

Estudios de Deusto

Vol. 54/1 Enero-Junio 2006

Sumario

Estudios

***Non bis in idem* en Derecho antitrust**

Alfonso-Luis Calvo
Caravaca y María Pilar
Canedo Arrillaga

Reforma concursal y medidas introducidas por el legislador para conseguir un sistema eficiente

Enrique Gadea Soler

Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después

Itziar Gómez Fernández

La normativa comunitaria actualmente vigente en el llamado Derecho europeo de la Seguridad Social

Víctor Fernando Manrique
López

Derecho fundamental a la Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea

Manuel María Zorrilla Ruiz

El desafío o problema nacionalista

Ignacio María Beobide
Ezpeleta

Repensar laicamente la democracia y la praxis cristiana

Demetrio Velasco Criado

Jurisprudencia

Casos escogidos de Derecho antitrust europeo

Universidad de
Deusto



Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Segunda época. Vol. 54/1
Desde su fundación vol. 76
(Fasc. 116)
Enero-Junio 2006

Bilbao
Universidad de Deusto
2006

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 26 euros
Otros países 50 \$
Número suelto 14,50 euros

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

Publicación impresa en papel ecológico

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

I.S.S.N.: 0423 - 4847
Depósito legal: BI - 2.350-93

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Impresión: RGM, S.A.

Sumario

Estudios

Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y María Pilar CANEDO ARRILLAGA, <i>Non bis in idem en Derecho antitrust</i>	11
Enrique GADEA SOLER, <i>Reforma concursal y medidas introducidas por el legislador para conseguir un sistema eficiente</i>	41
Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, <i>Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después</i>	61
Víctor Fernando MANRIQUE LÓPEZ, <i>La normativa comunitaria actualmente vigente en el llamado Derecho europeo de la Seguridad Social</i>	99
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Derecho fundamental a la Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea</i>	117
Ignacio María BEOBIDE EZPELETA, <i>El desafío o problema nacionalista</i>	141
Demetrio VELASCO CRIADO, <i>Repensar laicamente la democracia y la praxis cristiana</i>	219

Jurisprudencia

Casos escogidos de Derecho antitrust europeo	285
--	-----

ESTUDIOS

***Non bis in idem* en Derecho antitrust**

Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

y

María Pilar Canedo Arrillaga

Profesora doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Deusto

Resumen: Este artículo pretende poner de manifiesto las implicaciones que supone la apreciación del principio *non bis in idem* por parte de las autoridades administrativas sancionadoras y, en especial, por parte de la Comisión Europea. La potestad sancionadora de esta institución en materia de Derecho de la Competencia ha servido para que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronuncie sobre este particular emitiendo resoluciones objeto de estudio y crítica en este trabajo.

Palabras clave: *Non bis in idem*. Competencia Derecho Comunitario.

Abstract: *The object of this essay is to analyse the different implications of the application of the principle of double jeopardy by administrative authorities with power to impose sanctions and specially the European Commission.*

The power of the Commission to impose sanctions and injunctions in the field of European Competition Law has given the possibility to the European Court of Justice to pronounce interesting judgements that are analysed in a critical way in this article.

Key words: *Double jeopardy. Competition Law. European Union Law.*

Sumario: I. Planteamiento.—II. Concurso de leyes y *non bis in idem*.—III. El concurso de infracciones: 1. El concurso ideal. 2. El concurso real.—IV. La relación de los diferentes concursos con el principio *non bis in idem*.—V. La relación del principio *non bis in idem* con las normas que tipifican las conductas: La incidencia del interés jurídico protegido.—VI. Requisitos del principio *non bis in idem*: 1. Elemento causal. 2. Elemento objetivo: Unidad o pluralidad de hechos y acciones.—VII. Dinámica de la regla: 1. La vertiente material del principio. 2. La vertiente procesal del principio.—VIII. El principio *non bis in idem* en Derecho europeo de la competencia: 1. Concepto y naturaleza jurídica. 2. Origen. 3. Dobles sanciones en virtud del Derecho comunitario. 4. Dobles sanciones en relación a las sanciones de los Estados miembros. 5. Dobles sanciones en relación a terceros Estados. 6. El Reglamento 1/2003.

I. Planteamiento

1. Cabe preguntarse en qué medida diversos mecanismos jurídicos en los ámbitos comunitario y administrativo impiden un cúmulo de sanciones de una misma conducta. *Grosso modo*, según el principio *non bis in idem* (también conocido como *ne bis in idem*) o *regla de la no acumulación de sanciones* (*Verbot der Doppelbestrafung*, *Verbot der Doppelsanktion*), una persona ya juzgada no puede ser perseguida o juzgada por el mismo hecho. Este principio —similar a la *double jeopardy clause* en los Estados Unidos— tiene sus orígenes en el Derecho penal; pero se extendió con carácter general al Derecho sancionador¹.

2. Dicha cuestión refleja un interés práctico. Con la progresiva liberalización de las telecomunicaciones en la UE, organismos reguladores y autoridades nacionales de competencia incoan sucesivos procedimientos contra las mismas empresas por hechos esencialmente idénticos o, al menos, muy semejantes².

3. Cuando la conducta que se imputa a una empresa es susceptible de afectar al comercio intracomunitario (*Zwischenstaatsklausel*), es aplicable el Derecho comunitario de la competencia³. Conforme al Reglamento 1/2003, pueden ser competentes, en principio, tanto la Comisión como las

¹ En el orden interno, la doctrina y la jurisprudencia han justificado este principio con tres motivos: *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*, el *Erledigingsprinzip* y la idea de que *res iudicata pro veritate habetur*. *Vid., ad ex.*, CANO CAMPOS, T., «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, n.º 156, septiembre-diciembre 2001, pp. 191-249; DAWSON, M.A., «Popular Sovereignty, Double Jeopardy, and the Dual Sovereignty Doctrine», *Yale Law Journal*, 1992, pp. 281-303; HEERS, M., «Le principe *non bis in idem* devant le juge administratif français: L'application en droit interne d'une garantie procédurale consacrée par les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 7, 25, 1996, pp. 35-44; DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Barcelona, 1998; VAN DEN WYNGAERT, C./STESSENS, G., «The international *non bis in idem* principle: resolving some of the unanswered questions», *Int.Comp.L.Q.*, 48, 4, 1999, pp. 779-804.

² *Vid., ad ex.*, la decisión n.º 5-D-59 del *Conseil de la concurrence* francés de 7 noviembre 2005 relativa a prácticas realizadas por la sociedad France Télécom en el sector de Internet de alta velocidad (ADSL), comentada por PRIETO, C. *Concurrences*, n.º 1, 2006, pp. 141-142, que impuso al operador histórico francés una multa de 80 millones de euros por abuso de posición dominante.

³ Sobre la afectación del comercio intracomunitario (*Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels*), *vid., ad ex.*, BUNTE, H.-J., «Art. 81», en LANGEN/BUNTE, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10.ª ed., vol. 2, München, 2006, pp. 45 y ss., concr. pp. 124-142; MESTMÄCKERE.-J./SCHWEIZER, H., *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, 2004, pp. 129-139.

autoridades nacionales. Si es competente la Comisión, aplicará Derecho comunitario. Si es competente una autoridad nacional de la competencia, también deberá aplicarlo. Pero, si conoce de un abuso de posición dominante, esta autoridad nacional podrá aplicar también su propia legislación, cuando sea más rigurosa que la comunitaria.

4. Cuando la conducta no sea susceptible de afectar al comercio intracomunitario, la competencia y normativa aplicable se determinarán conforme al ordenamiento jurídico del Estado respectivo.

5. Por tanto, para responder a la pregunta inicial, analizaremos el *principio non bis in idem* en *Derecho español* y en *Derecho comunitario de la competencia*.

II. Concurso de leyes y *non bis in idem*

6. La relación entre el principio *non bis in idem* y el concurso de leyes ha sido de influencia mutua. Así, desde una perspectiva material, se ha tratado de buscar justificación al principio *non bis in idem*. Generalmente, la doctrina entiende que éste es el resultado y el correctivo necesario de un concurso de leyes y que, por lo tanto, cabe aplicar, *mutatis mutandis*, las teorías que a este respecto se han construido dentro de la doctrina penal.

7. La teoría penal del concurso de leyes aborda una situación en la que, en apariencia, una duplicidad de normas, de forma válida, tipifican y sancionan una misma conducta⁴. En ese caso, podría, en principio, concluirse que, puesto que parece que existen dos normas tipificadoras válidas, habría que aplicar ambas; ya que la misma acción constituye dos o más delitos o infracciones. Esta situación tendría, como resultado, la aplicación simultánea de todas esas normas y la duplicidad de la sanción ante un mismo hecho, fundamento y sujeto.

8. Por el contrario, el principio *non bis in idem* permite bloquear esa superposición de sanciones que se considera injusta. En el concurso de leyes, de las diversas normas aparentemente aplicables a un mismo hecho, sólo una de ellas es realmente aplicable. Las demás normas quedan desplazadas conforme a diversos criterios interpretativos, ya desde hace tiempo elaborados por la doctrina y la jurisprudencia penales. Para evitar, por tanto, el resultado injusto antes mencionado, se recurre a las normas del *concurso de leyes*⁵.

⁴ Vid., *per omnia*, PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991, pp. 35 y ss.

⁵ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ADAN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Valencia, 1996, p. 488.

9. Los tribunales y autores recurren al principio *non bis in idem* en casos en los que se da esa misma situación: La existencia de dos normas aparentemente aplicables, aunque sólo una de ellas resulta acorde con los hechos sucedidos. Por ello, para dar solución a los casos en que se produce un supuesto de colisión con el principio de *non bis in idem*, se aplican las teorías formuladas en Derecho Penal para enfrentarse al concurso de leyes.

10. El problema radicaría en determinar *cuál de las normas sancionadoras* aparentemente aplicables prevalece en el caso del concurso y cuál es la que debe quedar marginada. Para ello pueden utilizarse una serie de *criterios de ponderación*, actualmente recogidos en el art. 8 del Código penal español:

- a) Según el *criterio de la especialidad*, la ley especial prevalece sobre la general e impide la aplicación de ésta. A estos efectos, se entiende por ley especial la que describe un tipo en que aparecen todos los elementos de otro; pero, a él, se añaden algunas características específicas. De acuerdo con este criterio, se aplicará el tipo que sea capaz de abarcar el total del contenido del injusto, en detrimento de aquél o aquéllos en que tan sólo se contengan aspectos parciales del mismo.
- b) El *criterio de subsidiariedad* implica que una de las normas sólo entrará en juego en el supuesto de que otra no pueda hacerlo: «El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible» (art. 8, párrafo segundo, del Código penal español). Este criterio tiene en el Derecho sancionador la finalidad de evitar que la concurrencia de determinados requisitos deje sin sanción un hecho que, de todos modos, puede ser sancionado por otro precepto que no exige esos requisitos.
- c) El *criterio de consunción* tiene lugar cuando un delito engloba hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente; porque su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito del que forman parte.
- d) El *criterio de alternatividad* se dará en el caso de que no se apliquen ninguno de los criterios anteriores e implica que los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de un determinado cuerpo legal lo serán tan sólo por aquél de ellos que contenga mayor sanción para el ilícito cometido⁶.

⁶ SANZ MORÁN, L., «El concurso de delitos en la reforma penal» en AA.VV., *Unidad y pluralidad de delitos*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, pp. 230 y ss.

11. Como puede deducirse de lo que acabamos de decir, el concurso de leyes implica simplemente un problema de interpretación para determinar la ley o precepto efectivamente aplicable a una determinada controversia: En un supuesto de hecho, resultan *aparentemente* aplicables varios preceptos; pero el desvalor que representa el supuesto de hecho es abarcado por uno de los preceptos concurrentes, cuya aplicación excluye a los demás. Cuando dos preceptos concurrentes tienen el mismo núcleo fundamental, sólo uno de ellos puede ser aplicable, debiendo excluirse la aplicación de los otros.

Si la doble punición que da lugar a que se plantee la aplicación del principio de *non bis in idem* deriva de un concurso de leyes, su solución podrá alcanzarse mediante la adecuada interpretación de los preceptos aparentemente aplicables que determinará cuál de ellos debe prevalecer.

12. Estos criterios originariamente diseñados en el ámbito penal son extrapolables al Derecho administrativo. Su transposición resulta, sin embargo, más dudosa cuando el concurso es interordinamental y, en concreto, cuando la colisión tiene lugar entre una norma de carácter administrativo y otra penal. En ese caso, en nuestro ordenamiento rige el criterio de subsidiariedad de la norma administrativa, razón por la cual la norma penal recibe aplicación de modo prevalente⁷.

III. El concurso de infracciones

13. Otra de las causas que puede dar lugar a una *doble punición* es la existencia de lo que se conoce como *concurso de delitos*, tradicionalmente estructurado en *concurso ideal* y *concurso real*.

14. Junto a ellos, se habla, a veces, del *concurso medial*: Es aquél en el que la comisión del delito no supone un fin en sí mismo, sino que se trata de un medio para realizar otro. En este supuesto, nos encontramos ante dos hechos y dos delitos, por lo que, en principio, debería producirse una acumulación de la sanción. Sin embargo, suele adoptarse la *misma solución* que para el *concurso ideal*, optando por la imposición de la pena más grave de las disponibles.

15. Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición —es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos o heterogéneos— surge el denominado *concurso ideal*. En este caso, si se aplica el principio *non bis in*

⁷ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.^a ed., Madrid, 1994, p. 444.

idem, la consecuencia es que uno de los delitos quedará impune; mientras que, si se castigan los dos, se quebranta el principio, lo cual tampoco se considera tolerable. Para solucionar este conflicto, el Derecho penal articula la *teoría de los concursos*⁸.

16. Cuando concurren varias acciones o hechos cada uno de los cuales es constitutivo de un delito autónomo, se produce el denominado *concurso real*. En principio, este concurso no plantea ningún problema teórico: Cada acción por separado constituye un delito y, por tanto, el tratamiento debería ser la acumulación de las sanciones. La existencia de varios hechos nos lleva a concluir que, en el caso de un concurso real, no estaríamos en el supuesto del *non bis in idem*. Sin embargo, incluso en este caso, el ordenamiento prevé mecanismos de corrección de las sanciones⁹.

17. El *problema común* a todos los supuestos de concurso citados es determinar cuándo existe *una o varias acciones*. Cuando una sola acción realiza un tipo nos encontramos con el caso normal. Cuando una o varias acciones realizan varios tipos delictivos surgen los problemas del concurso.

En principio, hay que excluir la identificación entre *acción y movimiento corporal* y la identificación entre *acción y resultado*. Resulta posible que una acción en sentido jurídico pueda contener varios movimientos y dar lugar a varios resultados. Por ello, hay que acudir a *otros factores* para determinar la unidad de acción: El primero es el *factor final* que atiende a la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados. El segundo factor será el *normativo*, que atiende a la estructura del tipo en cada caso particular. De este modo, «aunque el factor final que rige el proceso causal sea el mismo, alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos. A la inversa, actos aislados cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica sólo cuando se dan conjuntamente o tener una relevancia distinta en función de la regulación del hecho correspondiente al tipo»¹⁰.

1. *El concurso ideal*

18. Tal como hemos señalado, cuando *un solo hecho constituya dos o más infracciones* nos encontramos con el caso de *concurso ideal*. Eviden-

⁸ Sobre la incidencia de la teoría de los concursos en la determinación de la pena, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, 1992, pp. 25 y ss., en que se explican en profundidad las diversas soluciones que el legislador puede establecer ante un concurso de infracciones.

⁹ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ADAN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Valencia, 1996, pp. 477 y ss.

¹⁰ *Ibidem*, p. 479.

temente no resulta posible valorar igual una acción que produce un solo delito que esa misma acción cuando conlleva varios resultados delictivos; ya que, en este caso, la aplicación de uno solo de los tipos no agotaría la valoración total de la acción. Sólo la aplicación simultánea de todos los tipos realizados por la acción valora plenamente el suceso; aunque después la sanción resultante deba ser atemperada.

Precisamente la diferencia existente entre el *concurso ideal* y el *concurso de leyes* consiste en que en el concurso de leyes son aparentemente aplicables diversos preceptos, pero su correcta interpretación determina que tan sólo uno de ellos lo es realmente. En el concurso ideal, todos los preceptos infringidos por la acción son aplicables y solamente hay algunas puntualizaciones respecto de la sanción a imponer.

19. El *problema básico* para determinar la aplicación de estas teorías es la consideración de cuándo nos encontramos ante *un solo hecho*. La *unidad de hecho* equivale a la *unidad de acción* y ésta existirá cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en el tipo.

La producción de varios delitos no equivale a la realización de varias acciones; ya que entonces la diferencia entre concurso ideal y real no tendría sentido. Sin embargo la dificultad de fijar cuándo hay un solo hecho o una sola acción y cuándo varias hace que, en la práctica, exista gran inseguridad a la hora de aplicar ambas modalidades de concurso.

20. La *consecuencia más importante* de la existencia del concurso ideal se centra en el problema de la *determinación de la pena*. Para darle solución, el legislador puede acudir a *diferentes criterios*: El *principio de acumulación* implica que la pena de cada infracción se determina de forma separada y luego se suman; el *principio de absorción* determina la aplicación únicamente de la pena más grave de entre las posibles; el denominado *principio de asperación* entraña la imposición de la pena más grave agravada; el *principio de combinación* impone la mezcla de las diferentes penas aplicables en una sola.

Corresponde al legislador a la hora de diseñar el sistema punitivo tanto la opción por alguno de estos sistemas de determinación de la pena como la opción de combinar la aplicación de todos estos criterios o, al menos, algunos de ellos. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico penal se opta por el *principio de asperación*, razón por la cual el art. 77, párrafo segundo, del Código Penal recoge que se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave. Sin embargo, cuando de este modo la pena concreta resulte más grave que la suma de las penas concretas que pudieran imponerse penando por separado los delitos, se sancionarán por separado aplicando el *principio de acumulación*.

En todo caso, en aras del *principio de proporcionalidad*, el legislador debería tratar de forma más benigna el concurso ideal que el real, que se expone a continuación.

2. El concurso real

21. El concurso real se produce cuando concurren *varias acciones y cada una de ellas es constitutiva de un delito*. En principio, esta situación no plantea problema teórico; ya que cada acción por separado constituye un delito y su tratamiento jurídico podría seguir el *principio de acumulación*.

No obstante, la aplicación sin limitaciones del principio de acumulación puede llevar a la determinación de penas excesivas e incompatibles con la valoración global de todos los delitos y la sensibilidad jurídica¹¹. Para evitar estas consecuencias, el ordenamiento recoge ciertos criterios que pretenden la fijación de penas proporcionadas a la valoración global de las acciones cometidas.

De este modo, incluso en el caso del concurso real, el *principio de acumulación* suele ser corregido mediante el *principio de asperación*. Así, *ad ex.*, en nuestro ordenamiento jurídico, el Código Penal recoge que «cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo» (art. 75). Sin embargo, «el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple de tiempo por el que se impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo...» (art. 76 del Código penal).

Así, independientemente del número de delitos o infracciones cometidos y enjuiciados en un solo proceso, la pena no puede ser superior al triple de la más grave de las que se podrían imponer.

IV. La relación de los diferentes concursos con el principio *non bis in idem*

22. Como consecuencia de todo lo anterior, se puede concluir que si hay varios hechos y cada uno está tipificado como infracción y sancionado, estaremos ante un *concurso real* de infracciones en el que las sanciones se acumulan y, por lo tanto, no habrá, en principio, colisión con el principio *non bis in idem*. Será el *principio de proporcionalidad* el que exija una atemperación de la sanción determinada en función del *principio de acumulación*.

¹¹ *Ibidem*, p. 484.

Si el hecho es único y está tipificado como infracción en varias normas sancionadoras, habrá que determinar si es un *concurso ideal o aparente*.

Si es un *concurso aparente*, el respeto al principio *non bis in idem* exigirá que el órgano encargado de la aplicación de las normas realice una adecuada interpretación de las mismas para determinar cuál de ellas debe imponerse.

En otro caso, podremos encontrarnos ante un *concurso ideal* de infracciones y el respeto al principio *non bis in idem* exigirá que se acuda a las normas de solución de este problema para no aplicar sanciones desproporcionadas. Por lo tanto, se aplicará la sanción en cuantía superior o sólo se aplica una de ellas al considerarla prevalente respecto del resto.

V. La relación del principio *non bis in idem* con las normas que tipifican las conductas: La incidencia del interés jurídico protegido

23. El análisis de la *teoría de los concursos* nos sitúa en la relación existente entre el principio *non bis in idem* y las normas en que se recogen las sanciones. Examinado el problema desde este punto de vista, para que se dé la posibilidad de que exista más de una sanción, como respuesta a una misma acción, debe necesariamente existir una pluralidad de normas que tipifiquen infracciones respecto de los mismos hechos. Podría, por consiguiente, modificarse la perspectiva de estudio del principio *non bis in idem* y acudir no tanto a la *prohibición de la doble sanción*, cuanto a la *prohibición de la existencia de una pluralidad de tipos infractores*. La pluralidad de procedimientos y sanciones sólo podría darse en el caso de que dos normas tipifiquen válidamente los mismos hechos y, por lo tanto, la protección del *non bis in idem* implicaría un control de esa duplicidad de normas.

La concurrencia de normas sancionadoras ante un mismo hecho sólo sería lícita si esas normas prevén sanciones por dos fundamentos o causas distintas¹². Como sostiene la STC 243/1991, de 10 de diciembre: «para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario (...) que la normativa que la impone pueda justificarse porque contemple los hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquél que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado».

¹² CANO CAMPOS, T., «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, n.º 156, septiembre-diciembre 2001, p. 195.

En estrecha relación con la aplicación del principio *non bis in idem* y la norma que recoge la sanción está, por consiguiente, la cuestión de los *intereses protegidos* por las normas que contienen las sanciones.

24. La razón que más frecuentemente se esgrime para justificar la lícita existencia de una pluralidad de sanciones respecto de unos mismos hechos es la protección, en cada una de las normas que las contienen, de *bienes o intereses jurídicos de diferente naturaleza*. Es lo que en nuestro ordenamiento jurídico sucede con las sanciones disciplinarias.

Nuestra jurisprudencia ha recurrido con profusión a esta doctrina. Como ejemplo, cabe citar la STC 234/1991, de 10 de diciembre: «No basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues, si así fuera, el principio *ne bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador, o en su caso el Gobierno como titular de la potestad reglamentaria, quisiera darle».

Sin embargo, si dos normas protegen bienes jurídicos diferentes, no resulta tan evidente la prohibición de la doble punición¹³. Es lo que sucede en el caso de las sanciones impuestas en relaciones de sujeción especial del ciudadano con la Administración y su relación con las sanciones ordinarias¹⁴.

De este modo, resultaría constitucionalmente admisible una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, siempre y cuando los intereses protegidos por ambas sanciones sean distintos. Expresado con otros términos, la normativa que impone la segunda infracción sólo quedará justificada; porque contemple los hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no sea el mismo que aquél que la primera sanción intenta salvaguardar.

25. Esta interpretación ha sido objeto de *numerosas críticas*.

Cabría puntualizar, *ad ex.*, que no son tanto los intereses que se protegen por la norma los que alteran el régimen jurídico de protección del *non bis in idem*, cuanto el reflejo de los mismos en el contenido de la norma¹⁵. Ello implica que la norma debe incluir en el tipo las matizaciones propias

¹³ «Por bien jurídico —señala CANO CAMPOS, T., *Ibidem*, p. 195, nota 5— ha de entenderse el objeto protegido por la norma sancionadora vulnerada (la integridad física, la seguridad, la salud, el honor, el medio ambiente, el patrimonio histórico, el correcto funcionamiento de la Administración, etc.)».

¹⁴ PRALUS-DUPUY, J., «Cumul et non Cumul de Sanctions en Droit Disciplinaire», *Revue Dalloz*, 1993, 19.º Cahier, Chonique, pp. 135-140; FERNÁNDEZ CANALES, C., «Potestad sancionadora de la Administración Pública y Principio *non bis in idem*. Comentario a la STS (Sala 3.ª Secc. 7.ª) de 7 de julio de 1992», *La Ley*, 1992-4, p. 515.

¹⁵ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.ª ed., Madrid, 1994, p. 406.

del interés que pretende proteger, de forma que no cabe la doble punición con tipos idénticos aunque la justificación última por la que éstos se hayan dictado fuera diferente¹⁶.

En contra de esta transposición del principio *non bis in idem* al campo normativo se manifiesta S. DEL REY GUANTER. Este autor limita al ámbito de las sanciones el alcance del principio, que prohibiría «que un mismo hecho sea doblemente sancionado, no que sea doblemente tipificado»¹⁷. El cumplimiento del principio *non bis in idem* no corresponde a quien elabora y aprueba la norma, sino al que la aplica en los supuestos en que un mismo acto o hecho pueda estar tipificado y sancionado en más de un precepto punitivo¹⁸.

Además, el principio *non bis in idem* no está diseñado para resolver cuál de las normas aplicables debe prevalecer: Sólo señala que resulta necesario elegir una de ellas para no dar lugar a una doble punición. Este principio no debe constituirse en criterio para determinar la validez o derogación de las normas¹⁹.

26. Dado que el principio *non bis in idem* está dirigido al operador jurídico y no al legislador, aquél deberá analizar si los tipos concurrentes son idénticos, en cuyo caso aplicará el principio.

De este modo, el encargado de aplicar la norma prestará atención, en primer lugar, a la existencia de uno o varios hechos y una o varias normas que los sancionen; pero sin ocuparse de los intereses protegidos en la norma que afectan básicamente al legislador. Al operador tan sólo le importan en la medida en que se vean reflejados en el tipo.

Caso de aceptar que la diferencia de intereses jurídicos protegidos por las normas justifica la aplicación de una doble sanción al mismo sujeto y por los mismos hechos, el problema del *non bis in idem* se trasladaría a la elección correcta de los intereses jurídicos protegidos en las normas.

Resultaría lícito, de acuerdo con esta tesis, imponer dos sanciones ante un único hecho cuando las normas que las tipifican pretenden proteger intereses diferentes.

Conforme a esta corriente de opinión, la posible acumulación de sanciones administrativas y penales depende de la idea que se tenga de la unidad o diversidad *ontológica* de los ilícitos y de sus sanciones. Es claro que

¹⁶ NIETO GARCÍA, A., *ibidem*, p. 407, mantiene a este respecto que, en otro caso, se «plantearía la inquietante duda de si se trata de una justificación *a posteriori* inequívocamente pretextual o si, por el contrario, supone una justificación legítima».

¹⁷ DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, 1990, pp. 125 y 126.

¹⁸ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.^a ed., Madrid, 1994, p. 405.

¹⁹ REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, 1989, p. 811.

quienes afirman dicha unidad han de aceptar, como un corolario de ella, la prohibición del *bis in idem*²⁰; mientras que quienes la niegan pueden aceptar sin graves dificultades la compatibilidad de sanciones que son diferentes por naturaleza²¹.

Sin embargo, si la regla del *non bis in idem* se invoca excesivamente ante la protección de varios intereses legalmente seleccionados, «nos encontraríamos entonces con un círculo vicioso realmente inoperante y el solemne dogma del *non bis* se habría disuelto al simple conjuro de una doble declaración del Legislador...»²².

27. La constatación de dos intereses protegidos agredidos *eliminaría* el concurso de normas; ya que las dos normas resultarán igualmente aplicables. Eliminaría igualmente de acuerdo con esta tesis la aplicación plena del principio *non bis in idem*; ya que se entiende que el diferente fundamento de las normas habilitantes justifica la doble punición.

Sin embargo, incluso en el caso de aceptar esta tesis, para dar una solución satisfactoria a estas situaciones podría acudir-se a las normas de solución del concurso ideal o real de infracciones según los casos. Esta aplicación tendrá como consecuencia evitar la acumulación automática de las sanciones y dará lugar, dependiendo de los sistemas, a la aplicación de algunos de los criterios de atemperación de las mismas.

Veremos, al hacer referencia a la evolución vivida por el ordenamiento jurídico español, que esta tesis se encuentra actualmente superada en nuestro sistema.

VI. Requisitos del principio *non bis in idem*

28. Para que la concurrencia de sanciones se considere contraria a Derecho por aplicación del *non bis in idem*, es necesario que se cumpla una triple identidad (*ad ex.*, SSTS [2.^a] de 30 enero 1981 y 3 diciembre 1991):

- *Objetiva* o referente a los hechos: La STS [2]^a de 10 noviembre 1990 entiende que no entran dentro del ámbito de protección de este principio los casos de concurso real de infracciones en que las penas se aplican por acciones diversas. La efectiva punición de un

²⁰ En este mismo sentido, *ad ex.*, señala SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989, que el alcance del *non bis in idem* explica la identidad sustancial entre ambos órdenes punitivos, pues si ambas sanciones no fueren de la misma causa, no podría comprenderse por qué no pueden imponerse a la vez.

²¹ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.^a ed., Madrid, 1994, p. 402.

²² *Ibidem*, p. 408.

hecho antijurídico determinado no exonera a su autor de nuevas responsabilidades si vuelve a incurrir con posterioridad en la misma conducta (STS [3.^a] de 14 diciembre 1992;

- *Subjetiva* o referente al infractor: Es indiferente que el sujeto haya sido sancionado solidariamente junto con otros en el primer procedimiento y lo sea a título individual en el segundo, e igualmente es indiferente el título de culpabilidad que se esgrima contra él; y
- *Causal*, referente a la identidad en el fundamento punitivo. Basándose precisamente en la no coincidencia de finalidad y en la sustantividad del ilícito administrativo, la STS [2.^a] de 30 marzo 1917, mantuvo que las atribuciones de la Administración para corregir gubernativamente las faltas no excluyen ni limitan la aplicación jurisdiccional de las disposiciones penales. La sanción administrativa no generaría cosa juzgada que excluya el proceso y la pena por los mismos hechos, porque las multas y correcciones no se considerarían penales. Esta doctrina está en la actualidad totalmente abandonada en nuestro ordenamiento jurídico.

29. Dado que la identidad en el *elemento subjetivo* no plantea problemas dignos de consideración en nuestro campo de estudio, procederemos a continuación a detenernos brevemente en los *elementos causal y objetivo*.

1. Elemento causal

30. Comencemos prestando atención a la exigencia de identidad en el elemento causal para que pueda considerarse aplicable el principio *non bis in idem*. Este elemento nos llevará a detenernos en la posible acumulación de diversas medidas que implican todas ellas restricciones de derechos.

31. Esa exigencia de identidad nos lleva a cuestionar la posible acumulación de *multas ordinarias* y *multas coercitivas* y la incidencia del *non bis in idem* en las relaciones entre ambos institutos.

El hecho de que las medidas coercitivas no supongan ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, ya que son simplemente resultado del ejercicio de la ejecución de oficio de los actos administrativos, supone que la concurrencia de éstas con medidas sancionadoras no implicará vulneración del principio *non bis in idem*²³.

Dado que las sanciones coercitivas no tienen carácter represivo, la concurrencia de medidas punitivas con éstas, puramente coercitivas, no deberá entenderse prohibida (SSTS [4.^a] de 10 julio de 1984 y [3.^a] de 20 octubre 1984; STC 239/1988, de 14 diciembre). No pueden conceptuarse como

²³ Vid., en este sentido, LORENZO, S., *Sanciones Administrativas*, Uruguay, 1996.

idénticos el hecho constitutivo de la infracción, sea cual sea, y el incumplimiento del mandato administrativo posterior; los hechos son diferentes y por ello se excluye la aplicación del principio *non bis in idem*: Esta concepción implica el riesgo, puesto de manifiesto por J. SUAY RINCÓN, de que la Administración generalice el uso de las multas coercitivas en lugar de ejercer su potestad administrativa sancionadora²⁴. De este modo, se estaría haciendo una elusión fraudulenta del principio *non bis in idem*. No obstante, dada la estructura de estas sanciones no resulta realmente fácil esta sustitución; ya que, en principio, el administrado podrá evitar la imposición de las multas coercitivas, mediante la ejecución de la medida administrativa cuyo incumplimiento genera esta medida.

El hecho de que las medidas coercitivas sean restrictivas de derechos no implica que supongan ejercicio del *ius puniendi*. No tienen un verdadero sentido sancionador y no debe hacerse una interpretación extensiva del principio que nos ocupa: «En estas multas no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita, cuya adecuada previsión normativa desde las exigencias constitucionales del derecho a la legalidad en materia sancionadora pueda cuestionarse, sino que consiste en una medida de constreñimiento económico, adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa. No se inscriben, por tanto, estas multas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración (...) no se castiga una conducta porque sea antijurídica, sino que se constriñe a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta previamente fijada por el acto administrativo que se trata de ejecutar, y mediante la oportuna conminación o apercibimiento» (STC 239/1988, de 14 diciembre).

32. Algo similar sucede con las *medidas de seguridad*; aunque la determinación de la naturaleza jurídica de éstas suele plantear más problemas que en el caso anterior.

La imposición conjunta de medidas de seguridad y penas sólo será posible cuando ambas sean de diferente naturaleza. Es decir, no puede considerarse acorde a derecho la imposición de dos consecuencias jurídicas de índole afflictiva, a cumplir sucesivamente, derivadas de un mismo y único hecho²⁵.

²⁴ SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989, p. 60.

²⁵ QUERALT, J.J., *El Principio non bis in idem*, Madrid, 1992, pp. 25-26. El problema surge cuando tratamos de determinar si una medida concreta es en efecto afflictiva. Cabría enten-

33. A pesar de la evidencia de la anterior afirmación, la identidad causal no suele examinarse en la naturaleza de la infracción sino en la naturaleza de los bienes jurídicos que se entienden protegidos por las normas sancionadoras. De este modo, cuando los bienes jurídicos afectados por un hecho resultan heterogéneos, se entenderá que existe diversidad de fundamento y, si son homogéneos, no procederá la doble punición²⁶.

2. Elemento objetivo: Unidad o pluralidad de hechos y acciones

34. Hemos visto que uno de los requisitos que se exigen, para que pueda plantearse la aplicación del principio *non bis in idem* es que exista identidad de hechos; es decir, que el principio impide la reacción sancionadora múltiple del ordenamiento ante un único hecho. Por ello, resultará importante determinar cuándo el ordenamiento se enfrenta a un único hecho o, por el contrario, se plantea la reacción ante varias acciones, en cuyo caso no será de aplicación dicho principio.

der que toda privación de derechos es en sí misma afflictiva; pero el TC, en su STC 36/1991, de 4 febrero, mantiene que no toda medida restrictiva de libertad es afflictiva sino que hay que atender a su objetivo. Una medida cuya finalidad fuera educativa o terapéutica, aun cuando sea privativa de libertad, podría concurrir legítimamente con una pena. Logrado el objetivo que se pretendía con la primera medida cabría sin embargo defender el no cumplimiento de la pena por considerarla en ese punto contraproducente. No resulta tarea fácil, sin embargo, determinar cuál es la naturaleza, afflictiva o no, de las medidas de seguridad.

²⁶ La STC 234/91, de 10 diciembre, mantiene que para que la dualidad de sanciones por un mismo hecho sea constitucionalmente admisible, es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquél que la primera sanción intenta salvaguardar.

Donde esta teoría ha alcanzado su mayor provecho es en las relaciones de sujeción especial, cuyo estudio se recoge en GARBERI LLOBREGAT, J., *El Procedimiento administrativo sancionador. Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y Legislación*, Valencia, 1994, pp. 177 y ss., o LASAGABASTER HERRATE, I., *Las Relaciones de Sujeción Especial*, Madrid, 1994.

El TC, ya desde la Sentencia 2/1981, fundamento jurídico 4.º, admitió expresamente la coincidencia, en un mismo sujeto y para el mismo hecho, de una sanción penal y otra administrativa, cuando ésta está basada en una relación de supremacía especial. La mera pertenencia a un determinado grupo jurídico se mostraba insuficiente para explicar la reduplicación de la sanción. Por ello el mismo Tribunal, en la STC 61/1990, de 29 marzo, dotó al *bis in idem* constitucionalmente permitido de una fundamentación material. Partiendo de la exigencia de identidad en objeto, sujeto y fundamento, la STC 2/81 mantenía que en las relaciones especiales de poder, es decir en las sanciones disciplinarias, no existe identidad de fundamento, en la medida en que el ordenamiento penal y el disciplinario protegen bienes distintos y se afectan por tanto bienes jurídicos dispares. El fundamento de la sanción disciplinaria es, sin embargo, igual que el de la penal, el mantenimiento de la capacidad de prestación de servicios públicos. Este hecho, junto con la evidente consideración de que con la admisión de la doble sanción se debilita el principio de legalidad, han dado lugar a que el propio TC en Sentencias como la 234/1991, de 10 diciembre, module, aunque sin excluirla, la aceptación del *bis in idem* dentro del ámbito disciplinario.

35. Para determinar la existencia de uno o varios hechos, hay que tener en cuenta que una acción puede estar constituida por una pluralidad de actos, sin que por ello se desvirtúe su carácter unitario, dada la especial vinculación existente entre ellos.

Ante esta situación, habrá que fijar unos criterios que nos ayuden a determinar *cuándo un grupo de actos aislados puede considerarse de forma unitaria* y cuándo, por el contrario, pueden ser disgregados e integrar acciones independientes.

A pesar de que esta simplificación no puede llevarnos a desconocer el hecho de que existe una acalorada controversia doctrinal respecto de lo que debe entenderse por identidad de hecho, dos son las principales opciones que se presentan al operador jurídico para realizar dicha determinación²⁷.

36. De acuerdo con *un primer criterio*, el hecho se califica, conforme a su percepción física o natural. Se considera, de este modo, un hecho único el que responde a un solo acto de voluntad. Como tal, se realiza en la vida y se percibe por el sujeto actor y los terceros. Esta teoría atiende exclusivamente a datos naturalísticos para determinar la existencia de una o varias acciones²⁸. Lo normal, de acuerdo con la concepción general de la vida, es que sea la «voluntad convergente de un *telos* inmediato la que dote de unidad natural a la acción que, al quedar recortada por un mismo tipo penal, da lugar a un solo delito» (STS [2.ª] de 12 diciembre 1977).

La unidad de acción delictiva exige que, desde el punto de vista subjetivo, concurra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva (STS [2.ª] de 26 junio 1983). Como elementos objetivos de esta actividad, puede exigirse que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente; porque la disgregación de la dinámica delictiva en uno y otro sentido puede romper la identidad que reclama la voluntad única.

El concepto de hecho será, por lo tanto, valorativo. En este sentido, depende de una determinada valoración según la cual varios movimientos deben contemplarse como una sola acción.

No existe unanimidad doctrinal sobre el que debería ser el punto de vista que decide cual es la valoración; aunque un criterio podría ser la concepción

²⁷ Un reflejo de las principales corrientes doctrinales italianas y alemanas con sus diversos matices y las críticas más comunes vertidas a raíz de cada una de ellas puede encontrarse en GARCÍA ALBERO, R., *Non bis in idem Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona, 1995, pp. 143 y ss.

²⁸ Esta teoría es generalmente descartada por la doctrina, tal como recoge MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1995, p. 653, ya que «ni es posible buscar una clara solución de continuidad a los movimientos fisiológicos, ni éste es el punto de vista que utilizamos normalmente para afirmar que existen una o varias acciones».

natural de la vida. Según ésta, se confía al punto de vista de la sociedad o a los usos normales la valoración de cuándo varios movimientos corresponden a una acción. Se atiende a la unidad de propósito y a la conexión de los diversos hechos integrantes de la acción en el espacio y en el tiempo.

37. El *otro criterio* posible para determinar la unidad de hecho es aquél que atiende a la óptica normativa, y exige que se dé la identificación en la tipología delictiva. De acuerdo con el mismo se califican los hechos como unidad o pluralidad, no atendiendo a la naturaleza de la percepción natural del observador ni a la voluntad de quien actúa, sino precisamente, de acuerdo con la voluntad del legislador que se contiene en el tipo correspondiente²⁹.

Esto no supone que siempre que exista unidad de hecho deba concurrir un solo tipo y un solo delito; pero sería la norma quien nos diga, en cada caso, si median uno o varios hechos. Ella tendría poder para, a efectos sancionadores, reunir varios hechos naturales en un solo tipo o, a la inversa, descomponer un solo hecho natural en varios tipos³⁰.

Prescindiendo de los hechos naturales y ateniéndonos a los tipos normativos, el problema se simplifica; porque la solución a cada caso puede encontrarse en los elementos que la norma ha seleccionado a la hora de tipificar la acción. De acuerdo con esta tesis, al hilo de un solo hecho natural puede haber varias acciones, varios tipos y varias infracciones. Por ello, no entraría en juego la prohibición del principio *non bis in idem* y únicamente cabría establecer modalidades en la atribución de las penas por considerar que se trata de un *concurso real o medial*.

VII. Dinámica de la regla

38. La regla que estamos examinando tiene —como en parte podría colegirse de lo que se ha expuesto hasta ahora— dos vertientes:

- a) Una *vertiente procesal* —o *ex ante*— busca eliminar la posibilidad de que un único hecho antijurídico sea simultáneamente enjuiciado en dos procedimientos.
- b) Otra *vertiente material* —o *ex post*— hace referencia a la prohibición de la doble sanción, siempre, evidentemente, hablando de un solo y único hecho, y ante la identidad de sujetos y fundamento.

²⁹ MIR PUIG, S., *Ibidem*, p. 654, mantiene que «la descripción típica opera, pues, como una plantilla que recorta un determinado fragmento de actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho».

³⁰ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.^a ed., Madrid, 1994, pp. 449 y 450.

Para evitar la posibilidad de esta *doble concurrencia*, el ordenamiento se ve obligado a reaccionar, si bien cabe adoptar diversas soluciones.

39. La aplicación del principio de que nos ocupamos ante la reacción represiva del Estado dentro de *un único sector del ordenamiento* no plantea problemas teóricos: No plantea excesivas dificultades aceptar el hecho de que no pueden imponerse dos sanciones penales o dos sanciones administrativas ante la comisión de un único hecho. Aunque con algunas excepciones de las que nos ocuparemos más adelante, este principio es admitido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

40. Mayores dificultades plantea la *acumulación extraordinamental de procedimientos y sanciones*. Por ello, nos centraremos fundamentalmente en los problemas derivados de la acumulación de sanciones y procedimientos administrativos y penales.

1. *La vertiente material del principio*

41. Comencemos prestando atención al aspecto material del principio —es decir, a la prohibición de que existan dos sanciones ante una única acción—.

Hemos visto que, de acuerdo con este principio, no resulta admisible la doble represión por el mismo hecho: En caso de que, de forma indebida, se hayan pronunciado dos sanciones, una de ellas debería declararse inválida.

Más complejo será determinar cuál de ellas debe anularse, sobre todo en el caso de que nos encontremos con sanciones provenientes de diferentes ordenamientos y, por lo tanto, de naturaleza jurídica diversa.

Ante este dilema, centrándonos en la acumulación de una sanción penal y una administrativa, cabe optar por la *prevalencia de la sanción penal*, manteniendo que es aplicable el principio *non bis in idem*, como resuelta-mente ha hecho la jurisprudencia española³¹.

La razón de ser de esta solución se encontraría en la *presunción* de que la jurisdicción penal es la que mejor garantiza los derechos y libertades individuales frente a la actitud menos garantista del poder ejecutivo. No quedaría claro, sin embargo, con la citada explicación, qué sucedería en el caso de que sea la sanción administrativa la que haya sido impuesta con anterioridad.

³¹ Sirva como muestra la STS 20 octubre 1984 y, en el mismo sentido, la STC 77/83, de 3 octubre, que mantiene que «la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autonomía judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera».

Frente a esta opción, cabría adoptar un *criterio cronológico*, según el cual la primera decisión condenatoria vetaría la existencia de la segunda, independientemente de cuál sea la autoridad que haya impuesto la primera. Esta es la opción adoptada por la legislación italiana. El TS español ha mantenido esta tesis en alguna resolución, si bien de forma mucho más esporádica que la tesis inspirada en criterios materiales³².

2. La vertiente procesal del principio

42. Dentro de la dinámica de funcionamiento del principio *non bis in idem* en su vertiente procesal, veámos que el Derecho debe arbitrar unos mecanismos para evitar la concurrencia de procedimientos. De esta forma, cabría realizar una mezcla de los criterios de prevalencia anteriormente expuestos, el material y el cronológico, estableciendo por ley un mecanismo procesal, consistente en conseguir por razones materiales, la prioridad cronológica de la sentencia penal. Así, entendiendo que el efecto material del principio no es razón suficiente para realizar la asignación de prevalencias, se impide a la Administración actuar hasta tanto no lo hayan hecho los tribunales.

De hecho, asegurar la prioridad cronológica de la sentencia penal es una posibilidad de imponer la prevalencia de la sentencia penal; ya que, una vez producida la resolución administrativa sancionadora, sería muy difícil hacer viable «hacia atrás» la influencia de una sanción penal posterior³³.

Para evitar esta situación, se declara la prioridad del proceso penal y la «imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos» (STC 77/1983, de 3 de octubre, que se reproduce en la STS 20 enero 1987).

No en vano «...cuando se da identidad de hechos del procedimiento administrativo sancionador y del proceso penal, se hace necesario el mejor esclarecimiento de los hechos (...) que se obtendrá de las declaraciones de hechos probados y de las consideraciones que haya de contener la resolución del proceso criminal instruido. De aquí que lo más acorde con el ordenamiento jurídico sea el declarar en suspenso el procedimiento admi-

³² Así, en la STS [2.^a] 12 mayo 1986, se recoge que «el principio de Derecho *non bis in idem* no permite, por unos mismos hechos, duplicar o multiplicar la sanción sea cual sea la autoridad que primeramente la haya impuesto...».

³³ En opinión de NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.^a ed., Madrid, 1994, p. 424, la única posible.

nistrativo hasta tanto no recaiga resolución firme en el proceso penal» (STS 18 diciembre 1989; en el mismo sentido, STS 24 enero de 1989).

43. Sobre la *declaración de hechos probados* se establece igualmente, desde el momento en que se reconoce la vigencia del principio *non bis in idem*, la prevalencia de la sentencia penal de forma que la redacción de los hechos establecida por la sentencia penal vincula a la autoridad administrativa³⁴.

Esta situación no ha sido siempre tal como, en este momento, se describe. La STS 21 febrero 1979, mantiene que ha existido en nuestra jurisprudencia una arraigada doctrina que mantenía que el resultado de las actuaciones sumariales «carecen de todo efecto vinculatorio» en la actuación administrativa respecto del ejercicio de sus facultades sancionadoras, incluso en el caso de que, en la sentencia penal, se hayan declarado probados los hechos. Ello se debería a que la «valoración realizada por esa jurisdicción opera con técnicas y criterios diversos a los que sobre los mismos hechos han de servir de fundamento a los que por la jurisdicción contenciosa se dicte».

44. En los casos en que el ordenamiento jurídico permite que se mantengan dos procedimientos por los mismos hechos, uno de carácter administrativo y otro de carácter penal, sería *inconstitucional* la *fijación fáctica diversa*. Expresado con otros términos, unos hechos no pueden existir para unos órganos del Estado y dejar de existir para otros: La STC 77/83, de 3 octubre, afirma de modo contundente que «es inconstitucional un doble castigo penal y administrativo por un mismo hecho; y no sólo eso sino que la jurisdicción penal es preferente sobre la gubernativa en orden al esclarecimiento de los hechos»³⁵. Por ello, la Administración debe paralizar el procedimiento en tanto que los jueces ordinarios no decidan sobre el fondo y, en el caso de que la jurisdicción penal declare la inexistencia del hecho ilícito, deberá aceptar tal declaración y archivar, consecuentemente lo actuado.

³⁴ Un examen detallado de las diferentes consecuencias que tiene la sentencia penal en las actuaciones posteriores según sea ésta absoluta o condenatoria, puede encontrarse en NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.^a ed., Madrid, 1994, pp. 429-435.

³⁵ En el mismo sentido mantiene LÓPEZ NIETO MAYO, F., *El Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas*, Barcelona, 1993, p. 544, que, cuando el ordenamiento permite dualidad de procedimientos, es posible enjuiciamiento y calificación jurídica independiente de los mismos hechos, pero no sucede lo mismo en lo referido a la apreciación de dichos hechos, que no pueden existir y dejar de existir al mismo tiempo. Si se considera la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la actuación de los tribunales de justicia, la conclusión es que aquélla no puede actuar en materia de sanciones mientras no lo hayan hecho los tribunales, y, cuando intervenga *a posteriori*, debe respetar en todo caso el relato de los hechos realizado por estos últimos.

45. El problema del *non bis in idem* en la coincidencia extraordinaria, se traslada al ámbito administrativo, siendo en el curso de este procedimiento y no en el penal en el que se alegará la excepción. En el supuesto de que, impuesta una sanción administrativa, se inicie un proceso penal basado en los mismos hechos, la sanción administrativa deberá quedar automáticamente en suspenso³⁶.

Nuestro TC, sentada la doctrina de que «en la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron» admite, sin embargo, que unos mismos hechos puedan producir efectos jurídicos distintos (STC 25/1984, de 23 febrero). Por ello, sería posible que, de producirse la absolución en la sentencia penal, por no haberse demostrado la autoría del imputado, la sanción administrativa aprecie una responsabilidad distinta en el sujeto.

VIII. El principio *non bis in idem* en Derecho europeo de la competencia

1. Concepto y naturaleza jurídica

46. El concepto de *non bis in idem* en Derecho comunitario no es diferente al de los Derechos nacionales: «El citado principio prohíbe... sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico» (STJCE 7 enero 2004, *Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA y Cementir - Cementerie del Tirreno SpA*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, apartado 338)³⁷.

³⁶ En el caso de que la sanción administrativa haya devenido firme, no existirá vía procesal para resolver la cuestión, pero QUERALT, J.J., *El Principio non bis in idem*, Madrid, 1992, p. 32, mantiene la supremacía de la doctrina constitucional sobre la ley, de forma que el juez penal debería requerir de inhibición a la autoridad administrativa «en el concreto sentido de que por ésta se acuerde la suspensión de la ejecución de la sanción»; caso de que la sanción haya sido recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sí existirán mecanismos procesales para paralizar la tramitación de la causa contenciosa hasta que finalice la penal.

³⁷ *Vid., ad ex.*, EILMANSBERGER, T., «*Ne bis in idem* und die Zuständigkeitsverteilung im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden», en KÖCK, H.F. (Hrsg.), *Europarecht im Zeitalter der Globalisierung. Festschrift für Peter Fischer*, Wien, 2004, pp. 33-51; *Id.*, «'Ne bis in idem' und kartellrechtliche Drittstaatssanktionen. Zugleich Besprechung des EuG-Urteils vom 9.7.2003 - Rs. T.224/00, Archer Daniels Midland Company (ADM)», *EWS*, 15, 2, 2004, pp. 49-55; GAUER, C./PAULIS, E., «Le règlement n.º 1/2003 et le principe du *ne bis in idem*», *Concurrences*, n.º 1, 2005, pp. 32-40; E. VERGNANO, «Competenze parallele e *ne bis in idem*: principi concorrenti nella nuova regolamentazione antitrust», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, III, pp. 1429-1447; W.P.J. WILS, «The principle of "ne bis in

47. Según la jurisprudencia comunitaria, el principio *non bis in idem*, consagrado igualmente en el art. 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH, constituye un *principio fundamental del Derecho comunitario*, cuya observancia debe garantizar el juez (STJCE 5 mayo 1966, *Gutmann/Comisión*, 18/65 y 35/65, *Rec.*, pp. 149 ss., concur. p. 172; STJCE 14 diciembre 1972, *Boehringer Mannheim GmbH/Commission*, 7/72, *Rec.*, p. 1281, apartado 3; STPI 20 abril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, *Rec.*, p. II-931, apartado 96, confirmada, en este apartado, por la STJCE 15 octubre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, *Rec.*, p. I-8375, apartado 59; STPI 29 abril 2004, *Tokai Carbon y otros/Comisión*, T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, apartado 130) y cuya aplicación está supeditada a un *triple requisito* de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido (STJCE 7 enero 2004, *Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA y Cementir - Cementeerie del Tirreno SpA*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, apartado 338). No es extraño, pues, que también haya sido acogido por el art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (DO C 364 de 18 diciembre 2000) ni que algunos autores consideren que ya el art. 45 del Convenio de Schengen de 1990 representa el primer intento multilateral para establecer dicho principio que ha tenido éxito³⁸.

48. En el ámbito del Derecho de la competencia comunitario, dicho principio prohíbe que se condene a una empresa o que la Comisión inicie de nuevo un procedimiento sancionador en su contra por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que la Comisión la ha declarado no responsable mediante una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso (STPI 9 julio 2003, *Archer Daniels Midland Company y Archer Daniels Midland Ingredients Ltd/Comisión*, T-224/00, apartado 86).

idem” in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis», *World Compet.*, 26, 2, 2003, pp. 131-148.

³⁸ VAN DEN WYNGAERT, C./STESSENS, G., «The international *non bis in idem* principle: resolving some of the unanswered questions», *Int.Comp.L.Q.*, 48, 4, 1999, pp. 779-804, concur. p. 804. Para un análisis más detallado de este precepto, *vid.* DONAIRE VILLA, F.J., «Transacción penal y principio *ne bis in idem* en el espacio de libertad, seguridad y justicia: la interpretación del artículo 54 del Convenio de Schengen (Comentario a la primera Sentencia prejudicial del TJCE *ex art.* 35 del TUE, de 11 de febrero de 2003, Asuntos Acumulados C-187/01 y C-385/01, Gözütok/Brügge)», *Revista española de Derecho Europeo*, 7, julio-septiembre 2003, pp. 571-594.

49. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los procedimientos administrativos son equiparables, a efectos del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, a los procesos penales, cuando aquéllos son susceptibles de conducir a la imposición de sanciones importantes a personas físicas (CEDH, 21 febrero 1984, *Öztürk*, n.º 8544/79, Serie A, n.º 73; CEDH, 24 febrero 1994, *Bendenoun*, n.º 12547/86, Serie A, n.º 284). No es difícil extrapolar esta jurisprudencia ni a las personas jurídicas ni al Derecho de la competencia³⁹.

50. El principio *non bis in idem* contribuye a la aplicación eficiente del Derecho europeo de la competencia: favorece la imposición de la sanción óptima con el mínimo coste (= lucha contra sanciones excesivas o livianas [*over-punishment and under-punishment*]), evita el coste de procedimientos múltiples, fomenta una persecución eficiente, reduce el riesgo de enojosos procedimientos múltiples y crea incentivos para una eficiente coordinación entre los demandantes (W.P.J. WILS)⁴⁰.

2. Origen

51. El TJCE tuvo la oportunidad de tomar partido sobre el principio *non bis in idem* en el caso conocido como *Walt Wilhelm* (STJCE 13 febrero 1969, *Farbenfabrik Bayer AG et autres/Bundeskartellamt, Berlin*, 14/68, *Rec.*, p. 1). El *Bundeskartellamt* había sancionado con multas importantes a siete empresas alemanas productoras de materias colorantes —una de las cuales era la *Farbenfabrik Bayer AG*, de cuyo director toma el nombre con que se conoce esta decisión judicial—, cuatro de las cuales estaban implicadas en el procedimiento que contra ellas —y también contra empresas de otros Estados— había incoado la Comisión en el caso conocido como *asunto de las materias colorantes* (*vid. Dec. Com.* 24 julio 1969, *Matières colorantes*, *JOCE* L 195 de 7 agosto 1969, que fue confirmada por STJCE 14 julio 1972, *Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG, Farbenfabriken Bayer AG, J. R. Geigy AG, Sandoz AG, S.A., française des matières colorantes [(Francolor), Casella Farbwerke Mainkur AG, Farbwerke Hoechst AG, Azienda Colori Nazionali/Commission*, 49-69 y 51 a 57/69, *Rec.*, p. 713). El

³⁹ Nadie en la doctrina discute que las personas jurídicas puedan ser titulares de derechos fundamentales ni que las empresas entren en el ámbito personal de aplicación (*persönlicher Anwendungsbereich*) del principio *non bis in idem*. *Vid., per omnia*, EILMANSBERGER, T., «*Ne bis in idem und die Zuständigkeitsverteilung im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden*», en KÖCK, H.F. (Hrsg.), *Europarecht im Zeitalter der Globalisierung. Festschrift für Peter Fischer*, Wien, 2004, p. 43.

⁴⁰ WILS, W.P.J., «The principle of “ne bis in idem” in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis», *World Compet.*, 26, 2, 2003, pp. 136-140.

Kammergericht Kartellsenat de Berlín Oeste planteó un recurso, en aplicación del art. 234 TCE (antiguo art. 177 TCEE), tendente a obtener una decisión a título prejudicial sobre interpretación de los arts. 5, 7 y 81 del Tratado de Roma y 9 del Reglamento del Consejo n.º 17.

52. En su sentencia, el Tribunal recurrió, como reglas de base para resolver los conflictos entre el Derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados integrantes de la Comunidad, a los *principios de*:

- a) *Superioridad del Derecho comunitario*, principio que había sido formulado ya anteriormente: «El TCEE ha instituido un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones. Sería contrario a la naturaleza de tal sistema admitir que los Estados miembros puedan tomar o mantener en vigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado. La fuerza imperativa del Tratado y de los actos adoptados para su aplicación no debería variar de un Estado a otro por el efecto de los actos internos, sin que sea entorpecido el funcionamiento del sistema comunitario y puesta en peligro la realización de los fines del Tratado. Desde entonces, los conflictos entre la regla comunitaria y las reglas nacionales deben ser resueltos por la aplicación del *principio de la primacía de la regla comunitaria*».
- b) Y de *aplicación paralela de los supuestos de hecho* —principio que se hace eco de la *teoría de la doble barrera*— o, lo que es lo mismo, del eventual concurso de procedimientos paralelos por parte de las autoridades comunitarias y nacionales con base respectivamente en el Tratado y en su ordenamiento nacional, aunque esto signifique la aplicación simultánea de ambos ordenamientos a un mismo supuesto y, por consiguiente, la posibilidad de que se dicte una doble sanción: «En tanto que un reglamento adoptado en virtud del art. 87.2.e) del Tratado no haya dispuesto de otra manera, *las autoridades nacionales pueden intervenir contra una entente, en aplicación de su Derecho interno de la competencia, incluso cuando el examen de esta entente desde el punto de vista del Derecho comunitario está pendiente ante la Comisión...*».

53. Además, el Tribunal formuló otros *dos principios complementarios* de este último: el *principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario* y la *regla non bis in idem* —que el Tribunal consideró que no era aplicable al caso, porque los dos Derechos, el nacional y el comunitario, protegían intereses jurídicos distintos—.

Además, el Tribunal señaló el deber, por parte de la Comisión, cuando deba sancionar un comportamiento colusorio, de tener en cuenta las sanciones que ya hayan sido impuestas por las autoridades nacionales en aplicación de su propio ordenamiento jurídico: «...bajo reserva sin embargo de que esta ejecución del Derecho nacional no pueda suponer un perjuicio a la aplicación plena y uniforme del Derecho comunitario y al efecto de los actos de ejecución de éste. Si la existencia de procedimientos paralelos debe conducir a un cúmulo de sanciones, una exigencia general de equidad implica que se tenga cuenta de toda decisión represiva anterior para la determinación de una eventual sanción».

54. Algunos autores han sostenido que la jurisprudencia *Walt Wilhelm* es contraria a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que aplica el principio *non bis in idem* cuando ambos ilícitos contiene los mismos elementos esenciales (CEDH 29 mayo 2001, *Franz Fischer/Austria*, n.º 37950/97)⁴¹. Incluso, en un caso, el Abogado general D. RUIZ-JARABO COLOMER ha sostenido, enfrentándose a dicha jurisprudencia, que tanto el Derecho comunitario como el nacional persiguen el mismo fin (la protección de la competencia en el interior de la UE) (Opinión de D. RUIZ-JARABO COLOMER de 11 febrero 2003, apartado 91, en el caso resuelto por STJCE 7 enero 2004, *Italcementi Spa*, C-213/00 P)⁴².

3. Dobles sanciones en virtud del Derecho comunitario

55. El principio comunitario de *non bis in idem* es aplicable a las multas impuestas a los comportamientos colusorios, aunque carezcan de naturaleza penal⁴³. En consecuencia, no se puede iniciar un nuevo procedimiento o sancionar otra vez a una empresa que ya ha sido sometida a un procedimiento por causa de un comportamiento colusorio que acabó con la imposición de una sanción que ya no es recurrible o con la declaración de no responsabilidad de la misma (STJCE 15 octubre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, *Rec.*, p. I-8375, apartado 61).

56. La anterior afirmación tiene un límite: Cuando una primera decisión haya sido anulada por motivos formales, sin pronunciarse sobre los aspectos

⁴¹ *Vid., ad ex.*, WILS, W.P.J., «The principle of “ne bis in idem” in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis», *World Compet.*, 26, 2, 2003, p. 143.

⁴² En términos muy parecidos, se expresó con anterioridad KUCK, T., «Die Anerkennung des Grundsatzes *ne bis in idem* im europäischen Kartellrecht und seine Anwendung in internationalen Kartellverfahren», *WuW*, 52, 7-8, pp. 689-698, concur. pp. 693-694.

⁴³ En este sentido, *ad ex.*, MESTMÄCKER, E.-J./SCHWEIZER, H., *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, 2004, p. 509.

materiales del caso, podrán imponerse nuevas sanciones; puesto que éstas no se acumulan a las pronunciadas por la decisión anulada, sino que las sustituyen (STJCE 15 octubre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, *Rec.*, p. I-8375, apartados 59 a 63).

57. Por el contrario, el principio *non bis in idem* se opondría a una segunda decisión, cuando la primera haya sido anulada no por motivos procedimentales, sino por falta de pruebas (STJCE 15 octubre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, *Rec.*, p. I-8375, apartados 68 y 69). Se exceptuaría el caso de que el nuevo procedimiento se abra con base en hechos descubiertos con posterioridad, distintos de aquellos en los que se basó la anterior decisión (art. 4.2 del Protocolo n.º 7 de Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 9.2, letra a), del Reglamento 1/2003) (W.P.J. WILS)⁴⁴.

4. Dobles sanciones en relación a las sanciones de los Estados miembros

58. La jurisprudencia comunitaria ha acogido el principio *non bis in idem* en los términos anteriormente expuestos, cuando la Comisión ha conocido de comportamientos colusorios que habían sido anteriormente sancionados por autoridades de un *Estado miembro* —*ad ex.*, alemanas (STJCE 14 julio 1972, *Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG, Farbenfabriken Bayer AG, J. R. Geigy AG, Sandoz AG, S.A., française des matières colorantes [(Francolor), Casella Farbwerke Mainkur AG, Farbwerke Hoechst AG, Azienda Colori Nazionali/Commission*, 49-69 y 51 a 57/69, *Rec.*, p. 713) o francesas (STPI 6 abril 1995, *Trefileurope y otros*, T-141/89 y ss., *Rec.*, p. II-791 ss.)—.

Además, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de *acumulación de sanciones*, una comunitaria y otra nacional, como resultado de la existencia de dos procedimientos paralelos (*Verfahrenshäufung*), que persiguen objetivos distintos, cuya procedencia resulta del especial sistema de reparto de competencia entre la Comunidad y los Estados miembros en materia de competencia (= doble imputación de responsabilidad, en el ámbito comunitario y en el ámbito nacional).

No obstante, una *exigencia general de equidad* implica que, al fijar la cuantía de la multa, la Comisión está obligada a tener en cuenta las sanciones que ya se han impuesto a la misma empresa por el mismo hecho (*Anrechnungsprinzip*), si se trata de sanciones impuestas por infracciones al Dere-

⁴⁴ WILS, W.P.J., «The principle of “ne bis in idem” in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis», *World Compet.*, 26, 2, 2003, pp. 141-142.

cho de la competencia de un Estado miembro y, por consiguiente, cometidas en territorio comunitario (STJCE 13 febrero 1969, *Wilhelm y otros, Rec.*, p. 1, apartado 11; STJCE 14 diciembre 1972, *Boheringer Manheim GmbH/Commission, 7/72, Rec.*, p. 1281, apartado 3; STPI 6 abril 1995, *Tréfileurope/Comisión, T-141/89, Rec.*, p. II-791, apartado 191; STPI 6 abril 1995, *Sotralentz/Comisión, T-149/89, Rec.*, p. II-1127, apartado 29); STPI 29 de abril de 2004, *Tokai carbón Co. Ltd y otros/Comisión de las Comunidades Europeas As. T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01*; STPI 15 junio 2005, *Graphites spéciaux, T-71/03, T-74/03, T-87/03 y T-91/03*⁴⁵.

5. Dobles sanciones en relación a terceros Estados

59. Pero la propia jurisprudencia comunitaria no ha sido tan generosa ni firme con las sanciones de autoridades administrativas cuando éstas pertenecen a *terceros Estados*.

Así, la STJCE 14 diciembre 1972, *Boheringer Manheim GmbH/Commission, 7/72, Rec.*, p. 1281, mantuvo, como principio, la misma solución de equidad para la hipótesis de que la sanción ya recaída proceda de un Estado no integrado en la CE, si bien subordinándola a una condición que —dado el carácter *territorial* de la competencia ejercida en este tipo de asuntos por los órganos administrativos— es difícil que concorra y, por lo tanto, que se pueda extrapolar la solución del primer supuesto a éste: «Fijando el importe de una multa, la Comisión está obligada a tener cuenta de las sanciones que habrían sido ya soportadas por la misma empresa por el mismo hecho, cuando se trata de sanciones infligidas por infracción del Derecho de ententes de un Estado miembro y, por consiguiente, cometidas sobre el territorio comunitario. La toma en consideración eventual por la Comisión de una sanción infligida por las autoridades de un *tercer Estado* presupone que *los hechos considerados* contra la empresa inculpada por la Comisión por una parte y las autoridades del tercer Estado, por otra parte, *sean idénticos*».

No cabe, pues, extrañarse de que la STPI 9 julio 2003, *Archer Daniels Midland Company y Archer Daniels Midland Ingredients Ltd/Comisión, T-224/00*, apartados 85 a 104, considerase que el principio *non bis in idem* no podía aplicarse al caso en cuestión, puesto que los procedimientos de-

⁴⁵ Así, *ad ex.*, el TPI recordó, de acuerdo con la jurisprudencia *Walt Wilhem* y *Boheringer*, la necesidad de tomar en consideración las sanciones anteriormente impuestas en un supuesto en el que empresas alemanas constituyeron un *cártel de crisis*, que duró de 1983 a 1988, *cártel* que, por un lado, fue autorizado por el *Bundeskartellamt* y, por otro, sancionado tanto por la *Commission de la concurrence* francesa como por la propia Comisión (STPI 6 abril 1995, *Tréfileurope y otros, T-141/89 y ss., Rec.*, p. II-791 ss.

sarrollados y las sanciones impuestas por la Comisión, por una parte, y por las autoridades de un tercer Estado (Estados Unidos), por otra, no perseguían los mismos objetivos⁴⁶.

La STPI 29 abril 2004, *Tokai Carbon y otros/Comisión*, T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, apartado 123, declara, siguiendo esta misma línea jurisprudencial, que, si la Comisión hubiera debido deducir el importe de la multa impuesta por las autoridades estadounidenses a una de las empresas (SGL), no hubiera podido sancionar la infracción del art. 81 TCE, puesto que alcanzaba ya el límite del 10% de la cifra de negocios mundial de esa empresa.

6. El Reglamento 1/2003

60. Desde 1 mayo 2004, es aplicable el Reglamento 1/2003, que sustituye al célebre Reglamento n.º 17. Dicho reglamento guarda silencio sobre el principio *non bis in idem*. Cabe preguntarse, por tanto, si dicho principio

⁴⁶ La lisina es el principal aminoácido utilizado en la alimentación animal con fines nutricionales. La lisina sintética se emplea como aditivo en alimentos que no contienen suficiente lisina natural, por ejemplo, los cereales, para permitir a los especialistas en nutrición la creación de regímenes a base de proteínas que respondan a las necesidades alimenticias de los animales.

En 1995, tras una investigación secreta llevada a cabo por el *Federal Bureau of Investigation (FBI)*, se efectuaron registros en Estados Unidos en los locales de varias empresas presentes en el mercado de la lisina. En agosto y octubre 1996, las sociedades Archer Daniels Midland, Kyowa Hakko Kogyo, Sewon, Cheil Jedang y Ajinomoto fueron acusadas por las autoridades americanas por haber concluido un cártel de fijación de precios de la lisina y de reparto de los volúmenes de venta de dicho producto entre junio 1992 y junio 1995.

En julio 1996, Ajinomoto propuso a la Comisión europea cooperar con ella para demostrar la existencia de un cártel en el mercado de la lisina y sus efectos en el EEE. Efectivamente, en junio 2000, la Comisión consideró probada la existencia de una serie de acuerdos que cubrían el conjunto del EEE y que se referían a los precios, volúmenes de ventas y al intercambio de informaciones individuales sobre los volúmenes de ventas de lisina sintética para el período de julio 1990 a junio 1995. La Comisión impuso a las sociedades participantes en el cártel multas por un importe global de alrededor de 110 millones de euros.

En sus recursos ante el TPI, dos de las sociedades invocaron el hecho de que ellas ya habían sido sancionadas en los Estados Unidos por su participación en este mismo cártel mundial y que la Comisión no lo había tenido en cuenta. El TPI consideró que el principio *non bis in idem*, según el cual una persona ya juzgada no puede ya ser perseguida o sancionada por el mismo hecho, no podía ser aplicado en el presente caso, instruidos los procedimientos e impuestas las sanciones por la Comisión, por una parte, y por las autoridades de un tercer Estado, en concreto los Estados Unidos, por otra, ya que no persiguen los mismos objetivos. Además, si una exigencia de equidad obliga a la Comisión a tener en cuenta, cuando la fijación del importe de una multa, sanciones ya infligidas a la empresa de que se trate por infracciones al Derecho de ententes de un Estado miembro, el Tribunal estima que tal obligación no pesa sobre la Comisión en la hipótesis de que las sanciones ya fijadas emanen de autoridades o tribunales de un tercer Estado (STPI 9 julio 2003, *Archer Daniels Midland Company y Archer Daniels Midland Ingredients Ltd/Comisión*, T-224/00, apartados 2 a 4, 7, 9, 10 y 85 a 104).

si es aplicable en las relaciones de la *European Competition Network* de los Estados miembros: ¿Podría, *ad ex.*, la autoridad de un Estado miembro sancionar una conducta de una empresa que ha sido absuelta por la autoridad de otro Estado comunitario?

61. Hoy en día, no puede haber más que una respuesta: Es poco probable que el principio *non bis in idem* sea aplicable en la red de autoridades de competencia de los Estados miembros. Hay una buena razón para ello: Dichas autoridades conocen exclusivamente de los efectos en su territorio de los actos colusorios y sus decisiones tienen efecto territorial⁴⁷.

62. Sólo podría plantearse la aplicabilidad de la regla *non bis in idem* si dichas autoridades también estuvieran facultadas para instruir y sancionar los efectos colusorios de tales actos fuera de sus territorios. Pero —al margen del debate doctrinal— ésta es una cuestión que el Derecho internacional general no prevé sin el consentimiento del Estado miembro afectado y que la UE aún no ha resuelto satisfactoriamente⁴⁸. Sirve, en todo caso, de paliativo el hecho de que, cuando un comportamiento colusorio implica a más Estados miembros, se atribuya su conocimiento a la Comisión⁴⁹.

63. La doctrina italiana, en particular, ha puesto de relieve que:

- 1.º) Es incoherente con el espíritu de la reforma acometida por el Reglamento 1/2003 que las decisiones de las autoridades nacionales —a las que se confieren poderes semejantes a los de la Comisión— produzcan efectos únicamente en su territorio nacional.
- 2.º) Sería necesario modificar el Reglamento 1/2003 para asegurar el reconocimiento comunitario de las decisiones de cualquier autoridad nacional, las obligaciones de recíproca asistencia y colaboración en el interior de la ECN (no simples facultades) y la supresión de la disparidad de las sanciones que pueden dictar las autoridades de los Estados miembros⁵⁰.

⁴⁷ En este sentido, BEHAR-TOUCHAIS, M., «Internormativité et droit de la concurrence», *Petites affiches*, 5 oct. 2004, n.º 199, p. 58; SURA, M., «VO Nr. 1/2003», en LANGEN/BUNTE, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10.ª ed., vol. 2, München, 2006, pp. 589 y ss., concr. pp. 770-771.

⁴⁸ En contra, *vid.* EILMANSBERGER, T., «*Ne bis in idem* und die Zuständigkeitsverteilung im Netzwerk der Wettbewerbsbehörden», en KÖCK, H.F. (Hrsg.), *Europarecht im Zeitalter der Globalisierung. Festschrift für Peter Fischer*, Wien, 2004, pp. 48-49.

⁴⁹ SURA, M., «VO Nr. 1/2003», en LANGEN/BUNTE, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 10.ª ed., vol. 2, München, 2006, pp. 589 y ss., concr. pp. 770-771.

⁵⁰ VERGNANO, E., «Competenze parallele e *ne bis in idem*: principi concorrenti nella nuova regolamentazione antitrust», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, III, pp. 1444-1445.

Reforma concursal y medidas introducidas por el legislador para conseguir un sistema eficiente¹

Enrique Gadea Soler
Profesor titular de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

Resumen: La nueva Legislación concursal española aprobada en 2003 ha venido a satisfacer una aspiración largamente sentida en el derecho patrimonial español. La obsoleta y dispersa regulación anterior favorecía que tuviésemos un sistema ineficiente, entre otras cosas, porque ni siquiera constituía un todo armónico con unos objetivos claramente definidos. En la reciente Ley Concursal, el legislador define el fin del concurso, que no es otro que el pago a los acreedores, inclinándose para su consecución por la conservación de la empresa antes que por su liquidación. El objetivo de este trabajo es analizar las medidas introducidas por el legislador para conseguir el fin marcado. Para ello, el artículo comienza tratando la cuestión del momento temporal adecuado para la apertura del procedimiento y después de abordar aspectos como el régimen orgánico, los efectos del concurso o el sistema de privilegios, finaliza con la referencia a la regulación del procedimiento abreviado.

Palabras clave: Reforma del procedimiento concursal.

Abstract: *The new Spanish Insolvency Legislation, approved in 2003, has met a long-standing need in Spanish Patrimonial Law. The previous obsolete and indistinct regulation meant that our system was an inefficient one because, among other things, it did not even constitute a whole that was in harmony with clearly defined objectives. The legislator defines the aim of bankruptcy proceedings in the recent Insolvency Law: that of paying creditors, for which means there is a tendency towards saving the company in priority to winding it up. The aim of this study is to analyse the measures introduced by the legislator in order to achieve its purpose. Therefore, the article begins by dealing with the question of the suitable provisional moment for opening proceedings, goes on to discuss matters such as the organic system, the effects of bankruptcy proceedings and the system of privileges, and ends with reference to regulation of the abridged proceedings.*

Key words: *Bankruptcy proceedings reform.*

¹ Estudio presentado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander, el 9 de agosto de 2005, en el Seminario: Administración de justicia. Nuevas tecnologías y reformas procesales, dirigido por Dionisio Mantilla y José Almagro Nosete.

Sumario: I. La reforma concursal: referencia a los fines y caracteres de la nueva regulación. — II. Medidas introducidas por el legislador para conseguir un sistema eficiente: 1. Momento temporal de la apertura del procedimiento. 2. Novedades en la estructura orgánica del concurso: simplificación de la misma y creación de los Juzgados de lo Mercantil. 3. Regulación sistemática de los efectos del concurso. 4. Revisión del sistema de privilegios. 5. Admisión de propuesta anticipada de convenio. 6. Agilización de la fase de liquidación. 7. Regulación de un procedimiento abreviado.

I. La reforma concursal: referencia a los fines y caracteres de la nueva regulación

Con la aprobación, el 9 de julio de 2003, de la Ley Concursal y de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal se ha satisfecho una aspiración largamente sentida en el derecho patrimonial español, como es la reforma de la legislación concursal.

Nuestra legislación precedente adolecía de múltiples defectos como arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, etc., lo que conllevaba que tuviésemos un sistema ineficiente².

Por eso, toda la reforma está al servicio de la eficiencia que no pudo verse cumplida con la regulación concursal derogada, es decir, se trata de que con el nuevo sistema los acreedores puedan ver satisfechos sus créditos en la mayor proporción y en el menor tiempo posibles, dado que con la Ley Concursal, utilizando las palabras de la profesora J. Pulgar³, «se superan ... esas tendencias reformistas del Derecho concursal frecuentes en la doctrina y reformas europeas en torno a los años 80 que, atribuyeron a los procedimientos concursales una función sanatoria que, en ocasiones —como la reforma francesa de 1984—, se antepone incluso a la finalidad satisfactiva de los intereses crediticios de los acreedores».

Esta Ley, ante el fracaso de las políticas «sanatorias» y siguiendo la tendencia manifestada en actuales reformas, se asienta sobre la idea de pago a los acreedores, inclinándose para la consecución de ese objetivo por la solución conservativa antes que por la liquidación. El legislador es consciente que la conservación no sólo evita la destrucción del valor em-

² Una referencia a esta cuestión puede verse en ROJO, A., «La Reforma del Derecho Concursal español», en *La Reforma de la Legislación concursal*, Madrid, 2003, pp. 92 y ss.

³ «La aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso: ¿cambio de sentido de la reforma?», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 578, 22 de mayo de 2003, pp. 3 y 4.

presarial que toda liquidación conlleva, sino que, además, constituye el mejor modo de que los acreedores vean satisfechos sus legítimos derechos crediticios. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser el instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses (Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, VI).

Los caracteres que presiden la vigente Legislación recogen las viejas reivindicaciones y anhelos de la doctrina, que, junto a la reducción de privilegios a la que me referiré posteriormente, consideraba imprescindible la unidad legal, la unidad de disciplina y la unidad y flexibilidad de procedimiento.

A) *Unidad legal*

Con la regulación en un solo texto de los aspectos procesales y materiales, con la única excepción de las normas que por su naturaleza han exigido el rango de Ley Orgánica y de la legislación concursal especial dictada para las crisis de las entidades de crédito, de inversión y de seguro (Disposición adicional 2.º LC), se pretende —por lo menos, en gran parte— acabar con la dispersión actual y conseguir que el sistema concursal español pueda ser calificado como un auténtico ordenamiento. De esa forma, se pretende romper con los viejos dogmatismos del siglo XIX, que tanto han contribuido a la descoordinación del sistema concursal y acabar con las disposiciones legales, surgidas con el paso del tiempo, en las que se privilegia el tratamiento de determinados créditos o se especifica el alcance de la declaración concursal sobre determinados contratos que tienen regulación especial.

B) *Unidad de disciplina*

La existencia de instituciones concursales distintas para el tratamiento de las situaciones de insolvencia en función de si el deudor es o no comerciante, se justificaba por el mayor rigor con el que éste era tratado. Como ha señalado el profesor Galgano⁴: «El *ius mercatorum* instauro el rigor más despiadado ante el comerciante que se halla en estado de insolvencia. La grave represión penal y las infamantes consecuencias personales de la quiebra, muestran el precio que estuvo dispuesta a pagar la clase mercantil para adquirir crédito y gozar de la confianza del mercado». Sin embargo, la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, ha per-

⁴ En *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, 1980 —*Storia del Diritto commerciale*, trad. cast. BISBAL, J.—, pp. 37 y ss.

mitido unificar el procedimiento, sin perjuicio de que existan determinadas especialidades aplicables en el caso de que el deudor sea empresario.

C) *Unidad y flexibilidad de procedimiento*

La unidad de procedimiento, que recibe el nombre de concurso, es posible gracias a la flexibilidad con que la Ley lo configura. Ello supone que se inicia cuando concurre uno de los presupuestos legales previstos y a partir de ese momento, tras una fase común, que se abre con la declaración de concurso y concluye una vez presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de acreedores, se pasará a otra alternativa, dado que la satisfacción de los acreedores, en función de las circunstancias, puede obtenerse, como ya advertíamos anteriormente, por la vía liquidatoria o por convenio. Incluso, se ha previsto la posibilidad de utilizar un procedimiento abreviado, al que me referiré posteriormente, para abordar los concursos de escasa entidad.

II. **Medidas introducidas por el legislador para conseguir un sistema eficiente**

No puede ponerse en duda que nos encontramos ante una ambiciosa reforma del sistema concursal que determina el tránsito de un Derecho concursal arcaico a un Derecho concursal moderno y ágil, que sigue las tendencias de las reformas europeas más modernas, y, en particular, de los modelos alemán e italiano. El tiempo dirá si los resultados prácticos son o no satisfactorios, aunque es cierto que se ha realizado un gran esfuerzo para conseguir la anhelada eficiencia. Precisamente, voy a dedicar el apartado siguiente a tratar las medidas más importantes previstas por el legislador para conseguir ese objetivo:

1. *Momento temporal de la apertura del procedimiento*

El momento temporal de la apertura del procedimiento se encuentra íntimamente relacionado con la finalidad esencial atribuida al mismo. Como ha quedado señalado, nuestra Ley se decanta por la finalidad solutorio-conservativa. Ello exige buscar el difícil equilibrio entre garantizar los derechos de los acreedores a ejercitar sus acciones de ejecución singular con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.

Para conseguir ese objetivo, la Ley impone al deudor la obligación de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiese conocido o debido conocer su estado de insolvencia. A esos efectos, y salvo prueba en contrario, se presume que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 LC (artículo 5 LC). El incumplimiento del deber de solicitar la apertura del concurso lleva aparejadas consecuencias negativas para el deudor. Así, en ese caso, no puede presentar propuesta anticipada de convenio (artículo 105.1.6.º LC) y se presume que hubo dolo o culpa grave a efecto de la calificación del concurso (artículo 165.1 LC).

También se prevé el otorgamiento al crédito del acreedor instante, que no tenga el carácter de subordinado, la condición de privilegiado general hasta la cuarta parte de su importe (artículo 91.6 LC). Es cierto que esta medida ha sido criticada por considerar que puede motivar solicitudes apresuradas de concurso⁵, aunque, personalmente, me parece equitativo que se recompense a quien realiza un acto en interés de los demás acreedores, arriesgándose, en caso de desestimación de la solicitud, a una condena en costas e, incluso, a una reclamación de daños y perjuicios del deudor (artículo 20.1 LC)⁶.

Igualmente, con el objeto de anticipar el momento de apertura del procedimiento concursal, el legislador permite —por tanto, constituye una mera facultad, no una obligación— que el deudor solicite la declaración de concurso en la fase previa a la insolvencia, en la llamada situación de «insolvencia inminente».

A los acreedores no se les atribuye esa facultad. Como apunta L. Fernández del Pozo⁷, la legislación comparada suele reservar la iniciativa al deudor en exclusividad. La solución es razonable; lo contrario supondría una injerencia injustificada en el principio de libre empresa.

La propia Ley concursal —en el artículo 2.3— define la situación al decir que «se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones».

⁵ En esa línea, ALONSO LESDESMA, C. «La clasificación de los créditos en el concurso», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigido por GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR ÉZQUERRA, J., Madrid, 2002, p. 195, y CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., en *Quiebras y Suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Barcelona, 2001, pp. 99 y 100.

⁶ En ese sentido, puede verse GARRIDO, J.M., «La graduación de créditos», en *Reforma de la Legislación Concursal*, cit., pp. 237 y 238.

⁷ «Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia», en *Reforma de la Legislación Concursal*, cit., p. 22.

Este supuesto se diferencia del anterior en que se trata de una previsión de insolvencia y en que se añade el requisito de la puntualidad, con lo que se contempla la simple previsión de incumplimiento, la previsión de cumplimiento irregular y la previsión de cumplimiento regular, pero con retraso.

El problema que plantea la insolvencia inminente es su prueba. No será fácil para el deudor probar la previsión de insolvencia futura ni para el juez comprobar la previsión, y más teniendo en cuenta que los documentos contables de presentación obligatoria en virtud de lo señalado en el artículo 6 de la Ley Concursal, informan sobre el pasado y no expresamente sobre el futuro⁸.

2. *Novedades en la estructura orgánica del concurso: simplificación de la misma y creación de los Juzgados de lo Mercantil*

La Ley, siguiendo la tendencia del ámbito comparado, opta por la simplificación de los órganos concursales que actúan en el procedimiento. Sólo el juez y La administración concursal constituyen órganos necesarios en el mismo. La junta de acreedores únicamente habrá de constituirse en la fase de convenio, cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas una propuesta anticipada.

En la nueva Ley la estructura orgánica del concurso se asienta sobre dos órganos: El juez y la administración concursal.

La competencia para conocer del procedimiento corresponde a los nuevos Juzgados de lo Mercantil. Se atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, por considerar que su dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión. Además, el propio texto legal concede también al juez del concurso amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso.

Por su parte, la administración concursal, que sustituye a los síndicos, se regula conforme a un modelo totalmente diferente del anterior y se opta por un órgano colegiado en cuya composición se combina la profesiona-

⁸ Una crítica a lo previsto en la Ley Concursal puede verse en ROJO, A., «La reforma del Derecho Concursal español», en *La Reforma de la Legislación concursal*, cit., pp. 113-117. Considera que el problema temporal ha quedado sin solución, BELTRÁN E., en «Los presupuestos del concurso, publicado en *Anales (V)*, 2002-2003, Centro de Investigación y desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil, Barcelona, 2004, pp. 91 y ss. También en «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», en *La Reforma de la Legislación concursal*, cit., pp. 323 y ss.

lidad en aquellas materias de relevancia para todo concurso —la jurídica y la económica— con la presencia representativa de un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado. Las únicas excepciones al régimen de composición de este órgano vienen determinadas por la naturaleza de la persona del concursado (cuando se trate de entidad emisora de valores cotizados en bolsa, empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, o aseguradora), o por la escasa importancia del concurso, en cuyo caso el juez podrá nombrar un solo administrador, de carácter profesional.

En la nueva Ley Concursal, la obligación principal de la administración concursal es la elaboración de un informe, que comienza con el examen de la documentación presentada por el deudor y que finaliza con una exposición motivada sobre la situación patrimonial de éste. Además, al informe ha de unirse documentación complementaria y debe presentarse en un plazo breve, con el objeto de no retrasar la tramitación. A continuación nos referiremos a todos esos extremos.

El informe de la administración concursal —según prevé el artículo 75.1 LC— ha de contener:

- 1.º Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria a que se refiere el número 2.º del apartado 2 del artículo 6 LC.

El número 2.º del apartado 2 del artículo 6 se refiere a la solicitud de concurso voluntario y dispone que a la solicitud se han de acompañar los siguientes documentos: «La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se hayan dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial». En caso de concurso necesario, el juez en el auto de declaración de concurso ha de realizar requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6.

- 2.º Estado de la contabilidad del deudor y juicio sobre la misma, es decir, sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6 LC.

El apartado 3 del artículo 6 prevé que si el deudor está legalmente obligado a llevar contabilidad, con la solicitud de declaración de concurso, ha de acompañar:

«1.º Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.

2.º Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

3.º Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

4.º En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante el mismo período».

Si el deudor no ha presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, han de ser formuladas por la administración concursal, con los datos que puedan obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días.

- 3.º Memoria de las principales decisiones acordadas y de las actuaciones ejecutadas por la administración concursal.

Además, al informe, la administración concursal han de unirse —tal como exige el artículo 75.2 LC— la siguiente documentación complementaria:

- 1.º El inventario de la masa activa, que, debe contener la relación y el avalúo de los bienes y derechos que componen el patrimonio del deudor el día anterior al de la emisión de su informe.
- 2.º La lista de acreedores, que comprende una relación de acreedores incluidos, otra de los excluidos y una tercera en la que se mencionan los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago. Para la elaboración de la lista, los administradores deben tomar en consideración la documentación del concursado, aunque para mayor garantía de los acreedores, la Ley prevé un sistema de comunicación a través del cual éstos solicitan el reconocimiento de sus créditos. Una vez transcurrido el plazo concedido para comunicación —un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias de la declaración judicial de concurso—, la administración concursal procede a elaborar la lista.
- 3.º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubieran presentado. Es posible que concurren tanto pro-

puestas anticipadas, que se pueden presentar desde que se solicita el concurso, como ordinarias, que pueden presentarse desde que transcurre el plazo de comunicación de créditos hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y la lista de acreedores.

El informe debe concluir con 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).

Respecto al plazo de presentación, cabe apuntar que los administradores concursales deben presentar el informe en el plazo de dos meses, contados desde la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos o, en su caso, del administrador único (artículo 74.1 LC). Este plazo puede ser prorrogado por el juez, por tiempo no superior a un mes, siempre que la administración concursal lo solicite antes del vencimiento del plazo inicial de dos meses y acredite que concurren circunstancias extraordinarias (artículo 74.2 LC). La contravención de esta obligación es sancionada por la Ley —en el artículo 74.3 LC— con especial rigor. En efecto, el texto legal prevé que si los administradores concursales no presentan el informe dentro del plazo, además de la responsabilidad (artículo 36 LC) y de la causa de separación (artículo 37 LC) en que hayan podido incurrir, pierden el derecho a la remuneración fijada por el juez, por lo que, en su caso, deben devolver a la masa todas las cantidades percibidas. Contra la resolución judicial que acuerde la sanción pueden interponer recurso de apelación.

Tema más complejo, que requiere aunque sea unas breves consideraciones es el relativo a la conveniencia o no de los recientemente creados juzgados de lo mercantil.

Resulta paradójico que el Decreto de Unificación de Fueros de 1868 suprimiese los Tribunales de Comercio por no tener razón de ser y que en la actualidad exista un estado de opinión muy generalizado que considera que la especialización de los juzgados en materia mercantil constituye una realidad incuestionable; tanto es así que en el punto cuarto del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, firmado el 28 de mayo de 2001, se dice que: «Se avanzará en el diseño de Juzgados especializados en materia mercantil».

Ahora bien, también es cierto que voces autorizadas⁹ han señalado que la necesidad de especialización es perfectamente cuestionable y que esta

⁹ Fundamentalmente, Díez-PICAZO, I., en «Los Juzgados de lo Mercantil», en *La Reforma de la Legislación Concursal*, cit., pp. 138 y EIZAGUIRRE, J.M., en «Los Juzgados de lo Mercantil: un atentado contra la seguridad jurídica», en *La Ley n.º 5648*, de 5 de noviembre de 2002).

innovación legislativa presenta importantes problemas adjetivos; principalmente, cuestiones de competencia, en cuanto toda especialización genera necesariamente complejidad en las normas competenciales de cualquier sistema de justicia, e impide acumular acciones, procesos y reconvenir cuando una de las acciones entre dentro de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil y la otra, en el ámbito de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia. También se ha apuntado que la creación de tribunales específicamente mercantiles puede dar lugar a una concentración de poder en pocas manos y que desde la perspectiva coste-beneficio sería mejor destinar los recursos públicos invertidos en la especialización en otras necesidades de la Administración de Justicia.

En apoyo de los nuevos juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil se ha apuntado que, con la especialización, se pueden alcanzar efectos beneficiosos, como los obtenidos con la introducción de magistrados especialistas en los Juzgados Contencioso-Administrativos, siempre que se tomen medidas adecuadas para la formación de estos jueces, se eviten los riesgos de la concentración de poder y se realice la pertinente dotación presupuestaria, de la que, en buena medida, ha de depender el éxito o el fracaso de los nuevos juzgados¹⁰.

Tampoco cabe obviar la referencia a la cuestión de lo inadecuado del nombre, dado que ni todas las materias mercantiles se han residenciado en ellos, ni todas las materias que les son atribuidas son mercantiles. Parece que el germen de la idea de crear Juzgados de lo Mercantil se encuentra en la necesidad de crear Juzgados de lo Concursal, aunque como el número de procedimientos concursales no justificaba la creación de estos nuevos juzgados en la mayoría de las provincias españolas, el legislador ha decidido justificar su existencia dándoles más competencias: las previstas en el párrafo 2.º del artículo 86 ter de la LOPJ, que se concretan básicamente en las siguientes materias: Competencia Desleal, Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Publicidad, Sociedades Mercantiles y Cooperativas, Transportes, Derecho Marítimo (no Derecho Aeronáutico) y Condiciones Generales de la Contratación. Y es que como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la reforma Concursal, el criterio seguido para la atribución de materias no responde a directrices dogmáticas preestablecidas, sino a un criterio pragmático. Concretamente, se señala en este punto en la norma referida que: «Se parte así de unas bases iniciales prudentes que habrán de desarrollarse progresivamente en los años venideros, de acuerdo con la experiencia que se vaya acumulando».

¹⁰ En esa línea, CORDÓN MORENO, *El Proceso Concursal*, Pamplona, 2003, p. 42 y RODRÍGUEZ SAN VICENTE, M., «Los Juzgados de lo Mercantil», en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, dirigido por GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO ÚREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., Madrid, 2003, p. 163.

Con ello, amplísimos campos del Derecho Mercantil siguen siendo competencia de los Juzgados de Primera Instancia. A título de ejemplo, cabe mencionar materias como la compraventa mercantil, el préstamo mercantil, el *leasing*, el *factoring*, la franquicia, los contratos bancarios y bursátiles, el seguro o los conflictos derivados de la emisión de documentos cambiarios.

Respecto a la Junta, como ha quedado señalado, nuestra Ley Concursal, en consonancia con la orientación del Derecho Concursal más reciente, se inclina por el fortalecimiento de otros órganos (Juez y Administración Concursal) y opta por una notable reducción de su ámbito de atribuciones¹¹. En la normativa precedente, en el ámbito de la quiebra, las funciones principales de la Junta, que era uno de los órganos necesarios en el procedimiento, eran el nombramiento de los síndicos, el examen, el reconocimiento y la graduación de los créditos reconocidos y la discusión y, en su caso, aprobación de cualquier propuesta de convenio. En cambio, en la actual, la Junta aparece como órgano no necesario: su constitución aparece supeditada a la apertura de la fase de convenio. En ese caso, siguiendo la orientación marcada por la Ley de Suspensión de Pagos, se celebrará la Junta para desempeñar su función, que no es otra que la deliberación y la votación del convenio.

La intervención del Ministerio Fiscal se limita, fundamentalmente, a la sección sexta, de calificación del concurso, cuando proceda su apertura. En ese caso, una vez unido el informe de la Administración Concursal, se le ha de dar traslado del contenido de la Sección para que emita dictamen en el plazo de diez días. El juez, atendidas las circunstancias, puede acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más. Si el ministerio público no emite dictamen en ese plazo, seguirá su curso el proceso, entendiéndose que no se opone a la propuesta de calificación (artículo 169.2 LC). Junto a lo anterior, destacar que debe ser oído por el juez antes de resolver una cuestión de competencia por declinatoria (artículo 12.2 LC) y que debe cumplir los deberes que le impone el artículo 4 LC, derivados de la circunstancia de que en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores. En ese caso, deberá instar al juez penal para que comunique los hechos al juez de lo mercantil competente, con el objeto de comprobar si, respecto del deudor, se estuviese tramitando un procedimiento concursal. Asimismo, instará al juez penal para comunique los hechos también a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

¹¹ Sobre el particular, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La Junta de Acreedores en el nuevo Derecho Concursal español», en *Derecho Concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para reforma concursal*, cit, pp. 244 y ss.

3. *Regulación sistemática de los efectos del concurso*

Se han regulado los efectos del concurso con la intención de facilitar el desarrollo del procedimiento, la continuación de la actividad y la solución concordataria. Es cierto que históricamente se ha considerado que la mayoría de los efectos del concurso constituyen medidas preventivas, que tienen su origen en la presunción de mala fe o peligrosidad del deudor. Sin embargo, no lo es menos que en la actualidad, abandonado el tradicional componente punitivo que se asignaba a la declaración de insolvencia, se observa, y de forma clara en nuestra Ley Concursal, que con la determinación de los efectos se pretende, sobre todo, facilitar el desarrollo del procedimiento y si, es posible, la continuación de la actividad y la satisfacción de los acreedores a través de un convenio.

En ese sentido, cabe destacar que en relación a las facultades patrimoniales del deudor, la Ley convierte la inhabilitación en excepción reservada para los casos de concurso calificado como culpable, con lo que las limitaciones patrimoniales de la declaración de concurso se concretan en la simple intervención o en la suspensión de las mismas (artículo 21 LC); que, como regla general, la declaración de concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor (artículo 44 LC); que para evitar que por el sólo hecho de la declaración de concurso se produzca la resolución automática de contratos necesarios para la continuación de la actividad, la norma señala que, salvo que una ley lo disponga o permita optar la extinción del contrato en caso de situación concursal, «se tendrán por no puestas, las cláusulas contractuales que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato en caso de declaración de concurso» (artículo 61.3 LC) (no obstante, si es posible la aplicación de las leyes que dispongan o que expresamente permitan optar o pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes (artículo 63 LC): así, por ejemplo, el artículo 1732.3 del Código Civil prevé que el mandato se acaba por la declaración de quiebra (concurso) del mandante o mandatario o el artículo 26. 1, b) de la Ley de Contrato de Agencia, redactado por la Disposición Final vigésima novena de la Ley Concursal, dispone que cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido puede dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, cuando la otra haya sido declarada en concurso); resaltaré también, que para la conservación de la empresa se establecen también fórmulas flexibles para permitir la rehabilitación de contratos de crédito o de adquisición de bienes con precio aplazado, así como la enervación de desahucio en arrendamientos urbanos, afectados por incumplimientos del deudor concursado (artículos 68 a 70 LC). Es decir, se trata de contratos cuya resolución por incumplimiento

se ha producido antes de la declaración de concurso y que la posibilidad de rehabilitación se concede después de la declaración y en atención a ella.

Incluso se prevé la paralización de las ejecuciones de garantías reales. Y es que después de la reforma, los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva de su titularidad, no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiese producido la apertura de la liquidación (artículo 56.1. I LC).

El fundamento de esta limitación se encuentra en la función prevalentemente conservativa del concurso, por lo que no tratándose de bienes de los que dependa la continuación de la actividad empresarial, desaparece el fundamento de la paralización de la ejecución¹². Con ello, se pretende respetar la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena y, al mismo tiempo, que la ejecución separada no impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y para el conjunto de los acreedores (Exposición de Motivos, III, de la Ley Concursal).

Es cierto que la solución propuesta no se deduce con claridad del texto legal, dado que el artículo 55 impide toda ejecución después de la declaración de concurso, dejando a salvo únicamente «lo establecido en la propia Ley para los acreedores con garantía real» y que el artículo 56 se refiere a la ejecución de bienes afectos a la actividad empresarial del deudor, pero no contiene norma alguna relativa a la ejecución sobre bienes no afectos. Sin embargo, del itinerario legislativo, se deduce que el legislador no ha querido poner límites a la ejecución de garantías reales más que cuando recaen sobre bienes afectos a la actividad propia del concursado¹³.

Por la misma razón apuntada anteriormente, la Ley extiende el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales al ejercicio de ciertas acciones con trascendencia real, como son las de recuperación de bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido Registro, así como a las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad (artículo 56.1. II LC).

¹² En ese sentido, PULGAR EZQUERRA, J., «El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal», *RDM*, núm. 250, octubre-diciembre 2003, pp. 1449 y ss.

¹³ Sobre el tema, CURIEL, F., «Publicidad registral de la situación concursal en el Proyecto de Ley Concursal», publicado en *Anales (V)*, 2002-2003, *Centro para la investigación y desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil*, cit., p. 129

4. Revisión del sistema de privilegios

Uno de los defectos de que adolecía la legislación anterior era el predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores.

Por eso, uno de los objetivos pretendidos con la nueva Ley es la drástica reducción de privilegios y preferencias en el concurso. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.

