naturaleza resultaba a todas luces insuficiente y hasta contraproducente. En primer lugar, no parece que quien ya está conduciendo sin carné vaya a preocuparse demasiado porque le prohíban obtenerlo durante los

²⁸ Martínez (2008), González (2007), González y Vidales (2008), Thorson (2008).

²⁹ Véase González (2007) así como la propia Exposición de Motivos de la reforma de 2007.

dos próximos años. En segundo lugar, la sanción económica tampoco parece demasiado disuasoria cuando el 70% de los condenados por conducir sin carné resultan ser insolventes (Ledezma, 2008).

Finalmente, uno de los problemas más graves para la protección jurídica de la seguridad vial era el de la multireincidencia. En muchas ocasiones los autores de las infracciones más graves ya habían sido condenados con anterioridad por este tipo de hechos y estaban privados del derecho a conducir o carecían de carné (Corcoy, 2007, 2008).

2.3. *Los instrumentos de aplicación de la legislación*

Obviamente, el conocimiento del diseño institucional de un Estado no consiste sólo en la lectura del redactado de sus leyes sino que requiere ir más allá y fijarse en cosas como su interpretación o sus posibilidades de aplicación (Cardenal, 2008).

Hasta ahora se ha hecho explícito como las leyes eran interpretadas de un modo tal que permitía aplicarlas de forma excesivamente suave, e incluso no aplicarlas. Se ha señalado también lo errático de la política de seguridad vial llevada a cabo en España durante muchos años así como la existencia de problemas endémicos como la falta de medios de la Justicia.

Sin embargo, a la hora de referirse a los instrumentos de aplicación de la legislación en materia de tráfico, es necesario poner el acento en el más importante de todos ellos: los dispositivos de control del cumplimiento, de modo muy especial, los controles de alcoholemia y los radares de medición de la velocidad.

En 2003, la extensión de estos dispositivos de control del alcohol y la velocidad eran, según los expertos, deficitaria³⁰. Cabe destacar la extrema gravedad de este hecho ya que, obviamente, la ley será inútil sino existe una mínima certeza de que el incumplimiento puede ser descubierto y sancionado (Mir, 2008). Por lo que se refiere a la velocidad, la Dirección General de Tráfico no instaló el primer en España hasta 1994, y en 2004 era el Estado de la UE-15 con menos controles establecidos en las carreteras y menos sanciones impuestas por ese concepto. Por poner sólo un ejemplo, en ese año en España sólo se detectaron 25,2 sanciones por cada 1000 habitantes, mientras que en Holanda (un país con un índice de cumplimiento mucho más elevado y una accidentalidad mucho menor) la cifra llegó a las 850. En cuanto al alcohol, España se encontraba entre los 6 Estados de la UE-15 que menos controles por habitante realizaba (Perona, 2008).

³⁰ Domènech (2008), González (2007), González y Vidales (2008), Mir (2008), Perona (2008), Thorson (2008).

3. La política de seguridad vial entre el 2004 y el 2010

Tal y como se ha comentado en la introducción, el cambio de gobierno de 2004 marca un cambio cualitativo en la política de seguridad vial en España (Domènech, 2008, Thorson, 2008). Pese a que la lista de cambios es muy larga, dos reformas sobresalen de manera especial sobre todas las demás: la modificación del año 2006 de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial para dar cabida al carné por puntos y a los cursos de sensibilización, y la reforma del Código Penal del año 2007. Esos dos hitos se analizarán de manera especial en las dos primeras secciones de este apartado. En la tercera se revisarán de forma rápida otras modificaciones destacables. Este apartado, como el resto del trabajo, no tiene vocación de exhaustividad.

3.1. *La reforma de la Ley de tráfico y seguridad vial: el carné por puntos y los cursos de sensibilización*³¹

El carné por puntos «es una modalidad del permiso o licencia de conducción en la que los conductores cuentan con un saldo de puntos, de modo que las sanciones de tráfico que se les impongan llevan aparejadas la pérdida de algunos de esos puntos. Cuando el saldo quede a cero, el conductor pierde el carné y, consecuentemente, no podrá conducir. Por otra parte, el transcurso del tiempo sin ser sancionado se traduce en aumentos del saldo de puntos». (Cremades & Calvo-Sotelo Abogados, 2006: 7).

El carné no substituye a la sanción económica y ni mucho menos, claro está, al posible tratamiento penal de las infracciones. Independientemente de aquéllas, cuando un conductor sea sancionado en firme por vía administrativa por la comisión de alguna infracción grave o muy grave se le descontarán automáticamente los puntos correspondientes a la misma.

El carné entró en vigor el 1 de julio de 2006. Dicho dispositivo tiene un doble objetivo. Por un lado se pretende penalizar la reincidencia en la violación de las normas de circulación. Por otra parte, pretende incentivar la constancia de los buenos conductores. Dicho de otro modo, se trata de crear una conciencia social favorable a la conducción cívica y de rechazo a las conductas incívicas.

El conjunto de la normativa pretende tener, en primer lugar, un carácter reeducador. Se trata de hacer consciente al conductor incívico de las consecuencias de su actitud para la vida y la integridad de las demás personas y para las suyas propias.

En segundo lugar, tal y como reza la exposición de motivos de la propia ley, la otorgación de puntos pretende ser un reflejo de la confianza que la

³¹ Este apartado se basa, principalmente, en Cremades & Calvo-Sotelo Abogados (2006) y en Thorson (2008).

sociedad le concede al conductor mientras que su pérdida constituye un reproche por su conducta, por haber abusado de la confianza depositada en él. El carné por puntos puede entenderse como un contrato entre conductor y la sociedad. Se rompe con la lógica del derecho a conducir que, una vez obtenido, se mantiene de por vida. Si el conductor incumple su parte, el contrato se rompe. Dicha ruptura pretende suponer un reproche, no tanto por haber violado la ley sino más bien por la actitud reiterada de desprecio por la vida y la integridad física de los demás. La idea de falta de respeto *continuada* resulta importante aquí. De manera general, no se retira el carné a la primera infracción. Se define una escala. Tras una infracción se impone una multa, pero se puede continuar conduciendo. Pero si se sigue incumpliendo, llega un momento en que la sociedad, a través de sus instituciones, determina que dicho conductor es peligroso y que no está en condiciones de cumplir con los términos del contrato³².

En el momento de aplicarse la medida, los conductores que disponían de un permiso de conducir con una antigüedad de más de tres años partieron con un total de 12 puntos. Los que no alcanzaban esa antigüedad partieron con 8. Los conductores noveles en general parten con un saldo de 8 puntos. También es de 8 puntos el saldo inicial de los conductores que, tras haber perdido todos sus puntos, recuperan el permiso de conducir.

Según la gravedad de la infracción cometida, se pueden perder 2, 3, 4 o 6 puntos. El siguiente cuadro recoge los tipos de infracciones que acarrearán pérdida de puntos³³.

³² Los conductores no perderán más de 8 puntos por acumulación de infracciones en un sólo día. No obstante, si se da acumulación y alguna de las infracciones es muy grave, entonces se perderá el número de puntos que corresponda. De este modo, en casos extremos es posible perder el carné de una sola vez.

³³ El proyecto de reforma de la Ley de Tráfico que, en el momento en que se está redactando este trabajo, se encuentra en el Senado, introduce algunas modificaciones mínimas en este punto. De aprobarse la reforma con el actual redactado, no se perderían puntos por estacionar en carriles destinados para el transporte público urbano y sólo se perderían puntos por superar el límite de velocidad en autopistas y autovías al sobrepasar los 151 km/h. Esto significa que, siempre que se circule a menos de 151km/h, no se perderían puntos por superar en más de 20 km/h los límites de velocidad en las autopistas y autovías reguladas por un sistema de velocidad variable como las entradas y salidas de Barcelona. Por otra parte, se intensifican las sanciones por otras infracciones como llevar inhibidores de radar. No obstante, pese a los cambios, la lógica básica del carné continúa siendo la misma.

Cuadro 1: Resumen de infracciones que acarrearán pérdida de puntos.
Fuente: Cremades & Calvo-Sotelo Abogados (2006: 15-16).

Pérdida de 2 puntos	Pérdida de 3 puntos	Pérdida de 4 puntos	Pérdida de 6 puntos
<ul style="list-style-type: none"> • Exceder los límites de velocidad establecidos en más de 20km/h y hasta en 30km/h • Parar o estacionar en las curvas, cambios de rasante, túneles, pasos inferiores, intersecciones o cualquier otro lugar peligroso que constituya un riesgo a la circulación o a los peatones. Parar o estacionar en los carriles destinados para el transporte público urbano. • Conducir vehículos que tengan instalados mecanismos o sistemas encaminados a eludir la vigilancia de los agentes de tráfico, o que lleven instrumentos con la misma intención, así como mecanismos de detección de radares. 	<ul style="list-style-type: none"> • Exceder los límites de velocidad establecidos en más de 30km/h y hasta 40km/h. • Efectuar el cambio de sentido incumpliendo las disposiciones recogidas en la Ley y en el Reglamento. • No mantener la distancia de seguridad con el vehículo que le precede. • Conducir utilizando normalmente el teléfono móvil, auriculares o cualquier otro dispositivo incompatible con la obligatoria atención permanente a la conducción en los términos que se determinen reglamentariamente. • Conducir sin utilizar el cinturón de seguridad, el casco y demás elementos de protección o dispositivos de seguridad, en los casos y condiciones que se determinen reglamentariamente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Conducir con una tasa de alcohol superior a la establecida reglamentariamente: <ol style="list-style-type: none"> 1. Entre 0,25 mg/l y 0,50 mg/l de aire aspirado para todos los conductores excepto los que tengan establecida una tasa menor. 2. Entre 0,15 mg/l y 0,30 mg/l de aire aspirado para los conductores profesionales y titulares de permisos con menos de dos años de antigüedad. • Circular por autopistas o autovías con vehículos con los que esté expresamente prohibido. • Conducir un vehículo con un permiso o licencia que no habilite para ello. 	<ul style="list-style-type: none"> • Conducir con una tasa de alcohol superior a la reglamentaria establecida: <ol style="list-style-type: none"> 1. Más de 0,50 mg/l de aire aspirado para todos los conductores excepto los que tengan establecida una tasa menor. 2. Más de 0,30 mg/l de aire aspirado para los conductores profesionales y titulares de permisos con menos de dos años de antigüedad. • Conducir bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias de efectos análogos. • Incumplir la obligación de someterse a las pruebas del grado de alcoholemia, de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias de efectos análogos.

<p>Pérdida de 2 puntos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Circular sin alumbrado cuando sea obligatorio o utilizarlo sin ajustarse a lo establecido reglamentariamente. • Circular con menores de doce años como pasajeros de motocicletas o ciclomotores con las excepciones que se determinen reglamentariamente. 	<p>Pérdida de 3 puntos</p>	<p>Pérdida de 4 puntos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Conducir un vehículo con una ocupación que suponga aumentar en un 50% o más el número de plazas autorizadas, excluido el conductor, salvo que se trate de autobuses urbanos o interurbanos. • Arrojar a la vía o a sus inmediaciones objetos que puedan provocar incendios o accidentes de circulación. • Conducir de forma negligente, creando un riesgo cierto y relevante para los otros usuarios de la vía. • Exceder los límites de velocidad establecidos en más de 40km/h, salvo que dicha conducta esté incurrida en el supuesto de retirada de 6 puntos. • Incumplir las disposiciones legales sobre prioridad de paso, y las obligaciones de detenerse en la señal de stop, y en los semáforos con la luz roja encendida. 	<p>Pérdida de 6 puntos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Conducir de forma manifiestamente temeraria. • Circular en sentido contrario al establecido. • Conducir vehículos en competiciones y carreras no autorizadas. • Sobrepasar en más de un 50% la velocidad máxima autorizada, siempre que suponga superar, al menos en 30km/h dicho límite máximo. • El exceso en más del 50% en los tiempos de conducción o la minoración en más del 50% en los tiempos de descanso establecidos en la legislación sobre transporte terrestre.
---	----------------------------	--	--

Pérdida de 2 puntos	Pérdida de 3 puntos	Pérdida de 4 puntos	Pérdida de 6 puntos
		<ul style="list-style-type: none"> • Incumplir las disposiciones legales sobre adelantamiento, poniendo en peligro o entorpeciendo a quienes circulen en sentido contrario, así como adelantar en lugares o en circunstancias de visibilidad reducida. • Adelantar poniendo en peligro o entorpeciendo a ciclistas. • Realizar la maniobra de marcha atrás en autopistas y autovías. • Aumentar la velocidad o efectuar maniobras por el conductor del vehículo que va a ser adelantado que impidan o dificulten el adelantamiento. • No respetar las señales de los agentes que regulan la circulación. 	

Una vez que se han perdido puntos, existen dos vías para recuperarlos. La primera es por el mero transcurso del tiempo sin cometer infracciones. La segunda consiste en realizar los cursos establecidos por el reglamento. Los conductores que hayan perdido parte de sus puntos podrán recuperarlos en su totalidad si transcurren dos años sin ser sancionados. No obstante, si alguno de los puntos se ha perdido por la comisión de infracciones muy graves, el plazo de tiempo para recuperarlos será de tres años. Por su parte, quienes, tras haberlo perdido, recuperen el carné con un saldo inicial de 8 puntos podrán recuperar el total de 12 si transcurren dos años sin que vuelvan a ser sancionados.

Por último, quienes conserven el carné sin haber perdido ningún punto, recibirán dos puntos extras durante los tres primeros años, y un punto más por los tres siguientes, pudiendo llegar a acumular un total de 15 puntos. De hecho, el pasado julio de 2009 se cumplieron tres años de la entrada en vigor del carné por puntos y varios millones de conductores fueron recompensados con dos puntos extra. Según la Dirección General de Tráfico, disponer de 15 puntos implica que el conductor que los posee se encuentra entre los mejores y conduce respetando su vida y la de los demás.

Un elemento esencial del nuevo sistema lo constituyen los cursos de reeducación vial. La realización y superación de dichos cursos permite la recuperación de un máximo de cuatro puntos sin que en ningún caso se puedan recuperar más puntos de los que se han perdido³⁴. Sólo se permite la realización de estos cursos una vez cada dos años, de modo que sólo pueden recuperarse 4 puntos cada dos años³⁵.

El siguiente cuadro resume el contenido de los cursos de sensibilización y reeducación vial.

Cuadro 2: Resumen de los contenidos de los cursos de sensibilización y educación vial.

Fuente: Elaboración propia a partir de Cremades & Calvo-Sotelo Abogados (2006: 19-25).

1. Los accidentes de tráfico: la magnitud del problema.
 - a) Valorar la dimensión real de los accidentes de tráfico, los problemas sociales y económicos que se producen en su entorno.
 - b) Identificar el accidente de tráfico como un problema de salud y el conjunto de los siniestros, como una epidemia que nos afecta a todos.

³⁴ Si se aprueba el texto de la reforma de la Ley de Tráfico mencionado más arriba podrán recuperarse un máximo de 6 puntos.

³⁵ Para el caso de los conductores profesionales la frecuencia podrá ser anual.

- c) Apreciar que los accidentes no son causa del azar o del destino, sino que detrás de ellos hay una serie de factores de riesgo sobre los que podemos actuar.
 - d) Reconocer que es el propio conductor el que más puede influir en la producción de accidentes.
 - e) Distinguir las principales variables del vehículo, de la vía y de su entorno que se relacionan con una mayor accidentalidad.
2. Dinámica de un impacto y consecuencias para las víctimas.
- a) Comprender los conceptos generales sobre la dinámica de un accidente.
 - b) Apreciar la magnitud real de las fuerzas que se implican en los siniestros de tráfico.
 - c) Conocer los principales tipos de lesión que se producen en los accidentes.
 - d) Distinguir las lesiones que se pueden ocasionar en función del tipo de accidente (impacto frontal, lateral, alcance y vuelco).
 - e) Diferenciar las lesiones que suelen producirse según el tipo de vehículo implicado (automóviles de turismo, transportes ligeros y pesados, bicicletas y motocicletas).
 - f) Conocer las características de las lesiones que suele tener el peatón que ha sido atropellado.
3. La conducción: una tarea de toma de decisiones.
- a) Apreciar que las situaciones peligrosas al volante son en muchas ocasiones consecuencia de decisiones incorrectas.
 - b) Distinguir las características del proceso de toma de decisiones en la conducción.
 - c) Discriminar cuáles son las actitudes y los motivos que diferencian a un conductor seguro de aquel que conduce de forma peligrosa.
 - d) Valorar el importante papel que puede jugar nuestro estado emocional en la seguridad del tráfico.
 - e) Identificar la influencia de la percepción y la aceptación del riesgo en la conducción.
 - f) Considerar la influencia que tienen sobre nuestro propio comportamiento las interpretaciones que hacemos del comportamiento de los demás.
4. Aptitudes y capacidades básicas para una conducción segura.
- a) Apreciar la complejidad del entorno del tráfico.
 - b) Valorar la importancia de mantener tus aptitudes y capacidades básicas en perfectas condiciones para conducir.
 - c) Identificar la importancia del buen funcionamiento de tus sentidos, especialmente la vista, para conducir de forma segura.
 - d) Diferenciar el papel de los mecanismos atencionales en la conducción.

- e) Distinguir la incidencia de las distracciones en los accidentes de tráfico.
 - f) Identificar la importancia de las capacidades motoras para conducir con seguridad.
5. Los grupos de riesgo.
- a) Apreciar que determinados grupos de personas son especialmente sensibles a las consecuencias del tráfico.
 - b) Valorar por qué los niños son tan vulnerables a los accidentes.
 - c) Identificar qué tipo de jóvenes son los que aparecen con mayor frecuencia en las estadísticas de accidentes.
 - d) Discriminar por qué los peatones son muy vulnerables a los accidentes de tráfico.
 - e) Distinguir las características que hacen que muchas personas mayores sufran las terribles consecuencias de los accidentes.
 - f) Apreciar los problemas a los que se enfrentan los ciclistas como usuarios de la vía.
 - g) Señalar las estrategias y consejos para evitar el accidente con estos grupos de riesgo.
6. La velocidad como factor de riesgo.
- a) Apreciar que la velocidad excesiva o inadecuada es uno de los principales factores de riesgo en la conducción.
 - b) Reconocer que es muy importante controlar la velocidad en función de las características del ambiente, del vehículo y de tu propio estado.
 - c) Identificar cómo afecta la velocidad a las capacidades del conductor necesarias para una conducción segura.
 - d) Distinguir el peligro que representa la velocidad excesiva o inadecuada en determinadas maniobras, como el frenado o la toma de curvas.
7. El alcohol como factor de riesgo.
- a) Valorar el importante papel que juega el alcohol en los accidentes de tráfico.
 - b) Identificar los efectos que tiene el alcohol sobre nuestras capacidades para conducir.
 - c) Discriminar qué influye y qué no influye sobre la tasa de alcoholemia.
 - d) Tomar conciencia del riesgo que supone conducir bajo los efectos del alcohol.
 - e) Reconocer la responsabilidad legal que se deriva de una conducción bajo la influencia de las bebidas alcohólicas.
8. Las drogas de abuso como factor de riesgo.
- a) Señalar la influencia de las principales drogas de abuso sobre la capacidad de conducción.
 - b) Valorar los riesgos reales de la conducción bajo la influencia de determinadas drogas.

- c) Distinguir las características de los principales grupos de drogas de abuso.
 - d) Valorar la relación que hay entre determinadas sustancias legales, como el café, el té o el tabaco, y la conducción de vehículos.
9. Las enfermedades y los fármacos como factores de riesgo.
- a) Apreciar cómo muchas enfermedades pueden alterar tu capacidad para conducir con seguridad.
 - b) Identificar, a modo de ejemplo, la influencia de la depresión y de las alergias en el tráfico.
 - c) Considerar que la conducción cuando se están consumiendo determinados fármacos puede representar un grave riesgo para tu seguridad.
 - d) Distinguir qué debes hacer ante la enfermedad y los fármacos para garantizar la seguridad en las vías públicas.
 - e) Tomar conciencia de la necesidad de estar en las mejores condiciones a la hora de conducir.
10. La somnolencia como factor de riesgo.
- a) Apreciar la incidencia que tiene la somnolencia en los accidentes de tráfico.
 - b) Identificar los efectos que produce la somnolencia en el conductor.
 - c) Reconocer las principales causas de somnolencia durante la conducción.
 - d) Señalar cómo prevenir la aparición de somnolencia al volante.
 - e) Valorar la relación entre el síndrome de apnea obstructiva del sueño y los accidentes de tráfico.
11. La fatiga como factor de riesgo.
- a) Apreciar la incidencia que tiene la fatiga en los accidentes de tráfico.
 - b) Identificar qué factores pueden potenciar la aparición de la fatiga.
 - c) Distinguir qué alteraciones produce la fatiga sobre el conductor.
 - d) Tomar conciencia del riesgo que supone conducir fatigado.
 - e) Señalar qué se debe hacer para evitar la fatiga al volante.
 - f) Valorar la importancia que tiene para la seguridad vial que los conductores profesionales cumplan la reglamentación sobre los tiempos de conducción y descanso.
12. El estrés como factor de riesgo.
- a) Apreciar la incidencia que tiene el estrés en los accidentes de tráfico.
 - b) Identificar qué es el estrés y de qué fases se compone.
 - c) Discriminar qué tipo de situaciones son estresantes para la mayoría de las personas.

- d) Reconocer las consecuencias del estrés sobre la conducción y sobre la salud.
 - e) Señalar qué se debe hacer para paliar los efectos del estrés al volante.
 - f) Tomar conciencia del riesgo que conlleva conducir bajo los efectos del estrés.
13. Seguridad activa y pasiva.
- a) Identificar los elementos que componen los sistemas de seguridad activa y pasiva de los vehículos automóviles.
 - b) Apreciar la importancia de una buena utilización de los diferentes elementos de seguridad.
 - c) Conocer las principales reglas de mantenimiento y cuidado del vehículo y de todos sus sistemas de seguridad.
 - d) Valorar la importancia del uso de los sistemas de retención infantil.
14. La conducción preventiva.
- a) Conocer el concepto y los principios de la conducción preventiva.
 - b) Valorar la eficacia de la conducción preventiva para reducir los accidentes de tráfico.
 - c) Identificar las reglas y comportamientos propios de la conducción preventiva.
 - d) Comprender la importancia de tu propio comportamiento a la hora de evitar los accidentes de tráfico.
 - e) Conocer los comportamientos adecuados para la conducción en condiciones climatológicas adversas.
 - f) Promocionar este estilo de conducción más segura entre los conductores.
15. Actuación en caso de accidente de tráfico.
- a) Concebir la actuación en caso de accidente como una parte importante dentro de la seguridad vial.
 - b) Recordar la regla mnemotécnica PAS (Proteger, Alertar, Socorrer), que constituye la pauta básica a seguir en caso de accidente de tráfico.
 - c) Conocer las actuaciones mínimas para proteger el lugar del accidente, a los implicados en el mismo, a los otros conductores que se aproximen y a las propias personas que prestan la ayuda.
 - d) Saber qué se debe hacer para alertar con eficacia de lo sucedido a los servicios de urgencia.
 - e) Conocer las actuaciones mínimas y seguras para socorrer a las víctimas hasta la llegada de los servicios sanitarios de emergencia.

16. La importancia del cumplimiento de las normas de tráfico.
- a) Conocer los principios y valores que deben inspirar en todo momento nuestro comportamiento al circular por las vías públicas.
 - b) Comprender el importante papel que juega el respeto de las normas de circulación para garantizar la seguridad vial.
 - c) Saber cuál es la responsabilidad social y legal derivada del incumplimiento de las normas de tráfico.
 - d) Aprender las principales normas de comportamiento que debemos guardar en la circulación.

El coste de la matriculación a los cursos correrá íntegramente a cargo del interesado. Los conductores que hayan perdido la totalidad de los puntos deben realizar una prueba de control de conocimientos al finalizar los cursos. No se trata de volver a examinarse del examen para obtener el carné, se trata de una prueba específica sobre los contenidos de los cursos.

3.2. *La reforma del Código Penal en materia de tráfico y seguridad vial de 2007*

El consenso en torno a la necesidad de reformar el Código Penal en materia de seguridad vial y sobre la dirección que había de seguir dicha reforma era ya relativamente amplio en 2007. Como se ha visto, la combinación de la vía administrativa con el Código Penal de 2003 se había mostrado claramente insuficiente para lidiar con los problemas a los que debía hacer frente.

Además, la reforma del Código Penal pretendía ser el cierre del sistema. Esto es, primero se habían introducido toda una serie de reformas administrativas con las que regular al conjunto de los conductores, y el Código Penal quedaba ahora como la *ultima ratio*, el último recurso extraordinario para lidiar con los casos más graves. Sin dicha reforma, las modificaciones en el ámbito administrativo, así como muchas otras innovaciones introducidas, corrían el riesgo de acabar resultando inoperantes o, como mínimo, de no desarrollar todo su potencial³⁶. Éste es el caso, por ejemplo, de la conducción sin licencia. Si la única sanción a la que se enfrenta el conductor que conduce sin haber obtenido el permiso o teniéndolo retirado es de tipo administrativo, el carné por puntos pierde todo su poder disuasorio.

³⁶ Cano (2008), Exposición de Motivos, González (2007), González y Vidales (2008), Ledesma (2008), Mena (2007), Navarro (2008), Perona (2008), Thorson (2008), Villalba (2008).

Por otra parte, según muchos autores así como la propia Exposición de Motivos de la Ley³⁷, la reforma tenía también una voluntad, por así decirlo, pedagógica. Se trataba de aprovechar la “función simbólica” del derecho penal (mucho mayor, según los autores, que la del derecho administrativo) para comunicar a los ciudadanos que las conductas señaladas por la ley resultaban socialmente inaceptables y merecedoras de reproche.

Finalmente la reforma fue aprobada mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre. Cabe destacar que, en el momento de dicha aprobación, el grado de enfrentamiento y crispación entre los dos partidos mayoritarios en el parlamento español era muy importante, y que éste fue uno de los pocos consensos alcanzados entre ambos. Ambos partidos pretendían una reforma en profundidad del Código Penal, pero no lograron alcanzar un acuerdo sobre los contenidos del mismo. Siendo esto así, finalmente alcanzaron un consenso mínimo restringido a lo referente a la seguridad vial. Finalmente el PP se abstuvo en la votación, pero fue suficiente para que la reforma saliese adelante. A favor votaron los grupos del PSOE, CIU, ERC, IU e ICV entre otros. El acuerdo fue posible, en gran parte, por la iniciativa de la Comisión de Seguridad Vial del Congreso y por la presión ejercida por las asociaciones de víctimas que presentaron más de 30.000 firmas en el Congreso pidiendo la reforma (Thorson, 2008).

Como característica general, puede decirse que la reforma continúa la tendencia de los últimos años, compartida por todos los Estados de nuestro entorno, de aumentar la intervención del derecho penal en materia de seguridad vial (Mir, 2008, Vargas, 2007). En total se reforman 7 artículos (ver tabla 1). Las principales modificaciones se dirigen a tratar definir con mayor rigor los delitos contra la seguridad vial y del tráfico a fin de evitar que determinadas conductas queden impunes, señalar de manera clara la alcoholemia y el exceso de velocidad como conductas susceptibles de ser clasificadas como delito (igualando además claramente el tratamiento de la segunda al de la primera) y tipificar como delito la conducción sin carné o con éste retirado³⁸. De manera destacada se produce un salto adelante cualitativo en el tratamiento del alcohol y otras drogas y, por primera vez en la legislación penal, se introducen límites objetivos (Villalba, 2008). De hecho, no parece exagerado decir que la última razón de ser de la reforma es la modificación del tratamiento del alcohol y la velocidad, a saber, de los dos principales factores facilitadores de la accidentalidad y la muerte en la circulación.

Precisamente el cambio en el tratamiento del alcohol y la velocidad ha acarreado una cierta polémica en torno al número de nuevos ilícitos introducidos por la reforma. Algunos autores sostienen que se trata de tres: la con-

³⁷ Cano (2008), Exposición de Motivos, González (2007), González y Vidales (2008), Perona (2008), Vargas (2007).

³⁸ Cano (2008), Exposición de Motivos, Jané (2008), Navarro (2008).

ducción sin carné o con éste retirado, y la conducción a partir de una determinada velocidad o a partir de un determinado nivel de alcohol que pasarán a ser delitos de por sí (Cano, 2007). Otros autores³⁹ lo discuten y sostienen que en realidad en lo referente al alcohol no se crea un nuevo ilícito. La cuestión es que no se crea una conducta nueva sino que se mantiene la fórmula “conducir bajo la influencia” y simplemente se añade una tasa a partir de la cual se considera de manera automática que hay influencia.

Por lo que se refiere a la severidad de la reforma, tampoco existe un acuerdo total entre los expertos. Muchos de ellos, así como la propia exposición de motivos de la ley, sostienen que las penas aumentan en severidad⁴⁰. En este sentido, Villalba (2008) argumenta que la reforma continúa en la línea de las sucesivas reformas de los últimos años. En cambio otros autores, algunos de ellos con un papel muy destacado en la reforma como el director de la DGT Pere Navarro (2008), argumentan que el principal objetivo de la reforma era el de lograr mayor concreción, no mayores penas. No obstante, una vez que se aclaran los términos de la cuestión, este parece ser un pseudo-debate. De manera general es cierto que no se crean nuevas penas, ya que la mayoría ya existían. No obstante, es igualmente cierto que apenas se aplicaban y que resultaban inoperantes en la práctica, o sea, que era como si no existiesen. Por tanto, al asegurar su aplicación se incrementa *de facto* la severidad.

Hasta aquí se han comentado de forma genérica las principales características de la reforma. A continuación, también brevemente, se repasarán los 7 artículos reformados uno por uno.

3.2.1. ARTÍCULO 47: NUEVO EFECTO DE LA PENA DE PRIVACIÓN DEL DERECHO DE CONDUCIR

Antes de la reforma, el redactado de este artículo rezaba⁴¹:

«La imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia. (...).».

Tras la reforma, el redactado quedó:

«La imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el

³⁹ González (2007), González y Vidales (2008), Navarro (2008).

⁴⁰ Exposición de Motivos, Mena (2007), Mir (2008), Vargas (2007).

⁴¹ Tanto en este como en los siguientes casos se hace referencia sólo a la parte del redactado que tiene que ver con la seguridad vial. Pueden encontrarse los redactados completos en la tabla 1.

ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia.

(...).

Cuando la pena impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte, respectivamente».

Como puede verse, la modificación consiste en la incorporación de un tercer apartado (destacado en negrita). En dicho apartado se añade un nuevo efecto a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. La pérdida se convierte en definitiva cuando la pena impuesta sea superior a dos años. Dicho cambio se justifica por tres razones distintas. En primer lugar, obviamente, la pena impuesta expresa la gravedad de la infracción cometida. En segundo lugar, el hecho de que el conductor pase más de dos años sin conducir justifica que se tenga que volver a examinar ante la posibilidad de haber perdido pericia. En tercer lugar, el hecho de que se tenga que volver a examinar facilita el control y la reeducación del mismo (González, 2007, González y Vidales, 2008).

3.2.2. ARTÍCULO 379: EXCESO DE VELOCIDAD Y CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS Y DROGAS TÓXICAS

Antes de la reforma este artículo presentaba el siguiente redactado:

«El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y, **en su caso**, trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años».

Tras la reforma, el redactado pasa a ser:

«1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. **En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro».**

En este caso las modificaciones son muy sustanciales. Podría decirse que la modificación de este artículo constituye el aspecto fundamental de la reforma.

Se modifica el redactado en lo referente a conducción bajo la influencia del alcohol y las drogas introduciendo, por primera vez en España, unos límites objetivos y claros para la intervención penal y se incluye un nuevo apartado sobre velocidad con límites igualmente objetivos y claros⁴². La reforma ha buscado también introducir más seguridad jurídica reduciendo la discrecionalidad. Esto permitirá que los operadores jurídicos no tengan duda a la hora de tipificar una determinada conducta de un modo u otro, así como que los ciudadanos sean perfectamente conscientes de cuándo su actuación puede ser constitutiva de delito⁴³.

En lo que se refiere al alcohol, el sistema de represión de las conductas en este punto continúa siendo mixto, a saber, se sigue combinando la vía administrativa con la penal (Villalba, 2008), pero ahora se trata de trazar una delimitación objetiva y clara entre lo que constituye un ilícito penal y lo que constituye uno administrativo^{44 45}.

Es necesario empero introducir una matización en este punto. A partir de la reforma siempre se clasificará como delito el hecho de conducir con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 g/l (o 0,6 g/l en aire espirado). Pero esto no significa que no se pueda clasificar como delito la conducción con una tasa de alcohol superior a la legal pero inferior a ese límite. En esos casos el ilícito se clasificará como administrativo, a no ser que se demuestre que el alcohol ha influido sobre las capacidades del conductor en cuyo caso

⁴² Cano (2008), González (2007), González y Vidales (2008), Jané (2008), Vargas (2007), Villalba (2008).

⁴³ Cano (2008), González (2007), González y Vidales (2008), Navarro (2008), Villalba (2008).

⁴⁴ Cano (2008), González (2007), González y Vidales (2008), Jané (2008), Vargas (2007), Villalba (2008).

⁴⁵ No obstante, algunos autores estiman que, si bien los ilícitos penales quedan ahora bien delimitados, los límites fijados (tanto en lo referido a la velocidad como a la alcoholemia) son excesivos y deben ser revisados a la baja acorde con la legislación existente en otros países de nuestro entorno. Véase, por ejemplo, Cano (2008), González (2007) o González y Vidales (2008).

se puede clasificar como delito. A este respecto, por tanto, se mantiene la misma lógica de antes de la reforma. De este modo, la reforma se dirige principalmente a resolver los supuestos más graves. En el resto de casos para clasificar como delito continúa siendo necesario probar que: 1. se ha consumido alcohol por encima de los límites permitidos, 2. el alcohol afecta a las capacidades y 3. se ha creado algún riesgo para los bienes jurídicos protegidos. En este sentido, es de esperar que en estos casos sigan existiendo las mismas dificultades que hasta ahora para clasificar como delito. En este sentido, algunos autores apuntan a la necesidad de eliminar también esta ambigüedad reduciendo a la baja la tasa de alcohol del ilícito penal y eliminando el supuesto de conducción «bajo influencia»⁴⁶.

Por lo que se refiere a la velocidad, tal y como se ha argumentado anteriormente, a diferencia del alcohol donde existe un modelo mixto de intervención (administrativo/penal) más o menos consolidado por varias décadas de legislación, la velocidad había tenido en España un tratamiento puramente administrativo hasta fechas muy recientes. Es en la anterior reforma del Código Penal del año 2003 cuando por primera vez se introduce la posibilidad de considerar temeridad manifiesta “un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos” (artículo 381). No obstante, como se ha visto, ese supuesto prácticamente nunca se aplicó. Así pues, con la reforma el tratamiento de la velocidad se equipara ya claramente con el del alcohol y tendrá un tratamiento mixto administrativo/penal (Villalba, 2008).

Por otra parte, la reforma se refiere a la velocidad “excesiva” y no a la “inadecuada”. Si bien existen razones obvias para que esto sea así ya que la primera es más fácilmente objetivable y detectable a través de medios técnicos, algunos autores critican un cierto abandono del segundo tipo (Villalba, 2008).

En lo referente a los castigos, las penas se mantienen respecto al redactado anterior. Como en otros casos se combinan penas de prisión con penas alternativas a la prisión en forma de multas y trabajos en beneficio de la comunidad. La novedad estriba en que en caso de que se opte por una sanción alternativa a la prisión en forma de multa, los trabajos en beneficio de la comunidad dejan de ser optativos. Como se verá, esto mismo sucede en otros artículos. De este modo, y dado que no es de esperar que los operadores jurídicos opten por no sancionar con penas de prisión en primer término, con la reforma los trabajos en beneficio de la comunidad pasan a tener un rol muy importante en la penalidad. Este hecho habla a favor de la voluntad reeducadora y concienciadora de la reforma, pero a su vez supone un reto importante para el sistema. Resulta fundamental que exista una oferta adecuada y suficiente de trabajos de este tipo (Vargas, 2007).

⁴⁶ González (2007), González y Vidales (2008).

3.2.3. ARTÍCULO 380: LA CONDUCCIÓN CON TEMERIDAD MANIFIESTA

El nuevo artículo 380 recoge con modificaciones el antiguo artículo 381. El antiguo 381 rezaba:

«El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción **bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos».**

El nuevo artículo 380 reza:

«1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurririen las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior».

En este caso nuevamente los cambios en el redactado vuelven a ser sustantivos. Lo primero que se constata es que, al hacer referencia al artículo 379, el nuevo artículo 380 presenta las mismas mejoras que aquél, a saber, se objetiva cuándo existe conducción temeraria, se reduce la inseguridad jurídica, etc. Del mismo modo, también puede ser sometido a las mismas críticas que aquél. No se volverán a discutir aquí estas cuestiones.

Pero además, se produce una pequeña modificación en el redactado que no debiera pasar desapercibida dado que puede llegar a tener importantes consecuencias. Con el redactado anterior se consideraba que existía temeridad manifiesta siempre que se diese conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre “y” con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos. Esto es, para condenar era necesario que se diesen los tres factores: 1. altas tasas de alcohol en sangre, 2. que éstas influyesen sobre las capacidades del conductor y 3. que se condujese a velocidad desproporcionada. En cambio ahora no es necesaria la presencia de todos los factores. Se puede condenar tanto si se produce un exceso de velocidad por encima del límite penal (sin alcohole-

mia) como si se supera el límite penal de la tasa de alcohol (sin exceso de velocidad) (González, 2007, Hortal, 2008).

Pese a las mejoras, algunos autores critican, no obstante, que se sigan tratando de forma laxa otras formas de temeridad que no tienen que ver con la velocidad ni con el consumo de alcohol o drogas⁴⁷.

Finalmente, en lo referente a la penalidad en este caso se mantiene sin más.

3.2.4. ARTÍCULO 381: LA CONDUCCIÓN CON MANIFIESTO DESPRECIO POR LA VIDA DE LOS DEMÁS

El nuevo artículo 381 recoge con modificaciones los antiguos artículos 384 y 385. El más importante de ambos para lo que aquí nos afecta era el 384. Dicho artículo rezaba:

«Será castigado con las penas de prisión de **uno a cuatro** años, multa de **seis a doce** meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años el que, con **consciente** desprecio por la vida de los demás, **incurra en la conducta descrita en el artículo 381**.

Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, **manteniéndose el resto de penas**».