Las excepciones que la Ley admite son positivas y negativas, en relación con los créditos ordinarios (Exposición de motivos, V, de la Ley Concursal):

Dentro de las primeras, cabe situar a los créditos privilegiados, en su doble modalidad de créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general. Para evitar la aprobación de leyes futuras en las que se conceda trato privilegiado a ciertos créditos, como sucedió bajo la vigencia de la legislación anterior, se acoge en el texto articulado, concretamente, en el inciso final del párrafo 2.º del artículo 89, un sistema de *numerus clausus* de los créditos privilegiados, al disponer que: «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley (concretamente, en los artículos 90 y 91 de la misma)».

No cabe duda que la reforma, en este punto, debe valorarse de forma positiva y que se ha reducido el número de privilegios, aunque no podemos dejar de señalar que, en esta materia, la Ley ha recibido críticas que cuestionan la adecuada protección de los acreedores ordinarios. Entre ellas, destaca la realizada por la profesora C. Alonso Ledesma¹⁴ en los siguientes términos: «En materia de privilegios, en efecto, aunque se pone mucho énfasis en la drástica reducción de los mismos, lo cierto es que esa reducción no es tan grande ni tan extensa, ni tan importante como a primera vista pudiera parecer, ya que desde el antecedente de la Propuesta de 1995 hasta la culminación del proceso legislativo, se ha ido ampliando el número y extensión de los privilegios; en unos casos por la presión ejercida por determinados intereses y, en otros, por mantener una línea continuista con el pasado carente totalmente de sentido en la actualidad. Así, por ejemplo, se mantienen los privilegios reconocidos a los créditos que, normalmente, tienen un montante más elevado: los de derecho público (Hacienda, Seguridad Social, etc.) lo cual, aunque limitados hasta el cincuenta por ciento de su importe, disminuye sensiblemente las expectativas de cobro de otros acreedores, especialmente, los ordinarios a los que se dice

¹⁴ «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en *Derecho Concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, cit., p. 362.

querer proteger fundamentalmente. O se crean otros privilegios cuyo reconocimiento resulta discutible (es el caso del atribuido a favor del acreedor instante del concurso) y otros que si bien resultan equitativos aumentan o pueden aumentar sensiblemente la posibilidad de que no cobren otros acreedores (caso de los créditos derivados de responsabilidad civil)».

Y es que en la actualidad, existe una corriente favorable a reducir o incluso eliminar la preferencia de los créditos públicos. En épocas pasadas, la debilidad de las finanzas estatales y la menor carga impositiva de los ciudadanos podían justificar la existencia del privilegio en aras de la mejor consecución del interés público, pero hoy se pone en duda que el Estado necesite esa tutela para la consecución de sus fines. Es más, su orientación contrasta con la de otros países de nuestro entorno como la de Portugal o Dinamarca, en los que se suprime este privilegio, y con la de Alemania, donde se han eliminado los privilegios tributarios generales, aunque se mantienen las prendas legales que garantizan determinados impuestos.

Dentro de las segundas —de las excepciones negativas—, se encuentran los créditos subordinados, categoría procedente del Derecho norteamericano que introduce el legislador para clasificar aquellos créditos que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas) o por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso). Los titulares de estos créditos carecen de derecho de voto en la junta de acreedores (artículo 122.1.1.º LC), aunque, en su caso, les vinculará el convenio, quedando afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en él para los acreedores ordinarios, si bien los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios. A los acreedores subordinados también se les reconoce la posibilidad de aceptar propuestas alternativas consistentes en convertir sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o en créditos participativos (artículo 134.1 LC). En caso de liquidación, no podrán ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios. El pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en el artículo 92 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (artículo 158 LC).

5. Admisión de propuesta anticipada de convenio

Se ha admitido la llamada propuesta anticipada de convenio, con el objeto de ofrecer un cauce más ágil y rápido de tramitación del mismo. Por este cauce, no sólo no es necesaria la apertura de la fase de convenio (artículo 109.2 LC), sino que para la aprobación del mismo se sigue el sistema de adhesiones, evitándose con ello la celebración de una junta.

La facultad de presentar propuesta anticipada de convenio se concede sólo al deudor. Sin embargo, es criticable que esta posibilidad no se conceda a todos los deudores sino sólo a aquellos que cumplan los requisitos de merecimiento. Y es que el legislador concibe la propuesta anticipada como un beneficio, cuya concesión está supeditado a una correcta conducta patrimonial; por tanto, no permite acogerse a él al concursado que en el desarrollo de su actividad económica se encontrase o hubiese encontrado en alguno de los casos recogidos en el artículo 105.1 LC, a saber:

- 1.º Haber sido condenado por sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.
- 2.º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación de depósito de las cuentas anuales.
- 3.º No figurar inscrito en el Registro mercantil, cuando se trate de persona o entidad de inscripción obligatoria.
- 4.º Haber estado sometido a otro concurso de acreedores sin que a la fecha de la solicitud del que se encuentre en tramitación hayan transcurrido tres años desde la conclusión de aquél.
- 5.º Haber realizado dentro de los tres años anteriores a la fecha de solicitud de concurso alguno de los siguientes actos:
 - a) Disposición de bienes o derechos a título gratuito que exceda de las liberalidades al uso.
 - b) Disposición de bienes o derechos a título oneroso a favor de un tercero o de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado a que se refiere el artículo 93 de la LC, realizada en condiciones que, al tiempo de su celebración, no fueren las normales de mercado.
 - c) Pago de obligaciones no vencidas.
 - d) Constitución o ampliación de garantías reales para el aseguramiento de obligaciones preexistentes.
 - e) Otros actos que hayan sido declarados en fraude de acreedores por sentencia, aunque no haya alcanzado firmeza.
- 6.º Haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso o haber infringido durante la tramitación de concurso alguno de los deberes u obligaciones que impone la Ley Concursal.

Si admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el concursado incurre en causa de prohibición o se comprueba que con anterioridad había incurrido en alguna de ellas, el juez de oficio, a instancia de la administración concursal o de parte interesada y, en todo caso, oído el deudor, debe declarar sin efecto la propuesta y poner fin a su tramitación (artículo 105.2 LC).

El deudor puede presentar una propuesta anticipada desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario hasta la expiración del plazo de comunicación de los créditos, lo que se produce en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias de la declaración de concurso señaladas en el artículo 23 de la LC (artículo 104.1 LC).

Para su admisión a trámite, la propuesta anticipada debe ofrecer una mínima credibilidad; credibilidad que se supedita a que vaya acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados, cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (artículo 106.1 LC).

El juez competente debe resolver sobre la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, sin posibilidad de recurso, en los momentos siguientes, en función de cuándo ha sido presentada la propuesta:

- a) Cuando la propuesta anticipada de convenio se presenta con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste, el juez ha de resolver sobre su admisión en el mismo auto de declaración de concurso.
- b) En los demás casos, debe resolver, también mediante auto motivado, dentro de los tres días siguientes al de presentación de la propuesta anticipada.

Si aprecia algún defecto, el juez debe notificarlo al concursado para que en los tres días siguientes a la notificación pueda subsanarlo (artículo 106.2 y 4 LC).

El juez no admitirá a trámite una propuesta de convenio en los casos siguientes —previstos en el artículo 106.3 LC—:

- a) Cuando las adhesiones presentadas no superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor.
- b) Cuando aprecie infracción legal en el contenido de la propuesta de convenio.
- c) Cuando el deudor se encuentre incurso en alguna de las prohibiciones legales.

Si se admite a trámite la propuesta anticipada de convenio, el juez debe remitírsela a la administración concursal para que en un plazo no superior a diez días proceda a su evaluación. En ese plazo, ésta debe evaluar el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso,

al plan de viabilidad que la acompañen. Si la evaluación es favorable, se unirá al informe de la administración concursal, pero si es desfavorable o contiene reservas, el juez puede dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada. También puede optar por la continuación de su tramitación, con unión del escrito de evaluación al referido informe de la administración concursal. Contra el auto que resuelve sobre este extremo no cabe recurso alguno (artículo 107 LC). De ese modo, los acreedores cuentan con una opinión técnica sobre el convenio que les ayudará a decidir el sentido de su voto.

Para simplificar y agilizar la tramitación de la propuesta anticipada de convenio, la Ley Concursal no exige que se apruebe en junta de acreedores, sino que opta por el sistema de adhesiones. Con ese objeto, después de la admisión a trámite se abre un plazo para que puedan adherirse a la propuesta aquellos acreedores que lo deseen y que no lo hicieron en el momento de su presentación. Esas adhesiones se pueden efectuar desde la admisión a trámite de la propuesta hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (artículo 108.1 LC).

Tanto en este caso como en el de tramitación ordinaria del convenio, la Ley Concursal distingue un trámite de verificación de las adhesiones y un trámite de aprobación judicial. La distinción es lógica: primero, una vez finalizado el plazo de adhesiones, el juez verificará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida para que se considere aceptada una propuesta anticipada de convenio, para lo que será necesaria, en todo caso, y como regla general, la adhesión de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso, considerándose incluidos en el pasivo ordinario del concurso los créditos de los acreedores privilegiados que se hayan adherido a la propuesta (artículo 124 LC). Deberá llevar a cabo ese cometido dentro de los cinco días siguientes a aquel en que finalizase el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones. Si se obtiene la mayoría suficiente para la aprobación del convenio, lo proclamará mediante providencia (artículo 109.1 LC).

A continuación, los acreedores que no se han adherido a la propuesta pueden formular oposición a la aprobación judicial del convenio, en la forma y por las causas que la norma regula al abordar el tema de la tramitación del convenio en junta de acreedores (artículos 128 y ss.), en el plazo de diez días, contado desde el siguiente a la fecha en que el juez dicta la providencia por la que se pone de manifiesto que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio (artículo 128.1 LC).

Si no se formula oposición, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio, dictará sentencia aprobatoria, salvo que éste sea rechazado de oficio por él por concurrir alguna de las infracciones previstas en el artículo 131 LC.

La sentencia, que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento y se publicará conforme a lo previsto en los artículos 23 y 24 LC, pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, aprobará éste con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136 LC (artículo 109.2 LC).

De esa forma, la nueva Ley, con la regulación de la propuesta anticipada, permite que el convenio se apruebe durante la fase común del concurso, con una notoria economía de tiempo y de gastos respecto a los anteriores procedimientos concursales (Exposición de Motivos, VI, párrafo 3.º, de la Ley Concursal).

6. *Agilización de la fase de liquidación*

La liquidación es siempre una solución subsidiaria, que opera cuando no se alcanza o se frustra el convenio. La liquidación, como no puede ser de otra manera, tiene por objeto la enajenación del patrimonio del deudor para ser repartido entre los acreedores. En este punto, merece ser destacado que se ha tratado de agilizar la fase de liquidación, imponiendo a los administradores concursales un plazo máximo para su conclusión. En efecto, el plan de liquidación, que constituye la primera opción para llevar a cabo la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, siempre que sea aprobado por el juez, deberá ser elaborado por los administradores concursales dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación a la administración concursal, plazo que podrá ampliarse a treinta si por justificarlo la complejidad del concurso se acordase la prórroga del inicial. Por otra parte, se impone también a los administradores concursales la obligación de finalizar la liquidación en el plazo de un año, a contar desde la apertura de la fase de liquidación. Si incumplen esta obligación, cualquier interesado puede solicitar al juez la separación de los administradores concursales y el nombramiento de otros nuevos. El juez, previa audiencia de los administradores concursales, acordará la separación si no existe causa que justifique la dilación; separación que conlleva, además, la pérdida del derecho a la retribución (artículo 153 LC).

Además, incluso en las operaciones de liquidación se manifiesta la finalidad conservativa del concurso, al procurar la Ley que la venta de las unidades productivas se realice como un todo. En ese sentido, el artículo 148 de la LC señala que «siempre que sea posible, en el plan (de liquidación) se

debe contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos».

7. *Regulación de un procedimiento abreviado*

Se ha previsto la posibilidad de utilizar un procedimiento abreviado en los concursos de escasa entidad. Concretamente, su ámbito de aplicación se supedita a que el deudor sea una persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado, a que la estimación inicial de su pasivo no supere 1.000.000 de euros y a la decisión judicial, ya que, aunque concurren los dos requisitos anteriores, la decisión de admitir o no el procedimiento simplificado queda al arbitrio del juez (artículo 190.1 LC).

En cuanto a su régimen jurídico, se aplican las normas generales con las dos siguientes particularidades:

- 1.^a La reducción de plazos: con carácter general, los plazos se reducen a la mitad (con redondeo al alza si se trata de número impar), salvo aquellos que el juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento. En todo caso, el plazo para la presentación del informe de la administración concursal será de un mes a contar desde la aceptación de su cargo y sólo podrá autorizarse una prórroga por el juez del concurso no superior a 15 días (artículo 191.1 LC).
- 2.^a La simplificación de la administración concursal: la administración concursal estará integrada por un único miembro (que deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo), salvo que el juez acordase lo contrario, por apreciar motivos especiales que lo justifiquen (artículo 191.2 LC).

Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después¹

Itziar Gómez Fernández

Profesora doctora de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: El concepto de «bloque de la constitucionalidad», inspirado en el francés «bloc de constitutionnalité», es adoptado por la doctrina española a principios de los años 80, pasando, poco tiempo después a la jurisprudencia constitucional. Desde entonces, y en 25 años de uso por el Tribunal Constitucional y la doctrina, la deriva de este concepto ha sido notable. La aproximación más simple al término, y también la más extendida, lo asocia a la idea de un conjunto de normas cuya función consiste en atribuir o modificar la atribución de las competencias de las Comunidades Autónomas, labor que la Constitución no realiza de forma directa, sino a través de algunas disposiciones de rango inferior. No obstante esta aproximación ha sido superada en la práctica y ha de reconocerse que hoy el bloque se acerca más a un concepto procesal, asociado a la función que desempeñan las normas integrantes del bloque como parámetro de la constitucionalidad del resto de disposiciones del ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, Control de constitucionalidad, Conflictos de competencias, Bloque de la Constitucionalidad, «Bloc de constitutionnalité», Constitución territorial, Parámetro de control de constitucionalidad

Abstract: *The term «bloque de la constitucionalidad», which refers to a group of laws that have a special constitutional nature, was inspired by the french «bloc de constitutionnalité», and was progressively adopted by the Spanish authors in the eighties, being also eventually adopted by the Constitutional Court as well. Since then, and after more than 25 years of using this term, the evolution of its legal meaning has been considerable. The most simple and widespread definition of the bloque associated the term with a set of constitutional laws that have a special authority, bestowed upon them by the Constitution, which allows them to assign or modify the level of authority of the Autonomous Communities. Since the Spanish Constitution does not directly attribute authority to the Communities, but leaves this task to the intermediary laws which form part of the bloque, their relevance would be indisputable. However, this vision of the bloque has eventually evolved into a different meaning, so that it is now more a procedural term, associated to the*

¹ Unos apuntes iniciales que dan lugar al presente trabajo, se publicaron como último apartado del capítulo denominado «El marco normativo del sistema de organización territorial en España: el sistema de fuentes» (pp. 125-136), integrado en el libro colectivo *Ordenamiento territorial en Brasil y España*, bajo coordinación de la autora y de ANTONIO G. MOREIRA MAUÉS, y editado por Tirant Lo Blanch en 2006. En aquellas pocas páginas se apuntaban muchas de las cuestiones que ahora se desarrollan aquí.

examination of the constitutionality of the rest of the laws that the Constitutional Court must undertake.

Keywords: *Constitutional Court, Constitutional review, conflict of powers, «Bloque de la Constitucionalidad», «Bloc de constitutionnalité», Constitutional parameters*

Sumario: 1. ¿Por qué es necesario hablar de nuevo del concepto de «bloque de la constitucionalidad»?—2. Un retorno a los orígenes del concepto: El francés «bloc de constitutionnalité».—3. La razón de ser del concepto: un nombre para el conjunto de normas parámetro de constitucionalidad.—4. El reconocimiento del concepto: el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento y en la jurisprudencia constitucional española.—5. La configuración del concepto por la doctrina: en busca del «contenido» del bloque: 5.1. La definición del bloque constitucional según la naturaleza y posición de sus normas en el ordenamiento jurídico. 5.2. La definición del bloque de constitucionalidad según su función en el ordenamiento: 5.2.1. La función de delimitación competencial. 5.2.2. La función procesal de parámetro.—6. Las normas que integran un bloque de la constitucionalidad caracterizado por la consideración de su función procesal de parámetro.—7. De un bloque de reparto competencial a un bloque con función procesal de parámetro de constitucionalidad.

1. ¿Por qué es necesario hablar de nuevo del concepto de «bloque de la constitucionalidad»?

El concepto de *bloque de la constitucionalidad* está presente en la doctrina jurídica española desde que Tomás Ramón Fernández lo utilizara por primera vez en lengua castellana en el año 1981, trasladándolo desde la doctrina francesa, en un trabajo denominado «Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad»². En los 25 años transcurridos desde entonces, el contenido dado a esta expresión por la doctrina³ y por la jurisprudencia constitucional, que acabó asumiéndolo como terminología de uso corriente en el ejercicio su actividad, ha ido variando, aunque no se haya reconocido siempre de forma expresa esta mutación,

² En esta monografía publicada por Civitas en 1981, y cuyo título completo es *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, el autor utiliza el concepto de «bloque de la constitucionalidad» vinculándolo a la posición y función de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico.

³ Realiza una aproximación al concepto LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M.: «Reflexiones en torno al concepto del bloque de la constitucionalidad», en *Anuario jurídico y económico escorialense*, núm. 33, 2000, pp. 193-210.

y aunque apenas se haya recogido en el ámbito normativo, ni constitucional ni infraconstitucional⁴, el citado término de *bloque de constitucionalidad*.

El objeto de las páginas que siguen es recorrer la evolución del concepto, tratando de conformar el contenido actual del mismo y poniéndolo en paralelo al muy cercano de *parámetro de constitucionalidad* que, aunque habitualmente es utilizado como sinónimo absoluto del *bloque*, en realidad se comporta con él como un todo en relación con una de sus partes.

A pesar de lo que pudiera parecer, al aproximarse a esta cuestión no se acomete un problema meramente conceptual. La importancia del afán de precisión que guía un análisis sobre el contenido y definición del *bloque de constitucionalidad* se centra en la importancia que el concepto tiene para considerar la estructura de nuestro sistema normativo, y ello porque se puede llegar a establecer que las normas del ordenamiento jurídico puede ser clasificadas en dos grupos distinguiendo entre las que se integran en el *bloque* y las restantes⁵. Las primeras se caracterizarían por describir un particular haz de relaciones con el resto de normas del ordenamiento, en la medida en que las disposiciones del *bloque* contienen pautas de validez de las que, siendo parte del ordenamiento interno, no se integran en tal *bloque*. De este modo las disposiciones en él contenidas se constituirían en parámetro directo de la constitucionalidad del resto de disposiciones del ordenamiento. Así pues, una buena definición del *bloque de constitucionalidad* permitirá comprender de modo más completo el ordenamiento español, percibiendo su complejidad y acercándose con más precisión a los principios de resolución de antinomias internorma-

⁴ En cualquier caso el reconocimiento normativo se da en disposiciones no vinculantes —como las exposiciones de motivos— o en normas de contenido y alcance limitados. Así el Preámbulo de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, proclama la inclusión de la misma en el bloque de constitucionalidad acudiendo para ello a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. Existen también algunas otras referencias colaterales al concepto en las exposiciones de motivos de otras normas de rango infralegal, como la Orden de 3 de abril de 1996 para el establecimiento del III Plan de acciones prioritarias contra incendios forestales, o en circulares internas del Ministerio Fiscal, como la Circular 2/1999, de 30 de diciembre, sobre intervención del Fiscal en las cuestiones de inconstitucionalidad en sede judicial. La única alusión expresa al bloque contenida en el articulado de una disposición normativa es la que se realiza en el apartado decimoprimeros de la Resolución de 10 de marzo de 1995, de la Secretaría de Estado para las administraciones territoriales, por la que se dispone la publicación del acuerdo de la conferencia para asuntos relacionados con las comunidades europeas sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las conferencias sectoriales (BOE de 22 de marzo de 1995).

⁵ Así lo hace, por ejemplo, OROZCO MUÑOZ, M.: *El régimen especial de Canarias. Su conformación por el Bloque de Constitucionalidad*. Monografías Jurídicas. Marcial Pons. Madrid, 1997.

tivas o interordinamentales⁶ que se formulan en el propio ordenamiento para garantizarse una estructura previsible y objetiva del mismo.

Junto a ello, profundizar en el concepto de *bloque de constitucionalidad* es una forma de aproximarse a la cuestión de la interpretación de la Constitución que realizan los jueces —entre los que destacan los miembros del Tribunal Constitucional— y que se caracteriza por la absoluta libertad de construcciones existente al respecto. Si bien en ocasiones el propio texto constitucional, o las normas con rango legal que articulan el modelo de control de constitucionalidad —en el caso español la ley orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional—, proporcionan pautas que orientan o constriñen la actividad hermenéutica de los jueces constitucionales⁷, la regla general es que son la doctrina jurídica, y la propia jurisprudencia constitucional quienes se encargan de formular los conceptos que les serán útiles en aras a realizar una mejor labor interpretativa. Y en esta línea de creación conceptual, una de las nociones más conocidas es la de *bloque de la constitucionalidad*, que se ha extendido a otras jurisdicciones constitucionales —notablemente de Iberoamérica⁸— y ha adquirido, no obstante los problemas vinculados a su alcance y contenido, una cierta importancia y un reconocimiento por buena parte de la doctrina constitucional.

⁶ Sobre el contenido de estos dos tipos de conflictos y las reglas de solución de antinomias véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y Cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 39 y ss.

⁷ Entre estas pautas cabe citar las contenidas en los artículos 28 y 73 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sobre las cuales se reflexionará con profusión en este texto y, especialmente, la que se describe en el art. 10.2 CE, que establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», de manera que dichos tratados internacionales constituyen parámetro constitucionalmente establecido y necesario para proceder a la interpretación de los derechos fundamentales. El libro más completo escrito en España hasta la fecha sobre el alcance y contenido del art. 10.2 CE, es la monografía de SAIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.

⁸ Un ejemplo notable viene constituido por la jurisprudencia y doctrina colombianas en relación con el bloque de constitucionalidad. Dos de las sentencias constitucionales destacables al efecto, son la Sentencia T-409 de 1992, por ser la primera en utilizar normas externas a la Constitución escrita como parámetro del control de constitucionalidad, y la Sentencia C-225 de 1995, primera que sistematiza la idea de bloque. Resulta de interés consultar también, en la medida en que resume la jurisprudencia colombiana al efecto, la Sentencia C-067/03. En relación con toda esta cuestión véase el trabajo de RAMELLI, A.: «Sistema de fuentes de derecho internacional público y “bloque de constitucionalidad” en Colombia», en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 11, 2004.

2. Un retorno a los orígenes del concepto: El francés «*bloc de constitutionnalité*»

El concepto de *bloc de la constitucionalidad* de traslada por la doctrina española desde la francesa, dos de cuyos constitucionalistas contemporáneos más conocidos, Lóïc Philip y Louis Favoreu, acuñan el término adaptando el concepto administrativo de «bloque de legalidad».

Este concepto de *bloc de constitutionnalité*, cuya creación fue puramente doctrinal ya que el *Conseil Constitutionnel* no empleó al inicio esta expresión en sus decisiones, trata de englobar en una categoría única todas las normas, principios y reglas de valor constitucional⁹ que el *Conseil* utiliza en el momento de realizar un control preventivo sobre la validez o ajuste constitucional de las leyes orgánicas, las leyes ordinarias y los reglamentos parlamentarios¹⁰. La primera vez que el *Conseil* utiliza normas no incluidas en el texto constitucional para formular un juicio de constitucionalidad es en la Decisión núm. 66-28 de 8 de julio de 1966, no obstante se cita como hito con mayor frecuencia, dada su importancia, la Decisión núm. 71-44 de 6 de julio de 1971¹¹, en relación con la «Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association» [*Journal Officiel* de 18 de julio de 1971, p. 7114], decisión a la que se une, por su relevancia material y en relación con la configuración del *bloc*, la Decisión

⁹ Algún otro autor como FRANÇOIS LUCHAIRE —*Le Conseil Constitutionnel*. Economica, Paris, 1980, pp. 131 y ss.—, prefirió caracterizar este conjunto de normas como normas supra-legales, argumentando esta caracterización en la ausencia de naturaleza o valor constitucional de algunas de ellas.

¹⁰ Se puede encontrar una completa referencia al concepto y contenido del *bloc de constitutionnalité* en FAVOREU, L.: «El bloque de la constitucionalidad. Ponencia francesa», en FAVOREU, L. Y RUBIO LLORENTE, F.: *El bloque de la constitucionalidad (Simposium franco-español)*. Universidad de Sevilla, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pp. 19 y ss. [publicado también en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990, pp. 45-68]; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*. Universidad de Oviedo, Servicio de publicaciones. Oviedo, 1997, p. 25; RUBIO LLORENTE, F.: «El bloque de Constitucionalidad», en VV.AA.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. I. Civitas, Madrid, 1991, p. 8 [también publicado en *REDC*. N.º 27, año 9, septiembre-diciembre, 1989, pp. 12 y ss. y en VV.AA.: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. CEPC. Madrid, 1997, pp. 63 y ss.]

¹¹ Se analiza el contenido y alcance de la decisión núm. 71-44 en BEARDSLEY J.E: «The Constitutional council and Constitutional liberties in France», en *American journal of comparative law*, 1972, p. 431-452; HAIMBOWGH, G.: «Was it France's Marbury v. Madison?», en *Ohio State Law Journal*, 1974, vol. 35, p. 910; HAMON, L.: *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, *Dalloz*, 1974, chron., pp. 83-90; ROBERT, J.: «Propos sur le sauvetage d'une liberté», en *Revue de Droit Public*, 1971, pp. 1171 y ss.

núm. 74-54 de 15 de enero de 1975, sobre la «Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse»¹².

Por su parte, la primera vez que el *Conseil* emplea este término es mucho después de que lo haga el Tribunal Constitucional español, en una decisión de 1998, la núm. 98-399 DC de 5 de mayo de 1998, sobre la ley relativa a la entrada, permanencia y derecho de asilo de los extranjeros. No obstante, no se encuentran caracteres o definiciones del bloque o de las normas que lo integran más que en la Decisión núm. 98-403 DC de 29 de julio de 1998, donde se dice que las leyes integrantes del bloque tienen el mismo valor que la propia Constitución y en la Decisión núm. 2001-450 DC, de 11 de julio de 2001, donde se reconoce que el concepto ha sido creado y configurado por la jurisprudencia del *Conseil constitutionnel*.

Ahora bien, ¿supone la traslación de este término a la esfera del ordenamiento español el simultáneo traspaso de su contenido material o su significado? La respuesta ha de ser negativa. Y es que se produce una disociación entre traspaso de denominación y transposición del contenido material que se le asocia, disociación que se acentúa si se reconoce que el concepto francés, desde su origen en los años setenta, y el español, desde su incorporación doctrinal a principios de los ochenta, han ido evolucionando describiendo líneas esencialmente divergentes.

Por su parte la línea francesa ha supuesto el paso de la utilización de parámetros de constitucionalidad centrados en principios fundamentales que daban un amplio margen de maniobra al *Conseil*, al uso de un parámetro más preciso¹³. Esto ha supuesto la progresiva concreción del *bloc de constitutionnalité* y la cerrazón paulatina de sus límites. Actualmente cuando el *Conseil* actúa en el marco del control de constitucionalidad que opera en función del art. 61 de la Constitución francesa, opta por apoyarse en las disposiciones contenidas en los textos constitucionales, habiéndose reducido en los últimos veinte años el conjunto de las categorías de normas de referencia, de manera que podría decirse que el *bloc de constitutionnalité*, se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional¹⁴ entre los que cabe citar la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946,

¹² En relación con esta sentencia y el mantenimiento de la jurisprudencia de ella derivada, resulta interesante el comentario de GENEVOIS, B.: «Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975?», en *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999 (7), p. 101.

¹³ FAVOREU, L.: «El bloque de la constitucionalidad. Ponencia francesa». *Op. cit.*, p. 19.

¹⁴ Realizan un profundo análisis de los textos normativos incluidos en el *bloc de constitutionnalité* LUCHAIRE, F.: *Le Conseil Constitutionnel*. *Op. cit.*, pp. 131 y ss.; y PARDO FALCÓN, J.: *El Consejo Constitucional Francés*. CEPC. Madrid, 1990, pp. 116 y ss.

y las leyes de la República en la medida en que sean portadoras de ciertos «principios fundamentales»¹⁵, que se erigen en parámetro directo. Según esto, quedarían excluidos del *bloque*, entre otros elementos normativos, los reglamentos de las Asambleas Parlamentarias¹⁶, así como toda fuente de derecho internacional o Derecho Comunitario.

Mientras tanto, en la línea de evolución jurisprudencial española, la indefinición ha sido progresivamente mayor y probablemente interesada por el propio Tribunal Constitucional, lo cual ha supuesto una ampliación — a la que se hará referencia más adelante — del contenido del *bloque* de la constitucionalidad que no ha visto aún su final.

Así pues, hoy por hoy, *bloc de constitutionnalité* y *bloque de constitucionalidad* han dejado de ser términos de idénticos contenidos, términos gemelos podría decirse, para convertirse en primos lejanos que, sin dejar de estar conectados, no se definen ya del mismo modo¹⁷.

Seguramente la idea esencial que vertebró el concepto de *bloc de constitutionnalité* que es la idea de unidad, de conglomerado de normas complementarias de la Constitución, esté también presente en la noción de *bloque*. En realidad en España la configuración del «nuevo ordenamiento jurídico» de la democracia, que se da en los primeros años de la década de los ochenta, buscaba un concepto que expresara tal comple-

¹⁵ En la demanda de inconstitucionalidad presentada por un grupo de diputados en relación con la *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile dite «RESEDA»*, —resuelta por Decisión núm. 98-399 DC de 5 de mayo de 1998— los recurrentes establecen, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, que esos principios son aquellos que fueron elaborados por el legislador y que habían recibido aplicación con una constancia suficiente antes de la Constitución de 27 de octubre de 1946.

¹⁶ DANZEAU, CH: *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité?* LGDJ/Montchrestien. París, 1997, pp. 105 y ss. En relación con la exclusión de los Reglamentos de las Asambleas Parlamentarias del bloque de constitucionalidad, véanse las decisiones núm. 80-267 DC de 19 y 20 de enero de 1981, núm.93-334 DC de 20 de enero de 1994 o la núm.99-419 DC de 9 de noviembre de 1999. Por lo que hace a la exclusión de los tratados y otras fuentes internacionales del bloque, véase por todas la decisión núm.74-54 DC de 15 de enero de 1975.

¹⁷ Esta diferencia no sólo se constata entre el contenido dado al término francés y al término en España, sino que se evidencia también si se comparan los distintos contenidos que se dan al bloque en los países de América Latina. En los países de Iberoamérica suele utilizarse la idea de bloque asociándola a la posición de los tratados internacionales de Derechos Humanos en relación con las Constituciones nacionales. En buena parte de los Estados del subcontinente americano se constata cómo sus constituciones recogen cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos, admitiendo la posibilidad de que las declaraciones de derechos que lo conforman sean fuente directa de derechos subjetivos a nivel nacional, o fuente de interpretación de las disposiciones constitucionales, o parámetro de referencia del control de constitucionalidad de las normas internas con rango de ley. Así pues en este ámbito el bloque adquiere un contenido diferente del que tiene en España y en Francia, donde, como se verá, se excluye expresamente la posibilidad de considerar los tratados internacionales como parte integrante del bloque.

mentariedad¹⁸, y quizá por eso se toma no sólo la clave del instrumento jurídico, sino su propio *nomen*. Pero pronto se percibió que el contenido de ese título jurídico galo era superado por unas exigencias mayores procedentes de un ordenamiento constitucional en construcción, y surgido de una Constitución abierta e indefinida en muchos ámbitos, especialmente en el referido a la organización territorial del poder. A partir de ahí comienza una evolución del concepto de *bloque de constitucionalidad* que cada vez lo alejó más de la noción que lo inspiró y que está arribando a una indefinición notable, de forma tal que ni siquiera está perfectamente determinado el elenco de las fuentes que lo componen, ni se pueden determinar éstas sobre la base de un común denominador, como su función o su naturaleza constitucional, y ni siquiera se puede hacer un listado cerrado *a priori* de las normas que integran el *bloque*, porque este listado va aumentando a medida que avanza la tarea hermenéutica del Tribunal Constitucional.

A pesar de ello la constatación de semejantes circunstancias, y como dijera en su día Francisco Rubio Llorente, «se opera con la expresión como si ésta denotara una categoría normativa perfectamente definida o al menos un conjunto de normas perfectamente identificables»¹⁹, lo cual no parece que sea en absoluto cierto. Sin perjuicio de esta duda razonable, conviene tratar de definir los conceptos que se utilizan en el terreno de lo jurídico, puesto que no fijar el concepto de *bloque* puede llegar a inutilizar el término debido a que dicha imprecisión llevaría aparejado un cierto grado de inseguridad jurídica, y la misma es un claro obstáculo para la realización del principio constitucionalmente reconocido de justicia, al que parece servir, entre otros, la utilización del término *bloque de constitucionalidad*, en la medida en que el mismo se emplea con la finalidad de alcanzar un mayor grado de precisión en la tarea de depuración del ordenamiento jurídico por parte del Tribunal Constitucional.

¹⁸ Según MIGUEL ÁNGEL APARICIO esta complementariedad tenía que ver con la relación entre la Constitución y las leyes orgánicas — véase «Sobre la configuración del modelo territorial del Estado y el bloque de la constitucionalidad», en VV.AA.: *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1995-1996*. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònomicos i Locals. Barcelona, 1996, p. 969, también publicado en GARCÍA HERRERA, M.A. (Coord.): *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, 1997, pp. 533-553—. No obstante, y aunque efectivamente este es el alcance originario que se le da a la noción de *bloque de constitucionalidad* por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en la obra que incorpora al ordenamiento español este concepto, —*Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*— esta conexión se rompe pronto para pasar a considerarse el bloque, como se verá, un conjunto de normas, no necesariamente leyes orgánicas, que completan los aspectos constitucionales de la distribución territorial del poder.

¹⁹ RUBIO LLORENTE. F: «El bloque de Constitucionalidad», *op. cit.*, p. 3.

3. La razón de ser del concepto: un nombre para el conjunto de normas parámetro de constitucionalidad

El concepto de *bloque de constitucionalidad* se ha utilizado —en la doctrina y la jurisprudencia españolas, del mismo modo que en la doctrina gala—, para denominar de forma conjunta a las normas que actúan como parámetro de constitucionalidad y que son utilizadas por el juez constitucional en su labor de control de ajuste entre las disposiciones infraconstitucionales y el texto de la Constitución. Del diseño de tal parámetro va a depender en buena medida tanto el alcance de los pronunciamientos del Tribunal como las perspectivas de los sujetos legitimados para incoar el control de constitucionalidad que, a medida que se amplíe dicho parámetro, contarán con un mayor número de normas con las que confrontar la disposición o acto que sea objeto de su impugnación.

El «parámetro de constitucionalidad»²⁰, desde una perspectiva esencialmente teórica, viene constituido por aquellas disposiciones legales que el juez utiliza como referente a la hora de someter a control de ajuste constitucional las normas con rango de ley, las disposiciones, resoluciones o actos de los poderes públicos centrales o autonómicos, y los actos ejecutados por los agentes del poder público. Esto significa que éste es el instrumento del que se sirve de forma esencial el Tribunal Constitucional, sobre las premisas planteadas en la Constitución, para formular las condiciones de validez del conjunto de disposiciones y actos singulares que integran el sistema jurídico.

Por lo general, la norma que establece los criterios de validez del resto de las disposiciones y actos jurídicos es la Constitución en sentido formal²¹, pero nuestro ordenamiento va más allá, extendiendo las normas

²⁰ Además de definir este concepto de forma autónoma, como se hace en estas líneas también puede definirse por oposición al concepto «parámetro de interpretación», que estaría constituido por los criterios de todo tipo que el Tribunal Constitucional utilizará para comprender mejor el alcance de las normas que integran el parámetro de constitucionalidad. Es decir el parámetro de interpretación se refiere a las disposiciones auxiliares utilizadas por el Tribunal en su labor hermenéutica, para determinar el significado de la Constitución y el resto de normas integradas en el bloque de constitucionalidad. Es cierto que, aunque la diferencia teórica entre parámetro de control de constitucionalidad y parámetro de interpretación puede plantearse en estos términos, en la práctica es difícil trazar la línea fronteriza que separa uno y otro. Sobre todas estas cuestiones, y en especial sobre su relación con la utilización del Derecho Internacional por parte del Tribunal Constitucional como parámetro (de control o de interpretación) en el desarrollo de su labor jurisprudencial, véase mi trabajo *Conflicto y cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional (op. cit.)*, pp. 355 y ss.

²¹ Acerca de los conceptos de Constitución formal y Constitución material, vide JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Contra la Constitución material». En VV.AA.: *Estudios de Derecho Público (Homenaje a J. J. Ruiz Rico)*. Vol. I. Tecnos. Madrid, 1997, pp. 32 y ss. Sobre este tema

susceptibles de contener criterios de validez fuera de los límites del texto constitucional de 1978 y, por tanto, ampliando el contenido del concepto de parámetro de control de constitucionalidad y permitiendo desdoblarse, de nuevo y desde una consideración puramente teórica, el concepto en dos: por un lado el parámetro directo de control, y por otro el parámetro indirecto de control.

Integrarán el contenido del primero, las fuentes a las que el Tribunal Constitucional haga referencia directa, tanto en su razonamiento, como en el fundamento del fallo declarativo de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, para determinar el ajuste de la norma objeto de control al sistema constitucional que conformarán tanto la Norma de normas, como las fuentes parámetro que completan los contenidos de la Constitución.

El segundo, el parámetro de control indirecto, se basa en la concepción italiana de la «normativa interpuesta», que se refiere a determinadas normas de carácter no constitucional que se comportan, de acuerdo con lo que establecen disposiciones formalmente constitucionales, como condiciones de validez de ciertas normas con rango de ley. A pesar de que un buen número de autores de la doctrina española se refieren a este concepto²², el Tribunal Constitucional no lo incorpora ni expresa ni tácitamente a su jurisprudencia, antes bien se opone a su utilización, y en la medida en que el fundamento de su fallo sea una disposición constitucional, con la que concuerde o a la que se oponga la disposición objeto del control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional entiende que las fuentes interpuestas en que apoya su razonamiento, pero que le conducen a la alusión expresa y directa de un precepto constitucional, no son más que pautas interpretativas, con lo cual entrarían en el ámbito del parámetro de interpretación²³. Así pues, por lo que hace al ordenamiento español y a la interpretación que de él hace el Tribunal Constitucional, cuando hablamos de parámetro de constitucionalidad nos estaremos refiriendo al parámetro directo de constitucionalidad.

Un parámetro de constitucionalidad como el que se expone aquí, que exceda el propio texto constitucional, se entiende en aquellos sistemas en los cuales la Constitución es una norma abierta, en el sentido de que no agota la regulación de todos los aspectos que son esenciales a la configuración defi-

también hace alguna consideración LÓPEZ AGUILAR, J. F.: *Lo constitucional en el Derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y Orden Jurídico*. CEPC. Madrid, 1998, p. 46.

²² Defiende especialmente la utilización de este concepto REQUEJO PAGÉS, J.L.: «Constitución y remisión normativa. Perspectiva estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales», *REDC*, núm. 39, septiembre - diciembre. 1993, pp. 115 y ss, aquí especialmente p. 119.

²³ Véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: Conflicto y cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional, *op. cit.*, pp. 358-359.

nitória del sistema jurídico que diseña²⁴. Las Constituciones suelen remitirse con frecuencia a otras normas para proceder a la configuración definitiva o completa de sus contenidos y en el ordenamiento jurídico español estas remisiones, que pueden ser expresas o tácitas, se refieren principalmente a la distribución de competencias entre distintos entes, y esencialmente a la distribución de poderes entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Podría decirse, pues, que en España el concepto de parámetro amplio de constitucionalidad surge esencialmente porque la Constitución no realiza un reparto o atribución de materias o competencias a las distintas Comunidades Autónomas, sino que son normas infraconstitucionales como los Estatutos de Autonomía (art. 147 CE) y las leyes a que se refiere el art. 150 CE —leyes marco, leyes de transferencia y leyes de armonización²⁵— los que hacen surgir al mundo jurídico y político las Comunidades Autónomas y asumen, haciendo uso del principio dispositivo, las competencias que llenarán de contenido la autonomía de nacionalidades y regiones²⁶.

Pero más allá de la definición de la estructura territorial del Estado, resulta preciso convenir que el resto de la Constitución no se halla absolutamente cerrada y definida, sino que es una norma abierta en aspectos que no se vinculan estrictamente al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Un ejemplo claro es la previsión de la integración supranacional del Estado español en algún tipo de organización internacional a la que pueda cederse el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Esta previsión del artículo 93 CE no cierra el diseño constitucional de la que en 1978 era eventual y hoy es real, integración supranacional, y que sólo se hará efectivo tras la ratificación de los tratados de adhesión a las Comunidades Europeas²⁷.

Como observación final cabe decir que la idea amplia de parámetro de referencia, que sobrepasa los dictados literales del texto constitucional superándolos, esconde una idea amplia de supremacía constitucional. Sólo si

²⁴ REQUEJO PAGÉS, J.L.: «Constitución y remisión normativa. Perspectiva estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales», *op. cit.*, p. 119.

²⁵ Sobre el contenido material y los requisitos formales de estas tres categorías normativas puede consultarse GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «El marco normativo del sistema de organización territorial en España: el sistema de fuentes», *op. cit.*, pp. 23 y ss.

²⁶ En relación con esta cuestión en concreto, véase la primera parte de la monografía de GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y Cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional*, *op. cit.*, especialmente pp. 101 y ss.

²⁷ Sobre el alcance y significado actuales del art. 93 CE, tras la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, que modula el contenido del precepto modificando la jurisprudencia previa a él referida, véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «La Constitución Española “frente” al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional», en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 14, abril-junio, 2005, pp. 297-327, y sobre esta cuestión especialmente páginas 318-322.

se entiende que las normas que componen el bloque acatan esa supremacía, es decir, respetan unos principios constitucionales básicos de los que cabe predicar esa supremacía y que conforman el núcleo material básico de la Constitución, podrán a su vez ser utilizados como referente. Estas normas formalmente no constitucionales, que vienen a completar dictados de la carta magna y que, por esa razón, es preciso utilizar como referente de control, no podrán someterse más que a esas condiciones básicas de ejercicio de la soberanía, porque más allá de eso son ellas mismas las que completan los dictados constitucionales y terminan de dar forma a ciertas previsiones constitucionales amplias, abstractas o con cierto grado de indefinición.

4. El reconocimiento del concepto: el *bloque de constitucionalidad* en el ordenamiento y en la jurisprudencia constitucional española

En la Constitución española no se hace referencia alguna al parámetro de control que deberá usar el Tribunal Constitucional para juzgar la constitucionalidad de las normas, aunque se deduce que será la propia norma fundamental, en virtud de los principios de supremacía y aplicabilidad directa de la misma (deducibles de los arts. 1.2 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y Disposición Derogatoria de la CE)²⁸. Por ello es necesario acudir a la Ley Orgánica del tribunal Constitucional (LOTC) para encontrar la primera referencia normativa al parámetro de control, y por tanto al *bloque de la constitucionalidad*, aunque la ley orgánica no utilice este término. Esas referencias normativas están presentes en los artículos 28 y 73 LOTC²⁹.

El art. 28.1 LOTC establece que el Tribunal Constitucional tomará en consideración para llevar a cabo su función de control de constitucionalidad

²⁸ Según la doctrina mayoritaria, la supremacía de la Constitución española se deduce principalmente del art. 9.1 CE, no obstante algunos autores aseguran que a este precepto ha de unirse, para deducir esa supremacía, lo contenido en el art. 95 CE respecto del Derecho internacional. En este sentido FERRERES COMELLA, V. y SAIZ ARNAIZ, A.: «¿Realmente hay que reformar la Constitución española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución europea?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIV, núm. 645, pp. 1-6. Asimismo, reflexiona sobre el nuevo alcance del art. 9.1 CE, tras las innovaciones jurisprudenciales introducidas al respecto por la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «La Constitución Española “frente” al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional», *op. cit.*, pp. 306 y ss.

²⁹ Esta Ley Orgánica es modificada por las Leyes, también orgánicas, 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000. Actualmente se haya en tramitación parlamentaria una reforma global de la ley. Puede consultarse el texto del Proyecto de Ley orgánica de reforma en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* Núm. 60-1 (Congreso de los Diputados, VIII legislatura), de 25 de noviembre de 2005.

dad de normas con rango de ley tanto los preceptos constitucionales como las leyes que, de acuerdo con los dictados de la norma fundamental, se hubieran elaborado para delimitar, regular o armonizar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Este precepto vincula el concepto de parámetro sólo a los procesos de control de constitucionalidad de normas con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas. Tal vinculación deriva de la ubicación de este artículo situado dentro del capítulo I (Disposiciones generales), del Título II (De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad) de la LOTC, pero si se acude a lo previsto en los arts. 59.1 y 73 LOTC (*vide infra*) no parece que exista inconveniente para considerar aplicable un concepto amplio de parámetro a los conflictos constitucionales: conflictos de competencias, de atribuciones y en defensa de la autonomía local³⁰. De hecho, en la práctica, el Tribunal Constitucional utiliza esencialmente el concepto del *bloque* que se deriva del art. 28.1 LOTC cuando resuelve conflictos de competencias positivos (SSTC 88/89, 148/92), o negativos (SSTC 156/90 y 37/92, AATC 142/1989, 322/1989 y 357/1990).

No obstante, el artículo 28.1 LOTC, es el precepto que habitualmente se toma como referente doctrinal al aludir al concepto de *bloque de la constitucionalidad*. Aunque el propio precepto no habla de *bloque*, ni de parámetro, es evidente que lo que hace es establecer un grupo de normas que el Tribunal Constitucional tendrá la posibilidad de utilizar para apreciar la conformidad o disconformidad constitucional de normas con valor de ley tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas.

En el apartado 2 de este mismo artículo, la LOTC parece ofrecer un segundo parámetro al afirmar que «el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del art. 81 de la Constitución los preceptos de un decreto-ley, decreto legislativo, ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido». De la dicción literal de este precepto ha querido deducirse en algún momento que las leyes orgánicas se convertían en parámetro de validez del resto de normas del ordenamiento que con ellas entrasen en contradicción, y que, por tanto, pasaban a integrarse todas ellas en el *bloque de constitucionalidad*. Pero la doctrina mayoritaria, encabezada por Tomás Ramón Fernández, sostiene la tesis de que el

³⁰ En cambio no puede hacerse la misma extensión vinculando este concepto a los procesos de amparo, puesto que en este caso la propia Constitución (art. 53. 2 CE) y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 41), limitan estrictamente el parámetro de control a los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución.

art. 28.2 LOTC simplemente establece la relación entre leyes orgánicas y leyes ordinarias, siendo el parámetro directo de control de las segundas el artículo 81 CE. Dicho de otro modo que los preceptos de un decreto-ley, un decreto legislativo, una ley estatal ordinaria o la norma legislativa de una Comunidad Autónoma pueden ser declarados inconstitucionales por invadir materias reguladas mediante ley orgánica, pero no serán inconstitucionales por la insuficiencia de rango, o por contradicción con una ley orgánica, sino por la infracción del artículo 81 de la Constitución española³¹.

Por su parte, como se ha dicho, el art. 73.1 LOTC³² también hace referencia a un parámetro de control que va más allá de los dictados de la Constitución, al establecer que «en el caso en que alguno de los órganos constitucionales a los que se refiere el artículo 59.1.c) de esta Ley, por acuerdo de sus respectivos Plenos, estime que otro de dichos órganos adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las Leyes orgánicas confieren al primero, éste se lo hará saber así dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de la que se infiera la indebida asunción de atribuciones y solicitará de él que la revoque». Si en el art. 28 LOTC se habla de leyes que completan a la Constitución en lo que hace al reparto territorial del poder, en el art. 73.1 LOTC se alude a las leyes orgánicas que ordenan los órganos constitucionales completando los dictados constitucionales al respecto. Estos órganos serían susceptibles de entrar en confrontación suscitando un conflicto de atribuciones para resolver el cual podría ser necesario acudir a las leyes orgánicas que regulan sus funciones, normas que vendrían a constituirse en normas parámetro de la constitucionalidad de la actuación de dichos órganos. No se estaría hablando aquí de control de constitucionalidad de disposiciones normativas con rango de ley, sino del control de ajuste constitucional de la actuación de los órganos constitucionales, es decir, el Congreso, el Senado, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial.

La utilización por la jurisprudencia constitucional de un concepto de parámetro que, amparándose en un principio en estos preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, va más allá de lo previsto estrictamente en el texto constitucional significa que se da una apertura, que se reconoce el carácter *sui generis* de la Constitución (STC 4/81) que, al

³¹ En cualquier caso para profundizar en el análisis de esta cuestión, véase el trabajo ya citado de RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*.

³² El artículo 73 ha de interpretarse sistemáticamente acudiendo al art. 59 que dice que el Tribunal Constitucional resolverá los problemas que surjan en torno a las competencias o atribuciones asignadas por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y de las Comunidades Autónomas.

no ser una «norma cerrada» en todos sus extremos, no puede servir como exclusivo parámetro de validez del resto de las fuentes del ordenamiento jurídico.

Desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional ya recurre a la previsión del art. 28.1 LOTC, y acude a disposiciones de rango infraconstitucional como parámetro de control de la validez de otras normas. Así en el año en que inaugura su jurisprudencia, en la STC 36/81, concretamente, se sirve de la previsión del artículo 28.1 LOTC, para considerar que los Estatutos de Autonomía, en este supuesto de hecho el del País Vasco³³, forman parte esencial del parámetro que debe utilizar para examinar la constitucionalidad de las normas de cuya impugnación conoce.

No obstante habrá de esperar hasta 1982 para observar la introducción del concepto de *bloque de la constitucionalidad* en un pronunciamiento del Tribunal, exactamente en el fundamento jurídico 2.º de la sentencia 10/82 que se encarga de establecer, sin género de duda, que sólo se podrá interpretar debidamente la normativa aplicable al caso si se fija el *bloque de constitucionalidad* que ha de servir de base para enjuiciar la ley impugnada, y que este *bloque* está formado esencialmente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía a los que ésta se remite con carácter general para que determinen las competencias autonómicas. En el mismo sentido seguirá pronunciándose después en muchas otras sentencias a lo largo de los años, sentencias entre las que cabe destacar la 38/83, 137/86, 20/88, 76/88, 181/88, 132/89, 177/90, 149/91, 146/92, 23/93, 25/93, 239/02, 230/03, y 291/05.

A partir de ese momento el conjunto de las normas caracterizado por ser utilizado como parámetro directo de constitucionalidad en la actividad del Tribunal Constitucional empieza a ser denominado por éste como *bloque de constitucionalidad*, tomando el término de la doctrina jurídica. De hecho el Alto Tribunal afirma expresamente que «la noción de “bloque de la constitucionalidad” hace referencia a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de la legitimidad constitucional de las leyes» (SSTC 66/85, 29/86 y 175/88). A lo cual añade que la Constitución, y los

³³ Además el Tribunal introduce en este momento el concepto de antiestatutividad, que implica la contradicción entre una ley y un Estatuto de Autonomía, pero en realidad, el propio juzgador se encarga de aclarar que este término queda comprendido en el de inconstitucionalidad en virtud de los artículos 161.1.a) CE y 27, 28.1, y 39 LOTC. Dice literalmente el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 4.º de esta sentencia: «En la medida en que en el caso que examinamos la Comunidad Autónoma del País Vasco ha dictado una Ley sin acudir al trámite de la modificación del estatuto de autonomía, ha vulnerado tanto la Constitución —arts. 147.3 y 152.1— como el propio Estatuto Vasco —arts. 46 y 47—, siendo, en consecuencia, dicha Ley inconstitucional y antiestatutaria, calificación esta última que, en realidad, queda comprendida en la anterior con base en lo dispuesto en el art. 161.1 a) de la Constitución y en los arts. 27, 28.1 y 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional».

preceptos estatutarios y legales interpretados de conformidad con ella que se consideren como parámetro de la legitimidad constitucional de una norma impugnada determinarán, en caso de que esta última los infrinja, su nulidad por vulneración del *bloque de constitucionalidad* (STC 27/87). Es decir, *bloque* y parámetro de control son considerados por el Tribunal Constitucional como términos absolutamente sinónimos. De hecho en algunas ocasiones el Tribunal utiliza directamente la expresión «parámetro de la constitucionalidad» para referirse a lo que en otras sentencias denomina como «bloque de constitucionalidad» o, en alguna ocasión como «bloque normativo» (STC 29/82).

5. La configuración del concepto por la doctrina: en busca del «contenido» del *bloque*

En un primer momento y tras el análisis de la primera jurisprudencia constitucional, podría parecer que la asimilación entre la «propuesta» del artículo 28.1 LOTC³⁴, y el concepto de *bloque*, es absoluta. Pero lo cierto es que ese artículo habla de una serie de normas que habrán de funcionar como parámetro, y por tanto que formarán parte del *bloque*, pero ello no significa que sólo las disposiciones citadas en este precepto puedan configurar por sí mismas la totalidad del conjunto de normas interpuestas.

Si el Tribunal Constitucional se limitara a utilizar la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes del art. 150 CE como parámetro de constitucionalidad, lo cierto es que no cabrían demasiados márgenes de duda. Parecería que el Tribunal se limita a considerar parámetro directo de constitucionalidad, junto a la Constitución, al conjunto de normas que atribuyen competencias, es decir a las normas citadas en el art. 28.1 LOTC. El problema surge porque el Tribunal Constitucional va ampliando paulatina y «arbitrariamente» las normas que utiliza como parámetro de constitucionalidad, utilizando en ocasiones también las leyes de bases, ciertas leyes delimitadoras de competencias que no son «atributivas de competencias», y otras disposiciones que nada tienen que ver con el reparto competencial. Y se ampara para realizar esta «ampliación», en un argumento que refleja en sentencias como la 75/85, donde afirma que la configuración de la naturaleza de las normas del bloque deja un espacio abierto a distintas posibilidades

³⁴ En relación con las normas referidas en el art. 73 LOTC el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado hasta la fecha asimilándolas al concepto de bloque. En cualquier caso ello no resulta extraño, entre otras cosas por el reducido número de recursos para la resolución de conflictos entre órganos constitucionales del Estado que se han presentado hasta la fecha ante el Tribunal.

legislativas, lo cual significa simplemente que existe, como en muchos otros aspectos relativos al bloque, una indefinición evidente. Sobre estas cuestiones se volverá inmediatamente. De este modo, se llega a convertir en parámetro cualquier norma cuya cualidad de tal sólo se averigua *a posteriori*, en la propia sede del Tribunal Constitucional, circunstancia que genera un alto grado de inseguridad jurídica³⁵.

Esta convicción ha llevado a la doctrina a empeñarse en procurar una sistematización de las normas integrantes del *bloque*, porque sólo de este modo tiene sentido la utilización del concepto. Sólo si puede identificarse *a priori* una configuración del *bloque de constitucionalidad* será útil para la doctrina, y para los operadores jurídicos acudir a un concepto tal, porque la evocación del mismo permitiría visualizar el conjunto de normas dignas de ser utilizadas como parámetro de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

La sistematización procurada por la doctrina responde a dos grandes líneas teóricas. Una de ellas estima que es la naturaleza de las normas que integran el *bloque* la cuestión determinante de su adscripción al mismo. La otra, de carácter más utilitarista, estima que es la función que desempeñan estas normas en el seno del ordenamiento lo que determinará su pertenencia al *bloque*.

5.1. *La definición del bloque constitucional según la naturaleza y posición de sus normas en el ordenamiento jurídico*

Existen autores³⁶ que defienden que las normas del *bloque* poseen condición o naturaleza de normas materialmente constitucionales tal y como sucede con el francés *bloc de constitutionnalité*. Esta naturaleza permitiría determinar la invalidez de toda norma inferior que las contradiga, ya que las califica como normas estructurales de producción jurídica, condicionantes de la validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico en la medida

³⁵ Esto, según DÍEZ PICAZO «conduce a la inseguridad jurídica, atenta contra la economía legislativa y procesal y, sobre todo, conlleva al máximo grado de desconstitucionalización al destruir la única barrera efectiva frente al legislador estatal ordinario: que no defina competencias» [DÍEZ PICAZO, L.M.: «Ley autonómica y ley estatal. Sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico». *REDC*, año 9, núm. 25, enero-abril, 1989, pp. 63 y ss, aquí véase en concreto la p. 72]. Es preciso tener en cuenta que según este autor el bloque en principio es caracterizado como conjunto de normas delimitadoras de competencias, con lo cual para él es atentatorio contra el principio de seguridad jurídica el mero hecho de que la caracterización de una norma como atributiva o delimitadora de competencias sea realizada por el Tribunal Constitucional, y no exista una seguridad previa de tal carácter.

³⁶ Por todos, OROZCO MUÑOZ, M.: *El régimen especial de Canarias. Su conformación por el bloque de constitucionalidad*, *op. cit.*

en que establecen las reglas competenciales y procedimentales para su producción normativa. Según esta concepción, tal posición de las normas del *bloque de constitucionalidad* permitiría configurarlas como normas jerárquicamente superiores al resto de las del ordenamiento jurídico, rigiendo entre éstas y aquéllas —y para la solución de las antinomias que pudieran surgir—, el principio de jerarquía normativa.

Esta posición parte de la idea de que las normas del *bloque* son, todas ellas, disposiciones materialmente constitucionales³⁷, uniéndose a esta condición, en algunos casos, la de ser también normas formalmente constitucionales, como sucede en el caso de la propia Constitución³⁸.

Los autores que defienden esta superioridad jerárquica hallan su justificación en un nutrido número de razones. Entre ellas destacan las que sitúan como argumento central que legitimaría la posición jerárquicamente supraordenada:

- a) La «función constitucional» que desempeñan³⁹, a la que ya se hará inmediata referencia.
- b) La especial resistencia de las mismas a su derogación o modificación por otra norma, aun cuando sea del mismo rango, salvo que se haga de un modo específico constitucionalmente previsto⁴⁰. El paradigma de este argumento es la resistencia de los Estatutos de Autonomía, formalmente aprobados como ley orgánica (art. 81 CE), a ser modificados por otras leyes orgánicas que no hayan sido aprobadas por el procedimiento específico previsto para la reforma estatutaria en el propio Estatuto y en la Constitución (art 146, 147.3 152.2 CE).
- c) La especial relación que vincula a las normas parámetro y al resto. Porque si se ha caracterizado, como es frecuente, las normas del *bloque* como normas creadoras o atributivas de competencias, éstas se relacionarían con las disposiciones cuya esfera competencial delimita, no por medio del principio de competencia, que parecería

³⁷ RUBIO LLORENTE, F: «El bloque de Constitucionalidad», *op. cit.*, p. 16. En el mismo sentido, RUIZ HUERTA CARBONELL, A.: *Constitución y legislación autonómica: un estudio del bloque de constitucionalidad en el Estado autonómico español*. Ibidem. Madrid, 1995, p. 185.

³⁸ Para algún autor, la superioridad jerárquica sobre las fuentes del ordenamiento no integradas en el *bloque de constitucionalidad* sólo se predicaría de las normas integradas formalmente en la Constitución, mientras que las restantes normas del *bloque* sólo gozarían de superioridad jerárquica cuando el contenido de las mismas se ajustase a los límites determinados por la Constitución formal. Por todos, OROZCO MUÑOZ, M.: «El régimen especial de Canarias. Su conformación por el bloque de constitucionalidad». *Op. cit.*

³⁹ GÓMEZ FERRER MORANT, R.: «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional». *RAP*, núm. 113, 1987, pp. 7 y ss.

⁴⁰ PINIELLA SORLI, J. S.: *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad: encrucijada de competencias*. Bosch, D. L. Barcelona, 1994.

lo más lógico, sino por el principio de jerarquía, porque «sólo se pueden definir competencias si se posee una fuerza normativa superior y, por consiguiente, si se abarca un espacio material de normación que englobe el de las normas definidas»⁴¹.

Todos estos argumentos encuentran su contrapunto en las razones que da otro sector doctrinal que defienden que la integración de una norma en el *bloque de la constitucionalidad* no determina su relación jerárquica con el resto del ordenamiento⁴², y que justifican su posición afirmando que el hecho de que una determinada norma sea considerada parámetro de enjuiciamiento no le concede una posición jerárquica distinta de la que tendría si no gozase de tal condición de parámetro. El razonamiento se completaría con el siguiente argumento: Que la Constitución se vea en la necesidad de ser completada por normas inferiores a sí misma, en la medida en que no decide completamente ni la competencia ni el ámbito y alcance de la regulación de ciertas materias sino que encomienda a otras normas tal empresa⁴³, no implica que estas últimas, por el mero hecho de poseer un contenido calificable como materialmente constitucional sean parte de la Constitución, y tampoco que se hallen en una posición de superioridad jerárquica respecto del resto de disposiciones del ordenamiento.

La conclusión que se puede extraer de la propia existencia de dos posiciones doctrinales tan dispares y bien argumentadas como las analizadas es que no está claro que se pueda formular un concepto de *bloque de la constitucionalidad* en función de una especial naturaleza o jerarquía de las normas que lo integran, porque tal especialidad, que admite argumentos a favor, los admite también en contra.

5.2. La definición del bloque de constitucionalidad según su función en el ordenamiento

La doctrina, ante la pobreza de las pautas ofrecidas por el legislador, y la peculiar y poco segura jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, ha visto un campo abierto para elaborar un buen número de teorías en torno a cuál sea la función del *bloque*, y por supuesto en torno a cuáles deban ser las normas que componen dicho *bloque* con arreglo a la función identificada. Todas estas teorías se agrupan en torno a dos grandes núcleos.

⁴¹ DÍEZ PICAZO, L. M.: «Ley autonómica y ley estatal. Sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico». *Op. cit.*, p. 68.

⁴² MONTILLA MARTOS, J. A.: *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación: configuración constitucional y práctica política*. Tecnos, Madrid, 1998, p. 121.

⁴³ REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Constitución y remisión normativa. Perspectiva estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales». *Op. cit.*, p. 140.

Uno se refiere al *bloque* caracterizándolo por su función de delimitación competencial, y otro alude al mismo ciñéndose a su función procesal de parámetro de constitucionalidad.

5.2.1. LA FUNCIÓN DE DELIMITACIÓN COMPETENCIAL

Adscritos a esta posición se sitúan los autores⁴⁴ que identifican de manera absoluta el concepto y contenido del *bloque*, con lo dispuesto en el art. 28.1 LOTC, es decir, con el conjunto de normas que cumplen la función constitucional de delimitar, regular o armonizar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas⁴⁵.

En esta definición subyace la idea de la *Constitución total* de Kelsen⁴⁶ que halla su paralelo en nuestro sistema en lo que se ha dado en llamar «la Constitución territorial⁴⁷» compuesta, de una parte, por disposiciones formalmente constitucionales y de otra por normas post e infraconstitucionales —como los Estatutos de Autonomía y las leyes del art. 150 CE—, imprescindibles para conformar un cuadro completo de la forma de Estado, o del modelo de distribución territorial del poder. Y es que «la Constitución no atribuye directamente las materias y competencias a las distintas Comunidades Autónomas, sino que son fundamentalmente los Estatutos de las mismas los que asumen, en méritos del principio dispositivo, las

⁴⁴ APARICIO PÉREZ, M. A.: «Sobre la configuración del modelo territorial del Estado y el bloque de la constitucionalidad», *op. cit.*, pp. 971 y 972; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Estudios sobre autonomías territoriales*. Civitas. Madrid, 1985, p. 299; GÓMEZ FERRER MORANT, R.: «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», *op. cit.*, p. 23; PINIELLA SORLI, J. S.: *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad: encrucijada de competencias*, *op. cit.*, p. 50; y RUBIO LLORENTE, F.: «El bloque de Constitucionalidad», *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵ Según RUBIO LLORENTE, esta sería una función intrínseca a la norma, que va más allá de su pertenencia al bloque, y que desempeña independientemente de que sea considerada o no parámetro de constitucionalidad. Véase RUBIO LLORENTE, F.: «El bloque de Constitucionalidad», *op. cit.*, p. 14.

⁴⁶ Esta Constitución total se refiere a la norma o complejo normativo de rango superior, que distribuye territorialmente el poder —esencial aunque no exclusivamente el poder legislativo—, dividiendo las competencias entre unas instancias centrales y unas instancias locales, que en el caso de la forma de Estado español se identificaría en las Comunidades Autónomas. Esta Constitución total, según Kelsen, «es necesariamente derecho positivo; no puede ser, en modo alguno, un mero supuesto lógico-jurídico», y va a suponer la existencia de «dos círculos normativos ulteriores que son, por relación a aquella, órdenes parciales delegados: uno, con validez espacial en todo el territorio; y varios, con vigencia circunscrita a determinadas partes del mismo». KELSEN, H.: *Teoría General del Estado*, 15.^a ed. Editorial Nacional, México, 1979, p. 262. Véase, además, la interpretación que hace RUBIO LLORENTE de la «Constitución total» de Kelsen en «El bloque de Constitucionalidad», *op. cit.*, p. 14.

⁴⁷ Así lo hace CRUZ VILLALÓN, P.: «Introducción: la Constitución Territorial del Estado», en VV.AA.: *El Estatuto de Andalucía (I). Las Competencias*. Ariel, Barcelona, 1990, pp. 7 y ss.

respectivas competencias que se determinan y se delimitan dentro de las previsiones constitucionales»⁴⁸. Desde este punto de vista la decisión del constituyente de no cerrar la definición de esta forma de Estado en el texto constitucional, sino en disposiciones externas al mismo supondría una cierta desconstitucionalización de la estructura territorial del Estado⁴⁹.

Los autores que sustentan esta orientación teórica encuentran razones que los asisten, y que exceden su mera capacidad de argumentación, buscando en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, como se ha visto tiende a vincular el *bloque de constitucionalidad* al art. 28.1 LOTC, elaborando por tanto una línea jurisprudencial en la que parecería decantarse, precisamente, por la función de atribución competencial de las normas integrantes del *bloque*.

Desde las ya referidas sentencias del Tribunal Constitucional 36/81 y 10/82, han sido muchos los pronunciamientos que han vinculado la idea de *bloque de constitucionalidad* exclusivamente a una función de atribución competencial realizada por las normas que lo integran. De hecho el Tribunal Constitucional fijó, en un primer momento, una posición clara, estableciendo que en el *bloque de la constitucionalidad*, no puede incluirse cualquier ley estatal sino sólo aquellas que establecen una delimitación competencial, en virtud de una previsión constitucional, de los Estatutos de Autonomía o de las leyes marco, de transferencia o de armonización (art. 150 CE).

Por ejemplo, en la STC 72/83 se decía que una determinada disposición de la que se dudaba su eventual utilización como parámetro de constitucionalidad había de «estar contenida en el bloque de la constitucionalidad, de acuerdo con el art. 28 de la LOTC, es decir, con carácter general, en la Constitución, el Estatuto o en las Leyes determinadoras de las competencias, en el marco de la Constitución». En el mismo sentido se pronuncian un buen número de sentencias posteriores que, además, abordan el concepto de *bloque* situándolo siempre en paralelo al art. 28.1 LOTC, es decir identificando plenamente dicho precepto con la idea de *bloque de la constitucionalidad* (SSTC 20/88, 181/88, 132/89, 177/90, 149/91, 146/92, 23/93, 25/93, 239/02, 230/03, y 291/05).

Además, en alguna de estas sentencias, se pone de relieve la necesidad de que, para que las leyes infraconstitucionales citadas puedan considerarse integradas en el *bloque de la constitucionalidad*, y, por tanto, puedan ser utilizadas como parámetro directo de referencia en el control de constitucio-

⁴⁸ PINIELLA SORLI, J. S.: «Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad: encrucijada de competencias», *op. cit.*, p. 50.

⁴⁹ CRUZ VILLALÓN, P.: «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», *RFUDC*, núm. 4, monográfico, 1982.

nalidad, a su vez han de superar ellas mismas el test de constitucionalidad. Así se expresa, por ejemplo, en la STC 20/88: «Hay que recordar que la calificación jurídica que las competencias de las Comunidades Autónomas deben merecer no deriva de una lectura aislada de la denominación que tales competencias reciban en los textos estatutarios, sino de una interpretación sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad, dentro del cual, como es evidente, la Constitución conserva intacta su fuerza normativa dominante como *lex superior* de todo el ordenamiento, fuerza normativa que no se agota ni disminuye con la promulgación de los estatutos de autonomía, cuyos preceptos, por más que califiquen como exclusiva la competencia asumida *ratione materiae*, nada pueden frente a las normas constitucionales que, en su caso, reconozca al Estado títulos competenciales sobre esa misma materia»⁵⁰.

5.2.2. LA FUNCIÓN PROCESAL DE PARÁMETRO

La corriente⁵¹ que defiende la función esencialmente procesal del parámetro de constitucionalidad define el *bloque* como el conjunto de normas que, con independencia de que posean o no una función intrínseca de delimitación competencial, son utilizadas como parámetro de control por el Tribunal Constitucional que entiendo que su infracción por otra norma determina la inconstitucionalidad de esta última, debido a que ocupan una determinada posición en el sistema de fuentes. Dicho de otro modo, las disposiciones normativas integrantes del *bloque de constitucionalidad* serían todas las normas de distinta naturaleza y rango normativo que, junto a la Constitución formal, sirven a los órganos tutelares del ordenamiento para verificar la constitucionalidad de las restantes normas del mismo⁵², ya que, por sí mismas, determinan la invalidez de las normas de la legislación ordinaria que se les opongan.

⁵⁰ En este sentido pueden leerse las reflexiones de RODRIGO BERCOVITZ que considera que el núcleo central del bloque está, efectivamente constituido por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes del art. 150 CE, pero afirman que la inclusión en el bloque de estas disposiciones infraconstitucionales no justifica una interpretación de las mismas que exceda de los límites previstos en la Constitución, ya que, tanto los Estatutos como las leyes marco, de transferencia o de armonización están sometidas a la Constitución y «deben ser declarados nulos en lo que manifiestamente entre en contradicción con ella». Véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «El bloque de la constitucionalidad», en *Aranzadi civil*, núm.2, 2001, pp. 2173-2175, aquí especialmente p. 2174.

⁵¹ Entre ellos destacan las posiciones de OTTO Y PARDO, I. DE: *Derecho Constitucional. sistema de fuentes*. Ariel. Madrid, 1988, pp. 94 y 95; TORNOS MAS, J.: «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia», *REDC*, núm. 33, pp. 37 y 38.

⁵² REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Constitución y remisión normativa», *op. cit.*, p. 119.

Para perfilar esta concepción del *bloque* es preciso acudir al concepto de validez, ya que puede decirse que un precepto se incluye en aquel si su eventual antinomia con otra norma de la legislación ordinaria, se mide en parámetros de validez y no de eficacia normativa. Se trata en este caso, y por oposición a lo que sucede con la función de delimitación competencial, de una función extrínseca a la norma porque surge, independientemente de su contenido material concreto, de su participación necesaria en el proceso constitucional⁵³. Cuando se habla del *bloque* en este sentido no se restringe su contenido a las normas mencionadas en el artículo 28.1 LOTC, pues esta concepción es sustancialmente más amplia que la determinada por dicho precepto legal. Así pues se está ante una consideración procesal del parámetro de constitucionalidad y el propio tribunal reconoce que, en tales supuestos, la noción de *bloque de la constitucionalidad*, «hace referencia a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de la legitimidad constitucional de las leyes, pero no a contenidos normativos concretos» (STC 66/85).

La corriente doctrinal que desarrolla esta posición surge como consecuencia del análisis de determinadas sentencias del Tribunal Constitucional en las que el Alto Intérprete propone el uso de un parámetro de control de constitucionalidad más amplio, que va más allá del recurso a las disposiciones relativas a la atribución o desatribución competencial, desplazando los límites que él mismo había colocado en torno al concepto de *bloque* en sus primeras sentencias y en la mayoría de las sucesivas. Es decir, el Tribunal Constitucional no se ha mantenido siempre fiel a la concepción del *bloque* meramente atributiva de competencias, y no es difícil encontrar sentencias en las que al estar resolviendo recursos o cuestiones de constitucionalidad y no conflictos de competencias, no se sentirá «obligado» por esta forma de entender el *bloque* (STC 154/88) y, aunque no lo reconozca expresamente, se colocará del lado de la concepción procesal del *bloque de la constitucionalidad*.

Un pronunciamiento singular en relación con la redefinición de los contornos del bloque de constitucionalidad es la STC 146/92, en la que al resolverse un recurso de inconstitucionalidad, se afirma textualmente que «a diferencia de lo que ocurre en los conflictos de competencia, las normas constitucionales que operan como canon o criterio de control en el recurso de inconstitucionalidad se extienden a todo el texto constitucional, integren éstas o no lo que se viene llamando el “bloque de la constitucionalidad”, es decir, el conjunto normativo del que resulta la distribución competencial entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas». Según esto, la Constitución, pese a ser parámetro de constitucionalidad siempre, no

⁵³ RUBIO LLORENTE. F: «El bloque de Constitucionalidad», *op. cit.*, p. 15.

formaría parte en su conjunto del bloque, sino sólo en aquellos capítulos o preceptos directamente relacionados con el reparto territorial del poder (esencialmente el art. 2, el capítulo III del título VIII, las disposiciones adicionales 1.^a, 3.^a, y 4.^a, y las disposiciones transitorias 1.^a a 7.^a de la Constitución). En realidad esta interpretación no se reitera en la jurisprudencia, pero es una buena muestra de cómo las reflexiones en torno al concepto de bloque de constitucionalidad no son en modo alguno unánimes ni siquiera en el seno del propio Tribunal Constitucional.

Vista esta jurisprudencia del Tribunal y verificado que el mismo acude a disposiciones que no se contienen en las previsiones del art. 28 LOTC para resolver sobre la constitucionalidad de las normas sometidas a su examen, no cabe más que reconocer que el concepto de *bloque* de constitucionalidad ha de desvincularse del art. 28.1 LOTC, ha de separarse de la noción de Constitución territorial a la que se ha visto vinculado con mayor frecuencia tanto por el Tribunal Constitucional como por la propia doctrina⁵⁴. Si el destinatario único del artículo 28 LOTC, el propio Tribunal Constitucional, ha utilizado un parámetro de control mucho más amplio que el marcado por el precitado artículo, en realidad puede decirse que el contenido del artículo no aporta demasiado más allá de ser una mera fórmula retórica. En esta línea también puede decirse que el Tribunal Constitucional se decanta, lo reconozca o no, por una noción del *bloque* caracterizada por su función procesal de parámetro.

Así, es la concepción procesal del *bloque* la que va a permitir un tratamiento más elástico del concepto, que es precisamente lo que le interesa al Tribunal Constitucional, sin perjuicio de que ello le plantee algún inconveniente. Por ejemplo, si se asume que el *bloque* es el conjunto de normas de las cuales se sirve el Tribunal para llevar a cabo su labor de control de constitucionalidad, no es fácil justificar la exclusión de este *bloque* de determinado tipo de normas más que afirmando que el Tribunal Constitucional es autónomo y absolutamente competente para determinar dicha exclusión.

Por tanto la posición que aquí se defiende⁵⁵ consiste en abrir el concepto de bloque para que tal denominación comprenda todas las normas-paráme-

⁵⁴ Según RUBIO LLORENTE, el artículo 28 LOTC no «incluye todas las normas infraconstitucionales que, según el propio Tribunal, se han de tomar en consideración para resolver sobre la constitucionalidad de las leyes sometidas a su conocimiento, ni precisa, salvo por referencia a su función, cuáles son las leyes a las que su apartado primero alude, ni toma en cuenta, en razón de su inserción sistemática, más que un aspecto de esta función». RUBIO LLORENTE, F: «El bloque de Constitucionalidad», *op. cit.*, p. 11. En el mismo sentido, es decir reafirmando la desvinculación entre la idea de bloque y el art. 28 se pronuncia RUIZ HUERTA CARBONELL, A.: «Constitución y legislación autonómica: un estudio del bloque de constitucionalidad en el Estado autonómico español», *op. cit.*, p. 154.

⁵⁵ En alguna ocasión se ha defendido — *Conflicto y cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional*, *op. cit.*, pp. 355 y ss — la necesidad de abandonar la denominación

tro y no sólo las disposiciones normativas atributivas de competencias. En esta línea se colocan otros autores —entre los que destacan Alejandro Ruiz Huerta⁵⁶ y Paloma Requejo⁵⁷— que, de uno u otro modo, bajo distintos argumentos, abogan a favor de la desvinculación a la que se hace referencia, y ofrecen una nueva noción del *bloque de la constitucionalidad*.

de bloque de la constitucionalidad y sustituirla por la de parámetro directo de control de constitucionalidad. Pero ha de reconocerse que el uso de esta expresión está tan extendido, que no parece factible que se sustituya su utilización en favor de la adopción de otro tipo de terminología, por lo cual parece más realista y más pragmático admitir que, puesto que es previsible que esta expresión siga utilizándose, será al menos deseable insistir en la necesaria adaptación del contenido y definición del mismo a su verdadera función.

⁵⁶ ALEJANDRO RUIZ HUERTA opina que «hablar de parámetro de constitucionalidad, es hablar de todas y cada una de las normas jurídicas y demás elementos de control, que el Tribunal Constitucional utiliza o puede utilizar en el cumplimiento de su función. Mientras que hablar de bloque de constitucionalidad implica hablar de un determinado conjunto normativo, que cumple una función primordial en el sistema español de control de constitucionalidad, de utilización prioritaria por el Tribunal Constitucional y que está compuesto por un número concreto de normas jurídicas. Es decir, la normativa aplicable al caso». Según esta concepción el contenido del parámetro de constitucionalidad es más amplio que el de bloque estando este último contenido en el primero. Esta concepción implica que las «normas que forman el bloque de constitucionalidad son, cada una de ellas, normas-parámetro, pero, al margen de ellas, existen otros factores de control que también son normas-parámetro. Véase RUIZ HUERTA CARBONELL, A.: «Constitución y legislación autonómica: un estudio del bloque de constitucionalidad en el Estado autonómico español», *op. cit.*, pp. 145 y 149. Este autor retoma el problema del bloque recientemente en el trabajo «Ante una reforma del bloque de constitucionalidad (BC)», en *La reforma de los Estatutos de autonomía, 2003*, pp. 147-180.

⁵⁷ Por su parte PALOMA REQUEJO va un poco más allá en la distinción terminológica, estableciendo una innovadora diferencia entre los conceptos de *bloque constitucional* y *bloque de la constitucionalidad*. El *bloque constitucional*, que se correspondería con lo que ALEJANDRO RUIZ HUERTA llama parámetro directo de control, estaría integrado por las normas cuya función es determinar la estructura del sistema constitucional en los casos en que la Constitución no haya formulado definiciones unívocas o no haya completado tales formulaciones en relación con dicha estructura. El *bloque de la constitucionalidad*, por su parte, se integraría por las normas que se limitan a concretar materialmente aspectos que la Constitución ya ha fijado de modo definitivo con anterioridad, de modo tal que estas normas no innovarían en nada la estructura del sistema jurídico, innovación que sí estaría presente en la función desempeñada por las normas integrantes del bloque constitucional. Dicho de otro modo una fuente determinada se puede considerar como integrante del bloque constitucional cuando aporta algo nuevo a la Constitución, mientras que en el caso de que la fuente se limite a concretar lo que la Constitución regula de modo vago y abstracto, precisando su significado, pero sin aportar nada nuevo, forma parte del bloque de la constitucionalidad. Pero la diferencia fundamental entre ambos conceptos radica en que mientras las normas integrantes del bloque constitucional serán parámetro necesario en todos los procesos de control de constitucionalidad y conflictos de competencias de que deba conocer el Tribunal Constitucional, el bloque de constitucionalidad será apenas parámetro no necesario o parámetro complementario de la propia Constitución. REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: «Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad», *op. cit.*, p. 37.

6. Las normas que integran un *bloque de la constitucionalidad* caracterizado por la consideración de su función procesal de parámetro

Fijada, pues, una posición clara sobre la necesidad de desvincular la noción actual de *bloque de la constitucionalidad* y la noción de Constitución territorial, la cuestión a determinar acto seguido consiste en la individualización de las disposiciones normativas que caben en esta configuración del *bloque de la constitucionalidad*.

La Constitución será indudablemente parámetro de control directo, y por tanto integrante del *bloque*, porque el primer punto de referencia que ha de tomar el Tribunal Constitucional es la norma fundamental de la cual se erige en la condición de supremo intérprete (art. 1.1 LOTC). Y es que esta disposición contiene los parámetros de validez del resto de las normas internas que integran el ordenamiento jurídico en virtud, esencialmente, del principio de supremacía material otorgado a la norma constitucional (arts. 9.1, 95, y 161.1 CE)⁵⁸.

La Constitución se erige en su totalidad en canon de control de constitucionalidad de las normas internas (STC 80/82), tanto en lo que hace a sus contenidos estricta y claramente preceptivos, como en lo que hace a los que, por tener un mayor tinte programático, como los contenidos en los artículos 39 a 52 CE, han de ver modulado su valor normativo en los términos del artículo 53.3 CE.

⁵⁸ En realidad para REQUEJO PAGÉS la Constitución es la única norma que puede ser considerada como parámetro directo de validez del resto de normas. Este autor establece que las normas integrantes de lo que tradicionalmente se conoce como bloque de constitucionalidad, no son parámetro directo de validez, sino causa de invalidez indirecta de la norma sometida a examen de constitucionalidad, puesto que las causas inmediatas de inconstitucionalidad no residen más que en la Constitución. En esta línea de razonamiento REQUEJO afirma que debe hablarse de «antijuridicidad» cuando la norma objeto de examen por parte del Tribunal Constitucional se contraste con las disposiciones infraconstitucionales del bloque de constitucionalidad, y de «inconstitucionalidad», cuando el enjuiciamiento tenga como único parámetro la norma constitucional. Para apoyar su tesis ofrece la siguiente justificación: «Si se califica de inconstitucional a una norma estatal de rango legal que contradice a otra de rango inferior al de la Constitución — un estatuto de autonomía, por ejemplo — aduciendo que con dicha contradicción se está atentando “mediatamente” contra esta última, no hay entonces razón alguna que impida calificar del mismo modo a una norma reglamentaria que contradiga a una ley ordinaria, ya que aquella está vulnerando “indirectamente” la Constitución, al no respetar la ordenación jerárquica que en ella se establece entre las distintas normas. Es evidente que la existencia del Tribunal Constitucional distorsiona en muchos casos la identidad de la Constitución, ya que se suele concebir por tal todo lo que sirva a aquél para el desarrollo de sus funciones» — «Constitución y remisión normativa», *op. cit.*, p. 119—. Así para REQUEJO, que propugna la unidad formal de la Constitución, el bloque lo único que hace es identificar en cada momento el contenido de la norma constitucional, dado que a esta unidad formal de la Constitución se contraponen la pluralidad de sus posibles contenidos y éstos sólo se perfilan en cada una de las formas destinatarias de una remisión constitucional, formas que vienen a integrar el bloque.

Respecto de las normas internacionales que forman parte del mismo ordenamiento interno, no se puede predicar exactamente lo mismo. En este caso la Constitución no es parámetro total de validez, sino apenas parámetro parcial, ya que buena parte de las condiciones de validez de las normas de origen externo se encuentran en otras normas del mismo origen, quedando limitada la Constitución a establecer las pautas de incorporación de la fuente de derecho internacional al ordenamiento interno —pautas susceptibles de ser consideradas como parámetro de control de constitucionalidad (art. 93 y 94 CE)—⁵⁹.

Algún autor⁶⁰ afirma que, si el vicio de inconstitucionalidad alegado en un procedimiento de control de constitucionalidad es un vicio material, el único canon para declarar la inconstitucionalidad de la ley es la Constitución. En el caso de que la invalidez obedezca a vicios en el procedimiento de elaboración, habría que acudir a una concepción procesal de *bloque*, e incluir en el mismo los reglamentos parlamentarios, mientras que si el vicio es de incompetencia, se acudiría a la concepción competencial del *bloque*. En cualquier caso, se esté de acuerdo con este planteamiento o se opte por emplear una noción única y general del *bloque de la constitucionalidad*, válida para todos los recursos y vinculada estrechamente a la idea de «conjunto de normas parámetro», lo que es cierto es que la Constitución integraría cualquiera de las distintas perspectivas del *bloque* o, dicho de otro modo, sería siempre norma integrante del parámetro de constitucionalidad.

Si bien pudiera deducirse de la lectura de alguna jurisprudencia constitucional (SSTC 29/86 y 146/92) que existe una separación entre el concepto de Constitución y el de *bloque*, esta disociación, que no genera sino confusión, se debe a la indeterminación del concepto y, sin duda, aporta un buen argumento para apartarse del problemático término de *bloque de constitucionalidad*, y tender al empleo de un concepto, liberado de la carga connotativa de aquél, como es el de «conjunto de normas parámetro» o «parámetro directo de constitucionalidad».

La cuestión es que la Constitución va a ser siempre norma de referencia, y además va a ser única norma de referencia en el enjuiciamiento de la constitucionalidad del resto las normas que puedan llegar a funcionar como parámetro. Lo dice muy claramente el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 4.º de la sentencia 99/86, donde se afirma que «el

⁵⁹ En relación con esta posición de la Constitución en relación con las fuentes externas, véase *in extenso*, mi trabajo, ya citado, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, especialmente las páginas 101 a 118.

⁶⁰ Por todos, CAAMAÑO, F.: «Los procesos de control de constitucionalidad (I)», en VV.AA.: *Jurisdicción y Procesos constitucionales*. 2.ª ed. Mc Graw Hill, Madrid, 2000. pp. 31 y ss.

único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un estatuto de autonomía es la propia Constitución; esto es, la constitucionalidad de un precepto estatutario sólo puede enjuiciarse sobre la base de su conformidad con la Norma fundamental».

El control de ajuste entre las normas-parámetro con rango de ley y la Constitución no sólo es posible, sino que puede efectuarse siempre que sea necesario, y con ocasión de cualquier procedimiento, dentro de los plazos en ellos fijados⁶¹. Obviamente la verificación podrá ser favorable o desfavorable, pero en el caso de que la norma controlada sea un Estatuto de Autonomía, debería procurarse la interpretación de la norma conforme a la Constitución cuando ello sea posible, antes que la declaración de inconstitucionalidad⁶², por la carga política indudable que tendría la sanción de nulidad de un precepto estatutario.

El segundo gran grupo de normas-parámetro lo componen las disposiciones normativas que constituyen la Constitución territorial⁶³, es decir los Estatutos de Autonomía (SSTC 10/82 y 133/90)⁶⁴ y las leyes del artículo 150 CE (STC 341/2005)⁶⁵. En todas ellas se identifica la misma característica que es la que determina su pertenencia al grupo de normas parámetro: la circunstancia de que son normas que atribuyen, regulan o armonizan las competencias asumibles por las CCAA.

Esta caracterización ha generado un problema teórico con reflejo en la jurisprudencia constitucional y que se resume en la siguiente interrogante: ¿son normas parámetro —normas del bloque de constitucionalidad— las disposiciones no atributivas de competencias pero que aplican los criterios de delimitación fijados en la Constitución, los Estatutos y las leyes del

⁶¹ La opinión de RUBIO es disidente en este punto, ya que afirma que las normas integrantes del bloque no son susceptibles de impugnación directa si no es a través del recurso de inconstitucionalidad. RUBIO LORENTE, F: «El bloque de Constitucionalidad», *op. cit.*, p. 23.

⁶² FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Artículo 28». En VV.AA.: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Coedición del Tribunal Constitucional y *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 2001, p. 406.

⁶³ Para profundizar sobre el contenido y la forma de todas estas disposiciones, así como sobre su posición en el seno del ordenamiento jurídico español, puede consultarse GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «El marco normativo del sistema de organización territorial en España: el sistema de fuentes», en G. MOREIRA MAUÉS, A. Y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (Coord.): *Ordenamiento territorial en Brasil y en España*, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 93-137.

⁶⁴ Vide la obra de AGUADO RENEDO, C.: *El estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*. CEPC. Madrid, 1996, así como el artículo de SÁNCHEZ NAVARRO, A.J.: «Los Estatutos de Autonomía en el sistema español de fuentes del derecho». *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*. Núm. 13, mayo de 1999, pp. 121 y ss.

⁶⁵ La Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143, es expresamente reconocida como parte integrante del bloque de la constitucionalidad en esta STC 341/2005.

art. 150 CE? Entre estas normas se encontrarían, por ejemplo, las leyes de bases, los decretos de traspaso, y otras leyes que delimitan competencias en virtud de la aplicación o el desarrollo de las previsiones constitucionales contempladas en:

- El art. 148.1.2 CE, que formula un reenvío a la Ley 7/85 de 2 de abril, reguladora de Bases del Régimen Local, al establecer que «las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local».
- Los arts. 148.1.22 y 149.1.29 CE, que llaman a la LO 2/1986, de 23 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuando establecen que las Comunidades Autónomas coordinan a las policías locales dentro del marco establecido por una ley orgánica y en función de lo previsto en sus Estatutos.
- El art. 152.1 CE que obliga a acudir a la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial, de 1 de julio para que ésta sirva de base al establecimiento estatutario de los supuestos y las formas de participación de las Comunidades Autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio.
- Y el art. 157.3 CE que exige de una ley orgánica —Ley Orgánica 8/1980 de Financiación de las Comunidades Autónomas—, que regule el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas.⁶⁶

A este respecto la doctrina no ha llegado a un acuerdo y las posiciones oscilan⁶⁷ entre los defensores de que se integren en el bloque de constitucionalidad exclusivamente las normas que implican delimitación del reparto competencial, es decir atribución o redistribución de competencias⁶⁸,

⁶⁶ De entre las normas usadas como parámetro de referencia y vinculadas al Estado autonómico, aunque no se refieran de forma directa al reparto competencial puede dictarse la LOFCA, utilizada como parámetro en las SSTC 183/88 y 48/2004 (esta última también incluye en el bloque a la Ley del Parlamento catalán 10/1982, de 12 de julio, de Finanzas Públicas de Cataluña, complementaria de la LOFCA) y la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, la competencia exclusiva sobre «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma» fue asumida por las restantes Comunidades Autónomas, denominada como integrante del bloque en la STC 341/2005.

⁶⁷ Se hace un análisis en profundidad de las distintas posiciones doctrinales al respecto en GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «El marco normativo del sistema de organización territorial en España: el sistema de fuentes», *op. cit.*, pp. 132 y ss.

⁶⁸ Por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Artículo 28», *op. cit.*, pp. 406 y ss.; GÓMEZ FERRER MORANT, R.: «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», *op. cit.*, p. 29 y 31 y RUBIO LLORENTE, F.: «El bloque de Constitucionalidad», *op. cit.*, p. 20.

y los autores que abogan por considerar parámetro de constitucionalidad todas las disposiciones que condicionan el contenido de las normas autonómicas —y, por tanto, también las leyes de bases y el resto de las citadas más arriba—⁶⁹.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional describe una línea principal en la cual reconoce la posibilidad de utilizar las leyes de bases como parámetro interpretativo del *bloque de la constitucionalidad*, pero no reconoce su capacidad para entrar a formar parte integrante del mismo (SSTC 137/96; 156/95), como tampoco reconoce tal carácter a los decretos de traspaso respecto de los cuales se dice que ni crean, ni alteran el orden de competencias establecidas en la Constitución (SSTC 25/83; 102/85, 11/86, 88/87, 209/90 y 118/98). Extrayendo un principio general de estas sentencias podría decirse que sólo se incluirían en el bloque, como parámetro directo de constitucionalidad, las normas atributivas de competencias, y no aquellas que se caracterizan por suponer el desarrollo de una competencia previamente atribuida en una disposición constitucional, estatutaria o incluida en una ley marco, de transferencia o de armonización. Estas últimas, entre las que destacan las leyes de bases, podrían ser utilizadas como parámetro interpretativo, o como parámetro indirecto de constitucionalidad de otras normas, especialmente normas autonómicas, pero no como parámetro directo (STC 165/95).

No obstante, este principio general quiebra en presencia de leyes como:

- La Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, que es utilizada como parámetro en las SSTC 183/88 y 48/2004 (esta última también incluye en el bloque a la Ley del Parlamento catalán 10/1982, de 12 de julio, de Finanzas Públicas de Cataluña, complementaria de la LOFCA).
- Y la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases reguladora del Régimen Local, que, a pesar de ser una ley de bases, es reconocida en varias sentencias por el Tribunal Constitucional (SSTC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 5, y 109/1998, de 26 de mayo, FFJJ 5 y 12.) como integrante del bloque bajo el argumento que se resume de forma clara en la STC 159/2001: «(...) los preceptos estatutarios y legales configuradores de la autonomía local (o sea, aquellos artículos de la LBRL que sean reflejo inequívoco de los principios contenidos en los arts. 137, 140 y 141 CE) “interpretados conjunta y sistemá-

⁶⁹ JIMÉNEZ CAMPO: «¿Qué es lo básico?». Legislación compartida en el Estatuto autonómico». *REDC*. Núm. 27, pp. 39 y ss.; AJA, E.: «El concepto de competencias concurrentes», *op. cit.*, p. 23; TORNOS MAS, J.: «Ley de bases y legislación de desarrollo (...)», *op. cit.*, p. 34.

ticamente y de conformidad con la Constitución, son los que deben tomarse en consideración como parámetros de la legitimidad constitucional de los preceptos impugnados ..., de tal manera que su infracción por estos últimos determinaría su nulidad por vulneración del bloque de constitucionalidad aplicable a la materia de que se trata”(...).»

Existe un tercer grupo de *normas-parámetro*, que nada tienen que ver con el reparto competencial, pero *que desarrollan algún contenido constitucional por remisión expresa de la Constitución a una norma ad hoc de naturaleza específica* y que, por ello, se encuentran directamente incardinados a la Constitución.

Cabría incluir en este grupo:

a) Las normas a las que la Constitución se remite para regular el procedimiento de producción de otras normas, básicamente los *Reglamentos de las Cámaras*⁷⁰ —tanto del Congreso como del Senado, como de las Asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas (ATC 135/2004)—, que son considerados como parámetro para detectar los vicios *in procedendo* de constitucionalidad de una ley⁷¹.

El Tribunal utiliza con frecuencia estas disposiciones como parámetro [ATC 12/86; SSTC 5/82, 101/83, 89/84, 108/86, 99/87, 57/89, 23/90 y 38/99], porque son las normas que prolongan y detallan la Constitución en lo que al procedimiento legislativo se refiere, razón por la cual deberían considerarse, cuando menos, parámetro de la validez formal de las leyes. El hecho de que puedan usarse, fundamentalmente, como referente de la constitucionalidad formal de las normas con rango de ley lleva a que algunos pronunciamientos del Tribunal, entre los que destaca la STC 36/90, se refieran a la consideración de los reglamentos de las Cámaras como parámetro, pero aclarando que no es correcto incluir la generalidad de las normas de los reglamentos parlamentarios, (...) en el *bloque de la constitucionalidad*, sino que sólo las disposiciones reglamentarias relativas al

⁷⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Artículo 28», *op. cit.*, p. 399.; MARCO MARCO, J.: «El reglamento parlamentario como parámetro de la constitucionalidad formal de las leyes», *op. cit.*, pp. 129 y ss.; PIQUERAS BAUTISTA, J.A.: «La infracción de los Reglamentos de las Cámaras y la inconstitucionalidad». En VV.AA.: *El Tribunal Constitucional*. (Volumen III). Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1981, pp. 2205 y ss.

⁷¹ PULIDO QUECEDO, M.: *La ley orgánica del Tribunal Constitucional (Anotada con jurisprudencia)*. Civitas. Madrid, 1995. p. 165; MARCO MARCO, J.: «El reglamento parlamentario como parámetro de la constitucionalidad formal de las leyes». En *El Reglamento parlamentario en el sistema español de fuentes del derecho*. Corts Valencianes. Valencia, 2000, pp. 129 y ss.

procedimiento de elaboración de las normas con rango de ley podrán ser consideradas parámetro del ajuste constitucional de las mismas.

En Francia, cuya práctica puede llegar a servirnos de referencia por haber heredado el concepto de *bloque* de su doctrina, los Reglamentos Parlamentarios no forman parte del *bloque* desde la decisión núm. 97 de 27 de julio de 1978, según la cual el Reglamento de la Asamblea Nacional no tiene en sí mismo, valor constitucional⁷². En el caso de que la norma incluida en un reglamento sea la reproducción de la norma constitucional, no se podrá obviar la utilización de esa norma como parámetro, pero por su pertenencia a la Constitución y no por su pertenencia al Reglamento⁷³, lo mismo que si la norma cuestionada, y contraria al Reglamento fuese, por contradecir la norma reglamentaria al mismo tiempo, contraria a algún principio fundamental consagrado en la Constitución. En el mismo sentido se pronuncia la *Corte Costituzionale* italiana en su SCC 9/1959, de 3 de marzo de 1959.

Siguiendo la postura de los países de nuestro entorno, parte de la doctrina española, estima que, efectivamente, los «Reglamentos deben tenerse en cuenta para determinar la inconstitucionalidad formal de las Leyes, pero sólo cuando se estén vulnerando los preceptos reglamentarios que produzcan un precepto constitucional»⁷⁴. La cuestión es que, en este caso, en realidad no sería necesario acudir a la norma reglamentaria, porque la aproximación directa al texto constitucional daría la clave de la inconstitucionalidad de la norma recurrida, sin necesidad de complicar más el razonamiento, ni de ampliar el canon de constitucionalidad. Por esta razón parece más adecuado incluir la totalidad de los Reglamentos entre las normas parámetro⁷⁵, y afirmar de los mismos que son «normas susceptibles de ser tenidas en consideración a la hora de determinar la inconstitucionalidad

⁷² PARDO FALCÓN, J.: *El Consejo Constitucional Francés*, *op. cit.*, p. 154; LUCHAIRE, F.: *Le Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 140.

⁷³ LUCHAIRE, F.: *Le Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 141.

⁷⁴ MARCO MARCO, J.: «El reglamento parlamentario como parámetro de la constitucionalidad formal de las leyes», *op. cit.*, p. 134.

⁷⁵ Algunos autores ofrecen una tercera opción alternativa, según la cual, «con base en el artículo 72 de la Constitución, siempre es posible determinar la inconstitucionalidad de una ley que vulnere un precepto reglamentario, sea cual sea éste, si bien queda(ría) en manos del Tribunal Constitucional, en función de que el defecto de forma sea grave o leve, declarar o denegar la inconstitucionalidad». En este sentido se pronuncian PIQUERAS BAUTISTA, J.A.: «La infracción de los Reglamentos de las Cámaras y la inconstitucionalidad», *op. cit.*, pp. 2205 y ss. y BIGLINO CAMPOS, P.: «La revocación de la iniciativa autonómica, la naturaleza de la reserva estatutaria y los Reglamentos parlamentarios como parámetro de la constitucionalidad de la ley». REDC. Núm. 14. Madrid, 1985, pp. 276 y ss. Resume sus postulados MARCO MARCO, J.: «El reglamento parlamentario como parámetro de la constitucionalidad formal de las leyes», *op. cit.*, p. 136.

formal de las leyes, basádo(se), principalmente, en que el procedimiento legislativo está regulado por los Reglamentos parlamentarios en lo no dispuesto por la Constitución»⁷⁶. Y, avanzando un poco más, no sería preciso limitarse a considerar el Reglamento parlamentario como canon de constitucionalidad formal, sino que el propio Tribunal apunta que podrían ser parámetro de la inconstitucionalidad material de las normas objeto de control (STC 38/99, FJ 3.º). Así pues, en esta línea, nuestro Tribunal Constitucional toma en consideración como canon autónomo de validez constitucional la totalidad del Reglamento, pero modula tal apertura del sujeto de control estableciendo que la «inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esta inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras» (STC 99/87).

b) Junto a los Reglamentos parlamentarios conformarían esta tercera dimensión del *bloque cualquier otra norma a la que la Constitución se remita para la regulación de determinadas instituciones u órganos previstos en la misma* y que, eventualmente, sean consideradas de preceptivo análisis por el Tribunal Constitucional, convirtiéndose así en normas de referencia o normas parámetro en orden a comprobar el ajuste constitucional de la disposición cuestionada. Como ejemplos de normas que el Tribunal ha empleado como referente con estas características pueden citarse:

- La Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (vigente hasta el 13 de enero de 2002) que es utilizada por el Tribunal Constitucional en la STC 187/91⁷⁷.
- Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, referida como parámetro en la STC 147/92.

⁷⁶ MARCO MARCO, J.: *Idem*. p. 132. Aboga también por la inclusión del Reglamento en el bloque de la constitucionalidad PUNSET BLANCO, R.: «Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes». *REDC*, Año 15, Núm. 43, enero-abril 1995, pp. 209 y ss.

⁷⁷ En este caso el procedimiento en que se dilucida la cuestión es un proceso de amparo constitucional, pero la cuestión que subyace es una duda de constitucionalidad. La sentencia de base recurrida, fue dictada conforme a los artículos 3 y 4 del Acuerdo del Estado y la Santa Sede en materia de enseñanza, y se alegaba la vulneración por parte de la misma, y, por traer causa en ellos, por parte de los preceptos del convenio internacional, del artículo 27.10 CE. En este caso la LRU es usada por el Tribunal Constitucional como parámetro de constitucionalidad, porque dice que el derecho a la autonomía universitaria contenido en el precepto constitucional alegado, es un derecho de configuración legal. Pero esta sentencia además es interesante porque se cuestiona la constitucionalidad de un tratado internacional de forma indirecta. Si se hubiera concedido el amparo, cosa que no sucedió, debería haberse elevado autocuestión de inconstitucionalidad contra los artículos 3 y 4 del Acuerdo. En el Fº.Jº 1.º de la sentencia se afirma la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad contra un tratado internacional.

- La Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la radio y la televisión, considerada como integrante del bloque, y además calificada como legislación básica en las SSTC 10/82 y 21/88.
- La ley orgánica de libertad religiosa 7/1980, de 5 de julio, que se incluye en el bloque en la sentencia STC 46/2001.

En todo caso, y para evitar una excesiva ampliación de los límites que contienen este tercer grupo de normas-parámetro, el Tribunal Constitucional ha ido limitando las previsiones que podrían entenderse incluidas en este apartado, diciendo, en primer lugar que la legislación ordinaria no puede ser parámetro de validez de la propia legislación ordinaria, puesto que ello haría inoperante la labor del legislador, y produciría una congelación del ordenamiento, porque ninguna ley ordinaria podría ir contra otra ley ordinaria. Por otro lado, tampoco las leyes de desarrollo o regulación de los derechos fundamentales serían parámetro de constitucionalidad, siendo prueba de ello que la LOTC establece que se protegerán los derechos tal y como se recogen constitucionalmente (art. 41.1 LOTC).

Además se ha negado de forma tajante la función de parámetro al Derecho internacional y al Derecho comunitario.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la contravención de un tratado internacional por una norma de rango legal, carece de relevancia constitucional, tratándose de una cuestión de mera legalidad (SSTC 49/88, 84/89, 47/90, 120/90, 28/91, 64/91, 214/91, 142/93, 37/94, 76/94 y 77/95), siendo esto así, porque los tratados internacionales carecen de rango constitucional⁷⁸. Parece, por tanto, que la mera oposición entre una ley y un trata-

⁷⁸ A esta misma conclusión llegan otros tribunales constitucionales europeos, como el *Conseil Constitutionnel*. En cuanto a los tratados y acuerdos internacionales, a los que el art. 55 de la Constitución francesa concede superioridad jerárquica sobre las leyes, no forman parte del *bloc* porque el *Conseil* rechaza controlar la conformidad de las leyes internas con cualquier tipo de norma convencional, tal y como se ha venido estableciendo desde una decisión de principio de 15 de enero de 1975. En esta decisión el *Conseil* estima que «*une loi contraire à un traité ne serait pas pour autant contraire à la Constitution*», es decir, en el caso francés parece que se justifica la consideración de un conflicto de este tipo como cuestión de mera legalidad, debido a la superior posición jerárquica en relación con las leyes, que ocupan en el ordenamiento galo las normas convencionales internacionales según la dicción del art. 55 CF. De algún modo el *Conseil* viene a decir que sólo controla la validez de las leyes, y correlativamente su constitucionalidad, mientras que la relación entre un tratado y una ley es una relación de aplicabilidad, de modo que los tribunales ordinarios son los encargados de fijar esa relación, sobre la consideración de principio de que un tratado será preferentemente aplicado sobre una ley, cuando su campo de aplicación sea el mismo, es decir tengan la misma eficacia territorial, temporal y material, y cuando se cumpla la condición de reciprocidad. Esta posición constitucionalmente reconocida de superioridad jerárquica del tratado permite al juez ordinario aplicar el tratado con preferencia a la ley sin género de dudas, y sin que ello transforme la cuestión en un asunto constitucional. Esta posición del *Conseil* es discutida por

do no supone una cuestión de interés para el Tribunal, puesto que se trata de un problema de eficacia jurídica o aplicabilidad, que atañe directamente a los tribunales ordinarios (SSTC 28/91 y 37/94). Esto significa que el hecho de que una norma de rango legal vulnere las disposiciones de un tratado, no hace de la misma una norma inconstitucional, ni de modo directo, ni de forma indirecta, y en todo caso la convertirá en una norma eventualmente inaplicable o ineficaz, por la sencilla razón de que el juez ordinario se verá obligado a aplicar el tratado internacional en consideración al artículo 96⁷⁹ de la Constitución que veda la modificación, derogación o suspensión del tratado a través de mecanismos distintos a los previstos en el propio tratado o en las normas del Derecho internacional general, lo cual incluye la derogación del tratado por derogación tácita de una ley sucesiva en el tiempo contraria al mismo.

La conclusión inmediatamente deducible implica que el tratado internacional no sirve como parámetro de constitucionalidad de las normas internas, y, por lo tanto, no forma parte del *bloque de la constitucionalidad*. No obstante esta conclusión podría ser puesta en cuestión tras el cambio de rumbo de la jurisprudencia constitucional introducido en la Declaración 1/2004, pronunciamiento que admite que los tratados por los que se ceden competencias a una organización internacional, es decir los tratados de Derecho Comunitario Originario, pueden llegar a constituirse en parámetro de referencia de las fuentes internas, en la medida en que el art. 93 CE, que justifica la ratificación de dichos tratados, se defina como cláusula de reenvío de ciertos parámetros de validez constitucional a dichas fuentes externas⁸⁰.

El conflicto entre el Derecho Comunitario Derivado⁸¹ y las disposiciones internas no se resuelve por el Tribunal Constitucional en términos de validez,

autores como LUCHAIRE, que afirma que la posición del Consejo Constitucional, no parece suficientemente fundada y su competencia para apreciar la conformidad de una ley a un tratado debería ser reconocida al menos en lo que se refiere a tratados multilaterales o humanitarios. LUCHAIRE, F.: *Le conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁹ La legislación de desarrollo del art. 96 CE viene constituida por el art. 1.5 del Código Civil, y el Decreto 801/1972, sobre ordenación de la actividad administrativa en materia de Tratados Internacionales.

⁸⁰ Un análisis en profundidad de esta cuestión es realizado por la autora en «La Constitución Española “frente” al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional», en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 14, abril-junio, 2005, pp. 297-327. Incluso antes de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional se apuntaba ya la necesidad de abrir el concepto de bloque a este tipo de tratados en el trabajo *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, *op. cit.*, pp. 367-416.

⁸¹ Sobre esta cuestión véase *in extenso* GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *Conflicto y Cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional*, *op. cit.*, pp. 367 y ss. Además un buen número de autores se han detenido en el análisis de la relación entre el Derecho Comunitario y el bloque de la constitucionalidad así: MARTÍ DEL MORAL, A.J.: «El derecho derivado co-

sino de aplicabilidad, y, por tanto, de selección del derecho aplicable, función encomendada a los jueces y tribunales ordinarios en la medida en que esta selección carecería de relevancia constitucional. Así pues el Derecho Comunitario derivado tampoco sería parámetro directo del control de constitucionalidad de disposiciones normativas internas y, consecuentemente, no formaría parte del *bloque de constitucionalidad* (SSTC 128/99, 208/99, 45/01, 38/02)⁸², si bien ello no impide que pueda ser considerado como parámetro útil para proceder a la interpretación de los contenidos del bloque. Es elocuente, al respecto, acudir al dictado literal de una sentencia reciente del Tribunal Constitucional, la STC 173/2005 en la que dice el Alto Tribunal:

«A este respecto, hemos afirmado reiteradamente que “el Derecho comunitario no es en sí mismo canon o parámetro directo de constitucionalidad en los procesos constitucionales” (...) Consecuentemente, las controversias competenciales han de ser resueltas de acuerdo con los criterios establecidos al respecto en las normas que integran el bloque de constitucionalidad (...). En el bien entendido que (...) no cabe ignorar que la propia interpretación del orden competencial tampoco se produce en el vacío, por lo que prestar atención a la forma en que se ha configurado una determinada institución en el Derecho comunitario “puede ser no sólo útil, sino incluso obligado para aplicar correctamente sobre ella el esquema interno de distribución competencial” (...) e, incluso, para concluir que la controvertida es una cuestión que “cae dentro de la esfera del Derecho comunitario y no en la del reparto interno de competencias” (...).»

munitario y el bloque de la constitucionalidad», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 86, 1992, pp. 19-30; PALACIO GONZÁLEZ, J.: «Bloque de constitucionalidad y ordenamiento jurídico comunitario», en *Gaceta Jurídica de la C.E.E.* Serie D; D-7, septiembre 1987, pp. 293-334; PÉREZ TREMP, P.: «Derecho comunitario y bloque de la constitucionalidad», en PÉREZ CALVO, A. (Coord.): *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, 1990, MAP, Madrid, pp. 209-213; RIVERO GONZÁLEZ, M.: «Derecho comunitario europeo y bloque de la constitucionalidad», en *La constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (I): XVI jornadas de estudio*, Vol. 1, Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pp. 555-570; SAIZ ARNAIZ, A.: «El derecho comunitario. ¿parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas?: (a propósito de la Secuencia núm. 384 de 1994, de la Corte Costituzionale italiana)», en *Revista de Instituciones Europeas*; 1995, n. 2 (mayo-agosto), pp. 571-591.

⁸² Esta afirmación, propia del Tribunal Constitucional, es completada por otra referida al hecho de que la adhesión de España a las Comunidades Europeas primero y a la Unión Europea después, no cabe como pretexto para modificar el esquema del reparto de competencias entre Estado y comunidades autónomas. Dicho de otro modo, que la incorporación del Derecho Comunitario al ordenamiento jurídico nacional no debe alterar la Constitución territorial, y por tanto no debe afectar al *bloque*, si se entiende éste vinculado a esta Constitución. A esta cuestión entre otras se refiere PALACIO GONZÁLEZ, J.: «Bloque de constitucionalidad y ordenamiento jurídico comunitario», en *Gaceta Jurídica de la C.E.E.* Serie D; D-7, septiembre 1987, pp. 293-334, aquí específicamente p. 325.

7. De un *bloque de reparto competencial* a un *bloque con función procesal de parámetro de constitucionalidad*

El análisis de las páginas precedentes conduce a una consideración del *bloque* como el conjunto de normas de rango infraconstitucional y legal, en ningún caso suprallegal, que el Tribunal Constitucional utiliza para llevar a cabo, dentro de su función de interpretación de la Constitución, la específica labor de control de constitucionalidad, razón por la cual estas normas se consideran parámetro de constitucionalidad del resto de las que integran el ordenamiento jurídico, sin que ello suponga una mayor jerarquía sino sencillamente una función adicional.

Las normas que integran el *bloque* contienen el parámetro de validez preciso para determinar si la disposición sometida a examen de contraste con ellas, se ajusta o no a ese canon de validez, implicando ese ajuste un reconocimiento de la constitucionalidad de tal disposición, y correlativamente, suponiendo el desajuste una declaración de inconstitucionalidad.

En realidad si el Tribunal Constitucional se mantuviese fiel a este concepto procesal de *bloque*, que es el que se deduce realmente de su actuación, no existirían mayores problemas conceptuales, puesto que en tal definición cabe cualquier norma que el Tribunal decida utilizar como parámetro directo, por entender que contiene criterios de validez no recogidos en la Constitución, y que resultan imprescindibles para determinar el ajuste constitucional de la norma examinada.

Pero el Tribunal Constitucional no asume plenamente esta dimensión del *bloque*, que, paradójicamente es la que puede resultarle más útil en su labor interpretativa, sino que trata de ir más allá en la precisión de los términos cerrando el diseño del *bloque* para adaptarse a un difícilmente entendible artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que habla de las normas de atribución competencial como parámetro necesario para la actividad de control de constitucionalidad de normas con fuerza de ley.

Es decir, el Tribunal Constitucional, en un número elevadísimo de ocasiones se refiere al *bloque de la constitucionalidad* sólo cuando habla de normas de atribución competencial, ni siquiera de delimitación o de interpretación del reparto competencial, sino exclusivamente de aquellas normas que pueden considerarse atributivas de competencias. La razón de ello radica en la consideración de que la Constitución, en lo que se refiere al diseño del reparto territorial del poder, no es un texto cerrado, sino que precisa de disposiciones ulteriores que la completen, configurando de forma precisa el diseño del Estado autonómico. Esto indudablemente es cierto. La Constitución, sin los Estatutos de Autonomía, y sin las normas elaboradas en virtud de las previsiones del artículo 150 CE, no sirve como único criterio de validez de las normas infraconstitucionales, puesto que

sólo el conjunto que conforma con estas disposiciones cuyo contenido es la atribución competencial, es capaz de precisar cuales son los órganos legislativos competentes para elaborar una determinada norma, cuál es el procedimiento correcto de elaboración, qué ente territorial tiene la competencia para regular sobre una determinada materia, y a qué principios debe ajustarse tal regulación.

Pero que esto sea así y que la LOTC establezca que la Constitución y las normas atributivas de competencias han de ser utilizadas como parámetro de validez del resto del ordenamiento, no debe significar necesariamente que este conjunto normativo sea el único que recoja criterios de validez, y sea por tanto el único capaz de integrar el *bloque* de la constitucionalidad.

Si se estimase que el concepto de *bloque* viene determinado exclusivamente por las normas que configuran el reparto competencial, quizá habría que convenir que existen 17 *bloques de constitucionalidad* diferentes, uno por cada Comunidad Autónoma, y no parece que este sea el sentido que quepa dar al *bloque*. Parece mucho más útil definirlo como un conjunto unitario de normas, un conjunto de disposiciones que el Tribunal Constitucional puede utilizar indistintamente para realizar cualquier juicio de constitucionalidad, independientemente del ámbito territorial a que afecte el conflicto. Indudablemente las disposiciones a que alude el artículo 28.1 LOTC van a «formar parte» del *bloque* de la constitucionalidad pero no van a «ser» el *bloque* de la constitucionalidad, pese a la interpretación dada incansable y casi constantemente por el Tribunal Constitucional.

El primer problema de configuración del *bloque* viene pues determinado por el empeño del Tribunal de ceñirlo a una concepción de mera atribución competencial, lo cual resulta, como se ha dicho, poco convincente. Pero el segundo problema se plantea al comprobar cómo, de forma un tanto soterrada, el propio Tribunal amplía el elenco de sus normas parámetro cuando lo considera necesario, estimando parte integrante del mismo cualquier otra norma cuyos dictados colaboren a perfilar el diseño constitucional de una determinada institución. De esta realidad sólo puede deducirse que el Tribunal admite, implícitamente un concepto procesal de *bloque*, y que en tal concepto procesal han de caber todas las normas que contengan criterios de validez de otras normas.

La normativa comunitaria actualmente vigente en el llamado Derecho europeo de la Seguridad Social

Víctor Fernando Manrique López

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Deusto

Resumen: La realidad comunitaria en materia de protección social viene marcada por la necesidad de hacer frente a las dificultades que pueda suscitar el desplazamiento de un país a otro dentro del mercado de trabajo comunitario, que se resumen en la implicación, respecto de un mismo trabajador, de más de un sistema de Seguridad Social (los cuales aunque pueden llegar a tener estructuras semejantes, son fruto de la evolución económica, social y política seguida en cada país y en cada sociedad), y en la descoordinación de los sistemas afectados de Seguridad Social, todo lo cual ha obligado a la Comunidad Europea a intentar su solución o, mejor dicho, a la minoración de las consecuencias de la libre circulación de los trabajadores.

Si bien es cierto que el artículo 51 del Tratado Constitutivo de la CEE, establecía que el Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptaría en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, no lo es menos, que a fecha de hoy, ni los Tratados Fundacionales, ni el Reglamento 1408/71 y sus ampliaciones, han creado un sistema europeo de seguridad social, uniforme y de directa aplicación para todos los Estados miembros, sino que se han limitado a remover las trabas a la libre circulación de los trabajadores y para ello a coordinar las legislaciones internas mediante la aplicación de unos principios específicos (igualdad de trato, no discriminación respecto de los trabajadores nacionales, y libre circulación).

En el futuro, dado el grado de interdependencia existente entre las economías de los Estados miembros que se deriva de la U.E., todo parece indicar que la protección social evolucionará, pasando a ser cada vez más un tema de interés común para los Estados miembros a los que interesa hallar cuál debe ser el planteamiento común, al encontrarse todos los Estados con problemas semejantes como son el envejecimiento demográfico y exigencia común de niveles de cobertura más adecuados.

Palabras clave: Derecho comunitario, reglamentos comunitarios, seguridad social.

Abstract: *Social Protection as regards European Community's affairs, has been traditionally characterised by the need to overcome the difficulties that may arise owing to workers' mobility within the European common market, it falling short of individuals being subject to more than one Social Security System (which, notwithstanding the possibility of having similar structures, are the*

natural consequence of existing economic, political and social backgrounds, in each country and society), and a lack of coordination existing, amongst the Social Security Systems in dispute. All of which, has made the European Community need to try and find a solution to this problem, or, more appropriately, to lessen its consequences.

Whereas article 51 of the founding treaty of the EEC, established that the Council, backed by a proposal from the Commission, was to adopt all necessary measures needed, as regards Social Security, to enable the envisaged free movement of workers, as of today, neither the Founding Treaties, or Regulations 1408/71 and its extensions, establish a homogeneous Social Security System, directly applicable to its Member States. Instead, a policy aimed, and limited to, the removal of the barriers affecting the free movement of workers, has been sought through the coordination of internal legislation, and the application of specific principles (equal treatment, non discrimination from other EU Member State nationals', and free movement).

In the future, given the degree of interdependence reached amongst the economies of the European Member States, everything seems to point in the direction of social protection evolving towards an ever growing area of common interest, where these Member States must seek the manner of reaching and agreeing on a common position, over what was until now, a de facto relegated issue, since all of them will be facing similar problems such as aging of its population, and the common need for more adequate levels of protection.

Kew words: *European law, regulations, social security.*

Sumario: 1. Introducción.—2. Origen y modificaciones de los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social.—3. Vigencia de los Convenios Bilaterales.—4. Síntesis de los Reglamentos Comunitarios: 4.1. Ámbito de aplicación subjetivo. 4.2. Ámbito material. 4.3. Contenido.—5. El Reglamento 883/2004: 5.1. Régimen Vigente.—6. Perspectivas de futuro.

1. Introducción

Debo empezar esta ponencia afirmando algo que es obvio, es un reto trasladar a estos folios lo que el enunciado hace presumir. Tal y como reza el título se supone que esta ponencia se divide en dos etapas. Una, la de situar el contexto actual de los reglamentos comunitarios y otra, cargada más de deseos, la de aventurar el posicionamiento de Europa sobre los ordenamientos de la Seguridad Social y qué modificaciones legales serían deseables.

¿Cuál es el presente de los Reglamentos Comunitarios? Analizarlo exige tener en cuenta su origen y modificaciones.

2. Origen y modificaciones de los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social

El artículo 51 del Tratado Constitutivo de la entonces CEE dispone que el Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptará en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

En aplicación del antiguo artículo 51 se dictaron los Reglamentos 3/58, de 25 de septiembre; 4/58, de 3 de diciembre, Reglamentos de Coordinación que fueron sustituidos por los reglamentos 474/72 y 1408/71 y que han sufrido sucesivas modificaciones (Reglamento 2001/83, de 2 de junio, 1248/92, de 30 de abril, 118/97, de 2 de diciembre, 1290/97, 1223/98, 859/03, etc.) y que serán sustituidos por el Reglamento 883/04, de 29 de abril de 2004, cuya vigencia está condicionada a la entrada en vigor el Reglamento de aplicación.

Llegados a este punto, a modo de breve introducción, y a los efectos de lograr abordar con éxito el objeto de la presente ponencia, resulta absolutamente necesario realizar una aproximación al reglamento 1408/71, y a la historia reciente del mismo.

Como punto de partida de esta historia reciente del Reglamento 1408/71, resulta de obligada referencia la propuesta específica de la Comisión, realizada en 1997, para la extensión de dicho Reglamento 1408/71 a los nacionales de Terceros Estados. Dicha propuesta, fue planteada por los servicios jurídicos de la propia Comisión, con base jurídica en los arts. 18, 42 y 308 del Tratado de la Comunidad Europea, que sin embargo encontró en el Consejo serios problemas, en tanto que los servicios jurídicos del mismo estimaron que el planteamiento de la propuesta de modificación debía encontrar su fundamentación en el art. 63.4 del Tratado, y no en los que había manifestado la Comisión en su propuesta.

Como consecuencia de esto, y ante los problemas que se habían suscitado con su propuesta original de 1997, la Comisión planteó en 1998 una nueva propuesta, esta vez global, referida al Reglamento 1408/71, por la que se buscaba por una parte impulsar la simplificación del mismo, dada las nuevas necesidades de aplicación, y por otro lado, dar salida a la fallida tentativa anterior de extensión del mismo a los nacionales de terceros Estados.

Dicha propuesta, ante la ya evidentes y cada vez más acuciantes necesidades de la UE, contó esta vez con un Mandato del Consejo Europeo de Estocolmo para elaborar los parámetros de Modernización del Reglamento 1408/71.

El punto de inflexión, no obstante, se produce el 8 de octubre de 2001, cuando el Consejo de Empleo y Política Social da el mandato al Comité de Representantes Permanentes (COREPER) para encontrar la base jurídica adecuada.

Será por tanto durante la Presidencia española del Consejo de la U.E. (primer semestre del 2002), donde habiéndose optado por una tramitación en paralelo del Reglamento 1408/71, se llevará a cabo la negociación en el Consejo de la propuesta General, esto es sin nacionales de terceros Estados, sobre la base jurídica tradicional T.C.E. arts. 18, 42 y 308, y por otro lado, se buscará en exclusiva, el acuerdo en relación con la extensión del Reglamento 1408/71 a nacionales de terceros Estados, sobre la base jurídica del art. 63.4 del T.C.E.

Todo lo cual desembocará en un acuerdo político respecto de ambas negociaciones, en relación con los Títulos I y II del Reglamento 1408/71, alcanzado bajo la propia Presidencia española, que será la base para lo que después habrían de ser los Reglamentos 883/04 y 859/03, sobre simplificación, y extensión de aplicación a nacionales de terceros Estados, respectivamente.

No obstante lo anterior, en la materia que tratamos, ni los Tratados Fundacionales ni el Reglamento 1408/71 han creado un sistema europeo de Seguridad Social, uniforme para todos los Estados miembros, que fuera de directa aplicación a todos ellos, sino que se han limitado a remover las trabas a la libre circulación de los trabajadores y para ello a coordinar las legislaciones internas mediante la aplicación de unos principios (igualdad de trato, no discriminación respecto de los trabajadores nacionales y libre circulación) que, además, ni siquiera están todos recogidos en el derecho comunitario originario (tan sólo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000), sino que se introducen en los Reglamentos y en la jurisprudencia comunitaria.

Las dificultades de armonización y coordinación entre los diferentes sistemas de Seguridad Social existentes en los países miembros de la Comunidad Europea vienen dadas por un lado, porque los sistemas de protección social, aunque pueden llegar a tener estructuras semejantes, son fruto de la evolución cultural, social y política seguida en cada país y en cada sociedad, que han tenido circunstancias y experiencias diferentes.

Por otro lado la dificultad va más allá al afectar las diferencias a los propios modelos existentes, contributivos y universalistas, aunque lo único cierto es que ningún sistema es puramente contributivo ni puramente universal. Incluso los sistemas se han ido transformando y evolucionando (es

ejemplo la protección por asistencia sanitaria que marca la evolución hacia fórmulas propias de los sistemas universalistas).

Pese a ello, la necesidad de hacer frente a las dificultades que pueda suscitar el desplazamiento de un país a otro dentro del mercado de trabajo comunitario, que se resumen en la implicación de más de un sistema de Seguridad Social respecto de un mismo trabajador y en la descoordinación de los sistemas implicados de Seguridad Social han obligado a la Comunidad Europea a intentar su solución o, mejor dicho la minoración de las consecuencias de la libre circulación de los trabajadores.

La incorporación de España a las Comunidades Europeas, autorizada por Ley orgánica 10/85, de 2 de agosto y, efectiva desde el 1 de enero de 1986, determinó la atribución a éstas del ejercicio de las competencias derivadas de la propia C.E. y, por tanto, el reconocimiento a las fuentes comunitarias de una posición de privilegio dentro del ordenamiento jurídico español.

La aplicación de lo antes expuesto determina que, por un lado, los órganos administrativos y, los jueces españoles, en la revisión de los actos de aquéllos, sean competentes para aplicar e interpretar el derecho comunitario vinculante, esto es el Derecho comunitario originario, los Reglamentos y, con las debidas matizaciones, las Directivas y las Decisiones. Por otro lado, y, para la teórica garantía de coordinación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se alza en jurisdicción única, originaria, propia y exclusiva encargada de interpretar y aplicar el derecho comunitario, ya sea mediante la solución de los recursos que son promovidos (por los Estados, las Instituciones y los particulares), ya sea en la solución de las cuestiones prejudiciales que cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro lo estime necesario.

El análisis de la situación presente nos dice que la aplicación de los Reglamentos Comunitarios en procedimientos de Seguridad Social española se ha visto incrementada en los últimos años, debido a la masiva emigración de trabajadores españoles hacia países hoy integrados con España en la UE y, se ha traducido en el correlativo incremento de la litigiosidad en esta materia, dada la intrínseca dificultad interpretativa de los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social. Este incremento, sin embargo, no ha tenido igual proporción respecto del planteamiento de las llamadas cuestiones prejudiciales. Apenas una docena en la última década, relativas a la materia que nos ocupa, que se plantearon en relación con la interpretación del Reglamento 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro del ámbito comunitario.

En este sentido se han planteado cuestiones prejudiciales tan sólo sobre la incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo en la función

pública resultante de la aplicación de la LGPE para 1984; sobre la aplicación de la normativa española sobre subsidio de desempleo en el caso de emigrantes retornados mayores de cincuenta y dos años y, la interpretación de las reglas sobre el cálculo de la base reguladora y cuantía de las pensiones de invalidez y jubilación reconocidas, igualmente a emigrantes retornados.

Desde que se promulgó la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha emitido más de 500 sentencias en torno a su interpretación, la mayoría de ellas a favor de los trabajadores migrantes y sus familiares. Esta cifra demuestra la función esencial del tribunal en la interpretación de las dudas sobre el alcance y su extensión de la normativa comunitaria, su aplicación a los casos concretos y su interpretación a la luz de la ley nacional.

3. Vigencia de los Convenios Bilaterales

Pues bien, las consecuencias prácticas de la integración española nos plantea, como primera cuestión y como aplicadores de las normas, la derogación o no de los Convenios Bilaterales que estaban en vigor al ingresar España en la CEE.

Del tenor literal de la norma se desprende que la suscripción de los Reglamentos Comunitarios conlleva la inaplicación de los Convenios Bilaterales que tenía suscrito el Estado español. Así, el art. 6-a del Reglamento 1408/71 dispone que los preceptos que en él se recogen sustituyen a cualquier Convenio de la Seguridad Social que vincule a dos o más Estados miembros. Es decir, establece la sustitución de todos los convenios de los Estados miembros.

El citado precepto fue interpretado por el TJCE en la sentencia de 7 de junio de 1973 (asunto Walder) en el sentido de que el principio de sustitución de las disposiciones de los Convenios de Seguridad Social concertados entre Estados miembros tiene un alcance imperativo que no admite excepciones fuera de los casos expresamente previstos.

Esta que fue la tesis que, por la literalidad de la norma vino aplicando de forma uniforme el Tribunal Supremo, varía sustancialmente cuando se comprueba que los derechos de los trabajadores se ven en alguna materia minorados de aplicar los Reglamentos Comunitarios. Nos referimos por ejemplo al cálculo de la base reguladora (máximas, medias o mínimas) o, a la aplicación de la bonificación de edad a trabajador que sirve en embarcaciones pertenecientes a la UE (según prevé el art. 2 de la Orden de 17 de noviembre de 1983 condicionado a la existencia de convenio con aquel país).

El TSJ, sin embargo, apartándose de la doctrina sentada en el caso Walder (que atribuía imperatividad absoluta al Reglamento) dicta la sentencia de 7-2-91 (asunto Ronfeld) afirmando la no sustitución de los Convenios o tratados precedentes a la integración, cuando éstos son más favorables para los trabajadores que la normativa comunitaria. Posteriormente, la sentencia de 9 de noviembre de 2000 (TJCE 2000, 268), asunto Thelen, ratifica la doctrina establecida en las anteriores sentencias, Naranjo Arjona (TJCE 1997, 203), Thevenon (TJCE 1995, 198) y Grajera (TJCE 1998/319), en el sentido de que el art. 6 del Reglamento 1408/71 no se opone a la aplicación de las disposiciones de un Convenio entre Estados, más favorable.

La aplicación en España de la sucesión de las doctrinas antes plasmada supuso, en la materia de aplicación de bonificaciones a los trabajadores embarcados en buques de bandera comunitaria, que la Entidad Gestora no aplicara la bonificación prevista en la Orden de 17-11-83 que exige la existencia de Convenio suscrito con aquel país, fundamentándolo en la sustitución de los Convenios por los Reglamentos (Circular 12/90, de 28 de noviembre). Por el contrario, la Entidad Gestora, en la materia correspondiente a la forma de cálculo de la base reguladora, no aplicó los Reglamentos Comunitarios, el 1408/71 en su redacción previa a la reforma operada por Reglamento 1248/92, que en su artículo 47 hace referencia a un régimen de cálculo de las prestaciones de invalidez fundado en una base media de cotización, por el contrario aplicó la Entidad bases mínimas. En ambos casos el Tribunal Supremo modificó la interpretación realizada, si bien respecto de la forma de cálculo de la base reguladora, la modificación del Reglamento 1408/71 por el 1248/92 todavía dio lugar a un nuevo cambio de doctrina (bases remotas correspondientes a los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, STJCE 17-12-98), eso sí manteniendo la posibilidad de acudir al Convenio Bilateral (bases medias según jurisprudencia del Tribunal Supremo, pese a que el art. 25 se remite a las bases de cotización vigentes en España... para los trabajadores de la misma categoría profesional que la persona interesada) de resultar más beneficiosa y, siempre condicionado que los trabajadores hubieran ejercido su derecho a la libre circulación después de la entrada en vigor del mencionado Reglamento (1-1-86 para España) como estableció la sentencia Thévenon de fecha 9-1-95.

En definitiva y aun cuando parece definitivamente zanjada la cuestión, no nos cabe duda que no cesarán los procedimientos instados por quienes trabajaron en países comunitarios en fecha posterior a enero de 1986 opondrán la vulneración de su derecho a la libre circulación. No en vano en la comparación entre la fórmula de cálculo del Reglamento (1243/92) y el Convenio bilateral, finalmente el Tribunal Supremo reconoció en la sentencia de 10 de marzo de 1999 que el reglamento es menos favorable que el

Convenio aunque, eso sí, mantiene pese al tenor del Convenio, la doctrina de cálculo según las bases medias de cotización vigentes en España para los trabajadores de la misma categoría profesional que la persona interesada.

4. Síntesis de los Reglamentos Comunitarios

4.1. *Ámbito de aplicación subjetivo*

Originariamente el Reglamento 1408/71 limitaba su campo de aplicación a los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, con la única excepción de los apátridas y refugiados que residan en un Estado miembro.

Sin embargo en el ámbito de aplicación de los reglamentos se incluyen también Islandia, Noruega y Liechtenstein, cuyos nacionales gozan del derecho a la libre circulación en virtud del Acuerdo sobre el Espacio económico Europeo de 1992. Se extiende a Suiza por el Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la Confederación Suiza de 21 de junio de 1999.

Se aplica también a los territorios asociados a la Comunidad por su vinculación con algún Estado comunitario (Groenlandia). Y a los Estados que tienen un Acuerdo de Cooperación con la UE (Argelia, Turquía) para los que la sentencia del TJCE de 31 de enero de 1991 (asunto Kziber 18/90), entendió que son de aplicabilidad directa.

El ámbito de aplicación se modifica con el Reglamento 859/2003, de 14 de mayo extendiendo los derechos concedidos por las normas comunitarias a «los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por la mismas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro». En consecuencia, los extranjeros tienen derecho a la totalización de los periodos de cotización y/o residencia acreditados en todos los Estados a los que se aplica el reglamento Comunitario, excepto Dinamarca.

Esto se debe a que la propuesta inicial de la Comisión (1997) relativa a la ampliación a nacionales de terceros Estados del campo de aplicación del Reglamento 1408/71, tomó como base jurídica de su propuesta los arts. 18, 42 y 308 del T.C.E., y, sin embargo, el Servicio Jurídico del Consejo consideró más adecuado como base jurídica de dicha propuesta específica, el art. 63.4 del T.C.E (Título IV: visados, asilo, inmigración y otras políticas sobre libre circulación de personas), con las correspondientes consecuencias jurídicas,

cuales son la afectación del Protocolo 4 de los Tratados (necesidad de Opting-in del Reino Unido e Irlanda: siendo el Opting-in el procedimiento de declaración de voluntad en virtud del cual se manifiesta el deseo de un Estado que cuenta con potestad para ello —Reino Unido e Irlanda, en este caso— de quedar obligado por el contenido de las negociaciones de la normativa comunitaria y el resultado final de la misma —Reglamento, Directiva, ...— que de otra forma no le afectaría) y del Protocolo 5 (posibilidad de que Dinamarca no participe en virtud del Opting-out: procedimiento de declaración de voluntad, en virtud del cual un Estado —Dinamarca, en este caso— expresa su deseo de quedar al margen de la normativa comunitaria, en aquellas materias en las que cuenta con potestad para ello, normativa que de otra forma le afectaría plenamente).

Surge así el dilema en cuanto a la coordinación de las negociaciones a 12, 13 o 14 Estados miembros (a partir de finales de enero comenzó formalmente el periodo de 3 meses de Opting-in, y consulta al Parlamento Europeo, que Reino Unido e Irlanda finalmente ejercitaron), y que dieron lugar al acuerdo político en cuanto al campo de aplicación Personal y Material (Título I y II de la propuesta de la Comisión), alcanzado en la Presidencia española.

El Reglamento 883/04 mantiene la extensión antes citada al mantener en vigor los efectos jurídico del Reglamento 859/03.

4.2. *Ámbito material*

Desde el punto de vista material los reglamentos se aplican tanto a las prestaciones contributivas como a las no contributivas, en lo relativo a las siguientes prestaciones: enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, supervivencia, accidente de trabajo, enfermedad profesional, subsidios de defunción, desempleo, prejubilación y prestaciones familiares. No se aplica ni a la asistencia social y médica ni a la previsión social complementaria.

Los regímenes complementarios o suplementarios se extienden por todos los países de la Unión Europea ya tengan sistemas contributivos, ya asistenciales. En los Reglamentos 1408/71 y 574/72 hay un deficitario tratamiento de los sistemas de previsión complementaria o voluntaria, lo que tiene un especial interés de cara a garantizar el derecho a la libre circulación de trabajadores migrantes. Sin embargo, los intentos de regulación tendentes a facilitar el principio de igualdad de trato y la transferencia de los derechos causados han sido varias y entre ellas:

- 1.º Directiva 86/378, de 24 de julio, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social.

- 2.º Directiva 77/187, de 14 de febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividades o de partes de centros de actividad, que excluye de su ámbito de aplicación la conservación de los derechos de los trabajadores derivados de los regímenes complementarios profesionales o interprofesionales que existan con independencia de los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros.
- 3.º Directiva 80/987, de 20 de octubre, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa a la protección a los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en lo que se refiere a garantías y protección de sus derechos adquiridos o en curso de adquisición, respecto de las prestaciones de vejez y supervivencia.

Por tanto y como anticipación de las perspectivas de futuro, nos encontramos ante una materia que debe ser regulada a fin de proteger a los trabajadores migrantes contra la pérdida de derechos de Seguridad Social complementaria. Se hace preciso que en los Reglamentos Comunitarios se fijen unas exigencias mínimas para llegar a unas disposiciones, también mínimas, pero comunes a los Estados miembros, que tengan como finalidad la de proteger y garantizar los derechos adquiridos y se garantice el principio de igualdad de trato.

4.3. *Contenido*

La coordinación, finalidad de los Reglamentos Comunitarios, se plasma en diversas técnicas o principios destinados a lograr su efectividad, principios y técnicas comunes a los Reglamentos 1408/71 y 574/72 e, igualmente en el reglamento 883/2004 y éstos son:

El principio de igualdad de trato y de reciprocidad en el tratamiento de los nacionales de otros Estados miembros, respecto de los propios nacionales de acogida.

El principio de unicidad de la legislación aplicable. Será sólo una la legislación competente para determinar los derechos de Seguridad Social del migrante. La regla general es la aplicación de la Ley del lugar de prestaciones de servicios en el momento del hecho causante, salvo excepciones tales como: será el lugar de residencia en el caso de desplazamiento temporal. Será el de la sede de la empresa en el caso de que los trabajadores desempeñen su actividad en más de un Estado.

La exportación de prestaciones, con la finalidad de mantener derechos adquiridos generados en un país cuando se traslade a otro. Principio inaplicable a la prestaciones no contributivas.

Conservación de derechos en curso de adquisición, principio que se manifiesta en la totalización de los periodos de cotización o residencia acreditados en cualquiera de los Estados a los que se aplica el reglamento.

Por último el pago a prorrata, como reparto en el coste de la prestación a la vista de los periodos de cotización o, en su caso, residencia, en otro Estado. Aunque el reconocimiento de la prestación corresponde a un solo Estado, los Estados que han sido tenidos en cuenta para el cálculo de la citada prestación deberán contribuir al pago de la pensión en la parte proporcional a los periodos. Principio y regla inaplicable a las prestaciones no contributivas.

La coordinación comunitaria se resuelve de diferentes maneras porque para algunas prestaciones se resuelve en una totalización sin prorrateo; para otras en prorrateo sin totalización y, para otras, se resuelve con totalización con prorrateo. El último caso (totalización con prorrateo) no es habitual aun cuando es el que rige en el caso de las pensiones de jubilación y en parte de las de invalidez.

La totalización sin prorrateo existe para la invalidez entre países de legislación «A» (España, Francia, Bélgica, Holanda, Reino Unido) con las perversas consecuencias de que, según el país donde quede inválido el trabajador, percibirá la pensión en cuantías abismalmente distintas respecto de las que hubiera percibido si el accidente hubiera ocurrido en otro país. Paga un solo país pero debe sumar y totalizar los periodos de seguro cumplidos en otros países miembros. Se trata de una fórmula desequilibrada, que deberá ser revisada a fin de conciliar los principios comunitarios de igualdad, y de equilibrio financiero, al asumir la totalidad de pago el Estado miembro.

5. El Reglamento 883/2004

5.1. Régimen Vigente

Publicado el Reglamento 883/04, el pasado 30 de abril, denominado sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y, aunque se indicaba entraba en vigor a los 20 días de su publicación, sin embargo el art. 91 condicionaba su entrada en vigor a la fecha de entrada en vigor del Reglamento de aplicación.

El reglamento citado viene inspirado por dos grandes fines: a) perfeccionar los principios y técnicas a fin de mejorar la coordinación entre los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social. Y b) abrir nuevas vías de homogeneización de los sistemas de Seguridad Social.

Las razones que han justificado la reforma de 2004 vienen dadas no sólo por el cambio de la realidad social desde la década de los 70, fecha de los reglamentos en vigor y, la existencia de jurisprudencia y doctrina que

provoca la necesidad de ajustar la norma. En concreto en el preámbulo del Reglamento considera que: «el Reglamento ha sido modificado en numerosas ocasiones para reflejar no sólo la evolución experimentada a nivel comunitario sino además por el contenido de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea y además por los cambios que se han ido produciendo en las legislaciones nacionales».

El reglamento, elaborado en aras de la transparencia y claridad, tiene como gran objetivo la simplificación de las reglas de coordinación.

Las modificaciones más relevantes introducidas son las siguientes y a tal efecto:

1. Respecto de la determinación de la legislación aplicable, el art. 11.1 del reglamento de 2004 establece que «sólo estarán sometidos a la legislación de un único Estado miembro». La fijación de cual viene establecida en el art. 13 remitiéndose a la legislación del Estado en el que se realiza la actividad productiva. Esta regla no es aplicable en tres supuestos que son los referidos a:
 - a. Trabajadores desplazados temporalmente al extranjero, supuestamente ya contemplado en el Reglamento 1408/71 si bien se amplía el plazo a 24 meses. Empleado de transporte en los que por la propia dinámica de la prestación de servicios resulta inaplicable la regla de aplicación de la legislación que corresponde al lugar de prestación de la actividad, para tenerla que fijar una completa. Por último, los sujetos que desarrollan su actividad en varios Estados, en cuyo caso se estará a la legislación del Estado residencia del trabajador.
 - b. Universalización del ámbito de aplicación subjetivo. El artículo 1 establece que el presente reglamento se aplicará a las personas que estén o hayan estado sometidas a la legislación de Seguridad Social en alta mar.
2. Respecto de la vigencia de los Convenios Bilaterales, el art. 8 del reglamento de 2004 reitera que «en su campo de aplicación... sustituirá a cualquier otro convenio de Seguridad Social». Pese a ello la conocida y antes analizada doctrina jurisprudencial determina que parece aquélla sea la que se siga.
3. En cuanto a la exportación de las pensiones, se suprime la regla desterritorializadora posibilitando su adquisición o/y conservación con independencia del lugar en que se resida.
4. De la totalización de los periodos de carencia el reglamento de 2004 reproduce lo indicado en el previo 1243/72. La totalización comporta un sistema a cuyo través se conservan los derechos en vías de adquisición por medio de la adición de periodos de seguro (alta) y la principal

vía no es otra que la de acumular todos los periodos computados por las distintas legislaciones nacionales.

5. Liquidación de las pensiones. Tanto el anterior como el actual Reglamento elaboran el sistema de liquidación haciendo jugar los principios de totalización y prorrateo.

El Reglamento de 2004 constituye una excelente plasmación de las tendencias armonizadoras y de mejora en el régimen de coordinación existente, lo que no significa que estén las cuestiones resueltas de forma pacífica y que no se mantengan las diferencias en los diferentes sistemas de Seguridad Social de los Países miembros. Situación que conlleva la necesidad de seguir trabajando en la línea de conseguir la armonización, y de simplificar las normas como se mantendrá a continuación.

6. Perspectivas de futuro

Los sistemas de protección social de los Estados miembros tienen ante sí diversos retos comunes y de indudable importancia, por ejemplo, la necesidad de adaptarse a la evolución del mundo del trabajo, las nuevas estructuras familiares y los espectaculares cambios demográficos que se prevén para los próximos decenios. Y al mismo tiempo, deben hallar el equilibrio entre los ciudadanos comunitarios de mantener un alto nivel de protección social y la necesidad de que los servicios públicos sean eficientes y respeten la disciplina presupuestaria. En los tiempos presentes, los acontecimientos económicos y políticos hacen que esta modernización sea más perentoria que nunca. Nos referimos a la disciplina macroeconómica que la estabilidad y crecimiento en la Unión Económica y Monetaria exigen; al compromiso de que los regímenes de protección social resulten más propicios para la creación del empleo, según se prevé en la estrategia Europea de Empleo y, a la necesidad de confirmar qué lugar debe ocupar la protección social entre los valores comunes de la Unión Europea.

Por lo antes expuesto el Consejo y el Consejo Europeo han venido realizando sucesivos mandatos respecto de la protección social. Los mandatos aludidos son los siguientes:

La resolución del Consejo de diciembre de 1999 sobre la modernización y la mejora de la protección social donde se destacó la necesidad de cooperación en la labor de modernización de la protección social, una cooperación basada en un diálogo estructurado y continuo, en el seguimiento e intercambio de información, experiencia y buenas prácticas entre los Estados miembros (punto 3 de las Conclusiones de 17 de diciembre);

la necesidad de establecer un mecanismo de cooperación basado en los trabajos de un grupo de funcionarios de alto nivel y la necesidad de crearlo de forma inmediata (punto 11 y 12 de las Conclusiones).

La Decisión del Consejo de junio de 2000, en la que se establecía como uno de los cuatro objetivos generales y uno de los dos objetivos prioritarios para la modernización: garantizar la viabilidad y sostenibilidad de los regímenes de pensiones. Asimismo hacía hincapié en que «debería prestarse especial atención a la sostenibilidad de los regímenes de pensiones mediante la definición de dos líneas de acción. Con objeto de pronosticar mejor las tendencias futuras y lograr un conocimiento profundo de las estrategias nacionales recientes, aplicadas o previstas, de reforma de las pensiones». Se crea con esta misión un Comité de Protección social destinado a sustituir al Grupo de alto nivel.

La cooperación política en materia de protección social experimentó un avance significativo cuando el Consejo Europeo de Lisboa estableció una estrategia para la década que finalizará en 2010. Las conclusiones de Lisboa concedían una considerable importancia a la contribución de los sistemas de protección social a la consecución de nuevos objetivos estratégicos.

El enfoque de la protección social como elemento importante de las políticas económicas generales se reforzó con el Consejo Europeo de Niza y su Agenda de política social cuya idea básica la constituía el triángulo de políticas involucradas en la creación de un círculo virtuoso de políticas económicas, de empleo y de protección social, que confirmó el objetivo de modernizar y mejorar la protección social para que pudiera «responder a la transformación hacia la economía del conocimiento y al cambio de las estructuras sociales y familiares y apostar por el papel de la protección social como factor productivo».

Los mandatos y orientaciones del Consejo de Lisboa y de Niza han proporcionado el marco de los trabajos ya realizados y, de los pendientes según el calendario establecido a realizar según los objetivos para la modernización definidos en las Conclusiones del Consejo de diciembre de 1999 sobre la base de una Comunicación de la Comisión y que eran: hacer que trabajar sea rentable y garantizar unos ingresos seguros; conseguir pensiones seguras y sistemas de pensiones sostenibles; promover la inclusión social; y garantizar una atención sanitaria viable y de alta calidad. Objetivos que junto con la directrices de las políticas de empleo y económicas deberán permanecer estables hasta 2009. La validez de este marco se confirmó con los sucesivos mandatos de los Consejos Europeos siguientes que han fomentado el desarrollo de un nuevo objetivo o ambición en el marco europeo en los ámbitos de la inclusión social y las pensiones con el fin de fijar los indicadores comunes que reflejen los objetivos

comunes, resultado que deberá presentarse en 2006 y, posteriormente los Estados miembros realizarán informes primero sobre la estrategia a seguir (en 2006) y, posteriormente sobre la aplicación de las estrategias (en los ejercicios 2007 y 2008). Será necesario esperar a ese momento para saber cuál va a ser el destino común de la protección social en la Unión Europea.

Pese a ello el futuro de la protección social en el marco europeo vendrá por intentar profundizar en la coordinación entre los Estados miembros al contribuir a garantizar la cohesión entre los Estados miembros y a la obtención de mejores resultados económicos. Para ello se hace necesario contar con una hacienda pública saneada y en la reforma del mercado laboral. De ahí que las tendencias, la estrategia europea necesariamente deberá centrarse en las medidas que redunden en beneficio del empleo. Así aumentando las personas acogidas a las medidas activas que mejoren las posibilidades de empleo y a la creación de empleo.

Las medidas de activación se deben centrar en la reforma de las prestaciones a fin de ofrecer incentivos a los perceptores para que busquen trabajo. En la reforma fiscal para favorecer la creación de empleo por los empresarios. En la adopción de las medidas tendentes a que los trabajadores de más edad continúen en activo y por ello invertir la tendencia europea de utilizar la jubilación anticipada que inducen a abandonar el mercado laboral. En elevar la edad de jubilación legalmente establecida y flexibilizando los tiempos de trabajo. En minorar los trámites necesarios para la creación de empleo autónomo. En el abaratamiento de los costes de personal. En la adopción de las medidas favorables al entorno familiar, apoyo familiar y conciliación (no tan sólo por aplicación del principio de igualdad sino además al ser una necesidad económica a la vista de la evolución demográfica y envejecimiento de la población) y, en la reforma de los sistemas de protección para reflejar la aparición de formas de actividad laboral (temporal, parcial).

Todas ellas teniendo naturalmente en cuenta el equilibrio financiero de los sistemas de Seguridad Social, como consecuencia del objetivo de tener una Hacienda saneada. El equilibrio se conseguirá y, por eso deberán constituir directrices europeas, la de aumentar los recursos y la de controlar el gasto (actual y futuro) de las pensiones.

La forma óptima de constituir más recursos para los regímenes de pensiones es la de aumentar el número de cotizantes y, por ello en directa relación al incremento de la tasa de empleo, de la población activa, e incluso desarrollar otras fuentes de financiación (recursos fiscales) para cubrir determinados elementos de las pensiones o prestaciones (ejemplo de la asistencia sanitaria y de los complementos por mínimos en el Sistema de Seguridad Social español).

El control del gasto en materia de pensiones, debe contenerse aunque teniendo en cuenta las promesas en materia de pensiones y las expectativas de quienes proyectaron su retiro con arreglo a ellas. Las medidas que pueden generar importantes ahorros son la de aumentar la edad de jubilación, adecuar la revalorización de las pensiones al coste de la vida, calcular la pensión no en función de determinadas cotizaciones, sino en función de los ingresos percibidos en el pasado, etc.

La Unión Europea no pone en entredicho el principio, ya consagrado, según el cual cada Estado miembro tiene la responsabilidad de organizar y financiar su propio sistema. Sin embargo, junto a la concepción de políticas económicas coherentes que se sustenten mutuamente, se hace necesario un planteamiento concertado de modernización de la protección social. Y se hace necesario su coordinación y equiparación dado el volumen que el gasto en esta materia existe en la UE (aunque España sea el último de la cola).

Resulta evidente que la protección social es un componente fundamental del modelo social europeo al que se destina sobre un 27,5 % del PIB comunitario y que se destina en su mayor parte a pensiones. Además que la transformación del entorno económico que ha provocado la U.E. tendrá consecuencias para las estrategias de actuación en materia de crecimiento, aumento del empleo y estabilidad de precios. Por ello y por el grado de interdependencia entre las economías de los Estados miembros que se deriva de la U.E., la protección social está pasando a ser cada vez más un tema de interés común para los Estados miembros a los que interesa hallar cuál debe ser el planteamiento común, al encontrarse todos los Estados con problemas semejantes como son el envejecimiento demográfico y exigencia común de mayores niveles de cobertura.

La situación antes descrita lleva a que tengamos que plantearnos cuestiones tales como:

- ¿Ofrecen los regímenes de pensiones de vejez prestaciones demasiado generosas en caso de jubilación anticipada?
- ¿Está hoy justificada la aplicación de coeficientes reductores en determinados trabajos y categorías?
- ¿A los desempleados de mayor edad se les empuja a que busquen trabajo?
- ¿A las personas con problemas de salud se les ayuda a buscar otro trabajo? (aplicación de la doctrina administrativa relativa al artículo 143 de la LGSS en base a la que decide que la realización de actividad laboral posterior a la demanda habilita para su deducción por la TGSS).
- ¿Constituyen las prestaciones de muerte y supervivencia un desincentivo para buscar trabajo? (Las últimas reuniones de trabajo

sobre esta materia incluso ha valorado suprimirla si el cónyuge supérstite estaba en activo).

- ¿Recompensa el sistema la prolongación de la vida activa más allá de la edad reglamentaria?
- ¿Existe suficiente protección a la familia? (no se ha desarrollado después de dos años las previsiones contenidas en la Ley de Familias Numerosas).
- ¿Y a la conciliación de la vida familiar? (posible creación de un permiso de paternidad tras el nacimiento).
- En definitiva y mientras se elaboran los estudios encomendados por el Comité de protección social, se precisa que se sigan realizando informes sobre aspectos de las políticas de pensiones a fin de intensificar y reforzar el intercambio y la comprensión entre los Estados miembros, esperando que la próxima reforma se lleve a cabo de manera integrada y coordinada.

Entre tanto, y en relación con los Reglamentos Comunitarios, las nuevas propuestas de la Comisión [*vid.* COM (2003) 468 final] se han visto limitadas a actualizar los mismos, e incluir los cambios que se han producido en las legislaciones nacionales, aclarar la situación jurídica y tener en cuenta los últimos cambios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, así como a cuestiones relativamente marginales, tales como la determinación de la legislación de Seguridad Social aplicable en el caso de los asistentes parlamentarios europeos [*vid.* COM (2001) 344 final], o propuestas de carácter técnico [COM (2003) 378], tales como la dirigida a establecer las modalidades técnicas de introducción de la tarjeta sanitaria europea.

Derecho fundamental a la Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea*

Prof. Dr. Manuel M.^a Zorrilla Ruiz

Catedrático Emérito
Universidad de Deusto

Ex-Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Presidente de la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España

Resumen: La Constitución española de 1978 ha situado el régimen público de Seguridad Social bajo la tutela de un simple principio programático. Éste se habría elevado a la categoría de derecho fundamental si el Proyecto de Constitución europea hubiese recibido la ratificación unánime de todos los integrantes de la Unión Europea. Pese a ello, el Tratado de Ámsterdam y la versión más reciente del Tratado de Roma ofrecen poderosas razones para justificar el carácter de derecho fundamental que ostenta el derecho a la Seguridad Social. Tal cualificación tiene que propagarse a los respectivos ordenamientos jurídicos de cada país perteneciente a la Unión Europea.

Palabras clave: Seguridad Social, derecho fundamental, principio programático, Constitución europea, Unión Europea.

Abstract: *The Spanish Constitution (1978) has placed the public system of the Social Security under the protection of a simple principle of law. It would have become a basic or fundamental right, if the European Constitution would have received the unanimous ratification of the members of the European Union. In spite of that, the Amsterdam Treaty and the most recent version of the Roma Treaty give powerful reasons to justify the nature of fundamental right which is own of the Social Security. This qualification must be diffused to the law prevailing in each country of the European Union.*

Key words: *Social Security, fundamental right, principle of law, European Constitution, European Union.*

* El presente trabajo recoge las ideas expuestas en el estudio que, bajo el rótulo «Migraciones constitucionales del derecho a la Seguridad Social», ha aparecido, muy recientemente, en la *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Seguridad Social*, n.º 59 pp. 75-92, y que aquí se publica con la explícita cita de su procedencia. No huelga anticipar, por vía orientadora, que la Constitución española de 29 de diciembre de 1978 se caracteriza por una ductilidad interpretativa que, como variante expresiva del valor superior del pluralismo político, resulta máximamente provechosa para el análisis y diseción del tratamiento dado al derecho a la Seguridad Social por el legislador constituyente, y, no menos, para vislumbrar y/o sugerir las peripecias de uno de los denominados *Principios rectores de la Política Social y Económica*. Cabe invocar un uso alternativo legítimo de las normas constitucionales, gracias al que es factible atribuir al derecho a la acción protectora de la Seguridad Social la dimensión propia de los derechos innatos y

Sumario: 1. Relevancia de la elasticidad constitucional para abordar el derecho a la Seguridad Social.—2. Vinculación y alcance pragmático del derecho a la Seguridad Social.—3. Reflexión sobre la rúbrica que acoge el principio atinente a la Seguridad Social.—4. Derecho fundamental a la tutela de la Seguridad Social.—5. Renacimiento de una anterior doctrina.—6. Aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario.

1. Relevancia de la elasticidad constitucional para abordar el derecho a la Seguridad Social

Sorprenden mucho —por lo insistente y poco imaginativo de su reiteración— las propuestas que, ante las dificultades causadas por la lectura y el entendimiento de algunos pasajes constitucionales, tienden a eludir los esfuerzos interpretativos y prefieren las sugerencias de reforma, como si los principios y/o preceptos afectados —que, entre otros méritos, ofrecen el de una *propensión comunicativa* que alentó el ejercicio del consenso y los hábitos de elasticidad comprensiva— fuesen imperativos rígidos que responden al nombre de *pan para hoy y hambre para mañana*.

Cuantos, en esos trances, defienden una *reforma mecanicistamente material* y cómoda de la legalidad fundamental —modificando la dicción de un precepto concreto y expresando, en los términos que surgen de su corrección, otras proposiciones o conceptos— ignoran que la *norma suprema del ordenamiento jurídico* —si no se admite que, por encima de ella, están los *valores superiores* con que el constituyente la moraliza y desplaza del vértice de la clásica construcción piramidal del sistema de Derecho objetivo— contiene, a diferencia de otras cartas políticas menos origina-

mercedores de la más consistente dosis de tutela y efectividad. También es cierto que, como lo acreditan abundantes testimonios históricos, la doctrina de su engrandecimiento se ha visto frenada, desde la incoación de la crisis económica, por la hostilidad de las *perversiones mundializadoras* y la devoción suscitada por las *predicas del neoliberalismo*. Tras el Tratado de Ámsterdam, la remisión que los textos recién consolidados hicieron a la antigua Carta Social y a la moderna Carta Comunitaria de la Europa creciente, dejaba fuera de duda la tesis de que, en ese espacio, el derecho a la Seguridad Social obtenía el reconocimiento de un derecho fundamental. Conclusión que, en virtud del *principio de primacía del Derecho Comunitario*, se imponía a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea. Consideración que prevalece una vez que, a falta de ratificación unánime, *se haya salido —del carril* la propuesta de Constitución europea, cuyo Tratado de establecimiento acogía aquel derecho en el elenco de los derechos fundamentales que fijaba. De ahí que, conforme a esa doctrina razonable y no obstante el fracaso de la iniciativa del constituyente europeo, subsista el deber —a cargo de los Estados miembros— de adecuar los sistemas o regímenes públicos de la Seguridad Social a las exigencias propias de un derecho fundamental que, como tal, reclama su *resituación* en el contexto del aparato constitucional.

les, un *reto de interpretación* que es fruto de su particular ductilidad. Se consideran *constituciones rígidas* las que —hostiles a reducir el volumen ideológico de su depósito dogmático— exigen, para su reforma, requisitos de tales dificultad y envergadura que disuaden de sus aspiraciones a las corrientes ideológicas y/u opciones políticas —opuestas o contradictorias— que intentan devenir poderes públicos por las vías democráticas de la competencia electoral. El *inmovilismo constitucional* —más o menos inexpugnable, pero siempre agresivo— combate el ingreso de esas ideologías en el marco de un ordenamiento jurídico formado por la legalidad fundamental y el resto del Derecho objetivo que ha de serle fiel. La nota de la *esencial enemistad* que, pese a los disfraces cosméticos, concurre indefectiblemente en la confrontación política, inspira la falsa excelencia de las reformas rígidas constitucionales y endurece su *filosofía de exterminio*. Por *constitución elástica* se entiende, al contrario, la que dota de accesibilidad muy amplia al uso del procedimiento de reforma y facilita al adversario la oportunidad de convertirse en alternativa de legislación y de gobierno. Se inspira en la tesis de que —conforme a la *grandeza y servidumbre de la democracia*— los inconvenientes de una convivencia política, pródiga en incomodidades y fricciones, son preferibles al triunfalismo de la intransigencia constitucional. Ello permite —aun sin llegar, como último remedio, a la actualización de su *espíritu móvil*— variar su letra escrita y establecer las condiciones aptas para que el ámbito constitucional remozado se torne más acogedor y receptivo frente a las posiciones ideológicas que había proscrito de raíz.

Si el procedimiento de reforma de la ley fundamental del Reino de España se adaptase a una u otra de esas modalidades, se justificarían las reacciones que, ante ciertos obstáculos, propugnan la necesidad de introducir concepciones o valores necesitados de una *modificación formal* para obtener el ajuste deseado. Tampoco huelga recordar que, en nombre de la elasticidad constitucional, prolifera —como ajuste de cuentas o *receta de compensación*— una *capacidad de desvarío* que estremece las sensibilidades más abiertas, las conciencias de óptima capacidad perceptiva y los entendimientos más propensos a la cordura de la interlocución. Dicho lo cual, hay que elogiar la singularidad de una *elasticidad elevada a la segunda potencia* y consistente en promover —como hace el art. (artículo) 1.1 CE (Constitución española de 27.12.(9)78)— el *pluralismo político* a valor superior del ordenamiento jurídico. Las ventajas de esta *elasticidad de alto voltaje* suman una contribución, novedosa y eficiente, al procedimiento de reforma escrito en el tít. (título) X CE. Aportan una transformación propia de la cultura y el espíritu que erigieron el Estado social y democrático de Derecho, y robustecen el *sentimiento constitucional* o conciencia común —afín a la identificación con un *yusnaturalismo existencial*— de que la ley fundamental no ha vacilado en

llevar al último confín las *ofertas de cambio* que las *ideologías de compromiso más audaz* tienen derecho —aunque esta afirmación se haga costosamente asimilable— a conseguir de los poderes públicos.

Es ello consecuencia de los *usos alternativos de la legalidad fundamental* que el legislador constituyente acomete como una opción tecnificada y más perfecta que la que, en lejanas circunstancias históricas, surgió a partir de un *estado de excepción* motivado por la denegación de las reformas legislativas y su acomodación a la *cláusula de justicia material* con que el art. 3 II CE (Constitución italiana de 27.12.(9)47) llamaba a las puertas de las conciencias morales de los Estados soberanos de Occidente. Estos usos alternativos corresponden al *contenido esencial* o espacio inviolable de la noción del *pluralismo político* y, lejos de enfrentarse al *hecho constitucional* y alzarse contra el ordenamiento jurídico que trae causa del mismo, ensayan y consumen las *aplicaciones sensatas* que la sagacidad de la interpretación hace factibles. No desautorizan los objetivos constitucionales ni ciegan los cauces que su discurso exige, sino que *encienden su fertilidad* ante la *superveniencia de realidades sociales* que, fuera de cualquier objeción, *están ahí y hay que ponderar*, porque, a falta de su aprehensión y de su análisis, el anhelo de *hacer justicia humana* es inviable.

Los usos alternativos legítimos de los preceptos y/o principios constitucionales, objeto de *enfoques interpretativos divergentes*, son conjuntos o *series ordenadas de acciones* —ligadas a las evidencias de la Historia y a las ofertas del pluralismo político— que, sin alterar un ápice la letra del texto constitucional, ejercitan la perspicacia necesaria para responder a lo que, como norma de comprobación e imperativo deontológico, explica la invocación que hace de ese valor el art. 1.1 CE. Se afirma que —ante el aumento, la mixtificación y la emergencia de disparidades o *desencuentros ideológicos*— los principios y preceptos constitucionales pueden *recibirles hospitalariamente* con interpretaciones o hallazgos normativos que —integrados en el ordenamiento jurídico o en sus complementos— no dependen de quién sabe qué ensayos de *complacencia o prestidigitación hermenéuticas*, sino que apelan, con solvencia y actitud receptiva, a uno de los varios entendimientos plausibles que satisfacen los intereses generales, excluyen las pretensiones de privilegio y producen efectos pacificadores. El legislador ordinario —responsable de estas tentativas en las parcelas del Derecho objetivo que amplifican los principios o preceptos constitucionales afectados— puede abordar, con la *dosis de justicia material* que tiene a su alcance, las cuestiones sobrevenidas —hasta entonces ignoradas e inéditas— que plantea la protección de los intereses generales, sin necesidad de sacrificar las *impregnaciones ideológicas*, que embebe la operación de legislar, ni de reformar la carta política para conseguirlo.

De ahí, la *calidad del pluralismo político* que el art. 1.1 CE enaltece en un doble concepto. Pertenece a una *norma de comprobación* que añade a su factura jurídica la certidumbre histórica, avalada por las experiencias y episodios de la acción constituyente, de que el principio se formula —teniendo presente la utilidad pública y/o el interés común— para el bien de todos o alguno de los grupos sociales en que, como reza el art. 9.2 CE, se integra el individuo. Tan privilegiada presencia —justificante de la libertad que, al aunarse con la igualdad efectiva, sintetiza lo *evidente de la justicia material*— prueba las ventajas de que el pluralismo político procure entendimientos —sucesivamente actualizados— de la voluntad constituyente que nunca habrían penetrado en la órbita del Derecho constituido sin la incorporación fundamental de ese valor y la *abundancia de oportunidades interpretativas* que su recepción estimula. Como *imperativo deontológico*, el pluralismo político completa sus funciones de norma de comprobación y exige que las oportunidades de su puesta en escena se multipliquen y gestionen para *afianzar la paz social* —bien jurídico que, más adelante, suscita la mención del art. 10.1 CE— y evitar la ruptura del ordenamiento jurídico o las quiebras de su continuidad.

Las soluciones que —gracias a la prudencia requerida por el manejo del pluralismo político y al arrojo de las aventuras que desencadena— adopta el legislador ordinario, libre para reforzar y difundir sus legítimas tendencias ideológicas, revisten dos características. Una de *tonalidad conservadora* que, conforme a la *lectura originalista* del texto constitucional, no contradice su letra ni su espíritu y deja indemne su *fidelidad vertical*, si el desarrollo legislativo no ha planteado al respecto problemas de bulto y puede actuarse sin dificultades. Ello acontece cuando las realidades sociales no experimentan *cambios sustanciales* y basta el auxilio de los clásicos criterios de interpretación. No hay que echar mano del ritual procedimiento de reforma, si el acertado empleo de esos elementos —fiables y avalados por el buen fin de su utilización tradicional— permite que los problemas se resuelvan gracias a lo razonable de su mediación y no da lugar a que la *metodología interpretativa* pase a ser un problema necesitado de previas dilucidaciones. Estas acciones encajan en el marco de una *tradición interpretativa* que no encara mudanzas tan sobresalientes como las que, ante supuestos-límite, obligan al *uso alternativo de la legalidad fundamental*. Algo afín a la distinción que el Derecho Civil ha entablado entre la permanencia de la *presuposición* y la dislocación de la *base del negocio jurídico*. Hasta aquí, la *significación conservadora* que el pluralismo político concilia con una libertad hermenéutica equilibrada y consecuente con los criterios observados de antiguo para esclarecer el sentido de las normas jurídicas ininteligibles o confusas.

El *uso alternativo constitucional* —más intrépido y no necesariamente rupturista— adquiere un *significado divergente*, notoriamente polémico y sustitutivo de las soluciones que, sin responder a cambios sustanciales, se daban por buenas y no engendraban dudas de dificultad reconocida. Lo vidrioso de optar por esta metodología es decidir si verdaderamente se han *franqueado los límites que separan las viejas realidades sociales, caducas u superadas, de las nuevas, vigentes y superadoras, que les han sucedido* —porque, sin tratarse de un accidente reversible, sobreviene un cambio sustancial, exigente de la variación del sentido de una norma constitucional o de la exhumación de un principio antes latente y ahora imprescindible— y si las demandas sociales o los lances *motores del cambio* —lejos de parecer voluntaristas o aberrantes, que es tanto como adversarios de lo justo— aportan *novedades que conmueven la recta razón* y la urgen a revisar la suficiencia o el acierto de las soluciones frecuentadas hasta entonces. Juega un papel de primera magnitud el dictamen, no pervertido ni transmutado en un *falso mensaje*, de la *opinión pública* ilustrada —esto es, no extraviada ni cautiva de consignas sectarias— y capaz de percibir, con sensibilidad y tino, la *cantidad y calidad de los hechos sociales* que se someten a su juicio.

El valor superior del pluralismo político —cuya *fisonomía bifronte* explica su racionalidad democrática y apoya eficazmente las interpretaciones constitucionales— autoriza usos alternativos de los principios y preceptos de la legalidad fundamental, dentro y nunca al margen —precisión necesaria para disipar las zozobras del *uso alternativo revolucionario*— del elenco de salidas interpretativas con que, al precio de alguna que otra *condescendencia menor*, el constituyente apuntala la idea de la *preservación de las esencias constitucionales* y evita situaciones de crisis que erosionen la dignidad de aquel valor. El análisis del art. 1.1 CE —que, para destacar la generosidad de su propósito, *entremezcla el género con las especies y subespecies de los valores superiores*— revela que el pluralismo político es una *manifestación de la libertad efectiva* y no el ornato de tentativas teñidas de falso progresismo. Libertad que —efectivamente aglutinada con la igualdad de todos— genera la síntesis de la *justicia material* que los poderes públicos han de garantizar y difundir, regulando sus condiciones de perpetuación o despejando los estorbos que la paralizan.

El provecho de lo reflexionado favorece el trabajo de las interpretaciones sugeridas por la *lectura natural* de un precepto tan meridiano como el art. 41 CE —que figura bajo el rótulo *De los principios rectores de la Política Social y Económica*— y por la *relectura evolutiva* que deriva del tránsito histórico, en el curso de cuyas procelosas aguas navegó el legislador constituyente, de un *Derecho de la Seguridad Social de la prosperidad* a un *Derecho de la Seguridad Social de la crisis* —lastrada con demasiados adjetivos— que, paso a paso, mina los adelantos del Estado de Bienestar

—seriamente *tocado del ala*— y predispone psicológicamente a los temibles episodios de su disolución. No en vano y por desgracia, las más altas instancias interpretativas insinuaron, para estremecimiento general de la comunidad, la eventualidad de una *Seguridad Social cuasibenéfica*, en que las relaciones de protección asistenciales fuesen la regla general y las contributivas la excepción. Condimentación aderezada con un *concepto de solidaridad* ligado a la más castiza *metodología demagógica* y hostil al rigor científico con que las categorías de esta parte del Derecho Social han de abordarse.

El cuerpo del razonamiento —para el que lo dicho parece aprovechable— comienza parando la atención en algunos aspectos concernientes a la *naturaleza y condición del derecho a la Seguridad Social*, que el cap. 3.º, tít. I CE rebaja a la cualidad que le otorga el rótulo denominado *De los principios rectores de la Política Social y Económica*.

2. Vinculación y alcance programático del derecho a la Seguridad Social

El art. 41 CE enuncia uno de los *principios capitales* que, literalmente incorporados a la carta política y no extraídos de su texto mediante operaciones lógicodeductivas, carecen de la eficacia preceptiva directa que el art. 53.1 CE reduce —a causa de su *naturaleza vinculante* para cuantos poderes públicos les ponen al servicio de los intereses generales— a los *mandatos y/o prohibiciones que reconocen —gracias al deber de no obstaculizar lo indiscutible de su atribución y ejercicio— o garantizan —asegurando los cambios inherentes a su reconocimiento— los derechos y libertades de uno u otro rango*. La dicción del art. 53.3 CE —que declara la *condición orientadora* o meramente directiva del citado principio— obsta a cualesquiera *petrificaciones* que, contra las reacciones interpretativas avaladas por el valor superior del pluralismo político, hagan de aquél una consigna cuya naturaleza programática se empobrece —sin fruto alguno y por tiempo indefinido— si no es objeto del desarrollo legislativo que requiere. Ello *esteriliza —con detrimento de la causa de la plenitud del ordenamiento jurídico— sus propósitos y su significado*. Se trata de una norma que, para no consolidar la inconstitucionalidad por omisión debida a los retrasos del legislador ordinario, segrega un *mecanismo sancionador implícito* que mueve a reflexión. Su dispositivo interviene al cundir el convencimiento irrevocable de que —alejándose del mandato constitucional y sin dar señales de *ir en busca del tiempo perdido*— el legislador aparca las *obligaciones de despliegue* de alguno o algunos de los principios estampados en el cap. 3.º, tít. I CE y, con su abstención, deja *heridos de muerte* unos valores vitales cuyas expectativas se difuminan o perecen. Aun cuando no

sea éste uno de los riesgos que —ostensiblemente y por ahora— aquejen globalmente al art. 41 CE, conviene apuntar la *reserva de un mecanismo eficaz* que, en su momento, localice y pondere las realidades sociales que obedecen a las nuevas exigencias del principio rector y que, a causa del olvido legislativo, justifican lo inexcusable de un *modelo de sanción subsidiaria*.

La razón de ser de la distinción —que atañe a las nociones de *eficacia preceptiva directa y alcance escuetamente programático*— comulgaba con la tesis de que, mientras la naturaleza y estructura de los derechos y libertades constitucionales no impedían su tutela —efectiva e inmediata— por los poderes públicos que aplicaban las normas declarativas de su existencia previa y condición innata, los *Principios rectores de la Política Social y Económica* —adjetivos inseparables, ambos— requerían una *implementación técnica*, sin la que su desarrollo legislativo era inviable o, en caso de intentarse, fracasaba a la primera de cambio. Si la holganza o el retraso del legislador en desarrollar exhaustivamente los principios, incitaba —como jurídicamente se intuía y era preciso para evitar su *reducción a letra muerta*— a construir y ejercitar *funciones vicarias de sustitución de la inactividad legislativa*, cabían dos opciones, respectivamente posibilista y pesimista, que, aunque imprescindibles, no gozaban de la *calidad de los medios* con que la Política Legislativa o la ciencia de la legislación habrían cumplido sus *cargas de implementación*. O bien otro de los poderes públicos —*con todas las de perder*, el Poder Judicial— aplicaba directamente el principio marginado por el legislador ordinario, siempre y cuando lo permitieran la sencillez de su *figura rectora* y la ausencia de *condicionamientos extrajurídicos* que la jurisdicción no podía sustituir ni completar. El art. 5.1 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.07.(9)85) muestra cómo —comprobado que, al cabo de un tiempo razonable, se ha incumplido la cláusula del art. 53.3 CE y que la demora en legislar es digna de reprobación— el legislador, desarrollando aspectos aconsejables del mandato del art. 122.1 CE, asigna a los principios rectores de la Política Social y Económica la vinculación o *eficacia preceptiva directa* que resulta de *reinterpretar evolutivamente* —rectificándola como conviene al caso— su calificación inicial. O bien lo insalvable de las dificultades opuestas por la inactividad legislativa, desvirtuaba y abolía el mensaje del principio afectado. Le rebajaba a una *norma desprovista de valor vital*, inútil para amparar los intereses de una sociedad pluralista que, fiando en la credibilidad de su mensaje, tenía todo el derecho del mundo a denunciar la frustración sufrida y a exigir un subrogado o *sustitutivo judicial* de la protección de los bienes de vida que los legisladores le rehusaban.

La línea de fuerza de este pensamiento parece haber calado en la creatividad del ordenamiento jurídico que —a imitación del personaje de la comedia clásica y *castigándose a sí mismo por el reproche de la mala*

conciencia de sus demoras u omisiones— entiende que hay *normas principalistas y no preceptivas* del texto constitucional que, al cabo de un tiempo más que respetable, no se han desenvuelto, con la amplitud y diligencia requeridas, y aumentan los *peligros de ampliación del vacío de las lagunas desigualesitarias*. Ahí naufragan las colectividades o los grupos sociales portadores de legítimas aspiraciones, cuya naturaleza de origen —la peculiar de un *interés desnudo*— propende a transmutarse en otra —específica de un *interés vestido* mediante acciones procesales— que sumerge a sus componentes en *situaciones jurídicas*, satisfactoriamente protegidas, o les atribuye los *derechos subjetivos* que adquieren como miembros de la comunidad en que racionalmente organizan. Aunque —más instintiva que reflexivamente— se haya llegado a sostener que la *sujección de todos* —ciudadanos y poderes públicos— a los imperativos constitucionales y al resto del ordenamiento jurídico, entraña la *generalización del efecto directo* en el art. 9.1 CE, la conclusión es técnicamente discutible, porque la meridiana distinción —que el art. 53.1 y 3 CE ha fijado— entre lo *vinculante* y lo *simplemente orientador*, desestabiliza este prejuicio.

Convencido, no obstante, de que el completo y correcto desarrollo de los principios del cap. 3.º, tít. I CE es, al menos en parte, una *asignatura pendiente*, el art. 5.1 LOPJ declara que todos los preceptos de la carta política *adquieren eficacia vinculante*, porque —como se colige entre líneas— ha transcurrido un espacio de tiempo cuya larga duración desaconseja prolongar la espera en perjuicio de la ciudadanía perjudicada por semejantes dilaciones. El art. 5.1 LOPJ entiende que *ha mudado la presuposición* —latente en el contraste del art. 53.1 y 3 CE— o pronóstico favorable al agotamiento, en ese tiempo, de las previsiones programáticas y, ante la intimidación del vacío, confía a la jurisdicción la carga de facilitar —en lo posible y usando acaso de *instrumentos mellados*— el cumplimiento de los compromisos que el legislador había contraído con unos principios rectores que acusan la *indigencia de su realización*. Se está ante una variante de la *acción transformadora* que, según el art. 9.2 CE, corresponde a los poderes públicos, bien asumiendo las *obligaciones naturales* nacidas en tales circunstancias, bien —como aquí se estima— a través de un *mandato legislativo* que —ante la *lesiva realidad históricosocial de la desidia del legislador* y acreditada su incidencia en la reinterpretación del art. 53.1 CE— convierte al Poder Judicial en el *cuasilegisador forzoso* que ha de poner música a un libreto huérfano de la esperada partitura.

Los más recientes esfuerzos normativos de reforma apelan —con cierta indulgencia— al concepto de *insuficiencia legislativa* para remediar un vicio que la LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3.10.(9)79 no tuvo a bien considerar, pese al canon —que sanciona el art. 9.3 CE— de *responsabilidad de —todos, sin excepción— los poderes públicos*.

En las actuales circunstancias, el art. 53.3 CE se completa con un *ingrediente equitativo* que data del encarecimiento del art. 9.2 CE. Significa que, si la inconstitucionalidad por omisión no se corrige al cabo de un tiempo suficientemente revelador de la irreversibilidad de la laguna que perdura, la jurisdicción ordinaria y los demás aplicadores de los principios no desarrollados *han de tratarlos como normas dotadas de eficacia preceptiva directa*. La sujeción de todos al ordenamiento jurídico —que, con alcance general, proclama el art. 9.1 CE y aquí cobra un significado muy enfático— incluye la enérgica destrucción de los obstáculos que impiden convertir un *principio hibernado* en los mandatos o prohibiciones que, según la naturaleza de las cosas, son el eco una *demanda social de justicia* que clama por su satisfacción.

A la hora de atribuir a esos principios el efecto directo con que se sancionan la holganza del legislador y la falta de un tempestivo desarrollo, *no todos dan —usando de un giro coloquial— facilidades para que los jueces ordinarios los apliquen con comodidad o incluso puedan aplicarlos*. La estructura de una norma orientadora o programática se resiente, a veces, de dificultades que frenan el ritmo de estas operaciones, porque su destinatario —natural e inmediato— era el legislador que se ha olvidado de ella y no el juzgador que, de buenas a primeras, se encuentra con los apremios de hacerla entrar en juego. Es preciso que —para su aplicación mínimamente aseada— consten claramente los *sujetos activos* de la situación jurídica, a los que se asignan potestades o deberes, que se describan comprensivamente las conductas que forman la *figura rectora* del principio, sin perjuicio de su ductilidad interpretativa, y que no se requieran *actividades o complementos técnicos* que la jurisdicción no puede suplir con los frágiles medios que están en su activo. Las novedades tecnológicas, económicas y sociales pueden hacer del deber implantado en el art. 1.8 C.c. (Código Civil español de 24.07.(8)89) una carga fatigosamente asumible y cara de soportar.

La oportunidad de la *interpretación judicial* del art. 41 CE depende de la importancia que, amén de otros pormenores históricos, proyecta —sobre la letra y el espíritu de su principio rector— una distinción central, definidora de la sustancia y los accidentes que contribuyen a centrar el concepto y aderezos del derecho a la Seguridad Social. Hubo una *Seguridad Social de la prosperidad* —en que se constituyeron e iniciaron su *marcha de aproximación* los efectivos del Estado Social y democrático de Derecho— y una *Seguridad Social de la crisis*, estigmatizada por las deserciones que, tan sutil como perversamente, causan las demasías de una *flexibilidad inicialmente aceptable* y su degeneración en una *enfermedad asoladora*. Una calamidad contemporánea que debe su expansión a la prédica de las *proclamas neoliberales* y al cortejo de *embustes dialécticos* que, con terquedad digna de mejor causa, jalonan las etapas de su proceso

de conquista. Envuelto, todo ello, en los interrogantes de la *moralidad y modernidad de la mundialización*, que acaso —quíeránlo así los tiempos inmediatos y la Historia que va dar cuenta de ello— esté a punto de sufrir la prueba de fuego de la enigmática *Europa social* que, como una *tercera vía* de esperanza, se parece al *oscuro objeto de un deseo* esfumado demasiadas veces.

Vierten sus lágrimas, a la vuelta de la esquina, los eufóricamente confiados y defraudados luego por la *sorprendente fenomenología* que impide la unanimidad de las ratificaciones —a cargo de los Estados miembros de la UE— del, entre otros preceptos, art. 94 TCUE (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), que instala los intereses propios de la Seguridad Social en el marco de los *derechos fundamentales*. *Calificación que sirvió de muy poco a la magra ilustración con que —al elogiar y promover el texto hoy estancado— los sindicatos del primero de los Estados soberanos que, acudiendo a la consulta popular, planteó y obtuvo la ratificación, demostraron ignorar supinamente y no explotaron, con el rigor debido, dicha novedad, pasando de reflexionar —con la mínima detención didáctica— sobre la importancia de sus consecuencias y limitándose a aplaudir la tosquedad informativa de la propaganda gubernamental.*

Son dos los *rasgos distintivos* que asisten a los principios rectores de que se hace cuestión. Uno, el de merecer su inserción en un pasaje constitucional que, al definirlos descriptivamente o respecto a nociones ya sabidas, les asigna su rotulación nominativa. Ello les diferencia de los principios constitucionales que, aun figurando en *afirmaciones de pasada*, no pierden su condición de tales —es el caso de la alusión del art. 16 CE a la *necesidad de respetar el orden público* protegido por la ley— o que, como *criterios informadores*, nacen de reflexiones interpretativas o *procesos de destilación* que operan sobre los preceptos o parcelas de la legalidad fundamental. Los principios rectores modelan genéricamente las conductas o anticipan los pasos que ha de dar el legislador para ordenar *aspectos preferentemente atractivos del contenido esencial* o zona inviolable de los derechos que el art. 10.1 y las secs. (secciones) 1.^a y 2.^a, cap. (capítulo) 2.^o, tít. I CE entienden anteriores y superiores a las leyes humanas positivas. Amén de los deberes generales de reconstituir y mejorar las manifestaciones de ese *acervo intangible*, el legislador ordinario *se ve atado*, conservando sus márgenes de *decisionismo político*, por las ligaduras de unos principios rectores que —es ésta una afirmación capital— pueden *resituarse*, sin objeciones doctrinales de peso, a seguido del emplazamiento que de cada derecho constitucional hace el precepto que le reconoce. Ello permitiría vaciar el cap. 3.^o, tít. I CE y redistribuir sus principios —como especialidades caracterizadas por su *calidad estimulante*— en aquellos pasajes que incluyen los *derechos cuasi-naturales* y a los que el art. 53.1 CE atribuye eficacia preceptiva directa.

Llevando el discurso al art. 41 CE, susceptible de interpretaciones alternativas, la *promesa del régimen público de Seguridad Social* —que ahí se profiere— forma parte del núcleo invulnerable de unos cuantos *derechos constitucionales reafirmados con anterioridad*. En ese principio se dan cita y convergen la custodia de los derechos fundamentales a la *vida y la integridad física*, que acoge el art. 15 CE, a la *seguridad* de que se ocupa el art. 17.1 CE —donde no sólo acampan las variantes de la seguridad individual, sino también las de la *seguridad social y colectiva* que ha encumbrado el Estado de Bienestar— y a la *remuneración del trabajo prestado*, según el art. 35.1 CE, que incide en la *suficiencia de las prestaciones sociales*, así como a no pocas de las *funciones sociales de la libertad de empresa* amparada en el art. 38 CE. Las relaciones de protección que origina el funcionamiento del sistema son, con independencia de sus particularidades técnicas, emanaciones o reflejos de dicho núcleo invulnerable.

3. Reflexión sobre la rúbrica que acoge el principio atinente a la Seguridad Social

Ante el llamamiento del art. 41 CE, se pregunta por la coherencia de la rúbrica —a saber, *De los principios rectores de la Política Social y Económica*— que abandera las proposiciones directivas del cap. 3.º, tít I CE. Hecha también la salvedad —que despierta curiosidad y asombro— de que, ¿deliberadamente o por descuido?, el constituyente, que, en el art. 53.3 CE, ha prejuzgado el *carácter de principios* de esas proclamaciones añade, no obstante, los *reconocimientos de derechos* —a la protección de la salud, a la cultura, al medio ambiente adecuado y a la vivienda— que enuncian los arts. 43, 44.1, 45.1 y 47 I CE. Pese a una rotulación que cuesta atribuir a simple inadvertencia, el art. 53.3 CE, que predice el futuro de los principios rectores a que se refiere, *guarda silencio* acerca de la suerte —*que no tiene por qué ser la misma*— de los derechos contemplados en aquel pasaje y fuera del ámbito que el cap. 2.º CE reserva al reconocimiento y, en su caso, a la definición de los derechos y libertades en general.

Todo principio tiende a forjar iniciativas —muy variadas— que presuponen un ejercicio de razonabilidad inteligente desplegado por cuantos, fieles a sus orientaciones, intentan materializar —con dificultad indiscutible— los criterios que imparten. Un principio precede a la ejecución o el cumplimiento de los objetivos deseables que —figurando en sus programas— quieren lograrse con prontitud e integridad. El principio del art. 41 CE es, ante todo, *informador*, porque esta cualidad —consistente en *dar forma sustancial a las cosas*— pertenece a la *alcurnia de los principios generales del Derecho* y —al implantarse el sistema de fuentes del Derecho objetivo, luego

perfeccionado en el art. 5.1 LOPJ— el art. 1.4 C.c., consciente de su impacto políticolegislativo, no ha dejado pasar la oportunidad de acentuarla. La *información del ordenamiento jurídico* —que debe producirse— reside en la elección, prudente y acertada, de una o varias *zonas del interés general* —*rectius*, de uno o varios de los intereses generales conexos o enlazados— que forman parte de las aspiraciones legítimas de un grupo social, pero que —como *materia*, en sentido filosófico, o *bien de producción*, en sentido económico, no transformados por la forma que les individualiza y diferencia— requieren la vestidura de un principio informador cuya anquilosis —por inmovilidad creativa— es pésimo ejemplo y causa de descrédito. Experiencia que, haciéndose eco de ese precedente, recoge el art. 53.3 CE cuando declara que los principios *informarán la legislación positiva*. Su desatención no es un *incumplimiento trivial* o secundario, sino un *atentado frontal* contra la Política Legislativa o ciencia de la legislación, tanto si proviene de agresiones intencionales del legislador, cuanto si nace de dilaciones injustificadas o descuidos que ejemplifican la inconstitucionalidad por omisión. Valga, en todo caso, recordar el papel que, en el futuro, puede desempeñar la *insuficiencia legislativa* de que se ha hecho mérito.

El principio del art. 41 CE tiene de informador sus caracteres de *pretensión universal* y de *derecho innato* que, indivisiblemente, surgen al calor del Estado social y democrático de Derecho. Anticipando ideas dignas de reflexión más densa, la oportunidad de un principio informador se advierte cuando la *naturaleza de las cosas* —minimizada, en ocasiones, como si no fuese la clave y el cauce de la recurrencia a las *verdades del orden natural*— obliga a concretar un pensamiento que asume dos funciones históricas. Una, la de alzar el velo y desenmascarar la *falsa modestia* con que los regímenes autoritarios más crudos —no escuetamente paternalistas— se arrogaron las conquistas de un Estado de bienestar adulterado por preferencias político-económicas e insensible a las necesidades de su *calidad antropocéntrica*. Otra, la tentativa, más o menos accesible, de reparar la *deuda histórica* —que no es algo difuso y escondido tras el populismo de sus advocaciones pintorescas— nacida de la obcecada indiferencia del Estado demoliberal frente a los retos del *futuro de la persona humana* —uno de los aspectos eminentes y atractivos de su dignidad— y de su concepción como un *bien colectivamente defendible*, cuyos episodios de desmerecimiento justificaban el derecho a obtener la reparación del daño sufrido.

La cualidad de principio rector que, por designio explícito del constituyente, conviene al art. 41 CE, presenta una *significación hacendosa* que excede de lo solemne y filosófico de su función informadora. El art. 9.2 CE se sirve del verbo *corresponder* para asignar, sin afán exhaustivo, a los poderes públicos —noción omnicomprendensiva y más extensa que la de los tres poderes clásicos— la toma de *decisiones generales* y las *acciones especiales de*

transformación fundadas —según un criterio importado de la teoría marxista del Derecho y, ello no obstante, valedero— en la idea de que *las normas componentes del ordenamiento jurídico no sólo se destinan a resolver conflictos y a pacificar la vida social, sino también a planificar y consumir una nueva especie de revolución —a saber, la revolución interior— que, según la grandeza y la pluralidad de los fines, cambie discretamente el rostro de las sociedades, le reforme muy visiblemente o le haga irreconocible de futuro*. La iniciativa de esos poderes completará, unas veces y dentro de sus atribuciones, las mudanzas consistentes en el cumplimiento —irretractable y espontáneo— de *obligaciones naturales innominadas* que sientan las bases del proceso de cambio. Otras, los principios rectores de que forma parte el art. 41 CE, cuidan de introducir —obedeciendo a la llamada del art. 9.2 CE— orientaciones y promesas cuyo imperioso cumplimiento acredite, tras *estamparse en negro sobre blanco*, las innovaciones que afectan a las instituciones predilectas del cap. 3.º, tít. I CE.

Regir es algo más activo y contundente que *informar*. El papel informador designa —con conocido alcance filosófico— lo que, aplicado a la materia o sustancia de un bien preexistente, provoca las individualizaciones que *hacen de él lo que se pretende que sea y no algo distinto de lo buscado con la transformación a que se le somete*. La función rectora presupone el éxito —previo y manifiesto en el buen fin— del ejercicio informador, pues le incumbe desenvolver las operaciones y dar los pasos que, sin falsa apariencia ni retraso, completan el resultado intelectual de una *información impecablemente consumada*. El mensaje del art. 41 CE se enfoca desde una perspectiva general y compatible con los entendimientos sucesivos que, a la luz, de las realidades sociales, consiente su formulación.

Tras estas precisiones que separan lo *informador* —más bien estático y aleccionador— de lo *rector*, dirigido a *generar los cambios* en corto y por derecho, es claro que el principio animador de la proposición orientadora o directiva del art. 41 CE *atañe a una Política determinada*. La *suma de las Políticas* que, de acuerdo con las conveniencias o los imperativos históricos, adoptan los poderes públicos, debe, aunque sólo consiga una aproximación o emparejamiento, satisfacer el *máximo accesible* de los intereses generales, porque su totalidad equivale a un *bien común* cuya modernidad secular —heredera de la tradición aristotélicotomista— es la propia del *bienestar general consistente en los requerimientos de la coexistencia, la colaboración y la participación*. Esta ambiciosa idea llevó a la implantación de un *sistema de Seguridad Social* que no aclamaba *derechos colectivos* —masivamente atribuidos a una supuesta comunidad erigida en titular de los mismos— y predicaba de todas las personas físicas —inmersas en los grupos de la sociedad pluralista— *derechos individuales conexos con esas afecciones y con la frecuencia de los menoscabos a que su indemnidad*

quedaba expuesta. La *Política*, informada y regida por el principio subyacente al art. 41 CE, representa una de las especies elegibles por el Estado social y democrático de Derecho para *colmar los espacios vacíos* o menos poblados de una sociedad que, adiestrándose en las *prácticas liberadoras* de ese bienestar, se emancipa a medida que gana en madurez, celeridad y exactitud de diagnóstico para separar la paja del trigo, inventariar sus bienes y sus males, y encontrar los remedios dirigidos al engrandecimiento de los unos y el empuqueñecimiento de los otros.

Si, en vez de encomendar su hallazgo a la lucidez deductiva del intérprete, el constituyente cita nominativamente —para que no subsista duda alguna— la *Política* que el cap. 3.º, tít. I CE hace suya, es porque ha resuelto legar un *testimonio de trascendencia histórica*, aunque no responda de su cumplimiento por la posteridad a la que se ha cursado. Allí hasta donde cala la hondura de su compromiso, porque de otras *Políticas* no se ocupa tan minuciosamente, se apropia la grandeza y servidumbre de un afán novedoso que, sin perjuicio de atrevidas elecciones futuras, define los mínimos de su *elenco de fidelidades* a la cláusula transformadora y social del art. 9.2 CE, y el alcance de la deuda contraída con el *espíritu de cambio*. Esa *Política* trasluce la proclamación que de sus alternativas pluralistas hace el art. 1.1. CE, tanto para esbozar flexiblemente las vías de la transformación, como para evocar —con la solemnidad de un dogma indeleble— el *amplio espectro del hecho constitucional* y suprimir las trabas opuestas a su efectividad.

Se tiene, de entrada, la impresión de que tales principios —sin excluir el anunciado por el art. 41 CE— definen y auspician *Políticas disyuntivamente sociales o económicas*, siendo así que el examen de la rúbrica que les conglomerada conduce a conclusión distinta. En primer lugar, los principios que se ocupan de la Política Económica —conjunto somero, de previsiones ordenadas sobre los contenidos que la delimitan— no figuran ahí, sino en el tít. VII CE, denominado *Economía y Hacienda*. Parece pecar de asistemática una distribución que ha situado bajo dicho encabezamiento los principios centrales y relegado otros —también concernientes a la Economía— al cap.3.º, tít. I CE. Más coherente y armónico es defender que, en este pasaje, el constituyente no establece principios que, unas veces, se predicen de la Política Social y, otras, de la Política Económica, pues, de alimentar un propósito diferenciador, su encabezamiento rezaría de modo más comprensible e inequívoco. Aludiría a *sendas Políticas*, cada una de las cuales operaría, por separado y por su cuenta, en uno de ambos campos. Una exégesis cuerda de la rotulación sugiere que los principios en cuestión atañen a *Políticas que, avaladas por las respectivas proposiciones tutelares, son, simultánea e inseparablemente, sociales y económicas*, porque una revisión —aseada y total— de su contexto ratifica la indivisibilidad y el *carácter bifronte* de las funciones que se les confían.

Enfocando, para comenzar, la esencia y el sentido de la *Política Social*, su diseño ya no es el que de antiguo la equiparaba a la *promoción de la justicia social* en las relaciones de empleo dependiente y en el resto de los beneficios que el Estado de Bienestar deparaba a la causa de la clase trabajadora. Los mensajes de los *textos fundacionales europeos* han respetado la *nominación originaria*, aunque —gradual y lentamente— han añadido las nociones de *espacio social* y *cohesión social* para confesar la cautela y el fraccionamiento con que se presta audiencia a sus demandas. La rapidez del espíritu de cambio y los imperativos del pluralismo social desautorizan que hoy sólo se hable de *una Política Social* —con el alcance poseído desde sus orígenes— y no de las *diversas Políticas Sociales*, cada una de las cuales propende a transformar las comunidades —en que, a la luz del art. 9.2 CE, se integran las personas físicas— y los grupos que aquellos principios rectores contemplan. La *parcela de la Política Social* que brota del principio del art. 41 CE ha dejado de ser, a la clásica usanza, la *única de las Políticas Sociales imaginables y factibles*, y se ha erigido en una de las *varias Políticas Sociales* —la más tradicional y cultivada, si se quiere— que amparan los intereses generales de los grupos refundidos o aglutinados en la sociedad, los de los literalmente preferidos por el constituyente, y, en fin, los de cuantos se adhieren a los ciclos de reconstrucción y crecimiento que acusan los signos de los tiempos.

Los *derechos individuales de corte clásico* —inherentes a la estructura y objetivos del Estado de Derecho liberal burgués— sólo requerían la ausencia de trabas excesivas para que sus titulares, libres de entorpecimientos, los ejercitasen con los recursos a su alcance y sin la *mediación cooperativa* o el refuerzo de los poderes públicos. Los *derechos sociales* —producto de la vestidura que de los *intereses desnudos* hizo el Estado social y democrático de Derecho— reclaman el aditivo de la *implementación económica y técnica*, pues es imposible agotar su provecho a falta de un ingrediente que asegure su *realidad* —algo más que su existencia desvaída o platónica— y su *efectividad*, equivalente a un cambio superador de la escueta eficacia. Parece tautológico añadir a la denominación de las *Políticas Sociales* el calificativo de *Económicas*, pues *la socialidad constituye un concepto sintético que, por sí solo, embebe el economicismo de unas soluciones inviables sin haberse previsto, con la prudente antelación, la naturaleza y magnitud de las necesidades, las preferencias aptas para su racional satisfacción y el volumen de recursos dables para conseguirlo*. El cap. 3.º, tít. I CE quiere, aún así, dejar fuera de duda que cada una de las *Políticas* que sus principios insinúan, es, siempre y en todo lugar, una *Política Social*. Preconiza, con intencionalidad muy enfática, el servicio de los intereses generales de los grupos de la sociedad pluralista más necesitados de atención y en la urgencia de cuyas *revoluciones interiores* hay que insistir sin tregua. Cierto

que una *lectura evolutiva* del art. 41 CE atisba el riesgo de la *suerte minimalista* de estas transformaciones, al descubrir el verdadero rostro de una decadencia activada por el *hecho globalizador* y por la irrupción —voraz e inmisericorde— de las *ideas y las prácticas neoliberales*. Viene a cuento la anécdota —expresiva de una muy grande *miseria moral*— de la conversación habida por un político de pro que, para mayor afrenta de la causa de los desheredados del mundo, invitaba a otro hombre público —contagiado de inquietudes sociales— a desdeñar estas preocupaciones, como quien se libra de una *trasnochada obsesión*, porque, según la crueldad de su diagnóstico, los pobres —que formaban parte de una Historia sólo buena para ser olvidada— *habían perdido la última batalla* y estaban irremisiblemente derrotados.