El nuevo artículo 381 reza:

«1. Será castigado con las penas de prisión de **dos a cinco** años, multa de **doce a veinticuatro meses** y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con **manifiesto** desprecio por la vida de los demás, **realizare la conducta descrita en el artículo anterior**.

2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, **multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior**.

3. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código»⁴⁸.

⁴⁷ González (2007), González y Vidales (2008), Moreno (2003).

⁴⁸ Este tercer párrafo recoge el contenido del antiguo artículo 385.

En primer lugar, cabe constatar que, como en el caso anterior, en última instancia se hace referencia al redactado del artículo 379 siendo por tanto aplicables los mismos comentarios que se han efectuado entonces.

A nivel más específico, ahora se requiere que el desprecio sea «manifiesto» en lugar de «consciente». La diferencia entre ambos conceptos ya se ha sugerido más arriba. El calificativo «manifiesto» resulta más fácilmente objetivable. Parece más difícil poder dictaminar si alguien era consciente de que estaba conduciendo con desprecio hacia la vida de los demás que si resulta manifiesto (para un observador imparcial) que lo estaba haciendo⁴⁹. De este modo pues, también en este sentido el tipo gana en precisión y operatividad (Mena, 2007).

No obstante, algunos autores (Orts, 2007) sostienen que de manera general, para los casos que no son la conducción sobrepasando una determinada velocidad o tasa de alcohol, el problema sigue siendo el mismo: dictaminar cuándo estamos ante una infracción administrativa, cuándo ante temeridad manifiesta, y cuándo ante manifiesto desprecio. De hecho, Orts califica de irresoluble este problema.

En lo que se refiere a la penalidad, a diferencia de los artículos anteriores, se produce un ligero aumento de la misma.

3.2.5. ARTÍCULO 382: LAS LESIONES

El nuevo artículo 382 incorpora el contenido, pero modificado, del antiguo artículo 383. El redactado del antiguo 383 rezaba:

«Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado.

En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos, procederán los jueces y tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 66».

El nuevo artículo 382 reza:

«Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o

⁴⁹ Por otra parte, con el cambio se homogeniza la terminología ya que el mismo concepto (manifiesto) se utiliza también en el artículo 380 (Mena, 2007).

Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, **aplicando la pena en su mitad superior** y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado».

En este caso nos encontramos ante modificaciones en el redactado de consecuencias prácticas muy importantes.

En primer lugar, como en los casos anteriores, en última instancia se hace referencia al redactado del artículo 379 siendo por tanto aplicables los mismos comentarios que se han efectuado entonces.

En segundo lugar, se produce un importante aumento de facto de la pena dado que ahora sólo puede aplicarse la pena en su mitad superior. Una vez más se reduce el margen de discrecionalidad de jueces y tribunales.

En tercer lugar, la eliminación de la disposición según la cual los jueces no están sujetos a lo previsto por el artículo 66 al tratar este tipo de infracciones supone aun una reducción adicional de la discrecionalidad y una todavía mayor severidad de facto⁵⁰.

3.2.6. ARTÍCULO 383: DESOBEDIENCIA POR NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE CONTROL

El nuevo artículo 383 incorpora el contenido, pero modificado, del antiguo artículo 380. Este artículo se refiere a la negativa a realizar las pruebas de alcoholemia y consumo de drogas. El antiguo artículo 380 rezaba:

«El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de **los hechos descritos en el artículo anterior**, será castigado **como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este código**».

El nuevo artículo 383 reza:

«El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de **las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores**, será castigado con las **penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años**».

⁵⁰ Para una discusión de esta cuestión, véase Hortal (2008) y Mena (2007).

En este caso el único cambio consiste en un endurecimiento de la sanción que, además de la pena de prisión, prevé ahora la retirada del carné de conducir.

Cabe destacar que este artículo resulta fundamental para el conjunto del sistema dado que funciona como un “cierre” del mismo. No tendría ningún sentido sancionar penalmente la conducción habiendo consumido grandes dosis de alcohol si el infractor pudiese negarse a realizar las pruebas necesarias para acreditarlo siendo sancionado sólo administrativamente por ello.

3.2.7. ARTÍCULO 384: QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA O DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

El nuevo artículo 384 tipifica un nuevo delito: la conducción habiendo perdido el permiso o sin haberlo obtenido nunca.

«El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

Las mismas penas se impondrán al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción».

Nuevamente, este artículo vuelve a funcionar como cierre del carné por puntos y, de modo general, de todo el sistema administrativo en lo referente a esta materia⁵¹. Recuérdese que, como se ha comentado anteriormente, la conducción sin carné y la multireincidencia son dos de los terrenos en los que la vía administrativa se había mostrado más inoperante. Dado que estas cuestiones ya se han discutido más arriba no se volverá aquí sobre las mismas.

En lo referido a la penalidad, obviamente, transformar un ilícito administrativo en uno penal supone un claro agravamiento de la misma.

3.2.8. ARTÍCULO 385: OTRAS CONDUCTAS DE RIESGO PARA LA SEGURIDAD VIAL

Finalmente, el nuevo artículo 385 recoge, pero modificado, el antiguo artículo 382. El antiguo artículo 382 rezaba:

⁵¹ González (2007), González y Vidales (2008), Mena (2007), Perona (2008), Villalba (2008).

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a la de multa de doce a veinticuatro meses el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1. Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o **daño** de la señalización, o por cualquier otro medio.

2. No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo».

El nuevo artículo 385 reza:

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses **y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días**, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1. Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, **sustrayendo o anulando** la señalización o por cualquier otro medio.

2. No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo».

El nuevo artículo 385 mantiene sustancialmente idéntica definición de las conductas que el antiguo 382. El único cambio destacable se refiere a la penalidad. Como en casos anteriores, se incorporan los trabajos en beneficio de la comunidad. Una vez más, se ofrecen dos posibilidades: o pena de prisión o penas alternativas a la prisión. Dichas alternativas consisten en una multa y en la imposición (mandatoria, no optativa) de trabajos en beneficio de la comunidad (González, 2007, González y Vidales, 2008).

Tabla 1. Comparativa entre la LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre, y la LEY ORGÁNICA 15/2007, de 30 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.⁵²

Fuente: Elaboración propia a partir de Queralt (2008).

<p>Código Penal LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.</p>	<p>LEY ORGÁNICA 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.</p>
<p>Artículo 47</p> <p>La imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia.</p> <p>La imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia</p>	<p>La imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia.</p> <p>La imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia</p> <p>Cuando la pena impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte, respectivamente.</p>
<p>Artículo 379⁵³</p>	<p>1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta</p>

⁵² La tabla no incluye las disposiciones transitorias que también se modificaron.

⁵³ Modificado por la LO 15/2003. Texto anterior: “El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.”

<p>Código Penal LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.</p>	<p>LEY ORGÁNICA 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.</p>
<p>El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.</p>	<p>kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.</p> <p>2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.</p>
<p>Artículo 381 Artículo 380</p> <p>El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.</p> <p>En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de</p>	<p>1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.</p> <p>2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que</p>

<p>Código Penal LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.</p>	<p>LEY ORGÁNICA 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.</p>
<p>las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos⁵⁴.</p>	<p>concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.</p>
<p>Artículo 384 Artículo 381</p> <p>Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años el que, con consistente desprecio por la vida de los demás, incurra en la conducta descrita en el artículo 381.</p> <p>Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, manteniéndose el resto de penas.</p>	<p>1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.</p> <p>2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.</p> <p>3. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código.</p>

⁵⁴ Párrafo añadido por la LO 15/2003.

<p>Código Penal LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.</p>	<p>LEY ORGÁNICA 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.</p>
<p>Artículo 383 Artículo 382</p> <p>Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado.</p> <p>En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos, procederán los jueces y tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 66.</p>	<p>Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.</p>
<p>Artículo 380 Artículo 383</p> <p>El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este código.</p>	<p>El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.</p> <p>Artículo 384</p> <p>El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de</p>

<p>Código Penal LEY ORGÁNICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.</p>	<p>LEY ORGÁNICA 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.</p>
	<p>pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.</p> <p>Las mismas penas se impondrán al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.</p>
<p>Artículo 382 Artículo 385</p> <p>Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a la de multa de doce a veinticuatro meses el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización, o por cualquier otro medio. 2. No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo. 	<p>Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio. 2. No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.

3.3. *Otros cambios relevantes*

Pese a que la reforma de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial, merced a la cuál se creó el carné por puntos, y la posterior reforma del Código Penal han sido las dos transformaciones más importantes llevadas a cabo en España en los últimos años en materia de seguridad vial, no han sido las únicas. A lo largo de este tiempo se han producido otros muchos cambios sin los cuales las citadas reformas no habrían sido posibles o habrían perdido gran parte de su sentido. En esta sección se enumeran brevemente algunos de esos otros cambios.

En 2004 la subcomisión parlamentaria de Seguridad Vial y Prevención de los Accidentes de Tráfico se transformó en comisión y pasó a ser presidida por el convergente Jordi Jané. Cabe destacar que esa elección no fue casual, sino que respondía al hecho de que Catalunya llevaba ya algunos años aplicando una política de seguridad vial coherente y decidida que por aquel entonces estaba ya dando frutos. De dicha comisión partieron la mayoría de iniciativas llevadas a cabo durante los años posteriores.

Paralelamente, el año 2006 la Fiscalía General del Estado creó oficialmente una fiscalía especializada en temas de seguridad vial al frente de la cual se situó al magistrado Bartolomé Vargas⁵⁵. En los últimos años se ha producido un importante impulso en la forma en que el Ministerio Fiscal ha venido abordando los asuntos relacionados con el tráfico y la seguridad vial. Se han venido nombrando fiscales especializados en cada provincia, se han incrementado las actuaciones y la propia Memoria Anual del Ministerio Fiscal dedica un apartado específico a la seguridad vial (Jané, 2008). Además, el Fiscal General del Estado ha comparecido en diversas ocasiones en el Congreso para dar cuenta de las actuaciones en esta materia (Pumpido, 2007, Vargas, 2007).

También en el terreno judicial es necesario destacar la relevancia de la aplicación de los denominados «juicios rápidos» en esta materia (Villalba, 2008). La aplicación de este tipo de procedimientos a los delitos relacionados con el tráfico y la seguridad vial, que por el momento está funcionando adecuadamente (Ulla, 2008), tienen algunas virtudes que merece la pena destacar. El ciudadano recibe personal y rápidamente la sanción con lo que aumenta el efecto pedagógico de ésta no sólo respecto al procedimiento administrativo sino también al penal convencional.

No obstante, pese a estas mejoras, otros autores (Salom, 2008) siguen denunciando la crónica falta de medios de la Fiscalía y de los operadores jurídicos en general que conduce a que muchos de los problemas identificados más arriba no se hayan solucionado.

⁵⁵ Una vez más, cabe destacar que la iniciativa en este sentido proviene también desde Catalunya. En el año 2000 el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Catalunya, José María Mena, ya había nombrado un Fiscal Especial para Asuntos de Tráfico. El cargo, el primero de estas características en el Estado, recayó en el magistrado Antoni Vicens.

En otro orden de cosas, además de la introducción del carné por puntos y de los cursos de sensibilización, a lo largo de estos años la vía administrativa también se ha tratado de mejorar estableciendo limitaciones más severas en lo referido al alcohol, así como pasando de leves a graves numerosas infracciones aumentando de ese modo la severidad en la sanción de las mismas (Navarro, 2008).

Un hito muy destacado en la planificación de la política de seguridad vial lo constituye la elaboración del Plan Estratégico de Seguridad Vial 2005-2008 por parte de la DGT. De dicho plan han surgido medidas como el carné por puntos, la extensión de los dispositivos técnicos de vigilancia, la creación del Observatorio Nacional de la Seguridad Vial, la potenciación del Consejo Superior de Seguridad Vial o las sugerencias de modificaciones legislativas llevadas a cabo en los últimos tiempos (Pumpido, 2007).

En lo referido a la extensión de las nuevas tecnologías (más allá de los radares y los alcoholímetros a los que se hará referencia específica más adelante), si bien se han impulsado algunas pruebas piloto, hay que decir que las iniciativas han sido muy tímidas siendo este probablemente uno de los terrenos en los que se da más espacio para la mejora de cara a los próximos años. Hoy en día existen ya mecanismos como el ESP (sistema de control electrónico de la estabilidad) que ayuda a evitar distracciones y que no se instalan de manera general en los vehículos. Otro dispositivo novedoso es el Alcolock. Este dispositivo consiste en un alcoholímetro incorporado al vehículo. El conductor tiene que someterse a una prueba antes de arrancar el vehículo y si la cantidad de alcohol en aire detectada es excesiva el vehículo no arranca. En países como EEUU, Canadá o Australia este dispositivo se utiliza con éxito con conductores reincidentes en delitos de conducción ebria. Suecia se ha fijado el objetivo de instalarlo en todos los vehículos nuevos de uso profesional para 2010 y en todos los vehículos nuevos sin excepción para 2012. La Comisión Europea está llevando a cabo una prueba piloto y actualmente está siendo probado en España (autobuses de Valladolid) y Noruega en vehículos de transporte público, y en Alemania en el transporte de mercancías peligrosas. Finalmente, una asignatura pendiente en este terreno continúa siendo la instalación de limitadores de velocidad en los vehículos (Vicente, 2007).

Siendo lo anterior sin duda importante, una vez más, aun a riesgo de resultar reiterativo, es necesario poner el acento en el rol absolutamente fundamental de los instrumentos de control del alcohol y la velocidad. Como se ha explicitado a lo largo de estas páginas, el alcohol y la velocidad son los dos factores desencadenantes de accidentes de tráfico cuantitativamente más importantes. En este sentido, gran parte de las reformas legales, en especial en lo referido a la reforma del Código Penal, han ido dirigidas a tratar de mejorar la conducta de los conductores en estas dos áreas. Pero, una vez más, de nada sirven las reformas legales si no se ponen sobre la mesa los medios necesarios para detectar los incumplimientos.

En lo que se refiere a los controles de alcoholemia cabe destacar que se ha producido un importante aumento tanto en la cantidad como en la sistematicidad de los mismos. La tabla 2 resume el número de controles efectuados en España anualmente por la DGT entre 2003 y 2008.

Tabla 2. Número de controles de alcoholemia llevados a cabo por la DGT.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la DGT.

Año	Número de controles
2003	2.063.638
2004	2.718.666
2005	3.302.806
2006	3.835.437
2007	4.273.488
2008	5.087.873

Como puede observarse, el número de controles se ha más que doblado en 5 años. Pero además, a esos controles habría que sumar los llevados a cabo en Catalunya por el SCT así como los efectuados por el organismo competente en Euskadi, y los efectuados por las policías locales en los municipios.

Pero el aumento no ha sido sólo cuantitativo, otro cambio de carácter más cualitativo consiste en la mayor sistematicidad de los mismos. Hoy en día los diferentes organismos responsables de la seguridad vial trabajan de manera más coordinada y llevan acabo controles más sistemáticos en determinados momentos como puedan ser las noches de los fines de semanas o las fiestas navideñas.

En lo que se refiere a la velocidad, actualmente en las carreteras españolas la DGT tiene desplegados más de 500 radares fijos y más de 250 móviles, y el objetivo es alcanzar los 2000 radares fijos en 2011. A esos habría que sumar los más de 150 que tiene cedidos a las policías locales, así los que tiene desplegados en Catalunya el SCT y el organismo competente en el Euskadi. En Catalunya, que fue también pionera en este terreno, el SCT tiene ya desplegados más de 115 radares fijos y el número aumenta en unos 30 o 40 anuales (Thorson, 2008).

En definitiva, una de las características más importantes de la nueva política de seguridad vial consiste en la decidida extensión de los controles del alcohol y la velocidad (Navarro, 2008, Thorson, 2008). No obstante, estos son todavía insuficientes y España continúa aún estando a la cola de la UE en este terreno (González y Vidales, 2008, Perona, 2008).

4. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo se ha sostenido que la conducta de los conductores (el denominado “factor humano”) se encuentra detrás de la gran mayoría de los accidentes de tráfico tanto en España como en el conjunto de los países occidentales. De entre todos los factores que conforman ese factor humano, los dos más importantes en términos cuantitativos son el alcohol y la velocidad. Esas dos son, por tanto, las principales dimensiones sobre las que debe tratar de incidir la política de seguridad vial (aunque obviamente sin por ello desatender las demás).

En lo referente a la modificación de la conducta de los conductores, la política de seguridad vial actúa a través de tres ejes básicos no siempre fácilmente diferenciables entre sí: la educación vial, la propaganda y lo estrictamente referido al diseño institucional (las leyes y sus instrumentos de aplicación). El presente trabajo ha puesto el acento en este último eje, el cual ha sufrido transformaciones muy importantes en los últimos años.

Se ha sostenido que la política de seguridad vial había sido tradicionalmente errática en España. El problema no era percibido como tal por el conjunto de la población, y tanto las leyes como sus instrumentos de aplicación eran insuficientes y estaban mal diseñados.

Pese a que éste es, lógicamente, un proceso de largo alcance, a partir de 2004 se produce un salto adelante cualitativo en este terreno. Entre otros muchos cambios, se modifica la Ley de Tráfico y Seguridad Vial para introducir el denominado carné por puntos, se reforma el Código Penal con el objetivo básico de definir mejor los delitos relacionados con la seguridad vial, y se aumentan de manera considerable los mecanismos de control del alcohol y la velocidad en las carreteras.

Bibliografía

- BLASCO, J.L., «Prueba, presunción de inocencia y proporcionalidad en el procedimiento sancionador en materia de tráfico», en VIDALES, C. y MERA, A. (coords.): *Seguridad Vial: (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- BOIX, J., ORTS, E. y VIVES, T. S., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, València, 1989.
- CAMPO, A. M., «Reflexiones sobre la delincuencia vial», MIR, S., CORCOY M. y CARDENAL, S. (eds.): *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007 que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- CANO, T., «Derecho Penal y Seguridad Vial», en CANO, T. et al. (eds.): *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos: Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

- CARDENAL, S., «La protección penal de la seguridad vial en el derecho comparado», en MIR, S., CORCOY, M. y CARDENAL, S. (eds.): *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007 que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- CORCOY, M., «Homicidio y lesiones imprudentes cometidos con vehículos a motor o ciclomotor», en DE VICENTE, R. (dir.): *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.
- CORCOY, M., «Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario», en MIR, S., CORCOY, M. y CARDENAL, S. (eds.): *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007 que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- CREMADES & CALVO-SOTELO ABOGADOS, *El carné por puntos*. Editorial Arguval, Madrid, 2006.
- Domènech, E., Comunicación personal, 2008.
- GÓMEZ, P., *El Delito De Conducción Bajo La Influencia De Bebidas Alcohólicas, Drogas Tóxicas y Estupefacientes*, Bosch, Barcelona, 1998.
- GONZÁLEZ, J. L., «La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial (Proyecto CP 2006)», en DE VICENTE, R. (dir.): *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ, J. L. y VIDALES, C., «Los nuevos delitos contra la Seguridad Vial», en VIDALES, C. y MERA, A. (coords.): *Seguridad Vial: (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- HORTAL, J. C., «El delito de conducción temeraria (Arts. 379.1 y 2 in fine y 380): Algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas», en MIR, S., CORCOY, M. y CARDENAL, S. (coords.): *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007 que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- JANÉ, J., «Prólogo», en CANO, T. et al. (eds.): *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- LEDESMA, R., «Debate», en CANO, T. et al. (eds.): *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- MARTÍNEZ, A., «Derecho Penal y Seguridad Vial», en CANO, T. et al. (eds.): *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- MENA, J.M., «El delito de conducción temeraria», en DE VICENTE, R. (dir.): *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

- MIR, S., «Presentación», en MIR, S., CORCOY, M. y CARDENAL, S. (eds.): *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007 que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- MONTORO, L., «Tráfico y seguridad vial: 6.000 años de historia», en OLIVES, J. (coord.): *Antropologia viària: un enfocament humanístic*, Fundació Castellet del Foix - Departament d'Humanitats de la Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 2003.
- MONTORO, L., «Estrategias para la prevención de los accidentes de tráfico», VIDALES, C. y MERA, A. (coords.): *Seguridad Vial: (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- MONTORO, L. y ROCA, J., *El permiso por puntos: percepción de los conductores. Una investigación sociológica para evaluar el impacto inicial del permiso por puntos en la población española. Informe de investigación*, Arag, Barcelona, 2007.
- MONTORO, L., ROCA, J. y TORTOSA, F., «Influence of the penalty point system on driving behaviour: drivers' point of view», *Psicothema*, Vol. 20/4, 2008, pp. 652-658.
- MORENO, M. A., *Los delitos de conducción temeraria*, Tirant lo Blanch, València, 2003.
- MORENO, M. A., «La criminalización de las conductas temerarias en el marco de la nueva reforma en materia de seguridad vial», en VIDALES, C. y MERA, A. (coords.): *Seguridad Vial: (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- NAVARRO, P., «Debate», en CANO, T. et al. (eds.): *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- ORTS, E., «Conducción con consciente desprecio por la vida de los demás», en DE VICENTE, R. (dir.): *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.
- PÉREZ, M. A., *Diseño de una carretera versus el comportamiento de los conductores*. Proyecto de Tesina d'Especialitat. Director: Ole Thorson. Universitat Politècnica de Catalunya, 2003.
- PERONA, A., «Delitos contra la seguridad en el tráfico», en MIR, S., CORCOY, M. y CARDENAL, S. (eds.): *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007 que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- PUMPIDO, C., «La posición del MF sobre la seguridad vial y prevención de accidentes de tráfico», Ponencia presentada en las *Jornadas de Siniestralidad Vial* de Albarracín, 2007.
- QUERALT, J. J., «Tabla comparativa entre el CP y la Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica el CP en materia de seguridad vial», en MIR,

- S., CORCOY, M. y CARDENAL, S. (eds.): *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007 que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- SALOM, J. S., «Los delitos contra la seguridad vial en la práctica forense», en VIDALES, C. y MERA, A. (coords.): *Seguridad Vial: (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- THORSON, O., Comunicación personal (entrevista personal e intercambio de correos), 2008.
- TORTOSA, F., «El factor humano en los accidentes de tráfico», en VIDALES, C. y MERA, A. (coords.): *Seguridad Vial: (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, València, 2008.
- TORTOSA, F., MONTORO, L., ROCA, J. y CIVERA, C., «Los Centros de reconocimiento de conductores veinte años después», *Intervención Psicosocial*, Vol. 17, núm. 1, 2008, pp. 7-22.
- ULLA, J. L., «Debate», en CANO, T. et al. (eds.): *Derecho Penal y Seguridad Vial.*, Ministerio de Justicia: Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- VALDÉS, A., *Ingeniería de tráfico*, Editorial Dossat, Barcelona, 1978.
- VARGAS, B., «El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 379 CP», en DE VICENTE, R. (dir.): *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.
- VICENTE, R. DE, «La reforma penal en curso en materia de seguridad vial», en DE VICENTE, R. (dir.): *Derecho Penal y Seguridad Vial*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.
- VILLALBA, F. J., «El endurecimiento de las penas de los delitos de tráfico como medida de mejora de la siniestralidad», en MIR, S., CORCOY, M. y CARDENAL, S. (eds.): *Seguridad Vial y Derecho Penal. Análisis de la LO 15/2007 que modifica el Código Penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, València, 2008.

Servidumbre y grandeza de la mediación en el ámbito del Derecho privado de la Unión Europea

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático emérito de la Universidad de Deusto
Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Presidente de la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España

Recibido: 17.11.2010
Aceptado: 20.12.2010

Resumen: La mediación se puede convertir en la alternativa preferible para resolver los conflictos surgidos en materias de Derecho Civil y Mercantil. La mediación evita la rigidez de los procesos judiciales y facilita una respuesta rápida que no exige excesivos desembolsos a los sujetos del conflicto. La Unión Europea ha resaltado las funciones, responsabilidades y oportunidades de un método de *solución alternativa de conflictos*. Ofrece un panorama que, para promover la mediación, valora el consenso de los Estados miembros, la utilidad de ese equivalente jurisdiccional y la confianza depositada en su futuro. Las actividades académicas desenvueltas en el espacio de la Unión Europea señalan que los nuevos modelos de la mediación pueden eliminar un millón de conflictos anuales. La contribución del órgano denominado *Steering Committé* es necesaria para conocer las orientaciones y las críticas sobre las experiencias de la mediación.

Palabras clave: Desjudicialización, mediación, modos alternativos, órgano de orientación y de crítica, Unión Europea.

Abstract: *The mediation may become the alternative preferable to resolve the conflicts about the questions of civil and commercial law. The mediation avoids the rigidity of the judicial procedures and gives a quick answer, without excessive expenses for the parts in collision. The European Union has emphasized the functions, the responsibilities and the opportunities in the method of Alternative Dispute Resolution. To promote the mediation, it offers a panoramic view favoured by the consensus of the Estates members, the profit of this judicial equivalent and the faith in the prosperity of its future. The academic activities developed in the field of the European Union, showed that the new models of mediation may eliminate one million disputes, annually. The task of the Steering Committee is capital to perceive the orientations and the judgements about the success of the civil and commercial mediation.*

Key words: *alternative dispute resolution, not justiciable, Steering Committee, European Union, mediation.*

Sumario: 1. Significado de la intervención asignada a un *órgano de orientación y de crítica* sobre la importancia de la mediación y algunas de sus vicisitudes emergentes.—2. Novedosas funciones del órgano de orientación y de crítica —denominado *Steering Committé*— en los análisis aconsejados por el *carácter y el funcionamiento de la mediación sobre cues-*

ciones conflictivas de Derecho Civil y Mercantil.—3. Consideración conjunta de las peripecias y destaque actual del instituto de la mediación.

1. Significado de la intervención asignada a un órgano de orientación y de crítica sobre la importancia de la mediación y algunas de sus vicisitudes emergentes

Las reflexiones siguientes atañen a las iniciativas que, coordinadas con sensibilidad histórica y tenacidad elogiabile, defienden la *efectividad* —neta expresión de la *justicia material*— de las orientaciones incorporadas a los instrumentos normativos de la UE (Unión Europea, cuyo Tratado constitutivo de 9 de febrero de 1.992 se conoce también con el nombre de Tratado de Maastricht) para informar de las ventajas de la mediación y difundir sus alicientes. *La mediación es una variante alternativa y no meramente supletoria de la resolución de conflictos relativos a materias de Derecho Civil o Mercantil.* La evolución de los proyectos que, bajo el rótulo de “*Justicia Civil, 2007-2013*”, alimenta el *Programa* implantado por el Parlamento y el Consejo de la UE, refleja las funciones, responsabilidades y oportunidades que, en ámbitos tan vastos como retadores, incumben a las *comunidades de juristas y/o* a los especialistas de disciplinas simpatizantes o tangentes con los problemas de la mediación.

Dicho *Programa* intenta sistematizar —ordenándole con el mejor de los propósitos— un *elenco de actividades de primera magnitud* que engloban cuanto afecta al creciente ejercicio de la mediación, engrandeciendo el conocimiento de una institución indispensable para el bienestar jurídico y social del *empequeñecido mundo de hoy*. Hay que contribuir a crear un *área genuina de justicia en materias civiles* y corresponder a las actitudes de reconocimiento y confianza recíproca que comparten los 27 Estados miembros de la UE. No acucia menos la urgencia de acelerar la remoción de los obstáculos con que ciertas dificultades —arraigadas en el Derecho constituido de esos Estados soberanos— anquilosan la elasticidad de los *principios de contradicción y audiencia bilateral* que, paliando los inconvenientes de la indefensión, afianzan la *igualdad material* de las partes en los procedimientos iniciados para preservar sus respectivos intereses. Es inaplazable fomentar el progreso de las actividades usuales de las personas y las comunidades, promoviendo la actuación y la defensa de sus derechos individuales y colectivos en el espacio de la UE. *Se ha de asegurar especialmente el acceso a la tutela de las jurisdicciones competentes y a los cauces alternativos de solución de conflictos.* Hay que multiplicar los intercambios informativos y constituir redes idóneas para estabilizar sistemáticamente los vínculos que las autoridades judiciales y administrativas mantienen con los profesionales del Derecho.

Esta serie de finalidades alienta la ilusión subyacente —común a los momentos históricos de afanosa reivindicación de la verdad y a los esfuer-

zos hechos para ejercitarla— de regresar a las parcelas añoradas de la *justicia material*. Justicia cuya presencia ha oscilado entre fulgurantes conquistas y desoladores ocasos, aunque su *infatigable propensión a retornar* ignora el desaliento, contra el que lucha sin tregua, y no desiste de fulminar los riesgos de la marginación y/o del olvido.

El estado de cosas que justifica los ambiciosos propósitos de la UE des cansa en el convencimiento de que, visto el efecto de sus antecedentes saludables, los Estados miembros se esmeran en optimizar sus experiencias, sus técnicas de conocimiento, sus recursos y sus objetivos. No les intimidan las dificultades de método y de ejecución que aquejan a una empresa de calado tan hondo. *Entienden que, durante medio siglo, han construido una zona de estabilidad, democracia y desarrollo sostenible, donde, para convivir a la usanza europea, se han dado cita las diversidades culturales, el espíritu de tolerancia y el respeto a la libertad individual*. La UE desea que estas adquisiciones y valores se aglutinen y subsistan al servicio de los pueblos que forman su entorno. Incluida, como es notorio y claro, la *figura de la mediación* y su papel de *alternativa al elevado coste de los procesos judiciales*.

El destaque del *instituto de la mediación – efecto emblemático* de aquellas consideraciones y propósitos— aconseja garantizar los *objetivos específicos* de los juristas deseosos de acometer el tratamiento de los problemas que inevitablemente han de plantearse. La tarea se inicia suprimiendo los obstáculos irrazonablemente opuestos a la introducción de esas prácticas, insistiendo en la generalización de su excelencia, inventando —es decir, descubriendo— criterios comunes para llevarlas productivamente a buen fin, y excitando el fervor metodológico con que la UE aspira a popularizar el *rostro afable* de una técnica jurídica —aceptable desde todos los flancos— de los *modos alternativos de solución de conflictos*.

Merecen atención, a causa de la detenida reflexión que sus intervenciones exigen y lo ejemplar de sus iniciativas, las funciones complementarias de un *órgano de orientación y de crítica* que embalsa las cuestiones aportadas por los experimentos de la mediación y por una teoría lúcidamente elaborada en virtud de sus numerosos testimonios.

2. Novedosas funciones del órgano de orientación y de crítica —denominado *Steering Committee*— en los análisis aconsejados por el carácter y el funcionamiento de la mediación sobre cuestiones conflictivas de Derecho Civil y Mercantil

El desempeño provechoso de las funciones centrales de un *Steering Committee* en los *debates académicos* sobre la mediación relativa a controversias de Derecho Civil y Mercantil, depende de la minuciosa atención que ha de prestarse a las intervenciones didácticas de la fase introductoria, a la presentación de las actividades mediadores con simulaciones complementarias de carácter civil y/o mercantil, y a las consideraciones teorico-prácticas que,

en unidad de acto, formulan los componentes de la audiencia. El *Steering Committé* no constituye un *Comité de Sabios* –rotulación a que induce la exacerbación publicitaria de ciertas inclinaciones lucrativas– y sí de *juristas responsables* o *cultivadores curiosos* de disciplinas conexas con el imperio del Derecho justo, en pos del cual se sigue avanzando con fortuna variable.

La dosificación del tiempo de las intervenciones y la simultaneidad de su conocimiento –caracterizado por la inmediación oral de los oyentes– destilan un *torrente de insinuaciones y propuestas* tan importantes como coartadas por esas restricciones. La ulterior reflexión –pausada y coherente– sobre los aspectos de interés –única vía de abordarlas positivamente– lleva a formular tesis o *proposiciones abiertas* que, como las expuestas a continuación, no se pudieron enunciar entonces con el sosiego y pormenor que su naturaleza requería.

Helas aquí, tal y como el autor de este estudio –componente del *órgano de orientación y de crítica* que se constituyó y cumplió su papel al término de la programación precedente– tiene ahora la oportunidad de ampliarlas al hilo de la espontaneidad y celeridad con que a la sazón se formularon. Lo hace a partir de su intervención en el acto que –bajo los auspicios de la UE– “JAMS INTERNATIONAL ADR CENTER” organizó, el 10 de junio de 2010, en la sede de Madrid de la UNIVERSIDAD PONTIFICIA “COMILLAS” y en el que participaron dicho Centro Universitario (ICAI e ICADE), la UNIVERSIDAD DE DEUSTO (Facultad de Derecho), la UNIVERSIDAD “RAMON LLULL” (ESADE, Law School) y AMAJE (Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España).

1. La figura jurídica de la mediación supone que, al surgir una situación conflictiva en el campo de aplicación alternativa de este *sustitutivo procesal*, se produce la intervención de un tercero que, amén de sus aptitudes específicas, se considera imparcial e independiente de los implicados en la controversia.

2. La entrada en escena del mediador significa algo más que una serie de insinuaciones ingeniosamente preparadas para que, sin un elemental *esfuerzo crítico*, las partes cedan a su atractivo pacificador.

3. Los objetivos de una *paz social justa y mitigadora de los antagonismos*, no se alcanzan si, lejos de detenerse a mitad de camino, los interesados no agotan los esfuerzos que les incumbe desplegar en el curso de la negociación.

4. Lo sustancial de la *confianza explícita* en la actuación del mediador, atañe a los contenidos polémicos de las sugerencias y/o conductas que delimitan la confrontación propia de los razonamientos discrepantes.

5. La mediación obedece a un *principio de tecnificación jurídica* que, según la fisonomía del problema planteado, se caracteriza por la *efectividad cualificada* de las voluntades prestas a recibirla y practicarla.

6. Existe un ingrediente de *injerencia* cuando, convenidas la práctica de la mediación y las maneras de llevarla a cabo, el mediador comunica a las

partes las iniciativas que, a su leal saber y entender, son óptimas para resolver conforme al Derecho constituido o el orden natural de la equidad.

7. El mediador ha de evacuar su gestión con el *cuidado* o ausencia de arrebato –que puede deberse al convencimiento de la excelencia de sus capacidades– y la *atención* o derroche de la sagacidad que –a juzgar por las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar– concurren presumiblemente en su persona.

8. El desplazamiento de las técnicas alternativas de solución de controversias civiles y/o mercantiles al *campo de la mediación* se justifica porque, a falta de una *desjudicialización* adecuada de su tratamiento, la enjundia de las disidencias produce dilaciones gravosas y sacrificios económicos.

9. Pese a las apariencias de causalidad eficiente que parecen darse en la actividad del mediador, el acuerdo final –favorecido por su *asistencia e insistencia*– nace del *concurso de voluntades* o *consentimiento relativo a los intereses legítimos* que se predeterminan.

10. El empuje de una *mediación cuasicoactiva* –que parece subrogarse en las iniciativas de las partes– difiere de las ayudas persuasivas que, siguiendo la consigna “*atrévete a pensar*”, definen una *mediación socrática* como clave de su cuerpo y alma.

11. La autoridad moral y jurídica de la mediación no procede de imposiciones superiores o ajenas a los rasgos de los problemas abordados, y descansa en la *fuerza de impregnación intelectual*, en la aptitud para racionalizar la suerte de las divergencias existentes, y en el fomento de las *comunicaciones transversales* que las partes deben mantener.

12. La *asistencia escueta* de la mediación tiene lugar cuando, asumiendo el papel causal conveniente a su participación, las partes generan los pactos interlocutorios, anteriores al acuerdo final, y asienten a los términos en que éste se materializa.

13. El *mediador asistencial* actúa más moderadamente que cuando lo hace por *vía de injerencia*, pues las intervenciones compulsivas de las partes reducen la necesidad de acaparar la actividad de propuesta o detalle de las cuestiones polémicas abordadas.

14. La *ingerencia creativa* y la *asistencia orientadora* de la mediación se predicen indistintamente de los *aspectos de hecho*, que forjan la *base del negocio*, y de los *aspectos de Derecho*, regulados por las normas jurídicas elegidas como causas de pedir de la mediación.

15. Dicha aplicación comprende las normas positivas extraídas del *ordenamiento jurídico vigente* y las que provienen de la *contribución de la equidad*.

16. El mediador debe abstenerse de imbuir a las partes el convencimiento de que no hay, para su causa, tratamiento más satisfactorio que el del proceso de composición en que se sumergen unos y otros, pues le incumbe demostrar las ventajas de esa fórmula y ver aceptadas las razones en que su preferencia se ha fundado.

17. Se proscribe la *tiranía procedimental* que, descolocando el entendimiento o la voluntad de las partes, perturba el funcionamiento de una mediación que exige la asistencia de una libertad saludable y la persuasión inseparable de lo auténtico de sus motivaciones.

18. La autonomía de las partes aumenta o disminuye las divergencias de sus respectivas posiciones, según se trate de *celebrar negocios jurídicos transaccionales*, que atañen a toda la materia debatida, o de *concatenar los negocios jurídicos condicionados* que han afectado previamente a contenidos parciales de conexión imprescindible.

19. Es decisiva la actitud imparcial y objetiva de los mediadores que combinan el mordiente de las propuestas iniciales –mudables en el tracto de la mediación– con la prudencia requerida para que las partes, lejos de rehuirlas con pretextos triviales, se adhieran a las *líneas de fuerza* sometidas a su aceptación.

20. El mediador –aun cautivado por el afán de separar el bien del mal– tiene que desistir de reparos que adulteran el *estado de confianza* necesario para asegurar, manteniendo su *velocidad de crucero*, el regular funcionamiento del modo de composición utilizado.

21. La prudente actuación del mediador ha de orillar hipótesis o ideas que, lejos de favorecer la distensión del conflicto, desorientan o empañan la voluntad pacificadora de las partes.

22. La intervención del mediador va más allá de la simple interposición del conciliador, porque da entrada a un *razonamiento sugestivo* y obliga a ejercitar las facultades de comprensión y discurso.

23. Canoniza las iniciativas con que los interesados agrupan las piezas necesarias para la gestación del acuerdo, añadiendo sugerencias útiles o advirtiendo de los impedimentos cuya supresión condiciona el buen fin de lo que se pretende.

24. Dirige las operaciones constructivas, si echa en falta la obligada dosis de cooperación, o *ayuda a construir el acuerdo*, si las partes sólo formulan propuestas extravagantes o difusas.

25. Para respetar los dictados de la justicia material, el mediador puede escudriñar el comportamiento de los interesados en el curso de la mediación, reparar en sus experiencias comunicativas y recurrir a fuentes confidenciales que, en ciertos casos, debe conocer y valorar.

26. La mediación reconstituye las verdades cuya indivisibilidad proscribe el *uso fragmentario de las realidades históricas* y mide el impacto de los acontecimientos sobre la *ponderación equitativa* asociada a las preferencias de la justicia material.

27. El deber de *ponderación de la equidad* se extiende a cuantos casos de aplicación de las normas jurídicas –rígidas o elásticas– surjan con motivo de una mediación que acusa la necesidad de apelar a las normas del orden natural.

28. La *acción de ponderar* –consistente en solidificar un concepto jurídico indeterminado casi inaprehensible– demanda algo más y distinto del examen de las reglas de Derecho objetivo, enriquecidas con la *sensibilidad equitativa* que presumiblemente asiste al mediador.

29. La ponderación de la equidad –que acompaña a las actividades mediadoras *como la sombra al cuerpo*– se predica de las contingencias relativas a los hechos cosmológicos, síquicos y sociales que, aunque ajenos a la causa de pedir primitiva de la mediación, aceleran los progresos de su *espíritu móvil*.

30. Este *giro copernicano*, obstado por el ritualismo de los procesos judiciales, responde a un *principio de elasticidad* que ensalza las bondades de una mediación prestigiada por la celeridad de sus efectos.

31. Semejante ampliación, en pos de soluciones adecuadas a la justicia material, complica la fisonomía de la mediación y otorga a la *cualidad de mediador* unos perfiles más rotundos que los de un *cooperador a secas*.

32. El mediador deviene un *agente de liberación* obligado –ante los imperativos del cambio– a suprimir las trabas que frenan los objetivos pacificadores y a impulsar los estados de cosas que razonablemente les hacen factibles.

33. El tenaz ejercicio de la mediación confirma la esperanza colectiva de que la paz social no sufra degradaciones que frustren las esperanzas puestas en el vigor y el rodaje del *desarrollo sostenible*.

34. La reflexión confesional postconciliar había adelantado, para aleccionamiento del pensamiento secular, que, al tiempo de promover el *progreso de los pueblos, el desarrollo responsable constituía la versión modernizante de la paz* y que ésta no era sólo silencio de las armas o el hueco consiguiente a la extinción de los antagonismos.

35. Las porciones de paz que garantiza el resultado positivo de los oficios mediadores, son insustituibles para *mejorar la coexistencia, la colaboración y la participación* de los componentes de la familia humana, revitalizando el que, a partir de la noción de *bien común* aristotélicotomista, lleva hoy el nombre de *acervo de los intereses generales*.

36. La paz, compendio de esas soluciones y de sus esfuerzos de repetición, acumula, por derecho de conquista intelectual y moral, los ideales de una *humanidad más humana* y prueba la excelencia de la mediación fundada en los temperamentos de equidad.

37. La frecuencia y la efectividad de los experimentos mediadores son decisivas para que, al implantarse las estructuras sociales, se encauce el torrente de las confrontaciones estériles.

38. El sensato empleo de la mediación impide confundir la fecundidad de la consigna heraclítica –según la cual “*la lucha y la contradicción lo engendran todo*”– con la obstinación en perpetuar la *dialéctica amigo-enemigo*.

39. A medida que las operaciones estadísticas esclarecen el verdadero rostro y la fenomenología de la mediación, ésta deja de ser sólo acreedora a *opiniones de bondadosa complacencia* y añade cuestiones impuestas a la curiosidad de sus cultivadores.

40. El mediador se asemeja a un *vicario* o *sustituto de hipotéticas posturas de oferta* y *aceptación* que inauguran el ciclo de *conversaciones precedentes* a un negocio jurídico de remoción de disidencias y adición de precisiones complementarias.

41. Si, al finalizar este ciclo, las conformidades afluentes a la mediación no se resienten de asperezas que las entenebrecen, se concluye el negocio jurídico que reanuda el proyecto afectado por las discrepancias paralizadoras.

42. La *mediación minimalista* favorece y/o completa soluciones tan persuasivas y estudiadas, que el esfuerzo de disconformidad o coincidencia no expone a errores sustanciales que las invaliden.

43. El asentimiento, la desautorización o la discreta corrección de estas proposiciones, configuran una modalidad de mediación reducida a lo que estrictamente se entiende por *ayuda*.

44. La *mediación maximalista* provoca una *autoría de composición* en que sobresalen la causalidad adyacente de los mediadores y el interés de sus contribuciones pedagógicas.

45. Ello sucede cuando es más arduo excitar la participación de los interesados o hace falta infundirles un *plus de confianza* en los valores y la eficacia de la mediación.

46. La prosperidad atribuida a las acciones mediadoras padece si se olvida el *destaque de determinadas circunstancias históricas*, minimizando la importancia del conocimiento exhaustivo de los hechos y prejuzgando que el tratamiento jurídico de sus pormenores resuelve la totalidad de los problemas.

47. Una presentación hartu escueta de los hechos cosmológicos, sicológicos y sociales no es encomiable si priva al mediador de referencias esenciales sobre la periferia o el aspecto central de la situación analizada.

48. El resultado de la reconstitución de los hechos, cuya realidad y/o causalidad se consideran, y de los que traiga a colación el mediador, ha de respetar el núcleo invulnerable del *desarrollo sostenible* y los postulados de la justicia material.

49. Las experiencias mediadoras y sus novedades garantizan lo que ese sentimiento tiene de insustituible para proteger los *intereses legítimos de los particulares* y de aleccionador para proveer a los *intereses generales de la comunidad*.

50. La intensidad con que los *mundos circundantes* propician la excelencia de la universalidad e indivisibilidad de la verdad, justifica la figura de una *mediación binaria* que escinde y distribuye los papeles de los mediadores.

51. El contenido de la *mediación sobre los hechos* atañe a los hechos cosmológicos, regidos por las leyes de la naturaleza, los hechos síquicos,

dependientes de las disciplinas del espíritu, y los hechos sociales, expuestos a errores o paliativos de diagnóstico.

52. Dicho contenido ha de incluir cuantas apreciaciones, similares o afines a los consejos técnicos, aclaren la fisonomía del conflicto y delimiten las *zonas sociales* en que ha de repercutir su decisión.

53. La mediación sobre los hechos requiere que la autonomía de las partes valore los elementos periciales de convicción y prohíba suplantar el uso de las reglas de la sana crítica por el *sometimiento ciego al parecer de los especialistas*.

54. Las funciones ambientadoras del *mediador de Derecho* robustecen las potencias del alma de los interesados –memoria, entendimiento y voluntad– para asumir las peripecias históricas, comulgar con su solvente raciocinio y compartir la acogida del parecer definitivo.

55. Le compete disipar los celos que pongan en trance de descrédito su devoción a los imperativos del orden natural, sus dotes de imparcialidad y su vocación equitativa.

56. Le corresponde estimular la *disposición cooperativa* que, sin mermar la integridad defensiva de las posturas de las partes, les obliga irrenunciablemente.

57. La mediación provoca más adhesiones que las que causa el arbitraje y suaviza los celos que su práctica puede suscitar.

58. Además de la *excelencia reductora* de las tensiones a que afecta, el arbitraje evita la languidez y el elevado coste de los procesos judiciales, allí donde ambos inconvenientes restringen las oportunidades de garantizar el acceso a la justicia material.

59. La mediación constituye un *modo de composición enriquecedor y educativo*, pues pone a prueba la insistencia en el *aprendizaje de la distensión*, animando la coexistencia equilibrada, el espíritu creador y la participación equitativa en el goce de sus adelantos.

60. La estadística de los efectos benéficos de la mediación demuestra que los conflictos se componen obviando las formalidades superabundantes y rehusando las que estorban la pacificación apetecida.

61. *Las partes son la causa eficiente del acuerdo* y asumen las cargas propias de esta condición, pues los mediadores desempeñan un cometido orientador que no constituye el título jurídico de la solución obtenida.

62. Las partes han de disponer de la lógica de los sucesos básicos de la mediación y ordenarlos con el acierto suficiente para que el acuerdo final –unificador y concluyente– resulte de una *armoniosa coincidencia*.

63. El arraigo cultural de la mediación choca con la enemiga de prejuicios endémicos, cuya *terquedad y contundencia emocionales* despiertan celos agravados por la obstinación de juristas que no la reciben de buen grado.

64. El *repertorio descalificador* engloba las insinuaciones de los grupos de presión, la confusión de la mediación con instituciones que le son extra-

ñas, la capitalización del *miedo a la paz*, la radicalización de las posturas antagónicas, la desconfianza en la imparcialidad de los mediadores y la supuesta laxitud del procedimiento.

65. La entremezcla de dichos factores promueve ambientes de *acogida glacial* que se contaminan socialmente y engendran prejuicios que no se esfuman de un día para otro.

66. Estas posturas dicen añorar la imparcialidad de los jueces ordinarios –elogiada si coincide con sus pareceres y censurada en el caso contrario– y *deniegan el pan y la sal* de su objetividad a los agentes de la mediación.

67. Lo que no ha conseguido la recepción de las esencias yusnaturalistas y/o constitucionales –a saber, el adoctrinamiento encaminado al *pleno y libre desarrollo de la personalidad* y los *beneficios educativos* del cultivo de la mediación– lo impone el estado actual de *crisis económica* cuya enormidad escapa a todo vaticinio.

68. La singularidad de esos cambios obliga a introducir mecanismos que, como ocurre con la mediación, dejan de ser excepcionales para graduar la *hechura de los conflictos emergentes* y apresurarse a moderarlos.

69. El *elogio apriorístico* de las excelencias de la mediación puede abundar en lugares comunes y excesos imaginativos que se depuran precisando las experiencias aptas para acreditar esa bondad.

70. Función pedagógica de la mediación es revelar a la opinión pública las *ofuscaciones y medias verdades*, que sirven a intereses espurios, y denunciar los vicios de la petrificación intelectual que enloda los progresos del Derecho justo.

71. Las tareas incidentales del *mediador en solitario* se refieren al señalamiento de caminos que, una vez abiertos y aceptados, hay que recorrer disciplinadamente para beneficiarse de su provechosa elección.

72. El mediador ha de luchar, en esas o similares circunstancias, contra la desangelada acogida de unos oficios que, si de veras no conquistan la *fidelidad cooperativa* de las partes, multiplican su capacidad de decepción.

73. La presentación preparatoria de las actividades mediadores puede engendrar *recelos* o *apatías* que se convierten luego en atractivos o que, al contrario, incrementan su dosis de perversidad.

74. La *cosmoeminencia* o dignidad de la persona humana le hace acreedora a los bienes y derechos que, según la naturaleza de las cosas, se obtienen cuando las voluntades solidarias producen los efectos pacificadores consiguientes a la mediación.

75. La libertad de la mediación como *fundamento de la estabilidad colectiva*, estimula la *coexistencia* en paz con los iguales, invita a la *colaboración* distributiva de los deberes sociales y asegura la *participación* en las consecuencias de todo ello.

76. Estos bienes son algo que el ejercicio del poder judicial no está siempre en condiciones de garantizar y que, al ser lo mejor enemigo de lo bueno, se sustituye por las –más modestas– *consecuencias de la efectividad* que a su protección caracteriza.

77. Al libre desarrollo de la personalidad humana, fruto de la cultura de la mediación, se suma la carga de respetar los principios democráticos de convivencia, que habitan en un *cielo moral*, y la eficacia preceptiva directa de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

78. El precio del éxito de la mediación se asocia a la verificación estadística de que una novísima creatividad renovadora – afincada en la complejidad del universo– *se eleva a la segunda potencia* y clama por la más amplia difusión de sus ambiciosas funciones sociales.

79. Una *teoría modélica de la mediación* surtirá de propuestas inéditas que, a medida del volumen que alcancen y del aliciente de su crecimiento, permitan sistematizar las actitudes y los juicios que así se manifiestan.

80. Por mucha excelencia que le otorguen los *pensamientos de deseo*, la información del enriquecimiento moral, social y jurídico que la mediación origina, se ha de completar con la noticia de sus fundamentos históricos.

81. Se presupone una continuidad de experiencias sujetas al principio de que la teoría no se satisface prescindiendo de la realidad y simulando sus hipótesis, sino que *se complace en derramar– exponiéndola a la más demoladora de las críticas– la variedad de sus expresiones y mudanzas*.

82. La conciliación arranca de una *metodología pedagógica* en que la tesis de la *superioridad intelectual y psicológica del conciliador* intenta convencer de que su propuesta es la más equitativa de cuantas pueden reequilibrar los intereses conmovidos o en trance de desaparición.

83. El *crédito presunto* de las soluciones deparadas por la mediación, sustituye a las *consideraciones jurídicas* que, en el caso de la conciliación, requieren una creatividad más liviana.

84. La conciliación compone conflictos en que, subjetivamente, se aprecia un *plus de docilidad* a las insinuaciones del conciliador y, objetivamente, no surgen fatigosas cuestiones técnicojurídicas.

85. Las partes inmersas en la mediación deben mantener la *conciencia cooperativa de protagonismo inmediato* que, por defecto, no se da en el arbitraje y, por exceso, no concurre en la conciliación.

86. Además de la *síntesis equitativa* que acusa su naturaleza, la mediación tiene que producir el *efecto didáctico* de adiestrar en los *hábitos de la buena fe y la lealtad convencionales*.

87. La *relevancia moralizadora* de esta contribución asegura niveles de rectitud y honestidad que, sin ser un lujoso aderezo, ayudan a surcar los mares de una navegación muy agitada.

88. La voluntad de diálogo crea un *ambiente de inducción pacificadora* que incita a una disposición de buena fe purgada de dobleces, enaltece los hábitos de rectificación y propósito de enmienda, y añade un *componente de civismo contractual*.

89. La *eficacia mimética* de los éxitos de la mediación, sirve de *precedente* que modera la conflictividad de situaciones iguales o análogos a las que se han beneficiado de un tratamiento equitativo.

90. Cabe que los conflictos disminuyan por motivaciones de eficacia en que la moda del *talante moralizador* (¿?) suscita espectaculares reflexiones y efectos.

91. Al tiempo de defenderse la *desjudicialización de algunas parcelas conflictivas*, las ventajas de la mediación derivan de las particulares circunstancias que concurren en ciertas hipótesis.

92. Hay proyectos cuya envergadura se caracteriza por la *unanimidad absoluta* que asiste a la decisión de consumarlos, ponderar su provecho económico y cumplir sus funciones sociales.

93. La disminución de diferencias que ha de facilitar la mediación, blinda los objetivos del proyecto, fortalece su espíritu común y sirve a la voluntad de suprimir los obstáculos que se le pueden oponer.

94. El acceso a la jurisdicción, *mínimo garantizador* e inferior al *óptimo de la protección* apetecible, no acapara el salvamento de problemas cuyo embrollado tecnicismo frena el éxito definitivo de los objetivos principales.

95. Esas diferencias no son triviales y deben dilucidarse de inmediato, so pena de causar paralizaciones que inutilicen las expectativas centrales del proyecto y fuercen a desistir de continuarlo.

96. Su alegación no trata de abrir un *frente rupturista* que, detestando la devoción por la obra bien hecha, menosprecie lo que tan meritoriamente se ha forjado y ha de conservarse con vistas al futuro.

97. La mediación coadyuva a *cerrar filas* para resolver las objeciones planteadas y reanudar, en términos de recia solidaridad, las tareas temporalmente interrumpidas.

98. La modestia de muchos conflictos –solubles gracias a las actividades mediadoras– se suele complicar si el debate se defiende al conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

99. No es bueno que el triunfo de uno de los pareceres divergentes, agravado por lo probable de los enfrentamientos personales, dependa de una judicialización que traslada a *parajes de peligro desintegrador* los objetivos inicialmente compartidos.

100. Así las cosas, la judicialización del problema puede ir más allá de un simple mal menor y resultar una *terapia de efectos explosivos*.

101. Cabe inclusive que, sin visos de recuperación, se evapore la disposición cooperativa indispensable para que la sociedad pluralista goce de las garantías de la prestación de los *servicios esenciales de la comunidad*.

102. Al *estarse jugando con el tiempo*, la lentitud del proceso judicial y la exacerbación del amor propio amenazan o hieren de muerte la naturalidad del proyecto que se ha detenido.

103. La inflación de los ritos procesales se asemeja a una fuerza mayor que, violentando el ritmo regular de las actividades afectadas, excita a la *voladura controlada del espíritu de cooperación*.

104. La intuición de la tardanza y de las consecuencias negativas de la judicialización no facilitan, si las tentativas procesales fracasan, el regreso a una *metodología de emergencia en busca del tiempo perdido*.

105. No ha de acudir a la jurisdicción para tratar aspectos cuya satisfacción requiere algo más y distinto de las *garantías de la efectiva tutela judicial* de los derechos subjetivos y los intereses legítimos que se hallan en conflicto.

106. Los reparos subsisten mientras el desarrollo del valor superior del *pluralismo político* no dote de las dimensiones adecuadas a este concepto jurídico indeterminado e imponga la *moda cultural del elogio y la estima de la mediación*.

107. Cuando no se ve ni se reacciona claro en este punto, la *inesperada aparición de una disidencia incidental* arruina las oportunidades de salvar las situaciones jurídicas tocadas por la discrepancia y amenaza la supervivencia de importantes funciones sociales.

108. Se ha objetado que la idoneidad de los antiguos jueces y magistrados para actuar en calidad de mediadores, se resiente de la falta del *entrenamiento flexible* que, mientras permanecieron en activo, no estaba a su alcance, por vedarlo su obligación de *exclusivo sometimiento al imperio de la ley*.

109. Una *contraobjeción existencial* muestra que han vivido experiencias cuyo tratamiento –natural e instintivamente equitativo– chocaba con la prohibición legal de los remedios que su sensibilidad moral y jurídica les aconsejaba.

110. Al preceptuar la *ponderación judicial de la equidad*, el legislador ordinario ha presupuesto que los jueces profesionales dominan sus requerimientos de base y están en condiciones de atenderlos con lucidez y suficiencia.

111. En las actuales circunstancias de tiempo y de lugar, los jueces ordinarios han de atenerse a los dictados de la razón y el buen sentido para que, sin dimitir de su sometimiento al imperio de la ley, nadie dude de su compromiso con las adquisiciones del *uso equitativo del Derecho*.

112. Ahí se descubre la zona expansiva de la *moralidad legalizada* que los imperativos éticos transmiten, en general, al afán transformador de los poderes públicos y, en especial, al decisionismo político de los legisladores ordinarios.

113. Es en estos *novísimos espacios* donde, como objeto emblemático de la mediación, la justicia material absorbe la igualdad y la libertad generadoras de una *efectividad evidentemente superior* a la que hoy se declara y santifica.

114. La *elite de los procesalistas clásicos* vio con buenos ojos la aportación de componentes de equidad, cercanos a las técnicas de la mediación, en los procesos restringidos de antiguo por los principios dispositivo y de aportación de parte.

115. Elogiaron la hipótesis de que, sorteando el ritualismo imperante, las decisiones judiciales zanjasen los litigios conforme a lo que, en verdad, representaba la justicia –algo compartido con los designios *centrales de la mediación*– y moralizaba el Derecho aplicado.

116. Puede haber una *mediación instantánea* o vibratoria y una *mediación gradual* procedente de encadenar y/o refundir los acuerdos de voluntades que se han sucedido en su transcurso.

117. La primera acontece cuando, andando la negociación, el más reciente de los acuerdos interlocutorios colisiona con los que le preceden y rompe su línea de continuidad.

118. La mediación se llama *vibratoria* porque, a lo largo de sus episodios, los acuerdos logrados *permanecen en levitación* y sobreviven gracias a una suerte de equilibrio inestable.

119. Dicha conservación se robustece si la adopción de los demás acuerdos respeta las *actitudes de sensibilidad* necesarias para coordinar los avances de la negociación a los que el mediador presta su apoyo.

120. La mediación se estanca o frustra si, al interponerse esos impedimentos, los acuerdos cerrados se tienen por no concluidos y resucitan confrontaciones de creciente encono y/o esterilidad imprevisible.

121. Si la actividad del mediador no reorganiza los elementos y propósitos en pugna, el *fracaso global* de la mediación obliga a reiniciarla –si se quiere salvar su utilidad– como si nada hubiese ocurrido en los anteriores episodios del procedimiento.

122. El aprovechamiento de la mediación requiere entonces desandar todo o parte de lo andado, aunque el coste de las dilaciones padecidas es inferior al de las demoras de los procesos judiciales.

123. Los inconvenientes se mitigan si, para paliar esos efectos, la metodología de la mediación permite invocar la *doctrina de la dislocación de la base del negocio* o el *régimen de las obligaciones condicionales* que se han constituido.

124. Hay *mediación consolidada* si la lucidez de las directrices del proyecto confiere a los acuerdos interlocutorios una coherencia que no teme afrontar los riesgos de un accidentado porvenir.

125. El mediador no puede entusiasmarse con el éxito de una mediación afortunada y debe estar a las limitaciones derivadas de los mandatos y/o las prohibiciones del *orden público textual o virtual* que aloja el depósito del Derecho necesario.

126. Si estas exigencias se conculcan, el mediador ha de rehacer la conmutatividad de los acuerdos –que están a punto de venirse abajo– y restaurar el *equilibrio amenazado*.

127. El alcance de las modificaciones aducidas por el mediador –que denuncia la transgresión del Derecho necesario– puede mudar sustancialmente lo acordado y afluir a una renegociación que reponga la equidad olvidada.

128. Los escollos de las operaciones mediadoras no destruyen el *espíritu de continuidad* que ha de preservarse con delicadeza, absteniéndose de disentir sobre temas evidentemente incommovibles.

129. El resultado de la mediación abarca lo relativo a la *composición satisfactoria* del conflicto y, en su caso, a la constancia de la *inutilidad de los esfuerzos* hechos para eliminar las fricciones subsistentes.

130. Estas últimas se segregan del contenido pacificador del acuerdo y no excluyen ulteriores tentativas de composición.

131. Las *variantes o especies de la mediación* no son el fruto de un *kan-tismo de laboratorio* y sí de un *esfuerzo sintético* que opera sobre datos históricos abigarrados y confusos.

132. Cuesta lo suyo construir, con rigor sistemático, un cuerpo visible de *variantes de la mediación*, nacidas de los interrogantes que se deben al flujo abrumador y novedoso de sus experimentos.

133. La *mediación reguladora* dota de soluciones comprensibles y correctas a las cuestiones que son objeto de conformidad.

134. Los datos, tácita o explícitamente deducidos de las actuaciones mediadoras, constituyen *elementos auténticos* de interpretación que esclarecen las dudas relativas a la ejecución de los acuerdos adoptados.

135. El buen fin de las operaciones mediadoras aconseja incorporar *cláusulas preventivas* de las anomalías peligrosas para el éxito de sus resultados.

136. El desplazamiento del centro natural de gravedad de las actividades mediadoras y el quietismo de sus protagonistas, hacen de la mediación una *gravamen desproporcionado* para el mediador y una *exención inadmisibles* para los demás beneficiarios.

137. Un episodio negativo de la mediación se da si el propósito de los interesados tropieza con *eventos externos* que, al originar su indefensión, les impiden prestar la cooperación íntegra que se esperaba de sus intervenciones.

138. Las dimensiones de un conflicto pueden crecer artificiosamente hasta el punto de que, a falta de una delimitación concienzuda, el ámbito de la mediación se transforma en un *espacio inaccesible*.

139. Como *ministro de la equidad*, que viene a ser, el mediador edifica un *ordenamiento jurídico* acomodado a la fisonomía del caso en que le corresponde intervenir.

140. Aun en supuestos de *disidencia-límite*, el mediador ha de convencer a las partes de que la menos inconveniente de las soluciones aconseja seguir las directrices del ordenamiento jurídico configurado para el caso sujeto a ese modo de composición.

141. Sin las aspiraciones utópicas de *instalar el paraíso en la tierra*, la mediación constituye un *ejercicio de funciones públicas* cuya repercusión en los intereses generales requiere ocuparse, con especial solicitud, de la formación y perfeccionamiento de sus especialistas.

142. No sólo se trata de respetar los mínimos con que el *yusnaturalismo de la Unión Europea* (¿?) deslinda el espacio adquirido y habitado por la *comunidad de juristas* dedicados al estudio teórico y a la práctica de la mediación.

143. El Estado legislador, luego de asentar los pilares de una Política Legislativa consecuente con el prestigio que la mediación ha ganado, *tiene que apresurarse a regularla*.

144. Debe familiarizarse con el *ingrediente cultural* que suponen las garantías de una *paz social* devota de la dignidad y la integridad moral de las personas, con el *realce del derecho fundamental a la educación*, que impulsa y flexibiliza estos avances, y con las *funciones sociales de la libertad de empresa* en el marco de una economía de mercado.

145. Es preciso inventar una Política Legislativa que, arrojando las *aventuras del espíritu móvil*, satisfaga las demandas de los procesos de cambio con los que la teoría y la práctica de la mediación están comprometidas.

146. La notabilidad de las funciones mediadoras no se limita a crear un ordenamiento jurídico equitativo para cada caso, sino que se propaga a la *verdad material* o fidelidad histórica de las versiones omnicomprendivas de los hechos.

147. Si se acoge la *figura de la comediación*, los mediadores de hecho intentan rescatar verazmente los acontecimientos del pasado y emprender la *denuncia profética* de las situaciones indeseables que, en el futuro, pueden dañar los intereses defendidos.

148. La posesión de estas cualidades y la convicción de su provecho informan el cuerpo del *Derecho de Gentes de la mediación*, cuya *doctrina general* obedece a dos órdenes de consideraciones.

149. La una concierne a la importancia que el hallazgo de la *verdad material de los hechos* representa para el crédito de una mediación que, por iguales partes, detesta el *dogmatismo de lo convencional* y lo enfermizo del *garantismo a ultranza*.

150. La otra enseña que la teoría no mejora aumentando la lista de sus *vaporosos ideales* y que se enriquece cuando, sumida en las *compactas realidades* de la mediación, explota el repertorio de los hechos probados que autorizan a razonar y concluir.

151. Estas reflexiones dan lugar a que la Filosofía y la Ciencia del Derecho arrinconen los esoterismos de la técnica jurídica tradicional y comulguen con el *lenguaje equitativo y comprensible* de las especialidades mediadoras.

152. La consideración de la mediación como *ayuda o asistencia elemental* del mediador no agota sus horizontes conceptuales, pues le acompaña un *mal de crecimiento* cuyos *bienes y avances* se persiguen y tratan de localizarse.

153. *Ayudar* no es sólo enderezar las voluntades de las partes, que aceptan las sugerencias recibidas para enmendar sus equivocaciones o hacen caso omiso de la asistencia que se les ofrece.

154. *Ayudar* significa acotar los espacios en que, gracias al juego de las energías mediadoras, las voluntades conflictivas no incurrir en errores de base cuando encaran las situaciones de hecho y de Derecho que el entendimiento debe comprender y definir.

155. Las voluntades conflictivas que disfrutaban de esta asistencia reforzada –pues cabe hablar de *mediación de dos o más velocidades*– desarrollan una autonomía enriquecida por los apoyos conseguidos y resuelta a mejorar la calidad de la justicia material a que propenden sus intervenciones.

156. Al mediador conviene la denominación de *administrador de las incidencias* o episodios análogos que, sucediéndose en el tiempo, aproximan al consentimiento final prestado por las partes.

157. Como contrafigura de los *consensos equívocos y/o depauperados*, la solidez y ausencia de fisuras –con que el mediador organiza las declaraciones de conocimiento y voluntad de las partes– fortalece el acuerdo sustitutivo de la sentencia judicial.

158. Se pregunta cómo estructurar la *mediación en las relaciones colectivas de trabajo*, donde el conflicto industrial se disuelve a causa de la *saña globalizadora* que dispersa geográficamente los factores productivos y deprime la autonomía de los poderes sindicales.

159. Las normas rectoras de la mediación no constituyen un *remedio supletorio* de la tutela jurisdiccional atribuida al Estado social y democrático de Derecho, pero encarnan una forma de *decisionismo político* que fluye de un valor superior del ordenamiento jurídico.

160. Lejos de implicar un último recurso, la mediación refleja un *estado de conciencia colectivo* que opta por lo que, a todas luces, parece preferible y urgente, y condena la *resignación residual* a prescindir del *bien escaso* que sigue siendo la justicia.

161. El respeto a los compromisos de transformación requiere situar el tratamiento de la mediación en los *niveles formativos de los títulos de enseñanza postsecundaria universitaria del Derecho* y otras especialidades que notoriamente lo demanden.

162. Las tareas de edificación y coextensión del *Espacio Europeo de Enseñanza Superior* exigen la contribución necesaria para que, gracias a la enseñanza y el aprendizaje, los juristas y la sociedad se familiaricen con el *cuerpo y el alma de la mediación*.

163. Hay que “*decir no*” a una *inclusión ornamental* o secundaria de la mediación en los *niveles formativos*, donde han de primar una curiosidad y devoción excepcionales para con lo que este sustitutivo procesal es y significa.

164. Lejos de figurar como *pariente pobre* en el elenco de los equivalentes jurisdiccionales, la mediación es el óptimo recomendable para que los *aspectos economicistas* de las relaciones humanas conserven una imagen amable y exenta de crudezas superabundantes.

165. El advenimiento de la mediación al *espacio público europeo*, pendiente de completar su estructura, revive, guardadas las distancias, la tesis de que esa difusión reitera lo que, al emerger los Estados Nacionales, supuso la *unidad de jurisdicción como reflejo de la unidad de soberanía en el terreno procesal*.

166. La mediación se adueñará de unos espacios cuya configuración óptima está pendiente de delimitarse, ya que algunos de los portadores de la *consigna europeísta* pecan de lo contrario y no dan muestras de un arrepentimiento convincente.

167. La mediación no se ha pensado para apoyar la tendencia a conformarse con las *metas economicistas* y mantener la *espesura de los nacionalismos*. Comparte el apasionamiento conceptual con que las más entusiastas preferencias en pro de la integración europea siguen alimentando una ilusión. *La de que, quizás algún día, se actualicen los desafíos y los sueños –inspirados en la justicia material– de erigir una Europa distinta y, a la vez, igual a si misma. Una Europa donde, entre otras asignaturas pendientes, no haya lugar a reprochar la cobardía que, hoy por hoy, enmudece las voces de cuantos –sin el más mínimo sonrojo– se abstienen de denunciar y corregir, pudiendo hacerlo, los desmanes perpetrados contra la vida y los derechos de quienes forman parte de la humanidad más desvalida e indefensa.*

168. A medida que se elogian las adquisiciones y se denuncian los efectos perversos de las *innovaciones tecnológicas*, hay que precaverse contra aquellos de sus adelantos que, aunque satisfactorios de momento, empobrecen los hábitos autónomos de conocimiento y comprensión.

169. El factor de la mediación contribuye al *regular funcionamiento del mercado interior*, donde puede innovar, con perspectivas óptimas, las más recientes fórmulas de pacificación que sus experiencias han dado a conocer.

170. El Derecho constituido no impone a los Estados miembros de la UE la *financiación de las organizaciones mediadoras*, pero las *obligaciones naturales de los poderes públicos* –inherentes al esfuerzo de transformación– invitan a corregir la amnesia con que la elasticidad del decisionismo político permite hacer caso omiso de esa carga y de otras no menos urgentes.

Estas y cuantas otras consideraciones –susceptibles de revisión y censura– traen causa del *vértigo de la mediación*, son insinuaciones que, ante los requerimientos del discurso jurídico y las habilidades anejas al progreso de aquélla, aumentan la curiosidad de la que –a causa de su voluminosa demanda– se ha dado en llamar *técnica del pensamiento de problemas*.

3. Consideración conjunta de las peripecias y destaque actual del instituto de la mediación

Las coordenadas del momento histórico que refleja la práctica de la mediación civil y mercantil, permiten escrutar las corrientes contradictorias y los interrogantes motivados por la solución de los conflictos que en ese ambiente se suceden. Cuando la mediación atañe a la suerte de unas libertades de eminente contenido patrimonial o conexas con las condiciones generales de la economía, su ejercicio no puede contentarse con predicar y promover la *paz inerte y desalmada* que dista de satisfacer el todo de la justicia

que se ansía. Conviene recordar que *la paz no es solamente el arrinconamiento de las armas ni el vacío que la guerra deja cuando las armas han enmudecido*. Aunque la mediación garantiza cierta *seguridad provisional* para la pacificación y el desarrollo positivo de las situaciones afectadas, no se agota con la *victoria doméstica* de sus logros, ya que sus éxitos generan sucesivos problemas que, como fruto de la prosperidad creadora, se multiplican en número y aumentan insoslayablemente de tamaño. Ante los apremios de futuro, la mediación ha de infundir su nueva savia a los derechos e intereses legítimos que, remozados y supervivientes, siguen expuestos a interferencias y fricciones cuando, más tarde o más temprano, lo impone la fuerza de las cosas.

La mediación no pretende –so pena de abdicar de su acervo de funciones sociales y del espíritu de modernidad que, para su gobierno, le acompaña– instalar estados de cosas exclusivamente atentos a los imperativos solidarios, al desinterés absoluto y a la generosidad irrestricta. Se privaría a los *ámbitos economicistas* –donde sus operaciones acaecen y abundan– de los incentivos latentes en las pretensiones de cuantos, al amparo de las normas jurídicas, no esconden su avidez –legítima, en principio, y ocasionalmente exagerada– por apropiarse y gozar de la utilidad de los bienes sensibles de la vida. Confirman esta idea los fenómenos de la producción del Derecho objetivo, la conflictividad de los episodios de su aplicación y la elección de los medios que preservan el *equilibrio inestable de la paz jurídica*.

La mediación relativa a las cuestiones polémicas de los sectores civil y mercantil del ordenamiento jurídico general, acondiciona los conflictos de intereses en que la voluntad de conseguir la más equitativa de las soluciones viables justifica el esfuerzo de cimentar un *ordenamiento jurídico doméstico* y proveer a las confrontaciones en que cada supuesto clama por su particular regulación. La mediación no canoniza soluciones que, a la usanza de la *paz perpetua*, responden a la clave de las utopías y comparten lo que de irrealizable tienen éstas.

La creatividad presupone la confrontación y es fuente de disidencias que –argüidas con crudeza variable y templadas con fórmulas de composición– mantienen los riesgos sin cuya localización y voluntad de superarlos decae la fe depositada en las adquisiciones del progreso. Recuérdese cómo el *ideal marxista del fin de la historia* se propuso, sin éxito, eliminar unos estímulos fascinantes para cuantos –que eran legión– se aferraban a la ilusión de *conocer, decidir y obrar en libertad*. La mediación civil y mercantil devuelve a parte de las relaciones de ese signo la normalidad imprescindible para que, sin expulsarse de su esfera, perduren los acicates del cambio social y, luego de resolverse unos conflictos, sobrevengan otros más retadores y complejos, pero siempre abiertos a la distensión asegurada por el *ritmo regular del desarrollo sostenible*.

Los conflictos resueltos por la mediación forman parte del haz de intereses de los individuos y los grupos sociales que la obstinación teórica del

marxismo redujo a *términos de clase*, pero que se reiteran en las escenificaciones apreciables. No se reacciona con delicadeza si, advertidas estas disfunciones, se les aplica un *tratamiento de liquidación* y se sacrifica a la parte más débil o castigada por los acontecimientos. El estudio denso de la mediación y el crédito de su práctica propugnan una *técnica de orientación selectiva* que, lejos de rechazarlas de plano, acoge las *soluciones triunfalistas* que, no siendo rabiosamente incompatibles, permiten armonizar las innovaciones de antes y después.

A medida que consta lo efectivo de sus experiencias, la mediación conquista *espacios de conformidad* en que la voluntad expansiva de progreso destruye lo irrazonable de las objeciones –poco inteligentes– que se le oponen y pierden consistencia. De estos *espacios de cohesión social* –debidos al arte de la mediación– arranca la *inquietud transformadora* que se asocia al espíritu móvil de las ofertas de otros factores concurrentes.

Ser lúcido implica concebir la mediación como un útil pacificador de conflictos cuya disolución, lejos de asegurar una *paz infecunda y estática*, alienta reconfortantes perspectivas. Se desnaturaliza el aforismo que –avalado por el testimonio de los supuestos *poseedores de la sabiduría*– declaraba que *la paz era indeseable*, porque aniquilaba el impulso de las libertades, ensombrecía su entusiasmo y apagaba la creatividad. Conclusión que se desbarata ante la idea de que *las formas estáticas de paz son engañosas y han de superarse con los auxilios de una justicia material que exige compromisos permanentes y, si se quiere, heroicos, para proseguir la tarea de edificar una humanidad más humana*.

Por si estas consideraciones fueran pocas, la relevancia de la mediación crece ante las necesidades de reajuste demandadas por una *mundialización* que obedece a los cambios políticos, al potencial de las informaciones veraces y/o mendaces y a la emergencia de las corporaciones multinacionales.

La mediación desarrollada en esos ámbitos coopera a las *reacciones éticas de transformación* que, fieles al llamamiento de la justicia material, animan las *revoluciones venidas de lo alto* –apoyadas por los poderes públicos– y combaten los excesos del *liberalismo salvaje*. Un mal que, pese a la denuncia de sus demasías, no desiste de acreditar su *capacidad devastadora* frente a las *ventajas de la interdependencia* que exhiben las adquisiciones del progreso.

Bibliografía de orientación

- ALVAREZ, I. *El futuro de la mediación preprocesal*. Madrid: Ed La Ley, 2007.
- ALVAREZ, M. “La mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 77, 2005, pp. 243-304.
- CANEDO, M.P., DE PALO, G., MOLINA, M.C. *et al. Mediation in civil and commercial disputes*. Madrid Ed: Universidad Pontificia “COMILLAS”, 2010.