La mención —conceptualmente superabundante— del *carácter económico* inseparable de la *cualificación social* de cada una de las *Políticas* que acompaña el cap. 3.º, tít. I CE, supone también otro objetivo. A saber, el de que —si, en los demás campos, las dificultades económicas constituyen impedimentos aceptables para desviar o suspender el acondicionamiento y la mejora de los derechos o principios en cuestión— *los reparos economicistas no cuentan al tiempo de rehusar o restringir, sin causa razonable y justa, las operaciones expansivas que la fuerza de los principios informadores y rectores reivindica con galopante intensidad*. Ahora bien, como una cosa es la *consigna general del espíritu de cambio* —patente en el art. 9.2 CE— y otra la *selección no controlable* de sus contenidos y objetivos, los peligros de la inconstitucionalidad por omisión —resistente a las tentativas de ponerle fin— representan una dificultad mayor que los inconvenientes de aquella supeditación y de los episodios en que se concreta.

4. Derecho fundamental a la tutela de la Seguridad Social

Hay que reparar en la teoría —cuya agudeza no ha prevalecido— según la que el *derecho fundamental a la seguridad de todos*, recogido en el art. 17.1 CE, disponía de un contenido esencial o núcleo invulnerable que abarcaba el haz de intereses generales protegidos por el *régimen público de Seguridad Social*. El viejo mundo industrial y, a escala suya, las relaciones de trabajo que lo componían, incitaron a conjeturas estadísticas que, para obtener conclusiones provechosas, sopesaban la constancia de los riesgos relativos a la indemnidad física de los trabajadores y la frecuencia —no escasa— con que acontecían. Riesgos que, sin aparejar acaecimientos rigurosamente cíclicos o regularmente reiterados, exigían provisiones al servicio del interés —general e irrenunciable— en impedir, aliviar o poner fin a los daños, personales y reales, derivados del ejercicio de la actividad

profesional por cuenta ajena. Partiendo de esta *idea germinal*, el derecho a los beneficios de la Seguridad Social comparte el acervo de bienes que el Derecho asocia a los derechos fundamentales —a que aluden los arts. 15 y 17.1 CE— a *la vida, la integridad física y la seguridad de las personas*. Se consolida la experiencia —fruto de una Política Legislativa que, para combatir el *miedo al vacío*, prefiere las *superposiciones inteligibles* a las *lagunas desorientadoras*— de una misma norma jurídica distribuida en dos o más preceptos cuya cointegración garantiza la dosis de tutela adecuada al interés que se protege.

De aceptarse la tesis expuesta, que cuenta con los avales de una *ocurrencia inteligente*, el art. 41 CE no se ha limitado a declarar la subsistencia de un régimen público de Seguridad Social que, de una parte, *se garantiza* —lo que entraña una obligación estatal más intensa que el reconocimiento de su imperio— y que, de otra, *se relega a un pasaje inconsecuente con los valores que el Estado social y democrático de Derecho le asigna desde sus orígenes*. El art. 41 CE sobrevive como *norma de acción* que requiere elegir y aplicar, con urgencia, los aspectos inéditos del contenido esencial de los arts. 15 y 17.1 CE, que pertenecen a ese estado de cosas y encarnan las *situaciones de necesidad correspondientes*. Ello cabe sin obstáculo, lo más mínimo, a la naturaleza de derecho fundamental que, según esa sugestiva lectura, presenta el derecho a la Seguridad Social, ni ser el único reducto constitucional que invita a ocupar el *espacio habitable* que así se acrecienta.

Para paliar la insuficiencia del confinamiento —crudamente desconsiderado— de la protección de la Seguridad Social en un pasaje depresivo, se ha inventado —es decir, *descubierto a través del discurso jurídico*— un *concurso de normas* que subsume en los arts. 14 o 24.1 CE los problemas que, de otro modo, sólo encajarían en el troquel estricto o *figura rectora* del art. 41 CE. Se ha llegado, con poder persuasivo y resultados justos, a reformular o rehacer su planteamiento en unos términos que permitan trasladar la cuestión suscitada al *campo de los derechos fundamentales* que esos preceptos reconocen. El razonamiento empleado evoca un uso alternativo —tácito y entre líneas— de la legalidad fundamental y se asemeja al que el Derecho Penal utiliza para resolver los llamados *conflictos aparentes de normas*. Trayendo a capítulo los derechos fundamentales a la *no discriminación* —frente a las diferencias de trato privadas de una justificación objetiva y razonable— y a la *efectiva tutela judicial*, que invade o roza casi siempre los dominios de la legalidad ordinaria, se abren sendas en que una *reconversión o puesta en orden de los intereses debatidos* suministra la cobertura óptima del derecho a la Seguridad Social. La protección —inviabile con base en el principio del art. 41 CE— facilita el *equipaje de las garantías* que, sobre todo en punto al recurso de amparo, adjudica a los derechos fundamentales y a las libertades públicas el art. 53.2 CE.

Se ingiere una consideración de última hora. *Una aportación del texto constitucional europeo —aniquilado por falta de ratificación unánime— consistía en incorporar la CDFUE (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), que —bajo el título de Solidaridad y reiterando la lista de los consabidos derechos sociales— les confiere, incluido el derecho a la Seguridad Social, el título de derechos fundamentales cuyos contenidos centrales describen los arts. 87 a 94 TCUE. Estos preceptos reconocen los derechos a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, a la negociación colectiva y a la acción sindical, al acceso a los servicios de colocación, a la protección contra los despidos injustificados, a la prestación de trabajo en condiciones equitativas y justas, a la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo, a la coordinación de la actividad profesional y la vida familiar y, en fin, a la Seguridad Social, que ya lo era merced al anterior razonamiento que ahora se recupera y rehabilita.*

La tesis que, tras el *descarrilamiento* del TCUE, revive y recobra su razonabilidad, deja indemne la atribución al derecho a la Seguridad Social —junto con los demás derechos sociales mencionados— del carácter de *derecho fundamental en el ámbito social europeo*. Lo cual no significa que, por obra de una súbita conversión o acto de fe, los poderes públicos de los Estados miembros —más bien devotos de los *prejuicios economicistas*— comulguen, afanosamente y de buen grado, con estas conclusiones.

Es claro que —en sana puridad democrática— la no ratificación del TCUE, procedente de la opinión popular directamente consultada, equivale a una manifestación de voluntad definitiva o negativa irreversible que agota esa oportunidad, sin que se pueda subsanar ni corregir —en busca de una unanimidad anómala y tardía— promoviendo, dentro del procedimiento ya herido de muerte, una ulterior ratificación parlamentaria.

5. Renacimiento de una anterior doctrina

La posición es defendible desde que el art. 136 I VCTR (Versión consolidada del Tratado de Roma, modificado por el TA (Tratado de Ámsterdam de 20.10.(9)97)) dio nueva redacción al art. 117 I VATR (Versión anterior del Tratado de Roma de 25.05.(9)57), que —pese a la *debilitación semántica* de algunas de sus versiones nacionales— conservaba una *cláusula de corte igualitario*, cuya intencionalidad y energía recordaban la inspiración de los arts. 3 II CI (Constitución italiana de 27.12.(9)47) y 9.2 CE. De acuerdo con el art. 1.12 TA, esa orientación —encaminada a la *igualación en el progreso* venida de la mejora de las condiciones de vida y de empleo de los trabajadores en los Estados miembros— se completa

con el compromiso de dos proposiciones esenciales para iluminar el *semblante de una Europa Social* que, sin veladuras ni disfraces, comunica su voluntad de ser tal. Una de ellas señala que, entre otros objetivos, la UE y los Estados miembros perseguirán el consistente en una *adecuada protección social*. La otra indica que, con el mismo fin, emprenderán acciones de *exploración y vigilancia de la diversidad de las prácticas nacionales* al respecto. Precisiones de máximo rigor y que, a la hora de cimentar el sector del ordenamiento jurídico europeo de la Seguridad Social, llevan a pensar de dos modos. O bien esas prácticas afianzan la firmeza de las orientaciones comunitarias y aceleran su consolidación, porque se ajustan de antemano al espíritu y finalidad del *Derecho de Gentes* que hay que construir —sin dilaciones ni lagunas— para liquidar las promesas crípticas y las divagaciones especulativas sobre un futuro que, aunque *se dice estar tocando con la mano*, parece inaprehensible. O bien —ante unas prácticas nacionales corregibles o menos elogiables— se denuncia su irrazonabilidad o su injustificado arbitrio, porque conculcan la *universalidad de los principios informadores del depósito de los derechos sociales, en general, y, en particular, del derecho a la acción protectora de la Seguridad Social*. Pautas que, según el art. 137.3 mat. (materia)1 VCTR, forman parte del *componente normativo* que, a propuesta de la ComUE (Comisión de la Unión Europea) y previas las consultas del caso, debe el ConUE (Consejo de la Unión Europea) rehacer —por unanimidad— para constituir la *Seguridad Social de los trabajadores*.

Este discurso y las reflexiones que le acondicionan, *eran provisionales* mientras se predecía el resultado favorable que —a juzgar por el optimismo de las cábalas y el presumible asentimiento de los Estados miembros— cerraría con éxito el procedimiento aprobatorio del TCUE. Nadie intuía un *insalvable atolladero* del trámite de conformidad que —por vía de democracia directa o delegada— comprendía la *ratificación unánime* de los países signatarios, que, sin excepciones, requiere el art. 447 TCUE. El tít. IV, part. (parte) II TCUE confería —como ha quedado dicho— a los derechos sociales la *condición de derechos fundamentales* y su terminante sistematización *tenía que suceder a una interpretación que, por obra y gracia de la falta de unanimidad, no se desecha, sino que permanece*. Lo inviable de la unanimidad —causada por episodios que, a estas alturas, evidencian la *dosis de conciencia europea* de los Estados soberanos que han denegado o diferido sus declaraciones de coasentimiento— resucita el estado de cosas defendido con la argumentación que ha empezado a exponerse y debe conservarse.

Hay que destacar, volviendo al discurso interrumpido, la *importancia renacida* de la toma de posición que justifica el art. 136 I VCTR. El art. 2.58 TA finaliza la *operación depuradora* consistente en cancelar

la *situación desconcertante y surrealista que* —merced a una cómoda transigencia política y un falso espíritu de consenso— le había precedido. Deroga el Prot. PS (Protocolo relativo a la Política Social) y el APS (Acuerdo sobre Política Social adjunto al Prot.PS), que, cercenados de la parte dispositiva de la VATUE (Versión anterior del Tratado de la Unión Europea de 7.02.(9)92), alojaban —en régimen de *vagancia vergonzante*— unas consignas de Política Social cuya *plenitud y pulcritud académicas* chocaban con la esterilidad jurídica de su posición sistemática. El inicio del Prot.PS pregonaba el *escueto deseo* —mucho menos que la *voluntad programática* y alejado, años luz, de la *eficacia preceptiva directa*— de aplicar, a partir del *acervo comunitario* o, lo que es lo mismo, del bloque de constitucionalidad europeo para cada materia, la CCDFST (Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 8 y 9.12(9)89), sin preocuparse, lo más mínimo, de fortalecer la irrevocabilidad y el arraigo de las situaciones jurídicas que este documento define, ni adelantar iniciativas aptas para desvirtuar lo heterogéneo de su *texto de compromiso*.

El art. 136 I VCTR —que impone a la Comunidad y a los Estados miembros el objetivo de instaurar una *protección social adecuada* ¿a qué intereses, finalidades, utilidades, necesidades, conveniencias y, en general, estados de cosas?— declara que, al actuar en pro y en pos de lo que este concepto jurídico indeterminado significa, se han de tener presentes los *derechos sociales fundamentales* enunciados en la CSE (Carta Social Europea de 18.10.(9)61) y los que, al mencionar los *derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, reconoce la CCDFST. *La remisión que así se hace, delimita el más reciente contenido del Derecho fundamental comunitario —cuya versión y validez jurídica retornan tras el irrevocable revés electoral del TCUE— y diseña el derecho a la acción protectora de la Seguridad Social como un derecho fundamental provisto de cuantos atributos le acompañan en calidad de tal.* De ahí, las *obligaciones estatales* de emprender las reformas constitucionales procedentes y enmendar una distribución reñida con el carácter adjudicado a estos derechos por la naturaleza de las cosas y no por el arbitrio —variable y movedizo— de una cambiante voluntad política. El art. 136 I VCTR demuestra —con el valor dogmático de su envío a textos anteriores que, una vez positivizados, *gozan del vigor que nunca debió desasistirles*— que, además de los otros derechos que enumera, *el derecho a la Seguridad Social de los trabajadores es un derecho fundamental*. Dictamen de la *razón teórica* con que opera el constituyente europeo —después de congelarse la *mejora absoluta* que el tít. IV, part. II TCUE reservaba a la suerte de los derechos sociales— y que, ante las admoniciones inmediatas de la *razón práctica*, explica el acierto de la calificación defendida.

6. Aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario

Se ha malogrado el empeño en concluir con éxito un proceso constituyente que, además de serlo formalmente, probaría el *asentimiento reflexivo* y *no desinformado* de los pueblos de los Estados soberanos llamados a ratificar el TCUE. Renace, para colmar una laguna que no se puede eternizar, la asignación del *carácter fundamental* que corresponde a los derechos sociales europeos. Ante el sesgo imprevisto de los acontecimientos, cabe que la remisión del art. 136 I VCTR —activa de nuevo en ese campo— no se tome en consideración, preponderando el hábito de la *sordera endémica* o la *caída en saco roto*, o que, improbablemente, se reconozca el *carácter fundamental del derecho a la Seguridad Social* y se le traslade al pasaje rubricado *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*, que le pertenece y que encabeza la sec. 1.ª, cap. 2.º, tít. I CE. Omitir este deber de adaptación y olvidarse del procedimiento de reforma que fijan los arts. 87.1 y 2, y 168.1 CE, no quiere decir que las conclusiones defendidas dejen de surtir los efectos técnico-jurídicos que su aplicación determina.

Es entonces cuando el *principio de primacía del Derecho Comunitario* tiene que intervenir. Su tenor da a entender —como variante o diversión del clásico *principio de jerarquía normativa*— que, con independencia de su rango, *las reglas jurídicas emanadas de los órganos comunitarios competentes para generarlas, prevalecen sobre las que —destinadas por los Estados miembros a ordenar instituciones homólogas, análogas o afines— vulneran las normas superiores del depósito del Derecho fundamental —constante, hasta el momento, en los Tratados sucesivos— y del Derecho derivado que surge del desarrollo del primero*. Lo maleable del espíritu y la finalidad del principio se movilizan ante el problema debatido, porque la primacía del Derecho Comunitario va más allá de la *superioridad excluyente* o el *imperio de las normas jurídicas europeas sobre las disposiciones estatales*, que, si les son incompatibles, tienen que inaplicarse, cuando menos, a la situación controvertida, si no hay mecanismos directamente destinados a expulsar del ordenamiento jurídico del Estado la norma de rango inferior que motiva la contradicción.

La primacía del Derecho Comunitario no se ciñe al control del *contenido dispositivo* de las relaciones de jerarquía normativa en el seno de una materia o institución determinada, sino que también toca a la *naturaleza* —que, al identificarla, le confiere igualdad consigo misma— y a los *perfiles axiológicos* de su calificación. *El Derecho objetivo de los Estados miembros no puede, so pena de violar ese principio, rebajar la dignidad ni mudar la naturaleza jurídica de una institución que —como aquí sucede con el derecho a la Seguridad Social— las normas comunitarias recobradas diseñan más esmeradamente y a la que —por vía de hallazgo y*

especificación de sus rasgos de identidad— atribuyen superior condición o dotan de una tutela más intensa que la que simultáneamente le conceden la legalidad constitucional o la legislación ordinaria del Estado.

Hace falta que, ante contradicciones tan palpables, el Estado miembro —cuya legislación debe enmendarse para eliminar la vulneración denunciada— reforme los oportunos extremos del sector correspondiente del ordenamiento jurídico y restaure la adecuación pendiente de efectuarse. Si deja de hacerlo y omite —como ocurre con alguna frecuencia— sus *deberes de Estado-legislador*, la distinción concedida por el ordenamiento jurídico comunitario al derecho a la Seguridad Social no se paraliza ni queda sin efecto. Por algo el mandato del art. 9.2 CE está en primera línea y *nunca muere la confianza puesta en su realidad y efectividad transformadoras*. Su cláusula se impone a todas y cada una de las instancias y poderes públicos que, partiendo de esa sujeción, quedan vinculados por lo que, lejos de un *caprichoso cambio de etiqueta*, es la *última palabra* que, de momento, puede decir y está diciendo el Derecho fundamental comunitario. La *condición fisionómica* que —hoy por hoy y no a la luz del tít. IV, part. II TCUE, sino del estado de cosas que suple la *imposibilidad jurídica de una ratificación unánime de los Estados miembros de la UE antes de 1.11.06*— adquiere el derecho a la protección de la Seguridad Social, sigue obligando a esos países que, en el caso de haberse logrado la deseada, se someterían a lo dispuesto en los arts. 440.1, 446 y 447.2 TCUE.

Deben, conforme a la *legalidad resucitada y vigente*, disponer lo preciso para que *el Derecho del régimen público de la Seguridad Social obtenga, sin tardanza ni excusa, el tratamiento de un derecho fundamental nacido de una solidaridad sabiamente entendida y expresiva —como reza el Pr.(Preámbulo) CDFUE— de un valor ínsito en el bloque —universal e indivisible— de la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona humana, que ocupa el centro de un espacio de seguridad y de justicia.*

¿Qué ha de esperarse de la *tercera vía* que, como versión difusamente divulgada, evoca, no menos nebulosamente, ciertos compromisos históricos del Estado de Bienestar y dice aspirar a que la Política de las relaciones de trabajo y de la Seguridad Social deje de ser la *pariente pobre y menos venerada* de cuantas pueblan la *tierra prometida de la Europa Social*? ¿No son los autores de esta *predicción enigmática* —a juzgar por su talante personal y por los testimonios históricos de su puesta en escena— los menos indicados para hacer de su augurio algo distinto del *cambio de etiqueta* que, gracias a sus habilidades persuasivas, produce el efecto adormecedor de las *promesas hechas para no ser cumplidas*?

Las *lecturas originalista y evolutiva* que, siempre a través de un uso alternativo constitucional, tolera el artículo 41 de la Constitución —norma de acción concerniente al derecho fundamental en que se ha transformado su principio— dependen, en mucho, de las consideraciones expuestas hasta aquí.

El desafío o problema nacionalista

Ignacio M.^a Beobide Ezpeleta

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto

Resumen: Este trabajo pretende analizar las interpretaciones que los partidos políticos y la prensa en sus editoriales y comentarios hicieron sobre el planteamiento estratégico que el nacionalismo vasco —Partido Nacionalista Vasco y Eusko Alkartasuna— inició con la idea de culminarlo en la legislatura siguiente a las elecciones de 2004, una vez fracasado el llamado pacto de Estella de 1998 entre todas las fuerzas nacionalistas, políticas y sociales. Para el Partido Popular se trató de un desafío al Estado constitucional, que se agravaba por las alianzas de los socialistas con los nacionalistas y por la debilidad y división ideológica del socialismo. Para el Partido Socialista, el desafío lo había ya desarrollado la derecha española contra la democracia y las libertades, y la radicalización del nacionalismo era una de sus consecuencias. La prensa criticó la exageración de los partidos y defendió de manera expresa o tácita que el problema político en el País Vasco era el nacionalismo y que, si cabía hablar de reto, éste provenía de la violencia de ETA, de las relaciones con el resto del nacionalismo y de la nueva estrategia nacionalista.

Palabras clave: nacionalismo, prensa, elecciones, partidos políticos.

Abstract: *This paper tries to analyse the explanations that political parties and newspapers —editorials and opinion articles— elaborated on the strategic approach that the Basque Nationalism —Partido Nacionalista Vasco and Eusko Alkartasuna— initiated after the failure of the 1998 Estella Agreement between all nationalist forces, social and political, to be undertaken after the 2004 elections. According to the Partido Popular's view, it was about a challenge to the Constitutional State, aggravated by the alliance between the nationalist forces and the weakness and ideological division of socialism. In turn, the Partido Socialista considered that the Spanish Right had already challenged democracy and social and political liberties, and that the radicalisation of nationalism was just a consequence. The press criticised the immoderation of political parties and argued, expressly or tacitly, that nationalism was the political problem in the Basque Country and that, if there was a challenge, this came from ETA's violence, the relationships with the rest of nationalist forces and the new nationalist strategy.*

Key words: *nationalism, the press, elections, political parties.*

Sumario: Introducción.—Las campañas del PNV, PSOE y PP en las elecciones generales de 2004.—La tragedia del 11 de marzo en Madrid: la aparente suspensión de la campaña.—La línea editorial.—Las colaboraciones: A) Comentarios anteriores al 11 de marzo; B) Comentarios a la tragedia del 11 de marzo.—Conclusiones.

Introducción

El año 1998 trajo consigo un notable cambio en la política en el País Vasco. No fue un cambio ideológico, sino estratégico. Fue el nacionalismo en su conjunto el protagonista de ese cambio, que se concretó en la llamada Declaración de Estella —a la que se unió un partido que no se definía nacionalista, Izquierda Unida-EB— y en la tregua indefinida de ETA de 12 y 16 de septiembre. Estos dos acontecimientos, según los nacionalistas, habían permitido crear un momento histórico excepcional, debido a la agregación de las fuerzas nacionalistas y la exclusión de las no nacionalistas, que había que aprovechar de manera inmediata en las elecciones autonómicas de octubre del mismo año para realizar la paz y los objetivos últimos del nacionalismo.

La unidad de los firmantes del pacto se fundamentó en los siguientes criterios: la exclusión de los partidos no nacionalistas, la muerte por agotamiento de la Constitución y del Estatuto de Gernika; la defensa de la autodeterminación para conseguir la soberanía e independencia de Euskal Herria; las consecuencias integradoras para la sociedad vasca de las tesis nacionalistas y la difusión a la opinión pública de lo que Weber llamaba «el estado del sol naciente», es decir, la comunicación de una supuesta euforia e ilusión colectiva por el nuevo camino del pueblo vasco hacia su libertad.

Esta unidad influyó en la campaña de 1998; se redujeron enormemente los ataques entre los partidos nacionalistas y aumentaron las censuras a los partidos nacionales. Sin embargo, no pudieron evitarse las divergencias entre ellos. Mientras el PNV defendió que la tregua indefinida se convertiría necesariamente en definitiva, Batasuna lo puso en duda. Hubo, además —teniendo siempre en cuenta las manifestaciones y acciones de los protagonistas—, diferencias más profundas. PNV y EA entendieron que el proceso político a partir de la celebración de las elecciones debía comenzar por la paz y el fin de la violencia. Consolidada la paz y, siempre que quedara claro que la paz era obra del nacionalismo, éste estaría en condiciones de ir gradualmente a la realización de sus objetivos máximos. Esto dependía del éxito inmediato electoral. De este modo, la paz sería una paz nacionalista. Herri Batasuna, por el contrario, defendió que la paz y la soberanía eran la misma cosa o, más bien, dos aspectos de una misma realidad. La paz y la desaparición de la violencia serían la consecuencia de la soberanía y la independencia. Mientras ésta no fuera total no habría paz. Los pasos graduales hacia la soberanía acercarían a la paz, pero la paz sólo podía ser «soberana» y, mientras no lo fuese, la ausencia de violencia únicamente sería una concesión provisional y vigilada.

Este planteamiento de Lizarra fue un fracaso política y socialmente. Ni siquiera consiguió aumentar el número de escaños del bloque nacionalista.

Se repitieron los resultados de las autonómicas anteriores de 1994: 41 nacionalistas v. 34. ETA volvió a asesinar a socialistas y populares, se rompió la unidad nacionalista, se demostró que la euforia era una invención de la clase política nacionalista, se deshicieron los pactos de gobierno y los nacionalistas tuvieron la tribuna pública de la campaña de las elecciones generales de 2000 para echarse mutuamente la culpa del fracaso. La razón esgrimida por ambas partes — PNV-EA y HB-ETA — fue la misma: el incumplimiento de los acuerdos. Ésta no fue la única cosa en común; también estuvieron de acuerdo en que el pacto fue valioso y lo seguía siendo y en que la unidad nacionalista era absolutamente imprescindible. Es decir, se mostraba la convicción de que sólo la unidad podía ser garante del éxito del nacionalismo ante el crecimiento de socialistas y populares en la década de los años noventa. Pero el fracaso de Estella demostraba que la unidad era mucho más difícil de lo que frívolamente se creía. El avance de los populares en las elecciones y la ausencia de HB dieron, de nuevo, el triunfo a los partidos de ámbito nacional en las elecciones generales de 2000, en las que el nacionalismo recurrió al derecho de autodeterminación y a la culminación del Estatuto de Gernika como pasos previos hacia la soberanía y libertad vascas.

A pesar de la desunión estratégica entre las fuerzas nacionalistas, todas ellas siguieron defendiendo los mismos puntos que les habían unido anteriormente. PNV y EA, en coalición en las elecciones autonómicas de 2001, incluyeron en su programa el respeto a las decisiones de la sociedad vasca, el reconocimiento del derecho a decidir su propio futuro, es decir, la autodeterminación, la federación de Euskadi y Navarra y la asociación con los territorios vasco-franceses, siempre con la intención de alcanzar en último término la soberanía nacional, aunque, a la hora de pedir el voto, moderaron su nacionalismo en busca del éxito electoral, que no llegaría.

El programa electoral de 2001 repetía el ideal del Pacto de Lizarra, cuando afirmaba que los fundamentos de la paz en el País Vasco eran el derecho a la vida y a la libertad individual, el diálogo político y el respeto a las decisiones de los vascos. De este modo, se repetía como en Lizarra que la consecución de los fines políticos nacionalistas eran la condición de la paz. Pero esta interpretación era la que, en su momento, hizo el abertzalismo de HB, no la que hizo el PNV. Según esto, el PP no andaba lejos de la realidad al decir que el PNV había radicalizado aún más su postura política. El orden estratégico no era ya primero la paz «nacionalista» y después la soberanía, sino el que defendió HB: primero, el triunfo político y, después o a la vez, la paz.

En 2001, pues, el Pacto de Lizarra, aunque parecía imposible, seguía siendo un desideratum nacionalista. La causa de la contradicción entre la unidad deseada y la división real la coalición nacionalista la basó en la violencia criminal de ETA, mientras que Batasuna la explicó por el rechazo del PNV y EA a la oferta de alianza para la construcción nacional y la soberanía. Pero el

rechazo de ETA por su violencia no despejó todas las dudas sobre el posible apoyo de EH a la investidura de Ibarretxe. La misma condena de ETA y de su violencia se ensombrecía, cuando el PNV colocaba a ETA y al PP en los extremos del arco político vasco polarizando la oposición a un centro «nacionalista» y «demócrata» ocupado, fundamentalmente, por el PNV. Con este planteamiento se ocultaba la verdadera naturaleza del problema de Euskadi y se insinuaba la convicción, tantas veces dicha, de que ETA, por asesina que fuera, era una consecuencia del problema que sufría Euskadi.

El PP interpretó que los nacionalistas buscaban la reedición del pacto de Lizarra mediante una nueva tregua. El PNV, según esto, tendría elaborada una estrategia de convergencia con ETA y el objetivo popular era, por consiguiente, derrotar al régimen nacionalista. Para ello había que desalojar a los nacionalistas del poder. De la misma manera pensó el PSOE. El triunfo electoral de un PNV radicalizado traería consigo la potenciación del frente nacionalista. Las elecciones eran la ocasión para derrotar al fascismo, al fanatismo, a la intransigencia, a la impunidad y al miedo nacionalistas. El resultado de las elecciones de 2001 redujo las diferencias entre nacionalistas —40 escaños— y los demás partidos —35—.

La ilegalización posterior de EH, que creó nuevas afinidades entre el PNV y los nacionalistas de EH bajo la fórmula de defensa de los derechos políticos de todos, la aprobación por el Parlamento Vasco de la falsamente llamada reforma del Estatuto —o plan Ibarretxe—, por su carácter netamente anticonstitucional y, sobre todo, el anuncio de que se sometería a referéndum en la siguiente legislatura, fuese cual fuese el resultado de su paso por las Cortes, permiten plantear el objeto de análisis de este trabajo: la interpretación que hicieron los partidos políticos y la prensa del planteamiento estratégico del nacionalismo vasco tal como aparece en las campañas de las elecciones generales de 2004¹.

Los datos básicos de estas elecciones generales de 2004 fueron los siguientes (1.º cuadro):

Censo electoral	34.571.831	
N.º votantes	26.155.436	75,66%
Abstención	8.416.395	24,34%
Votos válidos	25.891.299	98,99%

¹ Sólo se utiliza el periódico *El Correo* de Bilbao en su edición para Vizcaya. Para la introducción, ver mis trabajos: Rev. *Estudios de Deusto*; vol. 46/2, julio-diciembre 1998, «Elecciones al Parlamento Vasco de 25 de octubre de 1998»; vol. 48/2, julio-diciembre 2000, «Prensa y elecciones generales en Euskadi (12 de marzo de 2000)»; vol. 49/1, enero-junio 2001, «Comunidad Autónoma Vasca: Elecciones autonómicas del 13 de mayo de 2001. La coalición electoral nacionalista».

En el segundo cuadro² se pueden ver los resultados generales al Congreso:

Candidatura	Votos	%	Diputados
PSOE	11.026.163	42,59	164
PP	9.763.144	37,71	148
CIU	835.471	3,23	10
ERC	652.196	2,52	8
PNV	420.980	1,63	7
IU	1.284.081	4,96	5
CC	235.221	0,91	3
BNG	208.688	0,81	2
CHA	94.252	0,36	1
EA	80.905	0,31	1
NA-BAI	61.045	0,24	1

En el tercer cuadro aparecen los resultados de las elecciones en el País Vasco, donde se disputaban 19 escaños:

Candidatura	Votos	%	Escaños
PNV	420.980	34,19%	7
PSE-EE/PSOE	339.751	27,59%	7
PP	235.785	19,15%	4
EA	80.095	6,57%	1 ³

La evolución en el País Vasco por bloques⁴, nacionales o de ámbito general y nacionalistas o de ámbito regional, tanto de votos (V) como de escaños (E) aparece en el siguiente cuadro:

² En este cuadro como en los siguientes sólo se tienen en cuenta los partidos que sacaron algún escaño.

³ Izquierda Unida-EB sacó 102.342 votos, pero no obtuvo ningún escaño.

⁴ Los bloques los integran el Partido Socialista, el Partido Popular (o sus antecesores como Unión de Centro Democrático), IU (o antecesores como el Partido Comunista), por un lado, y, por el otro, el Partido Nacionalista, Eusko Alkartasuna, Batasuna (con sus diversos nombres) y, en su momento, Euskadiko Eskerra. El número de escaños a repartir fue de 21 hasta 1989. A partir de 1993 inclusive es de 19. Únicamente en 1993 el bloque ganador en escaños tuvo menos votos.

	1977	1979	1982	1986	1989	1993	1996	2000	2004
B. nacional									
V	442.358	358.842	487.768	402.885	337.347	469.200	645.918	589.818	575.536
E	12	10	10	9	8	11	11	11	11
B. nacionalista									
V	357.610	505.075	647.077	597.807	659.667	580.419	574.274	433.974	501.885
E	9	11	11	12	13	10	8	8	8 ⁵

En primer lugar, desarrollo la campaña —dividida en dos partes, hasta la tragedia del día 11 de marzo en Madrid y la posterior hasta el día de las votaciones— de los tres grandes partidos en las circunscripciones vascas, PNV, PSE y PP, dejando para notas las campañas de EA y EB-IU; en segundo lugar, los editoriales; en tercer lugar, los comentarios, también separados en dos bloques, antes y después del día 11, y, por último, las conclusiones del trabajo.

La descripción de las campañas sigue un orden cronológico, que trata de transmitir no sólo los «mensajes» de los partidos, sino también el «mensaje» —siguiendo la terminología conceptual de McLuhan— a que someten los políticos al electorado.

La campaña del PNV

Casi al final de la campaña el cabeza de lista del PNV por Vizcaya manifestó en una entrevista que el PNV no tenía nada que hacer en una campaña polarizada en torno a Rajoy y Zapatero, los candidatos del Partido Popular y del Partido Socialista a la presidencia del Gobierno de España. Algunos comentarios añadieron que esto ocurría a pesar de los intentos nacionalistas de abrirse un hueco en la campaña. Tal vez, sea más exacto decir que no tuvo sitio en la campaña, porque no existía ni conciencia de Estado, ni interés de Estado, ni política de Estado. Se trató de una campaña exclusivamente localista y nacionalista que, salvo alguna referencia difusa a posibles pactos con el partido ganador, se dedicó a reclamar al Estado reivindicaciones políticas y sociales, que se usaron, además, como instrumentos de ataque y censura contra los partidos nacionales. Fue lo más parecido a una campaña autonómica de elecciones al Parlamento vasco.

El eje de la campaña lo constituyó el objetivo de lograr un grupo «fuerte» en el Parlamento para conseguir el nuevo Estatuto —el «plan Ibarretxe»— en cuanto instrumento para la normalización política de Euskadi,

⁵ <http://www.elecciones.mir.es/MIR/jsp/resultados/index.htm>, <http://www9.euskadi.net/q93/ToDoWar/q93Indice.jsp> y elaboración propia.

es decir, para su libertad y democracia nacionales, la autodeterminación y su identidad como pueblo y, también, para defender los intereses vascos económicos y de cualquier otro tipo ante la actitud contraria a la nación vasca de los grandes partidos, PP y PSOE, principalmente, el primero, que pretendían borrar la identidad del País Vasco.

El 55% de las intervenciones estuvo dirigido contra los partidos políticos, destacando el ataque contra el Partido Popular con un 35% y, en menor cuantía, el Partido Socialista y ETA-Batasuna con un 10% cada uno. El resto de la campaña, el 45%, lo ocupó el programa electoral, en el que de manera abrumadora, el 30% del total de la campaña, sobresalió el proyecto político de reforma del Estatuto vasco. El horizonte político lo constituía la normalización política, concepto que contenía las reivindicaciones radicales nacionalistas que eran su *conditio sine qua non* de la paz definitiva. La campaña unió la presentación del proyecto político y la censura a los partidos políticos.

Después de una tensa precampaña, el presidente del PNV, Imaz, inició sus intervenciones con el anuncio de que descartaba pactos con Rajoy o Zapatero, a no ser que se abordase la normalización de Euskadi. El objetivo electoral era consolidar los 345.000 votos y 7 escaños conseguidos en las generales del 2000 para tener un grupo fuerte en el Congreso que pudiera impulsar el plan Ibarretxe. El PNV consideraría una buena noticia que el PP no repitiera mayoría absoluta, ante lo cual no cerraba ninguna puerta para la siguiente legislatura. Las premisas para llegar a acuerdos con cualquiera de los dos partidos nacionales eran la apuesta por el diálogo y la voluntad clara de resolver el problema de la normalización política de Euskadi. De momento, resultaba ser pura ficción pensar en pactos con Rajoy o Zapatero sobre la base de un proyecto compartido de normalización y un trabajo conjunto en favor de un nuevo Estatuto. De todos modos, en cualquier negociación el plan Ibarretxe estaría en cima de la mesa. Diálogo con todos los partidos y ayuda para la regeneración democrática tras la involución y la regresión autonómica del PP eran la oferta del nacionalismo, que se consideraba a sí mismo, y no a los socialistas, como la verdadera oposición al PP. En este sentido, el voto nulo propugnado por la ilegalizada HB eran votos perdidos que favorecían al Partido Popular. La comunicación entre partidos era imprescindible para hacer frente a la crispación y alcanzar un doble pacto entre vascos y con el Estado. Ibarretxe, por su parte, pidió a los electores que respaldasen el 14-M la eventual convocatoria de una consulta en la que los ciudadanos vascos pudiesen decidir su futuro sin ir a la cárcel⁶.

Esta presentación del contenido de la campaña se repitió en los días siguientes con pequeñas modificaciones. Así, en el primer mitin oficial de

⁶ *El Correo* 27-2-04 (24 y 28).

la campaña Arzalluz e Imaz justificaron la trascendencia de estar en Madrid en defender la nación vasca, su reconocimiento jurídico y su derecho a decidir en un eventual referéndum. Es decir, en Madrid era necesario un grupo «fuerte» para impulsar el plan Ibarretxe —la mayoría del tribunal constitucional, diría Ibarretxe, no estaba por la labor de paralizarlo— orientado a cerrar la transición en Euskadi —la primera transición, según Arzalluz, fue una enorme improvisación y una farsa— con un nuevo pacto con el Estado que garantizase el derecho de autodeterminación y el reconocimiento jurídico de la nación vasca. Prácticamente se dijeron las mismas cosas que en la presentación de la campaña. Lo que se añadió fue un intento de justificación del nuevo pacto, ya que el anterior se había quebrado con la actuación continua del Partido Popular de reducir el autogobierno vasco, de lo que sería un ejemplo el recurso interpuesto contra la ley universitaria vasca; por otra parte, lo que llevó a impulsar el texto del Estatuto fue la adicional que recogía una reserva de derechos históricos. La participación de Ibarretxe en este mitin destacó que la verdadera oposición al PP en Madrid la había hecho el Partido Nacionalista demostrando que los intereses vascos se podían defender con ideas y no con la violencia irracional e inhumana de ETA; así mismo, insistió en que PP y PSOE tenían que aceptar que existía un conflicto político más allá del terrorismo que exigía afrontarlo con el diálogo⁷.

Del mismo modo, Urkullu manifestó que tras cuatro años de mayoría absoluta, la presencia «fuerte» del PNV en Madrid era necesaria para preservar «la libertad, la democracia y la identidad como pueblo» de los vascos, cerrar la segunda transición y conseguir el derecho de los vascos a decidir su futuro. En Madrid se jugaba el plan Ibarretxe y se jugaba, también, la defensa de los intereses de Euskadi (afirmación esta última que se dijo en todas las elecciones desde 1977). La legislatura siguiente iba a ser (Imaz) la del reconocimiento nacional de Euskadi y creación de un nuevo modelo de Estado. Los votos que preocupaban al PP eran los que obtenía el PNV, no las papeletas inútiles que pedía Batasuna, sufragios no sólo perdidos, sino favorables para quienes intentaron destrozarse políticamente a Carod Rovira y formar una nueva mayoría del PP. Las únicas novedades en el mensaje nacionalista fueron las de decir que el Estatuto se había desarrollado sólo gracias a los nacionalistas, la crítica conjunta al PP y PSOE, a quien se acusaba de seguidismo, y la afirmación de Olabarria de que el PP y PSOE habían gobernado juntos a través de siete pactos de Estado⁸.

La afirmación de la unidad de acción y de objetivos antinacionalistas del PP y el PSOE se repetiría en el acto del Kursaal en San Sebastián, donde

⁷ *El Correo* 28-2-04 (26).

⁸ *El Correo* 29-2-04 (34).

previamente el PNV aludió a la división del nacionalismo y defendió que su oferta a EA⁹ para dotar de estabilidad a la coalición no buscaba la absorción de los por el momento «nuestros hermanos separados»; era necesario sumar para ser fuertes; las elecciones generales eran también «nuestras elecciones» y había que agruparse el 14-M; ETA no confiaba «en la gente de este país». Pero el centro de atención y descalificación en el Kursaal fue el ayuntamiento del PP y PSOE contra la nación vasca. Las críticas, que durante las semanas previas a la campaña fueron dirigidas contra el PP, ahora se hacían extensivas a los socialistas. Ibarretxe *dixit*: «Populares y socialistas son prácticamente lo mismo aquí»; son «los militantes del “no”, del nunca jamás»; «su proyecto es el de diluir Euskadi como un azúcarillo en el Estado español»; los dos grandes partidos rechazaban la nacionalidad vasca y cualquier propuesta que dijese que «aquí hay un pueblo, que tenemos derecho a decidir nuestro propio futuro y que lo podemos hacer a través de una consulta democrática sin ir a la cárcel». Ibarretxe jamás participaría en un proyecto de Estado que no reconociese «la nacionalidad y la nación vasca; esto es lo que tenemos que trasladar sin que nos tiemblen las

⁹ EA se presentó a las elecciones separada del PNV. Su campaña fue, también, netamente parroquial y localista con un carácter radicalmente nacionalista, como ha ocurrido habitualmente en sus campañas. Destaca su pretensión de diferenciarse del Partido Nacionalista y de Batasuna y su condición de partido de izquierda y socialdemócrata, independentista, soberanista, a favor de la autodeterminación (por ser nación y mejora del bienestar) y el derecho de los pueblos a ejercer la soberanía, garante del plan Ibarretxe (por la desconfianza hacia el PNV sobre la autodeterminación) y defensor de la pacificación y normalización en el sentido de la jerga nacionalista. Contrario a la violencia de ETA, cuya desaparición defendía, representaba una opción nacional vasca de izquierdas fundada en un concepto de nación cultural y lingüística. Su esquema de campaña fue similar al de la campaña del PNV, destacando más la crítica a los partidos que la exposición del programa. Puesto que disputaba el voto nacionalista, la preferencia de su crítica recayó sobre los nacionalistas (PNV, especialmente), aunque con una frecuencia parecida criticó al Partido Popular y a los socialistas —al PP, principalmente, por el recorte de derechos individuales y colectivos, criminalización del pueblo catalán, pueblo vasco y nacionalistas, y utilización (y utilidad objetiva) de la violencia de ETA—. *El Correo* informó diariamente de su campaña, aunque con menor extensión que la dedicada al PNV y, mucho menor, que la dedicada a los dos partidos nacionales. Su crítica al PP le llevó al extremo de afirmar sin ningún tipo de rubor, puesto que lo decía una nacionalista, Lasagabaster, que conocía las restricciones a la libertad de expresión que sufrían los no nacionalistas en el País Vasco, que la política de exclusión del PP había provocado que muchos ciudadanos necesitasen bajar la voz, cuando querían «manifestar opiniones contrarias al pensamiento único del PP» (*El Correo* 7-3-04, p. 36). Aralar también hizo campaña, pero la atención que le prestó el periódico fue prácticamente nula. En la poca atención que le prestó, Aralar manifestó que quería estar en el Congreso para que se reconociesen los sufrimientos de todas las víctimas, no sólo los causados por ETA, la mayoría, sino también los causados por las fuerzas policiales y parapoliciales. Su debate interno estaba centrado en la autodeterminación, la autonomía y la construcción nacional (Ver *El Correo* 3-3-04 p. 21 y 11-3-04 p. 23. Los contenidos de EA se encuentran en la sección diaria que *El Correo* dedicó a EA).

rodillas». No había miedo al fracaso ni prisa, y la campaña era tan sencilla como aclarar si existía un pueblo vasco y si sus instituciones podían convocarle a una consulta. Imaz exageró demasiado al afirmar que el bipartidismo en Euskadi lo formaban el PNV, por una parte, y PP-PSOE, por la otra, y, también, exageró, dirigiéndose a Ibarretxe, al decirle: «Lehendakari, el nuevo Estatuto lo vamos a sacar adelante»¹⁰.

En Vitoria Imaz explicó que los socialistas habían pactado con el PP a lo largo de la legislatura medidas de involución democrática y recorte de libertades (hay que suponer que se refería a la Ley de partidos políticos y a la ilegalización de Batasuna) y habían dado gratuitamente a los populares los gobiernos de la Diputación de Álava y el Ayuntamiento de Vitoria. Por ello, el PNV era la única oposición y la garantía de la regeneración democrática y defensa del autogobierno. Además, el PNV era el único en defender los intereses de la sociedad vasca en Madrid. Los ejemplos eran la segunda pista del aeropuerto de Foronda, que el Ministerio y Aena obstaculizaban, porque había intereses en desarrollar una zona logística en Zaragoza, y el proyecto de la línea de alta velocidad del Gobierno del PP que exigía pasar por Madrid «para ir de Vitoria a Pamplona, a Logroño o a Barcelona». Esta era la alternativa del PP.¹¹

En relación con las detenciones de miembros de ETA en Cuenca, la portavoz del Gobierno vasco manifestó su alegría, a la vez que preguntó a los que confiaban en la violencia si ése era el camino. La portavoz repitió lo dicho por Ibarretxe: «ETA asesina a los que se acercan a hablar con ella». Otras voces nacionalistas coincidieron en felicitarse por lo evitado, condenaron a ETA por secuestrar la voluntad popular, aprovecharon la ocasión para criticar a Acebes y, como en el caso de Aralar, manifestaron de manera cínica que la organización armada no sólo vulneraba los derechos humanos, sino que hacía del PP «el mayor beneficiario de sus actos»¹².

En la visita a la margen izquierda, Anasagasti, que calificó alegremente la campaña de antidemocrática, porque estaba incitando al bipartidismo, repitió los argumentos conocidos para pedir el voto, añadiendo: «Si no hay una presencia nacionalista, no sólo sería un rodillo, sino que no habría una voz que marcara bien el terreno y la ideología de una organización surgida en este pueblo». Y, dado el lugar del acto de campaña, Imaz denunció la

¹⁰ *El Correo* 1-3-04 (20).

¹¹ *El Correo* 2-3-04 (24).

¹² *El Correo* 1-3-04 (26). La frase lapidaria de Ibarretxe podía ser interpretada como defensa de la política del PNV de acercamiento al mundo radical y un intento de destacar el sufrimiento y el precio político que pagaban hombres políticos como Rovira y los nacionalistas vascos, a diferencia de populares y socialistas, en sus estrategias por superar la violencia. Esto era aprovechar el terrorismo de ETA para resaltar tanto la generosidad del PNV como la utilización ventajista que hacían de ella populares y socialistas.

falta de voluntad del PP para defender a la empresas vascas, tales como La Naval y Babcock, y exigió más autogobierno y la presencia de las instituciones vascas para defender los intereses de estas compañías. Además, Imaz se puso por montera a la Unión Europea al decir: «No admitimos que exista una directiva que impide a La Naval no tener ayudas que sí tiene un astillero chino o coreano». Por otra parte, en respuesta a Rajoy por acusar al plan de Ibarretxe de intromisión en la voluntad de los navarros, defendió el respeto hacia tal comunidad y el compromiso de su partido de aceptar su decisión. No estaría mal, venía a decir con una argumentación falaz, que Rajoy desvelara si asumiría que el futuro de la sociedad vasca dependiese «exclusivamente de la voluntad democrática expresada por todos los ciudadanos»¹³.

De nuevo, Imaz insistió en que el verdadero bipartidismo era entre el PNV, por un lado, y el PSOE y el PP, por otro, de ahí que retara a ambos a un debate sobre la búsqueda de soluciones para Euskadi, basándose en la idea de que la sociedad vasca tenía derecho a saber qué plan tenían sobre la paz y la normalización política en Euskadi. La propuesta del PNV era el plan de Ibarretxe. La razón del bipartidismo era que ambos partidos nacionales seguían en Euskadi la misma estrategia. El único grupo que se había opuesto a la política de recortes de libertades del PP había sido el PNV. El presidente del PNV acusó al PP de meter miedo a los ciudadanos con la mentira de que con el plan Ibarretxe peligraban las pensiones. Era el último grito de guerra de un Mayor Oreja que metía la pata, mentía y trataba de difamar. La propuesta del Lehendakari al defender la gestión propia de la Seguridad Social redundaría en la mejora de las prestaciones sociales. El autogobierno (era el argumento no contrastado de todas las elecciones) traería más bienestar. El superávit del sistema de Seguridad Social y el INEM en Euskadi en los últimos cuatro años había sido de 2.321 millones. «Podríamos hacer —añadió— cinco Gugenheims al año»¹⁴.

Supuestos los ataques de Otegi a Imaz poniendo en duda su intención de seguir la pauta del soberanismo y, especialmente, las sospechas levantadas por aquél contra CIU por la supuesta filtración de la entrevista de Carod con ETA, el presidente del PNV salió en defensa de los firmantes del Pacto de Barcelona y en contra de Otegi, dando por perdidos los votos nulos pedidos por los abertzales e interpretándolos, además, como un apoyo a la estrategia de ETA. Otegi parecía, en su opinión, tener interés en atacar al nacionalismo catalán y vasco con lo que hacía una importante contribución a la campaña del PP. Imaz defendió, asimismo, el plan Ibarretxe como instrumento de desarrollo de un autogobierno renovado y abierto para decidir

¹³ *El Correo* 3-3-04 (21).

¹⁴ *El Correo* 4-3-04 (20).

los vascos su futuro, enfrentarse a los retos de una Europa unida y a un mundo más globalizado, a la vez que ante representantes de la industria y el comercio valoró los logros del Estatuto y su encaje en la tradición pactista de los vascos. El plan Ibarretxe no sólo no suponía un inconveniente para el bienestar de los vascos, sino que con el apoyo de los presentes al acto podía encauzar una segunda transición y el reconocimiento de la nación vasca¹⁵.

No dio más de sí la primera semana de campaña. El programa del PNV para la segunda semana incluía una fuerte participación de Ibarretxe con el «plan» debajo del brazo como reclamo electoral. De momento, Ibarretxe volvió a acusar a Aznar de constituir un problema para que la Constitución europea fuese aprobada, e Imaz reivindicó, una vez más, mayor autogobierno, dada la falta de compromiso del gobierno central con Euskadi, tal como se demostraría en el tratamiento del problema de La Naval o de la regeneración de la bahía de Pasajes, y volvió a negar que el plan de Ibarretxe fuese secesionista. Lo que él quería era que las elecciones calibraran el plan, cuyos conceptos de ciudadanía y nacionalidad eran avalados por la mayoría del Parlamento catalán¹⁶.

En la celebración del centenario del nacimiento de José Antonio Aguirre hubo varias intervenciones que unieron la persona del primer lehendakari con la campaña y los propósitos del PNV. Ibarretxe lo hizo en plan humilde y heroico a la vez: nuevo marco político, consulta popular sobre su plan de nuevo Estatuto y traslado a Madrid para discutirlo con «cordialidad», aunque «cambien 100.000 leyes y quieran meter al lehendakari 300.000 veces en la cárcel». La democracia de los que, como el PP, se oponían ahora era similar a la de los que insultaron a Aguirre. Izquierda y derecha insultaban ahora al lehendakari como en la II República lo hicieron con Aguirre. «Nuestro pecado es ser demócratas y abertzales», porque los vascos buenos en Madrid eran los que renunciaban a decir que Euskadi era una nación. No importaba que ganase el PP o el PSOE, ya que los dos hacían lo mismo en Euskadi. Ambos se prestaban mutuo apoyo para impedir gobiernos nacionalistas en algunas instituciones locales y ambos acusaban al PNV de haber asumido las ideas de ETA. Imaz consideró que su partido era el de los herederos de aquella generación que defendió siempre la democracia y la libertad. El PNV merecería ser arrastrado por las calles, si no amparara los derechos humanos de todos. El momento actual era también de involución democrática, pero el PNV era el garante de la regeneración, del reconocimiento de la nación vasca y de su derecho a decidir. Ardanza (con los mismos silencios que sus correligionarios) dijo de Aguirre que «fue nacionalista por ser demócrata y se mantuvo leal a la democracia por

¹⁵ *El Correo* 5-3-04 (26).

¹⁶ *El Correo* 6-3-04 (24).

ser nacionalista». No había que olvidar el caso para poder contrarrestar las críticas «falsas e injustas» contra el PNV. Pero Ardanza pidió a los suyos reproducir los comportamientos de un dirigente como Aguirre, «capaz de aglutinar a todos los demócratas de su tiempo en un Gobierno plural», que supo enfrentarse al totalitarismo. Ardanza alabó el talante profundamente democrático y tolerantemente nacionalista de Aguirre y aseguró que la nación cívica de ciudadanos libres defendida por Imaz enlazaba con una corriente que caracterizaba a los mejores hombres que había dado el PNV¹⁷.

En Vitoria, Ibarretxe dio su versión política de las pensiones y de las deudas del gobierno central con Euskadi. «Igual que la sanidad y la educación vascas son mejores que las españolas, cuando tengamos, y la tendremos, capacidad de gestionar y ordenar el sistema de pensiones en Euskadi, será mejor que el español». Todos los presentes lo verían, y socialistas y populares deberían aceptar la voluntad de los vascos. En cuanto a las supuestas deudas del gobierno central —60 millones de euros por los gastos del *Prestige* y 32 del Cupo— Ibarretxe (entre la ocultación y la insolidaridad) preguntó a sus oyentes si dejarían la gestión de sus cuentas corrientes en manos de «alguien que os quiere quitar el dinero para trasladarlo a no sé qué otras administraciones por capricho de algún ministro. Sólo faltaba que además de meter la mano para no trasladarnos competencias, nos metan también la mano en la cartera». Las promesas de Zapatero de no gobernar, si no era la fuerza más votada, no las creía teniendo en cuenta el apoyo socialista a los populares en la Diputación de Álava. Debía enmendar lo hecho en Álava, porque de lo contrario todo lo que dijera Zapatero iría «al cubo de la basura».

En el mismo acto de Vitoria, Imaz preguntó a Rajoy si la certeza que éste mostraba en el fracaso del plan de Ibarretxe se basaba en la manipulación de la justicia, «tapando la voz y la boca a una sociedad para que no pueda decidir sobre su futuro» o «metiendo en la cárcel al lehendakari». Las mismas acusaciones de manipulación de la justicia vertió al referirse a la tardanza del Tribunal Constitucional en definirse sobre la admisión a trámite del recurso presentado por Aznar contra el mismo plan¹⁸.

En el día de la mujer, Ibarretxe manifestó tener absolutamente claro que la igualdad de sexos suponía para él el proyecto político más grande del siglo XXI, «mucho más que nuestra propuesta de Estatuto», y confió en que Euskadi siguiese dando ejemplo en la lucha por la igualdad y fuese pionero en promover tal objetivo con un texto legislativo. Como «vasco, como hombre y como lehendakari» Ibarretxe se avergonzaba de que en Euskadi hubiese varones que maltratasen a sus compañeras. Para él, luchar por y

¹⁷ *El Correo* 7-3-04 (32).

¹⁸ *El Correo* 7-3-04 (19).

para la libertad era hacerlo por la paz, la democracia y también para que hombres y mujeres fuesen iguales en dignidad. «Sólo un partido reaccionario como el PP —afirmó Emilio Olabarria— hace desaparecer políticas de igualdad»¹⁹.

La idea de que el PP era responsable de la crispación de la sociedad vasca la había defendido el PSE, pero en la segunda semana de campaña tanto los socialistas, por medio de Josu Montalbán, como el PNV, a través de Josu Erkoreka, culparon de lo mismo al PP. En esta ocasión ambos añadieron que el discurso del PP había llevado a la sociedad vasca a confundir violencia con independencia²⁰.

La denuncia de Urquijo, del PP, sobre la utilización del término Euskal Herria y el plan Ibarretxe brindó el tema de las actuaciones de Ibarretxe e Imaz en Baracaldo, el corazón de Euskadi, según el lehendakari. La primera cuestión era una muestra de que el PP quería eliminar cualquier resto de identidad del País Vasco, «negar la cultura, la lengua y la nacionalidad vascas» con imposiciones destinadas a cosechar votos en España. Los franquistas querían dominar al pueblo vasco a través de la incultura e Ibarretxe puso como ejemplos que él tuvo que aprender el «Cara al sol» y se enteró de que el Nervión pasaba por Llodio gracias a que bajaba a la plaza del pueblo. Pero, a partir de entonces no habría ninguna generación de vascos que no pudiese conocer el euskera o la historia vasca. Este argumento permitía a Imaz pedir una «marea» de votos contra la imposición de quienes querían quitar el euskera de Navarra y «llenar Euskadi de bandera españolas, como si fuera la plaza de Colón» y, también, defender el plan Ibarretxe contra las críticas de fractura social y de empobrecimiento que llevaría su aplicación. Eran las acusaciones del miedo, de la mentira y de la manipulación. Para Ibarretxe las cuentas vascas de la Seguridad Social de los tres primeros trimestres de 2003 daban superávit. Ahora bien, el responsable del abandono de la margen izquierda era el PP²¹. En La Puebla de Arganzón, otro corazón de Álava y Euskadi según Imaz, prometió trabajar duro para que Treviño fuese Euskadi. Se iba a cumplir en pleno siglo XXI la voluntad de las personas de manera que Treviño sería lo que sus habitantes quisieran que fuera²².

Pedro Aspiazu, en la entrevista más arriba citada, repitió el guión de la campaña nacionalista, del que únicamente se podía destacar la presentación del plan Ibarretxe en el sentido de instrumento imprescindible para llevar adelante un nuevo modelo económico y social, aunque ignoraba el

¹⁹ *El Correo* 9-3-04 (20).

²⁰ *El Correo* 9-3-04 (22).

²¹ *El Correo* 10-3-04 (20).

²² *El Correo* 10-3-04 (20).

entrevistado qué se jugaba el plan en aquellas elecciones. Esta crítica al propio mensaje nacionalista acompañaba a otras afirmaciones carentes de rigor como la acusación a socialistas y populares de no haber contribuido al desarrollo autonómico o la de que el PNV nunca había abandonado las Cortes. La afirmación de que el Estado español era plurinacional y pluricultural las utilizó para justificar la organización territorial asimétrica conforme con las diferencias de identidad²³.

Como final de campaña, Imaz leyó el «pliego» de argumentos del PNV: grupo «fuerte» en Madrid, garantía en el Congreso y en el Senado de los intereses de Euskadi, defensa del plan de Ibarretxe, apuesta por el diálogo, mayor autogobierno, construcción de un país con todos y para todos, eje de la sociedad vasca, guardagujas de su convivencia, único capaz de aglutinar a la inmensa mayoría de los ciudadanos fuera de los extremos —ETA y PP— y evitar el «choque de trenes». Entre sus críticas estaban la «violencia sin piedad de ETA», el uso partidista del terrorismo por parte del PP, el rechazo de Aznar y Zapatero a entrevistarse con Ibarretxe y la paralización de la «Y» ferroviaria. Anasagasti repitió alguno de estos argumentos y añadió el carácter de voto útil que tenía el voto al PNV. Su gran aportación fue decir que «a Madrid hay que ir a plantar cara, pero también a conseguir cosas». Ahora había que «trabajar para que fuesen 176» los que apoyasen el plan de Ibarretxe. Recordó el carácter pactista del PNV para apoyar su tesis de conseguir cosas en Madrid y alardeó del Concierto Económico, «la envidia del grupo catalán»²⁴.

El rechazo de ETA, que se recoge en el párrafo anterior y en otros lugares de la campaña, no se correspondía con las manifestaciones del juez Garzón, que reconocía la labor de la Guardia Civil y del Cuerpo Nacional de Policía en la lucha contra el terrorismo a la vez que mostraba la preocupación por el control, al menos aparente, que realizaban los políticos sobre la Ertzaintza. La dirección política de la policía vasca iba más allá de la mera utilización de una buena acción policial y, en ocasiones, suponía directrices concretas para no hacer algo. Garzón no criticaba a los agentes, que en algunos casos reconocían que tenían las manos atadas, sino a los mandos políticos. «Esto es grave y hay que exigir responsabilidades. A veces, la autoridad judicial debería tomar cartas en el asunto para exigir más», añadió el juez. El fiscal de la Audiencia Nacional Enrique Molina insistió en que la policía autonómica tenía una actitud tibia ante el terrorismo — sólo actuaba cuando ETA atacaba a uno de sus agentes — y veía a los fiscales y jueces de la Audiencia Nacional como personas non gratas. «En la lucha contra ETA —añadió— tenemos que trabajar con la Guardia Civil y

²³ *El Correo* 10-3-04 (24 y 25).

²⁴ *El Correo* 11-3-04 (22).

con la Policía, pero no con la Ertzaintza, porque no aporta ningún material investigador»²⁵.

Naturalmente, todo esto, según la Consejería de Interior, no eran más que provocaciones. La sociedad vasca —decía en un comunicado oficial— conocía perfectamente el compromiso del Gobierno Vasco y de las personas que dirigían la Ertzaintza en su lucha contra el terrorismo. Los resultados de la lucha contra ETA serían mejores, si se dotara a la Ertzaintza de más medios y se le permitiese acceder a información en foros europeos. «Al señor Garzón —añadía la nota— al que no podemos tratar como juez cuando hace estas declaraciones sólo cabe decirle que ha esperado demasiado poco para entrar en campaña electoral. Es mucho mejor que deje las provocaciones para el PP»²⁶.

En resumen, la petición de voto se apoyó en los argumentos, en primer lugar, de la nación étnica (mito de la nación) mediante la defensa del plan de reforma del Estatuto de autonomía y sus sucedáneos: plan de Ibarretxe, segunda transición en Euskadi, voluntad de normalización política, consulta o referéndum para decidir el futuro de los vascos, defensa de la nación vasca y su reconocimiento jurídico, nuevo modelo de Estado, pacto con el Estado a favor del derecho de autodeterminación, libertad, democracia e identidad como pueblo; en segundo lugar, en la virtud nacionalista (mito de la superioridad moral) supuestamente demostrada en la historia y en la actualidad: ser demócratas y nacionalistas a la vez, defensa constante de la democracia y libertad de la generación de la II República, ser nacionalista por ser demócrata y lealtad a la democracia por ser nacionalista de José Antonio de Aguirre; en tercer lugar, en la eficacia del nacionalismo (otra faceta del mito de la superioridad): defensa exitosa de los intereses de Euskadi en Madrid, mayor bienestar logrado por el Gobierno Vasco en sanidad, educación y pensiones que en España; en cuarto lugar, en la falsificación de la realidad: necesidad de regeneración democrática y de superación de la crispación política tras la involución y regresión autonómica del Partido Popular, calificación de la transición a la democracia de farsa e improvisación, ruptura del Estatuto de Gernika y de su autogobierno, justificación del nuevo Estatuto a través de la primera disposición adicional de la Constitución, bipartidismo entre PNV *v.* PP-PSOE, presentación del PNV como única oposición en las Cortes, política de riesgos ante ETA, mayor bienestar de los vascos, construcción de un país con todos y para todos, idea de un PNV como único capaz de aglutinar a la inmensa mayoría de la sociedad vasca, interpretación de ETA y PP como los extremos de la sociedad política vasca, negación del carácter secesionista, tendencialmen-

²⁵ *El Correo* 28-2-04 (34).

²⁶ *El Correo* 28-2-04 (34).

te, al menos, del plan Ibarretxe, calificación de involución democrática del momento electoral, nación cívica vasca de la nueva dirección del PNV, solidaridad y justicia nacionalistas, manipulación de la justicia, responsabilidad socialista y popular en materia de crispación de la sociedad vasca y de la identificación de violencia con independencia, identificación entre populares y franquismo, condición profundamente democrática e imprescindible del plan Ibarretxe para llevar a cabo un nuevo modelo social y económico, carácter plurinacional del Estado español, interpretación de la campaña como antidemocrática por incitación al bipartidismo, afirmación de que el PNV nunca había abandonado las Cortes; y, en quinto lugar, en la definición del enemigo: pretensión popular y socialista de eliminar la identidad del País Vasco, su cultura, lengua y nacionalidad, identidad entre PP y PSOE en su lucha contra Euskadi y la nación vasca, y defensa de que el voto nulo a HB favorecía la estrategia de ETA y, en consecuencia, fortalecía al Partido Popular.

Campana del PSE-PSOE

El eje de la campaña socialista destacó que los males y las consecuencias negativas de ocho años de gobierno popular —mentiras, fortalecimiento y radicalización del nacionalismo, debilitamiento del constitucionalismo en Euskadi, prepotencia, soberbia, clientelismo, involución política, regresión social, disgregación territorial, manipulación del terrorismo, pérdida de las libertades y derechos— exigían la suma de todos los esfuerzos y votos de los demás partidos en torno al Partido Socialista para impedir una nueva victoria del Partido Popular. La conclusión objetiva que cabe extraer de su campaña coincide con lo expresamente anunciado por los socialistas, cuando afirmaron que había que ganar al PP, pero «los socialistas solos no podremos. Necesitamos de todos los autonomistas y progresistas, de todas las gentes de izquierdas, de los vascuistas e incluso de los nacionalistas que saben que lo peor que nos podría suceder a todos son cuatro años más de gobierno del PP»²⁷. Esta petición de ayuda a los nacionalismos no podría

²⁷ *El Correo* 5-3-004 (28). Desde el comienzo de la campaña IU se sintió acosada por el PSOE por la petición que éste hacía del voto progresista de izquierda y del voto útil. Por ello y porque el PP no habría podido desarrollar su peor política, según IU, si no hubiese recibido el apoyo socialista, una buena parte de su campaña se dirigió contra el PSOE. En la censura a los socialistas, Madrazo fue el más agresivo, contradiciendo en algunas ocasiones la mayor medida de Llamazares. La distribución de la campaña de IU fue la siguiente: el 27,2% para programa y proyecto político; el 72,72% para los partidos políticos, destacando el PP con el 43,18%, después el PSOE con el 25% y el PNV con el resto. El proyecto político principal era el de exportar el modelo catalán y vasco de gobierno plural y de izquierda al

haberse hecho con un enfrentamiento radical con el nacionalismo vasco tal y como se desarrolló en las elecciones autonómicas de 2001. La alianza con los nacionalismos se veía necesaria para ganar al PP, de ahí que había que tratar al nacionalismo de otra manera e interpretar, al menos estratégicamente, su radicalidad como una consecuencia del radicalismo del PP. No obstante lo dicho, el PSOE mantuvo un claro rechazo de lo que constituía el centro de la campaña del PNV, el plan Ibarretxe, aunque con una cierta incoherencia en su argumentación.

La campaña socialista dedicó el 38,18% de sus intervenciones a exponer su proyecto político —en bastantes ocasiones expuesto en contraposición a lo hecho por el Partido Popular—, mientras que la crítica a los partidos políticos alcanzó el 61,8%, siendo el Partido Popular con un 47,27% del total de la campaña el más censurado y descalificado. De este modo, el Partido Socialista, censurado como se ha visto por el nacionalismo, se sumó a todos los demás partidos, nacionales o nacionalistas en un ataque general contra el PP.

Los partidos de ámbito general o nacional, a diferencia de los partidos nacionalistas, se movieron en dos frentes. El primero abarcaba las cuestiones nacionales y el segundo, las autonómicas. En el primero destacaba la participación del candidato a presidente del gobierno y en el segundo, la de los políticos locales. En el caso del partido popular y en relación con el frente autonómico, la participación de Mayor Oreja fue de manera destacada la más importante. Esto dio mayor unidad a las intervenciones. Sin embargo, en el caso socialista el trabajo autonómico no estuvo dominado por una persona. Los partícipes menudearon las cuestiones y aumentó el riesgo de que algunos dijeran cosas de su propia cosecha, como, por ejemplo, la atribución al PP de la radicalidad del nacionalismo vasco. A continuación, expondré la alternativa socialista al gobierno del PP acompañada simultáneamente de la crítica al PP.

El comienzo de la campaña fue un ejemplo del uso de la descalificación. Mayor Oreja fue calificado (José Antonio Pastor), para empezar, de carroñero, desvergonzado y de usar y abusar de ETA y la Constitución para

gobierno central antes de que el PP —reaccionario, retrógrado, afín al OPUS, extremista, corrupto, secta nacional-católica apoyada por la Conferencia Episcopal y los Legionarios de Cristo— consolidara un Estado neofranquista y rechazara la democracia, la justicia social y el diálogo. Pero «la única alternativa al PP —dijo Llamazares en *El Correo* 4-3-04, p. 24— no es el PSOE, es una coalición de izquierdas en su diversidad, en su pluralidad». El PSOE no tenía autoridad, ni credibilidad, ni legitimidad para pedir el voto progresista de la izquierda. Madrazo hacía suya la opinión del PNV de identificar a socialistas y populares, salvo en los momentos de campaña electoral. Además de una oferta generosa, casi irresponsable de su programa, IU defendía el Estado federal, el referéndum sobre la república y —la versión vasca de IU— el derecho de autodeterminación del pueblo vasco. (Ver para estos contenidos la sección diaria que *El Correo* dedicó a IU durante la campaña).

obtener ventajas políticas. El Partido Socialista (Manuel Huertas), por su parte, estaba por la labor de enterrar el pensamiento único del PP, a quien pensar de diferente manera le parecía inconstitucional. Su cada vez más ofensivo estilo, la pretensión de alcanzar el poder a cualquier precio, la utilización del terrorismo como arma electoral, su falta de homologación con la derecha europea, la posibilidad de una Euskadi distinta con un pacto interno y la concertación con el Estado en lugar del enfrentamiento institucional del momento exigían que el PP pasara a la oposición²⁸.

A esto añadía Patxi López que el PP dinamitaba cualquier posibilidad de estar todos juntos frente a ETA por razones puramente electorales, así como que manipulaba en beneficio propio el pacto antiterrorista. Sólo existían dos opciones electorales decía Lentxu Rubial: la de ahondar en la involución política, la regresión social y la segregación territorial o la apuesta por la España de las libertades y de los consensos básicos. El País Vasco no podía ser un botín electoral del nacionalismo ni debía servir, tampoco, para tapan las vergüenzas de la derecha española²⁹.

Por tanto, frente al inmovilismo, manipulación y resignación de Rajoy, Zapatero se presentó como el presidente de las reformas y de la solución de problemas como la vivienda o la precariedad laboral. Sería un presidente que retiraría las tropas españolas de Irak, si la ONU no se hiciera cargo de la situación (de hecho no se respetó este criterio), o que iría a Estados Unidos para reunirse con Kofi Annan en lugar de con Bush. El PSOE estaba cerca de la victoria electoral. Bastaba un último empujón, idea que se repetiría muchas veces a lo largo de la campaña³⁰.

En un día dedicado prácticamente a atacar al PP, Zapatero, en respuesta a la acusación de Rajoy de que no tenía convicciones, manifestó que las suyas eran el no matarás (frente a la guerra injusta de Iraq), no mentirás (por el caso del *Prestige*), no robarás (caso de malversación de fondos del presidente de Castellón del PP) y no tolerarás abusos sexuales a menores (por el caso del alcalde de Toques)³¹. En la versión vasca de la campaña calificaron al PP de inmoral por pedir los votos socialistas dados a Nicolás Redondo en anteriores elecciones y de responsable de una política que quebraba la convivencia en Euskadi. Una legislatura más en manos de la derecha podría provocar tal lesión de los elementos vertebradores de la convivencia que sería difícil recuperarla. Aznar era el responsable del empeoramiento de

²⁸ *El Correo* 27-2-04 (27). En un acto conjunto Ramón Jáuregui y Josu Jon Imaz coincidieron en hacer un llamamiento a recuperar el diálogo político y superar la confrontación que aquejaba a la política vasca deteriorada por una «incomunicación personal y política» (p. 28).

²⁹ *El Correo* 28-2-04 (29).

³⁰ *El Correo* 28-2-04 (25).

³¹ *El Correo* 29-2-04 (30).

la convivencia en Euskadi hasta límites «nunca conocidos». «En términos de diálogo y concordia estamos mucho peor que hace ocho años». El PP no tenía más discurso que el del terrorismo; por ello Mayor Oreja estaba encantado con la violencia que le permitía sacar votos fuera de Euskadi. La estrategia antinacionalista de Mayor era una excusa para que los socialistas no llegasen al poder. Los socialistas no estaban dispuestos a olvidar después de las elecciones los insultos y calumnias que estaban recibiendo por parte del PP³².

Patxi López, en un homenaje al disparate, aumentó la visión negativa de la obra del PP en Euskadi, cuando pidió el voto para acabar con la etapa del «no diálogo» y de la confrontación permanente, que había sumergido al País Vasco en «la crisis política más preocupante de su historia y que (había) perjudicado a la convivencia entre vascos de manera irresponsable». Una victoria socialista permitiría abrir una ventana a la regeneración democrática, a la recuperación de los derechos y libertades y al diálogo que PP y PNV no habían sabido desarrollar³³.

La interpretación de Acebes de que había una secuencia de hechos entre la reunión del político catalán con ETA, el anuncio de la tregua en Cataluña y la furgoneta-bomba contra Madrid le llevó a felicitar a Carod Rovira, porque el atentado no se iba a celebrar en Cataluña. La solución de la lucha contra ETA, añadió, no estaba en la negociación, sino en la «eficacia de las fuerzas de Seguridad y la cooperación internacional». Carod Rovira calificó a Acebes y otros miembros del PP de miserables y malévolamente mentirosos e insinuó que lo que querían era un atentado. José Montilla, por su parte, calificó al ministro de Interior de «portavoz de una pandilla de mentirosos y de personas sin escrúpulos», que anteponían «sus miserables intereses a los de la mayoría y a la unidad de los españoles». El candidato

³² *El Correo* 29-2-04 (35). Las mismas acusaciones aparecen en *El Correo* 3-3-04 (22).- En un tono distinto al practicado hasta el momento, pero no menos crítico y repetitivo en algunas cuestiones, Antonio Gutiérrez rechazó la política económica popular, con la que se había perdido una gran ocasión al apostar sólo por la especulación en el sector inmobiliario y despreciar el desarrollo tecnológico; el trabajo industrial había descendido un 2,5% y la inversión 24 puntos, mientras en Europa sólo había descendido 2 puntos, y el crecimiento de la productividad había descendido del 1,5% al 0,5%; asimismo, rechazó la política internacional por la guerra de Irak y el enfrentamiento a otros países europeos, el modelo de educación por clasista y la falta de respeto a las ideas de los demás (*El Correo* 1-3-04 (19 y 21)).

³³ *El Correo* 1-3-04 (19 y 21). Casi en el mismo sentido se expresó Jesús Eguiguren en *El Correo* 2-3-04 (28), donde también aparece la política de promesas hacia el nacionalismo de Manuel Huertas: traspaso de todas las políticas activas de empleo a la comunidad vasca en el supuesto del triunfo de los socialistas para realizar, así, el desarrollo del bloque socio-económico del Estatuto de Gernika, y, además, fortalecimiento, en general, de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo frente a la política del PP, que estimulaba el trabajo precario y mal remunerado.

socialista, Rodríguez Zapatero, pidió que no se utilizara el terrorismo como arma electoral³⁴.

De nuevo, Zapatero siguió el modelo de presentar en paralelo la crítica a un nefasto PP y su promesa de gobierno. Salvo la implícita relación entre la debilidad de Rajoy y la fortaleza de Zapatero, el resto de paralelismos fue explícito: manipulación e insulto del anterior gobierno *versus* un gobierno que diga la verdad; especulación con la vivienda y las ilusiones de los jóvenes frente a todo lo contrario; engaños, demagogia y beneficios para los especuladores urbanísticos en torno al trasvase de agua a Murcia frente a aportación de agua sin dividir y sin engañar; y despreocupación por el medio ambiente frente a la estricta aplicación del tratado del Protocolo de Kioto³⁵.

Si bien los socialistas tenían un programa social para los jóvenes — igualdad de derechos para las parejas homosexuales, paridad europea de la edad de emancipación, agencia pública de alquiler de vivienda, mejora de las becas, reconstrucción del puente entre las aulas y el mercado— su presentación también se hizo por contraposición al Partido Popular. Tales objetivos eran los que se oponían a las propuestas retrógradas del «rancio clero español y de su brazo político, el PP», según el candidato Eduardo Madina. Y siguiendo la pauta de la acusación, Arantza Mendizábal defendió que el PP era incluso culpable de generar un «peligroso antinacionalismo en toda España y antiespañolismo en los nacionalistas» catalanes y vascos, además de utilizar el País Vasco como botín electoral. La irresponsable radicalización del nacionalismo gobernante se oponía a la idea de la compatibilidad entre el concepto de España y de Euskadi de los socialistas. Ante la peor división de los últimos tiempos, la reconciliación exigía la recuperación del diálogo institucional entre los gobiernos central y vasco, una mayor colaboración entre las Fuerzas de Seguridad del Estado y la Ertzaintza y una respuesta común de todos los partidos democráticos ante la violencia de ETA³⁶.

Por tierras de Euskadi Javier Rojo ofreció a los partidos democráticos abandonar hostilidades y hostigamientos para lograr zonas de entendimiento, ahora que se estaba ganando al terrorismo. A pesar de que dijo que la campaña electoral se había convertido en un monólogo sobre el terrorismo, como si no hubiese problemas de vivienda, sanidad o educación, destacó la

³⁴ *El Correo* 1-3-04 (26).

³⁵ *El Correo* 3-3-04 (20). En una intervención en el Forum Europa Rodríguez Ibarra hizo responsable al gobierno de que los españoles dudasen por primera vez de la veracidad de las informaciones policiales contra ETA por el uso electoral que se hacía de las mismas. El PP conducía a España a un callejón peligroso al utilizar el terrorismo en la campaña y dudar de la lealtad de los socialistas hacia el pacto antiterrorista con la única finalidad de ganar votos (*El Correo* 3-3-04 (20)).

³⁶ *El Correo* 3-3-04 (22).

importancia de las últimas detenciones de miembros de ETA, pero censuró su utilización en la campaña. Asimismo, se felicitó de la ilegalización de Batasuna, que había permitido, por ejemplo, al municipio de Llodio, donde hablaba, ganar en normalidad democrática. En el mismo tema y con las mismas felicitaciones, en este caso a la Guardia Civil, insistió Rubial en hablar de terrorismo, pidiendo explicaciones al gobierno por la extrañeza de las detenciones en cuestión. La oradora respondía a las acusaciones de Acebes contra Carod Rovira que mucha gente independentista no apoyaba la violencia en este país³⁷.

Zapatero realizó un ataque muy personal contra Rajoy: un mal gobernante —redujo las becas, congeló los sueldos de los funcionarios públicos, redujo el número de efectivos policiales, abandonó a los voluntarios y marineros del *Prestige* y justificó la guerra de Irak con mentiras—, peor candidato y un enchufado para presidente de gobierno sin haber peleado por ello. Mientras el PP pactó con Bush, los especuladores y los amigos de las empresas privatizadas, Zapatero se unió a la mayoría de españoles a los que el Gobierno del PP despreció y mintió con las armas de destrucción masiva, con la LOU o la política de vivienda. Defendió los debates en TV, desautorizó la encuesta del CIS como mentira, se comprometió en la lucha por la igualdad de derechos de las mujeres y prometió la regularización de los inmigrantes en situaciones de explotación o contratación irregular³⁸.

Patxi López, aparentemente dolido por la acusación de Mayor Oreja de imitar a Arzalluz en sus insultos al PP, replicó que «usted se llama Jaime Mayor Oreja y que es clavadito a Jaime Mayor Oreja, el que pierde elecciones, el que llega tarde o no llega a los sitios más importantes, el que drogaba a los inmigrantes para meterlos en un avión, el que ha aglutinado y fortalecido al nacionalismo como nadie y el que intenta constantemente dividir y debilitar al constitucionalismo en Euskadi». El PP representaba al pasado y a la derecha más rancia. Después de haber gobernado con prepotencia y soberbia y haber enriquecido a sus amigos, el lugar que le correspondía era el de la oposición. El Gobierno de Aznar había utilizado la Justicia, los medios de comunicación y la lucha antiterrorista en beneficio propio. Ahora se trataba de hacer posible la remontada al PP, pero «los socialistas solos no podremos. Necesitamos de todos los autonomistas y progresistas, de todas

³⁷ *El Correo* 4-3-04 (22).

³⁸ *El Correo* 5-3-04 (24). Ver para semejantes descalificaciones *El Correo* 3-3-04 (22) y 6-3-04 (28). El CIS en su sondeo preveía una ajustada mayoría absoluta para el PP (176 escaños) y un leve ascenso del PSOE (131), 10 IU, 12 CIU, 7 PNV, 6 ERC y otros. En el País Vasco los resultados serían: 7 PNV, 7 PP, 4 PSE y 1 EA. La abstención rondaría el 46% en Guipúzcoa, 40,6 % en Vizcaya y 29,2% en Álava.-

las gentes de izquierdas, de los vascuistas e incluso de los nacionalistas que saben que lo peor que nos podría suceder a todos son cuatro años más de Gobierno del PP». Arantza Mendizabal acusó, incluso, al PP de provocar frustración y desengaño entre su propia gente, en concreto, entre la burguesía de Neguri, que se habría sentido agredida por la política popular de establecer un control centralizado del poder económico³⁹.

Las propuestas socialistas de mejoras en las pensiones —subsidios superiores al IPC para las pensiones mínimas, nueva regulación de los trabajadores autónomos dependientes y emprendedores, compromiso de destinar 4.000 millones de euros a la mejora de las pensiones— acompañaron a la crítica al plan Ibarretxe por poner en riesgo la viabilidad del sistema público de protección social y a la denuncia de que «el afán aventurero y rupturista del nacionalismo no podía poner en riesgo nuestra seguridad económica»⁴⁰.

Arantza Mendizabal daba por seguro en una entrevista el triunfo de Zapatero ante un candidato flojo como Rajoy y explicó que el proyecto socialista para España era la cohesión en la pluralidad. A la entrevistada le aterraba una España única y homogeneizada. El constitucionalismo de los socialistas no era inmovilismo ni frentismo contra el nacionalismo. Si a los nacionalistas no les gustaba la Constitución, debían buscar fórmulas de cambio dentro de las reglas del juego. «Pero nosotros no estamos por el choque de patrias. En este sentido, el frentismo está roto. El futuro es la reconciliación de la sociedad vasca... Lo primero que me gustaría aclarar es que en los años en que gobernó el PSOE el nacionalismo se moderó y tuvimos el pacto de Ajuria Enea, mientras que en los años de gobierno del PP el nacionalismo se ha radicalizado y estamos en Estella... Eso, porque aquí unos hemos jugado a moderar al nacionalismo y otros han jugado a crispas al nacionalismo. Algo que les venía muy bien como botín electoral. Para que haya una reconciliación, que es lo que nosotros proponemos a la sociedad vasca, lo primero es dejar de utilizar la cuestión vasca como botín electoral... Nosotros aceptamos todas aquellas modificaciones de estatutos que se planteen dentro de la Constitución y que logren un consenso mayor al que se alcanzó la vez anterior... Lo que no aceptamos, desde luego, es el plan Ibarretxe... Somos una sociedad plural y tendremos que llegar a acuerdos entre todos. Desde ese punto de vista, el PP no tiene por qué quedarse fuera». Sólo otras dos cuestiones más destacaron en la entrevista: la insensatez e irresponsabilidad de Carod Rovira, que ya estaba pagada con su exclusión del gobierno catalán, y la crítica a Aznar —cadáver político del que no merecía la pena hablar— al que no se le reconocía

³⁹ *El Correo* 5-3-04 (28).

⁴⁰ *El Correo* 6-3-04 (26).

ni el mérito de retirarse de la vida política, porque lo podía haber hecho antes, y, al que, sin embargo, se le acusó de irresponsabilidad absoluta por intentar desestabilizar al gobierno catalán, además de la contrarreforma educativa, el decretazo sobre el tema del trabajo, la pérdida de calidad de la democracia por el uso y abuso de la mayoría absoluta, la falta de transparencia en la privatización de empresas públicas y el uso de los medios de comunicación⁴¹.

Rodríguez Zapatero, según la prensa, endureció su campaña contra Rajoy (en realidad siguió en la misma tónica anterior repitiendo temas y expresiones) a quien llamó incompetente en los diversos cargos ministeriales que desarrolló, obsesivo con Carod Rovira hasta el punto de no tener ninguna otra cosa de que hablar a los españoles, desmemoriado por no reconocer que el PP llegó al poder con los votos de Arzalluz y Puyol, mediocre lector de discursos, carente de autoridad moral y candidato a la oposición. La petición de voto iba dirigida a todos los ciudadanos para que apostasen por «el cambio para abrir una etapa social, limpia, noble, ilusionante, de concordia y que recupere los mejores valores de la España plural y diversa» frente al engaño y la manipulación permanente del PP en asuntos como la guerra de Irak, el *Prestige* o la huelga general. El gobierno del cambio sería «amable, tolerante y respetará a todo el mundo»⁴².

En términos semejantes se expresaron sus compañeros de partido de Euskadi. Pastor añadió que el PP se estaba convirtiendo en un peligro público y los demás oradores incluyeron en sus críticas al nacionalismo, cuyo voto pidieron para conseguir el único cambio posible dentro y fuera de Euskadi. Patxi López atisbaba en los sondeos el triunfo de Zapatero y Rojo apostaba por los nacionalistas dentro de la Constitución y por el triunfo de una España plural que estaba en riesgo⁴³.

El discurso de Zapatero en San Sebastián fue una repetición de las acusaciones al PP, a las que añadió: «Somos la fuerza política que mejor puede asegurar la convivencia. Nunca hemos jugado a separatistas, como el PNV, ni a separadores, como han hecho los populares». Según Alfonso Guerra, el PP había vuelto a dividir a los españoles en dos bandos. Dado el bloqueo institucional entre el gobierno central y el vasco el cambio necesario en España era imprescindible para el País Vasco. La tesis era que el único capaz de asegurar la convivencia en Euskadi era el PSOE⁴⁴.

⁴¹ *El Correo* 6-3-04 (28 y 29).

⁴² *El Correo* 7-3-04 (30).

⁴³ *El Correo* 7-3-04 (36).

⁴⁴ *El Correo* 8-3-04 (17). Ver, también, 9-3-04 (18 y 19), donde Zapatero dice a los jóvenes que el proyecto que su generación desarrolló con la Constitución está acabado y que a ellos correspondía su actualización.

En rueda de prensa los socialistas convirtieron básicamente el día de la mujer en un ataque total contra el Partido Popular. La política del PP había «supuesto un verdadero frenazo, cuando no un paso atrás, en el avance de la igualdad de la mujer. Según José Antonio Pastor, los populares eran «corresponsables, por acción u omisión, de los cientos de mujeres asesinadas por sus maridos», además de ser culpables «de la discriminación laboral de la mujer y de no haber querido aprobar, hasta en tres ocasiones, una ley contra la violencia de género». Tras ocho años de gobierno popular, dijo Arantza Mendizábal, las diferencias entre hombres y mujeres eran más acusadas. «El modelo del PP tiene una base ideológica y hace a la mujer responsable de conciliar la vida laboral y familiar, haciéndole asumir los costes de maternidad». La política popular había dado una falsa imagen de preocupación por las mujeres con medidas insuficientes, superficiales y, especialmente, carentes de la suficiente dotación económica. Era intolerable que en un país democrático el número de mujeres asesinadas por sus maridos hubiese sido de 500. Pero el triunfo socialista permitiría que la primera ley a aprobar fuese la Ley Integral contra la violencia de género. Los socialistas pensaban crear un Observatorio nacional de la violencia de género, un permiso de paternidad compatible con el de maternidad, una ley de igualdad de trato a hombres y mujeres y una representación política que potenciase el papel de la mujer en política⁴⁵.

Javier Rojo volvió a las andadas de calificar a Rajoy de «líder de cartón piedra», sin agallas, añadiendo que no quería debatir en los medios de comunicación, porque tenía algo que esconder⁴⁶.

Frente a los gobiernos sólidos que defendía el PP, Zapatero destacaba su propósito de formar un gobierno dialogante que escuchara y aceptara las críticas sin caer en la arrogancia popular. El cambio era algo imparables dijo en Gijón; la victoria estaba al alcance de las manos. Para cambiar España necesitaba el voto obrero. De nuevo ridiculizó a Rajoy por leer el «papelín» que le ponían todos los días para atacar a sus contrincantes. «Pero para papel, el que va a hacer el 14 de marzo. Ese sí que va a ser un papelón. Tenga cuidado en no hacer el ridículo y venga conmigo a un debate». Y, a propósito de la mayoría absoluta popular, defendió que había servido para «llevarnos a una guerra ilegal, manipular en televisión, hacer que la vivienda sea inaccesible y abandonar la escuela pública y la seguridad»⁴⁷.

El PSOE quería construir Euskadi de otra manera y, por supuesto, no pensaba colaborar en los proyectos políticos del PP por crear dos Españas o dos Euskadis. Javier Rojo añadió, refiriéndose a Mayor Oreja, que estuviera

⁴⁵ *El Correo* 9-3-04 (24).

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *El Correo* 10-3-04 (19).

tranquilo en su «viaje de despedida a ninguna parte» y que dejara de transmitir a la sociedad el «rencor» que todos los partidos habían decidido dejar en la transición. «Queremos entendernos —añadió—, queremos volver con más fuerza para transformar España y olvidarnos de estos ocho años que tanto retroceso y tanto rencor han traído a esta comunidad». Huertas, por su lado, dijo que «lo que toca decidir ahora, es quién gobierna en España: si sigue la derecha de la confrontación y la mentira o gobierna el PSOE con Zapatero». Otras intervenciones destacaron esta misma idea: el compromiso de destruir las trincheras políticas que existían en Euskadi, tender los puentes necesarios entre los gobierno central y autonómico y encontrar un mínimo común denominador que uniese a los vascos para avanzar en la normalización política y el apoyo necesario a aquellas reformas del Estatuto que los partidos vascos consensuasen desde el diálogo y la legalidad, sin presiones para liderar la pluralidad del país, evitar las divisiones y lograr la paz⁴⁸.

Los puntos centrales del discurso de Zapatero en Toledo fueron la petición del voto a los desencantados que no votaron al PSOE en las anteriores elecciones; la seguridad en el triunfo socialista a pesar de lo que pronosticaban las encuestas; la intención de no gobernar a menos que obtuviera más votos que Rajoy —«es un buen principio para gobernar España con fuerza suficiente y no condicionado por las fuerzas minoritarias»—, aunque advertía que, en el supuesto de victorias ajustadas, las dificultades de formar gobierno serían mayores para el PP por haber gobernado contra todos —estudiantes, manifestantes contra el *Prestige* o la guerra de Irak— y, además, por la mayor capacidad de diálogo y entendimiento del PSOE; el cambio tranquilo y un gobierno ni partidista ni sectario; la oferta de todos los espacios publicitarios socialistas a cambio de un debate con Rajoy; la necesidad del triunfo socialista para que hubiese un partido respetuoso con los demás partidos, ya que el PP recurría al terrorismo para atacar al partido socialista, y la promesa de que si ETA era derrotada, la victoria sería del pueblo español y no de un partido⁴⁹.

En una entrevista, Rodríguez Zapatero abordó varias cuestiones de una forma más ordenada que en los mítines, pero en los mismos términos y con los mismos argumentos. La primera afectaba al País Vasco y al PNV. Su primer plan con respecto al País Vasco era el de «tener un diálogo con el Gobierno Vasco para sumar más esfuerzos en la lucha contra el terrorismo, para entrar en una etapa de distensión y para que Ibarretxe y el PNV reconsideren su plan. Euskadi no necesita ni plan Ibarretxe ni plan Mayor Oreja, sino un plan de todos para construir el futuro»; el posible adelanto de las

⁴⁸ *El Correo* 10-3-04 (22).

⁴⁹ *El Correo* 11-3-04 (19).

elecciones por parte del PNV demostraría que «Ibarretxe ha fracasado en esta etapa de gobierno. Teniendo una mayoría en el Parlamento, como dice que tiene, sólo conseguiría llevar a la sociedad vasca a una nueva división al cincuenta por ciento. Euskadi no necesita elecciones, sino diálogo»; el plan Ibarretxe estaba «en la vía de descarrilar. Es imposible que prospere ante la oposición que mantenemos el PSOE y el PP. Los nacionalistas tienen que salir del ensimismamiento en que les ha metido un proyecto maximalista y de partido, que divide a la sociedad vasca; saben que el camino que han emprendido sólo va a contar con nuestra oposición democrática y dialogante, pero con oposición»; en cuanto a la acusación nacionalista contra el PSOE de hacer seguidismo del PP, Zapatero decía que «el PNV sustenta un discurso electoral basado en la indiferenciación entre el PP y el PSOE, que no se lo cree nadie. No hay más que verle a Rajoy y verme a mí. Es imposible que algún ciudadano piense que PP y PSOE se parecen»; el discurso de Imaz le parecía razonablemente esperanzador, mejor que las voces escuchadas anteriormente y creía que «los resultados del 14-M van a ser muy importantes para el giro de la estrategia del PNV. Si la sociedad vasca nos da un voto muy fuerte, como espero, el PNV e Ibarretxe sabrán que tienen que reconsiderar su estrategia. Si después del 14 de marzo hay un Gobierno del PSOE, el lehendakari sabrá que no le valdrá el argumento de que hay un Ejecutivo centralista, que niega lo vasco. Somos el PSOE del Estatuto, el que gobernó con el Gobierno Vasco, el PSOE del euskera, de la ikurriña, el que ha defendido siempre lo que es la identidad vasca dentro de un marco razonable, que es la Constitución»; los malos tratos recibidos por parte del PNV también los habían recibido del PP, «pero sabemos que es nuestro papel. Somos los únicos que no concebimos con un carácter de exclusividad ni Euskadi ni España, los únicos que apostamos por una convivencia distendida». No había que confundir el diálogo con el acuerdo y el entendimiento. Con el plan Ibarretxe podía haber diálogo, pero nunca entendimiento y el acuerdo era imposible. La ley de Partidos y la ilegalización de Batasuna le parecieron positivas y, tras los últimos golpes policiales, veía a ETA muy débil.

La segunda cuestión se refería a las formaciones de gobierno. Zapatero no tenía entre sus objetivos recurrir al PNV para gobernar y, con respecto a CiU, se remitía a lo que ésta había declarado: que no apoyaría ni al PP ni al PSOE. Él, por su parte, ni les había invitado ni les había ofendido. Con respecto a IU y ERC, el candidato socialista eludió la pregunta, sugiriendo que las acusaciones de los populares en sentido de acuerdo con ellos, buscaba su descalificación. Reconoció el error de Carod Rovira por su reunión con ETA así como que ya lo había pagado, a diferencia de otros como los populares que no los reconocían (Yakolev 42, armas de destrucción masiva en Irak, *Prestige*). El tripartito catalán tenía futuro y disgustaba a la derecha, lo mismo del PP que nacionalista y «con mayor o menor grado de cinismo».

La tercera cuestión era la organización territorial del Estado. Ello requería la reforma del Senado, la instauración de una conferencia de presidentes autonómicos y el refuerzo de todos los instrumentos de cooperación entre comunidades autónomas y entre éstas y el Estado. La reforma de los estatutos era posible, siempre que se hiciera respetando la reglas de juego, pero Zapatero no respondió si se inclinaba por la línea federalizante de Maragall o por la centralista de Bono; simplemente respondió que en el PSOE no había corrientes y que era el partido que mejor comprendía a España y que más se parecía a España; por otra parte, los gobiernos autonómicos estaban para defender sus intereses territoriales y le parecía normal que cada presidente autonómico defendiera sus tesis. El candidato socialista estaba seguro de que el PP llegaría a realizar un pacto de revisión estatutaria con el PSOE. Su planteamientos actuales eran pura estrategia electoral. A la pregunta de si no era una forma de contentar a todos la idea de crear 17 agencias tributarias y diecisiete tribunales superiores dejando sin competencias al Tribunal Supremo, Zapatero contestó: «Todo eso existe en la Constitución. Hasta 1992 no había Agencia Tributaria en España; la puso en marcha Borrel, y es una forma de organizar la Hacienda pública».

La cuarta cuestión era la del cambio tranquilo, que se veía en la ciudadanía y en los sondeos de opinión después de un gobierno del PP con manipulaciones, mentiras, descalificaciones, división, crispación y fracasos en resolver los problemas.

El quinto tema era el de la crítica al PP y a Rajoy. Nada más responder con que él juega muy limpio a la pregunta de si no criticaba al PP, calificó a Rajoy de incompetente en el Ministerio de Interior y en el tema del *Prestige*, de falta de sentido común por llamar hilillos de plastilina a la marea negra, de ridículo por leer los papeles que le ponían delante en los mítines (lo dijo tres veces en la entrevista y varias más en días anteriores), de no aceptar un cara a cara con él porque le temblaban las piernas y de tener un carácter indefinido. Y con respecto al resultado de las elecciones no aceptó la pregunta de que lo que se ventilaba era la mayoría absoluta o relativa del PP, estrategia de los poderosos, sino quién iba a ganar: ganaría la ciudadanía y perderían los poderosos. «Sé muy bien de qué hablo». La campaña no había estado mal diseñada y todos los sondeos habían mostrado un ascenso progresivo del PSOE.

Por último, estaba su partido. El crecimiento de los «enanos» dentro del PSOE, cuando las cosas parecían que le marchaban bien, lo interpretó como dificultades de la vida pública y como pruebas que sirven para forjarse y para constatar si hay madera. No contestó a la pregunta de si le cortarían la cabeza en el caso de perder las elecciones, porque las iba a ganar. Y sobre la posibilidad de que hubiese agazapados ante una debacle

electoral, creía Zapatero que había más agazapados en el PP que en el PSOE⁵⁰.

El último mensaje socialista en Euskadi antes del 11-M, dirigido a los votantes de Izquierda Unida y, en parte, también, a los nacionalistas, repetía que el cambio para los vascos sólo podía venir con el triunfo de Zapatero; de ahí la necesidad de concentrar el voto en las candidaturas socialistas y de que no se perdiese ningún voto progresista. Más repetición eran los ataques al Partido Popular. Pastor acusó a Aznar y a Rajoy de resucitar el fantasma de las dos Españas, mientras que Arantza Mendiábal denunció el abandono paulatino de la industria vizcaína, porque su modelo económico se basaba en el ladrillo y en la especulación; por otra parte, el triunfo del PP representaría el cierre de la sede central del BBVA en Bilbao. También Rojo arremetió contra el PP al acusarle de haber quebrado la convivencia en el País Vasco introduciendo dosis de rencor en la política vasca. El Partido Socialista, en cambio, apostaba por planes positivos para la convivencia. No faltó alguna crítica al nacionalismo; el mismo Rojo recordó a Ibarretxe que si bien hacía falta un plan para la igualdad entre el hombre y la mujer, también hacía falta otro plan para la igualdad entre nacionalistas y socialistas⁵¹.

En resumen, éstos fueron los argumentos utilizados por el Partido Socialista en la campaña. En primer lugar, la descalificación del adversario, que en este caso se redujo prácticamente al Partido Popular y sus personas: carroñeros, demagogos, desvergonzados, faltos de sentido común, ridículos, irresponsables, ambiciosos, inmorales, mentirosos, prepotentes, soberbios, incompetentes, desmemoriados, mediocres y arrogantes fueron algunos de los insultos repetidos a lo largo de toda la campaña, incluidos los días posteriores al 11-M. En segundo lugar, la denuncia de la política de gobierno y del bloque doctrinal del PP, que en algunos casos fue una auténtica falsificación de la realidad: imposición de la ideología popular como pensamiento único; utilización partidista de ETA, Constitución y terrorismo como instrumentos electorales; falta de homologación con la derecha europea; inmovilismo, manipulación de la Justicia y de los medios de comunicación; defensa y participación en la guerra injusta; ruptura de la convivencia en el País Vasco; terrorismo como único discurso electoral; estrategia antinacionalista para impedir que el PSOE llegara al poder; especulación inmobiliaria y abandono del desarrollo tecnológico; incomunicación institucional y confrontación permanente; responsable de la crisis política más grave de la historia vasca; culpable del antinacionalismo en España y del antiespañolismo entre los nacionalistas catalanes y vascos;

⁵⁰ *El Correo* 11-3-04 (20 y 21).

⁵¹ *El Correo* 11-3-04 (24).

brazo político del clero; corresponsable con el PNV de la crispación y de la gestión de la convivencia entre los vascos; empleo precario y temporal; abandono de la escuela pública y de la seguridad; máximo impulsor del nacionalismo vasco; amiguismo; corresponsable de las mujeres asesinadas por sus maridos y re creador de las dos Españas y de las dos Euskadis. En tercer lugar: la alternativa socialista: reformismo, cumplimiento del derecho internacional, diálogo institucional, programa social avanzado, reformas estatutarias, rechazo del plan Ibarretxe, moderador del nacionalismo, ni separatistas ni separadores, garantía de la convivencia y de la alternativa en Euskadi, reorganización territorial del Estado, defensa de la ilegalización de Batasuna y cambio tranquilo. Y, en cuarto lugar, confianza absoluta en el triunfo electoral.