- CIURANA, B.A. “La mediación civil y mercantil; una asignatura pendiente en España”, *Actualidad Jurídica (U.&M.)*, n.º 12, 2005, pp. 42-56.
- COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro Verde de 19.04.02 sobre las alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil*. Bruselas: Ed. los autores, 2002.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 22.10.04 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Bruselas: Ed. Diario Oficial de la Unión Europea, 25.10.04.
- CHIOVENDA, G. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de GOMEZ ORBANEJA, E., v. III. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1948.
- FISHER, R. *Getting to yes*. Middlesex: Ed. Penguin Books, 1981.
- GEMME España. *La Directiva Comunitaria sobre mediación*. Madrid: Ed. los autores, 2010.
- GIDDENS, A. *Sociología*, traducción de CUELLAR, J. Madrid: Ed. Alianza Editorial, 2002.
- GIL, R. *La Directiva de mediación en la Comunidad Europea*. Madrid: Ed. LEX, 2010.
- GONZALEZ, C. *Manual de mediación*. Barcelona: Ed. Atelie, 2001.
- LECLERCQ, J. *Du droit naturel a la sociologie*. Lovaina: Ed. Spes, 1960.
- LURIA, A. *The nature of human conflicts*. Nueva York: Ed. Liveright, 1932.
- NAVARRO, E. “El Proyecto de Directiva de mediación y la mediación comercial internacional”, *Actualidad Jurídica (U.&M.)*, n.º 12, 2008, pp. 26-41.
- PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO DE LA UNION EUROPEA. *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 21.05.08, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Bruselas: Ed. Diario Oficial de la Unión Europea, 24.05.08.
- RODOTA, S. *La vida y las reglas: Entre el Derecho y el no Derecho*, traducción de PIÑAR, J.L. Madrid: Ed. Trotta, 2010.
- VIEWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*, traducción de DIEZ PICAZO, L. y prólogo de GARCIA DE ENTERRIA, E. Madrid: Ed. Taurus, 1964.
- ZORRILLA, M.M, “Eficacia y justicia del orden natural de la equidad”, *Estudios de Deusto*, v. 57/2, 2.009, pp. 255-302.

NOTAS

Repercusiones jurídico-políticas de la interdicción lingüística: tabú, censura y corrección política

Miguel Álvarez Ortega

Profesor doctor de Filosofía del Derecho
Universidad de Sevilla

Recibido: 26.11.2010

Aceptado: 20.12.2010

Resumen: El objeto del presente estudio se centra en realizar un acercamiento analítico a los tres principales mecanismos de interdicción sobre el lenguaje: el tabú, la censura y la corrección política, así como proporcionar un adecuado marco crítico. Para ello, se adopta una perspectiva histórica y lingüística en orden a establecer una explicación del origen y características de cada noción. Seguidamente, se analizan las consecuencias normativas de su dinámica social contemporánea, tratándose de establecer la relevancia jurídica y política de nociones normalmente relegadas al plano sociolingüístico. Se advierte de la necesidad de una mayor alerta académica y jurídico-política en torno a esta compleja red interdictiva, habida cuenta de su relevancia en la praxis del espacio público.

Palabras clave: tabú, corrección política, condicionantes sociolingüísticos del ordenamiento jurídico

Abstract: *the aim of this paper is to develop an analytical approach to the three major current restrictions on speech: taboo, censorship and political correctness and to provide with a proper evaluation frame. An historical and linguistic angle is taken in order to provide a sound explanation of the origin and features of each notion. Then, the normative consequences of its current social dynamics is analysed trying to establish the legal and political relevance of notions usually regarded as merely socio-linguistic devices. Academic, legal and political concern is advised when addressing this complex web, considering the aforementioned legal and political relevance.*

Key words: *taboo, political correctness, sociolinguistic bindings of the legal system.*

Sumario: 1. Introducción..—2. El tabú: la sombra de lo prohibido, innombrable y contaminante.—3. La censura: restricciones público-institucionales.—4. Higiene lingüística: la *political correctness*.—5. Mosaico interdictivo y espacio público.

1. Introducción

El 6 de mayo de 2008 apareció la necrológica de Mildred Loving, “una mujer negra que en los años cincuenta del pasado siglo se atrevió a romper el **tabú** del matrimonio entre blancos y negros en el Estado norteamericano

de Virginia”¹. Al día siguiente, la prensa se hacía eco de la terrible catástrofe acaecida en Myanmar, país en el que “[l]a crisis económica -la inflación anual supera el 35%- es un tema **tabú** para el Gobierno”². Poco tiempo después, se publicaban las declaraciones del autor de la *Historia de los maquis*, David Baird, quien hacía alusión al hecho de que: “Durante años, (...) [había oído] anécdotas e historias sobre lo que pasó con la gente de la sierra. Nadie del pueblo quería hablar mucho. Había mucho miedo. Era un tema **tabú**”³.

Chen Kaige (Pekín, 1952), aclamado cineasta chino, con ocasión de una entrevista motivada por su primera incursión en el mundo de la ópera, anunciaba “que no contestar[ía] preguntas relacionadas con la **censura** en su país”⁴. Contemporáneamente, tenía lugar en nuestro espacio jurídico la inédita solicitud de medidas cautelares para la protección del derecho al honor, intimidad y la propia imagen por parte de Telma Ortiz, hermana de la Princesa de Asturias, ante el supuesto acoso de la prensa rosa. Los letrados de los periodistas venían a defender la improcedencia de tales medidas, calificadas de “**censura** previa”⁵.

Reflexionando sobre las acusaciones de racismo formuladas por la prensa inglesa contra el pueblo español, motivadas por ataques verbales producidos en campos de fútbol, el periodista John Carlin se expresó en los siguientes términos:

“es verdad, (...) que los ingleses, por más hooligans que sean, tienden a ser más **políticamente correctos** que los españoles; que demuestran más delicadeza con personas de otras razas. Es casi inimaginable hoy en día que en un campo de fútbol inglés se oiga a un aficionado imitando a un chimpancé al llegar el balón a los pies de un jugador negro”⁶.

Por su parte, el dramaturgo catalán Albert Boadella, cuando acababa de estrenar su obra *La cena*, hacía gala de su habitual afición a la provocación al manifestar:

“A mí me gustan las cosas claras y en la dictadura lo estaban. Todos sabíamos a quien teníamos que odiar y a quien amar. Pero ahora, a pesar de la Constitución que nos protege, existen formas de

¹ “Mildred Loving, activista contra la segregación racial en EEUU”, en *Necrológicas*, *El País*, 06-05-2008.

² “Un país en ruinas, pero rico en gas y opio”, en *Internacional*, *El País*, 07-05-2008.

³ “Historia de una lucha sin cuartel”, en *Andalucía*, *El País*, 09-05-2008

⁴ “Entrevista: Chen Kaige”, en *Comunidad Valenciana*, *El País*, 10-05-2008

⁵ “Telma Ortiz critica el “insoportable y permanente acoso de la prensa”, en *Última hora*. *Gente*, *El País*, 12-05-2008

⁶ “Lo políticamente correcto no aterriza”, en *Sociedad*, *El País*, 09-04-2008

marginación y **censura** que llevan a la muerte civil a los ciudadanos que no son **políticamente correctos**. Lo peor de todo es que este comportamiento parece lógico, cuando no lo es, porque esto es una democracia”⁷.

Estos fragmentos extractados de la prensa española permiten fácilmente constatar en qué medida el tabú, la censura y lo políticamente correcto forman parte habitual y cotidiana de nuestra realidad socio-lingüística y política. Pudiendo considerarse, *grosso modo*, como instrumentos diversos de prohibición sobre el uso del lenguaje, su presencia está lejos de responder a una nítida categorización que permita su ubicación en las sedes normativas y científicas correspondientes; a pesar de que cada figura cuenta con su propia decantación histórica y unidad de sentido. El presente trabajo se plantea como objetivo, por un lado, profundizar en sus ámbitos conceptuales y, por otro, observar su funcionamiento como mecanismos de ordenación social. Se pretende, así, llevar a cabo un acercamiento a los usos inderdictivos sobre el lenguaje como *praxis socio-cultural* contemporánea, con el objetivo último de avanzar en las repercusiones que desde el punto de vista de la ordenación del espacio público puedan tener tanto en sus solapamientos conceptuales como en sus auténticas incidencias jurídico-políticas.

2. El tabú: la sombra de lo prohibido, innombrable y contaminante⁸

El término tabú llegó al universo lingüístico occidental mediante la introducción efectuada por el Capitán James Cook en la lengua inglesa a finales del siglo XVIII. Cook escribió en su diario, al regresar de su tercer viaje a los Mares del Sur, que los nativos de Tonga hacían continua referencia al “tabú”, que en general venía a significar que “una cosa está prohibida”⁹:

“La palabra “tabú” (...) tiene una significación muy extendida. Los sacrificios humanos se denominan *tangata tabú*, y dicen también “tabú” de alguna cosa que esté prohibido comerla, o de la cual no hay que servirse. Nos dijeron que si el rey llegaba a entrar en casa de uno de sus súbditos, esta casa sería tabú y nunca más podría ser habitada por su propietario (...)”¹⁰.

⁷ “Entrevista: Albert Boadella, dramaturgo y director de Els Joglars”, en Cultura, *El País*, 08-05-2008.

⁸ Tomo la expresión de la obra de crítica cinematográfica y literaria: DOMÍNGUEZ GARCÍA, V., *Tabú: la sombra de lo prohibido, innombrable y contaminante*, Ocho y Medio: Festival Internacional de Cine de Gijón: Universidad de Oviedo, 2005.

⁹ COOK, J., *Tercer Viaje. Diarios de 1776 a 1780*, trad. cast. de J. Pomar, José J. de Olañeta ed., Barcelona, 1982, p. 29, nota 6.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 43-44.

En 1888, el antropólogo James George Frazer, incluyó un artículo en la novena edición de la *Encyclopaedia Britannica* sobre el sistema del tabú, especialmente dedicado al ámbito polinesio. En la edición *online* de 2008, se recoge de esta forma:

“also spelled **tabu**, Tongan **tabu**, Maori **tapu** the prohibition of an action or the use of an object based on ritualistic distinctions of them either as being sacred and consecrated or as being dangerous, unclean, and accursed”¹¹.

Tras las alusiones de Frazer, el estudio sobre *La vida sexual de los salvajes del noroeste de Melanesia*, publicado por Malinowski en 1932¹², no sólo suscitaría el asombro y el escándalo de Occidente, sino que presentaría una interpretación diversa del problema del tabú, resucitado como nodo de interés para las Ciencias del Espíritu gracias a Sigmund Freud. En efecto, entre los años 1912 y 1913, Freud publicó una serie de artículos que luego serían recogidos en un libro titulado *Tótem y tabú*. Para el psicoanalista austriaco, “el tabú representa dos significaciones opuestas: la de lo sagrado o consagrado y la de lo inquietante, peligroso, prohibido o impuro”¹³. Su lectura del tabú como animadversión irracional que habría de poner en conexión a los pueblos primitivos con los enfermos de neurosis, enlazaba con la posición evolucionista de Frazer, y explica, asimismo, la aludida oposición de Malinowski, declarado anti-evolucionista. Pero, más que las divergencias interpretativas, interesa resaltar la existencia de una noción de corte antropológico y origen polinesio según la cual, puede entenderse que el tabú es una prohibición de origen trascendente (mágico-religioso) que implica la evitación de personas, objetos, lugares, palabras y acciones so pena de una contaminación transmisible que acarrea consecuencias negativas de índole diversa¹⁴. Más allá de esta definición mínima, se abriría un abanico de alter-

¹¹ *Encyclopaedia Britannica*: <http://www.britannica.com/eb/article-9070845/taboo>. Nuestro DRAE consigna: “**tabú**. (Del polinesio *tabú*, lo prohibido). **1.** m. Condición de las personas, instituciones y cosas a las que no es lícito censurar o mencionar. **2.** m. Prohibición de comer o tocar algún objeto, impuesta a sus adeptos por algunas religiones de la Polinesia”. *Diccionario de la Real Academia on line*: <http://buscon.rae.es/drae/>

¹² MALINOWSKI, B., *La vida sexual de los salvajes del noroeste de Melanesia*, 2.º ed., trad. cast. de R. Baeza, Ediciones Morata, Madrid, 1931.

¹³ FREUD, S., *Tótem y tabú*, 2.ª ed., trad. cast. de L. López Ballesteros y de Torres, Alianza, Madrid, 1968, p. 29. Freud defiende que “Tabú es un palabra polinesia, cuya traducción se nos hace difícil porque no poseemos ya la noción correspondiente. Esta noción fue aún familiar a los romanos, cuyo sacer equivalía al tabú de los polinesios”. Sobre la ambivalencia de la noción freudiana, vid. LEVINE, M. G., “The subject is Taboo”, en *MLN*, vol. 101, n.º 5, pp. 977-1002, 1986, pp. 977-1002.

¹⁴ Cfr. WEBSTER, H., *Le tabou. Étude sociologique*, trad. fr. de J. Marty, Payot, Paris, 1952, p. 6.

nativas y variantes relativas a la duración, el mal ocasionado, la posibilidad y vías de purificación, el número y carácter de afectados o el origen personal (imposición explícita por parte de la autoridad) o impersonal (imposición implícita), entre otras características¹⁵.

Establecido este punto de partida, puede plantearse el traslado y aplicabilidad de la noción a la sede occidental y con especial referencia al ámbito lingüístico. A estos efectos, la existencia del lugar común del tabú de los cazadores como característica indoeuropea resulta de gran trascendencia¹⁶. En efecto, la prohibición de nombrar la pieza que se pretende cazar habría llegado incluso a nuestros días¹⁷. Y no sería la única. La inefabilidad del nombre de Dios, seña importantísima de la cultura lingüística judeo-cristiana¹⁸, podría considerarse claro ejemplo de tabú lingüístico occidental, siendo productor fecundo de eufemismos desde la Antigüedad hasta el día de hoy. Una hipótesis explicativa generalizada asocia este tipo de prohibiciones con la perspectiva realista, de acuerdo con la cual, se produce una identificación entre el significante y el referente¹⁹. Nótese que aún hoy, el vocablo guaraní “Ñe’ë” significa tanto “palabra o lengua” como “alma”²⁰. Resulta, además, significativa la defensa de que la misma “concepción trascendente de la palabra” le sea aplicable a los niños²¹: se trata de la conexión entre lo primitivo y la debilidad mental, ya señalada por Freud.

A resultados de todo esto, podría sostenerse que el tabú lingüístico occidental es un subtipo del polinesio *ratione materiae*. Sin embargo, es difícil detectar la presencia de todos los elementos de la definición propuesta en los ejemplos que acaban de verse. Esto es especialmente cierto en lo que atañe

¹⁵ Vid. *ibid.*, pp. 15-51.

¹⁶ “El tabú lingüístico sobre animales de caza es (...) típico de comunidades de cazadores. El tabú venatorio parece debido principalmente a la primitiva creencia de que los animales entienden el lenguaje humano o incluso pueden hablarlo, de modo que pueden escapar del cazador o atacarlo por sorpresa si saben sus intenciones”. “Oso, comadreja, lobo son, sobre todo en Eurasia, típicos animales totémicos y también por ello propicios al tabú”. BALLESTER, X., “Indoeuropeo: una lengua para cazadores y recolectrices”, *Anuario Galego de filoloxía*, n.º 33, 2006, pp. 49-68 (cita, pp. 62-63).

¹⁷ CASAS GÓMEZ, M., “El poder mágico de la palabra”, *Trivium*, n.º 8, 1996, pp. 29-52 (cit. en p. 43).

¹⁸ Vid., in extenso, GRAVES, R., “El santo e inefable nombre de Dios”, en *La Diosa Blanca. Gramática histórica del mito poético*, trad. cast. de L. Echávarri, Alianza, Madrid, 1994, pp. 360-399.

¹⁹ Cfr. CASAS GÓMEZ, M., “El poder mágico de la palabra”, *Trivium*, n.º 8, 1996, pp. 30-39; CASAS GÓMEZ, M., “Tabú de palabra e interdicción conceptual”, en A. PAMIES BERTRÁN, A. Y LUQUE DURÁN, J. DE D. (eds.), *Trabajos de lexicografía y fraseología contrastivas*, Método Ediciones, Granada, 2000, pp. 84, 91.

²⁰ DELGADO, S., “Poesía guaraní: la antigua búsqueda de la palabra-alma”, *Revista Electrónica: Documentos Lingüísticos y Literarios UACH*, n.º 29, 2006, www.humanidades.uach.cl/documentos_linguisticos/document.php?id=1236

²¹ CASAS GÓMEZ, M., “El poder mágico de la palabra”, *Trivium*, n.º 8, 1996, pp. 36-37.

al elemento “contaminante”. La ruptura de un tabú implica la adquisición de una condición impura que resulta transmisible, lo que motiva la evitación por parte de la comunidad²². Parece complicado pensar que la misma dinámica se genere para el cazador que pronuncia el nombre de la pieza, pero así ocurría en ciertas islas polinesias cuando se pronunciaba el nombre del rey o de los miembros de su familia²³. Es por ello que tal vez resulte útil acudir a una noción lingüística occidental del tabú, como la perfeñada por Casas Gómez:

“proceso por el cual determinadas palabras relacionadas con el ámbito mágico-religioso se eluden y se reemplazan por sustituciones eufemísticas en las que subyacen determinados mecanismos lingüísticos”²⁴.

Se considera, así, que el tabú lingüístico es un subtipo del concepto más genérico de “interdicción lingüística”:

“presión externa, psicológica o social que motiva la no utilización de ciertas formas léxicas existentes en la lengua, originando el proceso eufemístico”²⁵;

debiendo tenerse presente que “en al ámbito interdictivo no todo es sustitución léxica” (cabría, siguiendo a J. Uría Varela, la modulación mediante fórmulas de excusa o mecanismos basados en el tono de voz, la entonación o la gestualidad²⁶), “lo que permite enfocar el proceso no tanto desde el término interdicto sino desde un “contenido” o realidad interdicta”²⁷.

Pero aún existe otro problema terminológico en este ámbito del que se hace eco el propio Casas Gómez²⁸. Y es que el tratamiento del tabú lingüístico contemporáneo por parte de la bibliografía actual está lejos de respetar

²² Aún así, para un acercamiento que pone el énfasis en la noción de contaminación, suciedad e impureza como signos que persisten hoy día en el tabú como expresión del caos frente al orden social, vid. DOUGLAS, M., *Purity and Danger. An analysis of the concepts of pollution and taboo*, Routledge and Kegan Paul, London, Boston and Henley, 1980.

²³ WEBSTER, H., *Le tabou. Étude sociologique*, trad. fr. de J. Marty, Payot, Paris, 1952, p. 16.

²⁴ CASAS GÓMEZ, M., “El poder mágico de la palabra”, *Trivium*, n.º 8, 1996, p. 38.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ URÍA VARELA, J., *Tabú y eufemismo en latín*, Hakkert, Amsterdam, 1997, p. 6, cit. por CASAS GÓMEZ, M., “Tabú de palabra e interdicción conceptual”, en A. PAMIES BERTRÁN, A. Y LUQUE DURÁN, J. DE D. (eds.), *Trabajos de lexicografía y fraseología contrastivas*, Método Ediciones, Granada, 2000, pp. 88-89.

²⁷ *Ibid.*, p. 89.

²⁸ CASAS GÓMEZ, M., “Tabú de palabra e interdicción conceptual”, en A. PAMIES BERTRÁN, A. Y LUQUE DURÁN, J. DE D. (eds.), *Trabajos de lexicografía y fraseología contrastivas*, Método Ediciones, Granada, 2000, pp. 79-98. (cit. en p. 84).

este tipo de distinciones conceptuales y es habitual que toda proscripción léxica sea considerada como tabú, con independencia de su ámbito material o su motivación²⁹. Ello no facilita, precisamente, un uso técnicamente depurado por parte del lego.

De todo ello parece poder inferirse, brevemente, que cohabitan hoy día al menos tres nociones diversas para el tabú lingüístico: 1) la *noción polinesia originaria*, de prohibición de origen trascendente (mágico-religioso) que implica la evitación de palabras so pena de una contaminación transmisible que acarrea consecuencias negativas de índole diversa; 2) la *occidental estricta*, de elisión léxica por motivación mágico-religiosa (identificándose principalmente con la perspectiva realista); 3) la *occidental genérica*, que recoge la prohibición léxica con independencia de su ámbito material y/o motivacional.

3. La censura: restricciones público-institucionales

El término censura sí que cuenta con una antigua raigambre románica. Censura es un derivado del verbo latino “censeo”, significando, en el mayor número de sus acepciones, pensamiento, expresión de una opinión o valoración³⁰. Tal núcleo semántico ha sido el prevalente hasta tiempos muy recién-

²⁹ El acercamiento sociolingüístico variacionista de López Morales, las reflexiones sobre tabú y censura lingüística de Chamizo Domínguez o el interesante estudio de Haas sobre los tabúes interlingüísticos, por tomar algunos ejemplos, parten todos de una noción mucho más amplia. Las “*four-letter*” words de la lengua inglesa, determinadas expresiones de la cópula y la genitalidad humanas, o incluso la evitación de la palabra “pequeño” en las porciones de los menús de los restaurantes, difícilmente pueden ser reconducidas a la noción de Casas Gómez del tabú como interdicción lingüística de carácter mágico-religioso. Por supuesto, menos aún, a la importada en su día por James Cook. Vid. LÓPEZ MORALES, H., “Sociolingüística del tabú”, *Interlingüística*, n.º 16, (Ejemplar dedicado a: XX Encuentro de la Asociación de Jóvenes Lingüistas), 2005, www.usal.es/gabinete/comunicacion/conferencia_humberto.pdf; CHAMIZO DOMÍNGUEZ, P. J., “Tabú y lenguaje: las palabras vitandas y la censura lingüística”, *Thémata. Revista de Filosofía*, n.º 40, 2008, pp. 31-46; HAAS, M. R., “Interlingual Word Taboos”, *American Anthropologist*, vol. 53, n.º 3, 1951, pp. 338-344. “Some years ago, a Creek Indian informant in Oklahoma stated that the Indians tended to avoid the use of certain words of their own language when white people were around. It turned out that the avoided words were those which bear some phonetic similarity to the “four-letter” words of English”. “A few years later it became apparent that Thai students studying in this country also tend to avoid certain words of their own language which bear a phonetic resemblance to English obscene words” (338). “In general it is the speakers of the minority language who feel obliged to observe the taboo, which, though the result of contact, is not actually imposed by the speakers of the majority language; for the latter in their ignorance of the minority language (except when proper names are involved), are normally quite unaware of the problem” (344).

³⁰ Vid. *Oxford Latin Dictionary*, ed. a cargo de P. G. W. Glare, Clarendon Press, Oxford, 2006, pp. 297-298; *Nuevo Diccionario Etimológico Latín- Español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 110.

tes. Valga de botón de muestra la obra de Simon van Leeuwen, práctico neerlandés del siglo XVII, aparecida como *Censura forensis theoretico-practica, id est iuris civilis Romani usuque recepti & practici methodica collatio (...)*³¹, y en la que “censura” está desprovista de todo significado negativo de restricción de la expresión. Tal significado -la censura como restricción u opresión ejercida sobre determinada unidad de pensamiento- se deriva de su acepción en calidad de valoración o juicio aplicado especialmente a las obras escritas³². Ahora bien, tal decantación de significado es posterior a la existencia de la actividad, es decir, el ejercicio de lo que hoy llamamos censura es bastante anterior al alumbramiento de un término específico para la misma o, mejor dicho, de la consolidación de la acepción para el significante “censura”.

Así, de acuerdo con Jesús Gil, la censura occidental nace en la época griega pre-clásica con Zaleuco, quien estableció la primera regulación de la maledicencia pública (S. VII a.C.)³³. El primer ejemplo de censura literaria se debería a la supresión de competiciones de rapsodas homéricos en la ciudad de Sición. Atenas habría de ser considerada la ciudad “donde por primera vez se realizaron intentos serios de poner cortapisas legales a la libertad de palabra y de magisterio”³⁴. Una de las primeras figuras en ser objeto de persecución por sus ideas fue el filósofo Protágoras, pues a raíz de una lectura pública de su tratado *Sobre los dioses*, en el que expresaba un declarado agnosticismo, se quemaron en el ágora todos sus libros y los ejemplares en manos de particulares fueron requisados³⁵. De acuerdo, pues, con Gil, “ninguno de cuantos escribieron o enseñaron a finales del siglo V en Atenas

³¹ El título completo sería: LEEUWEN S. V. (1685): *Censura forensis theoretico-practica id est totius iuris civilis, Romani, Usuque recepti, & Practici methodica collatio Qua non tantum ipsa Juris Romani fundamenta, ad rationis, & veritatis censuram, Methodice reducuntur; sed & ad usum practicum transferuntur, interjectis Constitutionibus, Decisionibus, Moribus, & statutis, non tantum generalioribus, verum etiam particularibus cujusque fere Christianorum gentis, Regionis, & Provinciae. Editio tertia Altera auctior.*

³² “**censura.** (Del lat. *cen?ra*). **1.** f. Dictamen y juicio que se hace o da acerca de una obra o escrito.**2.** f. Nota, corrección o reprobación de algo.**3.** f. Murmuración, detracción.**4.** f. Intervención que ejerce el censor gubernativo.**5.** f. Pena eclesiástica del fuero externo, impuesta por algún delito con arreglo a los cánones.**6.** f. Entre los antiguos romanos, oficio y dignidad de censor.**7.** f. *Psicol.* Vigilancia que ejercen el yo y el superyó sobre el ello, para impedir el acceso a la conciencia de impulsos nocivos para el equilibrio psíquico.**8.** f. ant. Padrón, asiento, registro o matrícula”. *Diccionario de la Real Academia on line:* <http://buscon.rae.es/draeI/>

³³ “Que nadie hable mal, ni de la ciudad como comunidad, ni de ciudadano alguno como particular, y que los vigilantes de las leyes se encarguen de reprender a quienes infrinjan este precepto, primero amonestándolos, luego imponiéndoles una multa”. GIL, J., *La censura en el mundo antiguo*, 2.ª ed., Alianza, Madrid, 1985, p.33.

³⁴ *Ibid.*, pp. 36-37, 50.

³⁵ *Ibid.*, p. 57.

se atrevió a emitir con sinceridad el juicio que le merecían los dioses de la tradición”³⁶.

Lo que en Grecia fueron señales y atisbos dispersos, habría de reafirmarse y perfeccionarse desde el punto de vista técnico-jurídico en Roma, que ya contaba en su ley de las XII Tablas con una mención explícita de la difamación³⁷. La *lex Cornelia de iniuriis* y la *iniuriarium actio* surgieron para la protección del honor de los particulares y perseguir judicialmente al autor de libelo difamatorio³⁸. Y, en general, la regulación se acentuaría en el Bajo Imperio, especialmente mediante los edictos de los emperadores cristianos y el *Decretum Gelasianum*³⁹.

No parece arriesgado afirmar que, desde Roma, la censura pasa a ser una función más de las potestades político-institucionales. La entrada en juego del poder eclesiástico no supone sino el reforzamiento -que no la aparición, como se ha tenido ocasión de ver- de los motivos religiosos para la censura, a la par que un importante desarrollo del derecho y las instancias canónicas dedicadas a tales menesteres: las listas de libros prohibidos resultan un “clásico” en este ámbito. No será hasta la entrada en escena de los modelos doctrinales de Locke y Kant cuando comience a oponerse a la normalidad de la censura lo que hoy día denominamos como “derecho a la libertad de expresión”⁴⁰. Una vez que se gesta el modelo liberal, según el cual el Estado debe garantizar espacios de no injerencia respecto al individuo, se pone en cuestionamiento la legitimidad de medidas que cercenan el soporte básico del libre desarrollo de la persona, así como la formación de la opinión pública, pilar de la democracia⁴¹. Ello no quiere decir, sea como fuere, que movimientos como el revolucionario francés fueran ajenos a la censura⁴².

En la actualidad, los catálogos de derechos fundamentales de las constituciones han ido consagrando, especialmente tras las Segunda Guerra Mundial, la libertad de expresión, aunque con diverso alcance y protección técnica.

³⁶ Ibid., pp. 59-60.

³⁷ “Actualmente, pues, parece haber quedado firmemente establecido que la ley de las XII Tablas contaba con un artículo relativo a la difamación de palabra, susceptible de hacerse extensivo a la difamación por escrito, en el momento en que el hábito de lectura se difundiese en la sociedad, y por ende, con la potencialidad de emplearse con fines censoriales en la literatura”. Ibid., p. 115.

³⁸ Ibid., p. 118.

³⁹ Ibid., pp. 197ss, 247, ss, 314.

⁴⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, F. C., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid. BOE, Madrid, 1994, esp. pp. 264 ss, 438 ss.

⁴¹ Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. “Libertad de expresión y democracia”, en *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 53-104.

⁴² Una interesante comparación entre la censura de la Francia del XVIII y la de la Alemania del Este al final del régimen comunista puede hallarse en DARNTON, R., “Censorship, a comparative view: France, 1789 - East Germany, 1989”, *Representations*, n.º 49, 1995, pp. 40-60.

ca⁴³. Para el caso español, el sistema actual es resultado de la recuperación democrática tras la dictadura franquista⁴⁴. Así, el art. 20 CE viene a recoger la libertad de expresión del pensamiento, la creación artística y científica, la libertad de cátedra y de comunicación; sin que tales derechos puedan “restringirse mediante ningún tipo de censura previa”.

Debe tenerse presente que, como en el resto de Estados modernos, se trata de una libertad limitada, señaladamente, por el propio sistema de derechos fundamentales. De acuerdo con la doctrina constitucionalista, los límites a la libertad de expresión son: 1) por razón del *sujeto*, la protección de la juventud y la infancia, el deber de secreto del trabajador y las limitaciones de los funcionarios públicos; y 2), por razón del *objeto*, el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, la exigencia de veracidad, la moral y el orden público⁴⁵.

Como se ha señalado, la única referencia expresa a la censura en nuestro texto constitucional se halla en el 20.2 (“El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”). Nuestro Tribunal Constitucional entiende que el texto alude a

“cualquier medida limitadora de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender de un examen previo oficial de su contenido. Dicho examen implica la finalidad de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y

⁴³ De acuerdo con el estudio comparatista de Villanueva, pueden distinguirse los siguientes modelos en el mundo: 1) países que no recogen previsiones constitucionales en torno a las libertades de expresión e información (4 % de los países, entre ellos, Gran Bretaña); 2) países con sistema impropio, que no reconocen estas libertades a nivel constitucional o delega su establecimiento a la ley; 7%); 3) sistema decimonónico, según el cual el deber de abstención del Estado se fija a nivel constitucional (48 %); 4) sistema minimalista, que también reconoce la libertad de expresión e imprenta y la libertad de información (25%); 5) sistema cuasi-paradigmático, en el que se introduce también el derecho de réplica, el acceso a documentos públicos y la cláusula de conciencia del periodista (9 %) y 6), el más completo, que es el paradigmático (7%, incluyendo España). VILLANUEVA, E., *Régimen Constitucional de las Libertades de Expresión e Información en los Países del Mundo*, fragua editorial, Madrid, 1997., pp. 27-29.

⁴⁴ Vid. GUBERN, R., *La censura. Función política y ordenamiento jurídico bajo el franquismo (1936-1975)*, E. P., Barcelona, 1981.

⁴⁵ CREMADES, J., *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La ley-actualidad, Las Rozas, 1995, pp. 149-167, 173-276. De acuerdo con Catalá i Bas, la recepción jurídico-constitucional española de la jurisprudencia de Estrasburgo, permitiría la siguiente clasificación: *intereses generales* (seguridad nacional, integridad territorial, la defensa del orden y la prevención del delito, el secreto de sumario, los valores democráticos) y *derechos ajenos* (vida privada, honor o reputación ajena, derecho a la propia imagen, derecho a un proceso justo, derecho a unas elecciones libres). CATALÁ I BAS, A. H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, ediciones Revista general de derecho, Valencia, 2001, pp. 299-405.

restrictivos de la libertad, de tal manera que se otorgue el *placet* o *visto bueno* a la publicación o difusión de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor, y se le niegue cuando no sea así⁴⁶.

Vista esta breve panorámica sobre la evolución histórica de la censura como medida público-institucional restrictiva, es preciso recordar que, tal y como se ha visto que recoge el DRAE, existen diversas sedes desde las que puede ejercerse la restricción. Se habla de censura política, social, cultural e, incluso, de autocensura. En todos estos casos, se mantiene el *continuum* de limitación sobre la emisión y recepción de mensajes por parte de los hablantes. De nuevo, como en el caso del tabú, la pluralidad de nociones viene a requerir una serie de puntualizaciones clarificadoras que sirvan, a su vez, de conclusiones parciales y provisionales.

Puede así sostenerse que: 1) las restricciones público-institucionales sobre la comunicación humana pueden remontarse al pasado greco-latino; 2) la inclusión de tal acepción para el significante “censura” es posterior al ejercicio de tal actividad; 3) a la normalidad de la función estatal de la censura, la consolidación de las democracias occidentales opone el derecho a la libertad de expresión, derecho que no se presenta con carácter absoluto e ilimitado; 4) ello implica la posibilidad constitucional de limitaciones de la libertad de expresión, excluyendo la censura previa; 5) el uso no técnico del término “censura” supone una ampliación de su ámbito objetivo y subjetivo a una gran pluralidad de manifestaciones de la restricción de la comunicación humana.

4. Higiene lingüística: la *political correctness*

La más reciente forma de interdicción lingüística es lo que se ha venido a denominar “lo políticamente correcto”, compuesto español que resulta de un calco del inglés “political correctness” (PC). Las primeras noticias de uso de la expresión se remontan a la resolución de la Corte Suprema Americana en el caso *Chisholm v. Georgia* en 1793⁴⁷. Pero no sería hasta finales de los sesenta, principios de los setenta del siglo veinte, cuando se recupere, comenzando a adquirir el sentido que se le otorga en la actualidad. Al parecer, fueron los grupos de izquierda estadounidenses quienes tomaron la expresión, bien de la traducción inglesa del *Libro Rojo* de Mao o de la línea ideológica marcada por el Partido Comunista⁴⁸. Según J. K. Wilson, quien

⁴⁶ CREMADES, J., *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La ley-actualidad, Las Rozas, 1995, pp. 105-106.

⁴⁷ WILSON, J. K., *The Myth of Political Correctness. The Conservative Attack on Higher Education*, Duke University Press, Durham and London, 1995, p. 3.

⁴⁸ CAMERON, D. (1994): ““Words, words, words”: the power of language”, en DUNANT, S. (Ed.), *The War of the Words. The Political Correctness Debate*, Virago press, London, pp. 18-19.

sigue a Roger Geiger, la PC surgió como una “sarcastic reference to adherence to the party line by American communists in the 1930s”⁴⁹. D. Cameron, en la misma línea, alude a que el uso originario era, más bien, de auto-crítica irónica⁵⁰. S. Hall lo narra de la siguiente manera:

“According to one version, political correctness actually began as an in-joke on the left: radical students on American campuses acting out an ironic replay of the Bad Old Days BS (Before the Sixties) when every revolutionary groupuscule had a party line about everything. They would address some glaring example of sexist or racist behavior by their fellow students in imitation of the tone of voice of the Red Guards or Cultural Revolution Commissar: “Not very politically correct”, *Comrade!*”⁵¹

Lo que se señala que comenzó a modo de irónica autocrítica, acabaría por consolidarse como una praxis universitaria y, posteriormente pública, en los años ochenta, afectando a la vida en los campus universitarios, a los autores y materias académicas (evitación del canon occidental identificado con los denominados “dead white european males”), la protección de las minorías y el lenguaje empleado en los medios de comunicación⁵². Así, la creación de cuotas para minorías étnicas, la inclusión de autores asiáticos u homosexuales en los temarios, o referirse a los negros como “afro-americanos”, pasó a ser considerado políticamente correcto.

Este “movimiento”, por así decirlo, no tardaría en recibir duras críticas por parte de los liberales y conservadores. En 1991, el presidente Bush se dirigía a la comunidad universitaria de Michigan defendiendo ardientemente la libertad de expresión frente al nuevo Macartismo de la PC⁵³. Los detractores aludían a que la obsesión por la “higiene verbal” acababa por pervertir innecesariamente el lenguaje o, de forma más contundente, que dirigía la

⁴⁹ WILSON, J. K., *The Myth of Political Correctness. The Conservative Attack on Higher Education*, Duke University Press, Durham and London, 1995, p. 4.

⁵⁰ “The most common use of “politically correct” was ironic – to quote Maurice Isserman, writing in the progressive Jewish magazine *Tikkun* in 1991, “it was always used in a tone mocking the pieties of our own insular political counterculture, as in “we could stop at McDonald’s down the road if you’re hungry...but it wouldn’t be *politically correct*””. CAMERON, D., ““Words, words, words”: the power of language”, en DUNANT, S. (Ed.), *The War of the Words. The Political Correctness Debate*, Virago press, London, 1994, p. 19.

⁵¹ HALL, S. “Some “politically incorrect” pathways through PC”, en DUNANT, S. (Ed.), *The War of the Words. The Political Correctness Debate*, Virago press, London, 1994, pp.164-165.

⁵² GOMIS VAN HETEREN, A., *Political correctness in context (The PC Controversy in America)*, Universidad de Almería, 1997, pp. 49ss, 83 ss, 115ss, 113ss, 137ss.

⁵³ ANNETTE, J., “The culture wars on the American campus”, en DUNANT, S. (Ed.), *The War of the Words. The Political Correctness Debate*, Virago press, London, 1994, p. 2.

acción política hacia los usos del lenguaje en lugar de a la transformación de la realidad. En el trasfondo flotaría la idea, insinuada por Bush, de hallarnos realmente ante un atentado a la libertad de expresión⁵⁴. Con independencia de la plausibilidad de estas críticas, es necesario advertir que el propio fenómeno es magnificado por sus atacantes, pues los pretendidos condicionantes de la PC respecto a la vida académica son mucho menos cuantiosos y significativos de lo que las reacciones pretenden⁵⁵. A esto deben añadirse las connotaciones ambivalentes que ha llegado a adquirir el término, tanto en sectores de izquierdas como de derechas, en los que puede llegar a vender mucho más la etiqueta de lo políticamente *incorrecto*. En efecto, al halo acrítico, conformista e incluso insustancial, por formalista, de lo políticamente correcto, se opone la valentía, sinceridad y sustancialidad de lo incorrecto, de quien se atreve a expresarse aún a riesgo de ir contra corriente.

Desde un punto de vista más estrictamente lingüístico, cabe señalar la asociación de la PC con la producción de eufemismos y el uso del denominado lenguaje inclusivo. Dado que determinadas unidades deben ser evitadas por contrariar el ideario básico progresista, los hablantes se ven constreñidos a emplear eufemismos, que vienen, a veces, directamente impuestos por la propia línea de corrección. De esta forma, la PC no sólo dicta lo que debe ser evitado, sino lo que debe ser empleado en su lugar para promover la igualdad y la tolerancia⁵⁶.

Realizado este bosquejo, toca precisar en qué consiste la PC como vía de interdicción lingüística. A este respecto, debe indicarse que, al contrario de lo visto en los casos anteriores, el DRAE no recoge ninguna definición. El *Merriam-Webster Dictionary* de la lengua inglesa, en cambio, posee una entrada para “politically correct”:

“conforming to a belief that language and practices which could offend political sensibilities (as in matters of sex or race) should be eliminated”⁵⁷.