Campaña del PP

El eje de la campaña popular fue el desafío nacionalista al Estado en su doble vertiente nacional y autonómica. A nivel nacional el desafío procedía de la debilidad del Partido Socialista y de sus alianzas y pactos con los nacionalistas; a nivel autonómico el reto al Estado procedía del nacionalismo vasco a través del plan de Ibarretxe. La derrota de este desafío sólo la podía garantizar el triunfo del Partido Popular por mayoría absoluta.

El programa y el proyecto político ocupó el 20,75% de la campaña, mientras que los partidos políticos se llevaron el 79,24% de las intervenciones, repartidas más o menos a partes iguales entre el Partido Socialista y los nacionalismos, especialmente el nacionalismo vasco del PNV. A pesar de la intervención de distintos líderes populares, el núcleo central lo desarrollaron Rajoy, a nivel nacional y con alusiones al nacionalismo vasco, y Mayor Oreja, centrado de forma casi absorbente en el nacionalismo vasco y el plan Ibarretxe.

La respuesta al planteamiento nacionalista de las elecciones la dio Mayor Oreja al manifestar que la trascendencia de las mismas radicaba en que la única forma de hacer frente al plan Ibarretxe era la victoria del PP. Mientras otros, refiriéndose a los socialistas, habían comenzado la campaña manifestándose con Carod, los populares lo hacían con quienes defendían la Constitución y con quienes eran la mayoría de España. El plan Ibarretxe, según María San Gil, era el órdago separatista que se anteponía a la necesaria convivencia entre los vascos y a sus necesidades, mientras el PSOE pretendía gobernar en España sin gobernar en su propia casa, acabar con ETA a la vez que pactaba con ERC y suscribir un pacto de Estado contra el terrorismo que no respaldaban muchos de sus candidatos. Quienes reclamaban una revisión del modelo de Estado y una reforma de los

Estatutos (Eugenio Azpiroz) no expresaban las preocupaciones reales de los ciudadanos. Ni siquiera en Euskadi era un clamor social. El cuestionamiento permanente del marco político hacía perder energías importantes y provocaba inestabilidad. El PP defendía el cierre estatutario. Por otra parte, las competencias estatutarias pendientes de transferencia a Euskadi eran más bien flecos que cuestiones importantes⁵².

De nuevo, Mayor Oreja declaró el objetivo popular de derrotar al nacionalismo con el triunfo de Rajoy en España y, también, en Euskadi, pidiendo para ello el voto de los vascos de izquierdas avergonzados del comportamiento de sus líderes. La victoria consumaría la derrota del terrorismo y resolvería definitivamente los problemas territoriales de España, atreviéndose a decir «no» a las minorías radicales nacionalistas, porque la alternativa no estaba entre la derecha o la izquierda, sino «entre una mayoría de españoles que quiere un Gobierno que les represente y un conjunto de minorías que desde el crimen o la mentira, y otras veces asociados, quieren imponer su razón de ser y estar en la política». ETA había aprovechado los balones de oxígeno que le dieron el PNV en Estella y ERC en Perpiñan y, convertida en aval de la ruptura de España, bendecía a quienes lo intentaban⁵³.

La importancia de las elecciones radicaba en que servirían de termómetro para el nacionalismo en su pretensión final de independizar Euskadi de España. Ya nadie podía decir que el PNV aceptaba las normas que habían regido la vida de todos los vascos. Había que ganar, si no se quería llegar a un lugar irreversible. El adversario político en Euskadi (Alfonso Alonso) no eran los socialistas, sino el PNV con su «proyecto de ruptura con España, y de riesgo para los vascos»⁵⁴.

A nivel nacional el discurso popular (Rajoy) se centró sobre el Partido Socialista y su candidato. Al primero acusaba de alejarse del Pacto por las Libertades y contra el Terrorismo, cuando a él se debían los éxitos contra el terrorismo de la anterior legislatura que permitían afirmar que el fin de ETA estaba más próximo. La traición e incoherencia del PS estaba en la carencia de un modelo económico y de un modelo de Estado. A Rodríguez Zapatero, «un extraño señor vestido de negro y con una especie de corbata algo así como de lunares», se le negaba capacidad para gobernar. Frente a

⁵² *El Correo* 27-2-04 (26)

⁵³ *El Correo* 28-2-04 (28).

⁵⁴ *El Correo* 29-2-04 (36). En esta misma página, Otegi, fuera de campaña por la ilegalización, no deja de repetir lo de siempre: después del 14 de marzo se abrirá una dinámica de diálogo; la izquierda abertzale tiene la mano tendida para ir a la raíz para resolver el conflicto político y traer la paz; la ilegalización no sacará a la izquierda abertzale del panorama político y que su voz, la de Herri Batasuna en Madrid, ha sido la única que, en lugar de halagar los oídos, fue a decir que «somos una nación y queremos la autodeterminación».

un señor «triste, de alguien enfadado con todos, de alguien sin ilusión», yo —dijo Rajoy— «quiero una España alegre, feliz, segura de sí misma en la que la gente sabe que puede ir a mejor y lo mejor aún está por llegar. Ésa es la España en la que creemos y por la que vamos a trabajar»⁵⁵.

Frente al «ensayo» que sería un gobierno socialista apoyado en una coalición de pequeños partidos, algunos nacionalistas, sin capacidad, desunida y sin ideas, Rajoy defendió el aval de la experiencia del PP. «En España no estamos para perder cuatro años, no estamos para perder el tiempo», y, en respuesta a los cuatro mandamientos de ZP, añadió: «Hoy la corrupción no está entre los primeros cuarenta problemas de España» a diferencia de la era socialista, cuando también decían que el problema del paro era un problema estructural⁵⁶.

A pesar de las encuestas favorables al PP, Rajoy advertía de que nada estaba decidido y, parece que buscando el voto del centro, anunciaba invertir más en gasto social, porque ahora era el momento en que se podía. Los pilares de la estabilización económica estaban en las políticas de Aznar: déficit cero, creación de empleo y superávit de la Seguridad Social. «Aquí —dijo— todos somos exactamente igual de bienintencionados. No hay un solo español, vote a quien vote, que no quiera que se suban las pensiones, una sanidad mejor, una educación mejor. El problema es tener la inteligencia y la capacidad para hacer una política económica que te permita luego obtener buenos resultados»⁵⁷. Las críticas a los partidos destacaron los riesgos para los españoles y para hacer lo que querían los españoles que causaban los nacionalistas y la poca seriedad de Zapatero, que carecía de modelo de Estado y que estaba dispuesto a entregar un ministerio a Llamazares. Hacía falta estabilidad y serenidad. «No es que vayamos a prohibir por decreto que haya señores cabreados, pero este país necesita sentido común»⁵⁸. El objetivo del PSOE —sin liderazgo y sin visión del futuro— era alcanzar el poder como fuese, bien pactando con IU o con ERC. Si el Pacto de las libertades gozaba de buena salud era gracias a los populares y a pesar de la debilidad del PSOE. Suya era la culpa de que ERC, con el 15% de los votos de Cataluña, se hubiese hecho con el mando del PSOE⁵⁹.

En cuanto al nacionalismo vasco, Astarloa afirmó que el plan Ibarretxe llevaría a todos los vascos «a la máxima de las miserias y a un futuro

⁵⁵ *El Correo* 28-2-04 (24).

⁵⁶ *El Correo* 29-3-04 (31). La misma idea de corrupción socialista repite Aznar en su intervención en un mitin en Tomelloso; ver *El Correo* 2-3-04 (22).

⁵⁷ *El Correo* 1-3-04 (18).

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *El Correo* 1-3-04, (22).

protagonizado por la crispación social». El PNV no podía acudir a Madrid a enfrentarse al «mundo mundial» con un proyecto excluyente. Los nacionalistas habían puesto encima de la mesa una propuesta, que preveía la ruptura de España⁶⁰.

Rajoy continuó en Pamplona la crítica al PNV y al nacionalismo al afirmar que no era él quien tensionaba el debate electoral, sino Ibarretxe por tomar decisiones que no le correspondían como la de atribuirse el derecho de autodeterminación. El diálogo se hacía imposible por la presentación de un plan viciado desde su origen. Rajoy exigía al lehendakari lealtad al Estatuto para poder dialogar sobre su reforma. El debate tenía un límite, el de la España constitucional, que en opinión del candidato popular sólo defendía su partido, ya que el PSOE había traicionado sus tradicionales principios vendiéndose a ERC con el fin de obtener el gobierno de la Generalitat, idea en la que también insistió Aznar en otra intervención⁶¹.

En Bilbao, Iturgaiz felicitó a las Fuerzas de Seguridad por la detención de los etarras en Cuenca y criticó a quienes pactaban y dibujaban mapas terroristas con ETA y a los socialistas vascos por abandonar la representación de la alternativa al nacionalismo. Patxi López pretendía alejarse del PP y aislarlo para entregarse en manos del nacionalismo. El PP era el único capaz de hacer descarrilar el plan independentista y secesionista de Ibarretxe y de frenar las pretensiones de Imaz de lograr una fuerte representación en Madrid. El voto útil del constitucionalismo era el voto al PP. Astarloa, por su parte, defendió la sensibilidad de izquierda del PP con medidas de apoyo integral a la familia y a la conciliación entre la vida familiar y laboral⁶².

Los populares, que reconocían la posibilidad de perder la mayoría absoluta, volvieron a centrarse en la crítica a los socialistas. Los argumentos fueron los habituales: terrorismo, solidaridad y unidad de España. El primero lo utilizó Rajoy al responder a las dudas sobre la detención de los etarras, que había sugerido el socialista Rodríguez Ibarra y que se sumaba a la acusación anterior de Felipe González de hacer campaña con dos encapuchados. Harto de tales palabras Rajoy manifestó: «Esta es la vergüenza nacional; al final la Guardia Civil va a tener que acabar pidiendo perdón a dos sujetos que iban a colocar una bomba en Madrid y provocar una masacre de colosales consecuencias». El segundo lo utilizó también el candidato al destacar el miedo a la insolidaridad entre regiones que, en su opinión, propugnaba el primer partido de la oposición como consecuencia de sus pactos con Ezquerria Republicana de Catalunya. El tercer argumento

⁶⁰ *El Correo* 1-3-04 (22).

⁶¹ *El Correo* 2-3-04 (22).

⁶² *El Correo* 2-3-04 (26).

lo utilizó Aznar al retar a Zapatero a que explicase cómo pensaba gobernar si al mismo tiempo tenía un pacto con los que querían cargarse a España. El PP era el único capaz de garantizar la Constitución y no quería que aventureros y personas insolventes se acercasen al gobierno de España⁶³.

Mayor Oreja llamó al secretario general del PSE «Patxi López Arzalluz» por la repetición de los insultos y descalificaciones que le dirigía en su momento el ex presidente del PNV. El PP, no obstante los nuevos derroteros socialistas, seguía fiel a sus principios y valores y no desistía de su empeño de desalojar democráticamente al nacionalismo del poder. Su partido representaba la realidad frente a la ficción y la mentira del plan Ibarretxe. Las elecciones no enfrentaban a la derecha contra la izquierda, sino la estabilidad contra la inseguridad y los riesgos del proyecto nacionalista. Los hechos demostraban «la realidad del éxito de la democracia española, de la Constitución y de la Guardia Civil» (por las recientes detenciones) frente a la mentira nacionalista, que ni siquiera era capaz de garantizar las pensiones de los vascos, según el informe de la UPV encargado por el propio Gobierno Vasco. El PNV sólo buscaba mantenerse en el poder, pero había que movilizarse, porque no valía «con reírse de la ficción y decir que nunca llegará a ser una realidad. Hay que tener más votos»⁶⁴.

Según la prensa, Rajoy cambió de táctica de campaña casi al final de la primera semana (afirmación poco rigurosa), pasando de la explicación de su programa al ataque directo al adversario, a Zapatero, a quien reprochó su nula personalidad, convicción y criterio al callarse, en su momento, ante la corrupción de los gobiernos de González y al no oponerse ahora a las dudas sembradas por algunos socialistas ante las últimas acciones policiales contra ETA. «Yo garantizo —dijo— un gobierno honesto, con la autoridad moral que me da que hoy esta cuestión no figura entre los primeros cuarenta problemas de España». Rajoy añadió un rotundo «no te creo», dirigido a Zapatero, por su afirmación de que no gobernaría, si no era el Partido Socialista el partido más votado, recordándole cómo los socialistas habían conseguido el gobierno catalán, el gobierno de Baleares y lo habían intentado en Madrid, argumento que también repetiría Aznar. El presidente del gobierno, para quien Zapatero era el líder más insolvente del PSOE que había conocido, utilizó el argumento de que algunos de los futuros aliados de los socialistas querían liquidar España y, en concreto, censuró a Carod Rovira por no pedir excusas por su reunión con ETA y por no felicitar a la Guardia Civil. El PP, por su parte, pensaba acabar con los etarras y hacerles cumplir íntegramente su penas⁶⁵.

⁶³ *El Correo* 3-3-04 (19).

⁶⁴ *El Correo* 3-3-04 (22. y 37).

⁶⁵ *El Correo* 4-3-04 (19).

Fue Rato el que planteó en Portugalete que para los dos problemas más importantes de España, el final del terrorismo y el pleno empleo, la garantía estaba en el PP y no en un PSOE «peleado, dividido y enfrentado» y con «distintas visiones territoriales». Si el PP no sacara mayoría absoluta, el avance en tales tareas iría más despacio en Euskadi. Lo mismo ocurría frente al plan Ibarretxe, donde la oposición frontal del PP se distinguía de la duda que plantearía un PSOE aliado con los nacionalistas periféricos; Patxi López diría que no, pero creaba incertidumbre la postura de Maragall. Por otra parte, las promesas de Astarloa de multiplicar esfuerzos por desarrollar la vivienda y las infraestructuras en la margen izquierda se sumaron a la denuncia de Iturgaiz contra los socialistas por no poder contar con ellos en la defensa de la Constitución y del Estatuto, ya que se habían contagiado de los modos y maneras del PNV⁶⁶.

El argumento de los riesgos para España de un triunfo del PSOE lo volvió a utilizar Aznar. Supondría un cambio de régimen. El PSOE había abandonado su carácter nacional para pactar el desmantelamiento del Estado con radicales y extremistas, en referencia a Carod Rovira⁶⁷. En la misma línea se movió Rajoy: el paro, la corrupción y la desmembración de España aguardaban detrás de un posible triunfo socialista. «El PP —dijo Rajoy— necesita de una mayoría estable para que sigamos progresando, porque la alternativa es una alternativa sin programa, sin experiencia, que quiere darle la vuelta a todo y no tiene más objetivo que el de que no gobierne el PP; la coalición alternativa al gobierno del PP es un riesgo claro para España». El candidato popular se comprometió a modificar la financiación de los ayuntamientos para que no dependiesen del suelo en sus presupuestos y a crear un nuevo tipo de vivienda intermedia entre la libre y la protegida⁶⁸. Iturgaiz llamó clones del PNV a los socialistas y Arenas calificó de gobierno de pancarta —dicho también por otros populares— al conjunto de opositores contra el PP⁶⁹.

La segunda semana de campaña la empezó Rajoy con la exposición de su programa fiscal, con la defensa de que el PP ocupaba en exclusiva el centro político y con los mismos ataques a Zapatero, sólo que en esta ocasión estaban apoyados en nuevas noticias e intervenciones de Carod Rovira —la independencia de Cataluña ya ha comenzado o la Generalitat había tanteado que el Barça jugase la liga francesa—. «¿Después de esto —dijo Rajoy— va usted a romper la coalición con ERC, o va a tener el mismo gesto de autoridad que tuvo cuando el señor Carod se reunió con ETA?».

⁶⁶ *El Correo* 4-3-04 (21).

⁶⁷ *El Correo* 5-3-04 (21).

⁶⁸ *El Correo* 5-3-04 (22).

⁶⁹ *El Correo* 5-3-04 (25).

Insistiendo en lo mismo y buscando el voto socialista repitió: «Lo dicho por Carod Rovira no es de recibo y si usted (Zapatero) tuviera gallardía y respeto a la historia de su partido, a lo que piensan los votantes o una gran mayoría de los votantes de su partido, debería romper la coalición para no hacer el ridículo y no ponernos a todos en una situación que llega a ser imposible»⁷⁰.

Michavilla se felicitó de que ETA no pudiese presentarse a las urnas a través de su organización política y de que «hoy quienes son perseguidos por la ley y el Estado de derecho, quienes huyen, son los amigos de los violentos. Quienes llevan tantos años dando la cara por la libertad la están consiguiendo». Añadió que el único sitio en el que los terroristas todavía tenían miembros de su organización, que vivían de nuestro sueldo, era el Parlamento Vasco y ello era así porque lo quería el PNV. «A mí —dijo— el PNV todavía no me ha explicado por qué a todas las leyes que hemos hecho para luchar contra ETA han votado que no y siguen amparando y protegiendo a un partido político que hoy está en la lista de organizaciones terroristas en toda la Unión Europea»⁷¹.

En su intervención en Bilbao, Rajoy expresó sus compromisos por erradicar el terrorismo y defender la Constitución frente a un plan de ruptura, el nacionalista, que no sólo sería derrotado, sino que llevaría al nacionalismo a la oposición. La Constitución era la única garantía de libertad y el oxígeno que necesitaban los vascos. Rajoy se adhería a cuanto significaba la palabra España y se comprometió a garantizar la presencia del Estado y de la ley en el País Vasco, el respeto escrupuloso a las instituciones y a los símbolos legales, la reafirmación del autogobierno vasco, la incentivación del bienestar frente a la economía de la secesión, la exploración de la posibilidad de desarrollar una mejor autonomía y no una mayor autonomía, la decencia y el diálogo político, concepto adulterado por el nacionalismo, porque «negociar para excluir no es dialogar; es excluir. Y sentarse alrededor de una mesa para pactar proyectos políticos con los terroristas no es dialogar, es legitimar políticamente el terrorismo»⁷².

Aznar, por su parte, calificó a la alternativa al PP de coalición de pancarteros, zapateros y comunistas, que desayunaban todas las mañanas galletas de rencor o de odio, y de partidos que defendían romper España. El periódico en su encabezamiento calificaba esta y otras semejantes afirmaciones de exhibición de un nacionalismo español recalitrante⁷³.

⁷⁰ *El Correo* 6-3-04 (22).

⁷¹ *El Correo* 6-3-04 (25).

⁷² *El Correo* 7-3-04 (28 y 29).

⁷³ *El Correo* 7-3-04 (29). En la misma información se dice que Aznar utilizaba el término España una media de 12 veces por cada intervención en sus mítines.

En una entrevista realizada a la mitad de la campaña, Mayor Oreja, cabeza de lista del PP en Álava, defendió que era importante que el PP sacara un gran resultado para así afrontar el desafío nacionalista de la siguiente legislatura. Era el PSE el que insultaba y trataba de obtener votos desde la diferencia y la división con respecto al PP y a la unidad anterior del constitucionalismo. Pero éste, que ni sabía ni podía ni debía insultar, tenía que estar representado por el PP. El cambio ocurrido en las relaciones entre el PSE y el PP se debía a que el secretario del PSE era nuevo, mientras que los responsables del PP eran los mismos. Correspondía a los socialistas explicar por qué defenestraron a Redondo y modificaron el esquema del PSE, ganando en su partido la tesis del «todos contra el PP» y su «maragallización». Mayor consideraba parte del anecdotario de una campaña llamar «Arzalluz» a Patxi López y, por el contrario, reconocía la rabia y la irritación que daba que le llamaran inmoral y carroñero, aunque lo asumía encantado. Ahora se le decía desde las filas del PSE lo que antes venía desde el PNV. Era el coste de la política de principios y convicciones del PP, cuya recompensa era mantener viva la esperanza y demostrar que era la política adecuada que había llevado a ETA a uno de los momentos de mayor debilidad de su historia. El PP se había atrevido a decir lo que era ETA, a apoyar las medidas de ilegalización de su brazo político y a fortalecer la Justicia.

De la posible desaparición de la alternativa (se ha de entender que al nacionalismo en el País Vasco) no había que hablar hasta después de celebradas las elecciones, pero éstas no estaban planteadas entre PP y PSOE, sino entre una mayoría que quería gobernar España y una suma de minorías que quería lo mismo y se aprovechaba de la debilidad socialista para que el PP no obtuviera la mayoría absoluta. «Aquí no va a ganar Zapatero, va a ganar el PP con una mayoría u otra. Eso es lo único que está en juego».

Las elecciones generales no eran una primera vuelta de las autonómicas, pero existía la posibilidad —de lograr una mayoría en España— de hacer descarrilar o, al menos, provocar la crisis del plan Ibarretxe.

La inclusión en el mismo saco a PNV, ERC y ETA era una fotografía de la realidad, era atreverse a decir la verdad. «Y la verdad es que ETA en Estella apoyó al PNV en su nueva estrategia y a Carod le ha ayudado en la suya en Perpiñan. Por eso, el eje de esta nueva ofensiva del nacionalismo está protagonizado por ETA. El nacionalismo tenía su vanguardia en ETA y lo que se está produciendo ahora es una sustitución de la banda por el grueso de los distintos nacionalismos. No es un invento, es una realidad que se verá en la próxima legislatura».

Mayor negaba que el PP fuera responsable de la subida esperada de votos de ERC. Él ya había pronosticado que los de ERC serían los herederos de Pujol. Éstas y otras afirmaciones eran, según él, consecuencia de la búsqueda de la verdad, no de los votos. Hasta el momento todos su pronósticos

se habían cumplido; ahora tocaba que se cumpliera la segunda transición que intentaban los nacionalistas, de modo que el problema de España después de las elecciones iba a ser el de la legislatura del desafío nacionalista.

La prioridad del PP estaba, de momento, en ganar las elecciones y, en lo que a él personalmente se refería, seguiría en el PP del País Vasco construyendo la alternativa al nacionalismo para desalojar democráticamente al nacionalismo del poder. Las expectativas de voto en las elecciones en el País Vasco estaban entre repetir los resultados anteriores y ganarlas, si es que contaban con el apoyo de todos los constitucionalistas que querían el cambio.

La razón por la que se estaba hablando muy poco del Plan Ibarretxe (esto era una equivocada apreciación) estaba en que las elecciones generales no eran las adecuadas; lo serían las autonómicas. Ahora los nacionalistas trataban de anestesiar al votante del PP para que éste no consiguiera mayoría absoluta y hubiese, a la hora del Plan Ibarretxe, un gobierno más débil en Madrid. El futuro del nacionalismo pasaba por un esfuerzo de reagrupamiento de ETA y el PNV. Y si bien ETA no era exigente con ERC, al PNV le exigía una negociación para el reparto de poder político.

Era cierto que el PSOE estaba contra ETA, pero no se había atrevido a romper con ERC y había permitido que uno de los ejes de la ruptura en esta legislatura siguiera en el gobierno de Cataluña, de manera que el PSOE estaba neutralizado por los acuerdos con Carod.

En cuanto al Pacto antiterrorista, Mayor opinaba que había sido un excelente instrumento, porque se hizo desde la exigencia y no desde la cantedad, y no tenía sentido abrirlo a otros partidos para que devaluasen su contenido⁷⁴.

La intervención de Rajoy en Las Palmas recurrió, de nuevo, al discurso de la descalificación de los socialistas por su España de paro, de despilfarro y de corrupción y por sus relaciones con el independentismo catalán de Carod Rovira, que definían al líder socialista como un dirigente político débil, sin garras y sin agallas. Rajoy insistió en defender una política de inmigración sensata, que rechazara «los papeles» para todos y que apoyara iguales derechos, las mismas obligaciones y los mismos deberes para los inmigrantes que para los españoles. La petición del voto para obtener la mayoría la encubrió con la crítica a la incapacidad de Zapatero para crear un Ejecutivo sólido: «Sabéis por qué los demás no piden una mayoría y no quieren un gobierno estable, pues porque no pueden. Tampoco el PSOE, por eso lo que quieren es formar una coalición que es exactamente lo contrario de lo que le conviene a España. Ellos van a defender sus propios intereses y al final el PSOE va a tragar»⁷⁵.

⁷⁴ *El Correo* 7-3-04 (34 y 35).

⁷⁵ *El Correo* 8-3-04 (18).

Mayor Oreja dio, una vez más, la versión vasca de la campaña, centrándose en la tesis de que la victoria por mayoría absoluta del PP —«no tener miedo a una mayoría clara, tranquila y firme en España»— era la manera de afrontar el desafío nacionalista vasco y garantizar a los españoles el futuro y la esperanza. El nacionalismo debía dejar de ser «una seña de identidad en el paisaje vasco», «como un monte que siempre está ahí». Su deseo era que los vascos viesan perder unas elecciones al PNV. El PP no trataba de integrar a los nacionalistas, sino de ser su alternativa y, por otra parte, no intentaba meter en la cárcel a Ibarretxe, sino de sacarlo de Ajuria Enea con los votos. A diferencia del PNV, que había abrazado el proyecto de ruptura de ETA, el PP se comprometía a acabar con ella de manera definitiva e inaplazable. Carmelo Barrio, por su parte, reprochó al Departamento de Interior su permisividad con la izquierda abertzale, permitiendo manifestarse en San Sebastián y seguir adelante con su campaña a favor del voto nulo, todo ello incumpliendo las resoluciones judiciales y los criterios de la Junta Electoral⁷⁶.

El PP prometió por boca de Rajoy medidas de discriminación positiva para las mujeres en un acto celebrado sólo con mujeres. En otro acto del mismo día, en Valencia, destacó los asuntos que esperaban al futuro jefe de gobierno: pleno empleo, un buen puesto en la ampliada UE y la amenaza que supone para la Constitución los nacionalismos radicales. Él no tenía miedo a ningún desafío, contando con un gobierno sólido y con el respaldo de los españoles. «Vamos a ganar las elecciones —dijo— porque la mayoría de los españoles no quiere despilfarrar el capital de estos ocho años y porque no quieren malgastar posibilidades de futuro. Si queréis eso, que lo queráis de verdad, que me votéis el día 14 y me deis los medios para gobernar en España», porque, en el caso contrario, los socialistas estarían atados de pies y manos por sus socios, por sus acreedores. «Yo no conozco más acreedores que el conjunto de los ciudadanos españoles. Ningún partido, ninguna empresa, ni nadie. Esa es la independencia que me va a permitir defender el interés de España que es para lo que estoy». Y, con ocasión del Día de la Mujer, prometió para las mujeres un millón de puestos de trabajo de los dos que iban los populares a crear en la siguiente legislatura y, refiriéndose al candidato socialista, dijo: «Hoy hay quien ha dicho que si gana hará un gobierno paritario entre hombres y mujeres. ¿Y si la competencia, la inteligencia y la capacidad exige que sean todas mujeres? ¿Les quitará los puestos?»⁷⁷.

La intervención de Mayor Oreja en Ermua, al día siguiente de que Rodríguez Zapatero dijera que los socialistas estaban contra el plan Ibarretxe

⁷⁶ *El Correo* 8-3-04 (20). Batasuna tuvo un acto a favor de la autodeterminación y del voto nulo (*El Correo* 8-3-04, p. 22).

⁷⁷ *El Correo* 9-3-04 (19).

y contra el plan de Mayor Oreja, se centró en el Partido Socialista y en el nacionalismo, como fue habitual durante la campaña. Al primero le respondió que el plan que había era que el día 14 ganase la Constitución. La importancia de «atreverse a decir la verdad», que había aprendido, precisamente, en Ermua, y el «espíritu de Ermua», que arrancó de la rebelión democrática de las víctimas contra el terrorismo, consistían en el momento en que hablaba en lograr la derrota definitiva del crimen, la mentira y el miedo en el País Vasco. Sólo el PP podía acometer semejante tarea, ya que el PSE la había abandonado para situarse en la equidistancia, la comodidad y la cobardía. Los socialistas echaban la culpa de todo al PP y mostraban una notable tibieza ante el plan de Ibarretxe. El camino del PSE era el mismo que anteriormente había seguido el PNV, situándose entre ETA y el Estado de derecho hasta acabar de abogado defensor de la banda terrorista. Por un camino similar, el PSE acabaría defendiendo «a quienes quieren romper» España. «No a quienes quieren matar, pero sí a quienes quieren romper». Con respecto a los nacionalistas vascos, les acusó de ser lo contrario del «espíritu de Ermua». Instalados en la ficción del plan de Ibarretxe, en «sus pensiones de filfa» y en la mentira a la que recurrían para neutralizar la verdad de Ermua, los nacionalistas ocultaban, de momento, sus planes para anestesiar a la sociedad vasca y seguir, después de las elecciones, su hoja de ruta con el reagrupamiento de los que asesinaron a Miguel Ángel Blanco y la negociación política con ETA⁷⁸.

Los socialistas, según Rajoy, eran antipatriotas por promover un cambio que sería catastrófico para España. Ninguna de sus promesas era creíble, ya que en su historia negra estaba el paro, la corrupción y el déficit de la Seguridad Social. Hablando en Zaragoza, defendió el Plan Hidrológico Nacional con una condición innegociable, la de que el trasvase del Ebro no perjudicara a Aragón. «Sólo habrá trasvase si sobra agua. Es la pura verdad, lo demás no es cierto». La defensa, por otra parte, que Aznar hizo en Madrid de gobiernos sólidos, estables y reformistas — buscando con ello la mayoría absoluta de su partido — la fundamentó en el intenso y fecundo diálogo social que eran capaces de desarrollar tales gobiernos, cosa que no podría hacer un gobierno socialista atado por otros partidos políticos. Así lo había sido su partido en la legislatura anterior, creando dos millones de puestos de trabajo, bajando el IRPF, renovando el Pacto de Toledo, luchando contra la siniestralidad laboral o eliminado el Impuesto de Actividades Económicas⁷⁹.

Mayor Oreja pidió que se votase por la realidad del PP y no por la ficción del nacionalismo. El cambio nacionalista de los últimos años ha-

⁷⁸ *El Correo* 9-3-04 (22).

⁷⁹ *El Correo* 10-3-04 (18).

bía consistido en pasar del monólogo del terror de ETA a una película de ficción, cuyos derechos estaban en manos de la organización terrorista con guión de Ibarretxe y Carod Robira con los actores principales del Gobierno vasco y catalán y otros actores secundarios. Para Mayor, España «no es una película, no es una transición en movimiento permanente, no es un mito. Queremos ganar para que con las siglas del PP gane la Constitución y la idea de que España es nuestra referencia para todos». Pero había que ganar con mayoría absoluta para que no pudieran realizarse coaliciones como la del gobierno de Cataluña. Los socialistas vascos no se atrevían a decir la verdad sobre los problemas vascos en los próximos años y, en repuesta a Montalbán que había acusado al PP de la crispación de la sociedad vasca, afirmó que en el País Vasco, después de ocho años de gobierno popular, no había kale borroka, los concejales de ETA estaban expulsados por ley de los ayuntamientos y tenemos el mayor número de ocupados de la democracia española. «Si esto es crispación, quiero que la sociedad vasca siga crispada porque significa que estamos en la buena dirección»⁸⁰.

El problema no era tanto elegir entre Rajoy y Zapatero, sino asegurar una política de «firmeza democrática contra ese ataque nacionalista que en el País Vasco viene dado por el plan Ibarretxe... secesionista, independentista, y que nos quiere llevar a la miseria y sacar de España y de Europa». Así se expresó Carlos Iturza, quien insistió en decir que la ofensiva nacionalista era la ecuación de PNV, más ERC, más ETA, igual a independencia. El PNV, por otra parte, se había «echado al monte»⁸¹.

«Quiero hacer un poco más y un poco mejor de lo que ha hecho Aznar a lo largo de esos años», dijo Rajoy. Insistió, además, en que «lo que aquí está en duda es si España va a tener un Gobierno estable, que es lo que yo quiero y pido, o un Gobierno formado por partidillos que sólo se preocupan de sus intereses». El PP pensaba gobernar solo y, a partir de ahí, ya vería el partido. Incluso con mayoría absoluta, podría establecer acuerdos con otras fuerzas políticas, pero descartaba a CiU para formar gobierno. En defensa del modelo constitucional y de la España autonómica dijo en Barcelona: «Tened la absoluta seguridad de que son cientos y cientos los catalanes que piensan como vosotros. Sobran miles de histriones en la política catalana... Me preocupa y mucho, que los socialistas de Cataluña me critiquen por defender la España constitucional, la que siempre defendió el PSOE; y me preocupa más porque no critica a sus socios de Gobierno, que defienden un modelo de España que nada tiene que ver con lo que siempre ha defendido el programa socialista. Y me preocupa mucho más aún que firmen un pacto de gobierno en el que se condena y se prohíbe el diálogo con el PP y estén

⁸⁰ *El Correo* 10-3-04 (21).

⁸¹ *El Correo* 10-3-04 (21).

en el Gobierno con un partido que pacta con ETA». Por su parte, Rajoy pensaba contribuir a que Cataluña recuperase su moderación, equilibrio y sensatez, señas y principios que no estaban reñidos con el sentimiento de patria grande y chica: «Yo, como vosotros, creo en el sentimiento de identidad múltiple; me puedo sentir gallego y español y dormir tan tranquilo»⁸².

El triunfo claro y rotundo seguía siendo el tema del final de campaña popular. Según Astarloa era necesario para decir «no» con claridad a los planes de ruptura e imposición y «sí» a los valores clásicos como la libertad, el pluralismo, la igualdad, la fraternidad y la paz, y a los valores modernos de la eficacia, progreso y bienestar. La sociedad vasca debía rechazar el camino de la ruptura o de la imposición abertzale y optar por el diálogo y la construcción del futuro entre todos juntos. Repitiendo a Rajoy, afirmó que el PP no defendía más autogobierno, sino mejor autogobierno. «Hemos aprendido que no hay libertad sin pluralismo, que todo el mundo tiene derecho a defender sus ideas sin que ninguno se imponga a los demás y que el camino hacia el futuro se construye haciendo unidad de la diversidad». El objetivo del PP en el País Vasco, concluyó Astarloa en su intervención en Gernika, era el de «construir comunidad, primando lo que nos une sobre lo que nos separa». Nada nuevo en los ataques a los socialistas —«protagonistas del insulto» que engordaban el «zurrón» de ERC—, por parte de otros protagonistas del PP. Sólo cabe destacar la intervención de Jon Juaristi en San Sebastián en la que señaló que las elecciones planteaban la disyuntiva de consolidar la Constitución o «la confusión y el retroceso en las libertades». El PSOE había caído en la torpeza, añadió, de pensar que se puede «cabalgar el tigre de los nacionalismos»⁸³.

En resumen, los argumentos se desarrollaron conforme a una estructura de tres cuerpos. En primer lugar, las descalificaciones: histriones, pancarteros, zapateros, comunistas, insolventes, corruptos, débiles, despilfarradores y protagonistas del insulto entre otros muchos. En segundo lugar, la denuncia y crítica a los partidos; por lo que respecta al Partido Socialista la denuncia, que llegó en ocasiones a la falsificación de los hechos y de las expectativas, incluyó sus alianzas y servidumbres con partidos pequeños y nacionalistas; la innecesaria revisión del modelo de Estado y la reforma de los Estatutos; el alejamiento del Pacto por las libertades contra el terrorismo; el riesgo de cambio de régimen, paro, corrupción y desmembración de España; la ruptura de la solidaridad entre españoles; ruptura de la unidad constitucional con el PP; la torpeza de pretender dominar los nacionalismos; el abandono de la alternativa al nacionalismo vasco; la imitación y repetición de los mensajes anteriores del PNV contra el PP; su neutraliza-

⁸² *El Correo* 11-3-04 (18).

⁸³ *El Correo* 11-3-04 (23).

ción por los acuerdos con ERC en Cataluña y la defensa de quienes querían romper España; con respecto al nacionalismo, denunció el apoyo de ETA al PNV y a ERC; la adulteración del concepto de diálogo por el PNV y su protección a Batasuna; el trabajo del PNV como abogado defensor de la banda terrorista; la sustitución de ETA por el conjunto de nacionalismos; el reagrupamiento de ETA y el PNV como base del futuro nacionalismo vasco; la aceptación del PNV del proyecto de ruptura de ETA; la negociación política con ETA; la pretensión de quitar votos al PP en favor de un gobierno socialista débil y poder dar el órdago nacionalista en la próxima legislatura. En tercero y último lugar, el PP defendió la necesidad de su victoria por mayoría absoluta con los siguientes argumentos: única forma de hacer frente al plan de Ibarretxe, al desafío nacionalista y de derrotar definitivamente al terrorismo; defensa de la Constitución y de la presencia de la ley y del Estado en el País Vasco; mejor autonomía, no mayor autonomía vasca; única fuerza capaz de decir no a las minorías nacionalistas radicales y de evitar los riesgos de ruptura de España; lealtad al Estatuto de Gernika como condición del diálogo político; desalojo democrático del nacionalismo del poder; aval para la creación del pleno empleo, discriminación positiva de la mujer y Plan Hidrológico Nacional; firmeza democrática contra el nacionalismo; condición del diálogo social y consolidación de la Constitución como alternativa a la confusión y al retroceso de las libertades⁸⁴.

⁸⁴ Un resumen de las campañas de los dos partidos nacionales y del PNV apareció en el debate a tres bandas en el que participaron Mayor Oreja (PP), Ramón Jáuregui (PSOE) y Emilio Olabarria (PNV). Los tres participantes se mostraron de acuerdo en asuntos de interés social y económico — soterramiento del tren en Vitoria, urgencia de la «Y» vasca, finalización del puerto de Bilbao, mejora del puerto de Pasaia, intermodal de San Sebastián, mayor apoyo a las empresas e industrias, impulso a la sociedad de bienestar—, pero discreparon profundamente en los temas políticos. Esta es una prueba más de que la campaña fue una pugna política, en la que las alusiones sociales se usaron para agredir a los demás partidos más que como parte esencial de un discurso y de un programa. Los temas políticos fueron: 1. El marco político. El PP: a favor de la Constitución y el Estatuto por la estabilidad y la garantía de libertad que proporcionaban; había que perseverar en ello para hacer frente en la siguiente legislatura al desafío nacionalista. El PSOE: más Estatuto y más diálogo entre demócratas; bloqueo absoluto en la política vasca desde que el PSOE perdió en 1996; «el país camina hacia las trincheras, hacia una derrota colosal». PNV: defensa del plan Ibarretxe aunque haya sido demonizado; trabajo conjunto en Madrid de los firmantes del pacto de Barcelona para construir un Estado plurinacional. 2. Plan Ibarretxe. PP: no a la segunda transición y a la reforma constitucional que formula el plan Ibarretxe; hay un desafío que viene del País Vasco y de Cataluña; «Carod, bendecido por ETA, está haciendo el juego a los que quieren destruir España». PSOE: no es constructivo, es destructivo, divide a los vascos y no tiene encaje ni en la Constitución ni en Europa; sólo seduce a la izquierda abertzale. PNV: los pactos de Estado y las reformas legales han sido acordadas por el PP y PSOE y han supuesto un quebranto brutal de las libertades públicas, que no persiguen acabar con ETA, sino con el nacionalismo. Por ello, «el desafío de esta legislatura será regenerar el deterioro democrático». 3. Lucha contra ETA. PSOE: Avances en la lucha contra ETA; la Ley de Partidos y otras actuaciones han te-

La tragedia del día 11 en Madrid: La aparente suspensión de la campaña

El día 11 se produjo en Madrid un atentado terrorista con la explosión de diez bombas en varios trenes de cercanías, que provocó una masacre de casi doscientos muertos y cerca de 1.500 heridos, algunos de ellos en estado crítico. *El Correo* ya recogía en la edición del día 12 que Al-Qaida había reivindicado la matanza, que, en un principio, el Gobierno atribuyó a ETA y, posteriormente, mantuvo como hipótesis prioritaria de investigación. La campaña electoral se suspendió, pero las iniciales coincidencias de los políticos que parecían anunciar un final de campaña basado en la unidad, se rompieron en cuestión de horas, dadas las discrepancias que surgieron. La campaña continuó de otra manera y retomó las tesis defendidas por los distintos partidos políticos durante los días anteriores al atentado. No hubo, por tanto, suspensión de la campaña, sino aparente suspensión.

Las manifestaciones que recogió el periódico del día 12 sobre lo ocurrido fueron numerosas⁸⁵. Por lo que respecta a declaraciones, notas de insti-

nido efectos positivos. La política popular ha sido torpe con los nacionalistas y ha estimulado el nacionalismo radical en el País Vasco y Cataluña. El choque de nacionalismos se combatía con más autonomismo y era necesario impulsar un discurso de asimilación de los nacionalismo moderados. PP: era macabro (contra PNV) estar escoldado desde hacía veinticinco años por no compartir determinadas ideas y hablar de quebranto de libertades, cuando el PNV no ha sido capaz de garantizar las libertades individuales de los vascos. El PP (contra el PSOE) no ha creado más nacionalistas en Euskadi o Cataluña. «Son los mismos. Lo que ocurre es que el nacionalismo radical sustituye a veces al moderado». PNV: delegar en el Partido Nacionalista la responsabilidad de la falta de libertad de los militantes y cargos del PP y del PSOE era un discurso artificial y una inmoralidad. Sería difícil encontrar en el mundo un gobierno como el vasco que demostrara tanta preocupación y sensibilidad hacia las víctimas. 4. Las prioridades. PSOE: unidad de los partidos democráticos contra el terrorismo, «algo que no desea el PP, por lo que percibo», retomar el diálogo entre las instituciones, mejorar la colaboración policial y abrir el consenso de la lucha contra ETA, Pacto Antiterrorista, a otras formaciones políticas. PP: Mantener la exigencia de no pactar con ETA y sus cómplices ni con los que tienen contactos con ellos v.g. Carod Rovira. PNV: seguir con su política constructiva en Madrid; Imaz se debía a la ponencia política aprobada por el partido, elaborada por Arzalluz y Egibar. 5. Después del día 14. PSOE: tratar de llegar a acuerdos y a un entendimiento con el PNV, en el que había distintas posiciones políticas. El PP trataba al PNV como si fuera ETA y le acusó de haber manipulado y maltratado al PSOE tras los últimos acontecimientos. PP: Ibarretxe pondrá en marcha su plan, comparable con el acuerdo de Lizarra, para dar el salto de la autonomía a la autodeterminación, contando con el apoyo de ETA. «Es algo que no depende del PP, del PSOE o de talantes. Así pasará, hagamos lo que hagamos». PNV: Criminalizar al nacionalismo es una intolerable imputación. «Es un delirio pensar que la sociedad se divide en dos bloques, el del PP y el de ETA. Con estos argumentos será inviable buscar una solución a cualquier problema» (*El Correo* 6-3-04 (20 y 21)).

⁸⁵ Distingo entre declaraciones hechas inmediatamente después de los hechos, notas de instituciones, intervenciones de los políticos, breves comentarios y artículos de prensa, fijándome especialmente en las cuestiones de responsabilidad de los hechos y su valoración política. Los comentarios y artículos se tratan en la sección de «colaboraciones».

tuciones y manifestaciones de políticos, todas, menos dos que consideraron probable la autoría de alguna organización terrorista islámica, expresa o tácitamente atribuyeron la responsabilidad a ETA. Algunos destacaron la indiferencia sobre la paternidad del atentado ante el daño causado y el problema planteado. Si bien en un principio no se vio o no se quiso ver la posible relación entre el atentado y los resultados electorales, a medida que pasó el tiempo surgieron las voces que defendieron la relación entre los resultados electorales y los atentados y, evidentemente, entre los resultados electorales y los autores de los atentados. Alguno vio la responsabilidad de Al-Qaida como consecuencia de la guerra de Irak y otros interpretaron la atribución a ETA o bien como agresión a la izquierda abertzale y al pueblo vasco o bien como una manera de evitar consecuencias negativas el día de las elecciones. Frente a lo manifestado por los miembros del Partido Popular, lo más frecuente por parte de la oposición fue manifestar preocupación y, fundamentalmente, formular acusaciones directamente contra el gobierno sobre la veracidad u ocultación de la información por motivos estrictamente electorales. El PP se reafirmó en su estrategia electoral de enfrentamiento radical contra el terrorismo de ETA y contra la maldad de los nacionalismos, mientras el PSOE siguió con la acusación de mentira de los populares aplicada ahora a la gestión de la información. El nacionalismo siguió atrapado entre los dos grandes partidos, negando todo aquello que le pudiese perjudicar por motivo del terrorismo (la vasquidad y el nacionalismo de ETA) y negando, también, cuanto le perjudicara ante la clientela nacionalista por acercamiento excesivo a los grandes partidos (defensa de la Constitución). Los políticos nacionalistas vascos acusaron a los demás de utilizar el terrorismo para atacar al nacionalismo, las ideas y los pueblos.

Las notas institucionales de los equipos vascos de fútbol contenían las condenas de rigor sin ninguna alusión a las cuestiones de autoría y valoración política.

El comité ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española en una nota expresó su cercanía con las víctimas y defendió que ETA «es una organización intrínsecamente perversa, cuyas raíces se hallan en un tipo de nacionalismo totalitario e idolátrico... ETA considera un valor absoluto la independencia política del País Vasco y, para conseguir este fin, no ha cesado de menospreciar y pisotear las bases mismas sobre las que se sustentan el bien común y la paz, es decir, el respeto a los derechos humanos y, ante todo, el derecho a la vida... Nunca puede existir razón moral alguna para el terrorismo y no debe haber duda ni vacilación a este respecto».

También los obispos de Bilbao y San Sebastián en sendas notas reprobaron la monstruosidad de ETA y expresaron su «inmensa consternación».

Elkarri pidió una reflexión sobre la política antiterrorista seguida hasta el momento, porque el «unilateralismo no puede ser el camino», lo que a

falta de mayores explicaciones era una crítica a la política de los grandes partidos.

Las cadenas de televisión cortaron sus emisiones para informar del atentado, salvo ETB que se justificó diciendo: «Queríamos hacerlo de inmediato, pero no fue posible porque somos una televisión pobre».

La declaración institucional de José María Aznar no afirmó expresamente que la autoría era de ETA, pero estaba implícitamente contenida en sus palabras: «... No vamos a cambiar de régimen ni porque los terroristas maten ni para que dejen de matar. Por eso les digo a todos los españoles que no debemos aspirar a nada que no sea la completa derrota del terrorismo, la derrota completa y total, su rendición sin condiciones de ninguna clase. No hay negociación posible ni deseable con estos asesinos que tantas veces han sembrado la muerte por toda la geografía de España... Somos una gran nación, somos una gran nación cuya soberanía reside en todos los españoles. Quien decide es el pueblo español. Nunca permitiremos, no vamos a permitir nunca, que una minoría de fanáticos nos imponga nuestras decisiones sobre nuestro futuro nacional».

Rajoy declaró que no había más camino frente al terror que el de la firmeza del Estado de Derecho y el de la solidaridad plena con las víctimas y sus familias. Ni con atajos ni con precios políticos se podía derrotar al terrorismo. Había que ir a por los terroristas sin tratos ni treguas, con la ley en la mano, sabiendo que eran el mayor enemigo que tenía España. Los ciudadanos esperaban de su gobierno firmeza y determinación, como esperaban de todos los partidos políticos coherencia y claridad. Rajoy —que no dio ninguna credibilidad a las manifestaciones de Otegi que negaban la autoría de ETA y señalaban a comandos islamistas— fue interrogado sobre las consecuencias de la masacre en la jornada electoral del siguiente domingo y contestó que «tratar de analizar lo que ha sucedido en clave electoral no es sólo una frivolidad, sino que también es hacerle el juego a los asesinos».

Cerca de la una del mediodía según crónica de Luis Sala, Zapatero manifestó que «estamos ante el atentado más horrendo que haya cometido nunca ETA. Ante una barbarie incalificable, cometida por un grupo de asesinos que quiere imponer su voluntad a una sociedad libre, a base de bombas. Es un acto que repugna a cualquier conciencia». Según opinión del candidato socialista, la respuesta inmediata al atentado debía incluir la suspensión de la campaña y la convocatoria conjunta de manifestaciones populares de rechazo al terrorismo y de reafirmación democrática.

No sólo la declaración de Zapatero atribuía el atentado a ETA, sino que Luis Sala afirmaba que, a última hora de la tarde y a pesar de que el ministro de Interior había informado de la nueva vía de investigación que apuntaba al terrorismo islámico, «el PSOE mantuvo en todos sus términos la declaración de su líder».

También Llamazares atribuyó el atentado a ETA, a la que calificó de «organización nazi que tortura y asesina al pueblo». «Condenamos sin paliativos este atentado, a esta organización terrorista y cualquier objetivo político de esta organización... Vamos a estar en las movilizaciones convocadas para mañana por el Gobierno, como un solo pueblo, frente al terror, el nazismo, por la democracia y por la libertad».

La popular María San Gil no dudó de la autoría de ETA y criticó la «miseria y la mezquindad de algunos partidos» en alusión a EA.

«¡Qué monstruosidad!», dijo el Lehendakari Ibarretxe. Convencido de que ETA había realizado la masacre, añadió: «Realmente cuando ETA atenta, cada vez que ETA ha atentado y atenta se rompen (sic) en mil pedazos el corazón de los vascos y vascas, porque el pueblo vasco ha sido y será un pueblo civilizado. Por favor, que no se hable nunca más de terrorismo vasco, el terrorismo es de ETA y a un vasco de buen corazón, a un vasco con dignidad, jamás se le ocurriría matar ni extorsionar a nadie. No son vascos de ninguna manera quienes cometen estas atrocidades; son simplemente alimañas, son simplemente asesinos. ETA, estoy absolutamente convencido, está escribiendo su final, estoy absolutamente convencido de esto, porque es increíble que en el siglo XXI nadie pueda pensar que se puede defender nada pegando tiros, matando y extorsionando a los demás». La pretensión de ETA había sido la de acabar con la democracia e impedir la libertad de expresión. Ibarretxe pedía no utilizar la violencia de ETA con fines partidistas y llamaba a manifestarse contra ETA «sin comunicados, sin nada que pudiera diferenciarnos a unos de otros». Al final de su declaración volvía a insistir en lo que parecía su principal obsesión: «Quiero decirle fundamentalmente hoy a la sociedad española que el pueblo vasco ha sido, es y seguirá siempre siendo un pueblo civilizado, un pueblo amante del diálogo, amante de la relación con las personas, respetando los derechos fundamentales, respetando la vida, respetando las formas de pensar de cada cual. Quiero enviar un abrazo fraterno a todas las víctimas de esta barbaridad tremenda que hemos visto hoy en Madrid».

El comunicado del PNV apostaba por «la defensa de la democracia y la libertad frente a la barbarie y el totalitarismo... La unidad de la sociedad para acabar con ETA y el acuerdo de las fuerzas políticas, es hoy más que nunca necesario para consolidar la convivencia y hacer frente a ETA».

Otegi rechazó el atentado, que calificó de masacre, y afirmó que «ni por los objetivos, ni por el *modus operandi* se puede afirmar que ETA esté detrás de lo que ha ocurrido». Asimismo, sugirió que los responsables podían ser «sectores de la resistencia árabe. El Estado español mantiene fuerzas de ocupación en Irak y no hay que olvidar que ha tenido una responsabilidad en la guerra de Irak». Un comunicado de la izquierda abertzale ratificó por la tarde cuanto había dicho Otegi por la mañana. Por su parte, el responsa-

ble de Batasuna en el País vascofrancés negó también la responsabilidad de ETA y consideró que los atentados carecían de justificación.

La presidenta de EA, Begoña Errazti, condenó la masacre y exigió que no se aprovechara para ir en contra de «ideas ni de pueblos». «Sólo cabe la denuncia, dijo, y exigir que no vuelva a suceder. Sin embargo, si es del mundo del Islam está claro qué consecuencias ha tenido la guerra de Irak, y, si ha sido de ETA, no tiene legitimidad para actuar en nombre del pueblo vasco».

Madrazo exigió a ETA su disolución inmediata. «ETA podrá seguir matando, pero está acabada, social y políticamente, porque las sociedad vasca les rechaza y les desprecia. Con esta muestra de brutalidad, en el fondo deja patente su debilidad... ETA pone de manifiesto el fanatismo y el totalitarismo más cruel. Los atentados recuerdan el *modus operandi* de Al Qaeda, a más muertos más impacto».

Mientras Maragall abogó por votar libremente el domingo para evitar que el terrorismo dividiese a la sociedad, Carod Rovira manifestó que «en Irlanda y en Córcega llegaron a la conclusión de que por la vía policial y judicial exclusivamente no se ponía fin a la violencia... alguien en algún momento, en los de mayor atrocidad, rabia y dolor como es hoy —por ayer—, deberá tomar una decisión valiente y hablar con quien mata para que deje de hacerlo. Es que no existe otra vía».

El lema escogido para la manifestación fue «Con las víctimas, con la Constitución, por la derrota del terrorismo», que no gustó ni al PNV ni a EA. Esta última lo calificó de «sectario y excluyente»⁸⁶.

Al día siguiente de la matanza, ETA negó toda responsabilidad sobre el atentado a través de un comunicante anónimo, al que Batasuna concedió absoluta credibilidad. Otegi (de manera cínica) consideró indignante que la clase política vasca «fuera capaz de atribuir a una organización el atentado y de paso intentar el asesinato político de la izquierda abertzale». La credibilidad del PNV, EA, Ezker Batua y Aralar había quedado en entredicho, añadió Barrena, «al basar su discurso en la versión policial». Begoña Errasti (en una interpretación disparatada que identificaba al pueblo vasco con ETA) pidió responsabilidades al gobierno central por «no mostrar realmente todos los datos y criminalizar una vez más al pueblo vasco».

El gobierno, por su parte, mantenía abiertas todas las hipótesis, aunque daba mayor veracidad a la pista de ETA. Esto no coincidía con lo que afirmó el ministro de Interior francés, para quien la hipótesis de ETA había dejado de ser prioritaria.

⁸⁶ *El Correo* 12-3-04, (28,29,30,31,40,47,48,37,38,39,44,45,46). No se tiene en cuenta la declaración institucional del Congreso por ser irrelevante para el caso.

La oposición, además de pedir a Aznar claridad y rapidez de información sobre la autoría, comenzó a manifestar ciertas preocupaciones y, en algunos casos, acusaciones sobre la información del gobierno. Para Zapatero, los «camino de respuesta» serían muy diversos según fuese ETA o un grupo afín a Al Qaida y José Blanco insinuó que el gobierno ocultaba información y que intentaría ocultarla hasta después de las elecciones. «La gente —añadió— no puede acudir a las urnas bajo la duda y la sospecha». También Ibarretxe pidió información «fehaciente», añadiendo que la distinta autoría podía dar lugar «a una valoración política diferente». Azkarraga, de EA, fue más allá al unir la guerra de Irak y el intento del PP de mantener la duda sobre la autoría de los atentados hasta después de las elecciones por «motivos electorales». Además, Acebes y Zaplana habían prevaricado al acusar a ETA sin pruebas. Madrazo censuró la gestión de la información «en función de intereses partidistas». Carod Rovira, por su parte, estaba convencido de que el gobierno trataría de manipular lo ocurrido «para no modificar ni un milímetro la línea argumental de su campaña». Conocer la verdad del caso el día 15 sería un «fraude moral».

Fuentes socialistas, según Ramón Gorriarán, sostenían que la actuación unilateral del Partido Popular respecto a la estrategia antiterrorista a seguir después de las elecciones llevaba al absurdo de que «el resultado de las elecciones del domingo esté influido por el hecho de que el autor de los atentados sea ETA o Al-Qaida».

Rajoy asumía las informaciones del ministro del Interior, por lo que la prioridad en la investigación era ETA, aunque había otras posibilidades que no podían cerrarse. Ibarretxe criticó la consigna para encabezar la manifestación de Madrid, pero pidió el apoyo ciudadano al margen de los lemas. Y, fuese ETA o no la responsable del atentado, manifestó que no retiraba ninguno de los apelativos que dedicó a ETA en su primera comparencia. Mayor Oreja, por su parte, se sintió avergonzado por las declaraciones de Ibarretxe, porque no hacían falta vascos que llorasen, sino vascos que no hiciesen planes de ruptura con la Constitución, sino con ETA. «Ayer —añadió— tuve la sensación de que algunos estaban más empeñados en confirmar que no era ETA, para que luego la ruptura con la Constitución fuese más fácil, que en estar de verdad con las víctimas y contra lo que significa hoy una organización terrorista como ETA»⁸⁷.

Aunque no cabía encajar en la totalidad de estas declaraciones lo dicho por Rafael Larreina (Eusko Alkartasuna), lo cierto fue que el secretario de EA explicó el alivio de los vascos por el «doble acoso que sufren los vascos, el de ETA y el de los que nos acusan a todos de connivencia con el

⁸⁷ *El Correo* 13-3-04, (19.18,20,28,29).

terrorismo... Hay una preocupación de que nos confundan y por eso, cuando se supo que podía ser Al-Qaida, pues muchos pensamos que los vascos no íbamos a ser esta vez el malo de la película»⁸⁸.

A Ramón Jáuregui le parecía comprensible sentirse manchado por el terrorismo, «porque ETA no es un grupo terrorista del Camerún, sino el de aquí. Es el terrorismo de la causa nacionalista, por mucho que algunos quieran negarlo. Es verdad que hasta ahora no habían pasado cierto límite. Pero todos sentimos que eso habría sido perfectamente posible»⁸⁹.

El día de las elecciones (día 14) la prensa comunicaba que Al-Qaida se había atribuido en un vídeo la matanza de Madrid. Grupos de manifestantes se concentraron ante las sedes del PP en diversas ciudades gritando no a la guerra y mentirosos y pidiendo la verdad antes de votar. Las concentraciones fueron convocadas a través de mensajes de móvil y de Internet y se realizaron durante la jornada de reflexión. En la que tuvo lugar en Vitoria hubo afiliados y cargos del PNV, PSE e IU.

La oposición, por su parte, había pedido durante el día anterior transparencia al gobierno. IU protestó ante la Junta Electoral Central por las manifestaciones de Rajoy, en las que, ante la gravedad de los acontecimientos, había pedido, supuestamente, una mayoría absoluta, y acusó al PP de desinformar y manipular. Tanto el PSE —había que conocer la verdad antes de votar para no lamentar nada el lunes— como los integrantes del Gobierno Vasco fueron contundentes en sus demandas al gobierno central. Imaz acusó al gobierno de estrategia de confusión y de ocultamiento de información y consideró inmoral que el gobierno pudiese escamotear datos para evitar un disgusto electoral.

También el PP recurrió a la Junta Electoral por la manifestación «ilegal e ilegítima» ante su sede central en Madrid y la Junta elevó al fiscal la queja del PP. Rajoy denunció que las manifestaciones contra sus sedes estaban destinadas a influir negativamente en el voto y pidió a los electores «votar libremente y sin sentirse coaccionados como mejor defensa contra el terror»⁹⁰.

Fue Rubalcaba quien acusó al gobierno de ocultar información y decir cosas que no se ajustaban a la verdad. El gobierno habría actuado manipulando los datos, datos «que no estaban en consonancia con la marcha de las investigaciones» que ya conocía la oposición socialista antes de que el gobierno informara de las primeras detenciones de islamistas. Según esto, añadió Rubalcaba, «los españoles se merecen un Gobierno que no les mien-

⁸⁸ *El Correo* 13-3-04 (24).

⁸⁹ *El Correo* 13-3-04 (24 y 25).

⁹⁰ Ver para estas informaciones: *El Correo* 14-3-2004 (28 y 29). No consta en esta última información que Rajoy pidiese, ante las graves circunstancias, la mayoría absoluta.

ta, un Gobierno que les diga siempre la verdad», porque la magnitud del crimen no admitía el juego político, sino la limpieza. Toda la verdad se acabaría sabiendo, añadió, y «ése es nuestro compromiso con las víctimas». El PSOE felicitó a las fuerzas policiales por las detenciones, se comprometió a convocar después de las elecciones a todas las fuerzas políticas para reconstruir la unidad ante el terrorismo y, por último, pidió a los ciudadanos que acudiesen a votar para así homenajear a las víctimas.

Por primera vez desde la democracia, informaba *El Correo*, las elecciones generales estaban marcadas por la incertidumbre ante la reacción ciudadana tras la tragedia.⁹¹

Editoriales

Dos son las palabras clave que resumen el análisis del periódico sobre las elecciones: democracia y antiterrorismo. Incluso dos editoriales dedicados al comentario de uno de los sondeos electorales y a la actitud de la oposición ante el Plan Hidrológico Nacional desarrollaron elementos y valores propios de la democracia. La defensa de la democracia y sus valores —libertad, participación ciudadana, debate de la cosa pública, interés general, salvaguarda de las instituciones, unidad de los partidos en lo común— y el antiterrorismo —rechazo del uso electoral del terrorismo y del diálogo con los terroristas, no a la discusión pública sobre terrorismo entre partidos en las elecciones, crítica del papel del nacionalismo, unidad de los partidos contra el terrorismo— se distribuyeron de manera semejante el espacio dedicado al análisis de los problemas a los que se enfrentaban las elecciones. El valor político principal, la democracia, frente a su negación, el terrorismo. El periódico huyó de las formas estridentes, pero interpretó correctamente la campaña, cuando destacando las dos cuestiones a las que me refero, censuró las estrategias electorales y políticas de fondo de los grandes partidos y del nacionalismo y las técnicas de descalificación, que implicaban la negación de valores democráticos o al menos su puesta en peligro ante los ciudadanos. En este sentido se escribieron los nueve editoriales del tiempo de la campaña, número semejante al de las complejas elecciones autonómicas vascas de 2001. En el inicio de la campaña el periódico hizo la advertencia de que la participación y el pluralismo necesitaban del debate y no de la exageración de las diferencias o el tremendismo, porque con ello sufría el sistema político con sus libertades, bienestar, concordia general y unidad contra la intolerancia y el terrorismo.

⁹¹ Ver para las declaraciones de Rubalcaba y demás informaciones: *El Correo* 14-3-04 (30, 34 y 35).

Tales advertencias constituían su programa de campaña y su criterio de interpretación de las intervenciones de los partidos, que incluían —única excepción en una ausente petición del voto— el rechazo del voto nulo a Batasuna por su concomitancia con el terrorismo y el rechazo del diálogo con ETA defendido por el nacionalismo. La censura más severa y frecuente, en primer lugar, fue contra todo tipo de terrorismo, especialmente el de ETA y su aliada Batasuna. En segundo lugar, contra el nacionalismo y los partidos políticos nacionalistas. En tercer lugar, contra los partidos de la oposición. Y, por último, contra el Partido Popular, aunque las diferencias entre la oposición y los populares fueron mínimas.

En cuanto al nacionalismo, como ocurrió en otras campañas, no fue más allá de la crítica a sus estrategias y tácticas. De ninguna manera analizó su naturaleza actual, que supondría discutir su legitimidad. Lo mismo cabe decir de su llamada a la defensa de la democracia. Lo que el periódico hizo fue mantener una posición doctrinal o teórica sobre la democracia y, en su nombre, censurar las estrategias de campaña de los partidos. Expuso el deber ser, pero no se comprometió, en la denuncia específica, ni puso nombres a todos aquellos, partidos y políticos —salvo los de ETA y Batasuna o, en casos de menor entidad, los de los grandes partidos—, que conculcaron de manera exagerada los más elementales principios democráticos, tal y como lo hizo el PP con su tesis del contubernio socialista-nacionalista, el Partido Socialista con su denuncia de una derecha responsable hasta de la radicalidad del PNV y de los asesinatos de la violencia de género o los nacionalistas con su fundamentalismo e interpretación de que el desafío de la legislatura siguiente era el de la regeneración del deterioro democrático.

«Cita con la libertad» es el título del editorial que inicialmente consideraba a la democracia española como estable y plenamente madura. Las elecciones eran una oportunidad más para el ejercicio de la democracia. Aunque el ejercicio del derecho al voto no era la única forma de participación, ni las alternativas propuestas a los electores agotaban sus expectativas, el momento más participativo y pluralista de la vida pública era el de elegir la opción y los representantes de la siguiente legislatura. No obstante, las campañas de los partidos acostumbraban a marginar al conjunto de la ciudadanía para dirigirse fundamentalmente a movilizar el voto más próximo y fiel. La ausencia de confrontación entre los candidatos y la falta de debate reducía las posibilidades de la campaña como tiempo de participación política. Las incógnitas de las elecciones eran la del vencedor (PP o PSOE) y la de la mayoría absoluta o no.

El editorial advertía que la exageración de las diferencias entre los candidatos o el uso del catastrofismo en lugar del contraste razonado entre distintas opciones hacía sufrir a la democracia y a la concordia social. Y era esencial que las diferencias no redujesen la confianza de los ciudadanos en

el sistema de libertades, en el bienestar, en la concordia general y en el esfuerzo común contra el terrorismo y la intolerancia.

En Euskadi las elecciones tendrían un carácter especial derivado de la interpretación que se haría de los resultados a la luz del plan de Ibarretxe —resultados favorables o desfavorables— y, sobre todo, de la presencia de la ilegalizada Batasuna pidiendo el voto nulo. Esta última constituía el reto principal de las elecciones —«dada su concomitancia con la continuidad del terrorismo»— al que todos los demás partidos debían responder comprometiéndose, para lograr la «enésima derrota política de ETA», a que el voto nulo fuera el mínimo posible.

También en Cataluña los partidos democráticos estaban «obligados a evitar que un hipotético ascenso electoral de ERC (pudiese) ser interpretado por los más radicales como aval para el acercamiento y el diálogo con ETA»⁹².

Un segundo editorial del mismo día —comentando la manifestación de Barcelona contra ETA originada por la exclusión de Cataluña de los actos de terrorismo, a la que habían asistido todos los partidos democráticos catalanes menos el Partido Popular y las asociaciones contra el terrorismo— resaltaba que si bien no se podía aceptar la interpretación de Rajoy de que la concentración de Barcelona era un acto de «legitimación de la negociación con ETA», tampoco se podía eximir del todo a la convocatoria de estar manipulada por quienes podían alegrarse de las ausencias. La ocasión debía ser un motivo de reflexión sobre lo que era eficaz en la lucha contra ETA. El terrorismo era una tentación para el uso partidista y, en este sentido, «resultaría hipócrita imputar tal instrumentalización a quienes no asistieron a la cita de ayer. Entre otras razones porque ello justificaría la formulación de una imputación análoga contra quienes la convocaron»⁹³.

El sondeo de TNS-Demoscopia daba al PP entre 174 y 177 escaños, al PSOE entre 133 y 137⁹⁴, y una diferencia de cinco puntos porcentuales (42,2% PP frente al 37,2% PSOE), que suponían una bajada de un 2,3% para el PP y un ascenso del 3% para el PSOE con respecto a las elecciones anteriores. En relación al País Vasco los resultados serían los mismos que en las elecciones generales anteriores: 7 PNV (32,6%), 7 PP (24%), 4 PSOE 23,3% y 1 EA (7,2%). El editorial de *El Correo* destacaba que los resultados anunciados se correspondían con un Rajoy como candidato más valorado y con un modelo de Estado en el que se imponía el discurso de estabilidad institucional frente a las propensiones reformadoras. Casi la mitad de los encuestados (46%) optaba por el vigente modelo autonómico.

⁹² *El Correo* 27-2-04 (31), editorial «Cita con la libertad».

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *El Correo* 29-2-04 (28) y 1-3-05 (16).

Sólo un 6% optaba por el plan Ibarretxe. La ventaja del candidato «continuista» estaba relacionada también con la percepción positiva sobre la marcha de la economía. El 66% veía a Rajoy como el siguiente presidente de Gobierno. En esta opinión coincidía el 59% de los votantes del PSOE. Sólo un 10% creía que Zapatero ganaría las elecciones. Las consideraciones del editorial terminaban con una prudente observación: «Las encuestas, en todo caso, son instantáneas efímeras de la realidad sociopolítica. La única relevante e inamovible será la que dibuje el pueblo soberano en las urnas el próximo día 14. Hasta entonces, todas las posibilidades estarán plenamente abiertas, en espera de que los ciudadanos digamos la última palabra»⁹⁵.

El editorial del 1 de marzo comentó la acción de la Guardia Civil que había detenido a varios miembros de ETA en Cuenca y evitado una catástrofe en Madrid. En el comentario subyacía, sin ningún tipo de mención expresa, la reciente entrevista de Carod con ETA, lo que permitía al editorialista destacar la ayuda voluntaria o involuntaria que daban a la organización terrorista los que se acercaban a ella así como los que defendían la necesidad de dicho acercamiento. La abominable tregua de Cataluña no pretendía más que aumentar la crueldad de la violencia fomentando sentimientos encontrados en España. La última baza de ETA era la división de los que repudiaban y combatían el terrorismo. Por ello —mucho más en unas elecciones— debía imponerse la cordura y el rechazo del terrorismo como argumento de pugna partidista. ETA se hundía en su propia espiral y la eficaz actuación policial y judicial estaba generando el efecto contrario al que pretendía ETA. Si ésta pretendía justificar su existencia, lo que se venía evidenciando era su sinrazón y sinsentido, incluso entre sus antiguos seguidores. «Pero a pesar de ello conviene recordar que, junto al diálogo propugnado desde la interesada temeridad de algunos sectores del nacionalismo, ETA contará con un balón de oxígeno si continúa acaparando la atención del debate público y provocando el enfrentamiento entre los demócratas»⁹⁶.

Los atentados contra el ayuntamiento y la sede socialista en Cornellá dieron ocasión a un nuevo editorial, que llamaba a preservar la unidad de los partidos en el tema de la violencia. Si bien el debate sobre el terrorismo era ineludible, la forma de llevarlo a cabo con reproches y acusaciones de falta de honestidad y coherencia en la lucha contra ETA era más que discutible. Era pernicioso y reprochable para los ciudadanos que los partidos se sometieran a un juicio de intenciones. Y era imprudente que el debate derivara en plena campaña sobre la necesidad o no de la revisión del acuer-

⁹⁵ *El Correo* 29-2-04 (41), editorial «Clara ventaja del PP».

⁹⁶ *El Correo* 1-3-04, editorial «Alivio e inquietud».

do por las libertades y contra el terrorismo. Si bien el diálogo era necesario entre los partidos democráticos, sería un error hacerlo en plena campaña electoral. Más prudente sería, para debatirlo después de las elecciones, recuperar la unidad «esforzándose por evitar la exageración o la tergiversación de los factores de divergencia, aportando un mayor sosiego y rigor al debate público sobre el terrorismo y precisando qué actitudes resultan compatibles y cuáles incompatibles contra ETA»⁹⁷.

La utilización en la campaña de las reservas que algunos documentos internos comunitarios atribuían al Plan Hidrológico Nacional y, en concreto, al trasvase del Ebro, reservas que se referían al impacto medioambiental del trasvase y al sistema de contratación de obras, mereció un editorial claramente favorable a la política del PP en el que se afirmaba que «lo fundamental es que un trasvase de caudal que debería ser entendido como una infraestructura solidaria y cohesionadora, se haya transformado en un debate partidista y estéril. La necesidad de suministrar agua a la España de la vertiente mediterránea, incluida Cataluña, sin hacerlo a costa de las necesidades y aspiraciones de Aragón y el Bajo Ebro, no es ocurrencia de este Gobierno, ni siquiera problema suscitado en este siglo. Tras eternas disputas y prolongados desencuentros, al final se ha impuesto la opción del trasvase de parte del caudal del río hacia el este y sur peninsular. Quizá no fuera la única, pero a falta de alternativas solventes para resolver la sed del litoral mediterráneo en mejores condiciones ecológicas y económicas, las maniobras para debilitar la posición española en su petición de ayuda comunitaria (1.262 millones sobre 4.207) hacen un flaco servicio al interés general»⁹⁸.

El atentado de Madrid fue analizado de urgencia en un editorial que, entre otras cuestiones, destacó las coincidencias entre todos los terrorismo, los errores en el tratamiento de los terroristas (diálogo, etc.) y la necesidad de la unidad. El editorial no hablaba de quiénes eran los autores de la matanza, pero implícitamente era una acusación contra ETA, así como una censura contra los nacionalismos de EA y PNV. Sobre lo primero decía el editorial: «El asesinato en masa de ayer demuestra hasta qué punto puede llegar a ser cierto que todos los terrorismo responden al mismo patrón fanático; que todos los terrorismo persiguen inocular en los ciudadanos sensaciones de inseguridad que hagan de las sociedades libres comunidades desvalidas y vulnerables ante la intolerancia extrema». Sobre el diálogo y la unidad defendía que «la palabra diálogo constituye una ofensa a la dignidad humana cuando se postula que quienes perpetraron la matanza de Madrid sean los interlocutores. La presunción de que los paladines de

⁹⁷ *El Correo* 2-3-04, editorial «Preservar la unidad».

⁹⁸ *El Correo* 11-3-04 (29), editorial «Plan Hidrológico y campaña».

la muerte actúan motivados por ideales políticos mancilla el recuerdo de cuantas mujeres y hombres han sido asesinados. Los remilgos de quienes tratan de diferenciarse del terror sin importunar en exceso a sus ejecutores representan una afrenta hacia quienes tienen razones más que fundadas para sentirse acosados por su violencia. La masacre de ayer obliga a la unidad. Pero la unidad no puede construirse de espaldas a las víctimas de la masacre. Como si, una vez identificados los cadáveres, los representantes públicos pudieran medir sus pasos en función de uno u otro cálculo político. Por eso mismo, nadie puede escurrir el bulto ante la convocatoria de las movilizaciones convocadas para esta tarde alegando disconformidad con lemas o recorridos porque no hay nada más urgente que la manifestación de un clamor unánime contra el terror. Como tampoco puede nadie pretender que la ciudadanía acuda el domingo a votar olvidándose de una realidad tan aterradora como la amenaza terrorista. Porque también para ese día lo urgente será que la masiva participación electoral acabe acorralando al terrorismo como un mal que ha situado a España en uno de los primeros lugares de la barbarie a nivel mundial»⁹⁹.

El editorial del día 13 pedía la unidad de partidos e instituciones para combatir el terrorismo, el esclarecimiento de la identidad de los autores para ponerlos a disposición de la justicia y la reducción a cero de la abstención. Por otra parte, afirmaba que «la existencia de indicios que descartarían la responsabilidad de la banda terrorista ETA en la masacre y que apuntarían a la actuación de un grupo estructurado y ligado al fundamentalismo islamista obliga a los responsables institucionales a una actuación más acorde con la amenaza precisa que tan inquietante novedad introduciría no sólo en España sino en todo el ámbito de la Unión Europea». El sufragio y la libre elección de los representantes era el polo opuesto de lo que querían los terroristas, de ahí que la respuesta ciudadana debía ser la de reducir a la nada la abstención¹⁰⁰.

Frente al terrorismo, concluyó *El Correo* en el editorial del día 14, que querría un mundo sin urnas, sin derechos y sin libertad, estaban la libertad de conciencia y de opción política, fundamentos de las elecciones democráticas. La libertad compartida por todos los partidos políticos hacía insignificantes, prescindibles y subordinados los demás argumentos. El editorial llamaba a los ciudadanos a participar, porque cuantos más lo hiciesen, más fortalecida saldría la democracia, y sólo tácitamente se refirió a la responsabilidad del terrorismo islamista. Comentando los sucesos del día de reflexión, escribió: «... no estuvo exenta (la jornada) de tensiones y comparencias públicas que reflejaron el estado de ánimo de una

⁹⁹ *El Correo* 12-3-04 (52), editorial «Asesinato en masa».

¹⁰⁰ *El Correo* 13-3-04 (33) editorial «Unidad frente al terror».

sociedad y de una clase política conmocionadas por el golpe terrorista del pasado jueves. Algunas de esas manifestaciones públicas vulneraron los requisitos que la ley tiene previstos para asegurar el preámbulo de unas elecciones que se desarrollen en un clima de serenidad y libertad. Por eso mismo resulta imprescindible que a lo largo del día de hoy los ciudadanos puedan ejercer su derecho al voto de forma masiva sin que la jornada se vea enturbiada más que por la lógica emoción que embarga a la sociedad española»¹⁰¹.

El último editorial, si bien atribuía parte de la explicación de la victoria del PSOE y derrota del PP al atentado terrorista que habría provocado un aumento de la participación electoral y una contestación al gobierno de Aznar, defendía que la explicación no podía considerarse únicamente como efecto del 11-M. Había que tener en cuenta, además, el reproche de la opinión pública por la gestión informativa del 11-M y, también, la reducción de las distancias del PSOE con respecto al PP que venían indicando las últimas encuestas. «El voto que los socialistas no conseguían movilizar a su favor acabó apoyando a Rodríguez Zapatero como muestra de censura al partido en el Gobierno». La primera tarea del Gobierno sería buscar el consenso en torno al problema de la seguridad. La falta de mayoría absoluta obligaría al PSOE a buscar alguna alianza parlamentaria, pero sería imprescindible, para la lucha contra el terrorismo, el progreso económico y social y una política territorial adecuada, que los dos grandes partidos lograsen elaborar una política de Estado. El periódico esperaba por el estilo del nuevo presidente un tiempo político basado más en el diálogo que en la confrontación y reconoció la actitud serena y responsable del PP en la noche de su derrota¹⁰².

Colaboraciones

El total de comentarios que ofreció *El Correo* durante la campaña fue de 85¹⁰³. La mayor parte de éstos, sesenta, ocupó las páginas del periódico hasta el día 11. A partir de este momento, la catástrofe de Madrid polarizó prácticamente el resto de comentarios. Varias razones —la naturaleza regional del periódico, el doble planteamiento nacional y nacionalista de los partidos en la campaña en el País Vasco, la utilización constante del nacionalismo en la argumentación de los populares y, en

¹⁰¹ *El Correo* 14-3-04 (37), editorial «A las urnas».

¹⁰² *El Correo* 15.3.04, (23), editorial «Cambio tranquilo».

¹⁰³ Sólo se tienen en cuenta los comentarios firmados que guardan relación con el objetivo de este trabajo.

menor medida, de los socialistas, y la gravedad objetiva que representaban las diversas manifestaciones del nacionalismo vasco, especialmente, el terrorismo de ETA — pueden explicar que algo más de la mitad de las colaboraciones tocan en sus comentarios cuestiones relacionadas con el nacionalismo. Esta relación aumentó muy notablemente al analizar la tragedia de Madrid.

Si bien todos los comentarios tienen que ver con las elecciones, lo hacen de forma distinta. La mayoría son específicamente electorales, porque sus contenidos tratan cuestiones de la campaña como, por ejemplo, los objetivos electorales y políticos de los partidos o los errores de los candidatos. Otros comentarios no se refieren directamente a los protagonistas de la campaña, los partidos, sino a agentes externos que influyen en el desarrollo de las elecciones como la actitud de los obispos a favor del Partido Popular. Otros artículos pretenden destacar las lagunas o ausencias de la campaña, bien personales o temáticas, como por ejemplo, el problema de la inmigración. Y, por, último, hay artículos que se pueden entender como artículos de fondo, que, si bien tienen relación con las elecciones, por su contenido trascienden a las mismas, como ocurre con el análisis del fundamentalismo nacionalista. Todos estos últimos artículos giran sobre diferentes cuestiones del nacionalismo.

A) *Comentarios anteriores al 11 de marzo*

Los comentaristas se centraron básicamente en los dos grandes partidos nacionales, el nacionalismo y ETA. IU tuvo muy poca atención y la poca que tuvo, salvo en contadas ocasiones, fue crítica negativa¹⁰⁴. El Partido Popular fue tratado en 22 ocasiones, de las que 13 tocaron aspectos técnicos y 9 fueron censuras. En el caso de los socialistas (PSOE y PSE)

¹⁰⁴ Las alusiones a IU fueron por la defensa de Madrazo de exportar la fórmula de coalición del Gobierno vasco y catalán a Madrid; por el voto útil socialista, que ella misma favorecía con su estrategia de ataque a la mayoría del PP; por las acusaciones al PP de manipulación de la justicia; por haber animado la campaña con sus generosas promesas y por haber afirmado Madrazo que la tregua de ETA en Cataluña era un intento de regalar la mayoría absoluta al PP, que mereció el irónico comentario de que ETA con sus dos furgonetas cargadas de explosivos y detenidas por la Guardia Civil en la carretera de Guadalajara había intentado mejorar aún más las posiciones del PP. Al autor del comentario se le escapaban las sutilezas analíticas del sagaz Madrazo y se preguntaba si Terner y Antza no serían del Partido Popular. «¿Está seguro Madrazo de no ser él mismo un miembro de los servicios de inteligencia —ustedes perdonen— del Gobierno y un propagandista del PP?» (*El Correo* 1-3-04, p. 20, «Pepemanía», Santiago González). Ver, también, *El Correo* 27-2-04 (23), «La normalidad es una corbata», Florencio Domínguez; 4-3-04 (20), «Utilidad», Kepa Aulestia; 5-3-04 (22), «Utilina», José Luis Zubizarreta; 5-3-04 (24), «Vuelve Madrazo», Santiago González; 8-3-04 (23), «Calentón», Lorenzo Silva.

hubo, también, 22 menciones, de las que 10 fueron técnicas y 12, críticas negativas. El nacionalismo incluía a todos los partidos nacionalistas vascos y catalanes y alcanzó la cifra de 48 alusiones, teniendo el PNV la atención preferente en 34 ocasiones, de las que 12 fueron técnicas y el resto críticas, todas ellas censuras, salvo en algún caso. La crítica negativa a ETA apareció en 5 ocasiones al comienzo de la campaña a propósito de la entrevista de Carod Rovira y la posterior manifestación de Barcelona.

Con respecto al nacionalismo los analistas destacaron: la inquietud de EA e IU de que el PNV se hiciera con los réditos obtenidos con ellos; la pugna que se vivía en el PNV ante la posibilidad de que las primeras elecciones en la época de Imaz fueran un fracaso; la identificación de la normalidad en Euskadi con el hecho de tratar el plan de Ibarretxe; la confusión de los nacionalistas catalanes convocantes de la manifestación de Barcelona; el objetivo electoral del nacionalismo de comprobar el fortalecimiento o debilitamiento social del proyecto nacionalista, que, en el supuesto de un triunfo por mayoría absoluta de los populares, obligaría al nacionalismo a conseguir una mayoría absoluta en el Parlamento vasco para dar lugar a una confrontación entre legitimidades; el riesgo de que EA perdiese el único escaño que tenía —lo que afectaría gravemente a su proyecto político y a la misma existencia como partido— y forzaba su estrategia de marcar distancias con el PNV acusándole de que era poco de fiar y de que EA era la garantía del plan Ibarretxe; la posibilidad de intereses comunes entre el PSE y el PNV, que se habría fortalecido con la presidencia de Imaz, pero que de momento el PNV rechazaba con su estrategia de considerar idéntica la política del PP y del PSOE; el significado de segunda vuelta de las elecciones autonómicas que tenían las elecciones en Cataluña, donde el hundimiento de CIU podía enaltecer a ERC y donde Carod tenía que luchar contra los que dentro de su partido la acusaban de populista; los intentos de EA y Aralar de buscar en el País Vasco un espacio más nacionalista y de izquierda que el del PNV, que exigía actuar con rapidez, ya que, si bien la existencia de ETA no garantizaba su permanencia entre el abertzalismo y el PNV, la desaparición o marginalidad de ETA la haría más incierta aún; y la nula incidencia de lo «nuestro», de la «referencia vasca» en unas elecciones que enfrentaban a la izquierda y a la derecha españolas, a pesar de lo importantes que se creían los partidos nacionalistas vascos.

Las críticas a los partidos nacionalistas insistieron en: el victimismo de los nacionalistas vascos y en la pretensión de Imaz de presentar el voto al PP o al PSOE en Euskadi como el voto del limbo, ya que el único que llevaba al Congreso la voz de Euskadi era el PNV; en la exigencia de Imaz de devolver con urgencia a los vascos la democracia que el PP les habría arrebatado; en la importancia, desmentida por los hechos, que se atribuían

los partidos nacionalistas; y en que lo único que importaba al gobierno vasco (al nacionalismo vasco) era el plan Ibarretxe¹⁰⁵.

Hubo varias cuestiones que merecen un apartado en esta visión crítica del nacionalismo vasco. La primera se refiere a la autodeterminación sobre la que se comentó, a propósito de que se iban a repetir en el País Vasco los mismos resultados que en las últimas generales, 11 para los constitucionalistas y 8 para los nacionalistas —la diferencia sería mayor si se tuviesen en cuenta los resultados de Navarra—, que con tales mimbres ETA y los suyos querían hacer de la minoría nacionalista la representación

¹⁰⁵ Ver para todos los resúmenes de las colaboraciones: *El Correo* 27-2-04 (22), «A dos bandas», Kepa Aulestia; (23), «La normalidad es una corbata», Florencio Domínguez; *El Correo* 28-2-04 (24), «No más ETA, por favor», José Luis Zubizarreta; *El Correo* 28-2-04 (26), «Manifestapena», Santiago González; *El Correo* 28-2-04 (28), «Sin acento catalán», Tonia Etxarri; *El Correo* 27-2-04 (26), «Desafíos electorales», Xavier Gurrutxaga; (32), «Los políticos» (32), de F.L. Chivite; *El Correo* 29-2-04, «Valor de cambio», Kepa Aulestia; *El Correo* 29-2-04, «La raya nacional», Florencio Domínguez; *El Correo* 29-2-04 (34) «Decisiones arriesgadas», Xavier Gurrutxaga; *El Correo* 1-3-04 (18), «Con la mano en el corazón», José Luis Zubizarreta; *El Correo* 1-3-04 (19), «Zapatero, de dos en dos», Tonia Etxarri; *El Correo* 2-3-04 (23), «Marcar territorio», Florencio Domínguez; «Dos manos», de Kepa Aulestia, es un artículo sobre el reparto de papeles en la campaña del PP; *El Correo* 2-3-04 (29), «Por favor», Lorenzo Silva; *El Correo* 3-3-04 (20), «Creer y querer», José Luis Zubizarreta; *El Correo* 3-3-04 (21), «Tan cerca de Cuenca», Tonia Etxarri; *El Correo* 3-3-04 (22), «Informe innecesario», Santiago González; *El Correo* 3-3-04 (24), «Al sur de Despeñaperros», Lorenzo Silva; *El Correo* 4-3-04 (20), «Utilidad», Kepa Aulestia; *El Correo* 4-3-04 (21), «Guiños sin respuesta», Florencio Domínguez; *El Correo* 4-3-04 (22), «Ver y creer», Xavier Gurrutxaga; *El Correo* 5-3-04 (26), «El guardián de mi hermano», Tonia Etxarri; *El Correo* 6-3-04 (22), «Catalanas», Kepa Aulestia; *El Correo* 6-3-04 (24), «Cuando los aliados estorban», Xavier Gurrutxaga; *El Correo* 6-3-04 (25), «Derrotar a ETA», Florencio Domínguez; en p. 30, artículo de Lorenzo Silva, «José María el Católico», y en p. 34, artículo de José Luis de la Granja Sainz, «Aguirre, carisma y pragmatismo»; *El Correo* 7-3-04 (28), «Silencios de campaña», José Luis Zubizarreta; «El giralddarra», artículo de Santiago González, destacaba los dos pesos, las dos medidas, los dos criterios diametralmente distintos que aplicaba ETB a las noticias según fueran favorables o contrarias al nacionalismo; *El Correo* 7-3-04 (32), «La Euskadi que bosteza», Tonia Etxarri; el artículo de Lorenzo Silva, «Flashback», destacaba que el protagonismo de la campaña no lo tenían los candidatos, sino los «ex» Felipe González y Aznar, que dificultaba la atención al discurso de los candidatos, muy de centro, además de difuso y tenue, a sabiendas de que los electores que les harán ganar o perder respondían más al bronco discurso de los exlíderes; *El Correo* 8-3-04 (16), «Letra pequeña», Kepa Aulestia; *El Correo* 8-3-04 (19), «Centenario de Aguirre», Florencio Domínguez; *El Correo* 8-3-04 (23), «Calentón», Lorenzo Silva; *El Correo* 9-3-04 (20), «Genio y figura», José Luis Zubizarreta; *El Correo* 9-3-04 (22), «Hablar o no hablar», Santiago González; *El Correo* 9-3-04 (24), «Que nadie se relaje», Tonia Etxarri; *El Correo* 9-3-04 (28), «¿Pasa algo?», Lorenzo Silva; *El Correo* 10-3-04 (20), «Ritmo», Kepa Aulestia; *El Correo* 10-3-04 (26), «¿Y ese debate?», Lorenzo Silva; *El Correo* 11-3-04 (22), «Cinci...qué», José Luis Zubizarreta; *El Correo* 11-3-04 (24), «Ya llegará el 15, ya», Tonia Etxarri; en p. 30, «Promesas más exigencias, igual a rebajas», art. de Joseba Arregi, que describe de forma general una de las características de las campañas, pero sin referirse en concreto a la actual campaña.

nacional para negociar con el Estado la autodeterminación. Los cambios y los movimientos —ya que se mantenían los resultados— se producían dentro de cada bloque político. Nada extraño, por otro lado, en que muchos ciudadanos cambiasen el voto según el tipo de elecciones. «Su identidad nacional es más porosa y menos rígida que la de los dirigentes de los partidos. La pluralidad no consiste sólo en la cohabitación de los que tienen ideologías y encuadramientos políticos diferentes, sino también en la presencia de personas que tienen afectos compartidos a los dos lados de la raya nacional»¹⁰⁶.

Una segunda cuestión fue la viabilidad de un plan vasco de pensiones. Santiago González escribió que el informe sobre un sistema propio vasco de pensiones encargado por el Gobierno Vasco era innecesario por dos razones: primero, porque sus conclusiones ya se conocían dado el carácter deficitario del sistema en el País Vasco; y segundo, porque se había mantenido oculto en un cajón desde hacía un año, ya que, como otros informes, no interesaba. Sobre el tema se había manifestado Joseba Azcarraga con un comentario típico de un nacionalismo puro y radical: «Estamos dispuestos a asumir aquello que incluso puede ser negativo para la comunidad autónoma, aunque dudo de que esto lo sea». Por el contrario, la portavoz del Gobierno, defendía la solidaridad en todo el Estado y la caja única, aunque el autor sugería la certeza de que no era ésa la idea entre los miembros del PNV y afirmaba que informes como el aludido el Gobierno Vasco tenía muchos sobre muchos temas. «Dirá usted —añadía— que eso se parece mucho al mal uso del dinero público. Craso error. Es el don de la ubicuidad: están en todas las posiciones al mismo tiempo»¹⁰⁷. Y, ante la acusación de «irresponsable instrumentalización electoral» por parte de populares y socialistas de las conclusiones negativas del estudio en cuestión, Marco Gardoqui opinó que, si de verdad el Gobierno Vasco quería tranquilizar a la gente, tenía que proporcionar datos que enmendasen o desmintiesen las conclusiones del estudio encargado por él. La viabilidad de las pensiones, añadía, necesitaba una correcta administración, pero, sobre todo, fomentar la natalidad, atraer emigrantes, crear mucho empleo o, de lo contrario, aumentar las cotizaciones o disminuir las prestaciones. De ahí que el articulista se preguntara quién era el irresponsable¹⁰⁸.

Una tercera cuestión fue el homenaje a José Antonio Aguirre, que, según Florencio Domínguez, el PNV había convertido en un acto de partido, cuando bien podía haber sido un acto institucional. Hubo dos interpretaciones de su figura. Ardanza destacó la capacidad de Aguirre de buscar

¹⁰⁶ *El Correo* 29-2-04, «La raya nacional», Florencio Domínguez.

¹⁰⁷ *El Correo* 3-3-04 (22), «Informe innecesario», Santiago González.

¹⁰⁸ *El Correo* 11-3-04 (39), «Irresponsable sí, pero ¿quién?», Ignacio Marco-Gardoqui.

entendimientos plurales y su respeto por la legalidad. En cambio, Ibarretxe presentó la política de Aguirre y la suya propia como dos líneas paralelas, es decir, como si aquella fuera un precedente de su estrategia con el «plan»: sacarlo adelante, llevarlo a Madrid, convocar una consulta y desafiar a cuantos se opongan a su proyecto. El autor interpretaba que la actuación de Aguirre no se acomodaba a esta estrategia, ya que después del fracaso del Estatuto de Estella Aguirre no retó a las instituciones republicanas, sino todo lo contrario. «Aguirre rectificó la estrategia de su partido: renunció a aquel proyecto estatutario, rompió con aquellos aliados y buscó un consenso posibilista con el PSOE de Indalecio Prieto que hizo posible la aprobación de la primera autonomía vasca basada en el acatamiento de la legalidad republicana¹⁰⁹».

Los últimos comentarios al nacionalismo tienen en común que trascienden el tiempo de la campaña y se pueden considerar, como ya he dicho,

¹⁰⁹ *El Correo* 8-3-04 (19), «Centenario de Aguirre», Florencio Domínguez. En p. 20 Xabier Gurrutxaga escribe «La verdad y los votos», comentando la afirmación de Mayor Oreja «no busco votos, busco esencialmente la verdad», para concluir lo contrario que el candidato popular. Hubo algunos otros comentarios que destacaron las lagunas de la campaña tanto temáticas como personales. Las primeras eran el poco relieve que tuvo la política exterior y la ausencia, prácticamente total, de la inmigración. El silencio del PP, decía Carlos Gómez Gil, se producía después de cuatro años de acusar a la inmigración de males tales como la delincuencia, inseguridad ciudadana, deterioro de los servicios sociales, colapso de la sanidad pública y de la educación e, incluso, del aumento de terrorismo. La inmigración — a la que ni siquiera se le permitía votar — había sido para el PP el chivo expiatorio de las insuficiencias de su gobierno y la mano de obra barata y abundante del crecimiento económico español. La herencia del gobierno en materia de inmigración era lamentable. España se había convertido en una fábrica de inmigrantes irregulares. El PP prometía mantener su política de extranjería, es decir, «aumentar la vulnerabilidad social de los inmigrantes y seguir generando un discurso de racismo social latente». El resto de los partidos no generaba, salvo IU, una política muy diferente a la del PP. Xavier Gurrutxaga, después de la denuncia del olvido de la inmigración y de la defensa de una generosa concesión de los derechos sociales y políticos a los inmigrantes, escribió: «Ahora que se habla del peligro de los nacionalismos étnicos sería bueno que algunos reflexionaran sobre la superioridad jurídica que la Constitución española otorga a la nacionalidad sobre la ciudadanía». No se entiende cómo Kepa Aulestia pudo escribir que la «referencia vasca» estuvo casi ausente de la campaña electoral. Es verdad que no se discutió el plan Ibarretxe, ni ningún partido nacionalista tuvo sitio relevante en una campaña dominada por los dos grandes partidos, pero el nacionalismo y, especialmente, el nacionalismo vasco ocupó la parte más gruesa de las tres campañas, la de los partidos, la de los editoriales y la de los comentaristas. Ver, también, *El Correo* 29-2-04 (43), «La diplomacia en campaña», Carlos Taibo; 7-3-04 (28), «Silencios de campaña», José Luis Zubizarreta, artículo que pretendía explicar las razones de la ausencia del tema de la inmigración; 9-3-04 (32), «El Voto de la inmigración», Carlos Gómez Gil; 10-3-04 (20), «Ritmo», Kepa Aulestia; en la p. 2 del mismo día «Ayudas fijas», un comentario de Santiago González que critica la escasa política del Gobierno Vasco, donde cabía decir lo contrario del texto bíblico, que la mies es poca y los operarios del Gobierno Vasco muchos; 10-3-04 (22), «Inmigración y elecciones», Xavier Gurrutxaga.

análisis de fondo del nacionalismo, cuestión que no quita un ápice a su importancia electoral. El primero analiza la política del Gobierno Vasco en cuanto instrumento de simulación y disimulación de la sociedad vasca. El segundo, el fanatismo como problema de la sociedad vasca. Y el tercero plantea la integración de los nacionalismos en el Estado.

La simulación y la disimulación de la realidad vasca, «simular lo que no está pasando y disimular lo que en verdad nos ocurre», eran dos habilidades del Gobierno Vasco, discípulo aventajado de las recomendaciones de Maquiavelo. La prueba última de semejante condición era la «Campaña de sensibilización por la paz y la libertad», verdadera campaña de maquillaje de la realidad vasca. En su presentación, el lehendakari manifestó su voluntad de actuar ante las amenazas a las víctimas con «permisividad cero». Pero, según el autor —Aurelio Arteta—, se olvidó de su recurso de inconstitucionalidad contra la ley de partidos, de la defensa que hizo de Batasuna, como si ésta no amenazara o asustara, y de la negativa de la mayoría de gobierno del Parlamento de disolver el grupo de «honestos parlamentarios» de Batasuna. Un segundo aspecto lo constituía la reducción o simplificación de la realidad vasca al terror o a su amenaza, olvidando el insidioso etnicismo que dividía a la sociedad vasca en dos partes. La primera en silenciar la voz crítica no era ETA, sino «una presión entre oficial y ambiental sofocante, la perversión ordinaria de bastantes sentimientos morales, la estúpida sumisión a lo juvenilmente correcto». Una tercera cuestión que llegaba a la desvergüenza consistía en utilizar «mecanismos de equiparación de lo desigual para así falsear los riesgos, devaluar a las víctimas o repartir sin distingos las responsabilidades políticas». Esto ocurría al decir «cuando ETA amenaza a un representante político... nos amenaza a todos y a todas» o «cuando silencian una voz, nos callan a todos» o cuando el Gobierno Vasco pedía que el intento terrorista no sellara «tus labios». ¿Acaso —se preguntaba el autor— «nos está invitando a reflexionar en voz alta sobre la imposible pretensión democrática del etnicismo o el sin fundamento de la secesión de Euskadi?». La grosera indiscriminación de todos los espectadores que hacía el Gobierno Vasco llegaba a la infamia al proclamar que los ciudadanos vascos maquillaban la persecución de las otras (supongo que personas) «por igual y con una falta parecida». La transigencia institucional favorecía los nacionalistas, mientras que a los contrarios les tocaba padecerla. Por último, la campaña a la que se refería el comentario malentendía la naturaleza de la democracia, ya que el derecho a la vida no era el fundamento de la democracia, sino de la convivencia civil; no era el requisito y la conquista de la democracia, sino el punto de partida de la política. El primer pilar de la democracia era el respeto a la dignidad de las personas, de donde se deducía la igualdad de los individuos como ciudadanos y únicos sujetos de derechos. «¿Pero no arranca el

plan Ibarretxe justamente de la premisa contraria, de una hipotética nación étnica dotada de derechos? ¿Y no propone como punto de llegada una sociedad de individuos desiguales?»¹¹⁰. El esfuerzo de maquillar el rostro de Euskadi pretendía ciertos objetivos finales, más allá de adecentar un rostro para poder mirarle. El primero era el de concentrar toda la culpa de lo que sufre la sociedad vasca en la banda terrorista haciendo así innecesaria la pregunta sobre la complicidad de los nacionalistas, gobernantes o radicales con la banda armada en cuestiones como el Pacto de Estella o las políticas conjuntas de construcción nacional. El segundo era la inicua difuminación de la responsabilidad político-moral entre todos los ciudadanos, como si no hubiera ninguna diferencia entre las conductas seguidas por éstos. Y el último objetivo era el ocultamiento de la responsabilidad, incomparablemente mayor, de los partidos nacionalistas instalados en el Gobierno. El autor del artículo defendía que estos objetivos estaban expresamente enunciadas en el discurso de Ibarretxe de inauguración de la campaña. «El nacionalismo vasco, en definitiva, ha de saber que no vale jugar con dos barajas, proteger a los amenazados y a la vez amparar a éstos que hoy mismo volverían gustosamente a amenazarlos. Que no tiene legitimidad alguna para arrogarse la defensa de las víctimas cruentas de hoy quien está dispuesto a crear numerosas víctimas incruentas mañana. Pues no sólo se violan los derechos humanos cuando es ETA la que acosa, sino también —otros derechos— cuando un proyecto político de secesión pretende que la mitad menos uno de los vascos quede a merced de la mitad más uno. Entonces es el propio Gobierno quien amenaza a sus ciudadanos»¹¹¹.

Ni rechazo absoluto del cambio ni indiferencia o oportunismo ante cualquier cambio, sino pensamiento crítico. Ni tiranía del pasado, ni tiranía de lo nuevo, sino ejercicio de la libertad y de la razón ante la necesidad del cambio. Desde esta premisa, Rafael Aguirre abordaba el fanatismo como concepto y como problema de la sociedad vasca, aquejada de una notable crisis moral e ideológica. En cuanto concepto, el fanatismo es empecinamiento y resistencia absoluta al cambio. El fanático sustituye las ideas por las creencias y la realidad compleja por la evidencia visionaria. Rechaza el diálogo, entendido como intercambio de razones, por el adoctrinamiento e interpreta la crítica como demonización de su persona. Su fundamento es la creencia en la posesión de la verdad y bondad absoluta. El fanatismo social y político obliga a una dinámica impositiva, «que no repara en medios para extender su visión de la realidad y conseguir sus objetivos». Frente al fanatismo no hay más actitud que hacerle frente y resistirle de forma rotunda sin caer en la tentación de ceder o llegar a acuerdos, ya que éstos le confir-

¹¹⁰ *El Correo* 3-3-04 (28), «Campaña de maquillaje (I)», Aurelio Arteta.

¹¹¹ *El Correo* 5-3-04 (34), «Campaña de maquillaje» (y II), Aurelio Arteta.

man en su estrategia, en último término violenta. En cuanto componente de la realidad vasca, el fanatismo era la raíz de los problemas de la sociedad vasca. Se trataba de una ideología fanática, que, sin nombrarla, era la del nacionalismo, que alteraba la visión de la realidad e interpretaba la historia de manera mítica y falsa. Era la raíz de los problemas que aquejaban a la sociedad vasca. «Gentes muy finas se rasgan las vestiduras y dicen sentirse atacadas en su libertad de expresión cuando, en realidad, lo que pretenden es quitársela a quienes les critican —el caso de la película de Medem—». Que personas de ideologías premodernas apoyasen en el País Vasco causas de gravísimas repercusiones sin criterio y sin debate comprometiéndose «en una irresponsable estrategia de rupturismo» era algo notable para el autor. El escrito llamaba a la prudencia de enfrentarse al fanatismo nacionalista sin caer en el mismo error. Resistir y denunciar al fanatismo, pero sin perder «la capacidad de cambiar sabiamente»¹¹².

En un artículo de fondo Juan José Solozábal trató el problema de la integración de los nacionalismos en el Estado autonómico. La dificultad mayor de la reforma autonómica era de naturaleza política y consistía en la capacidad de integrar a los nacionalismos territoriales. Pero la cuestión no dependía sólo del Estado, sino de las disposición de los nacionalismos para su conjunción. La creencia durante el período constituyente de que el sistema autonómico —preferentemente se dijo esto del federalismo— era la respuesta política al nacionalismo y que de manera casi infalible iba a conseguir la integración se había demostrado ingenua. El federalismo es cultura de transacción, de pacto y de presentación jurídica de los problemas y es lo contrario del nacionalismo de la autodeterminación y del espacio político exclusivo. Así lo demuestran los Estados federales exitosos que no tienen nada que ver con los nacionalismos y que «resisten malamente las tensiones de las nacionalidades». Pero nada de esto debía impedir el intento de acomodar a los nacionalismos en el Estado o la aceptación del pluralismo por parte del Estado central en su composición y funcionamiento o la solicitud de lealtad institucional a los nacionalismos. Ahora bien, antes de cualquier acuerdo entre Estado y autonomías gobernadas por nacionalistas era necesario reanudar el diálogo institucional y renunciar por ambas partes a abusos retóricos. El Gobierno central debía aceptar la sinceridad del compromiso democrático del nacionalismo y su capacidad de modernidad y eficiencia, «que rebajan considerablemente sus perfiles etnicistas» y los nacionalismos debían saber que no están enfrente del clásico nacionalismo español, sino ante un tipo de constitucionalismo integrador, flexible y plural que garantiza la defensa de su identidad colectiva. Si se realizara esta

¹¹² *El Correo* 4-3-2004 (30), «El arte de saber cambiar», Rafael Aguirre.

aproximación, ambas partes deberían intercambiar algunas concesiones. El Estado debería reconocer la legitimidad de su cuestionamiento, pues no se trata de una estructura natural y eterna. «Obviamente no estamos hablando de un derecho de secesión, por parte de una fracción de la comunidad, absoluto ni ejercible sin garantías de seriedad y sin atenerse a escrupulosas reglas constitucionales de procedimiento. La admisión de la autodeterminación, por lo que vemos más como pretensión que como auténtico derecho, no es el único reconocimiento que el Estado debe a los nacionalismos territoriales, sin cuya contribución difícilmente se habría producido la constitución y consolidación del sistema autonómico». Una vez aceptada por el Estado la legitimidad de su cuestionamiento, los nacionalismos podrían verse inducidos a posponer el ejercicio de sus pretensiones secesionistas e incluso a abandonar las mismas, si la reforma del Estado lo hiciese aconsejable. Pero lo más exigible a los nacionalismos sería que sus propuestas de reforma institucional respetaran los requisitos procesales del orden constitucional y se llevaran a cabo desde una base nacional o general más que nacionalista. Lo primero impediría la autorruptura constitucional y la reforma unilateral del Estatuto —la consulta sería absolutamente impropcedente al margen del derecho— y lo segundo evitaría alterar el significado del Estatuto como norma de autogobierno de todos los ciudadanos¹¹³.

En relación con los socialistas, los comentarios destacaron la difícil, pero no imposible, tarea de que ganase Zapatero; la imposibilidad de que

¹¹³ *El Correo* 7-3-04 (40 y 41), «Nacionalismos e integración», Juan José Solozábal. No comparto buena parte del artículo por varias razones: el compromiso democrático del nacionalismo no distingue entre la convicción democrática y la necesidad democrática; su capacidad de modernidad y eficiencia no ha probado un efecto positivo en rebajar el etnicismo vasco; la aceptación de la legitimidad del cuestionamiento del Estado con la afirmación de que no es una estructura natural y eterna es una evidencia que no prueba nada, porque supondría legitimar cualquier cambio por el mero hecho de que nada es eterno; identifica a los nacionalismos con el territorio, como si en el territorio vasco no hubiese más que nacionalistas, identificando así nacionalista con vasco; no reconoce el derecho absoluto de secesión, pero sí la autodeterminación, que no sería tal si no se pudiese utilizar para la separación; muestra una confianza ingenua (por no creer en el fanatismo del nacionalismo, en concreto, del vasco) en que los nacionalismos podrían renunciar o posponer la autodeterminación, si les fuera bien con las reformas del Estado; el planteamiento de la autodeterminación por los nacionalistas como una pretensión, más que como un derecho, podía ser una estrategia temporal y, a la vez, un objetivo a largo plazo; el nacionalismo vasco no apoyó la Constitución, y el ejercicio del poder desde ella y el Estatuto ha sido desleal; es una contradicción pensar en una base nacional o general, no sólo de los nacionalistas, para sus propuestas radicales, ya que éstas dividen en dos a la sociedad vasca; el plan Ibarretxe no respetaba los requisitos procesales del orden constitucional; es contradictorio presentar al federalismo como cultura del pacto y como algo absolutamente contrario al nacionalismo de la autodeterminación, y luego defender la autodeterminación para el nacionalismo vasco, sin especificar qué forma política saldría de semejante planteamiento.

obtuviera votos útiles en la izquierda y en el centro, dada la situación de inferioridad en que se encontraba el PSOE, aunque la opción real por los de la izquierda le restaba votos en el centro; los gestos del PSE hacia el nacionalismo, que, sin abandonar el rechazo del Plan Ibarretxe y alejándose cada vez más del PP, buscaba el acercamiento al PNV, cosa que no gustaba a ETA; la estrategia, común con el PP, de derrotar a ETA policialmente, que había sustituido a la negociación defendida hacía diez años, estrategia basada en los fracasos alcanzados al tratar de convencer a ETA de que abandonara las armas; los intentos de Zapatero por desmarcarse de Carod Rovira y dar una imagen de moderación; la opinión de que la doble campaña de Zapatero y las impertinencias de Bono y Rodríguez Ibarra no parecían perjudicar al candidato socialista; la defensa de los socialistas vascos de la recuperación del diálogo con los nacionalistas para lograr, de paso, algún diputado más; y la identificación de la campaña de Zapatero con un «bostezo inexorable».

La crítica a los socialistas incluyó su voluntad de pasar de puntillas por la política vasca; la pretensión de un debate Zapatero-Rajoy que sonaba a autosuficiencia y vodevil, cuando el debate debía hacerse dentro del propio socialismo para salir de la ambigüedad, que creaban el proyecto nacionalista y dependiente de Carod del presidente de la Generalidad o el de la firmeza democrática de Bono; la asunción de los socialistas vascos de los mensajes del PNV de otras campañas contra el Partido Popular —incluso de las acusaciones nacionalistas anteriormente dirigidas contra populares y socialistas—, que permitían la pregunta de si no se estaría dando un cruce de intereses entre el PNV de Imaz y el PSE; la exigencia de explicaciones a Zapatero, con ocasión de las detenciones de Cuenca, por su relación con Carod y la crítica de que sólo parecía que se alegraban los del PP y las víctimas del terrorismo; la calificación de mentira que hizo Rodríguez Ibarra de estas mismas detenciones; la devaluación que suponía para el discurso de Zapatero el anuncio de las encuestas del triunfo socialista por mayoría absoluta en Andalucía, cuando se sabía el uso que habían dado los socialistas a su poder omnímodo en dicha comunidad autónoma; o las preguntas dirigidas a Maragall sobre su criterio acerca de las agresiones y suspensiones de actos realizadas en la Universidad de Barcelona contra las personas de Savater, Jon Juaristi y otros, que no pudieron actuar en lugares donde previamente habían intervenido Arnaldo Otegi o Pepe Rey.

Para concluir conviene añadir dos cuestiones más. La primera es la crítica a determinadas actuaciones de intelectuales, como la de la catedrática de la UPV y candidata a diputado por el PSOE, Arantza Mendizabal, que había manifestado sobre el «lío vasco»: «La propaganda del PP ha convertido en incompatibles dos conceptos: Euskadi y España (...) El PP ha radicalizado al nacionalismo hasta situarlo en el pacto de Lizarra o en el Plan Ibarretxe»,

que permitió al articulista escribir: «Menos mal que no es catedrática de Historia Contemporánea. No estaría de más que alguien de su partido, más versado, le explicara que el PNV se fue a Lizarra él solito por su propio pie, en la misma legislatura en la que apoyaba a Aznar en Madrid y que, al iniciar su negociación con ETA, en el verano del 98, todavía era socio del PSE-EE en el Gobierno de Vitoria. Ya en este plan, Pastor ha acusado al PP de ser «corresponsable» de la violencia contra las mujeres. Debe ser la vertiginosa afición de los deudos del ahorcado a mencionar la sogá»¹¹⁴.

Y la segunda se refiere a la ausencia de personas en la campaña. Florencio Domínguez destacó la de la militante socialista Maite Pagazaurtundua para denunciar la crítica dura que le había dirigido el cabeza de lista del PNV por Guipúzcoa acusándole de estar en guerra con los nacionalistas, de buscar la confrontación y el enfrentamiento y de poner en peligro «la convivencia ciudadana en beneficio propio». El articulista comentó: «Las víctimas convertidas en verdugos. Mientras, su partido, el PSE-EE, guarda silencio ante imputaciones tan desafortunadas contra uno de sus cargos públicos. Otra gran ausencia»¹¹⁵.

En el caso del Partido Popular, los comentarios destacaron: su pretensión de obtener la mayoría absoluta para mantener el modelo de Estado y su política con los nacionalismos, que, de ocurrir, pondría al plan Ibarretxe en una difícil situación; la utilización, en contra de los socialistas, de las propuestas de Carod Rovira de formar un gobierno de concentración anti PP; el pronóstico de que su mayoría absoluta se jugaría en la provincia de Barcelona; la convicción de que cada kilo de explosivo interceptado a los terroristas de ETA valía más electoralmente que una tonelada de edificantes palabras de Rodríguez Zapatero; el uso de la confrontación —tanto de populares como de socialistas vascos— acotando su territorio en busca del voto sin dejar espacio para la colaboración; la idea de radicalizar en la segunda parte de la campaña su discurso del peligro para la continuidad de España sin una mayoría absoluta popular (lo que constituía una mala apreciación, ya que tal discurso se había producido desde el principio); la coincidencia con los socialistas en que la estrategia antiterrorista pasaba por la derrota policial de ETA; el uso por parte de Rajoy del catecismo de «Ripaldaznar» y la tesis de que la derrota de Rajoy supondría la debacle nacional; la interpretación de que la doble campaña popular, la de Rajoy y la de Aznar, podría perjudicar al candidato popular, con lo que, gracias a Aznar, la mayoría absoluta se hacía una quimera; los cambios (interpretación más que dudosa) en la estrategia electoral ante tal posibilidad y la ob-

¹¹⁴ *El Correo* 11-3-04 (23), «Campaña intelectual», Santiago González.

¹¹⁵ *El Correo* 10-3-04 (21), «Ausencias», Florencio Domínguez.

servación de que, en este supuesto, la necesidad de pactar con algún partido «antipatria» habría abierto en el PP «la espita del pánico».

Además, en los artículos apareció la crítica expresa a los intentos del Partido Popular, en concreto, de Mayor Oreja, de catalanizar la campaña (en realidad, se trataba de polarizar la campaña socialista en torno a la unión con los nacionalismos) y a las pretensiones, muy arriesgadas para los populares, de cuestionar el compromiso constitucional de los socialistas, ya que éstos se encontraban tan amenazados por el terrorismo como los mismos populares. La utilización de la violencia de ETA con fines partidistas, manifestada en los ataques al partido socialista con motivo de la entrevista de Carod con ETA, no buscaría otra cosa que obligar a los socialistas a estar sometidos al PP.

La censura al Partido Popular subió de tono al comentar la perspectiva de un PP vencedor sin mayoría absoluta. Se había pasado de una precampaña en la que Zapatero hacía el papel de Nazareno a un campaña en la que «las cagadas (sic) empezaban masivamente a caer del lado contrario. Trillo y sus cenas demasiado generosas, Acebes y Michavilla y sus clases de geografía ETARRA, Aznar y su problema con los muertos insepultos del Yak-42 (fino Pepino al subrayar la presencia de una de las viudas en el mitin donostiarra del otro día), Teófila y el gastador de la Zona Franca de Cádiz (¿pero los ladrones no eran los otros?), la burda apropiación de las víctimas del terrorismo...». Las encuestas habían acrecentado, además, la arrogancia, la crispación y el espesamiento de Rajoy, como determinadas manifestaciones de Aznar habían demostrado su presunción¹¹⁶.

La pretensión del delegado del Gobierno en el País Vasco, Carlos Urquijo, de que se quitara de los libros de texto el término Euskal Herria que acompañaba a un mapa del País Vasco fue criticada por Pello Salaburu en un buen comentario, en el que defendía que no se trataba de un término nacionalista, aunque la izquierda abertzale lo había manchado, como ocurría con todo lo que tocaba. El término no era ni político, ni sociológico, ni cultural ni económico, aunque pudiera tener un poco de todo ello. Era un término semejante al de Laponia. La cuestión resultaba tan absurda que se esperaba que acabara en la papelera. Sin embargo (sumándose a la crítica general contra el PP), el artículo añadía que «si siguiendo el curso del río

¹¹⁶ *El Correo* 9-3-04 (28), «¿Pasa algo?», Lorenzo Silva. El comentario despectivo hacia Aznar lo había hecho José Luis Zubizarreta a propósito de una palabras de Aznar con las que se había comparado con Carlos V y con el patricio romano Cincinato, por aquello de que los tres renunciaron al poder voluntariamente después de prestar grandes servicios. «Tamaño presunción —concluía el escritor— haría llorar si no estuviéramos en campaña. ¿Pobre Cincinato?» (El comentario que resaltaba el posible engrimiento era correcto, pero resultaba impertinente por no reconocer ningún valor en semejante gesto en un país en el que muy difícilmente alguien se va del poder a no ser que lo echen).

franquista acaba en las manos de algún juez inquisidor, y el juez acaba dictaminando lo que cualquier mentalidad franquista actual puede acabar dictaminando en esta ceremonia de la confusión político-judicial, el término “Eskal Herria” terminará adquiriendo para todos, no ya para algunos, un sesgo político que nunca ha tenido. A ello habrá contribuido el delegado del Gobierno»¹¹⁷.

Manuel Alcaraz Ramos denunció el apoyo que los obispos a través de sus documentos daban al Partido Popular. Los obispos animaban a un voto conservador. La razón estaba en que la derecha española delegaba en la Iglesia los asuntos de la conciencia y de la «entrepina» (homosexualidad, parejas de hecho, investigaciones con células madre) y subvencionaba fuertemente con los presupuestos del Estado el ejercicio de la caridad, el «ungüento que recubre los sarpujidos que deja el neoliberalismo en el cuerpo social». Esto repetía la práctica que la derecha española había ejercitado históricamente, la de delegar en la Iglesia, renunciando a definir a una ética autónoma, las funciones del adoctrinamiento cultural: resignación como ideología de fondo en las relaciones sociales, antimodernismo «en las modalidades de difusión estética y en la selección temática» y patriotismo «en la interpretación de una historia marcada por la alianza del trono con el altar»¹¹⁸.

Hasta la matanza del 11-M, ETA no ocupó mucho espacio en los comentarios. Y cuando lo hizo, fue, más bien en relación con los partidos, especialmente los nacionalistas, por su utilización en la demanda del voto, por su estrategia ante el terrorismo, por los éxitos contra el mismo o por el miedo a enfrentarse con ella. En un principio se escribió que los acontecimientos previos a la campaña y la posterior manifestación de Barcelona convocada por los partidos nacionalistas catalanes dejaron marcado el comienzo de la campaña con «el signo de la cruz llamada ETA». Su presencia habría alterado la normalidad de una convocatoria poniéndose por encima de los programas y de las ideas de los partidos. Pero, en seguida, se pudo escribir que lo mejor de todo era que ETA, que fue quien quiso «catalanizar» la campaña, no estaría presente a través de listas camufladas. La verdad es que ETA no mereció ningún comentario por sí misma, ni siquiera con ocasión de las detenciones de miembros de ETA en Cuenca. Los comentarios recayeron sobre los partidos ante ETA, tema que ya ha sido recogido anteriormente y sobre el que volveré al hablar de los comentarios a los asesinatos en Madrid¹¹⁹.

¹¹⁷ *El Correo* 11-3-04 (31), «¿Existen Euskal Herria y Laponia?», Pello Salaburu. Tonia Etxarri también criticó el criterio de Calos Urquijo.

¹¹⁸ *El Correo* 28-2-04, (36), «El voto de la Iglesia», Manuel Alcaraz Ramos.

¹¹⁹ Ver *El Correo* 27-2-04 (23), «La normalidad es una corbata», Florencio Domínguez; 28-2-04 (24), «No más ETA, por favor», José Luis Zubizarreta; 28-2-04 (28), «Sin acento catalán», Tonia Etxarri; 29-2-04 (31), «La raya nacional», Florencio Domínguez; 2-3-04 (24), «Bombas o papeletas», Xavier Gurrutxaga; *El Correo* 1-3-04 (18), «Con la mano en el

B) *Comentarios a la tragedia del 11 de marzo*

En 33 ocasiones los comentaristas aludieron al terrorismo de ETA, al nacionalismo, a las ideologías nacionalista e integrista, a los aliados del terrorismo, a los partidos que tenían algo que ver con ETA y a los que defendían el diálogo y la negociación con la organización terrorista. Salvo alguna excepción, que puede ser considerada como cuestión técnica —la forma de realizar el atentado— todas estas referencias son condenatorias. Alguna denuncia del fanatismo religioso estuvo también presente en estos comentaristas. Trece autores manifestaron que, ante la magnitud de la tragedia y el significado del terrorismo, resultaba irrelevante el nombre de la organización terrorista responsable. Algunos de éstos insistieron en la necesidad de clarificar la responsabilidad y manifestaron su malestar por la incertidumbre creada, pero no añadieron nada sobre las posibles consecuencias distintas que se derivarían de que fuera ETA o una organización islamista la autora. Por el contrario, en 7 artículos se exigió el esclarecimiento de la responsabilidad de los autores por las muy diferentes consecuencias que tendrían en la orientación del voto —ETA favorecería al PP y Al-Qaida al PSOE por la guerra de Irak o por las investigaciones del juez Garzón sobre Al-Qaida— y por su influencia en las estrategias de lucha contra el terrorismo. No faltó quien afirmó que ningún político sería capaz de gestionar la tragedia ni a favor ni en contra. Los demás temas tratados, en número muy inferior de ocasiones, fueron la necesidad de la unidad de los partidos no sólo contra el terrorismo, sino contra las ideologías o actitudes que los respaldaban o justificaban, la conveniencia del retraso de las elecciones, la deficiente información del Gobierno, la condición de trabajadores y personas humildes de los asesinados, la miseria de la sociedad vasca, alguna censura a los medios de comunicación por su prácticamente nula investigación y la denuncia, en una sola ocasión, del fallo de los sistemas de seguridad del Estado¹²⁰.

corazón», José Luis Zubizarreta; 2-3-04 (29), «Por favor», Lorenzo Silva; 3-3-04 (21), «Tan cerca de Cuenca», Tonia Etxarri; 1-3-04 (20), «Pepemanía», Santiago González.

¹²⁰ Ver: *El Correo* 12-3-04, «Certidumbre», F.L. Chivite; (20), «Asesinos del pueblo», Juan Bas; (41), «El tren de la muerte», Florencio Domínguez; (47), «Masacre», Xavier Gurrutxaga; 13-3-04 (26), «Votar entre lágrimas», José Luis Zubizarreta; (30), «¿Quién ha sido», Kepa Aulestia; (30), «La verdad de los votos», Xavier Gurrutxaga; 14-3-04 (28), «La red», Kepa Aulestia. En el artículo «Elogio del diálogo», Antonio Papell escribió que «... el peligro que corre nuestro régimen no es tanto que se fracture cuanto que los ciudadanos nos escindamos en facciones irreconciliables. Y ese riesgo sólo se orilla y se supera por el único procedimiento intelectualmente creativo en política: la discusión cabal, hasta la síntesis y el entendimiento». En relación al problema nacionalista y, especialmente, el terrorismo de ETA, este comentario es disonante en los dos sentidos del término, más aún, en las circunstancias del 11-M.

Más en concreto, Savater escribió que, independientemente de que ETA hubiese sido la autora de los asesinatos, había que reconocer que lo había estado buscando desde hacía meses. ETA era una organización criminal, enmarcada dentro del terrorismo internacional, y su arrinconamiento exigía en las elecciones no votar a ningún partido que tuviese algo que ver con ella¹²¹.

La primera de estas dos afirmaciones —ETA había intentado realizar un atentado de este tipo— tuvo continuidad en los comentarios. En contradicción con las declaraciones de Otegi, J.L. Zubizarreta escribió que «la magnitud de la barbarie no es razón suficiente para negar la autoría de ETA... Todos debemos ser conscientes de que, cuando de organizaciones terroristas se trata, la escalada de la barbarie es sólo cuestión de tiempo». Tampoco era razón suficiente para excluir a ETA su silencio, ya que, por ejemplo, en el atentado de la cafetería Rolando realizado por ETA, ésta nunca lo había reivindicado. No cabía invocar la presunción de inocencia para excluir a ETA, ya que las maletas de explosivos en un tren con destino a Madrid y la furgoneta interceptada en Cuenca apuntaban a una barbarie semejante. Era, por tanto, ETA la que tenía que sacar de la incertidumbre a los que pensaban en su responsabilidad¹²². También Rogelio Alonso pensaba que el «incremento de la letalidad» no era argumento suficiente para excluir a ETA. La hipótesis de la responsabilidad de ETA era coherente con su trayectoria, opinaba, así mismo, Pello Salaburu¹²³.

La segunda afirmación —no votar a ningún partido que tuviese algo que ver con ETA— tuvo también continuidad de forma expresa o tácita. «La memoria de nuestros muertos —se escribió— merece un golpe de mano, un punto y final al terrorismo, en el que la impunidad de los que matan y justifican a los asesinos, o de los que se aprovechan de una estrategia equívoca y vil para favorecer sus políticas excluyentes, pase al baúl de los peores recuerdos de nuestra historia. Es momento de desterrar de sus taifas a los ayatolás de la disgregación, la diferenciación, la exclusión y la discriminación, pues se aprovechan de los beneficios de esta democracia de la que reniegan para maquinar intrigas de odio y enfrentamiento»¹²⁴. Además de sentir vergüenza de que hubiese asesinos entre los vascos y considerar enferma y maldita a la sociedad vasca, Manuel Montero manifestó la necesidad de vivir por la democracia y dejarse de planes, antiplanes y dislates políticos¹²⁵.

¹²¹ *El Correo* 12-3-04 (28), Fernando Savater, nota sin título.

¹²² *El Correo* 12-3-04 (49), «Además de ignominia, confusión», José Luis Zubizarreta.

¹²³ *Ibidem*, pp. 52 y 57.

¹²⁴ *El Correo* 12-3-04 (33), «11 de marzo», Miguel Aranguren.

¹²⁵ *El Correo* 12-3-04 (59), «El peor día de nuestras vidas», Manuel Montero.

Juan-Luis Ibarra Robles, a pesar de las dudas sobre los autores y centrando la argumentación no en la identidad de los asesinos, sino en las víctimas, se preguntaba si después de la tragedia sería posible la democracia en el País Vasco. La respuesta no dependía de que los terroristas perteneciesen a ETA o a Al-Qaida. La sociedad debía resolver su dilema «decidiendo si las víctimas de hoy son o no son nuestros conciudadanos y compatriotas. Un dilema que no puede eludirse mediante el sofisma de que los asesinos no son vascos, una vez que sabemos que la violencia terrorista no requiere de rostro humano; la cuestión ahora está en saber si estamos o no dispuestos a ser consecuentes con que los asesinados hoy en Madrid son de los nuestros; porque pertenecen ya de por siempre a nuestra memoria social y política»¹²⁶.

La idea de una sociedad vasca enferma, que se menciona más arriba, fue recogida posteriormente a través de una serie de testimonios, que ponían de manifiesto, por un lado, la miseria de la sociedad vasca, y, por el otro, el concepto complaciente, benigno, tolerante y, por ello, repugnante que políticos y no políticos tenían acerca de ETA. La cuestión era el cambio anímico que se estaba produciendo en el País Vasco ante la posible culpabilidad de alguna organización terrorista islámica que liberaba a ETA de la inicial responsabilidad. «Para la sociedad vasca —dijo el presidente del PNV, Imaz— saber que no ha sido ETA, dentro del horror, supondría que se nos quitase una losa de encima». El sociólogo Javier Elzo, que llegó a pedir perdón cuando se pensaba que era ETA la culpable, manifestó que «de ser cierto —pensé que ya había dado (ETA) el salto al terrorismo de masas—, la memoria histórica de los vascos se resentiría. No es fácil cargar con 200 asesinatos en nombre de tu pueblo. Por eso comprendo el alivio, quizá egoísta, como persona del País Vasco, porque si voy un poco más allá siento que los muertos eran también mis compatriotas. Además esto a las víctimas les importa tres carajos». El problema lo resumía una trabajadora al preguntar: «¿Qué van a pensar ahora de nosotros (los vascos)? ¿Cómo podremos ir a Madrid sin que se nos caiga la cara de vergüenza? ¿Seguro que no ha sido Al-Qaida?». Frente a tales manifestaciones que escondían un sentimiento de culpabilidad colectiva ante el supuesto de que ETA hubiese sido la responsable y, por ello, el atentado se hubiera cometido en nombre del pueblo vasco, Xavier Etxebarria opinaba: «Es como si pensáramos que el monstruo no está entre nosotros. Un sentimiento peligroso, porque puede implicar que nos hayamos acostumbrado a un monstruo supuestamente pequeño y que ahora nos desinteresemos de éste porque “no es de los nuestros”. Todos creímos que ETA había sido capaz de ello. No

¹²⁶ *El Correo* 12-3-04 (58), «Ser demócrata después del horror», Juan Luis Ibarra Robles.

podemos ignorar esto». Por su parte, Imanol Zubero dijo: «Es un horror. Qué pronto estamos olvidando esa rabia y rechazo que sentíamos el jueves contra ETA... Entre todos hemos alimentado el monstruo. No vale decir que no hemos sido nosotros. A lo peor, dentro de poco, sí lo somos». Quizá lo mejor de todo lo manifestó el psiquiatra Miguel Gutiérrez: «sentir alivio porque no haya sido ETA es el síntoma de una sociedad enferma, que carece de sustrato ético»¹²⁷.

Andrés Montero Gómez consideró que la atribución a ETA de los asesinatos de Madrid no era un error grande, «al menos en el sustrato básico del fenómeno», ya que «lo político en ETA o lo tortuosamente religioso en Al-Kaida no son más que instrumentaciones para justificar asesinatos... La coincidencia o no de ETA con postulados independentistas responde al mismo oportunismo criminal...» Partidos políticos como el PNV o personas como Carod Rovira habían alimentado ese «desvarío» creado por ETA. La total criminalización de ETA tenía que ser obra de un proceso de despolitización, en el que «deberían confluír el tratamiento de ETA como fenómeno criminal, y no como un síntoma de ningún conflicto histórico en Euskadi, y la inquebrantable unidad de la política democrática». Para el autor carecía de explicación que el PNV fuese ambiguo con respecto a ETA y a su entramado por potenciar, así, su autonomismo secesionista. Hacía falta un pacto común que diera lugar a un enfrentamiento claro contra la amenaza criminal. «Las elecciones de hoy, concluía, tienen que servir para que los ciudadanos voten por un gobierno y un parlamento y para que este ejecutivo, inmediatamente después de constituirse, convoque al resto de partidos, sin exclusión, a un pacto de Estado integral frente al terrorismo, un pacto político para despolitizar y afrontarlo policial, judicial y criminológicamente»¹²⁸.

La crítica al nacionalismo abarcó la interpretación de Ibarretxe de que los asesinos de ETA no eran vascos, sino alimañas. «Si se confirmara la autoría de ETA, habría que convenir que sí son vascos... No parece pertinente discutir la condición de vasco a los que han llegado tantas veces hasta el asesinato para afirmar sus señas de identidad, para subrayar su condición de vascos... En estos momentos hay dos hipótesis probables: que sean seres humanos, vascos y nacionalistas o que sean seres humanos, árabes e integristas. Es evidente también que en ambos casos son asesinos»¹²⁹.

La tardanza de ETB en informar del atentado —tres horas después— y su tendenciosa información permitieron que Lucía Mtnéz. Odriozola escri-

¹²⁷ *El Correo* 13-3-04 (24 y 25), «Entre el dolor y el alivio», Iñaki Esteban.

¹²⁸ *El Correo* 14-3-04 (40), «Despolitizar el terrorismo», Andrés Montero Gómez.

¹²⁹ *El Correo* 12-3-04 (45), «Sin palabras», Santiago González.

biera: «Usted y yo teníamos alguna sospecha de lo tendenciosa que puede llegar a ser la cadena pública (ETB). Ayer, que las víctimas se contaban por centenas, producía un dolor desgarrador, una imperiosa sensación de que está en manos de gentes que narran la realidad a través de una lente muy empañada. Las televisiones públicas francesa y británica viven momento de dimisiones. Alguien debería tomar ejemplo, y miro hacia Iurreta»¹³⁰.

Para Joseba Arregi era necesaria la unidad para defender la democracia, la libertad individual, el Estado de Derecho y el pluralismo, porque eran estos valores los que negaba el odio tanto de Al-Qaida como de ETA. El comentarista, que no entraba en la cuestión de quiénes eran los autores ni en sus consecuencias electorales, unificaba el tratamiento de los mismos al escribir que unos y otros «pretenden situaciones uniformes, siendo ellos quienes definen la norma de la uniformidad. Desprecian la libertad. Desprecian al individuo. No existe más que lo colectivo, sea el colectivo de creyentes, sea el colectivo de pertenecientes a lo que ellos denominan pueblo. Y para los colectivos la existencia individual siempre es disponible, sin importancia, una nimiedad comparada con la existencia y la vida del colectivo»¹³¹.

Hubo quien se sintió generoso con las explicaciones del ministro Acebes, aunque reconociese, entre otras razones, los «inevitables intereses partidistas» que había en sus informaciones, pero censuró firmemente el comportamiento de la abrumadora mayoría de los medios de comunicación que no intentaron examinar los hechos ocurridos y no se centraron en el tema de la autoría de los atentados como estaba ocurriendo en las televisiones extranjeras. Ni siquiera las dudas del Ministerio del Interior hicieron cambiar de comportamiento. La determinación de la autoría afectaba a la

¹³⁰ *El Correo* 12-3-04 (48), «Reacción tardía», Lucía Mtnéz. Odriozola. Santiago González criticó el empeño con que ETB defendió la autoría de Al-Qaida mostrando la portada del campeón de los tabloides, *Daily Mirror*. No entendía la causa de ello, porque el horror era el mismo en ambas hipótesis, aunque era más inquietante para el futuro la responsabilidad del terrorismo islámico. A ETA se sabía combatirla. A Al-Qaida, no. «¿Habrá algún interés electoral en ello? No lo creo. Como sabemos todos los que vemos ETB, el electoralismo es un vicio que practica en solitario el Partido Popular. Uno de los invitados de la televisión autonómica lo explicaba ayer: «Sentí alivio porque no han sido compatriotas míos». Un día más tarde ya no éramos madrileños y parecía más relevante el hecho de compartir el gentilicio con “nuestros” terroristas que el sufrimiento de las víctimas. Seamos madrileños hoy también» (*El Correo* 13-3-04, p. 24, «Ser madrileños»). Ver, también, el artículo de Santiago González, «El giralدارra» —*El Correo* 7-3-04 (28), ya citado anteriormente—. Margarita Rivière en su art. «Iban contra todos», p. 35, dice cosas como que los ciudadanos normales quieren ejercer su libertad y los derechos «colectivos» o que Barcelona reaccionó contra el horror y, también, otros muchos sitios más «en esa Cataluña injustamente tratada en la campaña electoral».

¹³¹ *El Correo* 13-3-04 (33), «En defensa propia», Joseba Arregi.

retórica y a los intereses electorales y la invocación de la españolidad de las víctimas tenía un significado muy diferente según el autor, así como la manifestación en defensa de la Constitución perdía su sentido si era un grupo islamista. Había que invocar, no para justificar, sino para explicar en el caso del islamismo, las políticas practicadas por las potencias occidentales sobre Oriente Próximo, cuyo último episodio sería la «agresión criminal» de la guerra de Irak «con el franco beneplácito del Gobierno español». Pero, «la demanda de que el Gobierno español —el que fuere— revise drásticamente sus actitudes en relación con Irak, nada tiene que ver con los atentados de Madrid y sus posibles autores: es anterior a aquéllos y se justifica por sí sola»¹³².

En un breve comentario José Ignacio Calleja consideró vital saber quién era el autor, «no para aminorar la gravedad al crimen, sino para saber de la causa, del tratamiento y, en lo posible, de la curación... Si además está en juego el resultado de unas elecciones generales y el juicio de toda la política internacional de España, más aún, de casi toda la trayectoria política de Aznar, la urgencia es todavía mayor... Si alguien cayera en la tentación de hurtarnos a tiempo alguna información, falsearía el resultado de unas elecciones democráticas...»¹³³.

Este juicio que hacía depender la falsedad de unas lecciones, el resultado electoral y la valoración de la política internacional de Aznar de un solo elemento, la ocultación o no de la responsabilidad del atentado, como si fuera la única causa posible de semejantes consecuencias, contrastaba con los comentarios de Tonia Etxarri, que consideraba «desalmado» hacer las cuentas sobre quién saldría beneficiado de que fuera ETA o un grupo islamista. «Y algunos líderes de opinión nos quieren ayudar a pensar. Y se dedican a hacer una equivalencia entre la influencia del nacionalismo en el terrorismo de ETA con la política exterior del Gobierno del PP en el terrorismo de Al-Qaida. ¿Captan la sutileza? Sin citar, por cierto, el papel de los muyaidines y fanáticos religiosos que desde los minaretes de las mezquitas y escuelas coránicas lanzan mensajes inflamados de Guerra Santa contra Occidente. De la misma forma que han resultado incendiarios, tantas veces en Euskadi, los discursos contra la España (fascista), contra la Constitución o contra «la bota de Madrid». Pero los ciudadanos de a pie saben que el atentado no lo ha provocado ni el PP, ni el PSOE, ni ERC. Han sentido un «mazazo» del terrorismo que pretende bloquear su voluntad con el miedo y coartarle su libertad de pensamiento»¹³⁴.

¹³² *El Correo* 13-3-04 (34) Todólogos», Carlos Taibo.

¹³³ *El Correo* 13-3-04 (17), «Averiguar el autor», José Ignacio Calleja.

¹³⁴ *El Correo* 13-3-04 (20), «Cálculos diabólicos», Tonia Etxarri. «Algo habremos avanzado —escribía, creo que ingenuamente, José María Calleja— si después de la masacre de

Conclusiones

El sistema de creencias del nacionalismo étnico es por su fundamentalismo, desde el punto de vista ideológico, un reto permanente al Estado constitucional; más aún, en el caso de la violencia terrorista de ETA. En este sentido, la situación, la campaña y el futuro anunciado por el PNV y EA en marzo de 2004 eran un desafío a los poderes constituidos. Ahora bien, esto no era una novedad. El PNV, desde las primeras elecciones de 1977 —y desde su fundación—, había defendido con toda claridad que su objetivo era crear el Estado vasco, étnicamente concebido, cuyo fundamento de legitimidad no era más que la ideología nacionalista. Pero en las elecciones de 2004 el reto al Estado se había extendido al campo de la estrategia y tenía fecha y calendario de aplicación: la siguiente legislatura. La ideología se iba a llevar a la práctica. Es esta estrategia la que se entendió como desafío en el sentido de competir, rivalizar mediante una lucha frontal contra el Estado, lucha que se anunció como conculcación del Derecho, y el Estado es, ante todo, ordenamiento jurídico. No cabe olvidar, por otra parte, que, más allá de las intenciones y de las palabras, el enfrentamiento al Estado tenía entre nacionalistas un gran atractivo electoral. Era así o pretendía ser, también, un reclamo electoral.

Esta primera conclusión explica uno de los elementos básicos de la interpretación del Partido Popular que, textual y repetidamente, utilizó los términos «desafío», «reto» y «órdago» al Estado constitucional para referirse a la actitud del nacionalismo gobernante y de ETA. Ahora bien, el Partido Popular no se limitó a denunciar la dimensión nacionalista del desafío, sino que —además de dar por hecha la unidad y la sustitución de ETA por los partidos nacionalistas— añadió la colaboración objetiva del socialismo a través de sus pactos, de su debilidad y de su división ideológica. De esta manera exageró el riesgo que se avecinaba con algo percibido a un contubernio socialista-nacionalista hasta el extremo de convertirlo en un problema de Estado de tal envergadura que sólo lo solucionaría una victoria popular por mayoría absoluta. Así, el desafío, por real que fuese, se convirtió en un arma electoral. Los análisis de los editoriales comentaron y criticaron con su incorregible lenguaje críptico ésta y otras desmesuras cometidas por los partidos.

Frente a esta interpretación, y en total ruptura con la línea seguida por la anterior dirección del socialismo vasco, el Partido Socialista en comunión con todos los demás partidos que en este trabajo se mencionan —con la salvedad de que el PNV hacía al PSOE acreedor de algunas críticas funda-

Madrid los nacionalistas vascos y catalanes destierran de su vocabulario la palabra Madrid como sinónimo del mal» (*El Correo* 13-3-04 (35), «Una hermosa lección»).

mentales dirigidas contra el PP— defendió la interpretación —sin utilizar expresamente los términos de desafío ni reto y con la expresa oposición a los planes del nacionalismo vasco gobernante—, de que el desafío ya lo había realizado el Partido Popular y que lo seguiría realizando contra la democracia, el autogobierno y las libertades y creando cada vez más nacionalismo y más crispación, si no se le ganaba en las elecciones. Esta interpretación, que situaba el problema en la derecha española, era tan electoralista como la realizada por el Partido Popular y superaba la legítima crítica, que podía hacerse y se hizo a determinadas políticas seguidas por el Partido Popular en el Gobierno, y supuso una mayor alteración de la realidad. También los editoriales —con las mismas limitaciones— y algunos comentarios, éstos con mayor precisión, destacaron y censuraron esta interpretación.

Los editoriales pasaron de puntillas o no aludieron a esta cuestión del desafío nacionalista. No había más reto que el del terrorismo de ETA y, con respecto a los demás nacionalismos, sólo se insistió en la necesidad de la unidad de todos los partidos y en el rechazo del diálogo con ETA. Su denuncia fue substancialmente contra el nacionalismo terrorista, donde estaba el verdadero reto al Estado constitucional, y secundariamente contra las dudas, los apoyos y las simulaciones de los partidos nacionalistas. Por el contrario, los comentaristas, que se salieron de las cuestiones puntuales de las elecciones, extendieron el peligro de ETA a la política del Gobierno Vasco, a los partidos nacionalistas gobernantes y al fanatismo ideológico que los fundamentaba, concluyendo que todo ello constituía la raíz de los problemas del País Vasco. Lo novedoso de esta interpretación estaba en la ampliación del concepto de problema hasta cuestiones sociales, económicas, morales e ideológicas.

Y, por último, hay que resaltar el pésimo criterio que los partidos mostraron del electorado, al que con un gran descaro dirigieron sus planteamientos basados más en la supuesta estupidez o credulidad de los ciudadanos que en la rigurosidad de sus argumentaciones. Todos los partidos forzaron la realidad en una clara pretensión de manipular al electorado. El PP y el PSOE lo hicieron forzando la realidad del momento, mientras que el nacionalismo lo hizo desde su inmutable y fundamentalista sistema de creencias.

Repensar laicamente la democracia y la praxis cristiana

Demetrio Velasco Criado
Catedrático de Pensamiento Político
Universidad de Deusto

Resumen: El autor parte de la convicción de que, para construir una convivencia democrática, debemos ajustar comportamientos y ordenamientos a las exigencias de una laicidad abierta, como la que posibilita y exige una relación libre e igualitaria entre seres y grupos humanos diferentes. Para ello, urge que nos replanteemos laicamente nuestra forma de pensar y de actuar, tanto individual como colectivamente. Comienza analizando los diferentes contextos en los que se ha llevado a cabo la construcción histórico-ideológica de la laicidad, para así poder comprender su significado y alcance aquí y ahora. Dada la singular relevancia que el cristianismo ha tenido y sigue teniendo en todo lo referido a la secularización y laicidad de nuestras sociedades, se plantea qué significa hoy repensar laicamente la teología y la praxis cristiana y las consecuencias que de ello se derivan, especialmente para la Iglesia católica..

Palabras clave: Laicidad, secularización, pluralismo, democracia, religiones públicas, concordatismo.

Abstract: *The author starts his article from the premise that in order to build a democratic coexistence we should regulate behaviours and legal orders to the demand of an open laicism, like the one that require and make possible a free and egalitarian relationship between different human beings and groups. For that reason, we must raise the question again about how do we think and act individual and collectively, from a secular point of view. The writer begins analyzing the different context where it has been developed the historical and ideological approach of the laicism theory, in order to understand its meaning and full implications here and now. Given the singular relevance that Christianity has had and continues to have in everything related to the secularization and the laicism in our societies, the author sets out what does it mean today to re-think Theology and Christian Praxis from a lay point of view and the consequences related to this issue, specially as far as the Catholic Church is concerned.*

Keywords: *Laicism, secularization, pluralism, democracy, public supported religions, concordatism*

Sumario: A. La construcción histórico-ideológica de la laicidad: La historia de un concepto. La laicidad a la francesa. La laicidad a la americana. La laicidad en España: una historia marcada por «el doble frenesí». La crisis de la laicidad republicana. Algunos interrogantes.—B. La laicidad y la construcción de una sociedad humana más justa y solidaria: Pensar la lai-

cidad en un contexto «polémico». ¿Cómo superar dicho contexto? La crisis de la laicidad y la actual crisis de la democracia liberal. La laicidad como posibilitadora de una convivencia democrática con «los otros». La laicidad y la búsqueda de la verdad y del bien.—C. Exigencias de la laicidad para el creyente y para la Iglesia: Repensar laicamente la teología cristiana. Los fundamentos bíblicos de la laicidad. La concepción moderna de la autonomía de lo real (temporal y espiritual) y sus consecuencias para la teología. La autonomía y la crítica del nihilismo moderno. La crítica a las estrategias nihilistas en la teología y en el Magisterio romano. Repensar la eclesiología y transformar las estructuras eclesiales: Retos de la laicidad para la Iglesia española, hoy. Algunas propuestas para un nuevo modelo de relación entre Iglesia y sociedad política.

A. La construcción histórico-ideológica de la laicidad¹

Al recoger el Premio Príncipe de Asturias de las Letras, en octubre de 2004, decía Claudio Magris que «la laicidad europea no está amenazada por ninguna religión, sino por los nacionalismos».²

Comienzo citando a un intelectual del prestigio de Magris, no porque comparta o deje de compartir su diagnóstico acerca de las amenazas que más pesan sobre la laicidad europea, sino porque su referencia al nacionalismo es ya un signo inequívoco de la polisemia de un concepto como el de laicidad, que, en principio, parecería estar exclusivamente vinculado al hecho religioso institucionalizado y a sus relaciones con la sociedad secular.

En efecto, hoy, sabemos que, en los umbrales de la Europa moderna, solamente una secularización de las pertenencias religiosas y una relativización de las consecuencias derivadas de sus formulaciones dogmáticas, llevadas a cabo en nombre de la nación, permitieron convivir a gentes de diferente credo y asumir progresivamente el pluralismo social que, a la postre, se convertirá en el núcleo duro de la sociedad moderna. Pero, aunque la priorización de la pertenencia a una nación, como la que hicieron el grupo de «los políticos» en Francia durante las guerras de religión, sirvió en un primer momento para posibilitar que convivieran católicos, hugono-

¹ Este primer apartado recoge, con algunos breves añadidos, el artículo publicado con el mismo título en *Iglesia Viva*, n. 221 (2003).

² *El País*, 17/X/2004. «El enemigo de la laicidad es el nacionalismo que sacraliza la nación y exalta “los valores calientes” de que hablaba BOBBIO, N., en contraposición con un “valor frío” como el Estado... Es un error típicamente fascista considerar que sólo los valores cálidos son nobles».; En la entrega de los premios de este año pasado, 2005, SARTORI, G. señaló al monoteísmo democrático como el peligro relevante para la democracia. *El País*, 22/X/2005.

Para una aproximación a la polisemia de la laicidad, véase SHIOSE, Y./ZYLBERBEG. «L'Univers flou de la laïcité», en *Social Compass*. Vol. 47 (3).2000, pp. 299-316.

tes y judíos, formando parte de una misma nación francesa, fue el posterior proyecto de unificación nacional de la monarquía absolutista el que llevó a revocar el edicto de tolerancia y se convirtió en un proyecto de inclusión excluyente y sacralizado. Sólo después de las revoluciones liberales se pondrán las bases de un adecuado reconocimiento de la laicidad, cuando el nacionalismo cívico priorice la categoría de ciudadanía igualitaria por encima de imperativos de pertenencia particularistas y posibilite la emergencia de una ciudadanía laica, de una laicidad tal como la concibe Magris. Por eso, cuando el nacionalismo se afirma de forma históricamente regresiva y muestra su dimensión etnicista y excluyente, cuando destrona a la religión dogmática e intolerante y se autoconsagra como «el dios de la modernidad» que impone su verdad y la salvación a la sociedad, entonces se convierte en la mayor amenaza a la laicidad.

La evolución semántica del concepto de laicidad ha sido reflejo del complejo proceso histórico en el que se han ido construyendo las sociedades modernas, seculares y plurales. Su polisemia da razón de dicha historia y una mínima comprensión de la misma nos obliga a echar una mirada retrospectiva y a valorar adecuadamente la pertinencia y plausibilidad de su uso en nuestros días. Me parece especialmente expresiva la forma en que una autoridad reconocida en la materia, como es E. Poulat, comienza su libro. «Si Kant volviera hoy, escribiría enseguida una *Crítica de la laicidad pura*, por oposición a una laicidad práctica. La primera existe en el cielo de las ideas, la segunda tiene los pies en la tierra y camina a paso humano... Las palabras y las cosas —*adaequatio rei et verbi*— es un problema que arrastramos desde el nominalismo. Lo que se ha venido llamando globalmente “la laicidad” es una noción compleja que remite a una realidad proliferante. Decir “la laicidad”, como se oye con frecuencia, es hacer una abstracción y una simplificación; es hablar entre iniciados que convienen en un cierto número de opciones fundamentales o entre adversarios que se combaten a propósito de estas opciones».³

Por mi parte, comenzaré haciendo unas breves observaciones sobre la génesis y evolución del concepto, que nos remite al estudio del contexto histórico-ideológico mencionado. Me centraré en los procesos iniciados con las revoluciones liberales, americana y francesa, ya que han supuesto dos formas diferentes de entender la secularización y, por tanto, la laicidad. Analizaré de forma preferente el proceso francés, ya que, como veremos, es el más importante para comprender el proceso español, al que también nos referiremos brevemente. En segundo lugar, abordaré la crisis de la laicidad republicana y los esfuerzos por su reformulación en un contexto tan

³ POULAT, E., *Notre laïcité publique. «La France est une République laïque»*. (2003). Berg International Edit. París, p. 11.

cambiante como el de nuestros días. Analizaré brevemente algunas fórmulas que me parecen repetir los caminos equivocados del pasado. Finalmente, haré algunas consideraciones propositivas y dejaré abiertos algunos interrogantes sobre la laicidad, desde la perspectiva que nos ocupa.

La historia de un concepto

El término «laico» se utiliza, en primer, lugar, para denominar a quien no es «clérigo». Así se seguirá utilizando todavía en los textos de las leyes escolares de la III.^a República francesa, al excluir de la enseñanza en las escuelas públicas a sacerdotes, religiosos y religiosas y confiársela a un «personal laico». Sorprende que su uso para calificar como «laicas» a realidades de carácter general, educativas o sociopolíticas, no aparezca en Francia hasta la Constitución de 1946, cuando, en su artículo 1.º se afirma que Francia es «una república indivisible, laica, democrática y social». Ni siquiera en la ley de separación de las Iglesias y el Estado, en 1905, se utiliza esta expresión. Posiblemente, la explicación esté en que, en Francia, la laicidad es la versión típicamente francesa de un proceso de secularización caracterizado por su carácter «polémico». La «guerras de religión», primero, las posiciones de intolerancia e intransigencia, más tarde, vincularán la laicidad a una historia de clericalismo y anticlericalismo, que impedirá un uso no partidista y excluyente del mismo. Difícilmente los católicos franceses habrían apoyado en otros momentos históricos un texto constitucional, como el citado, como lo hicieron en 1946. La autocomprensión de una Francia laica sólo será compartida cuando la sociedad en su conjunto acepte la laicidad como una fórmula incluyente que garantice la convivencia plural.

En mi opinión, una forma adecuada de aproximación a la laicidad es intentar mostrar cómo sus diferentes acepciones y usos se corresponden con las diferentes etapas y momentos del proceso de secularización de las sociedades modernas. Con cierta frecuencia, se ha solido confundir la secularización con la formulación que de la misma han hecho algunos teóricos sociales y que la han identificado con la progresiva y necesaria desaparición de la religión de la vida pública en las sociedades modernas, con el argumento de que las religiones públicas ponen necesariamente en peligro la posibilidad de construir dichas sociedades. Hoy, estamos en condiciones de poder distinguir adecuadamente que en lo que llamamos procesos de secularización conviven diferentes niveles y ritmos de la realidad social. Como dice J. Casanova,⁴ no hay que seguir confundiendo tres proposicio-

⁴ CASANOVA, José, *Religiones públicas en el mundo moderno*. (2000). PPC. Madrid.

nes muy diferentes e inconexas: a) secularización como diferenciación y emancipación de las esferas seculares respecto a las instituciones y normas religiosas; b) secularización como descenso en las creencias y prácticas religiosas, hasta su definitiva desaparición; c) secularización como marginación de la religión en la esfera privada. Por el hecho de que en numerosos lugares de Europa estos tres procesos de secularización se produjeran simultáneamente, las teorías sociológicas dominantes establecieron la tesis de que estaban conectados no sólo históricamente sino también estructural e intrínsecamente, a pesar de que no ha sido así en todo el mundo, ni tiene por qué seguir siendo así en Europa.. USA es el mentís de este razonamiento, como ya lo señalaron autores como Tocqueville o Marx, y como lo han subrayado en las últimas décadas muchos de los sociólogos norteamericanos de la religión. Hasta hace muy poco se hablaba del «excepcionalismo americano», pero desde una perspectiva histórica global es evidente que la excepcionalidad es la europea.⁵

Esta forma de entender la secularización, como un complejo fenómeno que se refiere a procesos sociales muy diferentes y que no deben confundirse entre sí, nos permite asimismo comprender que también la laicidad debe entenderse en sus diferentes expresiones históricas y formulaciones teóricas. Ha habido una forma histórica para muchos paradigmática de entender la laicidad, como ha sido la francesa, que se ha plasmado como un necesario, indisoluble y triple proceso: de *distinción de dominios* (asegurando la libertad y soberanía respectivas del Estado, de las Iglesias y de los ciudadanos, cada una en su orden, lo que se traduce, por parte del Estado, como incompetencia en materia religiosa y, por parte de la Iglesia, en materia política, en conformidad con el «dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios»), de *sustracción de la influencia* de la Iglesia sobre el Estado y el individuo (desmantelando el régimen de cristiandad e impidiendo que la Iglesia influya en la vida y costumbres de la sociedad) y, finalmente, de *exclusión por sustitución* (tratando de generar un combate contra la religión, que se considera superstición, en nombre de una nueva y verdadera fe laica, racionalista y emancipada de toda tutela autoritaria). Este laicismo agresivo y militante, que busca eliminar la presencia de la religión en la vida pública puede tener la forma de un racionalismo ateo o la de un deísmo humanitarista, pero siempre subrayará el carácter inmanentista de toda fe humana, que debe ser exclusivamente hija de la libertad humana. La fe laica, fruto de este tripe proceso, exigiría, en cualquier caso, la exclusión de toda religión dogmática de la vida pública.

⁵ Para una aproximación al tema, además del libro de Casanova, ver la obra de TSCHANEN, O., *Les théories de la sécularisation*. (1992). Librairie. Genève; ALONSO, G., «La secularización de las sociedades europeas», en *Historia social*. (2003). n. 46, pp. 144-155.

Pero esta forma francesa paradigmática de entender la laicidad como laicismo militante, empeñado en la desaparición de la religión de la vida social en nombre de la libertad, paralela al paradigma de la secularización, entendida como desaparición de la religión de la vida pública, no sólo no es la única forma de entender la laicidad, sino que ni siquiera refleja lo que la historia francesa ha sido realmente. En dicha forma paradigmática de entender la laicidad se confunden, de hecho, procesos diferentes y no se saben distinguir las diversas lógicas que los alimentan.

La laicidad tiene que ver no sólo con formas jurídicas y políticas de organizar las relaciones entre religión y sociedad o entre Iglesias y Estado, sino, sobre todo, con formas de pensar y vivir la libertad y la fe, el pluralismo y la convivencia. El citado Poulat lo formula así: «Expreso aquí mi convicción profunda, anclada en una larga reflexión y en la experiencia de toda una vida. La laicidad no es «todo al César, nada a Dios», ni siquiera «todo al hombre, nada a Dios», sino todo a la conciencia y a la libertad de los hombres, llamados a vivir juntos a pesar de todo lo que les separa, opone o divide».⁶ Si la secularización y el pluralismo son rasgos definitorios de las sociedades modernas, la laicidad será uno de los tests de la calidad moderna de las mismas.

Para poder comprender los debates que sobre la laicidad se dan en una sociedad concreta y en un momento histórico concreto, como en nuestro caso la española, hay que saber a qué modelo teórico paradigmático nos remiten y, lo que es todavía más importante, qué proceso de construcción de la sociedad moderna, pluralista y secularizada, nos presentan. Abordamos, pues, el análisis del caso francés y norteamericano, que nos permitirán entender mejor el caso español.⁷

La laicidad a la francesa

La laicidad aparece, como ya hemos mencionado, en la historia francesa, de la mano de la secularización de la política, reconociendo en ella un ámbito autónomo e independiente de lo religioso. Fueron «los políticos» quienes lograron que el Edicto de Nantes viera la luz y con él la posibilidad

⁶ POULAT, E., *op. cit.*, p. 16.

⁷ Me parece acertada la valoración que al respecto hace LLAMAZARES, D., así como las consecuencias que de la misma se derivan para la construcción de una verdadera convivencia democrática en nuestro país. Véase LLAMAZARES, Dionisio, «A modo de presentación: laicidad, libertad de conciencia y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas», en LLAMAZARES, D. (dir.). *Libertad de conciencia y laicidad en las Instituciones y Servicios Públicos* (2005). Cátedra de Laicidad y Libertades Públicas Fernando de los Ríos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. DYKINSON. Madrid. pp. 7-31.

en un mundo desgarrado por las guerras religiosas. Fueron ellos quienes afirmaron la soberanía del poder político y se opusieron a la pervivencia de un agustinismo político que era instrumentalizado tanto por los católicos como por los hugonotes. Al imponer el arbitraje del Estado por encima de las irreductibles oposiciones religiosas, afirmaron ya, aunque fuera de forma provisional e imperfecta, la tolerancia y la libertad de conciencia, pilares ambos de un naciente espíritu laico.⁸

Sin embargo, Francia será durante mucho tiempo un lugar inhóspito para el progreso de dicho espíritu laico. El absolutismo monárquico y su exitoso galicanismo, por un lado, y el talante radicalmente intransigente del catolicismo francés, abonado tanto por los jansenistas como por los jesuitas, por citar dos de los grupos más influyentes y significativos en su oposición a la Corona, por otro, harán especialmente difícil la recepción de las ideas ilustradas que ya tenían cierto grado de ciudadanía en otros países de Europa, como Inglaterra, al menos por lo que a su talante laico se refiere.⁹

Lo que alguien ha llamado, con acierto, «la refracción del canal»¹⁰ explica la radicalidad y el apriorismo con que procedió la Ilustración francesa, al postular la libertad del individuo para ejercer como sujeto mayor de edad. Su proyecto emancipador se afirma en radical antagonismo con un imaginario católico socialmente hegemónico, al que se considera fuente de represión y de sumisión y, por tanto, legitimador de la minoría de edad del ser humano. Cuando esta ilustración se traduzca en revolución política y el imaginario liberal pretenda hacerse hegemónico, el choque frontal entre revolución e Iglesia católica estará servido. Aunque es verdad que la Revolución no se planteó inicialmente como anticatólica, como tampoco lo fue antimonárquica, las medidas secularizadoras de carácter galicano, como la Constitución civil del clero, que contaban con el apoyo de la «iglesia constitucional», fueron tan hostilmente recibidas por la «iglesia refractaria» y por Roma, haciendo en esto causa común con los nobles contrarrevolucionarios y con los realistas, que acabaron orientando la deriva revolucionaria hacia un rumbo cada vez más laicista y des-cristianizador. Y, aunque las iniciativas más simbólicas de la revolución seguían teniendo un talante religioso, de hecho, suponían la construcción de un Estado laico, ya que el poder revolucionario sólo se legitimaba por la voluntad soberana de los ciudadanos y por su proclama de derechos y

⁸ VELASCO, D., «La tolerancia en el pensamiento político de la modernidad». *Iglesia Viva*, n. 182 (1996), pp. 93-113.

⁹ Ver COLOMER, J.M., «Ilustración y liberalismo en Gran Bretaña», en VALLESPÍN, F. (ed.). *Historia de la teoría política*, vol. III (1991). Alianza editorial. Madrid, pp. 11-96.

¹⁰ SABINE, G., *Historia de la teoría política*. (1974). F.C.E.. Madrid, pp. 402 ss.

libertades, y no por la referencia a valores religiosos y, menos aún, a autoridades sagradas según el derecho divino.¹¹

Pero la historia de Francia no iba a ser la que este proyecto revolucionario programaba. La reconducción de la revolución por fuerzas cada vez más conservadoras supondrá un debilitamiento del proceso secularizador de la sociedad y con él de la laicidad. El concordato bonapartista y sus ambigüedades, al querer garantizar con el sostén del Estado el ejercicio de los cultos reconocidos y al querer privilegiar al catolicismo como la religión de la gran mayoría de los franceses, dará lugar no sólo a la consabida reacción de rechazo por el ultramontanismo católico más intransigente, sino también a una difícil posición de los defensores de un Estado coherentemente laico. Así, mientras una interpretación del concordato posibilitaba un galicanismo del poder político alérgico a la autonomía de la Iglesia, otra interpretación antagónica permitía justificar un clericalismo empeñado en instrumentalizar los servicios públicos para fines religiosos.¹² Los liberales laicos se veían, a su vez, cogidos por este doble fuego cruzado y obligados a luchar contra adversarios de signo tan diverso, porque, para ellos, las medidas garantizadoras de un primer umbral de la laicidad, como posibilitaba el plan napoleónico, no serán suficientes.¹³

El destino de la laicidad francesa vendrá determinado por la relación de fuerzas entre quienes buscarán socializar al conjunto de la población francesa en el marco jurídicamente reconocido de un catolicismo mayoritario, que se mostrará con pretensiones de «religión civil», y quienes buscarán imponer el ideal formalmente aceptado por todos del constitucionalismo revolucionario, en nombre del pluralismo y de los derechos y libertades fundamentales. Como dice Baubérot, el conflicto de las dos Francias será así limitado: un equilibrio inestable, en el que cada fuerza presente intentará imponerse. El movimiento clerical (Restauración y Segundo Imperio) y el anticlericalismo disputarán su predominio (sobre todo, a partir de los años sesenta) y la derrota del 1871 y la Comuna dramatizan el conflicto.

¹¹ Los artículos 3 y 10 de la DDHC así lo explicitan. Según RÉMOND, R., el texto del artículo 10 opera una «fractura de la conciencia nacional», una ruptura de la continuidad histórica con una tradición plurisecular, y de la relación entre religión y Estado, aunque para él, la revolución no tenía un propósito laicista. El lazo que seguirá uniendo la religión y la política se romperá más tarde, con la III República. RÉMOND, René, *Religion et société en Europe: la sécularisation au XIX et XX siècles (1789-2000)* (1998). Ed Seuil., Paris, pp. 55 ss.; pp. 171 ss.

¹² Para una buena aproximación al régimen concordatario napoleónico, ver POULAT, *op. cit.*, pp. 68 ss.

¹³ BAUBÉROT, J., (dir.) *Religions et laïcité dans L'Europe des douze* (1994). Syros Paris señala tres «umbrales de laicidad» en la historia francesa: el napoleónico, el de la III República y el actual.

Las dos Francias parecen irreconciliables. La «República de republicanos» supondrá para muchos católicos el ser «emigrados del interior». Con ella llega una *segundo umbral de laicización*, el de la «laicidad republicana» y su proyecto de república laica (escuela y moral laicas); el del Proyecto de separación de Iglesias y Estado (Combes, 1904), que encontrará la oposición católica, hasta prácticamente 1945, en que el episcopado aceptará la laicidad.¹⁴

El choque de estas dos Francias, que se agudiza tras la derrota francesa de 1870 en la guerra francoprusiana, es el combate entre dos patriotismos, dos sistemas de referencia intelectual y cívica, dos visiones de la historia nacional, dos cosmovisiones. Entre la Francia católica y los franceses herederos del ideal revolucionario no parece haber reconciliación posible. «El combate que se emprende entonces tiene como objetivo el poder, político y cultural, en la nación; es asimismo el choque entre dos sistemas ideológicos absolutamente incompatibles. No están en cuestión ni la creencia en Dios ni la existencia de las Iglesias —los ateos y anticristianos militantes, minoritarios, ejercen su influencia sin controlar durante mucho tiempo la acción gubernamental— sino el lugar de la religión y de sus organizaciones en la vida nacional, regulada en adelante por el espíritu democrático... El partido republicano en el poder erige en veinticinco años una legislación que excluye, en primer lugar, a la religión de la escuela pública, que, después, elimina las congregaciones religiosas, y que, finalmente, rompe la alianza concordataria: estas medidas caracterizarán el régimen francés de laicidad».¹⁵

El proyecto de república laica se concreta, pues, en tres frentes consecutivos, que reflejarán las secuencias ya mencionadas de la secularización y de la laicidad a la francesa. La laicización de la escuela pública responde, en un primer momento, a una lógica secularizadora que, sin tocar formalmente el concordato, legisla a favor de las libertades modernas y toma medidas que desplazan progresivamente de la vida pública los ritos y creencias cristianos en que tradicionalmente se han socializado los católicos franceses y busca hacer de la escuela el lugar en que se forme a trabajadores útiles y a ciudadanos patriotas, para lo que es imprescindible apartar de ella a los clérigos que no estén autorizados por el Estado. En principio, tal como la formulan los republicanos menos beligerantes, esta lógica laicizadora busca una escuela pública «neutra»

¹⁴ BAUBÉROT, J., «Republique laïque», en *op. cit.* pp. 57 ss.; Poulat, *op. cit.*, pp. 113 ss. Para ver lecturas de autores laicistas, que cuestionan esta forma de entender la historia de la laicidad, www.europe-et-laïcité.org.

¹⁵ COMTE, B., «Laïcité française et conscience nationale», en M. Barlow *et alii*. *Dieu est-il laïque? Recherche de sens et laïcité*. (1998) Desclée de Brouwer. Paris, pp. 21-50.

que respeta la conciencia religiosa. Pero ninguna de las dos Francias aceptaría esta fórmula como lugar de encuentro y en seguida diferentes acontecimientos precipitarán una nueva figura de laicidad a la que nos hemos referido: la de la sustracción y la de la exclusión. En efecto, el fracaso de la política de *ralliement* de León XIII, la actuación de algunos religiosos en el caso Dreyfus y el espíritu beligerante de los republicanos maximalistas, crearon un clima de intolerancia pasional que se reflejará en rigurosas medidas anticlericales que no sólo no respetan las libertades recogidas en el concordato, sino que adquieren un tono de combate misional. La elección de Pío X, cuyas posiciones reaccionarias son conocidas, y la Ley de Separación de 1905, que explicita la ruptura unilateral del concordato, hacen que la situación alcance un punto de no retorno en el proceso de laicizar las relaciones Estado e Iglesia. La ruptura de las relaciones diplomáticas con el Vaticano será su manifestación más clara.

La situación creada obliga a los católicos más moderados a formular una estrategia que les permita mantener la coherencia en el plano dogmático, por un lado, y tolerar la situación sobrevenida, por el otro. Es la estrategia de «la hipótesis y de la tesis». A título de hipótesis, admiten una tolerancia, que es una concesión puramente temporal y práctica ante una situación de hecho que viene impuesta, pero no se abandona ninguno de los principios inmutables de la tesis, que es la única fundada en la verdad y que se aplica en la medida de lo posible. Según esta tesis, sólo la verdad tiene derechos y no el error. La verdadera religión debe gozar de plena libertad y del reconocimiento oficial del Estado.¹⁶ Estrategia que la misma ley de Separación les permite, ya que al aceptarse que las asociaciones culturales pueden configurarse según las «reglas de organización general de cada culto», las asociaciones católicas se ajustarán al principio jerárquico en vez de al democrático. Se trata, pues de un Estado laico, que no reconoce ninguna verdad revelada o religión verdadera, pero que, por el contrario, reconoce la existencia de asociaciones con sus derechos específicos en el marco del pluralismo democrático, sin que este marco sea determinante en el funcionamiento de las mismas.

Paradójicamente, la intransigencia del papado, que prohíbe a los católicos franceses asociarse conforme a la ley establecida, genera una situación de vacío jurídico que obliga al Estado a hacerse cargo de los bienes eclesiásticos y a sufragar las infraestructuras necesarias para el ejercicio del culto católico. La Administración del Estado, en nombre de la libertad

¹⁶ Es la estrategia que, remozada, mantendrá Juan Pablo II. Será aceptable una laicidad jurídica, que viene impuesta. Pero no lo será, una laicidad simbólica, que pone en cuestión el orden jurídico que debería reconocer al orden simbólico sobrenatural.

de conciencia y de culto, se encarga de mantener capellanes retribuidos en los establecimientos públicos, como liceos, hospitales, prisiones, ejército, etc. Así, la teórica separación radical, de principio, además de incompleta se hace inaplicable en la práctica, llegándose a un compromiso equilibrado entre dos antagonistas irreductibles.

El clima de patriotismo que se generó con la guerra mundial posibilitó, en los años veinte, un nuevo clima de aproximación entre las dos Francias. Actos simbólicos como la canonización de la heroína nacional Juana de Arco, el establecimiento de las relaciones diplomáticas, la creación de «asociaciones diocesanas» cuyos estatutos son aprobados por Roma y declarados, la práctica de la consulta secreta previa al nombramiento de los obispos, la condena de Action Française, en 1926, por Pío XI por París conformes a la ley, posibilitarán el progresivo entendimiento entre Iglesia católica y Estado. Aunque el contencioso de fondo siga vivo, y en algunas cuestiones como la del estatuto de las congregaciones religiosas o el papel de la Iglesia católica en las escuelas, sigan siendo motivo de conflicto, la Francia católica acabará aceptando la laicidad, aunque obviamente esta aceptación vaya acompañada de matizaciones significativas, como lo hacen los obispos en 1945. Este clima favorable a la laicidad se verá influido tanto por una mayoría de católicos partidarios de la «laicidad abierta», como por los «laicistas» que aceptan una Iglesia que se adhiere a los principios de la democracia liberal.

La laicidad hoy, dice Baubérot, es, a la vez, el fruto de una victoria y de un compromiso. Victoria de la República (aceptada por todos y universalizados sus símbolos), pero persistencia de fiestas católicas obligatorias y reconocimiento de las Iglesias como parte de la sociedad civil, cuyos cultos y organizaciones son ayudados por la República con medidas legales y socioeconómicas. Algunas de estas medidas chocan a los laicos militantes y, sobre todo, sigue siendo problemática la cuestión de la enseñanza. Baubérot resume así los puntos esenciales de la laicidad francesa: el Estado conoce a las Iglesias (cultos) sin «reconocerlas»; se reconoce la igualdad jurídica del agnosticismo respecto a las otras creencias; la ayuda del Estado a los diferentes cultos es indirecta (deducciones de impuestos y subvenciones); no existe enseñanza pública confesional de la religión; pleno reconocimiento de la libertad de conciencia y de culto, y para participar en los debates públicos, comités, etc.

La laicidad francesa es, pues, en sus realizaciones prácticas, una realidad compleja y, desde el inicio, en constante evolución. Intenta articular tres grandes principios: unidad republicana, respeto al pluralismo de las tradiciones filosóficas y religiosas, y libertad de conciencia. El consenso sobre dichos principios no evita el debate sobre su interpretación y alcance.

Laicidad a la americana

La connaturalidad con que los primeros colonos americanos vivieron el proceso de construcción de su república, sin tener que cuestionar el hecho de que una buena parte de ellos lo hicieron apelando a sus convicciones cristianas, explica que el talante laico que entre ellos ha tenido la secularización de la sociedad, no haya mostrado apenas la dimensión laicista y excluyente que hemos visto en el proceso de laicización de la sociedad francesa. Parece obvio que el pluralismo religioso, sustentado en una experiencia tan determinante para la génesis y ulterior configuración de la nación norteamericana, como la de que muchos de los colonos fundadores eran disidentes huidos de la persecución que valoraban la libertad de conciencia por encima de fidelidades y pertenencias, encontraba un suelo abonado. Lo que no quiere decir que no surgieran también teocracias, nativismos y fundamentalismos de inspiración religiosa, que amenazaban la convivencia democrática. Pero el paradigma moderno de separación de los diferentes ámbitos de la realidad, que se traduce jurídicamente en la separación del Estado y de las Iglesias, no va a estar allí lastrado, como en Francia, por la lógica irreductible de la oposición entre Religión y Revolución.¹⁷

Tocqueville va a dedicar numerosas páginas de su obra a describir la importancia decisiva de la religión en la fundación de América y en la constitución de la democracia. Según Tocqueville, hay una doble raíz en la fundación de la nación americana: la bíblica y la filosófica, cuya coexistencia, gracias al principio ilustrado revolucionario de separación de Iglesias y Estado, explica la pervivencia de la política democrática. La convivencia del espíritu de la religión y del espíritu de libertad, traducía para Tocqueville algo muy profundo en el corazón humano, como es el deseo de armonizar cielo y tierra. Aunque el ser humano se puede alejar de su fe religiosa sólo lo harán a costa de violentar su naturaleza humana y social (familiar, sobre todo). América será un caso singular de esta tendencia universal.¹⁸

Históricamente, los seres humanos han manifestado su religión de forma muy diferente. Tocqueville, como comenta Tessitore,¹⁹ se refiere a tres grandes manifestaciones históricas, en cuyo marco va a situar y explicar el caso de América. Dos de ellas son extremas y patológicas. La primera, la de «las edades de fervor», en las que el riesgo más grave es el cisma pro-

¹⁷ Ver MOONEY, CH. F., «La libertad religiosa y la Revolución americana», en *Concilium* (1989), n. 221.

¹⁸ TOCQUEVILLE, A., *La Democracia en América*. (1963). Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires. Son numerosísimos los textos en los que Tocqueville aborda la cuestión.

¹⁹ TESSITORE, A., «Alexis Tocqueville on the Natural State of Religion in the Age of Democracy», *The Journal of Politics*, vol. 64, n. 4, Nov. 2002, pp. 1137-1152.

vocado por el fanatismo y la intolerancia y en las que no hay lugar para la indiferencia religiosa. La segunda, es la propia de la Europa revolucionaria (Francia) frente a la Unión del Trono y del Altar del A.R. Se caracteriza por la renuncia a la fe y por el ataque a la religión, aunque se dé una reformulación de la religiosidad natural del ser humano encarnada en la causa revolucionaria. Finalmente, está la religiosidad generalizada en América, que no es lo que parece a primera vista y que manifiesta una paradójica combinación de observancia práctica de la religión y de gran tolerancia e incluso de indiferencia hacia su formulación dogmática. El protestantismo hegemónico en América es una forma de compromiso entre razón y fe, entre salvación cristiana y prosperidad terrenal que en el fondo del alma conviven con una especie de duda sobre la verdad religiosa, que aunque no se explicita abiertamente no es menos real y eficaz para garantizar la aceptación del pluralismo democrático. Esta especie de indiferencia respecto a las cuestiones profundas de la dogmática, además de facilitar la convivencia entre creyentes explícitos e increyentes respetuosos, posibilita una opinión pública favorable a la religión y se manifiesta como un recurso valioso para vigorizar la salud política de la nación. Aunque Tocqueville reconoce que hay una gran dosis de hipocresía en esta religiosidad americana, subraya que precisamente por eso es en América en donde la religión tiene más poder sobre las almas, en donde más influye en las leyes y las costumbres, y, sobre todo, en donde los radicalismos peligrosos (como los que nacen tanto del catolicismo como del secularismo cuando se traducen en religiones políticas) son evitados.

La laicidad americana, más allá de los avatares históricos que con frecuencia la hipotecarán a la lógica de la intolerancia y el fanatismo de diverso tipo, es expresión de una secularización de la vida social, entendida como diferenciación y emancipación estructural de las esferas seculares (política, economía, ciencia) respecto a la esfera religiosa, que nada tiene que ver con el fenómeno de la privatización de la religión y, mucho menos, con su falta de significatividad para la vida pública. No cabe, pues, pensar en un laicismo secularista y enemigo de la religión, a la francesa.

La forma en que la Iglesia católica norteamericana ha afrontado este modelo de laicidad ha venido determinada por las tres diferentes fases históricas que, según J. Casanova, ha pasado el catolicismo norteamericano y que denomina como «fase republicana», «fase inmigrante» y «fase conciliar».²⁰

La fase republicana refleja un estilo de catolicismo compatible con el espíritu del constitucionalismo y que estaría representado por «laicos católicos, leales a su Iglesia pero plenamente a gusto en el mundo, quienes habían

²⁰ CASANOVA, J., *Religiones públicas en el mundo moderno*, op. cit. pp. 232 ss.

aprendido a separar rígidamente, en la tradición liberal, sus papeles políticos, económicos y religiosos. Urgían a la Iglesia a «ceñirse a la religión», mientras ellos se ocupaban de la vida política y económica sin referencias directas ni indirectas a la fe religiosa». Casanova cita parte del discurso que el obispo de Charleston, John England, pronunciaba en el Congreso en 1826, contestando a las críticas protestantes, legitimando el republicanismo liberal y asumiendo para la Iglesia católica un lugar compartido con las demás sociedades religiosas en la república americana.²¹ Esta concepción republicana apenas si tuvo vigencia, dificultada tanto por la hostilidad del mundo protestante, como por la masiva inmigración de irlandeses, que determinarían una nueva autocomprensión eclesial y una nueva forma de rechazo de la laicidad americana, como el que supuso la Iglesia inmigrante.

La fase inmigrante, que se inicia hacia 1840, es la de una Iglesia católica que se siente perseguida y marginada y que bajo un fuerte liderazgo episcopal, personalizado en la figura del obispo de Nueva York, John Hughes, refleja «un estilo católico basado en la premisa de la organización colectiva y en la movilización de los católicos como grupo, distinguible de los demás grupos por su religión, su clase y su etnia, con el fin de hacer progresar sus intereses de grupo particulares... Mantener la fe de los emigrantes, protegiéndolos al máximo de la América protestante y ayudarles a ocupar su lugar legítimo en la sociedad americana como un grupo étnico y religioso «separado pero igual», fueron los objetivos prioritarios de la Iglesia de los inmigrantes».²² El objetivo más inmediato fue conseguir que la escuela pública dejara de ser un instrumento de socialización en manos de la mayoría protestante y, ante la negativa de los demócratas a secundar su petición al Estado para que financiara con fondos públicos a las escuelas católicas, decidió crear un sistema de escuelas parroquiales católicas independientes que fuera el lugar privilegiado de socialización de los emigrantes católicos. Con esta fórmula, única en el mundo, la Iglesia católica manifestaba sus planes propios de americanización y su proceso de ghetización se irá acentuando, especialmente, cuando el nativismo protestante convertido en partido político amenace a los católicos con programas racistas y excluyentes (Segundo Gran Despertar) y la posición Vaticana se manifieste de forma reaccionaria, condenando «el catolicismo liberal», el «modernismo» y, de forma explícita, la llamada «herejía americana» (1899) y apoyando las posiciones más conservadoras del episcopado americano, frente a quienes luchaban por una postura más abierta e integradora. Una época dorada de «orgulloso y glorioso aislamiento», que convierte al catolicismo americano en un guetto cultural separado y que, como dice Casanova, persistirá hasta mediados de siglo XX, cuando el cambio estructural sea tan grande que

²¹ *Ibidem*, pp. 238-239.

²² *Ibidem*, pp. 240-241

esta forma católica de subcultura americana se haga inviable.²³ La posición del presidente Kennedy, que representaba la de la primera etapa republicana, la de la separación radical entre las esferas religiosa privada y la pública secular, sería el ejemplo más claro de que la fase inmigrante había acabado. Pero tampoco la posición de Kennedy iba a convertirse en la posición oficial del catolicismo americano. El Vaticano II impulsaba un nuevo estilo, diferente de los dos anteriores: el del «catolicismo público».

Como es sabido, el Vaticano II planteaba el reto de actualizar y modernizar un viejo catolicismo, pero la pragmática fórmula de ser a la vez católico tradicional y americano moderno, separando rígidamente las esferas religiosa y secular, tal como la veía Tocqueville, no era ya válida.²⁴ Ya no valía la postura acomodaticia de la tesis y la hipótesis, que, de hecho, reflejaba una visión católica tradicionalista que solamente podía conformarse con un Estado confesional católico. Los americanistas, se piensa ahora, habían fracasado no por su acendrada defensa de las verdades republicanas, sino por no haber podido defender teológicamente la democracia, la libertad religiosa y la separación de la Iglesia y el Estado. Su silencio ante la condena vaticana de la «herejía americana» que contribuía a sepultar la verdad, sólo lo romperían en el catolicismo americano, un siglo después, hombres como J. C. Murray, a quien apoyaron los obispos americanos, que, como es conocido, influyeron decisivamente en la *Dignitatis Humanae*, uno de los textos más relevantes para la asunción eclesial de la laicidad abierta. Como dice Casanova: «Cuando el *aggiornamento* romano llegó a las costas americanas, se hizo evidente que ambos tipos de catolicismo eran desafiados por una nueva interpretación de la relación entre la religión y el mundo. Se pusieron en tela de juicio tanto el muro de la separación liberal como la fusión de la religión civil. La fe privada ya no podía desentenderse de las materias seculares. Tampoco podían las verdades espirituales ignorar los “signos de los tiempos” o permanecer inmunes a la libertad de investigación. Pero una dimensión escatológica también avisaba para no identificar ningún orden social con el reino de Dios. Surgió una nueva tensión, esta vez voluntaria y decidida, entre el catolicismo y el americanismo. Por primera vez, la fe católica se atrevía a desafiar los asuntos públicos americanos. Al obrar así, la fe católica ya no podía evitar exponerse al examen público, al debate público y a la controversia pública».²⁵

²³ «La contracultura y la contrasociedad católicas se construyeron alrededor de la parroquia étnica de barrio con su distintiva forma de «catolicismo devocional», el sistema de escuelas católico (desde el grado elemental hasta la universidad), una visión del mundo católica distinta basada en una restauración del «neotomismo» y una visión mítica de la Edad Media católica, unos medios informativos propios y una miríada de asociaciones católicas de voluntarios (religiosas profesionales y recreacionales)». CASANOVA, *op. cit.*, p. 241.

²⁴ TOCQUEVILLE, A., *DA T. I, 2.^a*, pp. 287 ss.

²⁵ CASANOVA, J., *op. cit.*, p. 254.

Las intervenciones de la Conferencia episcopal americana en el debate público con sus cartas pastorales sobre la guerra, la economía y el aborto, son un ejemplo de cómo se puede mantener una posición religiosa coherente y defenderla públicamente, sin que, por ello, se pretenda imponer un dogma o una moral particular a la sociedad en su conjunto. Dichas intervenciones permiten desautorizar con los hechos el laicismo de talante secularista que niega a la religión sus virtualidades sociogenéticas y que no ve en ella otra cosa que fanatismo y despotismo. Se puede intervenir en la vida pública desde la convicción de que las propias tradiciones normativas son fuentes necesarias para generar los recursos morales y éticos que la sociedad necesita, simplemente sometiendo dichas tradiciones a las reglas de juego del debate democrático público y abierto y disponiéndose a dinamizar dicho debate. Pero hay que estar dispuesto, para ello, a renunciar a modelos propios de «Iglesia oficial» y a una movilización de masas que pretendan conquistar parcelas de poder a costa de otros...

Hoy, el peligró para la laicidad americana viene de un cristianismo conservador que pretenda invadir la esfera pública de la sociedad americana y cuestionar el núcleo estructural de la necesaria secularización, como es una adecuada diferenciación y emancipación de las esferas seculares. Una forma encubierta e ideológicamente muy elaborada de esta colonización de la vida pública norteamericana por la religión cristiana es la que postula Huntington en su obra *¿Quiénes somos? Los desafíos a la identidad nacional estadounidense*.²⁶

La laicidad en España. Una historia marcada por el «doble frenesí»

Aunque la historia de la España contemporánea presenta singularidades inimaginables en el contexto francés, creo que es pertinente mantener la tesis de que, desde la perspectiva histórico-ideológica, la construcción de la modernidad en España refleja un proceso de «radicalización inducida» por el paradigma francés.

El liberalismo español, en ninguna de sus versiones, alcanzó el talante secularizado que tuvo en Francia. El decisivo peso del pensamiento reaccionario y de la Iglesia tradicionalista, que se consolidó con la «cruzada» contra los franceses invasores, creará una persistente imagen de que el liberalismo era antiespañol.²⁷ El esfuerzo que los liberales españoles tuvieron

²⁶ Recientemente se constata el curioso fenómeno de un aumento del ateísmo como reacción frente a la política de Bush y la creciente confusión entre clericalismo y religión. Véase *El País*. 20/1/05.

²⁷ Para ilustrar esta cuestión me parece ejemplar el ya clásico texto de HERRERO, Javier, *Los orígenes del pensamiento reaccionario español*. (1973). Cuadernos para el Diálogo/Edicusa.

que hacer para sacudirse este estigma explica que intentaran legitimar el constitucionalismo en una tradición autóctona y que, por tanto, reivindicaran como propia una tradición de laicidad que, por regla general, no llegó a ser antirreligiosa, aunque sí profundamente anticlerical. Así, el «doble frenesí», de patente francesa, que reflejaban las posiciones revolucionaria y reaccionaria, estuvo determinado en España por una sobredosis de clericalismo y de anticlericalismo, que explicará, en gran medida, el devenir histórico de la laicidad hasta nuestros días.²⁸

El «liberalismo posible», como define Negro Pavón²⁹ al «liberalismo doctrinario español», que será políticamente hegemónico en la mayor parte de la España contemporánea, firmará un Concordato con la Iglesia católica que no sólo impedirá alcanzar cualquier umbral de laicismo excluyente, como el francés, sino que hará explícita y especialmente relevante la presencia de la religión católica en todos los ámbitos de la vida pública. Análisis tan solventes como los de Díez del Corral o Sánchez Agesta, dan fe de la importancia de la religión católica en el discurso legitimador del liberalismo doctrinario.

Si hay algún botón de muestra del dramático destino que tuvo la laicidad, como expresión del proceso de secularización de la sociedad española, es el del «catolicismo liberal español», que estuvo protagonizado por una importante nómina de krausistas de conocido prestigio intelectual. Leer, por ejemplo, *La memoria testamentaria* de Fernando de Castro³⁰ u otros textos autobiográficos de G. De Azcárate o de Giner de los Ríos, es la mejor aproximación al drama de la construcción de la laicidad a la española. Es una expresión del drama de las «dos Españas» y de su trágico desenlace en las diferentes guerras civiles de la España moderna, que dan fe del imposible proceso de secularización de la sociedad española y del difícil destino de la laicidad.

Sin embargo, a pesar de esta tremenda hipoteca histórica que ha lastrado la secularización de la sociedad española, desde los años sesenta del pasado siglo, España ha sido uno de los países que ha padecido un proceso secularizador más rápido, no sé si más profundo, y, en todo caso, pendiente aún de clarificación.

Madrid. Para abundar en el tema de la «revolución tradicional», ver SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del constitucionalismo español* (1984) C.E.C. Madrid, especialmente pp. 32-39; de reciente aparición, la obra de Santos Juliá, *Historias de las dos Españas* (2004). Taurus. Madrid. pp. 29 ss.; 93 ss.

²⁸ Para una síntesis de la interpretación histórica del anticlericalismo español y del proceso de secularización en España, ver ALONSO, G., «La secularización de las sociedades europeas», en *Historia social*. (2003). n. 46, pp. 144-155.

²⁹ NEGRO, D., *El liberalismo en España. Una antología*. (1988). Unión Editorial. Madrid, pp. 75 ss.

³⁰ Edición de ABELLÁN, J.L. Ed. Castalia (1975). Madrid. Para una buena aproximación al krausismo, ver ABELLÁN, J.L., *Historia crítica del pensamiento español*, vols. IV, V,1,2,3. Madrid.

El triunfo del nacionalcatolicismo consagró de forma anacrónica la pervivencia de un imaginario antilaico y alérgico a la secularización, que hizo especialmente difícil la recuperación de la tradición liberal en sus diferentes versiones.³¹ Pero, de forma sorprendente, desde los años sesenta se va a ir quebrando el régimen franquista y el proceso de secularización va a ser sorprendentemente acelerado. Casanova dice que lo que hizo posible que la Iglesia católica abandonara su «organicismo reaccionario tradicional y adoptase, por primera vez en su historia moderna, una estrategia racional orientada hacia el futuro de adaptación a las circunstancias cambiantes» fue «una conjunción de tres procesos interrelacionados»: la transformación interna del catolicismo español, las transformaciones estructurales del régimen y las transformaciones externas del catolicismo.³²

Sin abundar en el análisis pormenorizado de cada uno de estos procesos, creo que basta con señalar la importancia decisiva que tiene el momento conciliar. Como ocurriera en el caso americano, el Concilio vino a respaldar a quienes protagonizaban la clara ruptura generacional en el catolicismo español de los años sesenta, que posibilitaría el importante papel de la Iglesia española en la transición democrática, apoyando discretamente tanto la militancia de los opositores al franquismo, como los procesos de reconciliación nacional. La aceptación de los principios doctrinales de libertad religiosa y de la no interferencia directa en la política partidista impedirá patrocinar la iniciativa de un partido «católico» (demócratacristiano). «En cierto sentido, la neutralidad política de la Iglesia española no sólo había aceptado su separación del Estado, sino también que había abandonado sus esfuerzos tradicionales por entrar en la sociedad política a través de la movilización del laicado católico. En definitiva, todo el proceso equivale al reconocimiento del principio

³¹ DÍAZ, Elías ha estudiado este proceso en un texto ya clásico: *El pensamiento español en la era de Franco. (1939-1975)*. (1983). Tecnos. Madrid.

³² Casanova se refiere, en primer lugar, a la transformación interna del catolicismo español, en el que aparecen intelectuales católicos laicos de prestigio, que tienden puentes entre las dos Españas, y movimientos religiosos modernos que serán críticos con el régimen franquista. (HOAC, JOC); las transformaciones estructurales del régimen, que llevan a Franco a optar por el tecnocratismo del Opus Dei lo que provocó el distanciamiento progresivo de la Iglesia y de otras élites, que se sintieron desplazadas y adoptaron una postura de oposición semidesleal y semidemocrática al régimen. La represión contra los elementos más críticos de la Iglesia trajo consigo una creciente oposición al régimen no sólo por una parte importante de la misma Iglesia sino de toda la sociedad civil; respecto a las transformaciones externas del catolicismo, se refiere obviamente al Concilio y a la legitimación que el mismo supuso para presionar a la jerarquía eclesial y luchar contra el régimen. La Asamblea Conjunta de sacerdotes y obispos y la elección de Tarancón como presidente de la CEE serán ejemplos del nuevo rumbo eclesial español. Ver CASANOVA, *op. cit.*, pp. 118 ss. Ver, también, el número monográfico sobre el laicismo español de la revista *Temas para el debate* (2001), n. 83, octubre.

voluntario de afiliación religiosa. La Iglesia española ha aceptado el hecho de que ya no es una Iglesia en el sentido weberiano de ser una comunidad de fe obligatoriamente monopolística y con la misma extensión que la nación. La fe católica ha dejado de hecho, como en principio una fe nacional... Al reconocer tanto el hecho como el principio de que la sociedad se organiza de manera plural, la Iglesia se ha convertido en una denominación más al fin y al cabo, que funciona dentro de la sociedad civil».³³

Quizá, hoy, a medio siglo del Concilio, y tras décadas de hegemonía conservadora en la Iglesia española, este talante de aceptación sincera de la secularización, entendida no como privatización de la fe sino como su adecuada expresión en la esfera pública de la sociedad, está siendo cuestionado. La tentación de querer magnificar el carácter mayoritario del catolicismo español exigiendo un especial reconocimiento que se traduce en una peligrosa interferencia con la esfera política pone en peligro la posibilidad de afirmar una laicidad abierta.

En mi opinión, una interpretación razonable de la Constitución española, como expresión y garantía de la «laicidad abierta» y «positiva» permite levantar las hipotecas de un pasado intolerante y antidemocrático, que todavía sigue mostrando vestigios tanto confesionalistas como laicistas. Afortunadamente, no faltan foros en los que se procura razonar en favor de dicha laicidad y en los que se promueven un cambio, en la buena dirección, tanto de las leyes, como, sobre todo, del imaginario social que las hará plausibles.³⁴

La crisis de la laicidad republicana

Si la laicidad, tal como la hemos visto construirse, ha sido una realidad vinculada a los procesos de secularización de las sociedades modernas, es una obviedad reconocer que está siendo sacudida por los mismos cambios y retos que afectan a dichos procesos. La creciente afirmación del pluralismo social que, a su vez, agudiza la lógica de la complejidad de lo real, nos obliga a reformular buena parte de nuestras teorías y análisis, entre ellas las de la secularización de nuestras sociedades y, por tanto, los discursos sobre el significado y alcance de la laicidad republicana que, como sabemos, ha estado históricamente vinculada a un concepto de autonomía excesivamente indivi-

³³ CASANOVA, *op. cit.* p.129.

³⁴ Remito al lector al texto ya citado de LLAMAZARES, en el que no sólo se busca desactivar las actitudes enemigas de la laicidad abierta, tanto por exceso, como por defecto. El hecho de que los colaboradores de este texto, que recoge el curso de verano celebrado en Cádiz por instituciones tan relevantes como las que promueven su organización y publicación, sean todos ellos de reconocido prestigio y afines al socialismo en el poder hace que merezca ser leído con especial atención por quienes participan de otros imaginarios, como es el caso de gran parte de la jerarquía de la Iglesia católica.

dualista y a un Estado-nación excesivamente centralista y uniformizador. La forma en que religiones, ideologías y humanismos del más diferente signo están abordando las cuestiones relacionadas con el sentido de la vida humana en sociedad, ha puesto en crisis el sentido emancipatorio de la razón, de la ciencia, del progreso y de los grandes relatos ilustrados, de los que, en buena medida, el Estado moderno, tal como lo ha entendido el discurso laico y republicano francés, por ejemplo, había tomado a su cargo. El cuestionamiento de la vocación emancipadora y educadora del Estado, desde ideologías hoy hegemónicas, como el Neoconservadurismo, lleva a hablar de la muerte metafísica de la república y, por tanto, a cuestionar el ideal laico que la ha inspirado. Cada vez más, el Estado republicano se ve supeditado a la lógica liberal de la sociedad civil, conforme a la cual los individuos se resisten a ser socializados como ciudadanos laicos.

Es verdad que ninguna de estas crisis es tan original que no haya tenido ya manifestaciones explícitas desde el primer contexto revolucionario y republicano moderno, como lo hemos podido comprobar al analizar los diferentes procesos francés americano y español, pero, hoy, alcanzan un grado de plausibilidad social que las convierte en especialmente relevantes y que nos obliga a tematizar nuestras propias convicciones y actitudes al respecto.

La laicidad afronta, hoy, una situación paradójica, que, por un lado, ya no se define, al menos de forma hegemónica, como una afirmación polémica de la propia identidad frente a enemigos beligerantes como el catolicismo ultramontano o el fundamentalismo religioso, sino por el papel que debe cumplir la laicidad republicana en sociedades seculares y plurales, cuyo principal problema es la anemia ética que aqueja a sus sistemas democráticos. No se trata tanto de defender la democracia y sus valores de enemigos que los cuestionan frontalmente, sino de revitalizarla en sus elementos constitutivos en un clima de indiferencia y de relativismo moral preocupantes. Porque, paradójicamente, es este mismo clima el que está provocando de nuevo rebrotes de fundamentalismos y de dogmatismos que se formulan en clave identitaria y que se proyectan con políticas del mismo talante identitario.

El francés Gauchet³⁵ ha sido uno de los autores que ha interpretado con originalidad y lucidez la forma en que el laicismo republicano habría llegado al límite de sus contradicciones internas. Con el advenimiento de la era de las identidades, hemos entrado en un proceso de liquidación, al menos parcial, del proyecto identitario emancipador republicano, que exigía para la realización individual desprenderse del estigma de los particularismos generadores de dependencia y explotación y alcanzar una mayoría de edad sólo garantizada mediante la participación como ciudadano en la vida pú-

³⁵ GAUCHET, M., *La religión en democracia: el camino del laicismo* (2003). El Cobre Ediciones y Ed. Complutense. Madrid.

blica. En adelante, importa mucho más cultivar la identidad como expresión de una diferencia y de una forma particular de ser valiosa por sí misma y de relacionarse que no se pueden compartir con los demás, sino solamente con aquellos que uno quiere, porque esto es precisamente lo que da «identidad». La esfera pública tiende a ser más una pantalla amplificadora de las identidades originales e irreductibles y pierde su capacidad socializadora y emancipadora de los individuos. Lo que es relevante es garantizar a los individuos sus derechos privados, entre los que se encuentran amalgamados los derechos fundamentales y los nacidos de la sociedad de mercado. El sagrado social tiene patente civil y privada, mientras que el Estado y la esfera pública se reducen a un papel instrumental, importante mientras sea imprescindible para garantizar el imperativo de la coexistencia en un mundo cada vez más plural y diverso. «Entramos en el terreno de una historia aún sin escribir, la historia del ingreso de las teorías del derecho natural en la realidad de nuestras sociedades... Como si el estado natural y el estado social de los filósofos del contrato —el estado original de independencia de los individuos y el estado de unión contractual— se hubiesen convertido mutua y simultáneamente en estados de hecho».³⁶

En esta nueva fase, las creencias se convierten en identidades, dice Gauchet, pero las identidades ya no se vivirán a costa del pluralismo, ya que éste se ha instalado también en la cabeza del creyente, lo que le lleva a relativizar íntimamente sus creencias. Las tradiciones valen en tanto sirven para alimentar la propia creencia y para constituir la singular identidad de cada uno. Pero la secularización de las creencias es expresión de que el immanentismo que impone la subjetividad del creyente a la objetividad de la tradición le lleva, por un lado, a un consentimiento tácito de que la comunidad de cada uno es sólo una entre otras y, por otro, a desterrar la posibilidad de proselitismo ya que se reconoce una legítima pluralidad de comunidades. Hoy, lo que es relevante es la demanda subjetiva de sentido más que la oferta objetiva de ortodoxia, por lo que las Iglesias no acaban de encontrar su lugar y se sienten menospreciadas.

La laicidad se enfrenta hoy a un nuevo escenario que ya no es el de la oposición a una Iglesia que negaba el ideal emancipador moderno, pero que tampoco es el del Estado republicano emancipador, que había tomado a su cargo la socialización de los individuos en el proyecto de la república laica. Para esta nueva fase no sirven ya las fórmulas nacidas de los procesos revolucionarios. Ni el laicismo francés que adjudica al Estado la vocación magisterial y normativa, ni el laicismo americano que traslada a la esfera pública la religión civil, que es expresión de un cristianismo sociológico

³⁶ GAUCHET, *op. cit.* pp. 93 -95.

convertido en común denominador de la sociedad americana, tal como sigue reivindicando Huntington, son fórmulas que puedan reflejar el actual momento de secularización de nuestras sociedades.