De acuerdo con el recorrido realizado, parece poder deducirse que la PC es un mecanismo de interdicción lingüística que, so pretexto de acomoda-

⁵⁴ DUNANT, S. (Ed.), *The War of the Words. The Political Correctness Debate*, Virago press, London, 1994, pp. 22-23.

⁵⁵ Esa es la tesis central que recorre la obra: WILSON, J. K., *The Myth of Political Correctness. The Conservative Attack on Higher Education*, Duke University Press, Durham and London, 1995; vid. también ANNETTE, J. “The culture wars on the American campus”, en DUNANT, S. (Ed.), *The War of the Words. The Political Correctness Debate*, Virago press, London, 1994, p. 9.

⁵⁶ Vid. GOMIS VAN HETEREN, A., *Political correctness in context (The PC Controversy in America)*, Universidad de Almería, 1997, pp. 25-26

⁵⁷ *Merriam-Webster Dictionary*: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/politically%20correctness>

ción a una ideología progresista y centrada en la visibilización de las minorías en el espacio público, así como en la remoción de afrentas históricas, impone la evitación de unidades pretendidamente portadoras de connotaciones discriminadoras a favor de otras pretendidamente neutras e integradoras.

5. Mosaico interdictivo y espacio público

El ejercicio realizado hasta ahora bien podría considerarse un mero divertimento analítico que, entre otras cosas, no reflejaría fielmente los usos asentados sobre las unidades analizadas. Así, la difusión y notas comunes que presentan el tabú, la censura y la corrección política en tanto que formas de interdicción sobre el lenguaje, provocan la existencia de una pluralidad de acepciones a resultas de la cual, el alejarse mínimamente de las nociones más estrictas y técnicas desemboca en confusiones y solapamientos. Así, expresiones del tipo: ““negro” es una palabra tabú hoy día”; “mi padre me censura cuando digo palabrotas”; o “pronunciar el nombre de Dios no es políticamente correcto”, no resultan extrañas para un hablante castellano. Sin embargo, de acuerdo con las delimitaciones técnicas que se han tratado de llevar a cabo, tales expresiones serían bastante imprecisas, ya que “negro” no se evita por motivaciones mágico-religiosas; un padre no ejerce potestades público-institucionales frente a un hijo y los nombres de la divinidad no forman parte del conjunto de unidades que la pretendida izquierda tolerante quiere evitar.

El mantenimiento del celo terminológico en este ámbito podría, además, considerarse exclusivamente preocupación propia de humanistas y científicos sociales en el desarrollo de sus respectivos campos de estudio. Ahora bien, no debe perderse de vista que el tratamiento de nociones interdictivas debe ser objeto de interés desde una perspectiva *normativa* de conformación del espacio público. Es decir, el tratarse de un problema prescriptivo debería *prima facie* atraer la atención de filósofos de la moral, juristas y politólogos. Un planteamiento de feliz y límpida disección se vería tentado de considerar el tabú como problema sociológico o moral; la censura como cuestión jurídica y la corrección política como preocupación socio-política⁵⁸. Tal esquema, además, podría entender que el más grave y eficaz instrumento sería el de naturaleza jurídica, pues pertenece al ámbito normativo básico habilitan-

⁵⁸ Tal planteamiento halla plausibilidad además en la distinción de las características sancionatorias. En el caso del tabú, existe una motivación mágico-religiosa y la sanción dependerá de si se trata del término polinesio (contaminación), del actual estricto (fuerte reprobación social) o del actual amplio (reprobación social graduable). La censura tiene justificación en los intereses y la moralidad de la *res publica* y sus sanciones implican la puesta en marcha del aparato estatal. Y la PC se motiva por los valores de un supuesto ideario progresista, consistiendo sus sanciones en repulsa privada o castigo político, según el ámbito de que se trate.

te de la convivencia. No obstante, los propios solapamientos y reenvíos mencionados en el acercamiento terminológico ponen en la pista de que las dinámicas normativas presentan una complejidad escasamente compatible con la *Reinheit* disciplinar soñada por los juristas positivistas. El pensar, además, que las sanciones sociales son menos graves o eficaces que las jurídicas parecería incurrir en una cierta ingenuidad en el panorama iusteórico actual.

Se precisa, pues, indagar en la naturaleza dinámica e inter-normativa que presentan los instrumentos estudiados. La incidencia de la esfera jurídico-formal en la socio-política es la más fácilmente detectable por el obvio formalismo promulgatorio. Resulta, al mismo tiempo, la más garantista, pues sus instrumentos se articulan a modo de excepción constitucionalmente justificable de la libertad de expresión. Mayor complejidad e interés reviste transitar el camino en sentido contrario y observar los condicionantes sociolingüísticos de la realidad jurídico-política.

Aquí, el panorama nacional proporciona no pocos ejemplos de la relevancia institucional de los mecanismos de interdicción lingüística. No sólo puede constatarse la naturaleza más primitiva del tabú cuando se insiste hasta la saciedad en hablar de “desaceleración económica” por temor a que la pronunciación de la palabra “crisis” se convierta literalmente en una invocación y la crisis se haga cuerpo⁵⁹; sino que la sustitución eufemística es refuerzo impagable cuando se quieren evitar determinados efectos jurídico-políticos: baste de ejemplo la alusión a la “participación de las fuerzas armadas para apoyo humanitario en la crisis de Irak”⁶⁰, buscándose prescindir del

⁵⁹ Aunque desde cierta posición técnico-económica pudiese tratar de justificarse el empleo de “desaceleración”, entendida como “proceso de disminución transitorio del ritmo de crecimiento” [vid. e.g., <http://asgconsultores.com/diccionario/letra/d.htm>], parece razonable entender que la evitación de la palabra “crisis” tenía como principal motivación no sólo eludir una mala imagen del gobierno, sino evitar las reacciones de los actores económicos en un cierto sentido que no haría sino agravar la situación, es decir, materializar de forma más patente la esquivia “crisis”. “Debilidades” [“Ni crisis, ni desaceleración: Zapatero habla ahora de “debilidades” económicas”, en *El Confidencial.com*, Viernes, 25 de julio de 2008] o “dificultades serias” [“Zapatero admite por primera vez que la economía tiene “dificultades serias””, en *Cotizalia*, Martes, 24 de junio de 2008] fueron otros eufemismos empleados por el Presidente del Gobierno antes de admitir finalmente la realidad de la “crisis” en una entrevista televisiva realizada el 07/07/08. Al día siguiente, el diario *El País* recogía: “¿Estamos en crisis? La palabra tabú para el presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, ha sido la primera cuestión que ha tenido que responder esta noche en una entrevista en televisión”. “Zapatero menciona por primera vez la palabra crisis para referirse a la situación económica”, en *El País*, 08/07/2008.

⁶⁰ Expresión por la que es optó en el *Acuerdo del Consejo de Ministros* de 21 de Marzo de 2003. Para un estudio comprehensivo del lenguaje político español contemporáneo y las restricciones de la corrección política, puede consultarse: GUITART ESCUDERO, M. P., *Lenguaje político y lenguaje políticamente correcto en España (con especial atención al discurso parlamentario)*, Tesis doctoral, Universitat de Valencia, Servei de Publicacions, 2005, disponible online en: <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0628106-110835/>.

apoyo parlamentario evitando expresiones como “conflicto armado” o, la más temida, “guerra”⁶¹.

Las repercusiones de las sustituciones eufemísticas pueden sentirse igualmente en otros niveles más sutiles. El tránsito bienintencionado desde “preso” y “cárcel” a “interno” y “establecimiento penitenciario”; o desde “subnormal” a “minusválido o discapacitado psíquico”⁶² o “persona con necesidades especiales”, no sólo se basa en un intento de redignificación sociolingüística de sujetos que se hallan en determinada situación o poseen determinadas características, sino que supone que los operadores jurídicos razonan partiendo de una unidad lingüística distinta, con un horizonte normativo y teleológico distinto; pues, como señalaba Casas Gómez, más que ante términos interdictos, estamos ante un “contenido” o realidad interdicta⁶³. A un preso se le supone en una situación por naturaleza restrictiva con respecto a sus derechos y alguien que presenta características intelectuales y cognitivas muy inferiores a la media se sitúa en clara asimetría en términos de mérito y capacidad (que no, obviamente, de dignidad). Sus sustitutos eufemísticos crean un espejismo de simetría que puede llevar a reivindicaciones y situaciones cuya eventual discusión, además, constituye una auténtica incorrección política. Por otra parte, las restricciones de lo políticamente correcto pueden alcanzar tal altura que el gobierno peruano ha dictado una norma específica sobre el lenguaje inclusivo, lo que no sólo activa la indignación de los custodios de la lengua⁶⁴, sino que supone una carga presupuestaria para la administración y un problema jurídico de cierta altura si se tiene presente que la justificación de motivos alude directamente a la Constitución y al Derecho Internacional⁶⁵. El horizonte en el que un Tribunal Constitucional pueda considerar que la no asunción de este tipo de lenguaje pueda suponer una vulneración del principio de igualdad no parece tan descabazado y lejano.

Y aún restaría, en un nivel diverso, los condicionantes sobre la gestación de la voluntad popular. En la medida en que el tejido social impide una cabal

⁶¹ Para una explicación *in extenso* de la necesidad de contar con apoyo parlamentario para este tipo de acciones, así como de la evitación intencionada de términos de mayor expresividad bélica, vid. ORTEGA SANTIAGO, C., “La dimensión constitucional de la guerra: Conflictos armados e intervenciones militares en el extranjero”, en *Boletín del Real Instituto Elcano*, n.º 43, 2004, esp. pp. 27-28.

⁶² En 1988 se promulga el Decreto 348/1986 que sustituye los términos “subnormalidad” y “subnormal” de todas las disposiciones reglamentarias por “minusvalía” y “minusválido”.

⁶³ Vid. *supra* nota 27.

⁶⁴ En 2008 aparecía un artículo de prensa que recogía la opinión de Ignacio Bosque, académico de la lengua, para quien “el desdoblamiento es un artificio que distancia aún más el lenguaje de los políticos del lenguaje común”. “Ni vascos y vascas, ni diputados y diputadas”, en *El País*, 10/04/2008.

⁶⁵ Vid. la Resolución Ministerial n.º 052-2009-MIMDES.

exposición de posiciones que son excluidas *ab initio* por su supuesta incorrección - no por su inconstitucionalidad- se genera un cuadro socio-político de hipocresía e ideas larvadas y latentes que se aleja bastante del ideal comunicativo habermasiano o del *overlapping consensus* rawlsiano. Las consecuencias de tal atmósfera no sólo se dejan sentir en forma de debilitamiento democrático, sino que realzan el atractivo ya mencionado de la abierta *incorrección política* y generan un caldo de cultivo para posiciones reaccionarias que gozan de cierta popularidad por “atreverse” a poner sobre la mesa realidades evitadas por el resto de grupos. Así, por ejemplo, la elisión del fenómeno de la migración en términos de “problemática social” por parte de los políticamente correctos, deja un jugoso espacio político a los partidos de ultra derecha⁶⁶. El ideario progresista y, lo que es más grave, las bases del Estado de derecho, son los que se acaban resintiéndose.

Es importante tener presente que las reflexiones vertidas no pretenden pronunciarse sobre las cuestiones materiales de fondo, es decir, no se prejuzga sobre la oportunidad o bondad de las decisiones que puedan adoptarse en las diversas sedes institucionales. Se ha procurado, en cambio, poner de relieve que lo que tiende a presentarse como meros recursos u opciones socio-lingüísticos posee un importante peso político y jurídico. Su ubicación en un plano comunicativo y no directamente normativo tiene como efecto la elisión de la discusión abierta e indisimulada de los posicionamientos sustantivos. Si el conjunto de valores comunes que habilitan la convivencia y justifican el Estado de derecho se halla jurídico-políticamente tasado, las únicas medidas restrictivas *legítimas* habrían de ser las dispuestas por el propio Estado para la defensa del orden público y los derechos fundamentales. Es por ello que los académicos, los políticos, los juristas y, en otro plano, los ciudadanos, habrían de poner cuidado en adoptar una posición más crítica y activa frente a formas veladas de restricción que permean todo el ordenamiento. Dar la espalda a la imbricación inter-sistémica aquí apuntada desde posiciones formalistas no hace sino exponer a la ciudadanía a lo que, parafraseando a Pérez Luño, puede entenderse como soterrada venganza lingüística del *ethos* social⁶⁷.

⁶⁶ El último ejemplo a este respecto es, paradójicamente, el de Suecia, modelo de Estado social en Europa. Vid. “El rechazo a la inmigración impulsa a la ultraderecha en Suecia. Los radicales entrarán por primera vez en el Parlamento, según los sondeos”, en *El País*, 18/09/2010

⁶⁷ Vid. PÉREZ LUÑO, A.E., *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 108 ss.

Bibliografía

- ANSUÁTEGUI ROIG, F. C., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid. BOE, Madrid, 1994.
- BALLESTER, X., “Indoeuropeo: una lengua para cazadores y recolectoras”, *Anuario Galego de filoloxía*, n.º 33, 2006, pp. 49-68.
- CASAS GÓMEZ, M., “El poder mágico de la palabra”, *Trivium*, n.º 8, 1996, pp. 29-52.
- CASAS GÓMEZ, M., “Tabú de palabra e interdicción conceptual”, en A. PAMIES BERTRÁN, A. Y LUQUE DURÁN, J. DE D. (eds.), *Trabajos de lexicografía y fraseología contrastivas*, Método Ediciones, Granada, 2000.
- CATALÁ I BAS, A. H., *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, ediciones Revista general de derecho, Valencia, 2001.
- CHAMIZO DOMÍNGUEZ, P. J., “Tabú y lenguaje: las palabras vitandas y la censura lingüística”, *Thémata. Revista de Filosofía*, n.º 40, 2008, pp. 31-46.
- COOK, J., *Tercer Viaje. Diarios de 1776 a 1780*, trad. cast. de J. Pomar, José J. de Olañeta ed., Barcelona, 1982..
- CREMADES, J., *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La ley-actualidad, Las Rozas, 1995.
- DARNTON, R., “Censorship, a comparative view: France, 1789 - East Germany, 1989”, *Representations*, n.º 49, 1995, pp. 40-60.
- DELGADO, S., “Poesía guaraní: la antigua búsqueda de la palabra-alma”, *Revista Electrónica: Documentos Lingüísticos y Literarios UACH*, n.º 29, 2006, www.humanidades.uach.cl/documentos_linguisticos/document.php?id=1236
- Diccionario de la Real Academia on line*: <http://buscon.rae.es/draeI/>
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, V., *Tabú: la sombra de lo prohibido, innombrable y contaminante*, Ocho y Medio: Festival Internacional de Cine de Gijón: Universidad de Oviedo, 2005.
- DOUGLAS, M., *Purity and Danger. An analysis of the concepts of pollution and taboo*, Routledge and Kegan Paul, London, Boston and Henley, 1980.
- DUNANT, S. (Ed.), *The War of the Words. The Political Correctness Debate*, Virago press, London, 1994.
- Encyclopaedia Britannica*: <http://www.britannica.com/eb/article-9070845/taboo>.
- FREUD, S., *Tótem y tabú*, 2.ª ed., trad. cast. de L. López Ballesteros y de Torres, Alianza, Madrid, 1968.
- GIL, J., *La censura en el mundo antiguo*, 2.ª ed., Alianza, Madrid, 1985.
- GOMIS VAN HETEREN, A., *Political correctness in context (The PC Controversy in America)*, Universidad de Almería, 1997.
- GRAVES, R., “El santo e inefable nombre de Dios”, en *La Diosa Blanca. Gramática histórica del mito poético*, trad. cast. de L. Echávarri, Alianza, Madrid, 1994, pp. 360-399.

- GUBERN, R., *La censura. Función política y ordenamiento jurídico bajo el franquismo (1936-1975)*, E. P., Barcelona, 1981.
- GUITART ESCUDERO, M. P., *Lenguaje político y lenguaje políticamente correcto en España (con especial atención al discurso parlamentario)*, Tesis doctoral, Universitat de Valencia, Servei de Publicacions, 2005, disponible online en: <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0628106-110835/>
- HAAS, M. R., "Interlingual Word Taboos", *American Anthropologist*, vol. 53, n.º 3, 1951, pp. 338-344.
- LEVINE, M. G., "The subject is Taboo", en *MLN*, vol. 101, n.º 5, pp. 977-1002, 1986.
- LÓPEZ MORALES, H., "Sociolingüística del tabú", *Interlingüística*, n.º16, (Ejemplar dedicado a: XX Encuentro de la Asociación de Jóvenes Lingüistas), 2005, www.usal.es/gabinete/comunicacion/conferencia_humberto.pdf.
- MALINOWSKI, B., *La vida sexual de los salvajes del noroeste de Melanesia*, 2.º ed., trad. cast de R Baeza, Ediciones Morata, Madrid, 1931.
- Merriam-Webster Dictionary*: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/political%20correctness>
- Nuevo Diccionario Etimológico Latín- Español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.
- ORTEGA SANTIAGO, C., "La dimensión constitucional de la guerra: Conflictos armados e intervenciones militares en el extranjero", *Boletín del Real Instituto Elcano*, n.º 43, 2004
- Oxford Latin Dictionary*, ed. a cargo de P. G. W. Glare, Clarendon Press, Oxford, 2006.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. "Libertad de expresión y democracia", en *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 53-104.
- VILLANUEVA, E., *Régimen Constitucional de las Libertades de Expresión e Información en los Países del Mundo*, fragua editorial, Madrid, 1997.
- WEBSTER, H., *Le tabou. Étude sociologique*, trad. fr. de J. Marty, Payot, Paris, 1952.
- WILSON, J. K., *The Myth of Political Correctness. The Conservative Attack on Higher Education*, Duke University Press, Durham and London, 1995.

La reapertura del concurso de personas jurídicas y su finalidad liquidatoria: estudio de su régimen legal

Enrique Gadea Soler
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

Recibido: 18.10.2010
Aceptado: 01.12.2010

Resumen: La Ley Concursal contiene dos modelos de reapertura, uno para las personas naturales y otro para las personas jurídicas, sometidos a presupuestos no coincidentes. En las siguientes páginas pretendemos realizar un estudio general de la reapertura del concurso de personas jurídicas, con el objeto de dar respuesta a los problemas derivados de las lagunas e imprecisiones contenidas en el texto legal.

Palabras clave: Reapertura del concurso, personas jurídicas, extinción y liquidación.

Abstract: *The Insolvency Act has two reopening models, one for natural persons and another for legal persons, which are subject to non-coincident rules of procedure. In the following pages, we will offer an insight into the reopening of bankruptcy proceedings for natural persons to respond to the problems resulting from omissions and inaccuracies contained in legal texts.*

Key words: *reopening of bankruptcy proceedings, legal persons, extinction and liquidation.*

Sumario: I. LA CONFIGURACIÓN DE LA REAPERTURA EN LA LEY CONCURSAL.—II. PRESUPUESTOS DE LA REAPERTURA DEL CONCURSO DE PERSONAS JURÍDICAS. 1. Presupuesto objetivo. 2. Presupuesto temporal. 3. Presupuesto subjetivo. 3.1. El Juez competente para conocer de la reapertura. 3.2. Partes legitimadas para solicitarla. 4. Presupuesto formal. 4.1. Forma y contenido de la resolución judicial. 4.2. Publicidad.—III. EFECTOS DE LA REAPERTURA DEL CONCURSO DE PERSONAS JURÍDICAS.—IV. OPERACIONES DE LA REAPERTURA: EL NUEVO INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. 1. Contenido y plazo de presentación del “nuevo informe”. 2. Actualización del inventario. 3. Actualización de la lista de acreedores. 4. Publicidad y posible impugnación del inventario y de la lista de acreedores.—V. LA SOLUCIÓN LIQUIDATORIA PARA EL CONCURSO REABIERTO.

I. LA CONFIGURACIÓN DE LA REAPERTURA EN LA LEY CONCURSAL

El fundamento de la reapertura se encuentra en la responsabilidad patrimonial universal del deudor prevista en el artículo 1911 CC, en cuya virtud

el deudor cuyo concurso fue cerrado por insuficiencia de bienes y derechos para hacer frente al pago íntegro de todas sus deudas (artículo 176.1.4.º LC), continúa respondiendo ante sus acreedores con todos sus bienes presentes y futuros. Y ello es así porque la conclusión formal del concurso por inexistencia o insuficiencia de bienes y derechos no produce efectos extintivos de los créditos impagados total o parcialmente ya que, según el artículo 178.2 LC, “en los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes o derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes”¹.

La opción de política-legislativa anteriormente referida trae como consecuencia que clausurado el concurso por inexistencia o insuficiencia de bienes o derechos para satisfacer todos los créditos reconocidos, será posible reabrirlo (bajo ciertas condiciones) cuando el patrimonio del deudor experimentara un incremento en su contenido que permitiera reemprender el procedimiento clausurado². Es, por tanto, el fracaso, total o parcial, del procedimiento concursal anterior, unido a la aparición o detección de activo sobrevenido del deudor o de terceros responsables del pago, la única causa a la que la LC vincula la reapertura del concurso.

Al regular los efectos de la conclusión del concurso sobre el deudor, el artículo 178.1 LC prevé que: “en todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación”. La razón de la cesación de las limitaciones del ejercicio de las facultades de administrar y disponer se encuentra en que, concluido el concurso, carecen de razón de ser. En efecto, concluido el concurso, el deudor podrá ejercer libremente las facultades de administración y disposición de sus bienes (actuales y futuros) dado que, con la conclusión, desaparecen los órganos encargados de ejercer tales facultades (si el deudor estaba suspendido) o de controlar su ejercicio (si estaba meramente intervenido), así como los intereses del concurso, a cuya satisfacción debía atenderse en el ejercicio de las mencionadas facultades de administrar y de disponer (artículo 43). Por todo ello, el deudor podrá realizar actos de administración y de disposición, y de cualquier otro tipo, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal, sin requerir ningún tipo de autorización y sin tener que atender a ningún interés ajeno³. No obstante, esa regla general presenta dos excepciones:

¹ ALONSO ESPINOSA F. J., “Comentario a los artículos 179 y 180 de la LC”, en AA.VV., *Comentarios a la Legislación Concursal*, dirigidos por PÚLGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA Y ALCOVER GARAU, T. II, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 1492.

² YANES, P., “Comentario al artículo 179 de la LC”, en AA. VV., *Comentarios a la Legislación Concursal*, dirigidos por SÁNCHEZ CALERO Y GUILARTE GUTIÉRREZ, T. III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 2950.

³ BELTRÁN Y MARTÍNEZ FLOREZ, BELTRÁN, E. Y MARTINEZ FLOREZ, A., “Comentario del artículo 178”, en *ROJ.O, A./ BELTRÁN, E. (Dir.), Comentario de la Ley Concursal, Vol. II*, Civitas, Madrid., 2004, pág. 2649.

La primera, que se encuentra prevista en el propio artículo 178.1 in fine, deja a salvo del cese de las limitaciones de las facultades de administración y disposición “las que se contengan en la sentencia firme de calificación”. La sentencia que califique el concurso como culpable puede inhabilitar para administrar los bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona (artículo 172.2.2.º LC); inhabilitación que se extiende al ejercicio de la actividad empresarial individualmente o por medio de una sociedad (artículo 13.2.º C.Com). En consecuencia, el deudor inhabilitado podrá administrar y disponer de los bienes propios, aunque no podrá, en ningún caso, ejercer actividad empresarial mientras dure la inhabilitación.

La segunda no se recoge en el precepto, pero se deriva de la propia naturaleza de las cosas. Según el artículo 178.3 LC, “en los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará (*es un deber*) su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme”. En realidad, más que el cierre de la hoja registral, la LC quiere decir la cancelación registral de oficio de la sociedad⁴. En cualquier caso, como la conclusión conlleva la extinción de la persona jurídica, no tiene sentido hablar de cesación de las limitaciones al ejercicio de las facultades patrimoniales⁵.

Desde otro plano, el artículo 178.2 LC, en consonancia con la responsabilidad patrimonial del deudor del artículo 1911 CC, establece que: “en los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso”. No obstante, como en el supuesto expuesto anteriormente, este planteamiento es aplicable a las personas naturales, pero no para las personas jurídicas, en cuyo caso no puede hablarse de continuación de la responsabilidad del deudor y de la recuperación de las acciones individuales de los acreedores porque, en estos supuestos, la conclusión del procedimiento por la causa referida produce la extinción de la persona jurídica (artículo 178.3 LC), que, por ese motivo, dejará de responder de las deudas no satisfechas, sin perjuicio de una eventual reapertura del concurso (artículo 179.2 LC)⁶.

⁴ Como ha señalado PULGAR EZQUERRA, J. (La declaración del concurso de acreedores, La Ley/Ramón y Cajal, Madrid, 2005, pág. 166), en el supuesto que nos ocupa lo que realmente se producirá no es un mero cierre que constituye una medida coercitiva con la que se persigue garantizar la efectividad del cumplimiento por el sujeto inscrito de la obligación de dar publicidad a sus cuentas anuales (artículos 221.1 LSA y 378 RRM), sino una cancelación registral de oficio de la sociedad inscrita.

⁵ BELTRÁN Y MARTÍNEZ FLOREZ, “Comentario del artículo 178...”, op. cit., pág. 2649.

⁶ BELTRÁN Y MARTÍNEZ FLOREZ, “Comentario del artículo 178...”, op. cit., pág. 2662.

Es cierto que la LC sin distinción entre uno y otro caso (personas naturales y jurídicas), sitúa el supuesto descrito entre las causas de conclusión del concurso (artículo 176.1.4.^o). Sin embargo, así como los efectos de recuperación de facultades del deudor y de posibilidad de inicio de ejecuciones individuales por los acreedores, nos conducen a la concepción de la reapertura como una nueva declaración de concurso, parece que supeditada a la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 2 LC y en la que no encontramos razón para no admitir las distintas soluciones al procedimiento, incluida la concordataria; el efecto extintivo previsto para las personas jurídicas obliga, si tras la conclusión del concurso aparecen nuevos bienes, a reabrir necesariamente el mismo concurso, quedando limitada, además, la reapertura a la fase de liquidación (artículo 179.2)⁷.

De todo ello y a modo de conclusión, creemos que puede deducirse que la LC no contiene un modelo de reapertura sino dos modelos distintos, uno para las personas naturales y otro para las personas jurídicas, sometidos a presupuestos no coincidentes⁸. En las siguientes páginas pretendemos realizar un estudio general de la problemática de la reapertura del concurso de personas jurídicas.

II. PRESUPUESTOS DE LA REAPERTURA

1. Presupuesto objetivo

El presupuesto objetivo de la reapertura tiene diferente relevancia según el deudor sea persona física o persona jurídica. En el supuesto que nos ocupa la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos conlleva la extinción de la persona jurídica⁹, por lo que no tiene sentido hablar de recuperación de las facultades patrimoniales de los administradores o liquidadores societarios o de los administraciones concursales, dado que todos

⁷ ALONSO ESPINOSA., “Comentario a los artículos 179 y 180...”, op. cit., pág. 1498.

⁸ PULGAR EZQUERRA, La declaración..., op. cit., pág. 785.

⁹ Nos resulta difícil imaginar un caso de conclusión de un concurso de una persona jurídica por “insuficiencia” de masa activa. Es cierto que parece lógico que el concurso se cierre si los bienes existentes no son suficientes para cubrir los gastos del procedimiento o, incluso, cuando su valor sólo alcance para cubrir esos gastos pero no el resto de los créditos; sin embargo, si la conclusión del concurso por esta causa conlleva el efecto general previsto en el artículo 178.3 LC, nos encontraríamos con la extinción de una persona jurídica, que, en mayor o menor medida, tiene patrimonio y con unos acreedores que carecen de acciones para reclamar, salvo que se produzca la reapertura. Volveremos sobre esta cuestión al abordar el tema de la actualización del inventario. De la reducción de gastos del concurso se ha ocupado recientemente el RDL 3/2009, que ha previsto para ello: La gratuidad de las inserciones obligatorias en el *BOE* (artículo 6 RDL) y la limitación del arancel de la administración concursal (artículo 7 RDL).

ellos han cesado en sus cargos (artículos 145 y 181 LC). El efecto extintivo aludido, y la correspondiente cancelación registral de oficio en virtud de la resolución judicial que acuerde la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, no permite hablar tampoco de la recuperación de las acciones individuales de los acreedores ni de la continuación de la responsabilidad del deudor, que, por la extinción societaria, dejará de responder de las deudas no satisfechas. Este efecto determina, en definitiva, que tras la conclusión del concurso no pueda reemprenderse una nueva actividad que termine en nueva insolvencia. En este contexto, para los supuestos de aparición de activo sobrevenido, el artículo 179.2 LC arbitra una solución en protección, dadas las circunstancias, de los acreedores insatisfechos, que no es otra que la reapertura del mismo concurso existente con anterioridad, aunque limitada a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos después de la conclusión.

De ese modo, la LC, incluso para las sociedades capitalistas (anónimas y limitadas), adopta para el caso que nos ocupa una solución propia que excepciona la aplicación del artículo 123 LSRL (artículo 248 RRM)¹⁰, que en el supuesto de aparición de activos sobrevenidos después cancelados los asientos relativos a la sociedad, la considera extinguida con la cancelación y establece un régimen de responsabilidad solidaria de los antiguos socios en relación con el pasivo insatisfecho limitada a lo percibido como cuota de liquidación (“Los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran percibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en caso de dolo o culpa”: artículo 123.2 LSRL).

Esta solución propia de la LC, y dirigida a la protección de los acreedores insatisfechos, solo contempla la reapertura con efectos liquidatorios, pero en ningún caso se refiere a la posibilidad de satisfacción a los acreedores por vía concordataria ni a la posible reactivación de la sociedad con efectos duraderos, ni siquiera bajo el supuesto, ciertamente no muy frecuente en la práctica, de la subsistencia de activo sobrante después de haber pagado todos los acreedores (imaginemos una operación de recalificación urbanística que ha convertido terrenos sin valor en terrenos cuyo valor permite cubrir el pasivo y que quede un importante remanente).

2. Presupuesto temporal

La LC no configura la inexistencia o el agotamiento de la masa activa sin íntegra satisfacción de los acreedores, como el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y Propuesta de Anteproyecto de Anteproyecto de Ley Concursal

¹⁰ Artículo 123 que, como es sabido, sigue el modelo diseñado por el artículo 2456 del Código Civile italiano de 1942.

de 1995, como causa de suspensión del concurso, sino como causa de conclusión (artículo 176.1.4.º). La norma, siguiendo lo previsto en el artículo 121 de la *Legge fallimentare* italiana de 1942, señala que el plazo para la reapertura es de cinco años, se entiende que a contar desde la firmeza del auto de conclusión. En efecto, el artículo 179.1 LC establece que: “la declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes o derechos tendrá la consideración de reapertura de éste”. Sin embargo, la referencia que hace la norma a la vigencia del plazo quinquenal no es aplicable a la reapertura del concurso de personas jurídicas que hubiera concluido por inexistencia de bienes y derechos, para la que, en realidad, no existe presupuesto temporal. Ello se justifica por los efectos singulares de la conclusión del concurso de personas jurídicas en la medida que la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá la cancelación registral de oficio de la sociedad (artículo 178.3 LC). Este efecto determina que, tras la conclusión del concurso, no pueda reemprenderse una nueva actividad que termine en nueva insolvencia, y que sólo pueda plantearse la hipótesis de descubrimiento de bienes no liquidados antes de la conclusión o de aparición de bienes de terceros responsables¹¹, en cuyo caso procederá la reapertura del concurso, que se limitará a la fase de liquidación (artículo 179.2 LC)¹².

3. Presupuesto subjetivo

Tradicionalmente, con la expresión “presupuesto subjetivo”, en el ámbito concursal, se ha pretendido poner de relieve cuáles eran las personas o entidades a las que podía aplicárseles uno u otro procedimiento en caso de insolvencia. Como es sabido, hasta la aprobación de la LC en 2003 se regulaban distintos procedimientos para el tratamiento de esta situación. En cambio, la nueva regulación parte del principio de unidad de disciplina, con lo que unifica el tratamiento de los deudores comerciantes y no comerciantes. Es por ello que, bajo este epígrafe, vamos a tratar dos cuestiones que nada tienen que ver con la delimitación del concepto de comerciante (empresario,

¹¹ Entre otros, socios colectivos o administradores o liquidadores societarios afectados por la sentencia de calificación. Sobre esta cuestión, ÁLCALA DÍAZ, M.ª A., “Comentario al artículo 176 de la LC”, en AA. VV., *Comentarios a la Legislación Concursal*, dirigido por PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA Y ALCOVER GARAU, T. II, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 1458- 1459.

¹² YANES, “Comentario al artículo 179...”, op. cit., págs. 2953 y 2954. Es por ello por lo que ALONSO ESPINOSA (en “Comentario a los artículos 179 y 180...”, op. cit., pág. 1498), ha señalado que la reapertura actúa aquí como técnica complementaria de reintegración de la masa activa del concurso para su consiguiente liquidación ordenada entre los acreedores insatisfechos. En el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA, *La declaración...*, op. cit., pág. 167.

en la denominación más moderna), como son el Juez competente para conocer de la reapertura y las partes legitimadas para solicitarla.

3.1. *El Juez competente para conocer de la reapertura*

Tratándose de deudor persona jurídica, la LC atribuye expresamente la competencia para conocer de la reapertura del concurso al mismo Juzgado que conoció de éste (artículo 179.2). La razón se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley, IX, y, posteriormente, en el texto articulado (artículo 178.3 LC), dado que si la conclusión del concurso por inexistencia de activos patrimoniales lleva consigo la extinción de la persona jurídica concursada y el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos, no cabe imaginar la modificación de las circunstancias consideradas inicialmente para la determinación de la competencia territorial del órgano que abrió el primer concurso¹³.

3.2. *Partes legitimadas para solicitarla*

No contiene la LC, tal como sería deseable, una previsión específica sobre quiénes están legitimados para solicitar la reapertura. Cuando el concurso se hubiese dirigido frente a un deudor persona jurídica, como la resolución judicial del concurso por inexistencia de bienes y derechos ha decretado su extinción, es dudoso que tengan capacidad para solicitar la reapertura los administradores (o liquidadores) societarios (legitimados para solicitar la declaración del concurso, según el artículo 3.1 II LC) y concursales, que han sido cesados en sus cargos. Lo que no ofrece duda es que están legitimados los acreedores no satisfechos que fueron parte en el procedimiento concluido, y también los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla (artículo 3.3 LC). En el ámbito de las sociedades mercantiles, la norma comprende, entre otros, a los socios colectivos de una sociedad colectiva, comanditaria simple y comanditaria por acciones (artículos 127, 148 y 151 del C.Com), a los socios comanditarios en caso de inclusión de su nombre en la razón social de la entidad (artículo 147 C.Com), a los socios de una agrupación de interés económico (artículo 5 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico) y al socio único de una sociedad unipersonal sin que esta circunstancia se haya hecho constar en el RM transcurri-

¹³ Así, YANES, “Comentario al artículo 179...”, op cit., pág. 2955 y GONZÁLEZ OLLEROS, J., “Comentario al artículo 179 LC”, en *Derecho Concursal Práctico (Comentarios a la Nueva Ley Concursal)*, Coordinado por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, La Ley/Iurgium, Madrid, 2004, pág. 809.

dos seis meses desde la adquisición (artículo 129 LSRL)¹⁴. Su interés para solicitar la reapertura es claro si pensamos en una sociedad que tiene deudas pendientes, por no haber podido ser satisfechas con el patrimonio social ni por ellos. En ese contexto, la reapertura por aparición de activo sobrevenido les podrá liberar de su responsabilidad subsidiaria por todas o, al menos, por parte de las deudas sociales.

4. Presupuesto formal

4.1. Forma y contenido de la resolución judicial

Como es sabido, para el Derecho es irrelevante la situación económica de insolvencia., sólo existe concurso, voluntario o necesario, cuando es declarado por resolución judicial, que reviste la forma de auto. Pues bien, de igual modo, la declaración de reapertura de un concurso ha de tener lugar mediante resolución judicial (también del Juez de lo mercantil, que es el competente en materia concursal: artículo 8 LC) que debe revestir la forma de auto (artículo 21 LC). La LC no delimita el contenido de este auto, aunque, en el caso de las personas jurídicas, habida cuenta de que la reapertura tiene un objeto más limitado (fundamentalmente, la continuación de las operaciones de liquidación de la masa activa), el contenido del auto será más reducido, aunque, en todo caso, deberá contener los pronunciamientos relativos al nombramiento y a las facultades de la administración concursal y al régimen de publicidad de dicho auto.

4.2. Publicidad

En cuanto al régimen de publicidad, la LC señala que a la reapertura del concurso del deudor persona jurídica se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 LC (artículo 179.2 LC in fine), con lo que el legislador se ha decantado por regular el sistema de publicidad de la reapertura sobre la base del de la declaración de concurso¹⁵¹⁶. Es por ello que el auto de reaper-

¹⁴ RONCERO SANCHEZ, A., “Comentario al artículo 3 de la LC”, en AA.VV., *Comentarios a la Legislación Concursal*, dirigidos por PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA Y ALCOVER GARAU, T. I, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 188.

¹⁵ GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Conclusión y reapertura del concurso”, en AA. VV., *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Coord. MARAITA LAVIÑA, ICAM, 2004, pág. 326.

¹⁶ Repárese que esta materia ha sido modificada por el RDL 4/2009. Como ha señalado sobre la reforma COLINO MEDIAVILLA, J. L., (en “La publicidad del concurso en virtud del Real Decreto-Ley 3/2009”, *RDCP*, Núm. 11, 2009, págs. 123 y ss.), la aplicación de la LC había puesto de manifiesto que, conforme a su regulación, la publicidad del concurso era cara, sobre todo por la utilización de periódicos privados, y menos ágil de lo deseable, en particular por el insuficiente aprovechamiento de la tecnología disponible. La opción por la

tura del concurso debe notificarse a las partes que hubiesen comparecido. Si no comparece el deudor, la publicación prevista en el artículo 23 LC producirá, respecto de él, los efectos de notificación del auto (artículo 21.5 LC). Junto a la notificación a las partes, la LC impone a la administración concursal la obligación de realizar una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio conste en el concurso (artículo 21.4), informándoles de la declaración de éste y del deber de comunicar sus créditos en la forma prevista en el artículo 85 LC, si bien en el caso de la reapertura este deber -carga- no debe recaer sobre los acreedores cuyo crédito ya ha sido reconocido. Esta comunicación, como las restantes del concurso y de la reapertura del concurso, se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine (artículo 23.1 LC).