Ante la novedad de nuestro tiempo, no podemos aplicar los modelos periclitados del pasado para articular adecuadamente las relaciones entre religión y sociedad y, más en concreto, entre Iglesias y poder político. Ni la idea de cristiandad, sustentada en la confusión entre religión y sociedad y con una necesaria vocación totalitaria de lo religioso y de sus expresiones; ni la idea agustiniana de las dos ciudades, que, aunque se haya planteado con gran originalidad en San Agustín, al final, ha derivado también tanto hacia la confusión como hacia la radical oposición entre Iglesia y poder político; ni la síntesis concordataria que se ha traducido en una lucha por compartir el poder y que sigue generando colusión entre lo espiritual y lo temporal y confusión entre lo absoluto y lo relativo; ni ninguna de las otras fórmulas que han tenido que ver con la negación de la autonomía y la libertad del sujeto humano concreto son, hoy, una respuesta adecuadamente laica.³⁷

Hoy, profundizando en las líneas abiertas por el Vaticano II, y asumiendo coherentemente la constitutiva y creciente pluralidad de nuestras sociedades, se trata de repensar las relaciones entre lo espiritual y lo temporal desde una lógica diferente a las de la confusión, la disyunción o la conjunción entre dos mundos representados con sus respectivos poderes, pues todas ellas han primado la dimensión jurídico política de la relación y han acabado negando la perspectiva escatológica adoptada por el Concilio o la perspectiva de la búsqueda axiológica propia del ideal laico moderno. La laicidad sigue teniendo delante el doble reto que la dio identidad en los inicios de la modernidad, aunque ahora la forma de afrontarlo no deba ser ya polémica, sino dialógica. Por un lado, debe perseguir una mayoría de edad responsable para cada ser humano frente a poderes e ideologías liberticidas y, por otro, debe garantizar la libertad y la igualdad, en un clima de verdadero pluralismo, para que cada ser humano pueda dar sentido a su vida como mejor le parezca, utilizando su autonomía para recorrer el ineludible camino del desarraigo y arraigo democráticos. Nadie puede ya pretender imponer el sentido de su vida a nadie, en una sociedad pluralista y secular, en la que se reconoce a todos la capacidad para buscarlo y encontrarlo, aunque sea a través del error. No olvidemos que lo contrario a la verdad humana no es el error sino la violencia. Ni el Estado con su laicismo de combate, ni la Iglesia con su ortodoxia salvadora, están legitimados para intervenir en los procesos de socialización de los individuos.³⁸

³⁷ Ver BARLOW, M., «Eglise et société», en *Dieu est laïc?*, *op. cit.* pp. 201 ss.

³⁸ Ver VALADIER, P., «Morale pour temps de nihilisme», en GESCHÉ, A./SCOLES, P. (dir.). *Et si Dieu n'existait pas?* (2001). Du Cerf/Univ. Catholique de Louvain, pp. 95-109.

Si el objetivo de la laicidad es reconocer la dignidad de la conciencia moral de la persona humana y garantizar el ejercicio de su libertad, el reto para creyentes y no creyentes, para Estados e Iglesias, no será ya el imponer a los demás lo que la propia lógica religiosa o axiológica le exige a uno mismo, por muy convencido que se esté de que es la más valiosa y humanizadora. El reto será saber ofrecer lo mejor que cada uno tenga para que quien quiera pueda servirse de ello y enriquecerse. Pero para actuar así, ni el Estado puede mantener como un monopolio la pretensión emancipadora de convertir al individuo en el santo laico de la ciudadanía rousseauiana, ni la Iglesia puede mantener su pretensión de ser una sociedad perfecta que tiene la exclusiva de ser la *Mater et Magistra* de la humanidad. Ya no vale la estrategia de la hipótesis y de la tesis de tiempos pasados.

Quienes de verdad se quieran laicos, creyentes o no, deben renunciar, como dice Poulat, a ver en la laicidad un credo dogmático establecido o a considerarla un trofeo o una herencia disputada, y deben atreverse, como dice P. Ricoeur,³⁹ a pasar de la laicidad de «abstención» a la laicidad de «confrontación» constitutiva de las sociedades modernas, que son deliberativas y en las que nada que sea importante para el sentido de la vida de los seres humanos debe ser sustraído al debate y menos aún, debe ser impuesto autoritariamente. Comparto la convicción de Poulat: «La laicidad pública no es “*todo al César y nada a Dios*”, sino todo a la conciencia y a la libertad de los hombres llamados a vivir juntos, a pesar de todo lo que les separa, opone y divide».⁴⁰

Algunos interrogantes

Si la laicidad es, como hemos venido diciendo hasta ahora, por un lado, una expresión singular de los procesos de secularización de las sociedades modernas que se ha traducido en una forma concreta de entender y de organizar las relaciones entre la religión y la sociedad o de las Iglesia y los Estados, y, por otro, como acabamos de decir, es un «espacio de libertad pública, abierta a todos y cada uno, cualesquiera que sean sus convicciones y creencias», que nos obliga a pasar del «paradigma de los poderes» al «paradigma de las libertades públicas», el reto principal que nos plantea es el del sentido último de la secularización, de un lado, o el de los límites en el ejercicio de las libertades públicas, del otro.

Casi todos los autores especialistas en el tema plantean de una forma u otra la preocupación por el devenir de un proceso de secularización que puede acabar negando cualquier vestigio de «sagrado social» o de «coto

³⁹ RICOEUR, P., *Crítica y convicción. Entrevista con F. Azouvi y Marc Launay*. (2003). Síntesis. Madrid.

⁴⁰ POULAT, *op. cit.* p. 16.

vedado», sin los que es imposible garantizar una vida humana cargada de sentido.⁴¹ La emancipación de la conciencia de cualquier tipo de control nos obliga a plantearnos si al final de un recorrido tan largo no nos volvemos a reencontrar con la presencia de lo «intolerable». Hemos hecho el camino de la verdad a la tolerancia, de la tolerancia a la libertad y, de nuevo, de la libertad a lo intolerable, simbolizado, como dice Poulat,⁴² en el crimen contra la humanidad y en su apología. Ya no podemos repetir las estrategias intransigentes del clericalismo y del laicismo, pero estamos obligados a afirmar una cultura de la libertad que no puede aprobar todo lo que se hace en nombre de la misma libertad. La sociedad laica está dinamizada por unas energías que son más fáciles de desencadenar que de controlar, pero que es imprescindible saber encauzar.

La cuestión está, pues, en alcanzar no sólo el imprescindible consenso sobre los recursos axiológicos que toda sociedad necesita para garantizar la laicidad, es decir, el consenso sobre el «umbral» de secularización, que no deberíamos traspasar si queremos que nuestras sociedades no se condenen al nihilismo, sino que también hay que ponerse de acuerdo en lo que hay que priorizar y, sobre todo, lo que hay que calificar como intolerable, para dicho objetivo. Tanto el Estado, como las Iglesias, se deben replantear sus estrategias a la luz de estos objetivos. El Estado, obligado en nombre del individualismo de los derechos a no inmiscuirse en la vida de las conciencias, ¿está obligado en nombre de ese mismo derecho a intervenir y controlar la vida de las Iglesias o asociaciones constituidas en nombre del derecho a la libertad religiosa, cuando éstas ejercen prácticas liberticidas y antidemocráticas (caso de las sectas, o de los abusos sexuales en la Iglesia católica?). ¿Qué hacer, cuando una aceptación generosa de la libertad religiosa acaba traduciéndose en las asociaciones e Iglesias que la ejercen en un desprecio profundo de dicha libertad? El Estado no puede ya mantener su proyecto englobante y emancipador de socializar a los individuos en la laicidad republicana, pero tiene la obligación de controlar el ejercicio de la libertad religiosa y de las libertades públicas para que no se instrumentalicen de forma perversa y no se generen conductas delictivas susceptibles de ser penalizadas conforme a criterios democráticos.

En el caso de las Iglesias, titulares de un derecho a la libertad religiosa, ¿la laicidad les exige que renuncien a convertirse en últimas definidoras de la forma en que deben ejercer dicho derecho, como ha ocurrido históricamente con el reconocimiento del derecho de asociaciones propio de

⁴¹ Ver VALADIER, P., *L'Anarchie des valeurs*. (1997) Albin Michel. Paris; *La Iglesia en proceso. Catolicismo y sociedad moderna*. (1990) Sal Terrae. Santander. VELASCO, D., *Penamiento político contemporáneo*. (2001). Universidad de Deusto. Bilbao, pp. 76 ss.

⁴² POULAT, E., *Notre laïcité publique*, *op. cit.*, cap. X, pp. 281 ss.

los contextos concordatarios, que respeta su lógica organizativa interna, aunque ésta no sea democrática? En mi opinión, las Iglesias deben asumir como horizonte hermenéutico de su ejercicio de los derechos públicos el de los Derechos fundamentales, tal como la lógica democrática los ha interpretado, y, más en concreto, en consonancia con el concepto de libertad republicana: libertad como no dominación. En mi opinión, la laicidad bien entendida no puede confundirse con la «neutralidad» del Estado, tal como la ha entendido el liberalismo convencional, es decir, como no interferencia del Estado en el ámbito privado y como privatización de cualquier tradición particular, religiosa o ideológica. Si el Estado quiere evitar caer en el doble defecto del paternalismo que invade la vida privada o de la irresponsabilidad que consiente lo intolerable, tanto en ámbito público como en el privado, deberá interferir siempre que se den situaciones de dominación, ya que ésta no es legítima en ningún caso. La dominación arbitraria que niega la libertad, aunque sea en nombre de la libertad religiosa o ideológica, debe ser perseguida por un Estado que debe garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales. Pero la laicidad no debería vincularse ya con la privatización de la religión y mucho menos con su marginación, siempre que la religión cumpla con las exigencias de la no dominación. La razón es sencilla: necesitamos de todas las fuentes de recursos morales para construir sociedades más libres e iguales.⁴³ Soy consciente de que esto es problemático en casos como el de la Iglesia católica, ya que su particular concepción jusnaturalista, premoderna y sacralizada, de los derechos humanos no parece adecuarse a las exigencias democráticas de la laicidad moderna. Paradójicamente, la Iglesia acostumbrada a ser la garante de la moralidad se ve sometida a un tribunal secular que juzga la moralidad de sus prácticas y que puede llegar a penalizarlas cuando no se ajusten al código de los derechos democráticos. Pero es lo que hace que la Iglesia pueda convertirse en un lugar de humanización, al pasar el test de la libertad como no dominación.⁴⁴

Concluyo estas páginas citando, de nuevo, a uno de los autores que mejor ha reflexionado sobre la laicidad, E. Poulat, quien dice así: «Nuestra laicidad pública aparece así como el resultado de una sabiduría política y

⁴³ Ver AGUIAR, F., «El velo y el crucifijo. Liberalismo, republicanismo y neutralidad del Estado». *Claves de Razón Práctica*. (2003), n. 144. Julio-septiembre, pp. 36-43 ss.; HABERMAS, J., «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales». *Claves de Razón Práctica* (2003). N. 129, enero-febrero, pp. 4 ss.

⁴⁴ La autonomía de las Iglesias, reconocidas como titulares del derecho a la libertad religiosa, plantea numerosos interrogantes tanto por lo que se refiere a sus límites (derechos fundamentales y derecho público de los Estados) como a la justificación de los mismos. Para una aproximación a la cuestión, véase ROCA, María J., *Derechos fundamentales y autonomía de las Iglesias* (2005). Dykinson. Madrid.

de un sutil equilibrio que no obliga a nadie a sacrificar sus principios, pero que propone a todos un nuevo arte de vivir juntos».⁴⁵

B. La laicidad y la construcción de una sociedad humana más justa y solidaria

Pensar la laicidad en un contexto «polémico». ¿Cómo superar dicho contexto?

Pensar sobre la laicidad en un contexto polémico, como el que últimamente hemos estado viviendo y que, previsiblemente, se hará cada vez más conflictivo, nos exige un esfuerzo especial por realizar dos tareas que siguen siendo imprescindibles a la hora de analizar la realidad y, sobre todo, de hacernos cargo de ella: clarificar conceptos y valorar críticamente creencias. Creo que en este tema hay demasiados prejuicios, confusiones e intereses que alimentan tanto la confusión conceptual como la necesaria capacidad autocrítica. Obviamente, también yo seguiré reflejando excesivos prejuicios en mi reflexión. Quizá el primer prejuicio sea que espero que una laicidad, adecuadamente entendida, sea, hoy, en nuestras sociedades seculares y plurales, una forma idónea de «recrear sentido, fortalecer la esperanza y transmitir sabiduría».

En mi opinión, «atreverse a pensar» para «atreverse a creer», asumiendo el reto de las proclamas kantiana y nietzscheana, es decir, «laicamente», es más que un método opcional. Es un cambio de mentalidad que supone aceptar que el marco laico es el único que puede servir para todos, creyentes o no. El cambio de la catolicidad a la laicidad, no es un simple cambio de régimen, sino que supone una experiencia social y cultural inéditas, como es la de aceptar que una sociedad pluralista (pluralidad de sistemas de convicciones y de referencias) funciona conforme a una lógica democrática y secular y decide, por acuerdo, reservar un lugar a la religión, lo mismo que decide reservar un lugar a la familia o al extranjero.

En sociedades seculares y plurales, en las que, por tanto, la secularización de la vida, adecuadamente entendida, es un logro irreversible, no veo otra forma menos inadecuada de posibilitar una vida social razonablemente libre y justa que con la laicidad. Obviamente, cuando hablo de secularización bien entendida, no me estoy refiriendo a la conocida como «teoría de la secularización», en el sentido fuerte del término: la que reconoce no sólo la diferenciación de ámbitos de lo real, sino que, además, postula como una exigencia ineludible la progresiva desaparición de la religión de la vida social y la privatización de la misma. Como ya he explicado en el apartado an-

⁴⁵ POULAT, E., «Notre laïcité publique». *Op. cit.* p. 13.

terior sobre «la construcción histórico-ideológica de la laicidad», esta teoría no sólo ha quedado obsoleta, sino que ha estado viciada por graves déficits de comprensión de la realidad social, religiosa y sociopolítica. La laicidad, expresión y fruto de una adecuada secularización, nada debe tener que ver, en mi opinión, con la privatización o con la exclusión de la religión de la vida pública. El que la experiencia de laicidad a la francesa haya sido, en numerosas ocasiones, aunque no en la mayor parte de la historia de Francia, la de un laicismo agresivo y militante, y el que haya servido de modelo para afirmar otros procesos laicistas, no debe llevarnos a sacar conclusiones erróneas.⁴⁶

Conscientes, pues de que para entender bien nuestros debates conviene tener presentes los procesos de secularización y las formas de laicidad que hemos tenido a lo largo de la historia, me voy a centrar, ahora, en la forma en que hoy deberíamos plantear la laicidad si queremos construir sociedades cabalmente democráticas y, si, además, queremos hacerlo desde una iglesia que sabe renunciar a las graves hipotecas del clericalismo.

La crisis de la laicidad y la actual crisis de la democracia liberal

Analistas sociales de diferente ideología, como Offe, Habermas o Gauchet, subrayan que estamos asistiendo a una crisis profunda de la democracia liberal que se refleja en un vaciamiento de sentido global. La falta de recursos morales para responder a los retos que amenazan a las sociedades modernas y que tienen que ver con su incapacidad para resolver adecuadamente los problemas de cohesión, de bien común y de ejercicio democrático del poder, ha sido una constante a lo largo de la historia (dialéctica entre la sociedad de hecho, la de derecho y el imaginario social que permite seguir el horizonte normativo), especialmente debido al individualismo posesivo. La búsqueda de soluciones a estos problemas, que básicamente se ha realizado históricamente conforme al «paradigma de la distribución», ha quedado cuestionada por lo que hoy viene denominándose «paradigma del reconocimiento». La radicalización del pluralismo y la creciente conciencia de que la diferencia debe ser reconocida como un valor original del ser humano superior al de la igualdad (que para muchos se identifica con la homogeneización uniformizadora), como ocurre con los multiculturalistas, los comunitaristas y otras corrientes de pensamiento desigualitarias, ha traído de la mano una búsqueda de soluciones a los problemas sociales en clave identitaria y particularista.

La crisis de la laicidad republicana tiene que ver, en gran medida, como ya hemos visto, con este cambio de paradigma y la laicidad se enfrenta a nuevos

⁴⁶ Las ambigüedades y perversiones de la laicidad han sido obvias. Jules Ferry fue, a la vez, promotor de la laicidad y de colonización. La laicidad estará vinculada a los intereses particularistas del Estado-nación.

retos que tienen que ver con los del paradigma del reconocimiento, con las políticas identitarias que de él se derivan y con numerosos particularismos que afloran con fuerza y que buscan resacralizar parcelas de la realidad seculares.

El *Informe de la Comisión Stasi* es reiterativo en subrayar la amenaza que supone para el laicismo (entendido como convivencia en libertad e igualdad) el resurgir de los comunitarismos y la mitificación de la diferencia (por su carácter reivindicativo y ostentoso que genera presión, provocación, propaganda y proselitismo, y que degenera en racismo, xenofobia, etc.) debido a una conjunción del aumento de la inmigración y su situación de exclusión y de las políticas de los países europeos que, durante algún tiempo, han primado las políticas multiculturalistas (de lógica comunitarista). El caso de Holanda es paradigmático.⁴⁷

El pluralismo cultural y el multiculturalismo, asociado, hoy, a la inmigración, agudiza el carácter conflictivo de la diferencia y hace más difíciles la cohesión e integración sociales que son imprescindibles en toda sociedad. Esta situación plantea numerosos problemas: ¿cómo conciliar el respeto a la diversidad con la integración social; ¿cómo afirmar el reconocimiento de las opciones particulares y los valores comunes?; ¿cómo superar los particularismos?

¿Cuáles son los límites que debe tener la tolerancia (¿asociada a los límites de la secularización?). ¿Consenso sobre lo intolerable? Parece ser que el criterio debería ser el de libertad como no-dominación, condición de posibilidad de los demás derechos y libertades. (Ladrière y Pettit). La libertad como no dominación exigirá, como veremos, el marco de la laicidad para hacerse plausible, pero, como hemos dicho antes, el ideal de libertad como no dominación está posibilitando la laicidad.⁴⁸

La laicidad como posibilitadora de una convivencia democrática con «los otros»

Las democracias modernas basan sus acuerdos axiológicos en leyes y discursos legitimadores basados en el consenso razonable y no en los acuerdos confesionales.

Creo no tergiversar la historia si digo que la libertad ha sido, y sigue siendo, la razón más genuina de la lucha de las sociedades laicas por liberarse de una situación de dominio y de opresión que, en gran medida, se legitimaba,

⁴⁷ El informe está escrito, como sabemos, en un clima de grave preocupación por este auge de los particularismos de carácter identitario. Habla de un «repliegue comunitario más sufrido que deseado» (3.3.2.3) y afirma que se ha dado un salto peligroso: «desde el derecho a la diferencia se ha pasado al deber de pertenencia» (4.1.2.2); Ver pp. 3, 20-21, 28, 33-34.

⁴⁸ La libertad como no dominación es previa asimismo a la neutralidad y es la que posibilita una neutralidad que no sea ni paternalista (que invade la vida privada), ni consentidora de la dominación en la vida privada, lo que negaría la libertad.

y se sigue legitimando, en nombre de la religión.⁴⁹ El derecho a la libertad de conciencia, exigido frente a poderes seculares y religiosos simbióticamente unidos, fue el punto de partida y sigue siendo un umbral irrenunciable del ser humano moderno. La laicidad ha tenido, desde sus orígenes, una vocación clara de posibilitar en la conflictiva dinámica del pluralismo social la difícil articulación de la libertad de conciencia y de religión con la neutralidad del poder político en cuestiones religiosas y con la separación del Estado y las Iglesias. No siempre lo ha logrado, pero, desde que las guerras de religión y el pluralismo social rompieron de forma irreversible el dosel sagrado de la unidad religiosa, la única fórmula razonable para organizar la convivencia social ha sido la de un poder político no confesional que utilizando la laicidad, como un «proceso de ajuste» jurídico político,⁵⁰ ha garantizado los derechos y libertades de individuos y grupos humanos.

El derecho a la libertad de conciencia, condición de posibilidad del derecho a la libertad religiosa, va a ser uno de los objetivos de la sociedad laica frente a los posicionamientos dogmáticos de poderes e Iglesias, que, en nombre de una pretendida Verdad absoluta, impedian el ejercicio de dicha libertad. No olvidemos que la objeción de conciencia es un invento civil, no eclesiástico.

Es verdad que el derecho a la libertad no se ha entendido de forma adecuada, cuando se ha mantenido la posición de Constant (oposición entre la libertad de los antiguos y la de los modernos) o se ha defendido, como Berlin, un concepto de libertad «negativa» (no interferencia) o, incluso, «positiva» (como autorrealización) y se ha rechazado toda coacción legal por entenderla como heterónoma. En mi opinión, el concepto republicano de libertad, entendida como no-dominación, es el que permite comprender que el derecho a la libertad del individuo necesita para ser garantizado del poder de un Estado que esté legítimamente capacitado para protegerlo, incluso a través de la coacción.⁵¹ Así, el derecho a la libertad

⁴⁹ Poulat dice que «todo himno a la libertad convoca a acudir un yugo de desigualdad y de autoridad. Lo que yo haría a favor de mi libertad —de pensar o de enseñar—, cómo lo ejercería, presupone su reconocimiento y, más en concreto, que su ejercicio no sea inhibido o prohibido por una voluntad exterior a ella. Por tanto, dos estrategias son pensables: una guerra ideológica entre concepciones incompatibles o la negociación de un *modus vivendi*». POULAT, E., *Notre laïcité publique. «La France est une République laïque»*. (2003). Berg International Éditeurs, Paris, p. 196.

⁵⁰ Véase RANDAXHE, Fabien, «La religión en la sociedad estadounidense: un asunto de derecho», en *Revista Internacional de filosofía política*, n. 24, diciembre 2004, Madrid, pp. 77-94.

⁵¹ Hay quienes entienden que la Comisión Stasi no se ha planteado como lo más prioritario el ideal de convivencia en libertad, conforme a la tradición del republicanismo, y que se ha centrado más en un concepto de neutralidad liberal a la hora de prohibir algunos símbolos religiosos que en el concepto republicano de «neutralidad no dominada», que «es producto final del ejercicio de la libertad, lejos de todo relativismo moral o cultural y que marca con claridad la frontera entre culturas legítimas e ilegítimas desde el punto de vista republicano, y otro tanto

de conciencia ha sido garantizado gracias al poder de un Estado capaz de imponer su coacción a quienes impedían el ejercicio de dicha libertad, incluidas Iglesias y grupos religiosos. Podríamos decir que el derecho a la libertad, comenzando por la libertad religiosa, ha sido fruto de una legitimación no religiosa del poder. La laicidad del poder ha posibilitado la libertad al crear un espacio público en el que ha sido posible el ejercicio plural de la misma.

La verdadera legitimación del Estado, en una sociedad plural, no puede venir de ninguna referencia que no sea universalizable, como ocurre con la legitimación de origen religioso, sino que tiene que venir de la voluntad democrática o de la soberanía popular y tiene que ser laica. Por eso, de las muchas definiciones que se han dado de la laicidad (cuya etimología nos remite al «laos»), me parece especialmente pertinente la que la identifica con una forma de garantizar la convivencia democrática,⁵² es decir, los derechos y libertades de los ciudadanos, desde un poder legitimado en la soberanía popular (en el sentido de las mayorías razonables). Coincido con Blancarte, cuando afirma que si tratamos⁵³ de identificar los elementos centrales de la laicidad, sabiendo distinguir la historia del concepto de las diversas trayectorias sociales y políticas que han conducido al establecimiento de regímenes laicos, «habría que partir entonces de una constatación, que trataremos de explicar y comprobar a lo largo de este texto: la laicidad no tiene por qué ser identificada de manera exclusiva, ni con la separación entre el Estado y las Iglesias, ni con la forma republicana de gobierno, ni con algunas formas de tolerancia religiosa, ni con el respeto a los derechos humanos, ni con la neutralidad del Estado en materia de valores. Pero si la laicidad no es ninguna de estas cosas, aunque esté emparentada de alguna manera con ellas, entonces ¿cómo podemos definirla? La clave, desde mi punto de vista, se encuentra en los procesos y formas de legitimidad política. De allí se derivan otras

ocurre con la distinción entre lo privado y lo público». El informe Stasi debería haber subrayado sobre todo la forma de activar todos los mecanismos institucionales que impidan la dominación, como las cuestiones socioeconómicas y otras, y teniendo muy presentes los ámbitos privados de dominación). Ver AGUIAR, F., «El velo y el crucifijo. Liberalismo, republicanism y neutralidad del Estado». *Claves de razón práctica*. N. 144, 2004, pp. 36-43. Sin embargo, yo creo que hay un núcleo de humanismo laico que puede identificarse con el ideario republicano (ver apartado sobre «laicidad y búsqueda de la verdad y del bien», pp. 5 ss.).

⁵² Dice GEFFRÉ, C., citando la feliz fórmula de DEBRAY, R., que define la laicidad necesaria como el tránsito de una laicidad de incompetencia a una laicidad de inteligencia, que «sería deseable superar un concepto puramente jurídico de laicidad y comprenderla como un cierto *vivir juntos* de los ciudadanos. Esto es una exigencia tanto para el Estado como para la religión que predomina en un país dado». GEFFRÉ, C., «El futuro de la religión entre el fundamentalismo y la modernidad», en *Iglesia Viva* n. 222 (2005), p. 108.

⁵³ BLANCARTE, Roberto. «Definir la laicidad (desde una perspectiva mexicana)», en *RIFP/24*(2004), pp. 15-27.

consecuencias, en el contexto de las transformaciones sociales y mentales, particularmente en materia de creencias, en el mundo moderno».⁵⁴

El mismo autor recoge la definición de laicidad dada en otro texto suyo, como «un régimen social de convivencia, cuyas instituciones políticas están legitimadas principalmente por la soberanía popular y (ya) no por elementos religiosos». Esta definición, centrada en la idea de transición entre una legitimidad otorgada por lo sagrado a una forma de autoridad proveniente del pueblo, nos permite entender que la laicidad, como *la democracia, es un proceso, más que una forma fija o acabada en forma definitiva... ya que subsisten formas de sacralización del poder, aún bajo esquemas no estrictamente religiosos*.⁵⁵

Definir la laicidad como un proceso de transición de formas de legitimidad sagradas o formas democráticas basadas en la voluntad popular nos permite también comprender que ésta (*la laicidad*) *no es estrictamente lo mismo que la separación Estado-Iglesias*. De hecho, existen países que no son formalmente laicos, como los países nórdicos, Dinamarca y Noruega, pero que lo son en la medida en que sus formas de legitimación política son esencialmente democráticas y adoptan políticas públicas ajenas a la moral de la propia Iglesia oficial. En Francia, hasta 1905, pasó igual. Por otro lado, también existen países formalmente laicos, pero que están condicionados al apoyo político proveniente de las Iglesias mayoritarias.

También es un error equiparar el estado laico a la República, como ocurrió en Francia. *Independientemente del régimen legal que tienen algunos países, sus Estados, es decir, el conjunto de instituciones por las que se gobiernan, dependen en cierta medida, mayor o menor, de la legitimidad proveniente de las instituciones religiosas*. De ahí, la diferencia entre países protestantes (más laicos), ortodoxos (menos laicos) o católicos (problemático). El estado es más o menos laico, según el grado de independencia y el requerimiento de la legitimidad proveniente de la institución eclesial.⁵⁶ Entender la laicidad como una cuestión de legitimidad democrática del poder, o, mejor aún, como un proceso de legitimación siempre desacralizador del mismo, nos lleva a ver en la laicidad no sólo una garantía para la democracia, sino una condición de posibilidad de los derechos y libertades democráticos. Allá donde se pretenda construir una sociedad desde legitimidades particularistas y premodernas, como es el caso de los fundamentalismos religiosos o de los nacionalismos etnoculturales, se está atentando contra la laicidad y contra la democracia. Mi referencia a Magris al comienzo de este texto tiene este sentido. Cuando una Iglesia pretende legitimar o deslegitimar un poder político porque no se ade-

⁵⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁵ *Ibidem*,

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 17-18.

cua a su credo religioso o moral, está amenazando la laicidad necesaria para construir una sociedad democrática.

Para poder plantear adecuadamente las relaciones entre lo religioso institucionalizado y la sociedad civil y el poder político, hay que aceptar primero que el nivel de universalización razonable, que permite el acuerdo entre opiniones e intereses diferentes, aunque sea de forma inadecuada, es, hoy, el político y no el religioso. Sólo la comunidad política goza de la primacía legal y legítima sobre las demás formas de comunidad humana. Pretender lo contrario es no asumir el pluralismo de nuestras sociedades y volver a situaciones polémicas no deseables del pasado.

Laicidad y búsqueda de la verdad y del bien

Frente a aquellas posiciones que identifican la laicidad con el relativismo epistemológico y moral o con la perversión libertina del ser humano,⁵⁷ creo que es de justicia reconocer que la laicidad ha tenido, desde sus orígenes, una vocación humanista que, aunque cargada de ambigüedades, es imprescindible valorar.⁵⁸ A pesar de la animadversión religioso-eclesiástica hacia la cultura laica y a sus creaciones de carácter educativo, el ideal humanista laico ha sido, en buena medida, una herencia del cristianismo que, por su talante anticlerical, la Iglesia ha sido incapaz de reconocer. B. Descouleurs ha analizado el caso francés y, refiriéndose al ideario laico para la escuela republicana,

⁵⁷ Para conocer las críticas actuales al laicismo, véase GARCÍA SANTESMASES, A., «La “mala prensa” del laicismo», en *Revista Internacional de filosofía política*. N. 24. 2004. pp. 24-96. Haciendo un paralelismo con lo que está ocurriendo en EE.UU., el autor muestra que al laicismo se le achacan los males más contradictorios y extremos, como el relativismo y el totalitarismo. Distingue entre las posiciones maximalistas, representadas por Rouco, Fernando Sebastián y el padre Camino, y las moderadas, representada por Patino. Concluye el autor que «la mala prensa del laicismo viene por su identificación con experiencias que le son ajenas. El laicismo, como he intentado mostrar al hablar de la experiencia francesa, no tiene nada que ver ni con el marxismo-leninismo ni con el relativismo postmoderno. El laicismo parte de un republicanismo exigente y de un concepto fuerte de ciudadanía y remite a una tradición que desgraciadamente fue derrotada en España, pero que puede ser recuperada si sabemos defender sus principios con una mínima claridad. Para recuperar esa tradición es imprescindible conectarla con el debate sobre la identidad europea. Si se me permite la expresión literaria, esta estrategia de respuesta al combate contra el laicismo, sólo tiene viabilidad si a la recuperación de la memoria histórica de la Segunda República incorporamos el legado de los liberales españoles, de esos liberales vencidos y derrotados, a menudo exiliados, de los no por casualidad llamados “afrancesados”». (p. 43).

⁵⁸ El *Informe de la Comisión Stasi* afirma que el laicismo, cuando ha sido capaz de superar los excesos históricos propios del contexto polémico, ha encarnado valores y principios que el informe denomina cardinales y que describe pormenorizadamente: respeto a la diversidad de opciones espirituales y confesiones; la garantía de la libertad de conciencia; exigencia compartida de lograr todos la forma de adecuarse y de adaptarse; vivir juntos y construir un sentido común. Véase pp. 21-22.

concluye: «Trata, por un lado, de reencontrar la inspiración del humanismo laico de acuerdo con la modernidad y desarrollando un sentido del hombre capaz de resistir a la deriva materialista y a las pulsiones de los fanatismos generados por las religiones; por otro lado, de abrirse a las grandes tradiciones de la humanidad haciendo hueco al fenómeno religioso considerado como dimensión antropológica y elemento de respuesta a la cuestión del sentido». Entendiendo la cultura como «la manera de ser hombre en una época y en un espacio geográfico dados», analiza la transición de una «cultura religiosa» a una «cultura laica» y afirma que «la «cuestión del sentido» no está excluida de la cultura escolar: el ideal republicano, el patriotismo, los DD HH, la «moral laica» no sólo están en el programa, sino que están en el corazón del «proyecto educativo», diríamos hoy, de la escuela laica» (p. 55). La «moral laica» buscó su fundamentación y hubo grandes debates entre quienes preferían un fundamento religioso (F. Buisson⁵⁹) y quienes preferían fundamentarla en la sociedad (Durkheim) o en la solidaridad (Journal des Instituteurs, 1903).⁶⁰

En ambos casos, la moral laica, fundada en la conciencia esclarecida por la razón, subraya la dignidad incondicional del hombre que aparece como hilo conductor de todos los programas educativos. Lo nuclear del humanismo laico ha sido su concepción del hombre como un ser autónomo, sometido a la única autoridad de la recta razón, y viviendo los valores de la

⁵⁹ El autor recoge un largo texto de Buisson, padre de la Liga de la enseñanza, que muestra la deuda que la moral laica tiene con el cristianismo y en el que dice que la reacción de la Iglesia se ha debido precisamente a esa fundamentación religiosa. «¿Por qué se inquieta? Porque ella ha visto que también nosotros pretendíamos actuar en el alma de los niños, e inspirarnos, a nuestra manera, a las más puras tradiciones de la humanidad. Ha adivinado algún parentesco entre la herejía del siglo XVI que puso la Biblia en manos de todos y la del XIX que les traduce el Evangelio, laicizado... Si la moral laica crea este ideal y crea esta fuerza, podemos decir que no tiene nada que envidiar a no importa qué moral religiosa, porque ellas es o la más religiosa de las morales, o la más moral de las religiones. Llamémosla por su verdadero nombre: es la religión del Bien». (BUISSON, F., «Le fond religieux de la moral laïque», conferencia del 12/III/1917, en *Révue Pédagogique*, avril 1917). El creciente conflicto con la Iglesia llevó a la condena de Roma y a la inclusión en el Índice de los manuales de instrucción moral y cívica. En 1923, la reforma de los programas de la escuela primaria conlleva una importante reducción de la enseñanza de la moral y la desaparición de los «deberes» para con Dios. La forma en que se argumenta esta reducción en las Instrucciones es interesante para la historia de laicidad. Se pretendía, remontándose al espíritu de 1887, evitar toda discusión metafísica (sin entrar en las opiniones religiosas). Se busca que los niños adquieran una conciencia crítica que, en primer lugar, les impida pronunciarse ligeramente sobre una cuestión tan importante como la noción de Dios, y, en segundo lugar, hacerle sentir al niño que el primer deber que tiene para con la divinidad es la obediencia a las leyes de Dios, tal como se las revelan su conciencia y su razón. Cuarenta años después, este espíritu tenía mayor vigencia «y nuestros institutores tendrán cuidado en evitar todo lo que pudiera parecer una violación de la neutralidad».

⁶⁰ DESCOULEURS, B., «Culture scolaire et recherche de sens», en BARLOW, M. *et alii Dieu est-il laïque ?* Desclée de Brouwer. 1999, cap. II, pp. 51-75.

rectitud, la honestidad, la tolerancia y la solidaridad.⁶¹ Esta es una concepción del hombre heredada del judeocristianismo, aunque liberada de toda dependencia respecto de una autoridad sobrenatural.

Es sabido que en la mayoría de las expresiones del humanismo laico, incluidas las ateas, la actitud antirreligiosa ha tenido más que ver con el rechazo de las falsas categorizaciones de lo religioso (que con excesiva frecuencia han presentado el hecho religioso como «antihumano») que con el hecho religioso en cuenta tal. Todavía sigue siendo necesario el analizar dichas categorizaciones para poder entender el significado y alcance del humanismo laico. Lo dicho del humanismo laico vale aún más para el caso del republicanismo su fórmula jurídico-política preferida.⁶²

En la medida en que este análisis del humanismo laico se adecua a la realidad, es imprescindible para la Iglesia aprender a distinguir entre lo que ha sido expresión anticlerical y lo que es auténtica afirmación de lo humano que no tiene por qué cerrarse a la dimensión religiosa de la cultura. En el contexto actual, el ideal laico es un aliado de la religión... y no su enemigo. La revisión de la laicidad, abriéndola a la dimensión religiosa de la cultura

⁶¹ En línea con lo dicho está la forma en que, según sigue diciendo Descouleurs, el humanismo laico, tras la guerra mundial, se plantea la necesidad de moralizar la sociedad a través de la moral laica en la enseñanza. «Nada más acabar la guerra mundial, los responsables de la educación constatan que el ideal humanista ha sido traicionado y que los valores morales han sido completamente subvertidos, y en un texto del *Bulletin officielle de l'Éducation nationale* resaltan seis problemas dignos de atención: *la honestidad y la obediencia a la ley* (bajo la ocupación nazi, ha sido necesario desobedecer, mentir y otras cosas que sirven de mal ejemplo a los niños); *ganancia ilícita y propiedad* (dinero fácil e inmorales como causa de desmoralización); *la nación y la patria* (perversión del patriotismo y fidelidades ambiguas); *la guerra y la paz* (atentados y sabotajes que alimentan el espíritu guerrero); *libertad e igualdad* (discriminación y racismo negadores de la igualdad y de la tolerancia); *disciplina libremente consentida* (educación militarista y en la obediencia pasiva e irracional). Ante esta situación, se trata de llevar a los alumnos «a la libre cultura y a la libre crítica, al sentido de la dignidad personal, de la responsabilidad personal, al gusto por actuar y afirmarse, a la vez que con espíritu de equipo, con sentido de la solidaridad, del altruismo y de la entrega». (DESCOULEURS, *op. cit.* pp. 60-62). Los cursos de instrucción moral, sigue diciendo el autor, debían reflexionar sobre estos hechos y crear en los alumnos conciencia crítica. La vinculación de la enseñanza con la experiencia vivida será un objetivo en la posguerra, pero pronto los grandes cambios socioeconómicos y los cambios culturales plantearán una situación de crisis. Por lado, la moral laica será atacada como una moral burguesa, en los años sesenta-setenta, al servicio de la dominación obrera y los enseñantes son ridiculizados como peones del capitalismo (el marxismo y Sartre coinciden en esto). Las exigencias economicistas, por otro lado, tratarán a la escuela humanista de anacrónica e inútil e impondrán un deriva tecnocrática y utilitarista que relega la dimensión de «cultura y civilización» ante el objetivo de la competencia. El resultado es un empobrecimiento antropológico y una caída en el unidimensionalismo del hombre productor-consumidor con las consecuencias nefastas que esto tiene para la democracia.

⁶² Ver VELASCO, D., «Republicanismo y cristianismo», en *Estudios de Deusto*, vol. 49/1, enero-junio 2001, pp. 137-170.

y del hombre, es el camino que debe potenciar una Iglesia que no quiera reavivar el talante anticlerical del laicismo. Se trata de favorecer la aproximación laica al hecho religioso, pero no de clericalizarlo imponiendo una visión dogmática y confesional del mismo que el ser humano moderno no va a aceptar. No olvidemos que la laicidad es el espacio de la libertad de conciencia.

C. Exigencias de la laicidad para el creyente y para la iglesia

Hay lecciones de la historia de la laicidad que, para el creyente y para la Iglesia, hablan de caminos que no hay que volver a recorrer, pensando tanto en sociedades cabalmente democráticas, como en Iglesias que saben renunciar a las hipotecas del clericalismo.

Aceptar la laicidad supone no partir del hecho religioso confesional, sino del hombre, de sus preguntas y respuestas, del sentido de la vida, etc. La iglesia, tan preocupada por el «esplendor de la verdad», debería sacar las consecuencias de la afirmación agustiniana: *Noli foras ire, in interiore homine habitat veritas*, que hay que traducir como «hombre interior» y no como «en el interior del hombre». Es en el ser humano, profundo, honrado, crítico y libre, en donde hay que buscar la verdad.

La Iglesia debe replantearse con libertad la cuestión de la libertad de conciencia y la relación que la libertad humana tiene con respecto a la verdad que ella ofrece como revelada por Dios, algo que, en mi opinión, no ha hecho con suficiente claridad y coherencia y que le impide aceptar la laicidad y lo que ésta conlleva.⁶³

Asumir coherentemente el giro antropológico que supone la laicidad, exige, en mi opinión, algo más profundo que aceptar la «autonomía de lo temporal», como es asumir la «autonomía espiritual» del sujeto moderno y de la misma sociedad civil en la que los seres humanos tienen que ejercitar su libertad.⁶⁴

⁶³ Como dice LATHUILLÈRE, P., la oposición de la Iglesia a la Modernidad, intrínsecamente vinculada con la laicidad, se debe más a las consecuencias sociales e institucionales de esta última que a un planteamiento fideísta, ya que la Iglesia siempre ha defendido la vinculación de la fe y la razón. Cree el autor que la Iglesia confunde modernidad y «modernismo», al que atribuye el agnosticismo y el immanentismo, y que este diagnóstico la lleva a identificarse con las posturas que mantienen el extrínsecismo (la imposición de la verdad por la sola virtud de una autoridad externa) y el sobrenaturalismo (la subestimación del orden creado, de lo natural por el sentimiento religioso). El catolicismo intransigente insistirá en el predominio de la sociedad eclesial y de su magisterio sobre las personas y las conciencias. (LATHUILLÈRE, P., «Pour une théologie de la modernité», en BARLOW, M. *et alii*, *op. cit.*, pp. 140-141, 153).

⁶⁴ «VELASCO, D., «Iglesia católica y autonomía espiritual de la sociedad» (*El Correo*, 14/I/2005). Se trata de superar los dos prejuicios básicos que todavía condicionan a buena

Por lo que respecta a la libertad, hay que reasumir el planteamiento de la *Dignitatis humanae* y avanzar con coherencia en su afirmación. El 31/1/06 se ha conmemorado el cuarenta aniversario de la Declaración. En la conferencia pronunciada en Madrid por el cardenal Julián Herranz, presidente del Consejo pontificio para los textos legislativos, titulada «La libertad religiosa en la sociedad democrática actual», tenemos un ejemplo de cómo se mantiene, con un lenguaje renovado el esquema concordatario y, en gran medida, el esquema de la tesis y de la hipótesis, que describimos a continuación. La legitimación del especial reconocimiento que debe tener la Iglesia española (por su relevancia sociológica y su tradición histórica) es, además, una muestra de lo que más adelante llamaré «formalismo eclesiológico». El cardenal no se explica cómo no se le deba reconocer a la Iglesia un especial estatuto jurídico, ya que, además de hablar desde la Verdad absoluta, que todos estamos obligados a buscar, siempre ha defendido la dignidad del hombre y los derechos humanos, y que está para aportar los recursos morales y religiosos que la democracia necesita, a no ser que quiera caer en el totalitarismo (algo que parece denunciar en el caso español).⁶⁵ Más adelante, abundaré en estas cuestiones.

No es ya razonable la vuelta a la estrategia de «la hipótesis y de la tesis» de la 1.^a etapa republicana norteamericana, ni la fórmula de ghetto cultural de la etapa inmigrante (separación radical y lucha cultural).⁶⁶

parte de la Iglesia católica actual: el jusnaturalismo premoderno y sacralizado, de un lado, y el ultramontanismo eclesial de masas, del otro.

⁶⁵ Véase texto en www.conferenciaepiscopal.es. Parece que no ha existido otra Iglesia que la iluminada por el esplendor de la verdad. Recojo aquí algo que he afirmado en VELASCO, D., «Errores y silencios de la Doctrina Social de la Iglesia», en *Iglesia Viva* (n. 219, 2004): hago mía la afirmación de Curran: «A mi juicio *hubo* error en las enseñanzas anteriores. Dudo que León XIII se hubiera reconocido en la explicación propuesta por MURRAY, J.C. Para León XIII negar la libertad religiosa era una cuestión de doctrina y no sólo una contingencia histórica o polémica. Para León XIII el liberalismo no era sólo una alternativa al estado confesional, aunque esto le resultara más familiar. El experimento U.S. existía desde hacía más de un siglo. Recordemos que León XIII condenó explícitamente el sistema constitucional de U.S. Una teoría del desarrollo de la enseñanza sobre la libertad religiosa debe reconocer discontinuidad y error tanto como continuidad. En el capítulo 3 explicité que la Iglesia católica debe reconocer la discontinuidad en la enseñanza social católica para ser fiel a la realidad, para hacerse creíble ante la gente de buena voluntad y para lograr una adecuada comprensión acerca del rol y de los límites del magisterio jerárquico en estos temas. El cambio en la enseñanza de la libertad religiosa ilustra la necesidad que tiene la Iglesia de saber aprovechar la oportunidad para reconocer sus errores en algunas de sus enseñanzas sociales». (CURRAN, Charles E., *Catholic Social Teaching. 1891-Presente. A historical, Theological, and Ethical Analysis*. (2003). George University Press. Washington, D. C. p. 233. La referencia a Murray es porque, para Curran, su aportación fue la más importante de la Iglesia norteamericana al Concilio y fue decisiva para la Declaración sobre Libertad Religiosa.)

⁶⁶ Esta postura acomodaticia sólo se conformaría de verdad con un estado confesional. Recordemos que ante la condena vaticana de la «herejía americana» no se supo defender teológicamente la democracia, la libertad religiosa o la separación de Iglesia-Estado.

Tampoco valen las fórmulas del concordatismo, como en el caso francés.⁶⁷ Se trata de profundizar en la línea Renovadora del Vaticano II. Esto cobra especial significado en este momento en el que la «estrategia Ruini» tiene tantos apoyos.⁶⁸ El mismo papa Benedicto XVI, parece defender la «hermenéutica conciliar reformadora», de la continuidad, como él mismo la llama, frente a la «hermenéutica de la discontinuidad y de la ruptura», a la que denuncia.⁶⁹

El Concordatismo tiene su génesis en la reconducción conservadora de la revolución tras la clausura de la revolución francesa con Napoleón.

⁶⁷ Véase VELASCO, D., «La construcción histórico-ideológica de la laicidad», en *Iglesia Viva*, n. 221, 2005, pp. 7-28.

⁶⁸ La «estrategia Ruini», ha sido explicitada por el mismo cardenal, tanto en la presentación del historiador «orgánico» de la Iglesia, Mons. Agostino Marchetto, (*Il Concilio Ecumenico Vaticano II. Contrappunto per la sua storia*. Libreria Editrice vaticana. Città del Vaticano, 2005), como en su propia obra (*Nuovi signidei tempi. Le sorte della FEDE nell'età dei mutamenti*, Mondadori, Milano, 2005), y supone una interpretación alternativa de carácter progresista, como la de Alberigo. La tesis de Alberigo (y la de la escuela de Bolonia), expuesta en su monumental obra *Storia del Concilio Vaticano II*, traducida a numerosas obras, sostiene que el Vaticano II, al que hay que leer desde el espíritu y no sólo desde la letra de sus documentos, supuso un «nuevo comienzo», una solución de continuidad y no sólo continuidad con la tradición de la «Iglesia sociedad perfecta», etc. La tesis de Ruini es que dicha interpretación es teológicamente insostenible. El Concilio no ha supuesto un nuevo inicio y, mucho menos, una ruptura, sino que está en indisoluble continuidad con la tradición de siempre. El *aggiornamento* soñado por Juan XXIII hay que entenderlo, como también lo hizo Pablo VI, no como relativización de los dogmas, leyes, estructuras y tradiciones, sino, en la línea de la fe de siempre, como una reconducción del humanismo y de la modernidad en la línea del cristocentrismo y del eclesiocentrismo, defendiendo a la jerarquía católica frente a posiciones protestantistas. Con sus propias palabras: «La interpretación del Concilio como ruptura y nuevo inicio se está acabando. Es, hoy, una interpretación muy débil y sin aplicación posible en el cuerpo de la Iglesia. Es hora de que la historiografía produzca una nueva reconstrucción del Vaticano II, que sea, por fin, una historia de verdad». La respuesta del mismo Alberigo a esta estrategia puede verse en la conferencia que pronunció, el pasado 4 de febrero, titulada «Il Concilio Vaticano II e il rinnovamento della Chiesa» (Adista 18/III/2006).

El alcance de esta estrategia está en un contexto no sólo eclesial, sino también político, que tiene la pretensión de potenciar un neoconfesionalismo como fórmula para garantizar el suelo normativo de la política. Y de la sociedad civil desde los valores cristianos. (Ver ADISTA del 16/VII/2005, en donde hay varios artículos interesantes, al respecto. G. ZAGREBELSKY. «Gli atei clericali e la fonte del potere» (*La Repubblica*, 5/VII/05); G. LERNER. «Se ritorna la battaglia per le anime» (*La Repubblica*, 6/VII/05). La crítica a la laicidad se traduce en reconducir la fórmula de Bonhoeffer *etsi Deus non daretur* por la de Ratzinger: *veluti si Deus daretur*; el *nulla potestas nisi ab hominis*, por el *nulla potestas nisi a Deo*.

⁶⁹ Véase el Discurso que dirigió a la curia romana el 22/XII/2005, con motivo del 40.º aniversario de la clausura del Vaticano II. La revista *Iglesia Viva*, en su número 225 (2006) pp. 63-80, recoge la parte sustancial de este discurso, junto con la valoración que de la misma hace uno de los colaboradores de Alberigo, G. Ruggieri, quien analiza el significado y alcance de la mencionada estrategia Ruini.

Es un momento de búsqueda de «paz religiosa» y de intento de superación del espíritu polémico, dejando de lado represalias y reivindicaciones por parte de todos (regalismo y confesionalismo de diverso signo) y partiendo de nuevas bases consensuadas que ofrezcan garantías recíprocas. Mientras que el Estado renuncia a tener un clero francés y una iglesia francesa, la Iglesia hace una doble dejación. En el plano civil, renunciando a todos los antiguos derechos eclesiásticos que pasan a serlo de la nación; en el plano espiritual, absteniéndose de inmiscuirse en la conciencia de quienes habían logrado dichos derechos.

El concordato, aunque supone un distanciamiento de las posiciones más radicales (ultramontanismo católico y laicismo coherente), conlleva ambigüedades al buscar un doble objetivo en gran medida contradictorio: garantizar con el sostén del Estado el ejercicio de los cultos reconocidos y, a la vez, reconocer privilegios a la Iglesia católica, con el riesgo de convertir al catolicismo en «la religión civil» del Estado.

Como dice Poulat, el concordato es el prototipo a la romana de todos los «ralliements» o conciliaciones que vendrán más tarde. Se trata de una adhesión crítica y reservada al nuevo orden, sin poner en cuestión los principios y, menos aún, sacrificarlos.⁷⁰

La estrategia de la «hipótesis y de la tesis» es una estrategia de los católicos conservadores, que sin renunciar a la tesis de que sólo la verdad tiene derechos y de que la tolerancia ante el error es una imposición del contexto, por lo que debe tener siempre un carácter coyuntural y limitarse a ser una concesión temporal y práctica, siguen manteniendo que la situación ideal debe ser la del Estado confesional.

Desde esta estrategia era posible asumir pragmáticamente la ley de Separación 1905, ya que, a pesar de ser rechazada por la intransigencia de Pío X, reconocía a las asociaciones católicas el organizarse *ad intra* conforme a las exigencias de la tesis: manteniendo su estructura jerárquica y sus formas premodernas y antidemocráticas de entender la verdad y la autoridad.

Esta estrategia permite aceptar la laicidad jurídica pero no así la laicidad simbólica, lo que genera una permanente aporía proclive a las actitudes polémicas. Como dice Poulat, ¿cómo se puede vivir en un orden jurídico naturalizado y continuar pensando en un orden simbólico sobrenatural?

⁷⁰ POULAT, *ibid.* p. 69. «El apogeo de esta fórmula se dará en Nôtre Dame de Paris, en la llamada ceremonia sagrada (2/XII/1804), cargada de detalles muy significativos. Pío VII celebra la misa, bendice el cetro y la corona, deja a Napoleón autocoronarse y se retira antes de que preste juramento de fidelidad —sobre los Evangelios— a los nuevos principios. En seguida seguirá la tormenta. La anexión de los Estados de la Iglesia será seguida por la excomunión del emperador (10/VI/1809) y por la cautividad del Papa» (*ibid.*)

«El rechazo pontificio de las asociaciones cultuales no fue sólo desconianza o sospecha, ni malentendido, sino reafirmación, frente al legislador laico, de la excepcionalidad católica por su carácter sobrenatural». ⁷¹ Dice Pannenberg que el dogmatismo religioso e intolerante ha sido el «pecado desastroso» del cristianismo, a lo largo de su historia, porque ha sido una forma patológica de religarse a la verdad. ⁷²

La laicidad supone un cambio de mentalidad que no es fácil. Por eso, sus diversos umbrales (etapa napoleónica, etapa de la III República y etapa actual) no se superan automáticamente. Muchos católicos conservadores seguirán sin aceptar la ley de 1905, ya que fue una ruptura unilateral e irreversible del concordato y el punto de partida de una laicidad nueva. Deberá pasar mucho tiempo, hasta que el episcopado francés suscriba la «Lettre aux catholiques de France», escrita por el obispo de Angoulême, en la que, tras reconocer que la sociedad francesa es cada vez menos católica y los católicos deben aprender a vivir en una sociedad secularizada, dicen que no se trata de hacer ningún «pacto», sino que «dado el carácter positivo de la laicidad, no tal como fue en su origen, sino tal como ha llegado a ser, ofrece a los católicos de Francia la posibilidad de ser actores leales de la sociedad civil». ⁷³

Repensar laicamente la teología cristiana

La laicidad del Dios bíblico, la «dialéctica «ausencia-presencia» de Dios en nuestra historia y las exigencias de «inculturación» para un cristianismo históricamente suficiente en una cultura laica, son razones de peso para repensar «laicamente» la teología cristiana. La misión de «recrear sen-

⁷¹ POULAT, E. *Op. cit.* p. 274.

⁷² WILFRED, F., «El Cristianismo entre la decadencia y el resurgimiento», en *Concilium*, n. 311, junio, 2005, p. 318.

⁷³ POULAT, *ibid.*, p. 111. Ph. Nelidoff ha escrito algo que me parece significativo, al respecto: «Tratándose de la aplicación de la Ley de 1905 y de sus consecuencias, se puede asumir como buena la fórmula de R. Rémond al recordar este dicho famoso: “todo fue previsto, en 1905, excepto lo que ocurrió”. Las grandes religiones no han desaparecido, sino que por el contrario, los responsables religiosos han podido expresarse con más libertad, el pluralismo religioso se ha afianzado y se han establecido relaciones de camaradería entre las religiones del Estado. Esto explica que muchos consideren hoy que no hay que modificar la ley de 1905 porque en Francia forma parte del pacto republicano, lo que no excluye evoluciones técnicas parciales en un determinado número de cuestiones. Así se ha dado una especie de sacralización de la ley de 1905, lo que es el colmo para una ley de laicidad.» «La laïcité après la laïcité», en *Bulletin de littérature ecclésiastique* CVI/3, juillet-sept. 2005, p. 259. Parece obvio que, una vez que se ha cumplido con el deber de la memoria, sabiendo contextualizar la ley, y que se ha hecho un esfuerzo por purificarse de los errores y faltas del pasado, es imprescindible situarse en el presente y actuar con coherencia.

tido, fortalecer la esperanza y transmitir sabiduría», exige ayudar al hombre y a la mujer contemporáneos a asumir plenamente la reivindicación de su autonomía y de su libertad, que son lo nuclear de su cultura; acompañarlo y ofrecerle criterios de discernimiento que le permitan evitar las trampas de nuevas alienaciones. A la vez, las instituciones cristianas deben poder acoger las diferentes aportaciones de la cultura laica, sobre todo, el rechazo de un poder de dominación, el respeto absoluto del otro y el debate libre.

LOS FUNDAMENTOS BÍBLICOS DE LA LAICIDAD

Aunque aparentemente la laicidad tiene poco que ver con la tradición bíblica cristiana,⁷⁴ parece claro que el mensaje nuclear bíblico y cristiano puede asumir como propio y, como también ocurre con otras cuestiones propias de la Modernidad, considerarse inspirador de lo que es fundamental en el credo laico, como es la forma de entender la relación con el mundo y con los poderes políticos y religiosos, así como de valorar la propia conciencia del sujeto humano.⁷⁵

Mientras que en las culturas y religiones de los pueblos coetáneos del pueblo de Israel predominó una concepción sacralizada e incluso divinizada de la naturaleza y del mundo, y sus miembros acabaron personificando y adorando criaturas o fuerzas mundanas, hasta llegar a sacrificar sus vidas por ellas, la religión bíblica ofreció, de la mano del Dios del Éxodo, una cosmovisión muy diferente, en la que tanto la cosmología como la antropología pudieron encontrar su lugar. El mundo dejó de ser visto como algo divino y sagrado que el hombre debía adorar y se convirtió en una realidad creada por un proyecto divino, en el que el ser humano estaba inscrito, a la vez, como criatura y como cocreador. El ser humano, creado a imagen y semejanza de Dios, está llamado a la misión de dominar el mundo, ejerciendo sobre él el señorío que Dios le encomienda. Obviamente, porque es «a semejanza de Dios» este señorío no puede ser de dominio irracional y destructivo, sino fecundo y razonable para la causa de la humanización. La revelación bíblica convierte al mundo en un proyecto inacabado en que el ser humano está llamado a ejercer su vocación de criatura libre, y ya nunca se podrá convertir en objeto de idolatría.

⁷⁴ RÉMOND, René, en su obra *Las grandes invenciones del cristianismo* (1999), Ed. Bayard, París, p. 97, dice que la laicidad será de los pocos logros de la civilización que no parecen tener nada que ver con el cristianismo, ya que toda la historia parece mostrar su antinomia y las Iglesias cristianas lo han combatido con ardor, como los adeptos a la idea de laicidad han combatido al cristianismo como su adversario.

⁷⁵ Para explicitar las referencias bíblicas a este respecto, ver DEBERGÉ, P., «Les fondements bibliques de la laïcité?», en *Bulletin de littérature ecclésiastique*, n. CVI/3, juillet-sept. 2005, pp. 219-238. (Ver *Gn.* 1,28; *IS* 11,5; *Mc* 12,17).

La concepción bíblica del poder político, en concreto de la realeza, es asimismo diferente de la de los pueblos vecinos. El rey que Dios permite que tengan los hijos del pueblo de Israel, es un elegido por Dios, que debe realizar el proyecto que Dios tiene para él: ser reflejo de la acción justa y pacificadora de Dios y defender a los más indefensos de la sociedad: el pobre, la viuda, el huérfano y el oprimido. Los profetas se encargarán de recordarles a los reyes esta misión en la que el poder debe ejercerse como un servicio al pueblo.

La escena en la que Jesús sale al paso de la trampa de sus enemigos y dice «dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios» (Mc 12, 17) indica una nueva forma de entender la relación con los poderes políticos y religiosos que le aleja tanto de los saduceos (separación radical de lo político y lo religioso que les permitía ir al templo y, a la vez, ser colaboracionistas) como de los zelotes (defensores de la teocracia). Lo político es un espacio que no se opone necesariamente a lo religioso. Es una actividad humana necesaria y positiva, pero que no se debe absolutizar. No se puede hacer del César un Dios, que acabe determinando el sentido último de la existencia humana, y ante el que el hombre debe postrarse y obedecer sin límite, pero tampoco se puede hacer de Dios un César, que se imponga políticamente como un César. Ningún poder humano, tampoco el poder religioso, se puede sacralizar o divinizar. Como actividad humana se debe inscribir en el proyecto divino de perfeccionar el mundo...

Quizá sea la actitud de Jesús ante el sistema religioso vigente la que muestra de forma más fehaciente la desacralización de las prácticas religiosas y la defensa de la autonomía interior del ser humano para practicar la verdadera religión. Jesús fue un laico⁷⁶ que conculcó «las reglas de pureza» tradicionales, y cuestionó la vigencia del sistema religioso al atreverse a hacer algo tan inaudito como perdonar los pecados, poner el sábado al servicio del ser humano e irse a comer con los publicanos y los impuros pecadores. Y todo lo hizo porque vio en el corazón del ser humano y en el ejercicio libre de su libertad la condición necesaria para aceptar la salvación de Dios. Negó que hubiera realidades mundanas, exteriores al ser humano, que determinaran absolutamente el destino humano y que merecieran ser diabolizadas, y arrancó al ser humano de toda servidumbre (natural, política o religiosa) que le impidiera ejercer de hijo o hija de Dios. Obviamente, la dominación que más le escandalizaba era la que se hacía en nombre de Dios y por eso se opuso a ella hasta acabar siendo su víctima.

Aunque hay textos de Pablo que hablan de que hay que obedecer a las autoridades seculares porque su poder viene de Dios, no creo que pueda

⁷⁶ La *Carta a los hebreos* habla de él como el «Sumo Sacerdote», pero sin dejar de desacralizar la figura del Sacerdocio de su tiempo.

concluirse en ningún caso que hay una divinización del poder o una supeditación de la libertad y de la conciencia del creyente a la lógica del poderoso, si ésta se opone al plan de Dios, que es garantizar el orden, la prosperidad y la paz. Seguramente, Pablo subrayó la necesidad de obediencia ante el peligro de quienes entendían su fe en clave milenarista y despreciaban la historicidad del proyecto cristiano.

En cualquier caso, parece legítimo concluir que la laicidad tiene sus orígenes en una tradición bíblica que afirma la autonomía del mundo, y que lo ve como el lugar en que los seres humanos deben realizar libre y responsablemente su vocación de cocreadores; parece legítimo reconocer que el Dios bíblico, que se ha hecho historia en Jesús ha abolido todas las leyes y prácticas que establecían una frontera entre lo «profano» y lo «sagrado», lo «puro» y lo «impuro». Hay un solo mundo en el que el creyente tiene que encontrar a Dios ejerciendo codo a codo la responsabilidad con sus semejantes. El creyente debe contribuir con una actitud dialogante en la construcción de este mundo, aportando al debate democrático su propia convicción que le impide divinizar o diabolizar nada que no sea de verdad divino y, por tanto, que le obliga a relativizar cualquier proyecto humano que se quiera mesiánico.

LA CONCEPCIÓN MODERNA DE LA AUTONOMÍA DE LO REAL (TEMPORAL Y ESPIRITUAL) Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA TEOLOGÍA. LA AUTONOMÍA Y LA CRÍTICA DEL NIHILISMO MODERNO

Tomarse en serio el principio moderno de la autonomía de lo real (tanto de lo temporal, como, sobre todo, de lo espiritual, es una exigencia de la laicidad bien entendida⁷⁷ e impide que nadie pueda saltarse las razonables exigencias de la racionalidad y de la libertad, para refugiarse en un mundo sacralizado, de mayúsculas: Dios, el misterio, la tradición o sus diferentes sustitutos seculares. Una cultura laica es incompatible con actitudes fundamentalistas y exige la actitud moderna del «argumentador».

Necesitamos reformular coherentemente las preguntas de la teodicea (en nuestro caso de la pisteodicea) para poder dar razón históricamente suficiente de nuestra fe y de nuestra esperanza. No valen ya esquemas teológicos que no respetan este principio de la autonomía moderna y que se han convertido en un obstáculo para pensar adecuadamente la fe.

P. Valadier⁷⁸ dice que la autonomía debe plantearse con la radicalidad postulada en la crítica nietzscheana al nihilismo (que, como sabemos, no sólo crítica la religión alienante, sino también la enfermedad metafísica

⁷⁷ Ver VELASCO, D., «La Iglesia católica y la autonomía...» *ibid.*

⁷⁸ VALADIER, P., «Morale pour temps de nihilisme», en A. Gesché/P. Scoles (dirs). *Et si Dieu n'existait pas ?* (2001) Du Cerf. Paris. Pp. 95-109.

occidental: la voluntad de tener que creer a toda costa). Todo lo que sea sumisión de la voluntad a unos ideales objetivados, que acaban convirtiéndose en imperativos heterónomos, aunque sean los ideales ilustrados (Kant sería el Abrahán moderno) son expresiones de fundamentalismos y de autoritarismos que niegan la autonomía. Los diagnósticos pesimistas sobre el nihilismo de nuestra época son numerosos. Según dichos diagnósticos, la mayoría de los seres humanos seríamos víctimas de instancias heterónomas que nos habitan, de manos invisibles que nos manipulan, de proyectos y de sistemas que no controlamos, de miedos y nostalgias que nos hacen proclives a fundamentalismos e integristas, cuando no a materialismo y hedonismos degradantes... Sin tener que compartir estos diagnósticos pesimistas, parece obvio que no vivimos tiempos fáciles para el ideal de autonomía moderna y que no faltan sociólogos sensatos que hablan de que habría una situación de anomía, de pérdida de sentido, que estaría en la raíz de la irracionalidad, de la violencia, etc.

Valadier dice que el catolicismo es proclive a las enfermedades nihilistas, ya que frente a la situación descrita tiende a reaccionar con ideales de ortodoxia y con exigencias de obediencia incondicional, que están muy lejos de ser liberadoras. Por eso, es imprescindible situarse en una actitud postnihilista. ¿En qué consiste dicha actitud, y qué exigencias tiene para la teología y para la praxis cristiana saber vivir en una etapa postnihilista?

Hay un aspecto positivo en el nihilismo descrito por Nietzsche, que consiste en descubrir la vacuidad y la muerte que se hallan presentes en los Ideales que no liberan, y, sobre todo, en que posibilita a quien se emancipa de estos falsos ideales, una actitud nueva, creadora de sentido, afirmadora gozosa de la vida. «El ser humano puede dar sentido a lo que surge, ser realmente creador más que víctima o súbdito obediente a algún poder soberano». Se trata de querer ser moral uno mismo (no camello), de concebir la moral como un arte (quererse creador), de no suscribir incondicionalmente nada, de saber detectar las trampas de los conformismos, de los imperativos sociales o religiosos impuestos acríticamente, de rechazar la mentira, de oponerse, en fin, a todo lo que mata la relación y la vida.

LA CRÍTICA A LAS ESTRATEGIAS NIHILISTAS EN TEOLOGÍA Y EN EL MAGISTERIO ROMANOS

Si el Dios de Jesús no es un dios moral, ni un amo soberano, ni un dios mágico, ni un dios útil (nos manda lo que debemos hacer y ante él reconocemos nuestra incapacidad pecadora), sino que su trascendencia es la de la kénosis y el abajamiento, su poder el del servicio, su grandeza la de la pequeñez que no se impone sino que se propone, deberemos cambiar bastantes de nuestras formas de pensar y vivir. No podemos seguir crean-

do discursos apologeticos a favor de un «Dios moral», que premia a los buenos y castiga a los malos, que no es útil porque nos libra del mal. No podemos alimentar las estrategias nihilistas de querer implicar a Dios en la resolución de nuestras contradicciones y problemas, como el problema del mal, el de la libertad, etc. No debemos utilizar estrategias «evangelizadoras» que aprovechan la nostalgia de dependencia o la debilidad que acompañan a un ser humano que se siente «enfermo de su soledad y de su libertad», para ofertarle nuevas formas de minoría de edad, fideístas y fundamentalistas, que mantienen al hijo pródigo «de rodillas». Dice Valadier, tras comentar el itinerario del converso Vattimo, desde la sensibilidad nietzscheana: «Yo diría, por mi parte, que la trascendencia del Dios de Jesucristo es la de un deseo, el de un Padre que no desea nada más que la constitución de hijos e hijas aptos para responder libre y personalmente a su deseo. Su trascendencia, manifiesta en su Palabra de Alianza, que se propone y acepta ser desconocida, suscita el deseo de responderla. Pero de responderla por nosotros mismos: ella ayuda a nuestras voluntades derrotadas o criminales a constituirse y a darse los medios de estar a la altura de este deseo. No para abandonarse a la barbarie dominante sino para hacerla frente oyendo en lo secreto a Aquél que nos susurra su deseo de que seamos y existamos, como un Yo único, personal, creador a su Imagen. Hacer frente a la barbarie, sabiendo que podemos estar psicológicamente «hundidos», como tantos otros, y que, sin embargo, el deseo de Dios de que existamos y sigamos siempre de pie está ahí, o también que su Palabra sigue llevándonos a desear algo más bien que nada, la vida más que la muerte, el amor más que la desesperación».⁷⁹

Un ser humano, imagen de este Dios, debe ser también creador, poniendo en juego sus capacidades y orientándolas al servicio y según la ley de la alteridad; ha de estar abierto a las tareas y retos que la vida le va proponiendo o imponiendo; ha de saberse original, único, pero no solitario, sino solidario; consciente de que está embarcado en un proceso siempre inacabado y, por tanto, debe saber aceptar su esencial interdependencia respecto a los otros... Lo dicho arriba sobre la actitud posibilista se abre como tarea... Valadier, tras afirmar que la fe cristiana no es un código moral que nos señala en cada momento los valores y gestos que hay que realizar, sino que nos llama al discernimiento de cómo y cuándo nuestros gestos y valores son auténticos (ya que la mera satisfacción de la norma puede ser lo más engañoso y deshumanizador), y nos exige un respeto al principio de realidad, que es el crisol del ideal (ética de convicción asociada a la ética

⁷⁹ VALADIER, P., *op. cit.*, pp. 105-106. Véase del mismo autor *La condition chrétienne du monde sans en être* (2003). Ed. Du Seuil. Paris. La primera parte de la encíclica de Benedicto XVI *Deus Caritas est* abunda en esto, precisamente.

de responsabilidad), concluye: «La Palabra de Dios no nos dice que, de pie o autónomos, no caeremos; no es un seguro a todo riesgo; nos sugiere que lo importante es hacer frente a los acontecimientos. Y que el resto se nos dará por añadidura».⁸⁰

El último libro de A. Torres Queiruga sobre la esperanza cristiana y el problema del mal⁸¹ abunda en la misma inquietud.⁸²

⁸⁰ *Ibid.*, p. 109.

⁸¹ TORRES QUEIRUGA, A., *Esperanza a pesar del mal. La resurrección como horizonte*. (2005). Sal Terrae. Santander.)

⁸² «El gran desafío para toda religión está justamente en resistir a la presión del absurdo, la desesperanza y el sinsentido, pero sin recurrir al “fideísmo” ni involucrarse en retóricas sólo en apariencia convincentes. La apuesta está en mostrar, con todo el rigor posible, que el fundamento divino no es una mera proyección ilusoria y alienante, sino una presencia viva y un apoyo real». (p. 41). Por lo que se refiere a la esperanza cristiana, este desafío le obliga al autor a «reexaminar las propias raíces y a recuperar el contacto con su experiencia genuina, para mostrar que la imagen auténtica del Dios de Jesús está en condiciones de afrontarlo». Se trata de mostrar la coherencia objetiva de la idea de Dios en que se funda la esperanza cristiana, tanto frente a la aparente contradicción entre Trascendencia y libertad, alrededor de la cual se nuclean las críticas de la modernidad, por un lado, como frente al problema del mal, por otro. La tesis de un Dios creador por amor que apoya y promueve todo lo humano será el hilo rojo que sostiene toda la cosmovisión cristiana del autor.

Para ello propone superar el esquema ya obsoleto, pero que ha sido hegemónico durante siglos y que aún hoy se resiste a desaparecer, por un nuevo. El esquema viejo, «para describir la historia de la salvación, establece la secuencia *paraíso-caída-castigo redención-tiempo de la Iglesia-gloria*». Aunque en otra época pudo tener su plausibilidad, hoy, en un mundo secularizado y celoso del método crítico, tiene efectos devastadores. La imagen de un Dios Justiciero que premia y castiga, que manda o permite el mal, que impone su voluntad arbitraria y amenazadora, y que se ha introyectado en los fieles a través de una «pastoral del miedo», ha imposibilitado en gran medida la vivencia liberadora de la esperanza cristiana. Por eso, frente a este esquema, el autor propone otro esquema alternativo que describe la historia de la salvación con esta otra secuencia: «*creación-crecimiento histórico-culminación en Cristo-tiempo de la Iglesia-gloria*».

El esquema bíblico de un Dios que crea por amor es incompatible con la idea de un Dios que «primero crea a la persona como una criatura neutra “natural”, para elevarla después a un estadio superior —“sobre-natural”—, haciéndolo sólo entonces hija suya... El tiempo de la *historia* no es ni la caída desde un «paraíso» ni una «prueba» arbitraria impuesta por Dios para después premiar o castigar: es, simplemente, la condición de posibilidad de la existencia finita. El *mal* sigue siendo real, y no se niega su dura presencia, pero no es un castigo divino, sino todo lo contrario: representa el obstáculo que, oponiéndose idénticamente a la creatura y al impulso creador que la sostiene, es aquello que Dios “no quiere” y en cuya superación —como Padre-Madre al lado de sus hijos e hijas trabaja Él mismo, apoyando e inspirando nuestro esfuerzo. La *salvación* en Jesucristo no es el precio apagar a un “dios” airado; todo lo contrario: es la culminación de la “lucha amorosa” que, a lo largo y a lo ancho de la historia, sostiene el Dios-*Abbá* contra nuestros límites inevitables y contra nuestras resistencias culpables, con el único fin de darnos a conocer su amor y hacernos capaces de acoger su ayuda. Finalmente, la *gloria* será la realización del designio originario de Dios que, engendrándonos en el amor, no buscaba otra cosa que nuestro ser, nuestra reali-

Las consecuencias que se derivan de la aceptación de la laicidad y del giro antropológico que ésta supone deben traducirse en una nueva formulación de la fe y de la teología cristiana de carácter laico. Puede chocarnos, al comienzo, pero es un camino que hay que recorrer. Recordemos lo difícil que se nos hacía, al menos a los varones, pensar en el rostro materno de Dios, etc.

La posición del creyente moderno se enraiza en la apertura al otro y no en la dependencia, en la libertad y no en la Verdad objetiva y exterior al ser humano, en la comprensión de la *religio* más como *relegere* (releer con atención, como respuesta a una llamada interior del ser humano en busca de sentido) que como *religare*.

Esto está en plena consonancia con una nueva mirada sobre Dios, más acorde con una tradición bíblica que nos habla de un Dios laico: asociado a lo que no es sagrado: el Dios de la shekinah, el de Jesús hablando con la samaritana, el del diácono Esteban, es un Dios profano que testimonia la atención y presencia de Dios en la vida concreta de los hombres. La vida de

zación y nuestra felicidad. El “paraíso”, intuido por el mito, era real; pero estaba al final, no al principio. En frase conocida y feliz: la protología es la escatología. De ese modo, Dios, como fundamento inmovible de la esperanza, aparece con toda la gloria de su amor. Y la historia se convierte con toda razón en un camino de esperanza; más aún, a pesar de todos los obstáculos reales y de todas las desviaciones posibles, *es* ella misma esperanza, pues está toda ella habitada por el amor que la crea, la sustenta y la acompaña». (pp. 66-67).

La continuidad creación-salvación permite obviar las principales aporías a que ha llevado un cristianismo hipotecado al viejo esquema mítico interpretado en clave fundamentalista. Pero, para ello, es imprescindible abordar adecuadamente la desmitologización de los relatos bíblicos, interpretándolos de forma que puedan seguir siendo significativos para nuestro nuevo contexto cultural. No se puede seguir hablando de situaciones *históricas* de «antes» y «después» de la caída (un estado «supralapsario» frente a otro «infralapsario»), dejando relegada la creación como un dato prescindible y con resonancias negativas, ya que sería un mundo del que nos libera la redención y del que la ascética nos invita a huir. La cristología no puede verse al margen del proceso creador, como una «irrupción sobrenaturalista que lejos de aparecer como la creación divina *renovada*, tiende a autonomizarse como una creación «otra», que niega o, al menos, tiende a ignorar la anterior». (p. 74). No se trata de negar el pecado original ni menos aún la centralidad de la redención, pero «el pecado original deja de ser considerado como un episodio *empírico* que rompe la continuidad de la historia. Pero no por ello deja de ser *real* como estructura permanente... Por eso la historia humana es constitutivamente ambigua: no pecado sin más, pero sí realización en lucha contra el pecado... Creación, salvación, glorificación, forman, de ese modo, el *continuum* del amor divino...» (pp. 76-77).

La teología está emplazada a una tarea de delicada y enorme envergadura, pero inexcusable, si se quiere construir de verdad una cosmovisión cristiana coherente. Recuperar la creación y recuperar la salvación, títulos que el autor ha dado a obras anteriores suyas, es una de las tareas ineludibles. En unas pocas páginas, el lector puede encontrar un resumen de lo que el autor ha tratado con amplitud en su obra sobre la creación. El significado religioso de la misma; lo común y lo específico en la idea bíblica; el carácter activo, pero no intervencionista de la acción creadora, son epígrafes que las introducen.

Jesús es un testimonio de lo mismo. Se mantiene a distancia de las sacralizaciones judías y promueve la desacralización.

El Dios que muere en la Cruz es, como dice Descouleurs,⁸³ un despojado de toda sacralización. Dios se borra para que el hombre no pueda ser ya aplastado por su omnipotencia y pueda acceder a la libertad total, incluida la de creer en él. En este sentido, Dios es muy «laico», ya que crea él mismo, al ocultarse, el espacio necesario para que el hombre pueda pensar libremente por sí mismo (testimonio de Bonhoeffer: *etsi deus non daretur*). El misterio de la presencia-ausencia de Dios en este mundo y de su infinita discreción, su respeto de nuestra autonomía y su negación a obligarnos a reconocerlo, son favorables a nuestra laicidad. Pero esta ausencia de Dios no es más que un abandono aparente, ya que está siempre presente. Ya no hay ningún peligro para la laicidad, ningún riesgo de recuperación o de manipulación. (Convendría releer la parábola del hijo pródigo no como el hermano mayor, o como la Iglesia lo ha hecho durante siglos, poniendo de rodillas al que vuelve, sino como el padre: reconocimiento del otro...).

Esta presencia discreta de Dios nos dice algo muy importante sobre la laicidad: Dios no sólo respeta el espacio de libertad abierto para la laicidad, sino que lo revaloriza por su Presencia-ausencia. En el misterio del acto creador, y más todavía en su encarnación, Dios se encadena irremediablemente a la humanidad, pero no se nos reenvía necesariamente a las cuestiones del origen y, menos aún, a la dependencia. No debemos pensar el origen en términos edípicos de relaciones de poder y de rivalidad. Si Dios crea por amor, no puede sujetar a las criaturas en su dependencia. El amor difusivo sólo puede promover la autonomía y la libertad.

Afirmar la laicidad de Dios es reconocer el misterio de la Ausencia-Presencia de Dios en el conjunto de la humanidad y en el conjunto de la actividad profana de los hombres. Es reconocer la presencia de Dios fuera del campo cerrado del universo religioso, con las enormes consecuencias que esto supone para el conocimiento de Dios y para la teología.⁸⁴ Esta puede ser una nueva mirada sobre Dios. La ausencia de Dios en este mundo tiene como consecuencia que ya no puede darse en él una recuperación sacralizadora: el hombre en el universo de la modernidad conserva su autonomía soberana, y no se debe recalificar religiosamente su actividad profana. No se trata de «re-teologizar la secularización» con el pretexto de que el cristianismo está en el origen de dicho proceso. En la experiencia negativa de Dios, de su inutilidad, se puede entrever la presencia no necesaria y absolutamente gratuita de Dios. Es la experiencia propia de la modernidad.

⁸³ DESCOULEURS, B., «Culture laïque et recherche de Dieu », en BARLOW, M. *et alii*, *op. cit.*, pp. 167 ss..

⁸⁴ Véase GEFRRÉ, C., *op. cit.*

La modernidad, al subrayar la autonomía del hombre, y la laicidad, al limitar el espacio en el que el poder de dominación está prohibido, provocan a la teología para que elabore nuevas aproximaciones al misterio de Dios. (Me parece importante enlazar aquí con la «dialéctica negativa» y las teologías de la cruz). La simbólica cristiana, reasumida en la cultura de la modernidad, se enriquece con un nuevo sentido. Dios muere para que el hombre pueda volver a la vida. La Gloria de Dios es que hombre viva (S. Ireneo) y, en la cultura de la modernidad, para que se autonomice. El hombre no puede abandonar la reivindicación de su autonomía frente a cualquier dominación, pero aprende del «Dios laico» que la autonomía no es plena más que en la desapropiación de sí y en la apertura a los demás (alteridad *versus* dominación). Una alteridad que, para el creyente es amor gratuito y no proselitista. Creo que, aquí, tiene pleno sentido la afirmación que hace Benedicto XVI en su encíclica *Deus caritas est*: «El cristiano sabe cuándo es tiempo de hablar de Dios y cuándo es oportuno callar sobre Él, dejando que hable sólo el amor» (n. 31c).

Como sigue diciendo Descouleurs, asumir la secularización con todas las consecuencias (respeto de la diferenciación y autonomía de los diferentes ámbitos de lo real), repercute en la propia manera de vivir la fe del creyente contemporáneo. Ya no se trata de bautizar lo profano= «poner toda la fe en toda la vida» o de sacralizar lo profano. No hay un psicoanálisis, una economía, una sociología o una filosofía cristianas o que haya que cristianizar. Se trata de asumir las realidades terrestres tal cual son, en su bondad intrínseca, por creadas...

La justa autonomía de las realidades terrestres conlleva una manera secular de ser creyente. Esto supone otra estructuración de la personalidad, ya que la fe no unificará como antes toda la vida, sino que será un componente de la propia vida que entrará en conflicto con otras dimensiones de la misma. El «laico creyente» está llamado, por su propia cultura, a vivir su fe en forma de diálogo y debate con la realidad secular, tanto en su propia interioridad, en la confrontación consigo mismo, como en la relación con el otro o en la intervención de las relaciones sociales. El objetivo de este diálogo no busca en primer lugar una «conversión religiosa» sino la humanización de realidades llamadas a «conservar su justa autonomía».⁸⁵ La figura del Dios discreto, que acompaña al hombre en su camino de verdad, debería ser uno de los fundamentos de la actitud pastoral de la Iglesia hoy. Nuestro mundo espera antes ser escuchado que enseñado y duda del fanatismo de las certidumbres. No hay respuestas prefabricadas a las cuestiones.

En un contexto en el que son muchas las voces que hablan de la acelerada «exculturación» del catolicismo en Europa,⁸⁶ creo que es fundamental plantear adecuadamente que *la urgencia cristiana de inculturación* se basa

⁸⁵ Véase DESCULEURS, *Ibid.*

⁸⁶ Véase el número de *Iglesia Viva*, n. 224 (2005), que acaba de aparecer, dedicado al tema.

en la realidad de la encarnación, misterio de un Dios que viene a unirse a la humanidad respetándola soberanamente. La inculturación en la modernidad pasa por la conversión antropológica, que implica el reconocimiento del lugar único del hombre en este sistema cultural: todo se organiza a partir de él y en función de él. Por tanto, si el hombre moderno está en búsqueda de sentido, conviene reconocer que es él quien conduce la búsqueda. Esta conversión antropológica favorece la exigencia del acompañamiento... Esta mutación antropológica no es fácil de vivir. El hombre contemporáneo está a menudo enfermo de su soledad y de su libertad. Como Israel en el éxodo, puede añorar las cebollas de una religión maternal y securizante ante los riesgos de la libertad y de las incertidumbres que la acompañan. El peligro de las Iglesias es acceder a esta nostalgia de dependencia y montar estrategias de «nueva evangelización», premodernas o postmodernas. Su misión histórica debería ser ayudar al hombre contemporáneo a asumir plenamente la reivindicación de su autonomía y de su libertad, que son lo nuclear de su cultura; acompañarlo y ofrecerle criterios de discernimiento que le permitan evitar las trampas de nuevas alienaciones. A la vez, las instituciones cristianas deben poder acoger las diferentes aportaciones de la cultura laica, sobre todo, el rechazo de un poder de dominación, el respeto absoluto del otro y el debate libre.

Repensar la eclesiología y transformar las estructuras eclesiales

La laicidad, tal como la hemos entendido desde la perspectiva teológica, tiene serias consecuencias por lo que se refiere a la autocomprensión de la Iglesia y de su papel en sociedades seculares y plurales. En mi opinión, tales consecuencias no se han sacado coherentemente, ni siquiera en el Vaticano II, como veíamos que ha ocurrido con el problema de la libertad religiosa. Una forma de interpretar el fenómeno eclesial, su visibilidad, su historicidad y su precariedad, exclusivamente a partir de su carácter invisible, trascendente, misterioso y divino, ha impedido comprender y valorar adecuadamente tanto la realidad visible como la invisible de la Iglesia. Una indebida sacralización de las estructuras eclesiales ha impedido pensar la constitutiva historicidad y precariedad de la Iglesia y, sobre todo, reformar constantemente sus estructuras obsoletas, y, por lo tanto, ha hipotecado su tarea fundamental de ser un espacio siempre abierto y libre para la manifestación del Espíritu del Resucitado. C. Duquoc ha subrayado con lucidez y consistencia esta situación, tras describir cómo la Iglesia se resiste a una reforma institucional, a todas luces necesaria, y cómo un formalismo eclesiológico, basado en estas premisas, sigue impidiéndola. «Lo invisible no puede ser el polo unilateral de la construcción eclesiológica, ya que lo visible es el lugar ambiguo de su manifestación. Al formalismo

le falta la articulación compleja entre lo visible y lo invisible, subestima la dimensión histórica de la Iglesia, dejándola de lado como accidental. El formalismo no oculta esta articulación porque la ignora: la olvida porque no dispone ni de los medios para pensarla, ni del deseo de estudiarla».⁸⁷ Duquoc sigue afirmando que, en el Concilio, este formalismo eclesiológico no permitió articular las relaciones dinámicas entre las diferentes entidades que estudió: pueblo de Dios, el ministerio, la jerarquía, etc. En vez de haber pensado en garantizar la autonomía y libertad de las diferentes sujetos sociales y políticos, abordando la cuestión de su compleja articulación, a través del equilibrio y el control de los diversos poderes, o mediante la creación de un sistema garantista en el ejercicio de los mismos, «los autores de la Constitución (*Lumen Gentium*), a buen seguro, eran conscientes de esta carencia: creyeron paliarla, mediante el recurso a una virtud, el servicio, y mediante una invocación al espíritu. A estos dos recursos les pedían que armonizaran las perspectivas de las diferentes entidades que forman la institución eclesial. Pero ese doble recurso no es satisfactorio: articula de manera extrínseca o subjetiva las entidades fragmentadas que forman la institución. Carece del deseo de estudiarla. El recurso a cualidades que no brotan ni de la institución, ni del derecho, para corregir los efectos indeseables del funcionamiento de unas entidades no articuladas, tiene un fin no confesado: no verse obligado a reformar la institución tras el análisis de sus efectos negativos»⁸⁸. La cuestión del ejercicio del poder en la Iglesia, que, lejos de articular adecuadamente los diferentes y complejos ámbitos de la vida eclesial, se ha ido plasmando en una estructura centralizada y piramidal propia de los regímenes más autocráticos, exige, en mi opinión, una respuesta urgente, si queremos que la Iglesia no obstaculice de forma todavía más grave su papel de sacramento de salvación.⁸⁹

⁸⁷ DUQUOC, C., «Creo en la Iglesia». *Precariedad institucional y Reino de de Dios*. (2001), Sal Terrae, Santander, p. 35; ver asimismo, pp. 278 ss.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 35-36.

⁸⁹ Para un análisis de la situación eclesial, necesitada de reforma, véase *Iglesia Viva*, n. 214 (2002), que incluye las «Propuestas para la renovación del ejercicio del ministerio papal» del Consejo de dirección de la revista, y que en su conclusión dice así: «No es eclesiológicamente legítimo ni prácticamente posible seguir manteniendo las formas heredadas de la monarquía absoluta que marcan la función petrina en los más recientes desarrollos de la Iglesia romana. Pedro, en lugar de signo de unidad y comunión fraterna, puede convertirse en piedra de tropiezo no sólo para las otras Iglesias cristianas, sino también para la vida auténtica de la propia, si la estructura actual se mantiene sin modificaciones prudentes y verdaderamente proféticas. Uno de los grandes desafíos del presente consiste en clarificar las definiciones dogmáticas de 1870 mediante un esfuerzo crítico y honesto de contextualización de las mismas dentro del marco cultural y político de ese período de la historia de la Iglesia occidental. La cuestión del desarrollo del absolutismo papal después del Concilio Vaticano I, como un «sistema de autoridad», donde ésta era

El ejemplo más reciente de este formalismo eclesiológico, lo encontramos en la reciente encíclica de Benedicto XVI, *Deus Caritas est*. En la segunda parte, dedicada a explicar cómo la Iglesia, que es «la manifestación del amor trinitario», tiene que cumplir con el mandamiento del amor al prójimo, dice que «Toda la actividad de la Iglesia es una expresión de un amor que busca el bien integral del ser humano: busca su evangelización mediante la Palabra y los Sacramentos, empresa tantas veces heroica en su realización histórica; y busca su promoción en los diversos ámbitos de la actividad humana. Por tanto, el amor es el servicio que presta la Iglesia para atender constantemente los sufrimientos y las necesidades, incluso materiales, de los hombres. Es este aspecto, este servicio de la caridad, al que deseo referirme en esta parte de la Encíclica». (n. 19) Tras una mirada retrospectiva a la historia de la Iglesia primitiva, que tiene como objetivo demostrar con algunos ejemplos lo que es la entraña caritativa de la Iglesia, concluye diciendo lo siguiente: Llegados a este punto, tomamos de nuestras reflexiones dos datos esenciales: a) La naturaleza íntima de la Iglesia se expresa en una triple tarea: anuncio de la Palabra de Dios (kerygma-martyria), celebración de los Sacramentos (leiturgia) y servicio de la caridad (diakonia). Son tareas que se implican mutuamente y no pueden separarse una de otra. Para la Iglesia, la caridad no es una especie de actividad de

entendida como «potestad soberana» que no necesitaba ser legitimada por sus contenidos, necesita ser repensada a fondo desde la experiencia evangélica tal como debe ser reinterpretada en el actual contexto histórico. La constitución monárquica de la Iglesia, asumida de un concepto de sociedad propio de una época definitivamente pasada, se opone decididamente no sólo al espíritu evangélico, sino también a los legítimos avances en la moderna concepción de la sociedad. El primado de jurisdicción de estilo monárquico representa un instrumento de dirección que ya no une a la Iglesia, sino que la conduce a la polarización y, sobre todo, hace que la Iglesia resulte increíble para lo mejor de la sensibilidad y la cultura actuales. Por ello el Papa, en diálogo con los obispos y teólogos, debería buscar una nueva configuración de sus competencias jurídicas limitándose a sí mismo de una manera que le vincule a él y a sus sucesores, a fin de eliminar el temor de los cristianos no católicos y de muchos católicos de que el obispo de Roma se convierta en un soberano absolutista. Es preciso establecer en la Iglesia procedimientos que constituyan efectivos contrapesos frente a posibles abusos, así como remedios adecuados ante los callejones sin salida inherentes al sistema absolutista actual. Es absolutamente necesario lograr la división de competencias y la posibilidad de contradicción en los procesos judiciales, en el sentido de una más fuerte participación de la Iglesia universal. Todas estas cuestiones están en íntima conexión con el repensamiento del problema tradicional del origen del poder. Igual que para la autoridad civil se ha comprendido que su origen en Dios (cf *Rm* 13, 1) no se opone a su transmisión a través de la comunidad, lo mismo y con mayor razón (cf *Mc* 10, 42-45; *Mt* 20, 25-28; *Lc* 22, 25-27) deberá procurarse para la eclesial, tal como en el fondo lo ha proclamado ya la *Lumen Gentium*, al situar a la comunidad como base fundamental dentro de la cual se realizan los diversos servicios eclesiales. Úsese o no el término de “democracia” los genuinos valores en ella descubiertos deben ser proclamados, ejercidos y vividos con toda consecuencia dentro de la Iglesia».

asistencia social que también se podría dejar a otros, sino que pertenece a su naturaleza y es manifestación irrenunciable de su propia esencia. [17a]; b) La Iglesia es la familia de Dios en el mundo. En esta familia no debe haber nadie que sufra por falta de lo necesario. Pero, al mismo tiempo, la caritas-agapé supera los confines de la Iglesia; la parábola del buen Samaritano sigue siendo el criterio de comportamiento y muestra la universalidad del amor que se dirige hacia el necesitado encontrado «casualmente» (cf. *Lc* 10, 31), quienquiera que sea. No obstante, quedando a salvo la universalidad del amor, también se da la exigencia específicamente eclesial de que, precisamente en la Iglesia misma como familia, ninguno de sus miembros sufra por encontrarse en necesidad. En este sentido, siguen teniendo valor las palabras de la Carta a los Gálatas: «Mientras tengamos oportunidad, hagamos el bien a todos, pero especialmente a nuestros hermanos en la fe» (6, 10) (17b).

Tanto esta mirada retrospectiva a la historia de la Iglesia, de la que el Papa hace una selección absolutamente arbitraria de acontecimientos y actitudes de las comunidades cristianas, como el análisis que hace de la DSI, que, da por supuesto, no sólo no es una ideología como las demás sino que goza del privilegio de poder ver la verdad con los ojos de la fe,⁹⁰ o como la valoración de las «organizaciones de la caridad» y de las «estructuras de servicio caritativo», de las que subraya sólo la pureza de su altruismo universal, y a las que considera carentes, por supuesto, de los vicios de las demás acciones sociales inspiradas por ideologías, rezuman un formalismo eclesiológico, que olvida la dimensión visible y estructural de la Iglesia, con todas sus sombras y pecados.⁹¹ ¿Dónde está la iglesia de pecadores, en-

⁹⁰ «La fe permite a la razón desempeñar del mejor modo su cometido y ver más claramente lo que le es propio. En este punto se sitúa la doctrina social católica: no pretende otorgar a la Iglesia un poder sobre el Estado. Tampoco quiere imponer a los que no comparten la fe sus propias perspectivas y modos de comportamiento. Desea simplemente contribuir a la purificación de la razón y aportar su propia ayuda para que lo que es justo, aquí y ahora, pueda ser reconocido y después puesto también en práctica. La doctrina social de la Iglesia argumenta desde la razón y el derecho natural, es decir, a partir de lo que es conforme a la naturaleza de todo ser humano». (n. 25).

⁹¹ «Las organizaciones caritativas de la Iglesia, sin embargo, son un *opus proprium* suyo, un cometido que le es congenial, en el que ella no coopera colateralmente, sino que actúa como sujeto directamente responsable, haciendo algo que corresponde a su naturaleza. La Iglesia nunca puede sentirse dispensada del ejercicio de la caridad como actividad organizada de los creyentes y, por otro lado, nunca habrá situaciones en las que no haga falta la caridad de cada cristiano individualmente, porque el hombre, más allá de la justicia, tiene y tendrá siempre necesidad de amor». (n. 29). «La actividad caritativa cristiana ha de ser independiente de partidos e ideologías. No es un medio para transformar el mundo de manera ideológica y no está al servicio de estrategias mundanas, sino que es la actualización aquí y ahora del amor que el hombre siempre necesita». (n. 31b). «Por lo que se refiere a los colaboradores que desempeñan en la práctica el servicio de la caridad en la Iglesia, ya se

tre los que se encuentran numerosos miembros de dichas «organizaciones de caridad» que, como ocurre con otros no católicos, acaban convirtiéndose en funcionarios que viven más de la solidaridad que para la solidaridad? Así, no cabe la mínima mirada autocrítica sobre esa historia real que la Iglesia ha escrito de espaldas al amor de Dios y en contra del amor que dice inspirar todas sus acciones. Me pregunto, qué conclusión habría sacado el Papa, si en vez de tejer la trama con el fino hilo del «diácono Lorenzo», lo hubiera hecho con el hilo grueso del emperador Constantino que tanto influyó en la construcción de una «Iglesia de cristiandad», tan ajena al espíritu del diácono.

Es verdad que, cuando el Papa se refiere a la Iglesia institucional, como «el sujeto de la caridad», habla de las parroquias, de los obispos y de sus iglesias locales, de las instancias de la Iglesia universal, pero, en ningún momento se plantea la cuestión de la compleja articulación entre las diferentes instancias de poder y de control de los recursos en la Iglesia. No es el momento para analizar la forma, en mi opinión, simplificadora en que el Papa plantea las relaciones entre la justicia y la caridad, el papel de la Iglesia respecto a la lucha por las estructuras justas, que deja en exclusiva al Estado, o el papel de los laicos en la construcción de una sociedad más justa. Personalmente, he echado de menos una sensibilidad mínima por las estructuras de pecado y de injusticia que atraviesan la realidad de nuestro mundo y de nuestra Iglesia, y que requieren, obviamente, estrategias estructurales por parte de quienes están obligados a cambiarlas, también en y para la Iglesia. Me ha sorprendido que entre los modelos de caridad solamente se cite una nómina de santos, que, sin duda alguna, han sido heroicos en su generosidad y entrega personales (santos del XVI y Teresa de Calcuta o Luis Orione), pero que no se han caracterizado por su denuncia profética de las estructuras de pecado. ¿Cabría en la lista del Papa, la de Monseñor Romero, por ejemplo?. ¿Por qué no aparece la referencia a la «caridad política», y sí que parece la referencia a la «caridad social»? ¿Por qué no hay ni una mera alusión al mensaje de denuncia profética contra los poderosos y los ricos, que aparece en el *Magnificat* proclamado por María, con cuyo comentario concluye la encíclica?

Esta indebida sacralización de la Iglesia que le impide autocomprenderse en su historicidad, lleva a quienes hacen gala de este formalismo

ha dicho lo esencial: no han de inspirarse en los esquemas que pretenden mejorar el mundo siguiendo una ideología, sino dejarse guiar por la fe que actúa por el amor (cf. *Ga* 5, 6). Han de ser, pues, personas movidas ante todo por el amor de Cristo, personas cuyo corazón ha sido conquistado por Cristo con su amor, despertando en ellos el amor al prójimo. El criterio inspirador de su actuación debería ser lo que se dice en la Segunda carta a los Corintios: “Nos apremia el amor de Cristo” (5, 14)». (n. 33).

eclesiológico, que les obliga a «a levantar el estandarte en medio de las naciones»⁹², a afirmar que la Iglesia no está autorizada a cambiar un ápice de la verdad revelada, ni de las instituciones sagradas, como los sacramentos y otras prácticas disciplinarias a ellos asimiladas, lo que se traduce en una intransigente defensa de la ortodoxia y de la ortopraxis, que puede llegar hasta justificar la Inquisición. No olvidemos que la Inquisición brotó del celo por la fe y la verdad y por el ardiente deseo de salvar las almas de sus víctimas. Creo que una imagen plástica de lo que digo es la que representó R. Blázquez en la entrevista que le hizo I. Gabilondo. La posición de quien hablaba en nombre de una Verdad y de Institución incapaz de ejercer la autonomía para hacer lo que a todas luces parece lo más razonable, le convertía, además, en el funcionario que administra sin compasión una salvación que dice no depender de él. «El sábado se ha hecho para el ser humano», proclamaba Jesús, y la vigencia de esta lección significa que «la grandeza de una institución no procede de su poder para engendrar una humanidad futura mediante la exclusión de los miembros débiles, pecadores, sino mediante la integración de esos mismos que serían descartados siguiendo una lógica racional. Si el principio de Jesús tiene valor, lo tiene por la herida que inflige al ideal institucional: organizar y administrar los vínculos humanos según razón, sea técnica o utópica. Este tipo de razón institucional crea marginalidad y exclusión».⁹³ Creo que no hay ninguna razón teológica, y mucho menos eclesial, para que, así como hemos sabido superar errores eclesiológicos de bulto, como el que sostenía que «fuera de la Iglesia no hay salvación» (que ha determinado concepciones erróneas del papel del bautismo (¿limbo?) o de la penitencia (¿reiterada?) o como la afirmación rotunda de la estructura desigual, no sigamos relativizando la forma dogmática e intolerante en que seguimos concibiendo ciertas instituciones o prácticas sacramentales, especialmente cuando la evidencia de la fragilidad humana las acaba convirtiendo en un castigo que lleva a la desesperación, más que en un «lugar de encuentro con Dios». Nada justifica que sigan prevaleciendo en la Iglesia intereses que responden a

⁹² Duquoc encabeza la conclusión de su libro con la frase de Levinas: «Hay lágrimas que el funcionario no ve» y afirma entre otras cosas que «la institución eclesial tiende a ocultar su precariedad mediante la grandeza de su discurso doctrinal», algo que casa muy mal con una razonable comprensión de la «kénosis». «La institución, al encerrarse en ella misma y estar preocupada por sus intereses históricos, se aparta de la discreción de Dios y se arroga un poder cuyo objetivo es hacer a Dios visible en su organización. La frase empleada por el Vaticano II. «La Iglesia es un estandarte levantado en medio de las naciones» (Constitución sobre sagrada liturgia, 2), da a entender que la causa de Dios es inmediatamente reconocible como lo son los ejércitos de un Estado. En realidad, hay en eso un olvido de la precariedad de su situación por la omisión de la experiencia de la discreción divina. (p. 284).