Respecto al régimen de publicidad en sentido estricto, la LC regula un sistema de publicidad general. En efecto, con carácter necesario, el Juez debe acordar la publicación, con la mayor urgencia y de forma gratuita, del extracto de la declaración de reapertura del concurso en el *Boletín Oficial del Estado* (artículo 23.1. II LC). Además, también puede acordar, de oficio o a instancia del interesado, cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso (artículo 23.2: por ejemplo, en los Diarios Oficiales de las Comunidades Autónomas o de la Provincia). El traslado de los oficios con los edictos se realizará preferentemente por vía telemática desde el Juzgado a los medios de publicidad correspondientes, excepcionalmente, y si ello no fuese posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante que se debe encargar de remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes. Si el solicitante del concurso fuese una Administración Pública, que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado del oficio debe realizarse directamente por el Juzgado a los medios de publicidad (artículo 23.3 LC).

El auto también será objeto de publicidad registral. En cuanto a la publicidad registral de la persona declarada en concurso, el Registrador mercantil o el encargado del Registro administrativo competente, deberá inscribir la declaración de reapertura de la entidad extinguida y el nombramiento de los administradores concursales (artículo 24.2 y 3 LC).

preferencia en la utilización de medios telemáticos, informáticos y electrónicos, y su carácter gratuito, parece satisfactoria, porque no pueden desaprovecharse las ventajas de inmediatez informativa (información pública y permanente), bajo coste (que permite establecer la gratuidad para el interesado en la información) y rapidez en la tramitación que ofrecen las tecnologías telemáticas, informáticas y electrónicas. Sobre todo, porque tales ventajas pueden obtenerse sin merma de la necesaria seguridad jurídica y sin que padezcan las funciones propias de los distintos tipos de publicidad en el marco del procedimiento concursal.

III. EFECTOS DE LA REAPERTURA

La LC no ofrece una regulación sistemática de los efectos de la reapertura del concurso. Ahora bien, lo cierto es que, a diferencia de la reapertura de un concurso de persona natural, que irá acompañada de los efectos propios del concurso, de la reapertura de concurso de deudor persona jurídica, se derivan efectos más limitados, al tratarse de una entidad extinguida para la que la LC solo contempla la reapertura con efectos liquidatorios, por lo que no tiene sentido hablar de recuperación, en mayor o menor medida y mientras dure el procedimiento, de las facultades patrimoniales de los administradores societarios, ni de la posible reactivación de la sociedad con efectos duraderos. También es discutible, en este supuesto, que con la conclusión del concurso se inicie nuevamente el cómputo del plazo de prescripción (artículo 60.3 LC), al no recuperar los acreedores la posibilidad de ejercitar sus acciones individuales¹⁷, ni tener posibilidad de reclamación extrajudicial ni de solicitar el reconocimiento de su deuda a un deudor que ya no existe (es decir, al no tener ninguna opción para interrumpir la prescripción de sus acciones atendiendo a alguna de las causas previstas en el artículo 1973 CC). Sin embargo, efecto común, con independencia de la naturaleza de la persona (natural o jurídica) que se vea afectada por la situación de reapertura y de gran trascendencia para el desarrollo del procedimiento, es el nombramiento de los administradores concursales. La LC no contiene una previsión general sobre este particular, aunque la importancia de esta figura se desprende de lo previsto en el artículo 180.1, cuando señala que: “Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores... habrán de ser actualizados por la *administración concursal*...”. Cuestión distinta son las más amplias o más limitadas funciones del órgano, según se trate de reapertura de concurso de persona natural o de persona jurídica. En la reapertura de concurso de deudor persona jurídica, sus funciones esenciales son la actualización del inventario y de la lista de acreedores, la liquidación de los bienes aparecidos con posterioridad y el pago a los acreedores, en la medida de lo posible, con el producto líquido obtenido con la venta de dichos bienes.

IV. OPERACIONES DE LA REAPERTURA: EL NUEVO INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. Contenido y plazo de presentación del “nuevo informe”

Con independencia de la naturaleza del concursado, la actualización del informe deberá contener, con mayor o menor detalle según los casos, una

¹⁷ Como señalan BELTRÁN Y MARTÍNEZ FLOREZ(en “Comentario del artículo 178...”, op. cit., pág. 2665), “... volverá a correr la prescripción, siempre que la conclusión del concurso... no impida el ejercicio de acciones individuales por los acreedores”.

memoria de las principales decisiones acordadas y de las actuaciones ejecutadas por la administración concursal en el concurso reabierto (artículo 75.1.3.º LC) y una exposición motivada de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pueden ser relevantes para la tramitación del concurso (artículo 75.3 LC)¹⁸. Al informe han de unirse el inventario y la lista de acreedores actualizados. Respecto al plazo de presentación del informe, el artículo 180.1 LC dispone que: “Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses a partir de la incorporación de aquéllas actuaciones al nuevo concurso”. El plazo de dos meses es el fijado por el artículo 74.1 LC para la presentación del primer informe, si bien la diferencia entre uno y otro precepto se encuentra en que el informe inicial debe presentarse en el plazo de dos meses contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de al menos dos de los tres administradores concursales y el informe actualizado en el plazo de dos meses a contar desde el momento en que queden incorporadas las actuaciones del concurso concluido al concurso reabierto (plazo que debe entenderse que se reduce a un mes cuando la reapertura se trámite por el cauce del procedimiento abreviado: artículo 191.1 LC).

2. Actualización del inventario

Tratándose de reapertura de concurso de persona jurídica, como la misma se extingue con la conclusión del concurso por inexistencia de bienes o derechos (artículo 178.3 LC), no cabe pensar en la adquisición de nuevos bienes sino en la aparición o detección de bienes ocultos en un momento posterior, tanto del deudor como de terceros responsables que, por la razón que fuere, quedaron al margen de la liquidación. Igualmente, cabe pensar en que los responsables subsidiarios del pago de las deudas de la sociedad lleguen a mejor fortuna o en bienes incorporados a la masa en virtud del ejercicio de acciones de reintegración. A título de ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, cabe señalar que procederá la reapertura de un concurso de persona jurídica en las siguientes situaciones:

- 1.º En caso de existir bienes de la sociedad en poder de un tercero que no pudieron ser localizados a pesar de los intentos de la administración concursal, pero que aparecen después de la conclusión.
- 2.º Si un importante deudor insolvente de la sociedad, llega a mejor fortuna y paga el importe de su deuda, de manera voluntaria o forzosa.

¹⁸ YANES, “Comentario al artículo 180...”, op., cit., pág. 2962.

- 3.º Si un administrador condenado como responsable subsidiario e inicialmente insolvente deviene en solvente. O, igualmente, si así sucede con un socio que asumió responsabilidad personal.
- 4.º Si un acreedor que se entera que la sociedad extinguida realizó un acto en fraude de acreedores se dirige contra el beneficiario del acto y le vence en juicio.

Por tanto, de los supuestos referidos se desprende que la incorporación puede ser automática o por virtud del ejercicio de una acción judicial, lo que pone de manifiesto la oportunidad de regular la legitimación activa de los acreedores para defender sus intereses. En este punto, consideramos que sería conveniente regular todo lo relativo a las acciones de reintegración. No encontramos fundamento para afirmar que los actos del deudor perjudiciales para la masa activa previos a la reapertura son inatacables, pero ante la previsión de la LC de extinción de la sociedad en los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica (artículo 178.3 LC), se echa de menos una norma que regule la legitimación en favor de los acreedores, que, además, se encuentran privados de acciones individuales y a los que sólo les queda la opción de la reapertura. Es ésta otra de las lagunas de LC que pone de manifiesto que el legislador no ha sido consciente de las diferencias existentes entre uno y otro supuesto de reapertura. Repárese en que en el caso de conclusión del concurso de persona natural, los acreedores no sólo conservan la posibilidad de ejercitar sus acciones individuales, sino que también pueden solicitar nuevo concurso, que tendrá la consideración de reapertura si se declara dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes o derechos. Es por ello que consideramos que la norma debería referirse a la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal (supeditada al plazo y requisitos legales), la general y las demás acciones de impugnación (nulidad, anulabilidad, restitutoria, subrogatoria o rescisoria por lesión., artículo 71.1 y 6)¹⁹, atribuyendo legitimación expresa a los acreedores adaptando a este caso las pautas marcadas en el artículo 72.1 LC del modo siguiente:

Los acreedores deberán solicitar por escrito al Juez del concurso concluido el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello. Si el juez autoriza que se interponga la demanda, por considerarla fundada, los acreedores litigarán a

¹⁹ Una referencia a las acciones que pueden utilizarse, además de la rescisoria concursal, puede verse en ALCOVER GARAU, G., “Comentario al artículo 71 de la LC”, en AA.VV., *Comentarios a la Legislación Concursal*, dirigidos por PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA Y ALCOVER GARAU., T. I, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 774 y 775 y LEÓN, F., “Comentario del artículo 71 de la LC”, en AA.VV., *Comentario de la Ley Concursal*, dirigidos por ROJO Y BELTRÁN, Vol. I, Civitas, Madrid, 2004, pág. 1321.

su costa en interés de la masa, aunque si la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieren incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme (artículo 72.1 en relación con el 54.4, ambos de la LC). En cuanto al procedimiento, tanto las acciones rescisorias como las demás de impugnación, deberían tramitarse ante el Juez del concurso concluido, al que debería atribuirse competencia expresa para ello, por el cauce del incidente concursal (artículo 72.3 LC).

La legitimación pasiva recaerá sobre quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Incluso, si el bien que se pretende reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también dirigirse además contra éste, cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral (artículo 72.2 LC).

Respecto a los efectos de la rescisión, debería establecerse que la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses (artículo 73.1 LC que sigue la línea del 1259.I CC). Sin embargo, como el mecanismo de la rescisión opera a través de la devolución de las prestaciones anteriormente ejecutadas, el texto legal, siguiendo las pautas generales de la LC, debe aclarar que si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal. Si la sentencia apreciase mala fe en quien contrato con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa (artículo 73.2 LC que sigue lo previsto en el artículo 1259.II CC).

3. Actualización de la lista de acreedores

Tratándose de reapertura de concurso de persona jurídica, la extinción de su personalidad por la resolución de conclusión y la no recuperación de acciones por los acreedores, permite deducir que, salvo contadas excepciones (por ejemplo, los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero, que se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador: artículo 87.6 LC), coincidirán los acreedores existentes en el momento de la conclusión y de la reapertura.

Una vez determinados los créditos subsistentes, deberá procederse a fijar su cuantía, lo que, fundamentalmente, exigirá la concreción de los intereses devengados (intereses que, con carácter general, tendrán la consideración de

créditos subordinados: artículo 59.2 LC), sin distinción entre uno y otro modelo de reapertura, al quedar afectados los acreedores de igual modo por la impuntualidad en el pago. Como la suspensión del devengo de intereses despliega su eficacia únicamente a los efectos del concurso²⁰, se devengarán desde la fecha de declaración del primer concurso hasta la de la reapertura, en que su devengo queda suspendido (artículo 59.1 LC).

Por su parte, la incorporación de la relación de los acreedores posteriores, presenta interés en el ámbito de la reapertura de concurso de una persona natural, aunque tiene escaso significado ante la reapertura de concurso de persona jurídica, al estar legalmente extinguida.

Dejamos para el final de este apartado la cuestión de si cabe la posibilidad de que los acreedores concursales anteriores a la conclusión que no realizaron la comunicación de sus créditos en el concurso inicial, ni fueron incluidos en la lista de acreedores por no resultar éstos de los libros y documentos del deudor ni constar por cualquier otra razón en el concurso (artículo 86.1 LC), soliciten la inclusión de sus créditos en la nueva lista relativa al procedimiento reabierto. Para el estudio del tema, vamos a tratar por separado las situaciones de conclusión y reapertura del concurso de una persona natural y de una persona jurídica, si bien, con carácter previo, nos parece necesario señalar que la comunicación de créditos en un concurso constituye una carga, en el sentido de actividad dirigida a obtener con más probabilidad la inclusión (dado que ahora no es necesaria en la medida que no es la única vía para obtenerla) en la lista de acreedores y, por tanto, para poder participar en el correspondiente procedimiento concursal:

- En el caso concurso de persona natural, imaginemos un acreedor ordinario que, por la razón que sea, no realiza la comunicación y no es incluido en la lista de acreedores del concurso inicial. En realidad, posiblemente mal asesorado²¹, decide no realizar la comunicación porque ya sabe que sólo van a ser pagados los créditos con privilegio especial. El concurso concluye sin pagar a los acreedores restantes, quedando el deudor quedará responsable del pago de los mismos y recuperando los acreedores la posibilidad de iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso (artículo 178.2 LC). La cuestión que aquí se plantea es si este acreedor podrá reclamar su deuda mediante el ejercicio de acciones individuales. En principio, no vemos impedimento para admitirlo,

²⁰ BELTRÁN Y MARTÍNEZ FLOREZ, “Comentario del artículo 178...”, op. cit., pág. 2665.

²¹ A las ventajas otorgadas por la Ley a los acreedores cuyos créditos son reconocidos en el concurso, se refieren BELTRÁN Y MARTÍNEZ FLOREZ, en “Comentario del artículo 178...”, op. cit., págs. 2660-2661.

siempre que justifique su condición de acreedor y que su derecho no está prescrito²². No creemos que la aprobación definitiva de la lista de acreedores prolongue sus efectos más allá del concurso concluido²³. La otra opción que podría plantearse el acreedor para cobrar su crédito sería instar un procedimiento concursal, un nuevo procedimiento concursal, que tendrá la consideración de reapertura si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 179.1 LC. En este caso, tampoco vemos ningún impedimento para que “nuestro acreedor” forme parte de la nueva lista como acreedor instante y, por tanto, como privilegiado general de los del artículo 91.6 LC. Creemos que se trata de un acreedor incorporado a la relación con los “acreedores posteriores” (artículo 180.1 in fine), aunque su crédito (que suponemos que no está prescrito) es anterior al concurso inicial. Es por ello que no consideramos que el Juez deba rechazar de oficio la inclusión del “nuevo acreedor concursal” a la luz de lo previsto en el artículo 180.2 in fine de la LC (“el Juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización”).

- Tratándose de concurso de persona jurídica, la cuestión resulta más compleja. Según nuestro parecer, lo justo sería adoptar una solución más o menos similar, atendiendo a las diferencias entre uno y otro supuesto. Ello pasaría por defender que, si concurriesen los presupuestos legales, los acreedores que no realizaron la comunicación de créditos ni fueron reconocidos de otro modo (no los que fueron excluidos por sentencia firme: artículo 196.4 LC, que si están afectados por lo

²² En principio, a la luz de lo previsto en el artículo 60 LC, y dado que, al igual que los demás acreedores y a pesar de su extraña situación, no recupera la acción individual hasta que concluye el procedimiento concursal, podía pensarse que la prescripción queda interrumpida desde la declaración del concurso. Sin embargo, esta postura es cuestionada por BERMEDO GUTIÉRREZ N. (“La interrupción de la prescripción”, en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. III, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 2471 y ss.), que señala que el que los acreedores no puedan pretender el cobro de sus créditos fuera del concurso, no significa que éstos no puedan entenderse manifestados en el mismo a los efectos de interrumpir la prescripción. A su juicio, la interrupción de la prescripción no tiene carácter automático, es decir, no se produce por sí sola en el momento de la declaración del concurso. Considera que para que se produzca es necesario que los acreedores comuniquen su crédito al concurso (la comunicación es equiparable a una demanda, que tiene como efecto la interrupción de la prescripción de los créditos) o que el deudor los haya reconocido cuando forma la oportuna relación de acreedores. Siendo ello así, respecto a este acreedor, “que no ha hecho nada”, la declaración de concurso no interrumpiría el plazo de prescripción de su crédito.

²³ Distinto sería el caso del acreedor excluido de la lista del concurso inicial por sentencia firme que ponga fin a los incidentes concursales, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada (artículo 196.4 LC)

previsto en el artículo 180.2 in fine), tendrían la posibilidad de solicitar la reapertura o simplemente de comunicar sus créditos en el procedimiento reabierto (artículo 85 LC). No obstante, esta solución suscita muchas dudas, puesto que como la conclusión por inexistencia de activos patrimoniales lleva consigo la extinción de la persona jurídica y de su responsabilidad patrimonial (artículo 178.3 LC), podría ser que la reapertura tuviese que limitarse a la liquidación del activo sobrevenido entre los acreedores reconocidos como tales antes de su extinción (artículo 179.2 LC).

4. Publicidad y posible impugnación del inventario o de la lista de acreedores

Concluidas las operaciones de actualización del inventario y de la lista de acreedores, la administración concursal ha de presentar el nuevo informe actualizado, cuya publicidad e impugnación se acomodarán a lo dispuesto en el Capítulo IV del Título IV de la LC²⁴. Por tanto, la presentación al Juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se notificará a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a los efectos de notificación y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado (artículo 95.2 LC), sin perjuicio de que, además, el Juez pueda acordar, de oficio o a instancia del interesado, cualquier publicidad, complementaria que considere imprescindible, en medios oficiales o privados (artículo 95.3 LC).

Para impugnar el inventario y la lista de acreedores está legitimado cualquier interesado. Sin embargo, la LC distingue, en cuanto al cómputo del plazo, según la parte esté o no personada, estableciendo que las partes personadas podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación de la presentación del informe. Para los demás interesados, el plazo de diez días se computará desde la última publicación de las previstas en el artículo 95.2, es decir, en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado (artículo 96.1). La impugnación del inventario puede consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos (artículo 96.2 LC). La impugnación de la lista de acreedores puede referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos (artículo 96.3 LC).

²⁴ Un estudio sobre las novedades introducidas por el RDL 3/2009 en materia de notificación, publicidad e impugnación del inventario y de la lista de acreedores, puede verse en ORELLANA CANO, "Aspectos procesales de la Reforma concursal en el marco del Real Decreto-Ley 3/2009", RDGP, núm. 11, págs. 148 y ss.

Transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubiesen presentado impugnaciones o, presentadas éstas, transcurridos los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las mismas. Una vez introducidas por la administración concursal las modificaciones que procedan en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe, y puestos de manifiesto durante quince días en la Secretaría del Juzgado los textos definitivos de esos documentos, junto con una relación actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, el Juez dictará la resolución que pone fin a la fase común (artículo 96.4 y 98.1 LC)²⁵.

V. LA SOLUCIÓN LIQUIDATORIA PARA EL CONCURSO REABIERTO

En el caso de las personas jurídicas, la reapertura “se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad (artículo 179.2 LC). Por ello, concluidas las operaciones descritas anteriormente, el Juez acordará, en la propia resolución que pone fin a la fase común, la apertura de oficio de la liquidación, que se regirá por lo previsto en los artículos 148 y ss. de la LC. Concluida ésta, la administración concursal realizará la correspondiente rendición de cuentas de la reapertura, según las previsiones contenidas en el artículo 181 LC²⁶.

Bibliografía

- ÁLCALA DIÁZ, M.^a A., “Comentario al artículo 176”, en PULGAR EZQUERRA/ ALONSO UREBA/ ALONSO LEDESMA/ ALCOVER GARAU, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 1457 y ss.
- ALCOVER GARAU, G., “Comentario al artículo 71”, en PULGAR EZQUERRA/ ALONSO UREBA/ ALONSO LEDESMA/ ALCOVER GARAU, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo I, Madrid, Dykinson, 2004, págs. 767 y ss.

²⁵ Con la reforma se ha añadido un párrafo 2.º al artículo 98, para establecer que está resolución será apelable y tendrá la consideración de apelación más próxima a los solos efectos de reproducir las cuestiones planteadas en los recursos de reposición o incidentes concursales durante la fase común a que se refiere el artículo 197.3 LC. Sobre la cuestión, ORELLANA, “Aspectos...”, op. cit., págs. 150-151.

²⁶ Sobre la formulación de la rendición de cuentas, PÉREZ MILLÁN, D., “Comentario al artículo 181 de la LC”, en AA.VV., *Comentarios a la Legislación Concursal*, dirigidos por PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA Y ALCOVER GARAU, T. II, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 1506 y ss.

- ALONSO ESPINOSA F. J., “Comentario a los artículos 179 y 180”, en PULGAR EZQUERRA/ ALONSO UREBA/ ALONSO LEDESMA/ ALCOVER GARAU, Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 1491 y ss.
- ALONSO LEDESMA, C., “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación, en GARCÍA VILLAVERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal, Madrid, 2003, págs. 363 y ss.
- ALONSO UREBA, A., “El artículo 48.2 LC y el marco de las relaciones de responsabilidad concursal del artículo 172.3 con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias e responsabilidad de administradores y liquidadores”, RDCYP, núm. 1, págs. 91 y ss.
- ARENA, A., *La riapertura del fallimento (Il fallimento del fallito)*, Milán, 1938.
- *Introduzione allo Studio del diritto commerciale. Fallimento e procedure concorsuali*, Milán, 1957.
- ATIENZA LÓPEZ, J., “Reapertura del concurso por incumplimiento de convenio: los créditos nacidos durante la vigencia del convenio son créditos concursales y no contra la masa”, *Revista Ceflegal*, Núm. 48/2009, págs. 11 y ss.
- BELTRÁN E./ MARTINEZ FLOREZ A., “Comentario al artículo 178”, en ROJO/BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Madrid 2004, págs. 2642 y ss.
- BELLIDO, R., “Comentario a los artículos 176, 179 y 180”, en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Madrid, 2004, págs. 2617 y ss.
- BERMEJO GUTIÉRREZ N., “La interrupción de la prescripción”, en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. III, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 2471 y ss.
- COLINO MEDIAVILLA, J. L., “La publicidad del concurso en virtud del Real Decreto-Ley 3/2009”, en RDCP, núm. 11, 2009, págs. 123 y ss.
- GADEA, E., *Iniciación al estudio del Derecho Concursal*, 2.ª Ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ OLLEROS, J: “Comentario al artículo 179”, en *Derecho Concursal Práctico (Comentarios a la Nueva Ley Concursal)*, Coord. por Fernández-Ballesteros, La Ley/Iurgium, Madrid, 2004, págs. 806 y ss.
- GONZÁLEZ GOZALO, A., “Comentario al artículo 176”, *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coord.), Tecnos, Madrid, 2004, págs. 1826 y ss.
- GUTIERREZ GILSANZ, A., “Conclusión y reapertura del concurso”, en AA. VV., *Aspectos jurídicos del concurso de acreedores (II)*, Ed ICAM, 2004, págs. 321 y ss.

- “La tramitación ordinaria del convenio en la reforma de la Ley Concursal contenida en el Real Decreto-Ley 3/2009”, en RDCP, núm. 11, 2009, págs. 99 y ss.
- LEÓN SANZ, F., “Comentario al artículo 71”, en ROJO/BELTRÁN, Comentario de la Ley Concursal, Tomo I, Madrid, 2004, págs. 1301 y ss.
- ORELLANA CANO, N., “Aspectos procesales de la reforma concursal en el marco del Real Decreto-Ley 3/2009”, RDCP, núm. 11, págs. 143 y ss.
- PÉREZ MILLÁN, D., “Comentario al artículo 181”, en PULGAR EZQUERRA/ ALONSO UREBA/ ALONSO LEDESMA/ ALCOVER GARAU, Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo II., Dykinson, Madrid, 2004, págs. 1506 y ss.
- PROVINCIALI, R, Trattato di diritto fallimentare, T. III, Milano, 1974.
- PROVINCIALI R./ RAGUSA MAGGIORE, Istituzioni di Diritto Fallimentare, Ed. CEDAM, Milán, 1988, págs. 624 y ss.
- PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de la apertura del concurso de acreedores”, en AA. VV., Derecho Concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, dirigido por García Villaverde, Alonso Ureba, Pulgar Ezquerra, Dilex, Madrid, 2003, págs. 55 y ss.
- La declaración del concurso de acreedores, Ed La Ley/Ramón y Cajal, Madrid, 2005.
- La cancelación registral de las sociedades de capital, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- RAMÍREZ, J. A., La quiebra. Derecho concursal español, Tomo III, Barcelona, Ed. Bosch, 1959.
- ROJO, A “La reforma del derecho concursal español, en ROJO, A., (Dir.), La reforma de la legislación concursal, Madrid, Marcial Pons, 2003, págs. 87 y ss
- “Comentario al artículo 2”, en ROJO-BELTRÁN, Comentario de la Ley Concursal, Madrid, 2004, Tomo I, págs. 164 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, J., “La reforma de la propuesta anticipada de convenio”, en RDCP, núm. 11, 2009, págs. 85 y ss.
- SEQUEIRA MARTIN, A, “Comentario al artículo 23”, en PULGAR EZQUERRA/ ALONSO UREBA/ ALONSO LEDESMA/ ALCOVER GARAU, Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 485 y ss.
- YANES YANES, P., “La reapertura de la quiebra”, Ed Lex Nova, Valladolid, 1992.
- “Comentario a los artículos 176, 179 y 189 LC”, en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Comentarios a la legislación concursal, T. III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 2905 y ss.

La influencia de la voluntad popular sobre la interpretación constitucional judicial en Venezuela: ¿Abuso de los conceptos jurídicos indeterminados?

Emilio J. Urbina Mendoza

Profesor doctor de Ordenación Urbanística y Teoría de la Interpretación
Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)

Recibido: 19.11.2010

Aceptado: 20.12.2010

Resumen: La asunción de un nuevo concepto en los procesos interpretativos asumidos desde 1999 por el Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional, han construido en Venezuela una secuencia de criterios sobre los cuales, todos los jueces constitucionales, deben atender el llamado de la voluntad popular como norte hermenéutico en todas las áreas de los saberes jurídicos. Esta interpretación popular constitucional, ha cincelado un discurso judicial alternativo que confronta con la lógica y la tradición jurídica occidental, permeando categorías y definiciones que poco o nada se configuran dentro del vocabulario o la teoría del Derecho. En 2007, con la fallida reforma constitucional, se trató de imponer como directriz interpretativa la supremacía popular. Sin embargo, en los 48 decretos-leyes presidenciales de 2008, se impuso el concepto de “interés público” como anclaje hermenéutico dirigido al juez constitucional, y por ende, mixtificando la esencia misma de la técnica de los “conceptos jurídicos indeterminados”

Palabras clave: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional; interpretación constitucional; voluntad popular

Abstract: *The assumption of a new concept in interpretive processes undertaken since 1999 by the Supreme Court in its Constitutional Chamber Venezuela have been built in a sequence of criteria which, all constitutional judges must heed the call of the popular will as north hermeneutic in all areas of legal knowledge. This popular constitutional interpretation has chased an alternative judicial discourse confronted with logic and the Western legal tradition, permeating categories and definitions little or nothing is set in the vocabulary or the theory of law. In 2007, with the failed constitutional reform, sought to impose as interpretive guideline popular supremacy. However, in the 48 presidential decree-laws, 2008, imposed the concept of “public interest” as the judge directed anchoring constitutional hermeneutic, and thus, warped the very essence of the concept called “vague legal concepts”.*

Key words: *Supreme Court of Justice/Constitutional Chamber; constitutional interpretation; people’s will.*

Sumario: 1. ¿El pueblo lo quiere?, ¿el pueblo lo interpreta?.—2. El concepto jurídico indeterminado y su incompatibilidad con expresiones populares.—3. El “horizonte hermenéutico” en la teoría de la interpreta-

ción jurídica contemporánea y su incompatibilidad con la “intención del pueblo”.—4. Recapitulación.

1. ¿El pueblo lo quiere?, ¿el pueblo lo interpreta?

Desde 1999, la tarea judicial por excelencia, la interpretación del Derecho¹; ha debido franquear las contradicciones existentes en la versión venezolana de la *sociedad de la multitud*, autoritariamente bautizada como el “pueblo socialista del siglo XXI”². Su carácter tumultuario y provocador más que la expresión genuina del ethos local o la esencia que para el materialismo dialéctico otorga al vocablo “revolución”; proviene de la frenética y permanente exaltación del estamento político gobernante³. Frases como “el pueblo quiere”, “el pueblo dijo”, “el pueblo repudia”, “el pueblo toma”, “el pueblo conoce al patriota y al traidor” o “el pueblo lo interpreta”; se escuchan

¹ Entendida en nuestro contexto contemporáneo -y para precisar las referencias al vocablo a lo largo de este trabajo- como la “actividad de doble naturaleza (intelectiva-volitiva) técnica sobre la aplicación concreta del Derecho”. Para más detalles véase LINFANTE VIDAL, I. *Interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 40-41. También véase OST, F. y VAN DE KERCHOVE, Michel. “Interprétation”, *Archives de Philosophie du Droit*. N.º 35, 1990, pp. 165-190. Y en la versión clásica, de la protomodernidad jurídico-hermenéutica: BETTI, E. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pp. 95-98.

² Para nuestro estudio, es importante acotar, que la nominación como “socialismo del siglo XXI” prácticamente era inexistente en la prehistoria del discurso presidencial bolivariano (1999-2004). La tesis socialista vislumbró luz pública durante el acto de instalación de la IV Cumbre de la Deuda Social (24/02/2005), aclimatando la versión original formulada por el profesor DIETERICH STEFAN, H. *Hugo Chávez y el socialismo del siglo XXI*. Instituto Municipal de Publicaciones de la Alcaldía de Caracas, Caracas, 2005.

³ En 1936, exponía el Cardenal venezolano, su Eminencia Humberto QUINTERO lo siguiente: “(...) *Un agitador cualquiera, un parlanchín exaltado se presenta ante una multitud de ciudadanos más o menos incultos; grita y vocifera; prorrumpen en vítores y condenaciones: la multitud sugestionada por el imperio misterioso que tiene la voz humana, corea esas condenaciones y vítores y en el momento, sin reflexión alguna, inconscientemente, hace suyas las ideas que el agitador sugiere. ¡Y se pretende luego que esas ideas sean la expresión del pueblo soberano! (...)*”. En: *Escrituras de antier*. Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1974, p. 168. Vale la pena destacar que en la cultura clásica latina era nítida la frontera entre “populus” y “vulgus” como a continuación se verifica: Séneca [*De vita beata*] 2: “*Vulgus veritatis pessimus interpres*”. Horacio [*Satiras*] I, 6, 15-17: “*qui stultus honores/Saepe dat indignis et famae servit ineptus./ Qui stupet in titulis et imaginibus*”. Marco Tulio Cicerón [*Oratio pro Plancio*] 4, 9, ha denunciado los peligros que para el Derecho representa el vulgus: “*Non est enim consilium in vulgo, non ratio, non discrimen, non diligentia, semperque sapientes ea quae populus fecisset ferenda*”. Tito Livio [*Ad Urbe condita*] 28, 27: “*Multitudo omnis sicut natura maris, per se immobilis est; ventus et aurea cient*”. Tácito [*Anales*] I, 20, grafica la realidad en ciernes: “*Nihil in vulgo modicum; terrere, ni paveant; ubi pertinuerint impune contemni*”.

en labios de aquellos que no se comportan como el pueblo o no defienden los intereses de éste. En fin “pueblo” se impone como contraseña in fungible que abre y cierra debates, incluyendo, el trabajo dianoético del sentenciador.

Este supuesto direccionamiento popular de la intención interpretativa, nada nueva desde que fuera acuñada a finales del siglo XVIII⁴, ha estado presente en los auditorios político-partidistas venezolanos desde 1945. Sin embargo, su aparición directa sobre el fenómeno jurídico patrio, topa con la encrucijada histórica de 1998, signada por un taladrante voluntarismo presidencial de conquista sobre el resto de instituciones del Estado. La versión bolivariana de pueblo “golpearía” la puerta pretoriana de la extinta Corte Suprema de Justicia, franqueada hasta ese momento por la prudencia de un Derecho público, que gracias a la Constitución de 1961, era transaccional, no militante y por sobretodo, progresivo.

En el polémico fallo⁵ que autorizaría la realización de la Asamblea Constituyente de 1999 convocada luego por el Presidente Hugo Chávez Frías⁶, el magistrado Humberto J. La Roche, plantearía el dilema que articuló jurídicamente la introducción de la palabra “pueblo” en los procesos interpretativos constitucionales: *soberanía popular vs. Supremacía constitucional*. Desde entonces -y como preludio de las patologías hermenéuticas del actual Tri-

⁴ Véase de CHATEAUBRIAND, F. *Memorias de ultratumba*. (Trad. de José Ramón Monreal). Editorial Acanalido, Barcelona, 2006, p. 231 y ss. También, véase CAREY, G. “La sabiduría de El Federalista”, *Revista de Estudios Públicos*. Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, N.º 13, 1984, pp. 1-24. ELTON, M. “Rousseau y la fundamentación moral del contrato social”, *Revista de Estudios Públicos*. Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, N.º 36, 1989, pp. 273-308.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela. Sala Político-administrativa. Caso: *Raúl Pinto Peña y otros*. 19/01/1999. Expediente n.º 15395. Para mayor ahondamiento, véase HERNÁNDEZ CAMARGO, L. “La teoría del poder constituyente. Un caso de estudio: El proceso constituyente venezolano de 1999”, *Táchira Siglo XXI*. San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, N.º 15, 2000, pp. 53 y ss. El profesor Allan BREWER-CARÍAS abordó el tema en varias oportunidades, analizando las implicaciones que trajo consigo no sólo esta sentencia, sino las subsiguientes. En: *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas Tomo I, 2004, pp. 41-47. Es importante señalar la nomenclatura de los más altos tribunales venezolanos. En la Constitución de 1961 (derogada por la vigente de 1999), se estableció a la Corte Suprema de Justicia como el más alto Tribunal de Venezuela. Dicha Corte funcionaba en cuatro Salas (Plena, Político-Administrativa, Casación Civil y Casación Penal). Según la legislación, era competente para conocer de las materias de Derecho Público, la Sala Político-Administrativa, y el llamado “control concentrado de la constitucionalidad”, a la Sala Plena.

⁶ Decreto Presidencial n.º 3, *mediante el cual se establece la realización de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente*, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela (órgano equivalente al Boletín Oficial de Estado en España) n.º 36.634 del 2 de febrero de 1999.

bunal Supremo de Justicia⁷- con la expresión “pueblo”⁸, la *intentio lectoris*⁹-desterrada y cuestionada por la teoría de la interpretación por su unilateralidad- ha retomado los espacios del pensar tribunalicio venezolano como un fantasma capaz de fragmentar las bases del Estado Social de Derecho, así se invoque éste último con argumentos ideológicos expresos para justificar otro modelo de Estado no contemplado ni siquiera remotamente en la arquitectura constitucional de 1999¹⁰.

Lo sorprendente de esta reorientación no estriba en la capacidad heurística para concebir mundos jurídicos bizarros u otro Derecho, como bien

⁷ En la arquitectura Constitucional de 1999, el más alto Tribunal venezolano asume el nombre de Tribunal Supremo de Justicia, organizado en siete salas, a saber: Plena, Constitucional, Político-Administrativa, Casación Civil, Casación Social, Casación Penal y Electoral.

⁸ En la Sentencia n° 24/2003 del 22/01/2003 (Caso: *Elba Paredes Yéspica y Agustín Hernández*), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, se pronunció al respecto sobre qué debía entenderse por el concepto de “pueblo” en los siguientes términos: “(...)El mandato imperativo ha sido expresamente reconocido por el Constituyente de 1999, al consagrar como eje fundamental de la democracia participativa, la exigencia de la rendición de cuentas (artículo 66) y la posibilidad de la revocatoria de cargos y magistraturas de elección popular mediante referendo (Artículo 72).

Por lo expuesto, debe concluirse que el sentido que debe asignarse al pueblo de Venezuela es el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades.

Por otra parte, en la medida en que la soberanía reside de manera fraccionada en todos los individuos que componen toda la comunidad política general que sirve de condición existencial del Estado Nacional, siendo cada uno de ellos titular de una porción o alícuota de esta soberanía, tienen el derecho y el deber de oponerse al régimen, legislación o autoridad que resulte del ejercicio del poder constituyente originario que contrarie principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos; y así se decide (...)”

⁹ En la teoría hermenéutica fundamental, la intención como criterio para definir un texto, es abordada desde una triple óptica: La interpretación como búsqueda de la *intentio auctoris*, la interpretación como búsqueda de la *intentio operis*, y la interpretación como *imposición en la intentio lectoris*. La teoría clásica ha primado el enfrentamiento de intenciones para la búsqueda de una respuesta hermenéutica armónica. Véase ECO, U. *Los límites de la interpretación*. (Trad. de Helena Lozano), Editorial Lumen, Barcelona, 2000, p. 29.

¹⁰ El ejemplo más gráfico de la afirmación se verifica en el fallo de la Sala Constitucional, mejor conocido como Caso *Asodiviprilara* (Sentencia n.º 85/2002 del 24/01/2002). El Tribunal Supremo de Justicia asume para la construcción de los enunciados lingüísticos -incomprensiblemente familiarizada- una jerga ideológica que para un tribunal que decide ajustado a Derecho, debe ser alérgica. Palabras como “explotación desproporcionada” o atribuirle un carácter exclusivamente prestacional al Estado, como en esa oportunidad marcó el TSJ, dista del discurso jurisprudencial que el Derecho en occidente ha sostenido a los largo de medio siglo sobre el moderno Estado Social. Para más detalles, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y Facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, N.º 10, 1984, pp. 11-61.

explicaba hace algunos años el catedrático Alejandro Nieto García¹¹. Lo que asalta hasta llegar al asombro del estudioso en Venezuela y quizá del Derecho comparado, resulta de la adaptación de técnicas interpretativas, conceptos y demás mecánicas adoptadas y consolidadas por la teoría del Derecho contemporánea, al nuevo Derecho y Justicia funcional, antiformalista, social y revolucionaria de Venezuela¹². Entre los que sobresalen, con mayor adicción entre los máximos juzgadores constitucionales venezolanos, es el concepto jurídico indeterminado “interés social”.

2. Los conceptos jurídicos indeterminados y su incompatibilidad con la expresión popular

Más allá de los peligros que pueda significar para el patrimonio jurídico-jurisprudencial venezolano un activismo hermenéutico desmedido [Vgr. empleo de técnicas interpretativas osadas, retorno al periclitado uso alternativo del Derecho], es más preocupante la presencia de elementos extrajurídicos direccionadores de los criterios argumentales que justifican las sentencias. Si durante la última década el foro académico ha manifestado su incompreensión ante diversos tipos de sentencias del TSJ, que desdicen de cualquier institución o rama jurídica porque se “tutelan” los intereses del pueblo; la profundización de dichos criterios discrecionales ha ido poco a poco introduciéndose en las mentalidades de casi todo el aparato judicial, por más que

¹¹ NIETO GARCÍA, A. *Crítica de la razón jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 81-101.

¹² El 26 de enero de 2006, el magistrado de la Sala Constitucional, Eduardo Cabrera Romero, fue enfático en su discurso de apertura del año judicial venezolano 2006, al catalogar la justicia nacional como un instrumento para que “(...) el pueblo ávido de un cambio social de justicia lo solicitó y fue complacido con la implementación de una legislación acorde con su clamor, en el cual el Estado garantizará el estado de derecho, la equidad y un excelente desarrollo social (...)” (Cursivas nuestras). Posteriormente, durante la apertura del año judicial venezolano 2007 (26/01/2007), el orador de orden en esa oportunidad fue el entonces Presidente del TSJ, Magistrado Omar Mora Díaz. En su discurso logró colar la subordinación del Poder Judicial venezolano a los designios del actual Presidente de la República, al aceptar un llamado que hiciera el propio Hugo Chávez Frías a todos los órganos del Estado, acerca del ejemplo revolucionario. En la apertura del año judicial venezolano de 2008 (28/01/2008), la actual Presidente del TSJ señaló la importancia del rumbo judicial que garantice “(...) como un ideal de igualdad y de paz, que los excluidos de la justicia logren encontrarse con sus jueces (...)”. Acto seguido, el orador de orden, Magistrado de la Sala Constitucional Francisco Carrasquero, fue enfático en la legitimidad que tienen los jueces -sobre todo los que ejercen competencia constitucional- “(...) Especialmente la Sala Constitucional como máxima intérprete de la Constitución Bolivariana. Hoy como nunca la sociedad venezolana tiene un *ampuloso acceso a la justicia humana e igualitaria* para dilucidar los conflictos jurídicos sociales en función de las *necesidades del pueblo (...)*” (Cursivas nuestras). Los discursos citados pueden ser recuperados en la web-site del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, específicamente en el link que archiva las “Notas de Prensa” [<http://www.tsj.gov.ve>]

la reforma constitucional de 2007 fue rechazada por la población. Lamentablemente, en 2008, al año de la fallida reforma de la Constitución de 1999, la palabra “interés popular”, “pueblo”, “utilidad pública o social”, o su reciente abstracción operativa¹³ “Poder Popular” se introdujo en casi toda la legislación vigente, en específico, en los 48 Decretos con rango y fuerza de Ley y las pocas leyes formales aprobadas por la Asamblea Nacional¹⁴.

La introducción o mejor dicho “abuso” de los conceptos jurídicos indeterminados, se ha transformado en este momento como uno de los elementos determinantes que debe aplicar el sentenciador constitucional a la hora de resolver una litis o recurso. Lo más resaltante no estriba en su enunciación como concepto jurídico indeterminado, sino, que se le atribuye a éste concepto otra acepción que en nada se asemeja a lo estudiado por la doctrina y jurisprudencia comparada al respecto.

Afortunadamente¹⁵, para la teoría del Derecho en Venezuela, la mencionada reforma no obtuvo los votos afirmativos necesarios para imponerse,

¹³ Por abstracción operativa entendemos como la aplicación en términos pragmáticos del núcleo “duro” de un concepto o institución. En el caso que nos ocupa, el pueblo, operacionalizado en la teoría jurídica como “voluntad general”, termina debilitando la voluntad individual de los ciudadanos en la medida que los asuntos se alejan de su círculo de influencia inmediata, no tanto en el plano material, sino, en la capacidad de la élite política que gobierna para deformar o manipular dicha voluntad general. Para más detalles, véase GÓNZÁLEZ NAVARRO, F. *Derecho administrativo español*, EUNSA, Navarra, 1995, pp. 84-86. Esta voluntad general termina siendo para los jueces una excusa de cumplir los deseos del “pueblo soberano” para cometer impunemente “fraude al Derecho”, como bien lo explicitara GONZÁLEZ NAVARRO, F. *De la justicia de los jueces y de otros sintagmas afines*. En: AAVV. *Libro Homenaje a Villar Palasí*, Editorial Civitas, Madrid, 1989, p. 533.

¹⁴ De manera incomprensible, los Decretos-leyes presidenciales de 2008 introdujeron conceptos jurídicos indeterminados hasta en materias que para nada se asocian con lo popular como son las tarjetas de crédito. Para citar algunos ejemplos, véase Decreto-ley n° 6.217 de reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.890), Decreto-ley n° 6.071 de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.889), Decreto-ley n° 6.129 de Ley de Salud Agrícola Integral (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.890), Decreto-ley n° 6.092 de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso de los Bienes y Servicios (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.889) Decreto-ley n° 6.220 de Ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.891), Decreto-ley n° 6.069 de Ley de Transporte Ferroviario Nacional (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.889), Decreto-ley n° 6.072 de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.889, Decreto-ley n° 6.267 de Ley del Instituto Nacional de la Vivienda (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.892), Decreto-ley n° 6.126 de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.890), Decreto-ley n° 5.999 de Ley Orgánica de Turismo (Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.889). Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico. Gaceta Oficial n° 39.021 del 22/09/2008.

¹⁵ La propuesta de fallida reforma constitucional de 2007 estuvo centrada en un total de 69 artículos de la Constitución de 1999. Entre los argumentos esgrimidos por los apologistas, empezando por el Presidente de la República en ejercicio, sobresale una supuesta devo-

pero se escabulló de otras maneras todavía más reñidas con la técnica occidental. Por apenas un estrechísimo margen electoral¹⁶, la opción negativa a la reforma, se impuso sobre los deseos presidenciales de aprobación. Sin embargo, en forma inmediata al anuncio del primer boletín del CNE, el Presidente de la República convocó una cadena nacional de radio y televisión, anunciando que el proyecto de reforma por él propuesto no quedaría engavetado. Que intentaría por otras maneras imponerlo, preferiblemente, por iniciativa popular. El febrero de 2009 el Presidente logró modificar sólo el articulado referido a las restricciones en la reelección de todos los cargos públicos, por vía de la llamada enmienda constitucional.

Ahora bien, independientemente de las amenazas sobre la vigencia del proyecto de reforma constitucional de 2007, de haberse aprobado en 2007 -cumpliéndose la profecía de Von Kirchmann- el verbo inequilibrado de ese constituyente aplazado, terminaría por echar al cesto de la basura los avances obtenidos para la teoría de la interpretación jurídica venezolana en los últimos 30 años. En pocas palabras era previsible en la futura argumentación jurisprudencial patria (a todos los niveles), el fin del horizonte hermenéutico como criterio fundante del proceso interpretativo, y lo peor, el retorno a la interpretación ideológica auténtica, gracias a la sobreinterpretación del vocablo “pueblo bolivariano¹⁷” y su predicado sintagmático: “el socialismo”.

Ahora bien, qué ha entendido la doctrina al respecto sobre el denominado “concepto jurídico indeterminado”. Como bien lo ha destacado García de Enterría¹⁸, aquéllos son los casos de regulaciones en las cuales el sentido concreto para la aplicación de la norma, no está resuelto ni está determinado con exactitud en la ley. Estos conceptos son cláusulas de apreciación consi-

lución al “pueblo” de su soberanía. La “democracia plena” en este caso es confundida con voluntarismo populista, trastocando los ejes básicos del Derecho Público, en especial, el constitucional. Véase MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C. *Postmodernidad y Derecho Público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 177-180.

¹⁶ La metodología utilizada para el referéndum de la reforma constitucional de 2007, dividió en dos bloques las consultas. En el llamado Bloque “A”, se agruparon los artículos originarios propuestos por el Presidente de la República en su proyecto de agosto de 2007. Dentro del Bloque “B”, se encontraban los artículos reformados por la Asamblea Nacional durante sus deliberaciones como poder constituyente derivado. Ambas opciones fueron derrotadas electoralmente. Los resultados fueron los siguientes: Bloque “A”: Si (4.379.392, correspondiente al 49,29%) No (4.504.354, correspondiente al 50,7%). Bloque “B”: Si (4.335.136, correspondiente al 48,94%) No (4.522.332, correspondiente al 51,05%). Para revisar detalladamente los resultados, véase el web-site del Consejo Nacional Electoral www.cne.gov.ve.

¹⁷ Sobre la concepción de pueblo en el imaginario de Simón Bolívar, véase URBANEJA, D.B. *Bolívar, el pueblo y el poder*, Fundación para la Cultura Urbana, Caracas, 2004.

¹⁸ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, N° 38, 1962, p. 171.

deradas para excluir toda discrecionalidad absoluta, en el sentido que el Derecho administrativo lo ha empleado desde el segundo tramo del siglo XX.

Como bien ha explicitado el profesor Allan Brewer-Carías, en los “(...) conceptos jurídicos indeterminados, la operación que realiza la Administración es de naturaleza intelectual la administración, cree, juzga, estima, aprecia (...)”¹⁹ esa realidad que se enmarca en la hipótesis normativa. Para el intérprete judicial también se asume como una guía para la “apreciación objetiva, diferenciada claramente de las potestades discrecionales”, como lo sostuvo por muchos años la extinta Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia pacífica en la materia.

Los conceptos jurídicos indeterminados fueron para el Derecho venezolano durante más de cuatro décadas una de las técnicas de apreciación e interpretación de la realidad que emplea la Administración y el Poder Judicial para diferenciar los casos donde el intérprete posee la potestad para elegir entre varias opciones (discrecionalidad a secas) y una sola decisión jurídicamente admisible. En estos conceptos jurídicos indeterminados, lo peculiar, es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto, es decir, o hay utilidad pública, o no la hay²⁰.

Así, durante muchos años, en el discurso jurisprudencial venezolano se mantuvo acorde con los estándares del Derecho comparado iberoamericano toda noción del concepto jurídico indeterminado. Inclusive, el legislador en su técnica de confeccionamiento de las leyes, era cuidadoso con las calificaciones y el empleo de estos conceptos. En la actualidad, a raíz de la cultura constitucional impregnada desde la reforma frustrada precisamente por la genuina voluntad popular verificada en el sufragio; el uso legislativo de estas palabras que no son sencillamente palabras sino toda una técnica de interpretación, se verifican en una suerte de llave mágica popular a los cuales obligan a todo juez ante un conflicto donde deba interpretar la normativa.

Con la palabra “pueblo”, “Poder Popular” y muchas otras lo que realmente se esconde es el otorgamiento de la más vasta discrecionalidad judicial -y administrativa-. Por ejemplo, no concebimos un artículo, cónsono con lo que realmente es un concepto jurídico indeterminado, como el que a continuación se cita:

Artículo 7: La materia regulada en la presente Ley es de **orden público e interés social**, por lo tanto los derechos aquí establecidos no pueden ser objeto de renunciaciones por convenios particulares (negritas nuestras)

¹⁹ BREWER-CARÍAS, A. *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 116.

²⁰ BREWER-CARÍAS, A. *Ob. Cit.*, pág. 119.

El dispositivo transcrito es de la Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico. Como puede colegirse, el ámbito de las tarjetas de crédito como producto financiero en Venezuela, por la confusión del legislador, es materia de orden público. Esto obliga a todo juzgador a interpretar los posibles conflictos ventilados en los tribunales mercantiles, que en situación de duda, se aplique la directriz del interés público. Esto reduce el concepto jurídico indeterminado, por causa de una mal llamada “voluntad popular” a desfigurarlo en otra categoría caprichosa y hasta repleta de toda carga de arbitrariedades.

Tal y como hicimos alusión a la Ley de Tarjetas de Crédito vigente en Venezuela, la misma suerte corre los ámbitos de los bienes, servicios, turismo, transporte, alimentos, salud, canalizaciones, navegación, transporte ferroviario, aéreo, marítimo, abastecimiento de materia prima para la agricultura, ecología y casi todos los ámbitos de la vida cotidiana venezolana se encuentra inmersa en este voluntarismo estatal para nada popular.

La situación que hoy plasmamos en estas líneas, que no es más que la burda manipulación de los conceptos jurídicos indeterminados para transmutarlos en una suerte de cláusula de “no interpretación judicial de la norma”, cerrando el amplio compás previsto en la teoría de la interpretación jurídica contemporánea. Para cristalizar la situación, nunca vista en Derecho comparado, en estos momentos (finales de 2010), la Asamblea Nacional (órgano equivalente a las Cortes Generales de España), se encuentra en discusión de dos textos legales que afirman la llamada “supremacía del Poder Popular”. Hacemos referencia a los Proyectos²¹ de Ley de Comunas (artículo 63) y la Ley Orgánica de Participación y Poder Popular. En este último, se define ese Poder Popular como:

“A los efectos de la presente ley se entiende por:

- Poder Popular: Es el poder del pueblo organizado, en las más diversas formas de participación, para la **toma de decisiones en todos sus ámbitos** (político, económico, social, ambiental, organizativo, internacional y **otros**) para el ejercicio pleno de la soberanía”²²

El artículo del proyecto citado es más que explícito en relación a lo que en su momento denunciábamos²³ cuando se intentaba imponer la fracasada

²¹ Los proyectos legislativos pueden ser consultados en la web-site de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. www.asambleanacional.gov.ve

²² Artículo 5 del Proyecto de Ley Orgánica de Participación y Poder Popular.

²³ Véase URBINA MENDOZA, E. “La (sobre) interpretación popular constitucional y la Reforma de 2007: ¿Retorno hacia la interpretación ideológica auténtica?”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, N° 112, 2007, octubre/diciembre, pp. 59-63.

reforma constitucional de 2007, es decir, la edificación del más pesado de los anclajes hermenéuticos como son las prohibiciones directas al sentenciador, invocando, nada menos y nada más que la soberanía popular.

La aprobación de este articulado en sendos proyectos de leyes, señalados por el Presidente de la República, como “puntos de honor del socialismo del siglo XXI”, nos retorna a estadios en nuestra materia hermenéutica superados desde la postguerra. En sí, lo más vulnerable de estos anclajes o direccionamientos se centra en la pérdida del llamado “horizonte hermenéutico” que todo sentenciador en nuestros días racionaliza para la consecución de los argumentos que sustentarán la sentencia definitiva.

3. El “horizonte hermenéutico” en la teoría de la interpretación jurídica contemporánea y su incompatibilidad con la “intención del pueblo”

Luego de las crisis que supuso para el estado liberal de Derecho el fin de una teoría clásica de la aplicación de la ley, como la conocimos²⁴, donde el sentenciador exclusivamente debía trabajar en el universo deductivo del silogismo y la forma normativa positiva²⁵; la teoría de la interpretación jurídica fue asumiendo una visión pluralista donde no sólo interviene la lógica formal sino otras fuentes no precisamente jurídicas. Este pluralismo, primeramente, no sólo dará al traste con el método exegético²⁶, sino que condujo a la formulación teórica de las versiones interpretativas²⁷, seccionando en dos fases diferenciadas la actividad hermenéutica.

La primera fase, que llamaremos *intelectiva*, donde el esquema de Savigny (teoría de los elementos de la interpretación)²⁸ es aplicado con sus

²⁴ Sobre estos procesos de cambio paradigmático de la hermenéutica jurídica, véase NIE-TO GARCÍA, A. *Crítica de la razón jurídica*, pp. 153-178.

²⁵ Véase MASSINI, C.I. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, pp. 10 y ss. También, CASTÁN TOBEÑAS, J. *Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho*, Editorial Reus, Madrid, 1947.

²⁶ Véase HUSSON, L. “Analyse critique de la méthode de l’exégèse”, *Archives de Philosophie du Droit*. París, Dalloz, n.º 17, 1972, pp. 115-133. A diferencia de lo que se percibe como el bloque de la exégesis, la escuela exegética del Derecho experimentó grados, modalidades y dimensiones temporales que diluirán el acento talmúdico originario. Véase ECKART, O. “Ermeneutica giuridica nella Bibbia ebraica”, *Ars interpretandi*. Pádova, Università degli Studi di Pádova, n.º 3, 1999, pp. 215-218.

²⁷ Formulada por WRÓBLELSKY, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 57; la teoría de las versiones interpretativas sugiere que el juez al momento de escoger la “versión interpretativa”, necesariamente producir una “decisión justificable” tanto en los argumentos que la sustentan como en los razonamientos apropiados.

²⁸ Fase que está presente por disposición del artículo 4.º del Código Civil venezolano, incardinándonos en los sistemas interpretativos tasados, que, podría considerarse como un “consejo hermenéutico” formulado por el legislador. Véase DE LA VEGA BENAYAS, C.

variantes teóricas²⁹. La segunda etapa, de clara naturaleza *volitiva*, determina la escogencia de la “versión interpretativa” más acorde con las exigencias de justicia que requiera el caso. Así, la clásica pregunta que le hacía el sentenciador a Hermes cada vez que debía resolver una causa ¿qué significa esta norma?, se trasmuta en nuestro tiempo hacia ¿de qué lado estás en las múltiples respuestas y visiones hermenéuticas que permite la norma jurídica abstracta?³⁰.

Este avance permitiría el desmontaje de las citadas teorías de las “mens”, en la cual, el intérprete, indagaba exclusivamente la intención del autor (en nuestro caso constituyente)³¹ como única fuente válida para entender las estipulaciones lingüísticas del texto normativo. La “intención del constituyente”, hoy en día, al contrario de las enseñanzas de la modernidad jurídica clásica, se fusiona con la intención del operador jurídico que interpreta la norma. *Intérprete interpretado* en terminología gadameriana³², que termina por introducirnos en una concepción dialógica y nada descriptiva sobre la interpretación.

De esta manera, intérprete y autor del texto jurídico dialogan en la medida en que están comprendidos dentro de un *tercer horizonte*, del que no disponen, pero, en el cual y por el cual están dispuestos a argumentar³³. Así, el “horizonte hermenéutico”, el mismo que ha posibilitado los cambios jurídicos, opera y reconoce la existencia de otras versiones que mitifican la “única respuesta correcta en Derecho”³⁴. En el caso que nos ocupa, en Venezue-

Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código Civil, Editorial Civitas, Madrid, 1976, p. 113.

²⁹ A la par de los elementos clásicos de Savigny (gramatical, histórico, sociológico), la justicia constitucional ha creado otros de igual jerarquía y alcance, tales como: el elemento ético, el de conformidad con la Constitución, el de conservación de normas y de la continuidad del ordenamiento; el elemento de la plenitud, la no redundancia, el lugar material del significado de una disposición; el criterio analógico y otros. Véase PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. y DE ASIS ROIG, R. *Curso de Teoría del Derecho*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 234.

³⁰ BROEKMAN, J. *Derecho, filosofía del Derecho y teoría del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1997, p. 144.

³¹ Sobre el papel de la “intención” en la hermenéutica jurídica, véase RAZ, J. “La intención en la interpretación”, *Doxa: Revista de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidad de Alicante, n.º 20, 1997, p. 201.

³² GADAMER, H.G. *Acotaciones hermenéuticas*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 13-22.

³³ VATTIMO, G. “La hermenéutica como Koiné”, *Revista de Occidente*. Madrid, n.º 80, 1988, p. 106.

³⁴ Sobre el particular véase los trabajos de AARNIO, A. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio del razonamiento jurídico”, *Doxa: Revista de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidad de Alicante, n.º 8, 1990, pp. 23-38. También, BARRAGÁN, J. “La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica”, *Doxa: Revista de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidad de Alicante, n.º 8, 1990, pp. 63-74.

la se pone en peligro este delicado equilibrio hermenéutico al cercenarse ese horizonte que la doctrina ha reflexionado como meta interpretativa de todo juez, máxime, el constitucional.

Ahora bien, la expresa vinculación de *todos* los órganos del Estado hacia la protección y promoción de la democracia socialista, protagónica del “pueblo”, como se lee en el tenor de los artículos previstos en los proyectos de leyes supra identificados, así como de la legislación vigente desde 2008; no sólo obligan y direccionan la hermenéutica del juez constitucional hacia esos cometidos valóricos, sobreinterpretando el texto, sino, que nos retrotraen al discurso hermenéutico de principios del siglo XIX -veda en interdicción al poder interpretativo libre del juez- cuya máxima expresión es la categoría mejor conocida como “interpretación auténtica del Derecho”³⁵.

4. Recapitulación

Tal y como expusimos en las líneas precedentes, desde 2007, en teoría de la interpretación jurídica, Venezuela va encaminada hacia un retroceso teórico inaceptable. Mucho menos a finales de la primera década del siglo XXI, cuando se han zanjado problemas fundamentales de la hermenéutica jurídica occidental, puede el Derecho venezolano concebir un claro instrumento de muerte para las bases del sistema democrático fundamentado en Derecho y no en discursos ideológicos, sino, las pocas esperanzas que la sociedad venezolana tiene sobre el sistema de administración de justicia. Es importante destacar, como problema que nos afecta a todos los que hacemos y trabajamos el Derecho, levantar nuestras voces de protesta científica ante

³⁵ Como indica la doctrina, esta categoría de interpretación la realiza el propio órgano creador del texto legislativo. Sus orígenes se remontan a finales del siglo XVIII, cuando por vía de ley (Ley francesa 24-90) se castigaba como delito la interpretación judicial del ordenamiento normativo. En Venezuela, sostenemos, fue reintroducida a finales de 1998, cuando, en Gaceta Oficial aparecen publicados junto al texto legal, un título en la parte superior derecha de cada uno de los artículos, indicando el legislador su sentido y alcance. Con la reforma constitucional fracasada de 2007 no sólo se cristalizará esta práctica que altera los textos normativos, sino, que atará de manos al juez al tener que decidir siempre a favor de una mal llamada “voluntad popular”, lamentablemente vivenciada en la Alemania nazi por intermedio de la jurisprudencia del Tribunal del Pueblo (Volksgerichtshof). Véase MÜLLER, I. *Los juristas del horror*. (Trad. Carlos Figueredo), Editorial Actum, Caracas, 2006, pp. 193-195. En 2001, ya la Sala Constitucional habría adelantado algo sobre este direccionamiento popular en la interpretación constitucional (Sentencia 1309 del 19/07/2001: Caso *Hermann Escarrá*), al sostener: “(...) no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta (...) la interpretación o integración debe hacerse ohne Naturrecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva cuyo sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano (...)” (Subrayado nuestro).

tan artificial criterio de satisfacción a las masas, no al genuino pueblo venezolano que aspira un mejor futuro.

En segundo lugar, está desenmascarada la pretensión del legislador venezolano de asumir los conceptos jurídicos indeterminados y modificarlos en cláusulas de anclaje legislativo, cual suerte de entelequia que suprime el horizonte hermenéutico a que hicimos alusión como norte en la argumentación judicial, impone a nosotros doblar los esfuerzos en los estudios sobre la materia y de esta manera evitar que pasen por inadvertidos.

CONFERENCIA

Otra regulación interina de la incapacidad temporal. La eterna anarquía regulatoria de una contingencia transitoria

Víctor Fernando Manrique López

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Deusto

Recibido: 26.07.2010

Aceptado: 02.09.2010

La Incapacidad Temporal se conoce con su actual denominación desde la Ley 42/94 de 30 de diciembre, eliminando del glosario de conceptos de la Seguridad Social la denominada Incapacidad Laboral Transitoria y queda definida como “aquella situación en la que se encuentran los trabajadores impedidos temporalmente para trabajar debido a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras reciban Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social, así como los periodos de observación por Enfermedad Profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos”.

El objetivo de esta prestación no es otro que el de subvenir a las necesidades económicas a las que se ve avocado quien deja de percibir sus retribuciones salariales. De ahí, como se ha apuntado, la tradicional búsqueda de la Entidad Gestora por descubrir la piedra filosofal del control de la gestión de la IT para detener el incremento de gasto que esta prestación ha experimentado con el tiempo.

Es también, una de las causas de suspensión del contrato de trabajo, según establece el Art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, y, por lo tanto, exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo.

La alteración de la salud unida a la pérdida de ingresos derivados del trabajo es lo que constituye, como se ha indicado, la situación de necesidad, conllevando la reserva del puesto de trabajo mientras dure la causa legal de la suspensión.

El control del gasto, derivado de la Incapacidad Temporal, es un clásico del legislador o como señalaba el profesor Mercader, y constituye una tradición a la vez que un rasgo unificador de las reformas que en los últimos 30 años se han producido en materia de Seguridad Social.

Un repaso no excesivamente pormenorizado de una cualquiera de las colecciones legislativas, evidenciaría, a simple vista, que la regulación de la otrora Incapacidad Laboral Transitoria, es la que más cambios legales y reglamentarios ha sufrido. “Estos cambios han afectado a todos los aspectos que la integran: a su denominación, a su concepto, a su duración, a su cuantía y a su gestión; su falta de estabilidad normativa es reflejo de su trascendencia, complejidad y conflictividad” (Rocío Molina González Pumariega).

Las razones a las que responden los numerosos cambios legislativos, son de distinto índole pero, en última instancia, convergen en una única causa, el ingente y constante incremento del coste, en primer término económico de esta prestación (tasas de crecimiento de un 14% hasta el 2007 y a un descenso del 11% para los primeros ocho meses del 2009; si bien, en el primer trimestre del 2010 se ha producido un notable incremento) y en segundo término, también el coste social de la contingencia protegida, y en la imperiosa necesidad de mejorar la eficacia de su gestión.

Las reformas que se han venido sucediendo se han producido para contener su crecimiento e intentar reducir su coste, entre otros motivos, aumentando, al mismo tiempo, las medidas de control sobre el nacimiento y la dinámica de la misma, con objeto de evitar las situaciones de abuso y fraude.

Así, las reformas de los últimos años en la materia, debido a ese incremento constante y alarmante del gasto en Incapacidad Temporal, se han centrado de manera casi exclusiva en la ordenación de sus mecanismos de control, en base a la idea de que un mayor control llevará a una reducción del gasto (Tortuero Plaza).

No sólo, por tanto, las Entidades Gestoras están interesadas en una mejor gestión de esta contingencia sino las propias empresas, pues, como se ha indicado, no es sólo un problema económico, sino también uno de los principales problemas de la gestión empresarial, puesto que supone una pérdida de dinero y una pérdida de productividad; no debiéndose olvidar, que la Incapacidad Temporal, o baja laboral a la que se acogen los trabajadores, supone ya un 80% del total del absentismo laboral que registra una empresa. Un dato más, la IT representó en el año 2008 el 69,3% de las horas no trabajadas. Sólo en el año 2007 se perdieron prácticamente seis días (44,5 horas) de trabajo por trabajador

Libros de todas las gamas cromáticas han incidido en esta materia, sobre la premisa de la presunción de fraude en la obtención y mantenimiento de esta prestación, el libro blanco en 1977, el libro rojo en 1981, el libro verde del mismo año, el libro naranja en 1985, secundados por diferentes reformas legales entre las que destacan en la línea del permanente recorte, el Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, que reduce en las contingencias comunes el porcentaje aplicable a la base reguladora para determinar el subsidio, desde el 75% al 60%, durante los días 4.º a 20.º (con el objetivo de penalizar las bajas de corta duración), y aquella que trasladó al empresario el coste de esta prestación entre los días 4.º a 15.º (con ánimo de ahorro de su coste: para las Gestoras) en consonancia con experiencias comparadas en países europeos; si bien con menor incidencia sobre los empleadores patrios. Me refiero al R.D Leg. 51/92, cuya constitucionalidad cuestionada sobre la base de una quiebra de las garantías públicas de nuestro sistema, fue rechazada por un entonces más diligente Tribunal Constitucional, en su sentencia de 10 de febrero de 1994 (n.º37/1994) al decir: “Como ha afirmado el Tribunal Cons-

titucional (STC 37/1994, de 10 febrero) el derecho a la Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, que admite dentro de un sistema de protección social pública (artículo 41 CE) supuestos de responsabilidad privada, siempre que no se altere sustancialmente el régimen de cobertura pública. El hecho de que el artículo 131 citado -y preceptos de que traen origen- admita e imponga la obligación al pago, durante un período determinado, de la prestación o subsidio de Incapacidad Temporal al empleador, únicamente conlleva la modificación de la obligación por sustitución de la persona del deudor (conforme el artículo 1203.2.º del Código Civil), pero no su novación o extinción (según reiterada doctrina de la Sala Primera de este Tribunal -entre otras Sentencias, la de 24 junio 1988 (la novación por cambio del deudor no se presume, sino que ha de resultar de modo inequívoco). Tribunal, que hoy, válgame la digresión, rechaza más del 99% de los recursos de amparo que se presentan y anda escaso de tiempo e ingenio para resolver aquellos que acucian.

En relación con lo anterior, se debe recordar que la Entidad Gestora también pretendió quedar fuera del abono de este periodo de IT, a lo que el Tribunal Supremo puso coto con su doctrina. En sentencia de 15 de junio de 2008, pronunciándose a favor de la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora, que está obligada a adelantar el importe de la prestación, sin perjuicio de su derecho a repetir contra la empresa incumplidora. Se afirmaba en la sentencia que “no habiendo variado esencialmente la naturaleza y objeto de la prestación, que incluso sigue conservando este nombre y carácter, y, a falta de disposición legal en sentido contrario, debe permanecer y subsistir el sistema de obligaciones y garantías accesorias establecidas para la prestación litigiosa en el régimen público de Seguridad Social para los supuestos de incumplimiento de la obligación prestacional por parte del empresario directamente obligado a su pago, y ello, sin perjuicio del derecho de la entidad gestora a reintegrarse posteriormente del empresario incumplidor, en ejercicio de las facultades que le confiere tal cualidad de entidad gestora de la Seguridad Social. En definitiva, el trabajador ha causado derecho a la prestación de Incapacidad Temporal y la responsabilidad de su pago debe imponerse “ex lege” al sujeto obligado, que es el empleador actual (artículo 126.1 LGSS), pero ello no impide -a falta de norma expresa en sentido contrario- la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora, sin perjuicio de que ésta se subrogue en los derechos del beneficiario (artículo 126.3 LGSS)”.

No podemos ignorar, que estos intentos de ahorro o de desincentivación de un absentismo retribuido y sobre el que pesa, en muchas ocasiones, la presunción de la picaresca, han quedado incentivados por la negociación colectiva al pactarse en los Convenios complementos del subsidio. Ahora bien, para ello hay que obtener previamente la baja.

A la preocupación de los responsables, gestores y políticos, tampoco en su momento, fue ajeno el Pacto de Toledo, que, en su recomendación 13.^a afirmaba “la necesidad de adoptar medidas destinadas a mejorar la gestión

de las prestaciones por Incapacidad Temporal y por invalidez, al objeto de frenar las causas de fraude dentro del sistema público en el acceso y permanencia de las prestaciones. Entre dichas medidas tendrán prioridad el establecimiento de un calendario y de los medios humanos necesarios para el control de dicha incapacidad desde el mismo sistema y profundizar en la participación y corresponsabilidad social en la gestión, control y vigilancia de estas prestaciones”.

Al mencionado Pacto siguió un proceso de concertación social que se consolidó el 9 de octubre de 1996, fecha en la que se suscribe el Acuerdo entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas, sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, y en él se reitera la necesidad de combatir el recurso indebido a la Incapacidad Temporal y la necesidad de mejorar los mecanismos de control de la prestación.

El Pacto de Toledo, apuesta definitivamente por la necesidad de mejorar, no la gestión de la Seguridad Social en general, sino la de la prestación de Incapacidad Temporal, entre otros, con el fin de corregir el fraude en su disfrute.

Para conseguirlo se propuso la dotación de los medios humanos precisos para llevar a cabo un adecuado control, así como la intensificación de la participación en dicho control. En este sentido, al Instituto Nacional de la Seguridad Social se le dotaba de la facultad de comprobar las situaciones de Incapacidad Temporal y de proponer en su caso altas al Servicio Público de Salud correspondiente y de la posibilidad de emitir altas médicas a los exclusivos efectos de la prestación económica de IT, sin perjuicio de que el trabajador siguiera precisando y recibiendo asistencia médica por parte de los Servicios Públicos de Salud (art. único del RD 1117/1998, que desarrolla la Ley 66/97, de 30 de Diciembre y en concreto su art.38, lo que se tradujo en un sin fin de procedimientos judiciales, con no muy buenos resultados judiciales para el INSS. Esta misma competencia se extendió a los médicos de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales RD-Ley 6/2000, de 23 de Junio (aunque pendiente del posterior desarrollo reglamentario. No obstante, el citado reglamento no se ha materializado debido a la frontal oposición de las organizaciones sindicales, una vez más) y a los médicos adscritos al Instituto Social de la Marina (Ley 55/1999, de 29 de Diciembre).

Con el mismo propósito de restringir el abuso en la Incapacidad Temporal y la obsesión en la lucha contra el fraude se suscribe el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social, en 9 de abril de 2001.

El Acuerdo (en su apartado décimo, denominado lucha contra el fraude) profundiza en el contenido de la Recomendación 13.^a del Pacto de Toledo y contaba como propuesta de la ”gestión de la Incapacidad Temporal, de modo que dando cobertura a las situaciones reales de imposibilidad de acceder al trabajo en caso de enfermedad o accidente, se evite la utilización indebida de esta prestación.

Con este objetivo se proponía:

- Que se establecieran las medidas necesarias que impidan la concatenación abusiva de la IT con la prestación de Desempleo.
- Que se articularan las medidas que evitaran la prolongación indebida de la prestación, en los casos en que el trabajador que es llamado a reconocimiento médico por los servicios médicos de la Entidad responsable del pago de la prestación, no acuda a los mismos sin causa justificada.
- Que se incrementaran las medidas de coordinación necesarias entre las Entidades responsables del pago de la prestación de IT y el INSALUD y los Servicios de Salud, que permitieran un mejor control de las situaciones de IT.

Cabe concluir, como señala la doctrina, que se produjeron importantes y progresivos recortes para evitar la enfermedad de corta duración y para el control de la situación, pero no se logró atajar otros problemas, como la imposibilidad de recaídas cuando ya se hubiese agotado la duración máxima o se hubiera reconocido al trabajador a efectos de la declaración de una Incapacidad Permanente, denegada en vía administrativa, en virtud de la ejecutividad del acto administrativo, que inexorablemente forzaban el recurso al fraude como único medio de solucionar una situación en la que el trabajador se hallara realmente imposibilitado para trabajar y el empresario no pudiera destinarle a ningún trabajo sin menoscabo de su salud.

Haciendo uso de esa incontinencia reguladora que aparece vía ley de presupuestos, a través de la correspondiente a los presupuestos del año 2002 (Ley 24/2001, de 27 de Diciembre) se incorpora al art. 131 bis, como causa de extinción la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos médicos ordenados por los médicos adscritos al INSS o a la Mutua, medida refrendada, casi de forma general por los Tribunales (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2007 y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social de Sevilla, de 18 junio de 2003 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 enero de 1994).

Pese a que dicha conducta está tipificada como infracción grave en el artículo 25-2 y 47 -1, a y b, de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (modificada a su vez por la Ley 45/2002), la contradicción se ha salvado por el Tribunal Supremo a favor del control de la Incapacidad Temporal, considerando que la decisión extintiva se incluye en el ámbito propio de la gestión de la contingencia de la Incapacidad Temporal, fundamentando tan peculiar consideración en que “la inclusión en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, por un texto normativo que viene referido al establecimiento de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por Desempleo y mejora de la ocupabilidad “sin que entre en sus designios

normativos la modificación de la Incapacidad Temporal” (sentencias del Tribunal Supremo de 7-3-07, 15-3-07 y 7-2-08).

Se introdujo un nuevo apartado primero, al número 3 del artículo 131 bis de la LGSS, en el que se prevé la obligación de cotizar durante la situación de Incapacidad Temporal, pretendiendo con esta medida dar solución a las lagunas en la cotización del trabajador que surgen a lo largo de la vida laboral del mismo, mientras está pendiente de la declaración de Incapacidad Permanente.

Esta ley presupuestaria para el ejercicio 2002, también con nocturnidad, modifica el artículo 222 de la LGSS en supuestos de concatenación de periodos de Incapacidad Temporal y Desempleo, con el fin, una vez más de ahorrar en el pago de las prestaciones. Esta norma, para el supuesto en el que la Incapacidad Temporal por contingencias comunes se produce antes de haberse extinguido el contrato, limita la cuantía de la prestación económica al importe de la prestación contributiva por Desempleo y, se descuenta el tiempo de I.T. de la prestación por Desempleo a que tuviere derecho, que se entiende consumida en el mismo periodo de I.T.

Además, se reducía la cuantía de la prestación de Incapacidad Temporal, cuando ésta se causa *una vez extinguido el contrato* y se extiende por el tiempo de la duración de la prestación de Desempleo, pues, una vez transcurrido este plazo, se reduce al 80% del IPREM.

Con estas medidas, se evitaba la práctica de iniciar una Incapacidad Temporal, justo antes de ser despedido, como refugio o medida que posponía el inicio de la prestación por Desempleo.

Con la renovación del pacto de Toledo, en el año 2003 se incide nuevamente, a través de su recomendación octava, en la “Necesidad de seguir avanzando en la adopción de medidas destinadas a mejorar el control de las prestaciones de Incapacidad Temporal e Invalidez al objeto de evitar prácticas abusivas en relación con las mismas”. Todo ello dará lugar a nuevas previsiones normativas en la materia.

Consecuencia y fruto de todo esto, son las reformas legislativas dirigidas a mejorar la gestión y control de esta prestación que se han ido sucediendo desde la, todavía hoy vigente, Orden de 13 de octubre de 1967; la Orden de 6 de abril de 1983, la Ley 42/1994, que supuso que la tradicional ILT y la Invalidez Provisional (que permitían acumular hasta seis años de baja) constituyeran una única contingencia que adoptaría la denominación que ha llegado hasta el día de la fecha, si bien, por mor del ahorro, con un recorte, en esta ocasión, por la vía de la duración y no en el de la cuantía como ocurrió en 1980; el Real Decreto 575/1997 y la Orden de 19 de junio de 1997 (modificadas respectivamente por el RD 1117/1998 y la O. de 18 de septiembre de 1998), que constituyen la normativa básica en materia de control de la Incapacidad Temporal, que vendrán a regular determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad social por Incapacidad Temporal, estableciéndose determinados controles en la comprobación

del mantenimiento del derecho a la prestación económica por Incapacidad Temporal en orden a asegurar la efectividad en el percibo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal y evitar la utilización indebida de la protección, cuando no el fraude por lo que se refiere a la gestión, control y procedimiento de la IT hasta el cumplimiento del duodécimo mes.

Tampoco contribuyeron a acortar la duración de los procesos las prácticas de los médicos, que llegados los doce meses, por regla generalísima, no emitían el informe, por las razones que fuere, en el que se debían describir las dolencias padecidas por el interesado y las limitaciones de su capacidad funcional, así como la presunción de que, dentro del período subsiguiente de seis meses, aquél pueda ser dado de alta por curación, razón por la cual el proceso medio era de 18 meses.

No debemos olvidarnos de los convenios de colaboración entre las administraciones públicas (Ministerio y Comunidades Autónomas) implicadas, que, en esta materia, se vienen suscribiendo desde el año 2006, con el fin de involucrar a los facultativos en el control de la IT.

Alcanzamos en este periplo temporal, la ulterior y tan criticada por la doctrina reforma del art. 128 de la LGSS y 131 bis por la Ley de Presupuestos para 2006 (Ley 30/2005), que, en su Disposición Adicional 48.^a declara al INSS, agotado el plazo de duración de doce meses a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la Incapacidad Permanente del trabajador, como el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien, para determinar la iniciación de un expediente de Incapacidad Permanente, o bien, para emitir el alta médica, a los exclusivos efectos de la prestación económica por Incapacidad Temporal. El Instituto Nacional de la Seguridad Social será así el único competente, tanto para determinar si una nueva baja médica tiene o no efectos económicos, cuanto para emitir cualquier baja médica que se produzca en un plazo de seis meses, posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología».

Reforma, por cierto, que trata de superar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que, en sentencia de 20 de febrero de 2002, ratificada posteriormente en sentencias de la propia Sala, como las de 22 de octubre de 2002, de 28 de octubre de 2003 o de 8 de noviembre de 2004, entendía en unificación de doctrina que cuando se agotaba la duración máxima de la IT, y se volvía a trabajar y rebrotaba la misma patología, generando una nueva baja, surgía el derecho al subsidio si existía una cotización de 180 días en los últimos cinco años, aunque no se hubiera trabajado durante seis meses entre uno y otro proceso. En la última de las sentencias citadas se afirma “que dichos posibles abusos o fraudes se deben atacar con los medios de la Inspección a disposición de la Entidades Gestoras, y no mediante la negación de las prestaciones a quienes han conseguido de nuevo completar los requisitos para su obtención”.

Sin embargo la experiencia ha demostrado que no se ha logrado este objetivo, al evitarse, mediante el sencillo remedio de cambiar la clave médica relativa al diagnóstico de los sucesivos procesos de Incapacidad temporal. A esta picaresca ayuda el que no coincidan los códigos de diagnósticos empleados por los médicos del Servicio público de salud y los utilizados por los facultativos del INSS, y que el Sistema informático utilizado sólo permita la introducción de un solo código numérico por cada proceso de Incapacidad Temporal, aunque concurren varias patologías. En consecuencia, un simple cambio del diagnóstico permite concatenar procesos pese a los esfuerzos del legislador.

Reforma que además, en palabras de Sempere Navarro, pretendía combatir los procesos de IT (acortándolos), la prevalencia de los criterios médicos (restringiendo sus efectos) o las recaídas (controlándolas), concediendo un mayor protagonismo al INSS, y evitando la disociación entre las decisiones adoptadas por los Servicios de Salud y por la Entidad Gestora.

Recorta esta reforma el plazo máximo de 30 meses que se podía mantener en situación de Incapacidad Temporal, ya que si bien continua manteniendo la necesidad de que, cuando la situación de Incapacidad Temporal se extinga por el transcurso del plazo máximo fijado en el párrafo primero de *art. 128.1.a)*, sea en el plazo «de doce meses o, en su caso, hasta de dieciocho meses», se examine, en el plazo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado que corresponda, como Inválido Permanente. Como nuevo recorte señala que «no obstante lo previsto en el párrafo anterior, en aquellos casos en que continúe la necesidad de tratamiento médico, por no ser definitivas las reducciones anatómicas o funcionales que presente el trabajador, se valorará y calificará la situación de Incapacidad Permanente en el grado que corresponda, declarando la situación revisable en el plazo de seis meses».

Es decir, se amplió la prórroga de los efectos de la Incapacidad Temporal, mediante un período de Incapacidad Permanente Provisional, que no existe en la actualidad, tras la reforma que supuso la Ley 40/07, que establece en materia de prórroga que «en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los veinticuatro meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la Incapacidad Temporal».

Es destacable, que, tras la reforma, la necesidad de continuar el tratamiento se condiciona a las expectativas de recuperación o mejora de su estado con vistas a su reincorporación laboral.

En definitiva, se retoma la situación preexistente, en cuanto que quien se vea impedido para trabajar va a continuar en situación de IT y no de Inca-

pacidad Permanente, aunque sin recuperar aquella duración máxima de treinta meses. El proceso de recorte es imparable e irrevocable.

Por otra parte, el iniciado proceso de asunción de competencias por el INSS, previstas en el art. 128 1.a) de la LGSS con la Ley 30/05, se culminó y completó con la Resolución de la Secretaría de Estado de 14 de enero de 2008, en materia de gestión de esta prestación (dos años después del inicio realizado por la Resolución de fecha 16 de Enero de 2006).

Un nuevo acuerdo social, en este caso, el alcanzado sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de Junio de 2006 es el predecesor y causa de la Ley 40/07, de 4 de diciembre.

Las sucesivas reformas, habían garantizado el caos y la inseguridad jurídica y una nada deseable descoordinación entre las Gestoras y los Servicios de Salud, amén de reiteradas críticas de la doctrina, que imputaba al INSS la injerencia en competencias exclusivas de la Administración sanitaria, y criticaba sus omnímodas facultades ajenas a un previo control por la Inspección médica y la inseguridad constatada en la realidad que ello podía suponer en atención a la descoordinación entre servicios de Salud y Gestora.

La cada vez mayor asunción de competencias por el INSS, en esta materia iniciada, en el año 98 y culminada en el 2005, como destacaba Sempere, provocaba, desde una perspectiva estrictamente práctica, situaciones kafkianas, que desembocaban en auténticas situaciones de desprotección para el trabajador.

Así, era posible que el INSS, en el ejercicio de sus competencias, emitiera el alta a los exclusivos efectos económicos, (por eso de respetar las competencias, sanitarias y no herir susceptibilidades autonómicas), y que el facultativo del Servicio de Salud continuara expidiendo partes de baja o de confirmación, llevando al trabajador a situaciones muy delicadas como se puede comprender. A saber: el trabajador se encontraba con un alta del INSS con plena eficacia y con una baja médica, obviamente expedida en contradicción con el alta del INSS, y que justificaba a su vez que el trabajador estaba inhabilitado para trabajar y precisaba asistencia sanitaria, de tal forma que no percibía retribución de ningún tipo, pudiendo verse avocado a la pérdida de su trabajo por no presentarse a su puesto en la empresa.

Los Tribunales, obviamente, consideraron que la baja médica constituía título suficiente para que surgiera, en su caso, la suspensión del vínculo laboral y la situación de IT, pero no para generar el derecho a la percepción del subsidio.

Estas situaciones de inadmisibles descoordinación, en relación con la Incapacidad Temporal, se han pretendido superar con la Ley 40/07.

La norma, preservando las facultades que en materia de control de IT había ido asumiendo el INSS, regula un procedimiento para aquellas altas que los facultativos adscritos al INSS, en su actividad de control, emitan, agotado el plazo de 12 meses.

Este procedimiento, sin entrar en detalles en cuanto a su tramitación, se caracteriza porque permite al trabajador discrepar del alta médica ante la Inspección médica, que se deberá pronunciar sobre el alta mostrando su conformidad o disconformidad (también cabe el silencio, previsto y de naturaleza negativa). Se logra de esta manera garantizar el mantenimiento del subsidio hasta la decisión final, en un proceso que puede extenderse hasta un máximo de 18 días y por otra parte una mejor coordinación entre administraciones.

Pero no sólo a ello se entrega la Ley 40/07, sino que en la línea de mantener un régimen jurídico diferenciado, que cuanto antes deberá superarse, resulta que, para las contingencias profesionales, da una nueva redacción al art. 222.1 de la LGSS, que regula la concatenación de las prestaciones de Incapacidad Temporal y de Desempleo, estableciendo la posibilidad de que, cuando la Incapacidad Temporal derive de un riesgo profesional, y durante la misma se extinga el contrato de trabajo, el interesado pueda seguir percibiéndola hasta el alta médica, sin consumir periodo de prestación de Desempleo, si después accediera a esta prestación.

Una vez más contemplamos atónitos, como aquel trabajador, que ha sufrido un Accidente laboral o padecido una Enfermedad profesional está mejor protegido, que aquel cuya situación tiene una etiología común, pese a encontrarse ante la misma situación de necesidad por la pérdida de su empleo, ya que el primero no consume Desempleo, y su prestación económica es superior, en tanto en cuanto seguirá percibiendo el subsidio de Incapacidad Temporal en la misma cuantía que tuviera reconocida, mientras que el segundo verá descontado del periodo de Desempleo, como consumido, el que hubiera permanecido en Incapacidad Temporal, y el importe de esta será el que corresponda al Desempleo.

En favor de la reforma, se debe recordar que esta norma introduce una modificación, en contra de los pronunciamientos judiciales favorables a la Entidad Gestora (Sentencias del Tribunal Supremo de 17-9-2007, 20-11-2007, 23-1-2008, 19-5-2008 y 29-5-2008), en aquellos casos de trabajadores que viendo extinguido su contrato de trabajo en situación de Incapacidad Temporal, pasaban, sin solución de continuidad, a situaciones de Incapacidad Permanente, o Jubilación, o se producía su fallecimiento causando prestaciones de Muerte y Supervivencia, sin haber solicitado la prestación de Desempleo, razón por la que durante ese periodo de Incapacidad Temporal nadie cotizaba y veían minorada su base reguladora para aquellas prestaciones. La nueva redacción, supera aquella interpretación del INSS que había sido avalada por los Tribunales, obligando a la Entidad Gestora de las prestaciones por Desempleo a efectuar las cotizaciones a la Seguridad Social, incluso cuando, habiéndose solicitado la prestación por Desempleo, se pasase, sin solución de continuidad, a una situación de Incapacidad Permanente o Jubilación, o se produjera el fallecimiento del trabajador con derecho a prestaciones de Muerte y Supervivencia.

Tras esta última gran reforma, con el RD 1430/2009 se cumple con la

obligación de proceder a su desarrollo reglamentario y a aclarar algunas dudas que el procedimiento legalmente suscrito producía en la práctica, quedando completado de esta forma el nuevo modelo de control de la Incapacidad Temporal.

En lo que a este estudio respecta, interesa destacar:

- Lo relativo a la comunicación informática por parte de los Servicios públicos de salud, al cumplirse el duodécimo mes en los procesos de Incapacidad Temporal.
- Los supuestos en que debe aplicarse, por parte de las empresas, organismos públicos y entidades gestoras, la figura del pago delegado de la prestación económica por Incapacidad Temporal.
- Las condiciones exigidas en el procedimiento de disconformidad con el alta médica, emitida por las entidades gestoras introducido por la Ley 40/07.
- Asimismo, se regula detalladamente el procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas expedidas por las entidades colaboradoras en los procesos de Incapacidad Temporal.

En este orden de cosas, el Real Decreto regula la comunicación informática por parte de los Servicios Públicos de Salud, al cumplirse el duodécimo mes en los procesos de Incapacidad Temporal. De esta manera se trata de solventar un endémico problema de descoordinación entre administraciones, y, así, literalmente se indica que a efectos de una adecuada coordinación el Servicio Público de Salud, una vez expedido el último parte de confirmación anterior al transcurso de los 12 meses, en el acto del reconocimiento médico deberá comunicar al interesado (o a quien le represente), que a partir de ese momento corresponderá al INSS o al ISM, el control de su situación, debiendo, a su vez, comunicar esta circunstancia mediante procedimiento informático a la Entidad Gestora competente. Esto implica que, a partir de ese momento, el Servicio Público de Salud no pueda expedir nuevos partes de confirmación de la baja médica. Ello exigirá de las Entidades Gestoras las correspondientes comunicaciones al interesado, a la empresa y, en su caso, a las entidades colaboradoras y al Servicio público de Empleo.

Se trata, en definitiva, de disipar las dudas, más de una vez constatadas, sobre la ausencia de coordinación y las competencias de las administraciones intervinientes.

De forma nítida queda constatado que el control de esta situación, a partir de los doce meses, será exclusivo de las Entidades Gestoras, y no será posible ya, extender mas partes de los de confirmación, que surgían como setas tras la lluvia, y que el facultativo del Servicio Público de Salud no se resistía a emitir, lo que no es óbice para que se le siga asistiendo desde un punto de vista estrictamente sanitario, resultando que la Entidad Gestora será la que se responsabilizará de las correspondientes comunicaciones, tanto a la

empresa como al trabajador, o a los distintos organismos que deban intervenir.

Las referidas comunicaciones, obviamente, versarán sobre alguno de los pronunciamientos que viene obligada la entidad a realizar, a saber relativos a prórroga, inicio del expediente de Incapacidad o alta por curación, y que necesariamente deben ser conocidos en todos los casos por el interesado, y en otros por las empresas y, en su caso, por los demás organismos que intervengan, incluido el Servicio Público de Empleo. Piénsese, por ejemplo, en una prórroga de un trabajador que se encuentra en situación de Desempleo con derecho a prestaciones.

Parece obvio que el concepto indeterminado que supone la expresión «adecuada coordinación», y al que responde la previsión reglamentaria constituirá, en su puesta en práctica, la clave de bóveda que garantice el soporte del modelo de control diseñado.

El art. 2 del Real Decreto regula el pago de la prestación económica, superando, con ello, el vacío legal que contenía la Ley 30/2005, con el fin de evitar duplicidades o falta de coordinación en el pago, que hasta ese momento, de forma delegada, se efectuaba por la empresa, como señala José Mario Paredes Rodríguez, Letrado de la Seguridad Social, en un recentísimo artículo (“Real Decreto 1430/1990, de 11 de septiembre. La culminación de un nuevo modelo de control de la Incapacidad Temporal”).

Especifica el señalado precepto, que la colaboración obligatoria (previsto en el art. 77.1.c) de la LGSS y artículos 3 y 16 de la O. De 25 de noviembre de 1966) en el abono de la prestación cesará el último día del mes en que la Entidad Gestora haya dictado la resolución de prórroga de forma expresa o la iniciación de un expediente de Incapacidad Permanente, si bien y como excepción continuarán abonando el subsidio hasta la extinción de la situación de IT o hasta la calificación de la Incapacidad Permanente, las empresas autorizadas para colaborar en la gestión de la IT, al igual que las Corporaciones locales respecto de aquel personal que le vinieran reconociendo y abonando la IT, de conformidad con la Disposición Transitoria quinta del RD 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General el Especial de los funcionarios de la Administración Local.

Se introduce, de esta forma, un nuevo supuesto de extinción de la obligación de pago delegado por la empresa, trasladándose a la Entidad Gestora competente.

Junto a las excepciones referidas de no finalización de la colaboración obligatoria, relativas a las autoaseguradoras y Corporaciones locales, el n.º 3 del art. 2 mantiene esta obligación de pago al Servicio Público de Empleo Estatal, en los casos en los que se declare por la Entidad Gestora competente la prórroga expresa de la Incapacidad Temporal, cuando el trabajador, que se encuentre percibiendo la prestación de Desempleo total pase a la situación de Incapacidad Temporal, en cuyo caso su cuantía será igual a la prestación de Desempleo, si bien dependiendo de que aquella situación de IT, que se

inicia, constituya o no, recaída de un proceso anterior, y se mantenga, finalizado el plazo de la prestación de Desempleo, en cuyo caso seguirá percibiendo el subsidio en el primer supuesto (que constituya recaída), en la misma cuantía en la que la venía percibiendo, y en el segundo en cuantía igual al 80% del IPREM mensual vigente, de tal forma, que el periodo máximo al que se extenderá la obligación de pago delegado al Servicio Público de Salud, será el de la duración de la prestación por Desempleo.

Los artículos 3 y 4 regulan el procedimiento de disconformidad con el alta médica emitida por las entidades gestoras y el procedimiento de revisión de las altas médicas, expedidas en los procesos de Incapacidad Temporal. El primero de ellos responde al futuro desarrollo reglamentario, que anuncia el art.º 1 de la Ley 40/07, y el segundo a lo previsto en la Disposición Adicional Decimonovena de la citada norma (“Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el INSS y a instancias del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de Incapacidad Temporal”).

Los Letrados de la Seguridad Social son quienes pueden dar fe del incremento exponencial de altas médicas que se están dando por los médicos del INSS, y del incremento de la litigiosidad vinculada a este hecho; pero dicho esto, no es menos cierto que la instauración del procedimiento de disconformidad con la implicación de la Inspección médica y la ulterior intervención de los facultativos adscritos al INSS, como peritos (al menos en algunas provincias), han contribuido a que estos actos médicos se vean refrendados en un porcentaje elevadísimo por Juzgados y Tribunales.

Como anteriormente se indicó, la Ley 40/07 implantó un procedimiento que permitía al interesado discrepar ante la Inspección médica, mostrando su disconformidad y no sólo ello sino garantizando, también, que esta decisión no fuera gravosa para el trabajador, que no se vería privado del subsidio, sino cuando la resolución del INSS o el ISM deviniera definitiva.

Llama la atención, que el legislador optara, cuando reguló el procedimiento de disconformidad en el art. 128.1 de la LGSS, por descender a un detalle propio de un reglamento, dejando con ello escaso margen al ulterior desarrollo reglamentario; si bien, no es menos cierto, que la remisión reglamentaria se remitía a la forma de efectuar las comunicaciones previstas en el mismo, así como a la obligación de poner en conocimiento de las empresas, las decisiones que se adopten y que les afecten, provocando que las previsiones del Real Decreto que comentamos recuerden más, en palabras de Francisco Javier Fernández Orrico a un “folleto informativo relativo a las formas de cumplimentar los modelos, que se ponen a su disposición para reclamar”.

Podría pensarse, que aquella previsión y el detalle de la regulación de la discrepancia frente al alta, respondiera a la necesidad de poner en marcha el sistema diseñado con la máxima urgencia, y que pudiera haber quedado retrasado en el tiempo por la proverbial tendencia de nuestros gobernantes a

dilatar en el tiempo los desarrollos reglamentarios, máxime si se espera eternamente a conocer la opinión de los agentes sociales

Poco añade el art. 3, al regular el procedimiento de discrepancia a las previsiones del art. 128 de la LGSS. En el precepto se reitera que el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, los *siguientes a la notificación de la resolución* (previsión reglamentaria), podrá exponer su disconformidad ante la Inspección Médica del Servicio Público de Salud debiendo presentarla (*se cumplimentará en el modelo aprobado*, exige la regla primera) en modelo normalizado que estará a disposición en las páginas Web de las Entidades (es de esperar que también en algún otro lugar, para quien no disponga de esa tecnología) pudiendo presentarla, igualmente ante cualquiera de los órganos señalados en el art. 38.4 de la LRJPCA, momento a partir del cual entrarán en juego distintas posibilidades, dependiendo de la postura que adopte la Inspección, asumiendo o no el criterio del INSS o del ISM, o de que ante esta segunda posibilidad, las Entidades asuman o no la propuesta de reconsideración que pueda haber realizado la Inspección.

Se mantienen, como no podría ser de otra manera, los plazos de los que Inspección y Gestoras disponen, para formular sus respectivas propuestas, que en todo caso deberán estar fundadas y razonadas y esperamos que no estereotipadas, como habitualmente ocurre con otras prestaciones, salvo honrosas excepciones.

En cualquier caso, la situación de Incapacidad Temporal se prorrogará un máximo de 18 días, dependiendo, este plazo, de los derroteros que haya podido ir tomando la discrepancia.

En cumplimiento de la previsión legal de desarrollar reglamentariamente las comunicaciones con los distintos agentes intervinientes, se pone a ello el art. 3 y así sus reglas tercera, cuarta y quinta designan a los obligados a efectuarlas, el objeto de las mismas y la preferencia por los medios electrónicos, informáticos o telemáticos para efectuarlas.

Como se había adelantado, la Disposición Adicional decimonovena de la Ley 40/07 compelió a desarrollar reglamentariamente un procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas, expedidas en los procesos de Incapacidad Temporal por las Mutuas y las Empresas colaboradoras (Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de Incapacidad Temporal).

Es obvio que el trabajador puede también reaccionar frente al alta emitida por los facultativos de estas entidades, por considerarla indebida, o por no estar conforme con la naturaleza de la contingencia.

La regulación del que se ha venido a denominar procedimiento especial de revisión, parte de unas premisas básicas; a saber, se refiere a las altas dadas por las Mutuas o por las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión, respecto de aquellas que se hayan emitido con anterioridad al

transcurso de los 12 meses (aunque está previsto el que el proceso iniciado con anterioridad supere el referido plazo, en cuyo caso se resolvería de conformidad con lo dispuesto en el art. 128.1.a) de la LGSS) y siempre que se trate de contingencias de carácter profesional.

Cabe considerar, que si bien es elemental que las discrepancias relativas al carácter común o profesional de la contingencia de la Incapacidad Temporal se solventen por las Gestoras, según lo regulado ahora expresamente en este RD, pese a que ello se contenía en la genérica atribución prevista en el art. 1 del RD 1300/95, se desconoce la razón por la que el control de la Incapacidad Temporal, el control puramente médico relativo a la procedencia del alta otorgada, se ha excluido del conocimiento de la Inspección Médica Sanitaria, atribuyéndola a la gestora de la prestación económica, aunque sin duda cualquier estudioso de la Seguridad Social puede recordar que se trata de controlar el gasto. Esta es la única finalidad posible, lo cual se aleja de la deseada revisión del acierto de la decisión médica (que es lo que supone el alta médica).

Se debe indicar, igualmente, que la autorización legal para conocer estas revisiones se otorga exclusivamente al INSS, y en el RD 1430/2010 se le confieren competencias al ISM, por lo que nos podríamos encontrar con alguna extralimitación reglamentaria.

Este procedimiento, que tradicionalmente se resolvía remitiéndolo a la Mutua por la Gestora con el lacónico “por no ser competente” o “por ser asunto de su competencia”, se ha convertido en una pesadilla administrativa para la gestión diaria, que tiene que comenzar por un proceso de clasificación de las peticiones de los interesados, que, por regla general, desconocen los matices de los que venimos ocupándonos, y utilizan los mismos modelos estereotipados para todo, al margen de las especificidades de su proceso de IT.

No obstante lo anterior, al igual que sucede con el procedimiento de discrepancia, este se inicia a instancia de parte, que deberá reaccionar en el plazo de cuatro días naturales siguientes a la notificación del alta, presentando la solicitud ante las gestoras (no se regula la posibilidad de hacerlo ante otros órganos administrativos, aunque lógicamente podrá hacerse), en el modelo que tendrá a disposición en la Web; del mismo modo deberá comunicárselo a su empresa, el mismo día o el hábil siguiente.

Ahora bien, junto con la solicitud deberá aportar su historial clínico relacionado con su proceso de IT, o en su caso justificar que lo ha solicitado, aportando copia de su solicitud, y ello pese a que la Gestora deberá recabar esta información, amen de un informe relativo a las causas del alta a la entidad colaboradora que tramitó el alta.

La simple presentación de la solicitud opera como detonante de la pro-rroga, sin solución de continuidad, de la situación de Incapacidad Temporal, con las consecuencias inherentes a ello: cobro del subsidio en la modalidad de pago delegado, incompatibilidad con el trabajo y con la percepción de

salarios, obviada que recuerda el apartado 11 del art. 4, máxime si se ha comunicado el inicio de este procedimiento a la empresa, lo que en principio impediría la reincorporación a la actividad profesional.

La norma, en previsión de que se presenten procedimientos de revisión infundados y que tengan como único objetivo prolongar unos días el percibo del subsidio y la propia situación de IT, trata de poner la venda antes de la herida, declarando el carácter de indebidamente percibidas las prestaciones que se hubieran abonado al interesado, de confirmarse el alta o con posterioridad a la nueva fecha de extinción que se hubiera podido determinar.

Esta disposición se encuentra en sintonía con la permanente y errónea idea de que el fraude debe y puede presumirse, y si bien es cierto, que en ocasiones existirán conductas dirigidas a la obtención fraudulenta del subsidio, o a prologar la “baja” (piensen, que el interesado tiene pendiente el pago de una indemnización de una aseguradora por un accidente de tráfico, y en cómo se podrá incrementar en función del mayor número de días improductivos, que se puedan acreditar), que podrían ser sancionadas de conformidad con las previsiones de la LISOS; no lo es menos, que, en otras, el interesado habrá discrepado de buena fe y sin ningún tipo de voluntad fraudulenta, en el absoluto convencimiento de no encontrarse apto para reanudar su actividad laboral, con las graves consecuencias de verse privado de su salario y obligado a devolver el subsidio, de conformidad con el art. 45 de la LGSS, amén de que una vez más surgirán las discrepancias en torno a si las deducciones efectuadas por la empresa, que anticipo el pago delegado, están o no bien efectuadas o si es la Gestora o la colaboradora la que debe dirigirse frente al trabajador para reclamar lo indebidamente percibido.

Contrasta este tratamiento, con el dispensado al trabajador que discrepa del alta acordada por el INSS a los doce meses, que con solo iniciar el procedimiento, lo ve igualmente prorrogado, pero no viene obligado a devolver lo percibido, aunque se confirme el alta.

Llegados a este punto, presentada la solicitud, las Gestoras lo comunicarán a la Mutua que corresponda y a la empresa, que ya debería haber recibido la comunicación por el trabajador. Los plazos se hacen asfixiantes, la Mutua en dos días, plazo improrrogable, deberá o reconocer la improcedencia de su actuar, lo que determinará el inmediato archivo, o remitir los antecedentes de los que disponga, pues de no hacerlo la Gestora resolverá con lo aportado por el trabajador.

A diferencia de la comunicación a la Mutua donde no se señala plazo de remisión, sí que deberá estarse al fijado para la notificación a la empresa y que será el de dos días, desde la presentación de la solicitud por el interesado.

Como será habitual, al menos con una frecuencia superior a la deseable, el trabajador habrá tratado de obtener y generalmente conseguir la baja de “su médico de cabecera”, que diligentemente y sin que precise de folletos

informativos o de procelosas normas, habrá llevado a su empresa un pariente o él mismo, pese a que ahora no sea necesario, pues la simple acreditación de la presentación del procedimiento especial de revisión habrá servido a sus fines. En este supuesto, y, acertadamente, se compele (deberá) a la empresa a que lo comunique a la entidad gestora, de forma inmediata, con el loable fin (por fin) de coordinar las actuaciones que procedan.

La dirección Letrada de las entidades gestoras han sido sufridores de aquellos procedimientos en los que la Mutua daba al trabajador de alta y este acudía a obtener la baja de su médico de cabecera, que era expedida de forma inmediata, para, a su vez, la entidad gestora, no abonar el subsidio de IT por considerar que la contingencia profesional era responsabilidad de la Colaboradora, obligando al trabajador a un inimaginable peregrinar en el tiempo por los distintos órganos judiciales.

Esta situación, absolutamente injusta, es abordada por el Real Decreto, de tal forma que si se detecta la existencia de un proceso de IT por contingencia profesional, concatenado con el que conoce el Servicio Público de Salud, éste deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar, en el plazo de los cuatro días siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora (y que no hayan transcurrido, que será lo habitual ante la celeridad con la que se acude al galeno), este procedimiento especial de revisión y, además, inmediatamente se comunicará a la entidad gestora competente la existencia de dos procesos distintos de Incapacidad Temporal que puede que esten relacionados.

Lo que se valora positivamente, es que en ambos supuestos, esto es cuando exista incoado el procedimiento especial y se presente una baja del SPS, o, cuando sin haberse iniciado, el trabajador solicite la baja derivada de riesgo común, se iniciará el abono de la prestación por contingencias comunes, hasta la fecha de resolución del procedimiento.

La regulación es, en extremo, farragosa e incoherente. En efecto, se debe tener presente el último párrafo del apartado 5 de este artículo que dice textualmente “ en estos casos” los referidos en los dos párrafos anteriores “ se iniciará el abono... hasta la fecha de la resolución del procedimiento...”, ignorando no sé sabe si consciente o inconscientemente, que el supuesto del segundo párrafo descansa sobre la premisa de que no se ha iniciado el procedimiento especial, de forma tal, que quien tenga asegurado el riesgo por contingencias comunes deberá tener que seguir pagando el subsidio, o incoar de oficio un expediente de determinación de contingencia.

Pongamos otro ejemplo, si la mera iniciación del procedimiento no impide que se continúe con el abono del subsidio en régimen de pago delegado (art.4.3), lógicamente, si existe la posibilidad de que sea emitida una baja por riesgos comunes sin solución de continuidad (art. 4.5) no se entiende, el que deba procederse al pago de la prestación por riesgos comunes, como parece deducirse del tercer párrafo del n.º5 del mismo artículo, que afirma que en estos casos se iniciará su abono.

Todo ello sin perjuicio, de que si el alta de la colaboradora no produce efecto alguno, ésta deba reintegrar a la entidad gestora la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor (¿estamos ante un nuevo supuesto de pago directo?, ¿no es posible que las contingencias derivadas de riesgos comunes estén cubiertas por la misma entidad colaboradora?) ¿no habíamos quedado, en que el inicio de este procedimiento no impedía que se siguiera manteniendo el pago?.

Únicamente, se alcanza a atisbar una interpretación lógica, si se entiende lo siguiente, a saber; cuando en el número 3 se señala que el abono se mantendrá, *en su caso*, esta expresión sólo se puede estar refiriendo a aquellos supuestos en los que se detecte que se abonará el subsidio de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del número 5 por riesgos comunes, en cuyo caso no se abonará la prestación por riesgos profesionales y de esta forma se cumplirá la premisa para que la Gestora pueda ser resarcida de lo abonado al trabajador y las diferencias al interesado.

No es menos cierto, que la regulación haya podido pretender anticipar comportamientos de administrados, que no sean conscientes de que la iniciación del procedimiento prorroga automáticamente la situación de Incapacidad Temporal y que no es preciso instar de los servicios sanitarios una nueva baja.

Como todo expediente administrativo, éste que nos ocupa, finalizará con la resolución del Director Provincial, que se deberá emitir en el plazo de 15 días hábiles a contar a partir de la aportación por la entidad colaboradora de la documentación requerida, debiendo entender que, de no ser remitida, el plazo será el mismo contado desde la fecha en la que le sea requerido, o a lo sumo a partir del primer día hábil siguiente al que debió ser remitida, aunque nada se diga, presumiendo que lo que se ha pretendido es no hacer más imbricada y espesa la redacción del precepto.

Resulta altamente significativo el que, a diferencia del procedimiento de discrepancia, que parte de una propuesta de alta del facultativo del INSS que ha revisado al interesado, en este procedimiento, lo preceptivo sea el informe del EVI, que debería descansar sobre la premisa de un examen y revisión del interesado por parte de los médicos del INSS o del ISM, sólo pudiendo entenderse así la referencia a que el Informe del EVI debe responder al examen y valoración del caso concreto y no a una simple revisión documental, tanto para garantizar lo acertado de la resolución como el éxito de una futura reclamación judicial.

La resolución determinará la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja, fijando en su caso, la contingencia de la que deriva el proceso de IT, si bien reservado para aquellos casos en los que la empresa comunique la presentación de una nueva baja médica por contingencias comunes, cuando se le comunique por la Gestora que su trabajador ha iniciado el procedimiento especial de revisión. No para otros supuestos. Como se ha puesto de manifiesto, igualmente podrá declarar la improcedencia de

otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento especial.

En definitiva, la norma enumera los pronunciamientos que se podrán adoptar:

- a) Confirmación del alta médica, emitida por la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, y declaración de la extinción del proceso de Incapacidad Temporal en la fecha de la mencionada alta.
- b) Mantenimiento de la situación de Incapacidad Temporal derivada de riesgo profesional, por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar. Por tanto, el alta médica emitida por la entidad colaboradora no producirá efecto alguno.
- c) Determinación del riesgo, común o profesional, del que derive la situación de Incapacidad Temporal, cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo periodo de tiempo, y, por tanto, existan distintas bajas médicas. Asimismo, se fijarán los efectos que correspondan, en el proceso de Incapacidad Temporal, como consecuencia de la determinación del riesgo causante.
- d) Cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, se podrá declarar, sin efectos, el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura. En estos casos, la resolución determinará la nueva fecha de efectos del alta médica y de extinción del proceso de Incapacidad Temporal.

Las resoluciones emitidas por la entidad gestora, en el ejercicio de las competencias establecidas en este artículo, podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, lo que se hará constar en la resolución que se dicte.

La pregunta surge automáticamente ¿Cuándo se deberá entender por la Gestora que la resolución debe ser considerada como resolución que resuelve una reclamación previa, y cuándo no?

A modo de conclusión. Los mecanismos de gestión de esta prestación son complejos, intervienen una pluralidad de entes y organismos (Entidades Gestoras, Mutuas, empresas, Servicios Públicos de Salud) con responsabilidades y competencias específicas y concretas absolutamente interrelacionadas, y exigían desde hace ya mucho tiempo una elemental coordinación de todos ellos, pues se ha expuesto y todos hemos sido testigos, de las situaciones que la descoordinación puede llegar a provocar.

Este objetivo se comenzó a perfilar con la suscripción de los Convenios interadministraciones, pero ha encontrado su concreción con la Ley 40/07 y

su norma de desarrollo, el RD 1430/2009; si bien aún es pronto para valorar los resultados, al igual que la apuesta de hacer recaer sobre las Entidades Gestoras el control efectivo de la prestación, en detrimento de los Servicios Públicos de Salud, a lo que se añadiría que no se deberá prescindir de la colaboración de las Mutuas cuya incorporación a la gestión de la Incapacidad Temporal ha sido importantísima, según la posibilidad que reguló el art. 35 de la Ley 42/94, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden Social, facultando al empresario a formalizar la cobertura de la IT derivada de riesgos comunes con la Mutua con la que previamente tuviesen asegurados los riesgos profesionales.

La posterior Ley 66/97, y RDL 6/2000 que reconoció a los facultativos de estas entidades la facultad de expedir altas médicas en los procesos de IT (por riesgos comunes) se ha visto ninguneada por una incomprensible oposición sindical para que los médicos de estas entidades, puedan dar altas médicas, pese a que a ello les autoriza, como hemos destacado, la ley.

Además, debe continuarse con la medida de incrementar los recursos humanos y materiales en la Entidad Gestora, no sólo por que la mejor dotación en las Mutuas determinaba la opción por la cobertura de contingencias por las empresas, sino por que el legislador ha primado las competencias del INSS sobre aquellas y, por tanto también las funciones a desarrollar. Pero es que, además, esta falta de medios personales es lo que impidió poner en marcha la reforma introducida por la Ley 30/05 (iniciada en enero de 2006 y culminada en enero de 2008).

Se tiene que incidir en la formación en materia de gestión de la Incapacidad Temporal, porque el control de la Incapacidad Temporal tiene que limitarse al control de los partes de baja expedidos por los facultativos del Servicio Público de Salud. Por tanto, el control médico no puede venir condicionado al cumplimiento de índices de productividad (en el momento actual de emisión del 20% de altas médicas en los pacientes revisados).

En esta mismo línea debe desterrarse la idea de voluntariedad en el acceso a la situación de Incapacidad Temporal.

Aunque se han realizado Convenios con las Comunidades autónomas, deberá, en el seno de estos, acordarse la unificación de los códigos diagnósticos así como la necesidad de consignar todas las patologías y no sólo una de ellas, y continuar con la coordinación entre las entidades implicadas en la gestión, porque es algo necesario si tenemos en cuenta que quien genera el gasto (Servicio Público de Salud) debe también controlarlo, aunque no sea el pagador (INSS y Mutuas). Necesario porque tras el alta del INSS (antes de 12 meses) puede el Servicio público de salud expedir baja médica y, por que tras la finalización de un proceso de Incapacidad derivado de riesgo profesional, antes de 12 meses, puede expedirse baja médica por riesgos comunes e iniciarse procedimiento de determinación del riesgo determinante de la contingencia ante el INSS, que, en la práctica, supone acceder, por vía indirecta, a la prolongación del proceso de Incapacidad Temporal, cuya alta no fue impugnada.

Son muchas más las cuestiones que se pueden plantear porque la evolución normativa descrita se decantó, en un primer momento hacia el control de la IT en las Mutuas, para pasar a la actual tendencia del control público, si bien la dinámica del funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios dificulta el control de la Incapacidad Temporal, que, como se ha manifestado, debe ser fundamentalmente médico.

Revista Estudios de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación 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 entregarán en papel (en el Decanato de Derecho a la atención del Director de la Revista) y, también, en soporte electrónico (disquete, CD-ROM o correo electrónico a la dirección <Estudiosdeusto@der.deusto.es>).
3. **Formato.** En 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.
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge 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 BÜRCA, 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.
- Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, n.º 26/1991, p. 3170.
- 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.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. Öztürk. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73.
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 15 de enero de 2004, As. C-230/01, Intervention Board for Agricultural Produce/Enycoed Farming Partnership, Rec. 2004, p. 175.
5. **Proceso de publicación.** 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 (± 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 la revista *Estudios de Deusto* podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.

Estudios de Deusto

Volume 58, Issue 2, July-December 2010

Table of Contents

Studies

**Character Piece,
Copyright and
Jurisdiction in the
European Union**

Santiago Areal Ludeña

**The 2010 Labour Market
Reform. Which reform
option?**

Francisco Javier Arrieta
Idiákez

**A Critical Analysis of the
Political Discourse within
the Press**

Ignacio María Beobide
Ezpeleta

**Securitarian Policies
within the 2010 Criminal
Code Amendment Act**

Juan Ignacio Echano
Basaldua

**Discovery and Preserve
Information of Electronic**

**Data. State of Item in
American Law**

Antonio Evaristo Gudín
Rodríguez-Magariños

**Changes on Road Safety
Policies in Spain from
2004 to 2010: A Critical
Analysis from the Point
of View of Institutional
Design**

Jordi Tena Sánchez

**Servitude and Greatness of
Mediation in Private Law
within the European Union**

Manuel María Zorrilla Ruiz

Notes

**Political and Legal
Consequences on
Restrictions on Speech:
Taboo, Censorship,
Political Correctness**
Miguel Álvarez Ortega

**Reopening of Insolvency
Proceedings in the Case
of Legal Persons and its
Liquidation: a Study of
its Legal Regime**

Enrique Gadea Soler

**The influence of the
people's will in
Constitutional
Interpretation.**

**An abuse of vague
legal concepts?**

Emilio J. Urbina Mendoza

Conference

**Another interim
regulation of temporary
disabilities. The
everlasting regulatory
anarchy of temporary
contingencies**

Victor Fernando Manrique