⁹³ DUQUOC, *ibid.* P. 42.

sacralizaciones indebidas de su lógica institucional sobre las necesidades reales de la comunidad de los creyentes. No creo que haya que explicar cómo esto está ocurriendo en casos como el sacerdocio de la mujer, el celibato, del clero la posibilidad de los divorciados de participar en la vida de la comunidad, etc.

Si tuviera que escoger un camino para ir introduciendo una actitud de sana laicidad en la Iglesia, escogería el de *la creación de una «verdadera opinión pública en la Iglesia»*. Creo en la importancia del «imaginario social» que es el que, como decía Tocqueville, dinamiza u obstaculiza los necesarios cambios en todas las sociedades, y, por tanto, también en la Iglesia. El papel de la opinión pública en la legitimación o deslegitimación de los poderes, así como su vinculación intrínseca con el pluralismo y la «secularización» de la convivencia, son razones que nos obligan a trabajar en su favor.⁹⁴ Sin querer repetir, ahora, lo ya dicho en escritos anteriores, creo que urge que el «cuerpo vivo» que es la Iglesia se exprese «abordando con libertad los problemas de los hombres» y no siendo destinatarios pasivos de textos que, como decía Casaldáliga, hace unos días, a propósito de la preparación de la V Conferencia episcopal latinoamericana (CELAM V), «resultan muy poco estimulantes, como escritos «por teólogos que ya están en el cielo», ironiza un viejo teólogo. Nos tocará suplir alternativamente y no permitir que ese CELAM V olvide Medellín».⁹⁵ La teología debe ser un instrumento para abordar los problemas reales y concretos, para tratar del sufrimiento cotidiano, tantas veces silencioso y silenciado; un medio para dar voz a los que no la tienen; un paso para democratizar la teología. Suscribo la que dice J. Manemann: «Mediante la actividad socrática de la discusión, la teología cristiana desempeñaría una función bisagra entre las esferas de lo privado y lo público, y se convertiría en el motor para que los procesos de transformación sociopolíticos fueran más humanos. En el curso de la repolitización de lo privado y de la renormativización de lo público se confrontarían la moral personal con los problemas públicos y lo público con las cuestiones de moral privada. De esto se siguen las siguientes consecuencias eclesiológicas: las iglesias deberían comprenderse cada vez más como *public churches* y menos como abastecedoras de una religión civil».⁹⁶

⁹⁴ Para esta cuestión, véase VELASCO, D., «La opinión pública en la Iglesia», *Razón y Fe*, t. 241-n. 1220, junio 2000, pp. 595-607.

⁹⁵ CASALDÁLIGA, P., «Utopía necesaria como el pan de cada día», *El País*, 30/1/06.

⁹⁶ MANEMANN, J., «La permanencia de lo teológico-político. Oportunidades y peligros para el cristianismo en la actual crisis de la democracia», en *Concilium* n. 311, junio 2005, p. 335.

Retos de la laicidad para la Iglesia española, hoy

La Iglesia española tiene, por delante, una ardua tarea para asumir las consecuencias que se derivan de una razonable asunción de la laicidad, tanto por lo que se refiere a su autocomprensión institucional, como en lo que supone una adecuada relación con la sociedad civil y con el Estado. Desde la perspectiva teológica y eclesiológica, todo lo que hemos venido diciendo hasta ahora se debe aplicar a nuestra realidad. Urge una renovación teológica que transforme el imaginario eclesial oficial, que peca de excesivo formalismo, para que pueda emprender las necesarias reformas. Urge crear una opinión pública que facilite este proceso de transformación. Desde la perspectiva de las relaciones con la sociedad y el Estado debe superar situaciones vigentes pero ya obsoletas que responden a los modelos de los que ya hemos hablado: concordatismo, tesis e hipótesis, etc.

Desde hace varias décadas, la Iglesia española ha dado un giro neoconservador, que ha acentuado los peores rasgos del formalismo eclesiológico del que hemos hablado. A partir de la muerte de Pablo VI, la fuerza de aquella Iglesia que no había aceptado la renovación conciliar comenzó a manifestarse de muchas formas. J. M. Laboa resume así la situación. «Por parte de Roma, a partir, sobre todo, de la muerte de Pablo VI, habrá que explicar la desconfianza mostrada con los obispos que fueron nombrados en aquellos años y con los sacerdotes ordenados en ese tiempo. No se puede explicar la historia de estos últimos treinta años sin tener en cuenta este objetivo de cambiar un talante y un espíritu que, aunque nunca ha sido explicitado, considero que debe coincidir con el manifestado en la Asamblea Conjunta. La pronta aceptación de la renuncia por motivos de edad de Tarancón, el sorprendente alejamiento de Dadaglio, el primer nuncio en la historia española que fue relevado de la nunciatura sin ser nombrado cardenal, y la política de los dos nuncios siguientes tiene mucho que ver con esta decisión. Los sesenta y tres nombramientos episcopales de Mons. Tagliaferri no han respondido solamente al deseo de lograr un episcopado digno y eficaz, sino al de configurar un tipo de obispo que convenía a la Iglesia española presente en alguna estancia romana y que, ciertamente, no correspondía al de la etapa anterior. En cualquier caso, quedó patente una cierta desconfianza hacia la Iglesia existente y una neta decisión de borrar y cuenta nueva. Monseñor Díaz Merchán, sucesor de Tarancón en la presidencia de la Conferencia Episcopal, monseñor Sebastián⁹⁷ y Mons. Yanes

⁹⁷ Sebastián será uno de los más polémicos en su denuncia de la «campaña laicista» promovida por el PSOE con la colaboración de los MMCC, lo que, según él, unido al disenso eclesial interno, debilita la vida religiosa y la acción evangelizadora de la Iglesia. (SEBASTIÁN, F., «Iglesia y democracia. La aportación de la CEEE», en Olegario González Cardenal (ed.) *La Iglesia en España. 1950-2000*, (1999), PPC, Madrid.

podrían expresar lo que vivieron en esos años. Esto sin tener en cuenta a los obispos exiliados en Canarias, Huesca o Ciudad Real». ⁹⁸

El mismo Laboa, al final de este texto, dice así: «Los “vientos de Roma” desde hace veinte años han desembocado en un desdibujamiento de la Conferencia Episcopal, en un gobierno eclesial con la vista fija en el tendido romano, en una dependencia de la nunciatura insólita incluso en un país como España con secular dependencia de tal institución, en un cambio global del talante episcopal». ⁹⁹

Esta es la iglesia que ha configurado Juan Pablo II y que representa, de forma paradigmática, Mons. Rouco, sucesor de Mons. Suquía, ¹⁰⁰ en cuya estela se han situado buena parte de los obispos españoles.

A esta situación telegráficamente descrita, yo la voy a llamar «*ultramontanismo eclesial de masas*», porque creo que refleja bien lo que el giro conservador ha supuesto para la Iglesia española y su relación con la sociedad política. ¹⁰¹

⁹⁸ LABOA, J.M., «Los hechos fundamentales ocurridos en la vida de la Iglesia española en los últimos treinta años (1966-1999)», en CARDEDAL, Olegario G. (ed.). *La Iglesia en España 1950-2000*. (1999). PPC. Madrid, p.124. Véase, también, TAMAYO, J.J., *Adiós a la cristiandad. La Iglesia española en la democracia*. (2003) Ediciones B, especialmente el cap. 2: «Involución, neoconservadurismo y Neoconfesionalismo», en el que hace una descripción de los principales rasgos de esta involución: campaña contra el laicismo, contra los teólogos progresistas, crisis de confianza entre obispos y congregaciones religiosas, pérdida de memoria histórica: canonización de los mártires de la Cruzada; auge de los nuevos movimientos católicos: kilos, legionarios, comunión y liberación, Opus Dei, y su poder en la Iglesia; creciente vinculación con el PP.

⁹⁹ LABOA, J.M., *Ibid.*, p. 146.

¹⁰⁰ Elegido presidente de la CEE (1987) decía: «Hay que adecuar la Iglesia española a la orientación del pontificado de Juan Pablo II». Se trataba de lograr una visión más religiosa de la Iglesia...

¹⁰¹ Staff Hellemans ha descrito el ultramontanismo de la época de León XIII, el que hará plausible su doctrina social, como un «catolicismo ultramontano de masas», que, según él, duraría desde 1850 a 1960 y que tendría los siguientes rasgos:

—una enorme *centralización eclesial* que se resume en la conocida fórmula «Roma ha hablado». Roma se convierte en el centro de todo y todo se centraliza *more romano*. Un sistema jerárquico y piramidal, que queda consagrado con el dogma de la infalibilidad, convierte al Papa en el líder omnipotente que interviene en todo y al que todos pretenden conquistar para su causa.

—un *deseo de doctrina* que la creciente preeminencia del papado saciará mediante una creciente dogmatización de la teología, que, a su vez, se convertirá en una tarea casi exclusiva de Roma. Será precisamente el Papa León XIII quien actuará en este sentido con mayor intensidad y amplitud. 86 encíclicas dan fe de cómo su magisterio universal salió al paso de todos los aspectos de la modernidad.

—«*Instaurare omnia in Christo*». El liderazgo del papado que convoca a restaurar el orden cristiano en el nuevo contexto de la modernidad refleja un cierto triunfalismo. Mientras la modernidad condena a la Iglesia al ostracismo de la vida privada, la respuesta de un catolicismo de masas tendrá como guía supremo e indiscutible al Papa que reclama para la

Mirar retrospectivamente al mundo de León XIII no es solamente, para mí, una necesidad de entender la autocomprensión que la Iglesia de Roma tenía de sí misma y de su relación con el mundo político de su época, sino que nos sigue planteando algunas cuestiones de gran actualidad en nuestros días. Hay un enorme paralelismo entre los dos Papas, la duración de su papado, su producción doctrinal, su pretensión de liderazgo mundial, su propósito de recristianización, etc. Tanto la autocomprensión eclesial, específicamente la del papado, como la relación que la Iglesia establece con las sociedades modernas, siguen estando determinada por la forma en que se enfrenta a la tradición heredada de Las Luces y de las revoluciones liberales y por la forma en que sigue planteando la relación entre lo espiritual y lo temporal, entre la fe y la cultura, entre la verdad y la libertad, desde una tradición sin solución de continuidad desde León XIII a nuestros días.

Iglesia el derecho y el deber de intervenir en todas las cuestiones importantes de la vida, ya que sin ella no hay solución verdadera para ningún problema importante. Así, «la cuestión social», no podrá encontrar solución si no se tiene en cuenta la doctrina de la Iglesia.

—el auge de las organizaciones sociales católicas y la *relación simbiótica de la doctrina de la Iglesia con el movimiento obrero católico* es otro de los rasgos del ultramontanismo. La cobertura ideológica e institucional que la Iglesia ejerce sobre el movimiento obrero católico, a pesar de las tensiones que puedan surgir entre los líderes obreros y los jerarcas eclesiásticos encargados de la supervisión y del control, garantiza la ortodoxia del proyecto recristianizador.

HELLEMANS, S., «Is there a Future for Catholic Social Teaching after the waning of ultramontane Mass Catholicism?», en BOSWELL/MCHUGH/VERSTRAETEN (eds). *Catholic Social Thought: Twilight or Renaissance?*. (2000), Leuven University Press, 13-32.

RÉMOND, R., en un capítulo de su obra dedicado a Roma y el papado, describe el sistema ultramontano, como un sistema coherente y completo alrededor del cual se recompone la fe católica en el siglo XIX. Propone una visión global del orden del mundo y da respuesta a todos los problemas del destino humano y de la vida de las sociedades, lo mismo que el liberalismo o el marxismo. El sistema está constituido a partir de la institución pontificia en círculos concéntricos. La referencia a Roma irradia todo: pensamiento, piedad, disciplina, liturgia, cultura, política, sociedad. El papa es el símbolo y la personificación del principio de autoridad, lo contrario del espíritu del libre examen, destructor de la fe. La infalibilidad pontificia y el *Roma locuta...* excluyen cualquier duda y fundamentan un dogmatismo intransigente. El Papa no es sólo una institución, sino una persona a la que se le da un culto, como vicario de Cristo. Esto es nuevo (antes del XIX, apenas si se conocía el nombre del Papa) y el Papa inspira piedad y devoción. Bajo su impulso se refuerza considerablemente la componente romana del catolicismo, hasta identificarse con él. La política centralizadora de Pío IX y de León XIII (llevando a Roma las casas madres de las congregaciones, abriendo seminarios nacionales para episcopables, institucionalizando las visitas regulares *ad limina*, potenciando las peregrinaciones) es decisiva para la conversión de Roma en el centro regenerador de las sociedades humanas.

Sacerdotes y fieles tienen como un deber y un honor el reproducir en sus parroquias los usos y las prácticas de la Ciudad Eterna: todo se hace como en Roma (liturgia, arquitectura, novela, etc.). El uso de los medios de comunicación, sobre todo de la prensa, busca influir en los sentimientos y en el corazón de las masas. El ultramontanismo no es sólo una eclesiología y es más que una teología. Es, también, una visión de la historia y una filosofía social y política.

Por ejemplo, se sigue afirmando con una injustificada autocomplacencia que la Iglesia siempre ha reconocido los derechos humanos y que poco tiene que aprender del mundo moderno.¹⁰² Creo pertinente traer a colación algunas preguntas al respecto, que ya planteaba en uno de mis textos citados: ¿Qué significa esto? ¿Acaso son compatibles la defensa de los derechos humanos y la defensa de las autoridades del Antiguo Régimen? ¿Es posible instaurar los derechos humanos en un sistema de poder propio de la edad premoderna, como el que ha sostenido monarquías legitimadas en la religión o en la tradición premodernas? ¿La fundamentación de los derechos humanos en una concepción jusnaturalista, religiosamente comprendida, es plausible en un mundo secularizado y pluralista y posibilita la atención y la responsabilidad necesarias hacia el ser humano concreto e histórico? ¿Basta para afirmar los derechos humanos con declarar principios doctrinalmente coherentes, en conformidad con la ortodoxia teológica y moral, pero sin tener suficientemente en cuenta las exigencias de la coherencia práctica, que permite la traducción histórica, político-social, económica y cultural, de dichos principios en la vida de cada ser humano concreto? ¿Es posible la recepción de los derechos humanos en una Iglesia, que afirma que «el hombre es el camino de la Iglesia», pero que sigue manteniendo unas estructuras de poder premodernas? ¿Es viable una asunción adulta y crítica de una doctrina que se legitima en una Verdad que, con excesiva frecuencia, sólo está al alcance de una autoridad (clérigos) que, a su vez, goza de la exclusiva para conocerla adecuadamente y para enseñarla a quienes

¹⁰² La última gran encíclica social, la *Centesimus Annus*, que, en su primera parte, hace una síntesis de la historia de la Doctrina Social de la Iglesia, es un ejemplo más de la visión autocomplaciente y acrítica que el Magisterio tiene de lo que ha sido la Doctrina Social de la Iglesia con respecto a los derechos humanos. En el capítulo sexto, que lleva por título: «*El hombre es el camino de la Iglesia*», afirma el Papa que la única finalidad de la Iglesia ha sido *la atención y la responsabilidad hacia el hombre*, confiado a ella por Cristo mismo... No se trata del hombre abstracto, sino del hombre real, concreto e histórico: se trata de *cada hombre*... Es esto y solamente esto lo que inspira la Doctrina Social de la Iglesia» (N.º 53).

En el mismo sentido, se expresa el documento de la Congregación para la Educación Católica: *Estudio y Enseñanza de la Doctrina Social de la Iglesia en la formación de los sacerdotes* (30/XII/1988), que juzgo de especial significatividad y relevancia para el tema que nos va a ocupar. Dice así: «Reflexionando sobre ellos (los derechos humanos) la Iglesia ha reconocido siempre sus fundamentos filosóficos y teológicos, y las implicaciones jurídicas, sociales, políticas y éticas como aparece en los documentos de su enseñanza social. Lo ha hecho no en el contexto de una oposición revolucionaria de los derechos de la persona humana contra las autoridades tradicionales, sino en la perspectiva del Derecho escrito por el Creador en la naturaleza humana». A continuación, se habla de «las aportaciones del Magisterio pontificio a los derechos humanos» desde el Concilio a nuestros días. Las referencias a Pío XII, a la *Pacem in Terris* de Juan XXIII, a la *Populorum Progressio* de Pablo VI y a Juan Pablo II, tienen la intención de mostrar cómo la Doctrina Social de la Iglesia ha defendido siempre los derechos humanos de las tres generaciones.

deben limitarse a cumplirla fielmente (laicado), según las directrices venidas de dicha autoridad?

En mi opinión, sigue siendo problemática la pretensión eclesial de mantener un horizonte normativo, natural y divino, a la vez, que todos los poderes deben acatar y del que la Iglesia se sigue considerando la intérprete autorizada, por lo que se reserva la facultad de deslegitimar a quienes no se ajusten a dicho orden, llegando incluso a justificar el derecho a la desobediencia y a la resistencia civil, siempre que lo juzgue oportuno. Pero la Iglesia, como nos ha mostrado la historia, no es administradora y mucho menos dueña, en exclusiva, de la ley natural y divina. En sociedades pluralistas y seculares, la objetividad de la verdad encuentra su aproximación humana menos inadecuada en el respeto a la libertad que el liberalismo moderno ha sabido afirmar como un logro irrenunciable.

La tentación eclesiástica de querer garantizar los derechos de Dios y los derechos humanos confiando excesivamente en su capacidad mesiánica de acceso a la verdad del proyecto divino o «natural» y de objetivarlo, lo que le lleva a desautorizar como «artificialista» y efímero lo que la subjetividad de los seres humanos libres e iguales postulan, no es ajena al quehacer eclesial. Creo que hay que ser cautelosos ante una forma de entender y de enseñar el pensamiento social cristiano desde un encuadramiento filosófico-teológico que pretendidamente la inmuniza frente al riesgo ideológico y le evita, a la vez, las interpretaciones subjetivas de quien quiera poner en práctica dicha enseñanza. Creo que la tentación de ultramontanismo está en exceso presente en la Iglesia actual y que, con demasiada frecuencia, se cae en ella. En mi opinión, no sólo no se ha superado el ultramontanismo eclesial de masas, sino que en algunos aspectos se ha acentuado aún más.¹⁰³

Vivimos tiempos difíciles para los proyectos sociopolíticos modernos, para la democracia y para los derechos humanos. Por eso creo que hay que poner un especial empeño para no caer en nuevos síndromes anti-Luces, especialmente cuando nuevos proyectos en el ámbito del pensamiento (investigación y nuevas tecnologías) o de la praxis (movimientos de resistencia global), que muestran un talante laico y poco proclive a dejarse tutorizar, encuentra un clima de hostilidad e incompreensión de marcado cariz neoconservador e incluso integrista.

Creo que la Enseñanza social de la Iglesia, al menos en las últimas décadas, ha sido capaz de superar algunas de las lagunas que la hacían inocua, por incoherente. Su clara asunción de la dimensión estructural de

¹⁰³ Con motivo del XXV aniversario de la llegada al pontificado de Juan Pablo II se han escrito hasta la saciedad balances de su papado, de los que un buen número subrayan este ultramontanismo al que nos referimos. Como botón de muestra, véase el artículo del obispo retirado SANUS, R., titulado «Un Papa de grandes contrastes», en *El País* (18/X/2003).

las injusticias sociales y la necesidad de superarlas por la vía de la justicia social, deben llevar a sacar conclusiones más valientes, tanto por lo que se refiere a la denuncia del vigente orden mundial, como a la transformación institucional y estructural de la propia Iglesia. Creo que en la autocomprensión eclesial siguen vigentes esquemas y actitudes que chocan con el necesario carácter secular y plural de nuestras sociedades y, sobre todo, con las exigencias que una mentalidad moderna, propia de sujetos humanos libres e iguales, exige para una construcción social de la realidad más conforme con el plan de Dios.¹⁰⁴

Al entregar este trabajo, sale a la luz una Instrucción Pastoral de la LXXXVI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española, firmada en Madrid, el 30 de marzo de 2006, que, lamentablemente está muy lejos de asumir el reto de la laicidad al que nos hemos venido refiriendo. Es una instrucción escrita desde una intransigente ortodoxia doctrinal (ya que, inspirándose en las condenas que de los teólogos progresistas se han ido dando en las últimas décadas, se reiteran las posiciones más cerradas sobre numerosas cuestiones que están teológicamente abiertas, como, por ejemplo, el sacerdocio de la mujer, el origen de los ministerios eclesiales, la virginidad de María, la comunión eclesial, etc.) y desde una actitud eclesio-céntrica carente de toda sensibilidad autocrítica. Es patente el formalismo eclesiológico desde el que se sitúa a la Iglesia, tanto en su origen como en su praxis en una dimensión misteriosa y divina, en las que, al parecer, no caben las contingencias de la historicidad y del pecado, por lo que toda crítica nacida en el seno de la Iglesia es vista como una actitud contra la Iglesia. Así, la calificación de las asociaciones cristianas y católicas de base, críticas con la jerarquía, como «asociaciones meramente civiles es un ejemplo evidente de una actitud de inclusión excluyente. (n. 48). Junto a este formalismo eclesiológico, se sigue argumentando a favor de una moral cristiana desde un junsnaturalismo sacralizado del que se dice que es la única garantía frente al relativismo al que está condenada toda autonomía humana y toda moral que no estén guiadas por la revelación cristiana o por la ley natural que a ella se asimila.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Para abundar en este tema, véase VELASCO, D., «Republicanismo y Cristianismo», en *Estudios de Deusto*. Vol. 49/1 (2001).

¹⁰⁵ «Teología y secularización en España a los cuarenta años de la clausura del Concilio Vaticano II. Instrucción Pastoral de la LXXXVI Asamblea plenaria de la CEEE. (30/III)2006). Cito un par de textos al respecto. «La realización de la dignidad humana exige que se respete el orden esencial de la naturaleza humana creada por Dios, que trasciende las vicisitudes históricas y culturales. Este orden de la naturaleza humana se expresa en la ley natural, que el hombre puede conocer aunque es previa a su conocimiento». (n. 57). «Si Cristo es la norma del obrar moral, la fundamentación de la moral debe proceder de la Revelación y del Magisterio de la Iglesia». (n. 55).

Algunas propuestas para un nuevo modelo de relación entre Iglesia y sociedad política

Conscientes de que el proceso de construcción social de la realidad es una tarea siempre inacabada por inacabable y que ésta es correlativa con la construcción de un nuevo imaginario social (en el sentido en el que lo planteaba Tocqueville, cuando decía que entre lo que hay (desigualdad) y lo que debe haber (igualdad) lo relevante es el imaginario dominante (igualitarismo)), voy a aventurar algunas reflexiones en la descripción de este nuevo imaginario.

En sociedades, como las nuestras, en las que el pluralismo y la secularización, bien entendidos (pluralismo no como multiculturalismo relativista ni secularización según lo ha entendido la teoría ilustrada en el sentido fuerte), son la condición de posibilidad para poder vivir tanto la fe como la ciudadanía, como sujetos libres y responsables, creo que la laicidad republicana (en el sentido de laicidad pública, «republicana»), es la que mejor resume, en mi opinión, el talante de una adecuada relación entre Iglesia y sociedad política.

Recuerdo que, con ocasión de la boda de Leticia y Felipe, no faltaron comentarios, calificando a la nueva princesa de Asturias como una princesa republicana. La razón obvia está en que, hoy, el imaginario hegemónico en la sociedad española es el democrático y se espera de la institución monárquica que no viva de espaldas a esta realidad. Su papel simbólico se ha secularizado y, pronto, la voluntad soberana del pueblo español democratizará los vestigios machistas de una institución a todas luces anacrónica, aunque por su utilidad la sigamos considerando conveniente. Las monarquías modernas no pueden ser sino laicas (ya no nacen legitimadas por un legitimismo sacralizado) y republicanas (constituidas para la consecución del bien público).

Algo parecido ocurre en la Iglesia y con la Iglesia. La sociedad española no ve ya en la Iglesia el Sacramento de Salvación eterna, garante de una Verdad indiscutible, proporcionadora de un cemento social inapreciable, y con una autoridad incontestable. La sociedad política española se considera soberana y no admite ingerencias indebidas por parte de la Iglesia. También, en el interior de la Iglesia, muchos participamos, como no podía ser de otra forma, de estas convicciones de la sociedad y creemos que hay que buscar otro modelo menos inadecuado que el que tenemos. Creo que todavía hay demasiada connivencia entre Iglesia y sociedad política, poco respetuosa del pluralismo y de la laicidad propias de una situación no confesional. Oyéndole a Rouco o a Cañizares uno no puede menos de seguir oyendo a Gelasio. La defensa que la Iglesia hace de sus posiciones, argumentando desde la vigencia de los Acuerdos de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede (que, aunque formalmente son posteriores a la Constitución, en sus contenidos materiales son preconstitucionales), más allá de lo que suponen de garantía de unos intereses y derechos relevantes para la Iglesia católica, rezuman un talante apologético que se casa

mal con las exigencias de una sociedad pluralista y democrática como quiere serlo la sociedad española. Esta forma de argumentar, que sigue la estela del concordatismo, al que nos hemos referido en este trabajo, parece querer someter el texto constitucional al criterio hermenéutico de los Acuerdos, que, por definición, no pueden ser universalizables a quienes no son españoles católicos. La forma en que se suelen plantear los contenciosos a propósito de la enseñanza de la religión en las escuelas públicas, o de la cuestión de la financiación de la Iglesia, sigue siendo más propia de una Iglesia que defiende posiciones particularistas, propias de un Estado confesional, que posiciones laicas, como las que se exigen en la convivencia democrática. Urge dejar atrás estos vestigios de confesionalidad que no sólo no parecen ajustarse a los principios de la libertad e igualdad democráticas, recogidos en la Constitución, sino que hacen inviable una oferta creíble y plausible de lo que la Iglesia puede y debe aportar a la construcción de una sociedad más libre e igualitaria.¹⁰⁶

Hoy, uno de las mayores amenazas contra la dignidad de los seres humanos nace de la creciente presencia de un imaginario social de carácter desigualitario, que con frecuencia se nutre de la inadecuada comprensión de la diferencia y de la particularidad... Si es verdad que «las personas tienen derecho a ser diferentes cuando la igualdad pone en peligro su identidad, también tienen derecho a ser iguales cuando la diferencia les hace inferiores», es obvio que debemos esforzarnos todo lo posible en lograr dar vida al «pacto por la república», que haga viables los valores comunes de la libertad y de la igualdad republicanas.

Este republicanismo conlleva, por tanto, una exigencia de cambio estructural de la Iglesia, que alcanza tanto a su «forma de estar» en la sociedad, como a su propia autocomprensión, ya que ambas se determinan mutuamente, y se convierte en condición de posibilidad para su credibilidad en dicha sociedad. La transformación de las estructuras antidemocráticas y de las mediaciones institucionales de carácter confesional, que perviven en la Iglesia, es una exigencia derivada del principio republicano de que sólo puede vivir adultamente la fe quien puede «mirar a la autoridad de frente» y ejercer la libertad, no sólo como no coacción, sino como no-dominación. Si, para construir una convivencia democrática, debemos ajustar comportamientos y ordenamientos a las exigencias de una laicidad abierta, como la que posibilita y exige una constitución democrática, urge repensar laicamente nuestra forma de pensar y de actuar, tanto individual como colectivamente. Todos y todas estamos convocados a esta ineludible tarea.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Véase SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, «Laicidad en el constitucionalismo español», en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (dir.) *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. (2005). Dykinson. Madrid., (pp. 119-132).

¹⁰⁷ Para abundar en la cuestión véase el libro de CORM, G., *La question religieuse au XXI siècle* (2006). La Découverte. Paris.

JURISPRUDENCIA

Casos escogidos de Derecho antitrust europeo

Bajo la coordinación de

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

y

María Pilar Canedo Arrillaga

Profesora doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Deusto

I. Introducción

El 2 de diciembre de 2005, la Universidad de Deusto celebró un Seminario sobre Derecho Europeo de la Competencia dirigido por la Profesora Dra. María Pilar Canedo Arrillaga, que contó con un entusiasta y disciplinado equipo de colaboradores. Fue una oportunidad magnífica para ofrecer a los asistentes una muestra de las posibilidades docentes de la Universidad en sectores como éste, que atraen la atención de los investigadores y que poseen una indudable proyección profesional.

Fue, además, un encuentro entre especialistas, del que salieron algunos de los trabajos que publica este volumen de los *Estudios de Deusto*. Algunos de los participantes comentamos privadamente la utilidad de las crónicas de Derecho europeo de la competencia que recogen las Revistas especializadas y lamentamos que, hasta ahora, no hayamos sido capaces de poner en común nuestras notas con comentarios sobre las decisiones de la Comisión o del Tribunal de Justicia relativas a este sector.

Fue así como surgió la idea que ha germinado en estos «Casos escogidos» que se presentan al lector. No es una crónica al uso. Hemos preferido la selección de los casos y el rigor de los comentarios antes que una visión panorámica y superficial, como tantas al uso. Hemos preferido que sea una sección anual, para disponer del tiempo necesario para sedimentar los casos que hay que conocer. Hemos preferido, en tercer lugar, ceñirnos al *Derecho antitrust europeo*, entendido como el sector privado del Derecho europeo de la competencia que se ocupa de las conductas de las empresas (ententes, abusos de posición dominante y concentraciones de empresas) que puede hacer peligrar la competencia efectiva en el interior del Mercado común europeo. No se ocupa, por tanto, esta sección del sector público del Derecho de la competencia europeo, que se afana por regular los com-

portamientos imputables a los Estados miembros de la UE (*grosso modo*, empresas públicas, monopolios comerciales de Estado y ayudas de Estado) que son susceptibles de lesionar sustancialmente la competencia efectiva en el Mercado común, sector que se encuentra sometido actualmente a un profundo proceso de revisión legislativa en el seno de la UE.

Participan en esta sección profesores de la Universidad Carlos III de Madrid (Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo), Universidad de Deusto (María Pilar Canedo Arrillaga y Marta Casado Abarquero), Universidad de Extremadura (Manuela Eslava Rodríguez y Mercedes Sabido Rodríguez), Universidad Pública de Navarra (Natividad Goñi Urriza) y Universidad de Valladolid (Carmen Herrero Suárez).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y María Pilar Canedo Arrillaga

II. Ententes

Caso N.º 1. Ententes: Dec.Com. 7 abril 2004, Société Air France/Alitalia Linee Aeree Italiane SpA, DO L 362 de 9 diciembre 2004

NOTA

1. La Sociedad francesa Air France y la sociedad italiana Alitalia solicitaron a la Comisión, con arreglo al Reglamento 3975/87 del Consejo de 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo (*DO L 374 de 31 diciembre 1987*), la declaración negativa o, en su caso, la exención de un acuerdo celebrado entre las mismas por el que, a largo plazo, se pretende la constitución de una alianza estratégica. Los principales objetivos del acuerdo notificado se concretan en la creación de un sistema europeo multicentros basado en los centros de operaciones que poseen las partes en París, Roma y Milán, para interconectar sus redes mundiales; la coordinación de las operaciones de servicios a los pasajeros de ambas partes; así como la cooperación en otras áreas. Atendiendo a estos objetivos, la cooperación propuesta abarca actividades relativas al transporte aéreo regular de pasajeros, al transporte aéreo de mercancías y los servicios de asistencia en tierra.

2. La Comisión, tras analizar el acuerdo notificado a la luz del art. 81 TCE, resuelve declarando la exención, de conformidad con el párrafo tercero del art. 81 TCE, respecto del acuerdo relativo al transporte aéreo regular de pasajeros durante el período comprendido entre el 12 de noviembre de 2001 (fecha en la que se efectuó la notificación) y el 11 de noviembre de 2007. Esta *declaración de exención* est  condicionada al cumplimiento de los compromisos, anejos a la decisión, elaborados por las empresas solicitantes. Junto

a la propia creación de una alianza estratégica, de la Decisión adoptada por la Comisión debe destacarse el análisis «detallado» que efectúa a la luz del art. 81 TCE y el hecho de condicionar la declaración de exención al cumplimiento de determinados compromisos.

3. La creación de una *alianza estratégica* supone la celebración de acuerdos de cooperación entre empresas que se encuentran en el mismo nivel de producción, a través de los cuales se establecen varios vínculos. Se trata, por tanto de un acuerdo entre empresas competidoras que, en la actualidad, se configuran como instrumento o medio de competir en el mercado integrado a escala mundial y que suele ser frecuente en sectores del comercio que han sido recientemente liberalizados. A partir de estas consideraciones, su análisis desde la perspectiva de las normas que consagran la libre competencia suscita algunas cuestiones. De un lado, su exclusión del régimen previsto para las concentraciones de empresas se justifica en la propia finalidad de la alianza estratégica notificada por Air France y Alitalia. En ella no se proponen cambios estructurales ni tampoco la creación de una entidad independiente, limitándose a la creación de vínculos contractuales. De otra parte, aun tratándose de un acuerdo de cooperación horizontal el supuesto no es subsumible en el ámbito de aplicación de las normas que regulan este tipo de acuerdos no sólo por la complejidad que entraña la propia alianza estratégica y que requiere un análisis conjunto de los distintos acuerdos que la integran, sino también porque en el ámbito material afectado, el transporte aéreo, existen normas específicas a través de las cuales se lleva a cabo la ordenación jurídica del sector desde la perspectiva de las normas de la competencia (*Vid* Cdo. 12 y 13 de las Directrices sobre la aplicación del art. 81 TCE a los acuerdos de cooperación horizontal *DO C* 2001).

4. En el marco del art. 81 TCE la Comisión debe analizar si la alianza estratégica propuesta por Air France y Alitalia constituye o no una *entente* en el sentido del párrafo primero del precepto citado y, respondiendo afirmativamente a esta primera cuestión, debe valorar la concurrencia de las condiciones exigidas en el párrafo tercero del mismo precepto y, de este modo, determinar si los *beneficios que pueda producir el acuerdo notificado* superan los efectos restrictivos de la competencia que del mismo se derivan y, en consecuencia, puede ser declarado exento. Partiendo de la delimitación del mercado de referencia y la posición que ocupan las partes en el mismo, el análisis efectuado por la Comisión hasta adoptar la presente Decisión ha sido muy detallado.

5. Establecer el *mercado de relevancia* y la posición que ocupan las partes en él, constituye, en el ámbito del art. 81 TCE un dato esencial para decidir sobre la afectación a la competencia, actual o potencial, entre las

empresas participantes o con otras empresas así como, en el marco del párrafo tercero del precepto citado, para determinar si el acuerdo deja subsistir el mínimo de competencia exigido. Siguiendo los criterios anteriormente adoptados por la Comisión para determinar el mercado de referencia en el sector del transporte aéreo, en la presente Decisión vuelve a utilizar el concepto de binomio país de origen/país de destino (O+D). Cada combinación O+D es, desde el punto de vista del cliente, un mercado separado. Sólo a partir de un análisis adecuado del cada mercado podrá concluirse, en primer término, si el acuerdo notificado tiene efectos anticompetitivos probables en el mismo y, en segundo lugar, siendo afirmativa la respuesta, valorar, en segundo lugar, si tales efectos restrictivos pueden ser superados por los beneficios que al mercado reporta el acuerdo.

6. La Comisión, tras analizar, de este modo, el acuerdo notificado, manifestó serias dudas respecto a la cooperación intensa en el transporte aéreo regular de pasajeros que las partes proponen entre Francia e Italia. Atendiendo al contexto real del mercado de referencia, se considera que este acuerdo puede restringir la competencia en los mercados de referencia. Antes del acuerdo, en los siete binomios O+D, las partes competían entre sí, siendo los dos operadores principales con cuotas muy altas de mercado. A la posición consolidada de las partes en el mercado de referencia se añaden circunstancias que coadyuvan a la ampliación de este poder y pueden producir, tras el acuerdo, efectos restrictivos de la competencia. Entre estas circunstancias se encuentran la escasez de franjas horarias, la alta cuota de clientes de las partes y el elevado número de frecuencias de vuelo de las partes. Estas *barreras a la entrada* de potenciales competidores distorsionan la competencia. El acuerdo, por tanto, puede producir *efectos restrictivos de la competencia* y, como tal, está prohibido con base en el art. 81.1 TCE.

7. Siendo subsumible en el ámbito de aplicación del precepto citado, la Comisión procede a valorar, en consonancia con lo solicitado por las empresas participantes en el acuerdo, la posibilidad de que el mismo pudiera ser declarado exento. Posibilidad que se encuentra condicionada a la concurrencia de las condiciones exigidas por el párrafo tercero del art. 81 TCE.

8. No se duda de los beneficios que la creación de este tipo de acuerdos reporta para el fomento del progreso técnico y científico. La alianza contribuye a mejorar la *producción y distribución* del servicio del transporte, a fomentar el *progreso técnico y económico* y puede generar beneficios a través de la creación de una red mayor a nivel mundial. Ahora

bien, las dudas de la Comisión, a la que se añaden las observaciones efectuadas por terceros, se suscitan en relación con la necesaria *participación equitativa de los usuarios en los beneficios obtenidos*. Se ofrecerán a los clientes mejores servicios, pero el consumidor únicamente podrá participar equitativamente de los beneficios, mediante la reducción de precios o el incremento en la calidad de los servicios, si las partes continúan sujetas a una presión competitiva en aquellos mercados en los que la alianza restringe la competencia. En su opinión, los acuerdos restringen la competencia en el mercado del transporte aéreo regular de pasajeros y sólo manteniendo una presión competitiva en los mercados el consumidor podrá participar equitativamente en los beneficios resultantes de la cooperación. Sin embargo, en los términos en los que se redactó el acuerdo notificado, atendiendo al contexto del mercado de referencia en el que el mismo se desarrolla, debe advertirse que las partes fortalecen su posición de mercado y se mantienen barreras a la entrada de posibles competidores. No se mantiene, por tanto, una presión competitiva en el mercado de referencia y, consecuentemente, no es posible una participación equitativa de los consumidores en los beneficios que reporta el acuerdo. Sólo modificando ciertos aspectos del acuerdo que permitan superar tales deficiencias, garantizando un mínimo de competencia, podría lograrse que el efecto positivo que reporta el acuerdo supere la restricción de la competencia que el mismo produce. Se debe, en definitiva, eliminar las barreras de entrada a posibles competidores.

9. Estas observaciones llevan a las partes a elaborar una serie de *compromisos*, igualmente publicados y a los que se efectuaron observaciones hasta llegar a adoptar, tras importantes negociaciones, la forma definitiva. Básicamente estos compromisos, que tienen por objeto eliminar las barreras a la entrada de nuevos operadores. Se concretan en cuatro actuaciones: 1) cesión de franjas horarias, 2) permitir a nuevos operadores participar en los programas de fidelización de clientes, 3) elaboración de acuerdos interlínea y de prorrateo y 4) facilitar la celebración de acuerdos de transporte intermodal. A partir de estos compromisos, que modulan los acuerdos inicialmente notificados, la Comisión, con fecha 7 de abril de 2004, adopta una Decisión por la que se declaran exentos con base en el art. 81.3 TCE, de la prohibición del art. 81.1 TCE, por un periodo de seis años, los acuerdos de transporte aéreo regular de pasajeros propuestos por las sociedades Air France y Alitalia, dejando al margen de la exención el acuerdo relativo al transporte aéreo de mercancías, aún pendiente de negociación, y el acuerdo sobre los servicios de asistencia en tierra, por estar excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento 3975/87.

Mercedes Sabido Rodríguez

Caso N.º 2. Ententes: STJCE 29 abril 2004, C-359/01 P, British Sugar plc/Comisión

NOTA

10. British Sugar plc interpone, ante el TJCE, recurso de casación contra la sentencia de 12 de julio de 2001 dictada por el Tribunal de Primera Instancia en los asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98. La resolución recurrida desestimó los recursos de anulación interpuestos por Tate & Lyle plc, British Sugar plc y Napier Brown & Co. Ltd, contra la Dec.Com. 14 octubre 1998, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 TCE, en la que se impone a las recurrentes multas por infracción del art. 81.1 TCE.

11. En su sentencia, el TPI desestimó las alegaciones de British Sugar plc, recurrente en casación, confirmando la Decisión de la Comisión en el sentido de considerar que la actuación de aquella constituía una práctica concertada prohibida por el art. 81.1 TCE.

El precepto citado prohíbe los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas entre empresas que restrinjan la competencia afectando al comercio entre los Estados miembros. Tratándose de conceptos autónomos, los tribunales comunitarios han ido delimitando el *concepto de acuerdo, decisión o práctica concertada* del precepto citado, considerando que en el mismo son subsumibles todo acuerdo de voluntad, expreso o tácito, entre empresas. Admitiéndose que las ententes pueden adoptar una pluralidad de formas, en todas ellas aparece como común denominador la concurrencia de una pluralidad de voluntades (A.L. Calvo Caravaca/J. Carrasosa González, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, 2003, pp. 855 y ss). La calificación de una actuación como acuerdo en el sentido del art. 81.1 TCE debe efectuarse, por tanto, tomando en consideración el contexto real en el que el mismo se desarrolla. En esta línea, el TPI en la sentencia recurrida considera práctica concertada la celebración de distintas reuniones entre empresas del mercado del azúcar. Entiende el tribunal que estas reuniones en las que, como ha quedado acreditado, British Sugar plc informó de sus precios en el mercado del azúcar, pueden considerarse como un acuerdo en el sentido del art. 81.1 TCE. Analizado el mercado de referencia, la posición que ocupan las partes en el mismo y el contenido y naturaleza de las reuniones concluye que son actos de coordinación a través de los cuales British Sugar plc condiciona la conducta de otras empresas asistentes en el mercado del azúcar, al reducir la incertidumbre sobre las conductas relativas a los precios del mayor productor de azúcar inglés. Además, a esta circunstancia se añaden otros elementos, también acreditados en el proceso, como la intención tanto de la empresa ahora recurrente como de la sociedad Tate & Lyle de excluir las importaciones en este sector del mercado.

Quizá ninguno de los datos, objetivos y subjetivos a los que se ha hecho referencia, entre otros, las reuniones en las que se informa de precios y la intención de las empresas, hubieran podido servir para justificar, de forma aislada, la calificación de la actuación como una *práctica concertada*. Sin embargo, analizados conjuntamente, acreditan que más que una mera intención informativa se trataba de una información tendente a impedir las importaciones de azúcar en el Reino Unido.

12. La Comisión se hace eco de las novedades que introdujo la STPI en relación con el concepto de acuerdo, decisión o práctica concertada del art. 81.1 TCE en las directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (DO C 101 de 27 abril 2004) al señalar que existe una coordinación de comportamientos o colusión entre empresas a efectos del 81.1 TCE cuando «(...) de resultados de contactos entre ambas empresas, desaparezca o, al menos, quede sustancialmente reducida la incertidumbre sobre sus conductas en el mercado» (cdo. 15).

13. El TJCE en la sentencia de 29 abril 2004, desestimando las pretensiones de la recurrente, confirma la resolución impugnada. Dos son los motivos en los que British Sugar plc fundamenta el recurso de casación solicitando la anulación de la sentencia recurrida y de la decisión controvertida: la incidencia sobre el comercio entre Estados miembros y la desproporcionalidad de la multa impuesta. Por su interés, centraremos nuestra atención en el análisis que el TJCE realiza del primero de ellos.

14. Alega la recurrente que el TPI erró al apreciar la incidencia de las reuniones controvertidas en el comercio de los Estados miembros. En su opinión, una práctica colusoria que se extiende al *territorio de un Estado miembro* no tiene, en sí misma, influencia sobre el comercio entre Estados miembros, debiendo acreditarse, para que tal actuación sea subsumible en el ámbito del art. 85.1 TCE, que el supuesto efecto potencial sobre los intercambios entre Estados miembros es sensible. De este modo, considera que los hechos en los que el tribunal fundamenta su decisión no acreditan que la práctica concertada tenga efectos sensibles sobre los intercambios entre Estados miembros.

Para que un acuerdo, decisión o práctica concertada esté prohibido con base en el art. 81.1 TCE, debe restringir la competencia afectando al *comercio entre Estados miembros*. Debe, pues, valorarse si el acuerdo restringe o no la competencia. Valoración que ha de efectuarse atendiendo al contexto real en el que se desarrollaría la competencia de no existir dicho acuerdo. Éste estará prohibido cuando sea probable que tenga sensibles efectos negativos sobre la competencia en el mercado de referencia, afectando a los precios, la producción, la calidad o variedad de productos, o la

innovación. A efectos del art. 81.1 TCE, debemos distinguir los acuerdos que tienen por *objeto* restringir la competencia, de aquellos otros que, aun no teniendo este objeto, tienen como *efecto* la restricción de la competencia. Esto es, se distinguen las restricciones por objeto y las restricciones por efecto. Para enmarcar, dentro de esta clasificación, los distintos acuerdos deben analizarse su naturaleza y contenido, su finalidad, el contexto el que se desarrolla así como la conducta y el comportamiento de las empresas que en él participan. Las reuniones celebradas entre varias empresas intervinientes en el mercado del azúcar a través de las cuales una de ellas, la única transformadora británica que produce azúcar a partir de la remolacha, informa de sus precios, se configura como acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia. De otra parte, como ha quedado acreditado, esta empresa junto con Tate & Lyle, también participante en las reuniones, tenían intención de limitar la competencia. Aun no resultando decisivo este elemento subjetivo para calificar la conducta, si es un dato relevante para confirmar que nos encontramos ante un acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia. Siendo así, no es necesario acreditar que este efecto negativo sobre la competencia se produce. No es necesario demostrar la existencia de estos efectos reales de restricción de la competencia. Son restricciones que, por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia.

Tratándose de acuerdos que restringen la competencia las normas comunitarias exigen que afecten al comercio entre Estados miembros. *Afectación y restricción son elementos independientes*. La afectación al comercio entre Estados miembros es un criterio propio de Derecho comunitario a través del cual se determina el ámbito de aplicación de las normas de la competencia. Limita el alcance de los arts. 81 y 82 TCE. Frente a las alegaciones de la recurrente, el TJCE considera que el hecho de que una práctica colusoria se extienda al territorio de un Estado miembro no es suficiente para excluir que la misma pueda afectar a los intercambios intracomunitarios. Debe analizarse, atendiendo a las circunstancias de hecho y de Derecho que rodean el supuesto, que tal actuación no afecta al comercio entre Estados miembros. En esta línea, la política de precios de British Sugar plc y otras empresas participantes en las reuniones, se extendía al territorio del Reino Unido. Para determinar si esta conducta produce efectos en los intercambios intracomunitarios debe analizarse, como acertadamente realiza el Tribunal en la resolución recurrida, las circunstancias que rodean el supuesto. Debe delimitarse el mercado del producto de referencia, que se define como el mercado del azúcar blanco granulado, y la posición de las empresas en el mismo, llegando a concluir que los participantes en las reuniones representaban casi el 90% del azúcar comercializado en dicho Estado miembro. Como afirma el TPI, tratándose de un mercado permeable a las importaciones, los partici-

pantes en una práctica colusoria relativa a los precios interiores sólo pueden conservar su cuota de mercado protegiéndose contra la competencia extranjera (STJCE 11 julio 1989, *Belasco y otros/Comisión*, 246/86, Rec. p. 2117). A partir de estos datos, la posibilidad de que tal actuación pueda afectar a los intercambios entre Estados miembros es muy elevada. Se puede, por tanto, presumir, con probabilidad suficiente que la conducta de la recurrente puede influir, directa o indirectamente, sobre las corrientes de intercambios intracomunitarios, en el sentido de perjudicar la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados miembros (SSTJCE de 9 de julio de 1969, *Völk*, 5/69, Rec. p. 295, apartado 5; de 29 de octubre de 1980, *Van Landewyck y otros/Comisión*, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 171, y de 31 de marzo de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö*, asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 143; SSTPI de 22 de octubre de 1997, *SCK y FNK/Comisión*, asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739, apartado 175, y de 8 de octubre de 1996, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-24/93 a T-26/93 y T-28/93, Rec. p. II-1201, apartado 201).

Mercedes Sabido Rodríguez

Caso N.º 3. Ententes: STPI de 29 de abril de 2004, Tokai carbón Co. Ltd y otros/Comisión de las Comunidades Europeas As. T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01

NOTA

15. La sentencia resuelve el recurso formulado por distintas empresas productoras de electrodos de grafito frente a la Decisión de la Comisión 2002/271, de 18 de julio de 2001 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 TCE.

En enero de 2000 la Comisión emite un pliego de cargos contra las empresas Tokai (Japón), SGL (Alemania), Nipón (Japón), Showa (Japón), Graftech (Estados Unidos), SEC (Japón), Carbide (Estados Unidos) demandantes, y contra VaW (Alemania) por haber procedido, a escala mundial, a fijar precios y repartir mercados nacionales y regionales.

La duración de la infracción se establece con carácter general entre mayo de 1992 y 1998 aunque no en todas las empresas la participación se establece en las mismas fechas.

Por todo ello se imponen a las empresas multas de diversa cuantía y un período de pago de las mismas.

Los hechos de los que trae causa el asunto se producen ante un grupo de empresas de diversas nacionalidades entre las que se encuentran las ci-

tadas (alemanas, norteamericanas y japonesas) que abastecían el mercado europeo de electrodos de grafito.

Cabe destacar que en 1997 funcionarios de la Comisión llevan a cabo inspecciones por sorpresa en los locales de diversas empresas en Alemania y en Francia, el mismo día en que el FBI realizó investigaciones en los locales de varios productores a raíz de los cuales se incoan procedimientos penales contra algunas de las empresas por conspiración. Todas ellas fueron halladas culpables y condenadas al pago de multas de diversa cuantía por parte de las autoridades americanas.

Junto con las sanciones de carácter penal, un grupo de compradores ejercita en Estados Unidos acciones civiles para reclamar daños y perjuicios contra las empresa infractoras.

En Canadá se siguen igualmente procedimientos penales contra las empresas que fueron declaradas culpables y aceptaron el pago de una multa. Igualmente se ejercieron acciones civiles contra algunas de las empresas.

Las pretensiones de las empresas puede resumirse en una anulación o reducción sustancial de las multas impuestas tomando como base el hecho de que la Comisión no había tenido en cuenta las sanciones impuestas a las empresas por otras autoridades de competencia o que no había aplicado correctamente el documento de cálculo de las sanciones o el de cooperación. En algún supuesto se solicita la anulación de la decisión por contener hechos no considerados veraces.

Los argumentos de las partes se pueden resumir del siguiente modo.

16. Se alega falta de respeto a los derechos de defensa al no facilitarse *acceso completo* al expediente entendiéndose por tal el acceso a los documentos internos de la Comisión y una lista y resumen no confidencial de los citados documentos. § 37.

El TPI aclara que la Comisión debe poner de manifiesto el contenido íntegro del expediente de instrucción a excepción de los documentos que contengan secretos comerciales de otras empresas u otros documentos internos de la Comisión. Sin embargo, la demandante no formuló petición alguna en este sentido durante el procedimiento y la Comisión *no está obligada a facilitar esta información a iniciativa propia* § 39. Por otra parte, el acceso a los documentos internos de la Comisión sólo se justifica en los casos excepcionales, basados en indicios serios que corresponde a la parte interesada facilitar. § 40.

17. Se alega el *carácter no definitivo del pliego de cargos*. Cabe recordar en este punto, tal como lo hace el Tribunal § 45, que el procedimiento establecido por la Comisión no está dividido en dos fases independientes como sucede en los procedimientos penales internos de muchos ordenamientos de los Estados. De hecho, se considera posible que la Comisión

comunique a las partes interesadas nuevos documentos que considere que apoyan su tesis, después de emitir el pliego de cargos, siempre que las empresas tengan tiempo suficiente para expresar su opinión al respecto. El respeto al derecho de defensa de las partes se considera respetado si los interesados pueden conocer efectivamente los comportamientos que les reprocha la Comisión y este requisito se cumple cuando la decisión final no imputa a los interesados infracciones diferentes de las mencionadas en el pliego de cargos y cuando sólo tiene en cuenta hechos sobre los que han tenido posibilidad de justificarse. §47.

18. Sobre la labor del *Consejero auditor* se plantea el hecho de que al no incluir en su informe todas las pretensiones de las partes, éste se convierte en ilegal.

Sobre esta cuestión aclara el Tribunal que no le corresponde al Consejero reunir todos los motivos de orden procesal invocados por los interesados durante el proceso administrativo, sino únicamente los motivos pertinentes para apreciar si el procedimiento administrativo se desarrolló legalmente.

19. Se alega que la Comisión *no ha acreditado de modo suficiente la participación de una de las empresas* en la infracción, teniendo en cuenta que la carga de la prueba de la infracción recae en la parte que la alega.

En respuesta a esta afirmación se establece que, en caso de que la empresa no hubiera estado de acuerdo con las afirmaciones de la Comisión, debería haberlas rebatido en su respuesta al pliego de cargos porque de ese modo, la Comisión podría haber profundizado en sus investigaciones y aportar pruebas adicionales. Sin embargo la empresa no consultó el expediente ni compareció a la audiencia subrayando su voluntad de cooperación con el fin de pretender reducir la cuantía de la multa. § 106.

El Tribunal considera que, si bien no existe reconocimiento expreso por parte de la empresa inculpada por el hecho de acceder a colaborar, la Comisión debe acreditar los hechos y la empresa disfruta de la libertad de desarrollar en el marco del procedimiento contencioso todos los motivos de defensa que considere oportunos, cuando la empresa ha reconocido en el procedimiento administrativo la veracidad de los hechos de manera expresa, clara y precisa, los hechos deben considerarse probados sin que sea posible para la empresa impugnarlos en el contencioso. §108 Cuando la conclusión no se deriva de una aceptación expresa sino de un conjunto de elementos como el comportamiento objetivo con la Comisión, declaraciones generales y no negación de los hechos, no puede impedirse a la empresa que alegue los hechos ante el Tribunal.

Ello no obstante, el Tribunal, en ejercicio de su competencia de plena jurisdicción, incrementa la multa a la citada empresa considerando que, después de haberse beneficiado de una reducción de la multa por no haber

discutido la materialidad de los hechos tenidos en cuenta por la Comisión en el procedimiento administrativo pone en tela de juicio la veracidad de esos hechos por primera vez ante el Tribunal de Primera Instancia. § 113.

20. Una de las cuestiones más relevantes y controvertidas de la sentencia que se está analizando es la alegación de *violación del principio de no acumulación de sanciones impuestas por la Comisión de autoridades de terceros Estados*.

Las alegaciones de las partes en este sentido, pueden resultar interesantes.

Mantienen que la regla de no acumulación de sanciones por una misma infracción está basada en los principios de equidad y proporcionalidad, y que ambos principios se encuentran reconocidos por el Derecho Constitucional de la Unión Europea, y han sido confirmados por el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO 2000, C 364, p. 1), por los artículos 54 a 58 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO 2000, L 239, p. 19), firmado el 19 de junio de 1990 en Schengen (Luxemburgo). Además, el principio *non bis in idem* se protege igualmente por el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, tal como lo interpreta, en particular, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2001, Fischer c. Austria.

Tal como ya se había recogido en sentencias precedentes, partiendo de la ya clásica del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1972, Boehringer/Comisión (7/72, Rec. p. 1281), la Comisión debe tener en cuenta las sanciones impuestas a las empresas cuando los hechos de que se les acusa sean idénticos en los distintos procedimientos sancionadores. Según las alegaciones de las partes, la Comisión, no reduciendo la cuantía de las sanciones en este caso, contradice también la jurisprudencia del Tribunal en las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1969, Walt Wilhelm y otros (14/68, Rec. p. 1), apartado 11, así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, Sotralentz/Comisión (T-149/89, Rec. p. II-1127), apartado 29, y de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión (asuntos acumulados T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. p. II-931), § 96, según las cuales la exigencia general de equidad implica que, al fijar la cuantía de una multa, la Comisión está obligada a tener en cuenta las sanciones que

se hayan impuesto a la misma empresa por el mismo hecho. Se contradirían además las afirmaciones realizadas por el Director General de la Competencia, Alexander Schaub, que habría afirmado que se descontarían las sanciones impuestas por autoridades de Estados Unidos. § 124.

No puede desconocerse, según las demandantes, que la Comisión reconoce en su decisión el carácter mundial de los acuerdos que son objeto de infracción y sanción.

Se subraya igualmente por alguna de las empresas que las sanciones impuestas por las autoridades procedentes de terceros Estados superan ya el límite máximo de las sanciones que puede imponer la Comisión (recogido en el momento de la Resolución en el art. 15 del entonces vigente R. 17).

En cualquier caso, además, debería subrayarse que la Comisión habría empleado como base para el cálculo de las sanciones el volumen de negocios mundial de las empresas, cuando el desvalor correspondiente a la infracción en los mercados estadounidense y canadiense se habría sin duda tenido en cuenta en los procedimientos seguidos por las autoridades extranjeras. Así consideran las empresas que el mercado relevante para calcular el monto de la sanción, debería ser el mercado europeo.

En el mismo sentido, se considera que uno de los elementos que la Comisión tiene en cuenta al calcular el montante de una sanción es el efecto disuasorio de la misma, efecto que ya se habría cubierto por las sanciones impuestas por las autoridades de los terceros Estados.

21. La Comisión consideró que las sanciones impuestas por otras autoridades sólo tienen en cuenta los efectos contrarios a la competencia del cártel en el ámbito territorial de esas autoridades y que un mismo hecho puede constituir una infracción para varios ordenamientos jurídicos. Sobre el posible efecto disuasorio, alega que el principal criterio de cálculo de las sanciones es la gravedad de las infracciones, por lo que éste no podría ser elemento que justifique la reducción de la sanción.

22. El Tribunal de Primera Instancia comienza reconociendo la relevancia del principio *non bis in idem*. Precisa, sin embargo, su alcance y cuestiona su aplicación a los hechos objeto de análisis.

Comienza afirmando que en el ámbito del Derecho de la competencia comunitario, dicho principio prohíbe que se condene a una empresa o que la Comisión inicie de nuevo un procedimiento sancionador en su contra por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya haya sido sancionada o del que la Comisión la haya declarado no responsable mediante una decisión anterior que no puede ser objeto de recurso. De la citada afirmación parecería desprenderse que lo relevante sería la identidad de comportamiento, siendo indiferente cuál fuese la autoridad que hubiese sancionado previamente.

Sin embargo, siguiendo con la doctrina que había venido afirmando desde las sentencias históricas en la materia, el Tribunal continúa precisando las siguientes cuestiones.

El principio no recibiría aplicación en los casos en que los procedimientos sancionadores iniciados tomando como base los mismos hechos, persiguiesen objetivos diferentes. Es lo que tradicionalmente se ha venido en denominar la teoría de la relevancia del interés jurídicamente protegido (Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, Buchler/Comisión, 44/69, Rec. p. 733, § 52 y 53 y las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer de 11 de febrero de 2003, Italcementi/Comisión, C-213/00 P, Rec. p. I-0000, § 89). En su afirmación parece igualmente que el Tribunal reconoce relevancia a cual fuera la autoridad que hubiese iniciado el proceso sancionador, dado que asume la acumulación de sanciones, cuando los procedimientos se hayan iniciado por autoridades nacionales y comunitarias. Siguiendo con la doctrina asentada, el respeto del principio de proporcionalidad exigirá que al fijar la cuantía de una multa, la Comisión tenga en cuenta las sanciones que ya se han impuesto a la misma empresa por el mismo hecho, si se trata de sanciones impuestas por infracciones al Derecho de la competencia de un Estado miembro y, por consiguiente, cometidas en territorio comunitario.

El Tribunal de Justicia considera que el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH implica que los tribunales de un Estado no podrían juzgar o sancionar una infracción por la que la persona procesada ya haya sido absuelta o condenada en dicho Estado. En cambio, el principio *non bis in idem* no prohíbe que una persona sea procesada o sancionada más de una vez por un mismo hecho en dos o más Estados distintos. Por consiguiente, la sentencia Fischer c. Austria, carece de pertinencia en el presente litigio, ya que fue dictada con arreglo al artículo 4 del citado Protocolo y se refiere a dos condenas pronunciadas en un mismo país. La aplicación del principio con carácter internacional sólo podría derivarse de la aplicación de normas de carácter internacional que vincularan a los distintos Estados afectados inmersos en un proceso de integración. El artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales, establece que nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley. Ese texto sólo podría aplicarse en el caso de que exista una resolución absolutoria o de condena que haya sido pronunciada en el territorio comunitario.

Así, el hecho de que la confluencia de sanciones en el caso que se analiza se produzca respecto de otras impuestas por autoridades procedentes de terceros Estados se analiza desde dos perspectivas diferentes:

La primera teniendo en cuenta que no existe Convenio Internacional vigente entre los países afectados en que se reconozca la vigencia del prin-

cipio *non bis in idem*. Los convenios internacionales vigentes en la Unión y que por lo tanto inspiran la actuación de la Comisión, no vinculan al resto de autoridades que han sancionado las conductas en el caso que nos ocupa. De hecho, según las opiniones vertidas por el Tribunal, podría considerarse un presupuesto para que pudieran existir los citados Convenios el hecho de que existieran normas comunes en materia de defensa de la competencia.

Además, el hecho de proceder las sanciones de autoridades procedentes de terceros Estados, implicaría casi por definición la existencia de intereses jurídicamente protegidos diferentes en los procedimientos en presencia. El hecho de que los acuerdos sancionados tuvieran escala mundial, y que ese hecho fuera reconocido por las autoridades estadounidenses o canadienses, no implicaría que las autoridades de los citados países hubieran impuesto las sanciones teniendo en cuenta el desvalor completo de las acciones sancionadas. De hecho, en el caso de que esas autoridades hubieran tenido en cuenta los efectos de los acuerdos en el mercado comunitario podría incluso considerarse una injerencia inaceptable en la jurisdicción de la Comisión.

Algo parecido podría decirse de la alegación realizada por las partes en virtud de la cual las sanciones impuestas previamente por las autoridades de terceros Estados hubieran cubierto la función disuasoria exigiendo una moderación de la sanción. La Comisión tiene encomendada la función de proseguir la política general en materia de competencia y las sanciones impuestas por otras autoridades no pueden menoscabar su función sancionadora.

Por todas estas razones el Tribunal desestima las pretensiones de las demandantes.

23. Resulta interesante, por divulgativo, el análisis que hace la sentencia de la Comunicación sobre cómputo de las sanciones y la clasificación que realiza de las infracciones, teniendo en cuenta su gravedad, naturaleza, incidencia en el mercado y duración para considerarla infracción muy grave y posteriormente la clasificación que realiza de las empresas participantes en tres categorías para moderar el importe concreto de las sanciones, la determinación de las circunstancias agravantes y atenuantes.

Las empresas reprochan a la Comisión, haberse apartado del criterio del volumen de negocios para establecer el montante de las sanciones, tomar en consideración el volumen de negocios mundial y no probar que la elevación de los precios dependiera del cártel, separarse del precedente estableciendo sanciones claramente superiores a las que se habían impuesto hasta ese momento. Este argumento se vincula con la quiebra del principio de proporcionalidad en el cómputo de la sanción. Las empresas japonesas alegaron igualmente que a la hora de determinar el importe

de las sanciones, debería haberse tenido en cuenta tan sólo el volumen de negocio en el EEE porque de otro modo se vulneraría la competencia territorial de la Comisión e igualmente se permitiría realmente medir la capacidad real de cada empresa de perjudicar seriamente la competencia en el EEE.

El Tribunal precisa que las Directrices sobre cálculo de las multas (de 1998, posteriores al momento en que se lleva a cabo la infracción) son aplicables porque no constituyen una alteración del marco jurídico establecido en el Reglamento 17 por lo que no vulneran el principio de irretroactividad ni el de seguridad jurídica. Por otra parte, los precedentes no implican que la Comisión no pueda agravar las penas.

Respecto de la elección del volumen de negocios, la Comisión puede, según la precisión del Tribunal partir del volumen de negocios de su elección en términos de base geográfica y de productos afectados. § 195.

En ese caso, ¿es razonable que se tome como base el volumen de negocios global de las empresas para calcular el importe de las sanciones cuando se permite que autoridades de terceros Estados sancionen el mismo comportamiento sin que quepa siquiera una moderación de las sanciones impuestas? El respeto del principio de proporcionalidad, el de intereses jurídicos protegidos, así como el respeto estricto del principio *non bis in idem*, deberían llevarnos a una interpretación diferente que supondría, la toma en consideración de las sanciones impuestas, si no, en algunos casos, la imposibilidad de nuevo enjuiciamiento o sanción.

Maria Pilar Canedo Arrillaga

Caso N.º 4. Ententes: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2004, Tokai carbón Co. Ltd y otros/Comisión de las Comunidades Europeas As. T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01

NOTA

24. La sentencia objeto de análisis es resultado de un recurso ante la Decisión de la Comisión 5083 de 17 de diciembre de 2002 en que se sanciona un set de acuerdos empresariales realizado por un grupo de empresas productoras de grafito especial.

Las empresas sujeto de la decisión de la Comisión habían sido objeto de investigación por parte de las autoridades estadounidenses que, tras encontrarlas culpables, habían decidido imponerles sanciones elevadas en el marco de un proceso penal. Las empresas solicitan la anulación de la Decisión de la Comisión o, subsidiariamente, la reducción en el importe de las multas impuestas.

25. Basan las demandantes sus alegaciones en diversos argumentos de entre los que destacaremos los fundamentales. Comienza la argumentación aduciendo que las empresas sancionadas no han tomado partido realmente en las infracciones al no haber participado las representantes de las empresas sancionadas en las reuniones más relevantes de alto nivel en que habían tomado las decisiones en que adoptan las medidas objeto de la infracción y por las relaciones de dependencia existentes entre las sucursales y las casas matrices que hacían imposible para las primeras llevar a cabo conductas de manera independiente de las segundas.

El Tribunal, basándose en la definición de empresa clásica del Derecho Comunitario y perfilada por el propio Tribunal y teniendo en cuenta las empresas realmente sancionadas no habían realizado labores que supusieran desmarcarse de las prácticas sancionadas, éstas deben considerarse responsables.

26. Uno de los argumentos fundamentales de la sentencia hace referencia a las alegaciones de las partes en relación con el posible cúmulo de sanciones que supone la decisión. Los hechos objeto de la misma habían sido sancionados previamente por parte de las autoridades estadounidenses de defensa de la competencia. Las sanciones impuestas por las autoridades de terceros Estados no se habían tenido en cuenta por la Comisión al calcular el importe de sus sanciones.

El Tribunal considera en su resolución que en los casos en que las infracciones estén basadas en el mismo grupo de acuerdos pero tengan diferentes objetos y ámbitos geográficos de aplicación, el principio *non bis in idem* no resultaría de aplicación.

Se rechaza igualmente por el Tribunal la alegación realizada por las partes en virtud de la cual en caso de asumir que se van a poder imponer dos sanciones no cabe calcular el volumen de negocio de la empresa sancionada basándose en el volumen de negocios mundial, dado que de este modo se sancionaría el desvalor que implican los hechos en más de una ocasión. Se mantiene de este modo que la toma en consideración del volumen de negocios sirve a la Comisión para analizar el impacto de las empresas en el mercado mundial afectado por la infracción.

27. Las empresas aducen igualmente una quiebra el principio *non bis in idem* al mantener la relación existente entre el asunto objeto de estudio y el denominado cártel de grafito en que las empresas habían sido sancionadas dentro de la Comunidad Europea por parte de la Comisión por un acuerdo conectado con el que en este momento se analiza

La Comisión, respaldada en este punto por el Tribunal, mantuvo en su decisión que los acuerdos objeto de los dos asuntos eran absolutamente diferenciados, razón por la cual no hay lugar a plantear una prohibición de

la doble sanción. No en vano, al ser los productos objeto de sanción, totalmente diferenciados, el hecho de que las empresas sancionadas coincidan no puede llevarnos a considerar que no se pueden imponer sanciones distintas. De otro modo, el beneficio económico que implica la infracción no sería sancionado en su totalidad y el desvalor generado no sería totalmente paliado.

28. Las alegaciones que hacen referencia a la protección de los derechos de defensa de las empresas partícipes se centran fundamentalmente en los derechos de audiencia, aunque las alegaciones son en realidad fácticas más que jurídicas, lo mismo que sucede con las circunstancias agravantes y atenuantes en que se analiza la mejor manera de aplicar las Directrices para el cálculo de las multas de 1998, sin que jurídicamente existan aportaciones dignas de ser destacadas en la resolución que comentamos.

29. En este caso se plantea la aplicación de las directrices sobre clemencia por cooperación directa con la Comisión. En este punto la discusión se centra, realmente en la naturaleza de las pruebas facilitadas por las partes a la Comisión. Así, si éstas no pueden considerarse «decisivas», no cabe esperar que reducciones sustanciales de las multas. Debe aclararse que las empresas no deben facilitar todas las pruebas necesarias para acreditar la infracción, pero sí resulta necesario que las pruebas facilitadas sean parte de las consideradas decisivas en la investigación.

María Pilar Canedo Arrillaga

Caso N.º 5. Ententes: STPI 8 julio 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión, T-44/00; STPI 8 julio 2004, Corus/Comisión, T-48/00; STPI 8 julio 2004, Dalmine/Comisión, T-50/00; STPI 8 julio 2004, asuntos acumulados JFE Engineering/Comisión, T-67/00, Nippon Steel/Comisión, T-68/00, JFE Steel/Comisión, T-71/00, y Sumitomo Metal Industries/Comisión, T-78/00

NOTA

30. La parte demandante en estos procesos recurrió ante el TPI la Dec. Com. 8 diciembre 1999, *Tubos de acero sin soldadura*, DO L 140 de 6 junio 2003. Según esta Decisión, ocho empresas fabricantes de tubos de acero sin soldadura, cuatro europeas y cuatro japonesas, habían infringido el art. 81 TCE, al haber formado una entente, en virtud a la cual, se comprometían a respetar los *mercados nacionales* de las demás empresas. Las empresas infractoras habían celebrado acuerdos en el marco del llamado *Club Europa-Japón*. En esas reuniones acordaron respetar los mercados nacionales de las demás participantes, en lo que respecta a la venta de *tubos*

estándar —tubos de sondeo, que pueden ser lisos o con rosca— y *tubos de transporte* —de petróleo y gas—.

La Comisión también consideró que las empresas comunitarias habían pactado el *reparto del mercado del Reino Unido*, en relación con la venta de tubos lisos, y que este comportamiento constituía otra práctica ilícita en virtud del art. 81 TCE; si bien no la sancionó por entender que no era más que un instrumento para poder seguir respetando las normas creadas en el seno del *Club Europa-Japón*.

31. Siete de las ocho empresas destinatarias de la Decisión interpusieron recurso contra la misma ante el TPI. En cada recurso hay motivos diferentes aducidos en contra de la Decisión antes mencionada; sin embargo, las alegaciones respecto del importe de la multa impuesta fueron similares —al menos en lo que se refiere a la aplicación de las *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 15.2 del Reglamento n.º 17 y del art. 65.5 del Tratado CECA*. Las respuestas del TPI respecto de este tema, por supuesto, también fueron las mismas.

32. En el comentario que a continuación se expone, se ha tenido como referencia principal la STPI T-44/00, salvo algún aspecto que expresamente se señalará. Se debe tener en cuenta, por tanto, que las consideraciones que realiza el TPI en esta sentencia, siempre respecto a la aplicación de las Directrices, son trasladables al resto de sentencias en la que medida en que coincidan los motivos alegados por las partes en relación con dichas Directrices.

33. El TPI determinó que la Comisión tiene *margen de apreciación* a la hora de fijar el importe de las multas impuestas, con los límites que recoge el Reglamento n.º 17 —en la actualidad derogado por el Reglamento 1/2003— (apartado 228), y «respetando el Derecho comunitario, que no sólo incluye las disposiciones del Tratado, sino también los principios generales del Derecho» (apartado 572 de los asuntos acumulados T-67/00, T-68/00, T-71/00, T-78/00). No obstante, prosiguió el Tribunal, la Comisión no puede obviar las normas que se ha dado a sí misma y, por ello, debe tener en cuenta lo recogido en las Directrices (apartado 231). Por tanto, al determinar la *gravedad del comportamiento*, la Comisión deberá considerar la *naturaleza de la infracción*, las *repercusiones concretas sobre el mercado y la dimensión del mercado geográfico afectado* (punto 1.A) de las Directrices).

34. La Comisión, según el TPI, tuvo en cuenta el *pequeño tamaño del mercado afectado* (19%), para reducir en un 50% la multa mínima que se debe imponer en el caso de infracciones muy graves (apartado 241). El reparto del mercado es un infracción calificada por la Comisión en las Di-

rectrices como *muy grave* y el importe mínimo de la multa a imponer debía ser de 20 millones de ecus: la Comisión impuso una multa de 10 millones de ecus. Esta reducción del 50% del importe mínimo de la multa se consideró suficiente, debido a que, si fuera mayor, el efecto disuasorio de la multa perdería su razón de ser para infractores que, como los denunciados, disponen de un elevado poder económico (apartado 242, en aplicación del párrafo cuarto del punto 1. A] de las Directrices).

35. Por último, por lo que se refiere a la gravedad de la infracción, el TPI aclara que el *límite máximo de multa* fijado en el Reglamento n.º 17, del 10% del volumen de negocio de la empresa infractora, no debía interpretarse como una consideración del tamaño de aquélla a la hora de fijar la multa. En efecto, el tamaño de la empresa no debe tenerse en cuenta de manera que las multas sean proporcionales a la capacidad económica de los destinatarios de las mismas (apartado 228).

En este mismo sentido, el párrafo sexto del punto 1) A. de las Directrices recoge que «en caso de las infracciones en las que están implicadas varias empresas (cárteles), podrá resultar conveniente ponderar, en determinados casos, los importes fijados dentro de cada una de las tres categorías preexpuestas para tomar en consideración el peso específico y, por tanto, las repercusiones reales del comportamiento ilícito de cada empresa sobre la competencia, sobre todo cuando existe una disparidad considerable en cuanto a la dimensión de las empresas responsables de una infracción de la misma naturaleza». Y, de la misma manera que se expresó el TPI en relación con el límite máximo del 10% del volumen de negocio, se consideró que la Comisión dispone de flexibilidad a la hora de determinar el importe de la multa, y *el tamaño de la empresa infractora* es sólo un factor que puede tener en cuenta en los que casos que así lo requieran (apartados 246-247). De cualquier manera, en el presente asunto, las empresas destinatarias de la multa fueron consideradas, todas ellas, empresas de gran dimensión.

36. En cuanto a la *repercusión real del comportamiento ilícito de cada empresa*, el TPI consideró que la participación de los denunciados en la infracción estaba probada y que la puesta en práctica del acuerdo ilícito conllevó un impacto real sobre las condiciones de competencia en el mercado (apartado 252).

37. La empresa demandante alegó que, si bien es cierto que la Comisión redujo el importe de la multa en un 10%, teniendo en cuenta la circunstancia atenuante relativa a la *situación de crisis* que vivía el sector siderúrgico en el momento de los hechos, lo cierto es que, según aquélla, la Comisión debía haber reducido aún más la multa por concurrir otras tres circunstancias atenuantes: la no aplicación efectiva del acuerdo, el cese

de las infracciones desde el momento en que la Comisión comenzó sus investigaciones, y la cooperación de la demandante con la Comisión en el procedimiento (circunstancias atenuantes segunda, tercera y sexta de las Directrices).

38. El TPI consideró que la Comisión no debe tener en cuenta, por separado, cada una de las circunstancias atenuantes concurrentes, a los efectos de reducir la multa en un determinado porcentaje por cada una de ellas. *Las circunstancias atenuantes deben considerarse en su conjunto y la Comisión tiene pleno margen de actuación* a la hora de fijar el porcentaje que estima oportuno aplicar para reducir la multa, en función a todas las circunstancias que concurren en el supuesto (apartado 274).

Si bien es cierto lo anterior, la Comisión justificó la reducción del 10% de la multa por la situación de crisis que atravesaba en ese momento el sector siderúrgico; por lo tanto, de concurrir alguna circunstancia atenuante adicional —alegada por la demandante—, el porcentaje a aplicar para rebajar la multa debería ser mayor.

39. Analizando cada una de las tres circunstancias atenuantes alegadas por la demandante, el TPI determinó que:

- a) Respecto de la primera, «procede interpretar el segundo guión del punto 3 de las Directrices en el sentido de que la Comisión sólo está obligada a reconocer la existencia de una circunstancia atenuante por falta de aplicación efectiva de una concertación si la empresa que alega dicha circunstancia puede demostrar que se opuso clara y considerablemente a la aplicación de dicha concertación, hasta el punto de haber perturbado el propio funcionamiento de ésta, y que no dio la impresión de adherirse al acuerdo ni incitó así a otras empresas a aplicar el acuerdo ilícito de que se trata. En efecto, una vez que se ha acreditado la participación de una empresa en una concertación con sus competidores para repartir los mercados, el hecho de que la empresa no haya ajustado su conducta en el mercado a la convenida con sus competidores no constituye necesariamente un elemento que deba tenerse en cuenta, como circunstancia atenuante, al determinar la cuantía de la multa que debe imponerse (...)» (apartado 277) —criterio mantenido por el TPI en otras sentencias anteriores, *ad ex.*, STPI 14 mayo 1998, SCA Holding/Comisión, T-327/94, Rec.1998, p. II-1373—.
- b) En cuanto a la segunda, el Tribunal consideró que el cese de las infracciones debe venir motivado por el inicio de las actuaciones de la Comisión; por tanto, el comportamiento ilícito de las denunciadas debía existir en el momento en que la Comisión comienza

sus investigaciones y, precisamente por este comienzo del procedimiento, es por lo que las empresas infractoras debían haber dejado de actuar de forma ilícita —en el caso de autos, el comportamiento ilícito dejó de producirse antes de que la Comisión empezara su actuación (apartados 280 y 281)—. El Tribunal destacó también que la aplicación de esta circunstancia atenuante será menos oportuna cuando el comportamiento ilícito daña la competencia en el mercado de forma evidente —como, de hecho, se ha comprobado que ocurría en este caso (apartado 281)—.

- c) Por último, en lo que se refiere a la tercera circunstancia atenuante, el TPI afirmó que el sexto guión del punto tercero de las Directrices hace referencia a una «cooperación *efectiva* que haya facilitado la labor de la Comisión», pero que no pueda justificar una reducción de la multa al amparo de la Comunicación sobre cooperación (Comunicación de 18 de julio de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe, DO C 207 de 18 julio 1996) (apartado 308). En el presente caso, además, se había comprobado que la cooperación de la demandante no había facilitado la labor de la Comisión en el conocimiento y represión del comportamiento ilícito denunciado (apartado 309).

40. En la STPI T-50/00, el Tribunal analizó como posible circunstancia atenuante, en el marco de las Directrices, otro motivo diferente alegado por la demandante. Se trata de la *función pasiva del infractor* (primer guión del punto 3) de las Directrices). Sobre esta circunstancia el Tribunal se pronunció, considerando que la empresa demandante no había aportado ninguna prueba que acreditase que su función era meramente pasiva o seguidista. Además, continúa el Tribunal, «lo que llevó a incluir el mercado italiano en el acuerdo de reparto de mercados fue su presencia [de la empresa demandante] en el Club Europa-Japón» (apartado 295).

Juliana Rodríguez Rodrigo

Caso N.º 6. Ententes: Dec.Com. 9 diciembre 2004, Cloruro de colina, DO L 190 de 22 julio 2005.

NOTA

41. Los destinatarios (Akzo Nobel, BASF, Bioproducts, Chinook, Duchá y UCB) cometieron una *infracción única y continuada* del art. 81.1 TCE, y, a partir de 1 enero 1994, del art. 53.1 del Acuerdo del EEE. Tras recibir en abril de 1999 la solicitud de clemencia presentada por el proveedor estadounidense Bioproducts, la Comisión inició una investigación sobre el conjun-

to de la industria del cloruro de colina (que pertenece al grupo del complejo de vitaminas B hidrosolubles (vitamina B4) y se utiliza principalmente en la industria de alimentación animal como un aditivo alimentario tradicional). Durante el período investigado, los fabricantes que cometieron la infracción controlaban más del 80% del mercado mundial. Los fabricantes europeos controlaban cerca del 80% de la zona del EEE.

La Comisión descubrió que los acuerdos adoptados a nivel global y europeo formaban parte conjunta de un plan global que establecía las líneas de actuación de los miembros del cártel del cloruro de colina en el EEE y restringía su actuación comercial individual con el único objetivo económico de falsear las condiciones de competencia normales en ese mercado en el EEE. Los fabricantes norteamericanos participaron en dicho plan entre octubre de 1992 y abril de 1994 (un período de un año y seis meses) y los fabricantes europeos entre octubre de 1992 y septiembre de 1998 (un período de cinco años y once meses). Como la Comisión adoptó las primeras medidas para investigar la infracción el 26 mayo 1999, más de cinco años después de que dejaran de cometer la infracción los fabricantes norteamericanos Bioproducts, Chinook y Ducha, la infracción estaba prescrita respecto de ellos (arts. 1 Rgto. (CEE) 2988/74 y 25 del Rgto (CE)1/2003).

42. La Comisión parte de que la infracción cometida por Akzo Nobel, BASF y UCB, consistente en *fijación de precios* en el EEE, reforzada por el *reparto del mercado* y *acciones concertadas contra los competidores* de mercado, son *restricciones horizontales* , que, por su propia naturaleza, están entre las *más graves* violaciones de los arts. 81.1 TCE y 53. 1 del Acuerdo del EEE. Además abarcaban al conjunto del mercado común y, tras su creación, al EEE en su totalidad, a pesar de que no pudiera calcularse su impacto real.

En esta categoría de infracciones *muy graves* , la escala de multas permite aplicar un trato diferenciado a las empresas a fin de tener en cuenta la *capacidad económica* efectiva de los infractores para causar un daño significativo a la competencia. Por esta razón, la Comisión utiliza las cuotas de mercado globales de las empresas infractoras para determinar la importancia relativa de cada una de ellas: Chinook, el mayor operador de mercado en el mundo, con una cuota de mercado del 19,3 %, fue incluido en una primera categoría. DuCoa, con una cuota de mercado del 16,3 %, en la segunda categoría. UCB, Bioproducts y Akzo Nobel, con cuotas de mercado del 13,4 %, 12,2 % y 12,0 %, respectivamente, en la tercera categoría. Por último, BASF, con una cuota de mercado del 9,1 %, en la cuarta categoría.

En esa categoría de infracciones, la escala de multas también permite imponer multas que garanticen un efecto disuasorio adecuado, según el

tamaño de cada empresa. En 2003, ejercicio presupuestario anterior a la Decisión, el volumen de negocios de UCB fue de 3.000 millones €, el de Akzo Nobel de 13.000 millones € y el de BASF de 33.400 millones €. En atención a estas cifras, la Comisión aumenta la multa a Akzo Nobel y a BASF aplicándoles, respectivamente, un factor 1,5 y 2.

43. La Comisión aplica la circunstancia agravante de *reincidencia* a BASF, aumentándole en un 50 % el importe base de la multa, porque en el período en que se cometió la infracción, ya había sido objeto de decisiones de la Comisión sobre prohibición de actividades de cártel en otros sectores que, a la vista de esta nueva infracción, no la incitaron a cambiar el comportamiento del conjunto de la empresa. *No admite como circunstancias atenuantes:* que una empresa ponga *fin a la infracción* antes de la intervención de la Comisión pues esta conducta afecta a la duración de la infracción, no a la realización de la infracción; que no se llevara a cabo la infracción de *forma plena o eficaz* porque ninguno de los fabricantes que la invocan había indicado que deseara o que hubiera tomado alguna medida para abstenerse deliberadamente de poner en práctica los acuerdos a los que llegaron sobre el EEE durante el período en que los suscribieron; que hubiera durado mucho *tiempo* la investigación porque el tiempo sólo afecta al plazo de prescripción (según el art. 25.5 del Rgto. 1/2003, la prescripción se reputará alcanzada, a más tardar el día en que se cumpla un plazo igual al doble del de la prescripción, sin que la Comisión haya impuesto ninguna multa sancionadora ni coercitiva); que la industria del cloruro de colina estuviera en situación de *crisis* porque esta situación no autoriza a realizar una colusión secreta con los competidores para engañar a los clientes y a otros competidores; ni que se hubieran tomado *medidas disciplinarias* contra los empleados implicados en la infracción y por haber adoptado un programa de cumplimiento, porque tales medidas no pueden cambiar la realidad de la infracción ni la necesidad de sancionarla. La Comisión *considera, en cambio, circunstancia atenuante* que UCB fuese la *primera empresa que informó voluntariamente a la Comisión* de que, además de las reuniones a nivel global, los fabricantes europeos habían celebrado una serie de reuniones a nivel europeo que permitieron a la Comisión fijar la duración de la infracción en cinco años y once meses, por lo que le reduce el 25,8 % del importe base.

44. Se aplica al caso la Comunicación de 1996, porque el punto 28 de la Comunicación de 2002 establece esa posibilidad cuando varias empresas hubieran solicitado clemencia antes del 14 febrero 2002, fecha en que la de 2002 sustituía a la de 1996. En aplicación de esta última Comunicación se establecieron reducciones en la multa a las empresas que cooperaron con la Comisión en diversas fases de la investigación. A BASF se le reduce el 20 % la multa prevista en razón a que las pruebas presentadas

contribuyeron a determinar la existencia de la infracción y a que, tras recibir el pliego de cargos, no cuestionó sustancialmente los hechos en los que la Comisión basaba sus alegaciones, a excepción de determinadas correcciones de hechos que la Comisión aceptó. A UCB, por haber informado voluntariamente a la Comisión de nueve reuniones del cártel celebradas a nivel europeo, entre 1994 y 1998, haber mencionado a los participantes y haber facilitado una breve descripción general del contenido de las reuniones, en un momento en que la Comisión no tenía conocimiento de ninguna reunión a nivel europeo, le concede una reducción del 30 %. Este mismo porcentaje fue concedido a Akzo Nobel tras tener en cuenta que si bien el informe sobre los acuerdos europeos fue tan valioso para la Comisión como la información y las pruebas sobre los acuerdos presentadas anteriormente por UCB, llegó dos años y medio más tarde, pero, a diferencia de UCB, no cuestionó los hechos en los que la Comisión basaba sus alegaciones.

Manuela Eslava Rodríguez

Caso N.º 7. Ententes: STJCE 28 junio 2005, Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P), Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH y otros (C-202/02 P), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P), LR af 1998 A/S (C-206/02 P), Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P), LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P) y ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P)/Comisión, Tubos de calefacción urbana (tubos preaislados), Asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P

NOTA

45. La presente sentencia es consecuencia de los recursos de casación interpuestos por Dansk Rørindustri, grupo Henss/Isoplus, KE KELIT, LR A/S, Brugg, LR GmbH y ABB solicitando la anulación de las SSTPI 20 marzo 2002, *Dansk Rørindustri/Comisión (T21/99)*, *HFB y otros/Comisión (T9/99)*, *KE KELIT/Comisión (T17/99)*, *LR AF 1998/Comisión (T23/99)*, *Brugg Rohrsysteme/Comisión (T15/99)*, *Lögstör Rör/Comisión (T16/99)* y *ABB Asea Brown Boveri/Comisión (T31/99)* que confirman en lo sustancial la Dec.Com. 21 octubre 1998, *Cártel en el mercado de los tubos preaislados (DO 1999, L 24)*, en la que se declaró probada la participación de diversas empresas en un *cártel de dimensiones comunitarias*, que nació en Dinamarca, pero cuyo objetivo a largo plazo fue desde el principio el control de todo el mercado común. Según la Comisión, este acuerdo continuado entre los productores tuvo un efecto significativo en el comercio entre los Estados miembros.

En su motivación jurídica, el TJ aporta algunas precisiones sobre si debe tener personalidad jurídica la «entidad económica» a efectos de la imputación de la infracción de las normas de la competencia, el alcance de la participación en las reuniones y la aplicación de la *Comunicación de la Comisión sobre las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 15.2 del Rgto. 17 y del art. 65.5 TCECA (DOCE C 9, 14.01.1998)* a infracciones anteriores a su publicación (Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, 1176-1.184).

46. Con el fin de destruir la *imputación de la infracción al grupo* por haber participado el titular de participaciones en el capital en unas reuniones cuyo objeto era contrario a la competencia, Henss/Isoplus alega que, conforme al art. 1 del Protocolo 22 del Acuerdo sobre el EEE, de 2 mayo 1992, el *concepto de empresa* a efectos de las normas sobre competencia designa cualquier entidad jurídica («Rechtssubjekt» en la versión alemana) que lleve a cabo actividades de naturaleza comercial o económica. En consecuencia, para que una infracción cometida por una empresa con personalidad jurídica propia pueda ser imputada a la sociedad holding matriz, cuando ésta controla a aquélla y constituyen una misma unidad económica, es necesario que ésta tenga, por su parte, personalidad jurídica, pero una persona física, no puede ser calificada de empresa por su condición de socio o de titular de participaciones en el capital.

El TJ recuerda que empresa en Derecho de la competencia es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación (STJCE 19 febrero 2002, *Wouters y otros*), y que ese concepto no exige que la unidad económica de que se trate tenga personalidad jurídica, sin que desvirtúe tal interpretación el *sujeto de Derecho* («Rechtssubjekt») de la versión alemana del art. 1 del Protocolo 22 del Acuerdo sobre el EEE, pues esta noción no excluye a las personas físicas y falta en las demás versiones lingüísticas, que sólo contienen el concepto de entidad. Cualquier conducta contraria a la competencia de una empresa puede imputarse a otra cuando aquélla no ha determinado de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que ha aplicado, esencialmente, las instrucciones impartidas por esta última, teniendo en cuenta, en particular, los vínculos económicos y jurídicos que las unían (STJCE 16 noviembre 2000, *Metsä-Serla y otros/ Comisión*). Es cierto que el hecho de que el capital social de dos sociedades mercantiles distintas pertenezca a una misma persona o familia no es suficiente, por sí solo, para acreditar que existe entre esas sociedades una unidad económica que permita imputar las actuaciones de una a la otra y obligar a una a pagar una multa por la otra (STJCE octubre 2003, *Aristrain/*

Comisión), pero el TPI afirmó la existencia de una unidad económica una vez acreditado que esa persona controlaba las sociedades porque poseía (ella o su esposa) la totalidad o la práctica totalidad de las participaciones sociales, desempeñaba funciones esenciales en los órganos de dirección de dicha sociedades, representaba a las diferentes empresas en las reuniones del club de directivos, y porque el cártel atribuyó una cuota única a dichas empresas.

47. El TJ reitera, conforme a la STCE 7 enero 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, que acreditada la *participación en tales reuniones*, la empresa debe aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las mismas no estaba guiada por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que participaba con unas intenciones diferentes a las de éstos. La aprobación tácita de una iniciativa ilícita, sin distanciamiento público de su contenido o sin denuncia a las autoridades administrativas, incita a continuar con la infracción y dificulta su descubrimiento. Se trata de una *participación pasiva* en la infracción que conlleva la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único incluso cuando la empresa no aplique los resultados de una reunión, a menos que se distancie públicamente de su contenido, pues a efectos del art. 81.1 TCE basta con que un acuerdo tenga por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, independientemente de sus efectos concretos. Esta situación tiene consecuencias, no sobre la existencia de su responsabilidad, sino sobre el alcance de ésta y, por tanto, sobre el nivel de la sanción (STJCE 15 octubre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*). Del mismo modo, la participación en el cártel de unas empresas dominantes capaces de adoptar represalias contra otros participantes menos potentes, no afecta a la responsabilidad de estas últimas por su participación en la medida contraria a la competencia, cuando no se distancian públicamente del contenido de las reuniones, aunque puede influir en la determinación del nivel de la sanción. La tesis contraria es inaceptable porque tendría como consecuencia establecer una diferencia en la aplicación del art. 81.1 en función del *tamaño de las empresas*, favoreciendo a las empresas menos potentes.

48. En los recursos se cuestiona, con apoyo en diversos principios generales del Derecho comunitario, la aplicación de las Directrices para el *cálculo de las multas* porque introducen un método de cálculo nuevo y habían sido publicadas con posterioridad a las infracciones y a las audiencias, última fase del procedimiento administrativo ante la Comisión. Frente al cálculo del importe en función del volumen de negocios del producto en el mercado geográfico pertinente, importe que no podía sobrepasar el importe máximo del 10 % del volumen de negocios mundial de la empresa

sin distinción de productos (art. 15.2 Reglamento 17), en las Directrices se parte de unos importes de base determinados de antemano, que reflejan la gravedad de la infracción y no guardan relación con el volumen de negocios pertinente. El importe de base puede ajustarse posteriormente mediante incrementos y reducciones en función de la duración de la infracción y de las circunstancias agravantes o atenuantes y, en una última fase, en razón de la eventual cooperación con la Comisión durante el procedimiento administrativo.

49. Del razonamiento jurídico del TJCE merecen destacarse los siguientes aspectos:

- a) No infringe el *principio de la confianza legítima* que la Comisión eleve las multas de determinados tipos de infracción dentro de los límites indicados por el Rgto. 17. La aplicación eficaz de las normas de la competencia exige que la Comisión pueda en todo momento adaptar el nivel de las multas a las necesidades de esta política (STJCE 7 junio 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión*). Los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada por la Comisión en el marco de su facultad de apreciación (STJCE 14 febrero 1990, *Delacre y otros/Comisión*). El hecho de que la Comisión haya concedido cierto porcentaje de reducción por un determinado comportamiento en la práctica seguida en sus anteriores decisiones no implica que esté obligada a conceder la misma reducción proporcional al valorar un comportamiento similar en un procedimiento administrativo posterior.
- b) La Comisión, cuando adopta reglas de conducta y anuncia mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos contemplados en ellas, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios de igualdad de trato o la protección de la confianza legítima (STJCE 15 enero 2002, *Libéros/Comisión*).
- c) La modificación de la política general de multas de la Comisión en materia de competencia puede afectar al *principio de irretroactividad* si se lleva a cabo mediante reglas de conducta tales como las Directrices que quedan englobadas en principio en el concepto de «derecho» del art. 7.1 CEDH (SSTEDH, 22 noviembre 1995, *SW y CR c. Reino Unido*, 15 noviembre 1996, *Cantoni c. Francia* y 22 junio 2000, *Coème y otros c. Bélgica*). El art. 7.1 CEDH impide la aplicación retroactiva de una nueva interpretación de una norma

que establezca una infracción, cuyo resultado no era razonablemente previsible en el momento en que se cometió la infracción, según la interpretación jurisprudencial de la disposición examinada en aquel momento.

- d) La Comisión no está obligada a calcular las multas partiendo de importes basados en el volumen de negocios de las empresas implicadas. Respetando el 10% del volumen de negocios global que fija el art. 15 del Reglamento 17, la Comisión puede tener en cuenta el volumen de negocios de la empresa a fin de valorar la gravedad de la infracción al determinar el importe de la multa, pero no debe atribuirse a dicha cifra una importancia desproporcionada en comparación con los demás criterios de apreciación. Las Directrices no se oponen a que el importe de las multas se calcule en función del volumen de negocios global de las empresas implicadas o del volumen de negocios pertinente, cuando los principios generales del Derecho comunitario y las circunstancias así lo exijan. Según el TJ, las Directrices, en cuanto obligan a tener en cuenta un gran número de factores, se ajustan mejor a los principios del Reglamento. 17 que a una supuesta práctica anterior en la que el volumen de negocios pertinente desempeñaba un papel preponderante y relativamente mecánico. Además, permiten a la Comisión ajustar la multa a cada empresa en función de la gravedad relativa de su participación en la infracción, pero no a considerar la situación financiera deficitaria de una empresa infractora porque equivaldría a procurar una ventaja competitiva injustificada a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado.

Manuela Eslava Rodríguez

Caso N.º 8. Ententes: STPI 18 julio 2005, Scandinavian Airlines System AB/Comisión, T-241/01

NOTA

50. En esta sentencia del TPI, recaída en el asunto T-241/01, *Scandinavian Airlines System AB c. Comisión CV*, sobre demanda de anulación del art. 2 de la Decisión 2001/716/CE de la Comisión, 18 julio 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 CE y del art. 53 del Acuerdo EEE (asunto COMP.D.2 37.444-SAS/Maerks Air y asunto COMP.D.2 37.386-Sun-Air c. SAS y Maersk Air), el demandante, Scandinavian Airlines System AB (en adelante, SAS), no cuestiona la infracción de las reglas de la competencia, sino algunos aspectos relacionados con el cálculo de la multa.

La Comisión en la Decisión controvertida había impuesto una multa de 39.375.000€ a SAS y de 13.125.000€ a Maersk Air por haber infringido los arts. 81 CE y 53 Acuerdo EEE al haber concluido un acuerdo global de reparto de mercados y una serie de acuerdos específicos de reparto de mercados respecto de ciertas líneas internacionales.

SAS reprocha a la Comisión haber cometido un error en la apreciación de la gravedad de la infracción, en la determinación de la duración de la infracción y en haber tomado en consideración de manera incorrecta las circunstancias atenuantes.

51. Al abordar esta importante cuestión del litigio, el TPI pone de relieve, con carácter previo, que tanto el art. 12.2 del R.3975/87 sobre las modalidades de aplicación de las reglas de la competencia a las empresas aéreas, en vigor en el momento de los hechos, como el art. 15.2 del R. 17 prevén que, en la determinación del importe de las multas, es obligado tener en cuenta *la gravedad y la duración de la infracción*, y que, según jurisprudencia constante, la Comisión dispone de un *amplio poder de apreciación en la fijación de las multas* (STPI 21 octubre 1997, *Deutsche Bahn c. Comisión*) que está en función de su política de la competencia (STJ 7 junio 1983, *Musique Difusión française c. Comisión*). Las Directrices aprobadas por la Comisión en 1998, que tienden a precisar los criterios que tendrá en cuenta en el ejercicio de esa facultad de apreciación, suponen una autolimitación en la medida que la Comisión está obligada a conformarse a las reglas indicativas que ella misma se ha impuesto (STJ 12 diciembre 1006, *AIUFASS y AKT c. Comisión*). Estas directrices precisan que, en la valoración de la gravedad de la infracción, debe tomarse en consideración la naturaleza propia de la infracción, su impacto concreto sobre el mercado cuando sea mensurable y la extensión del mercado geográfico concernido.

Por ello, frente al argumento de SAS de que la infracción debía haber sido calificada de «grave» por cuanto las infracciones muy graves afectarían invariablemente al conjunto, o, al menos, a una parte muy importante del mercado común y haber causado un perjuicio efectivo a la competencia, el Tribunal, con apoyo en una constante jurisprudencia, sostiene que, aunque haya de tomarse en cuenta el tamaño del mercado geográfico concernido y el impacto en el mercado cuando sea mensurable, la naturaleza de la infracción constituye un criterio esencial para apreciar la gravedad de la infracción. En el caso de ententes sobre reparto de mercados, que figuran entre los ejemplos de ententes expresamente prohibidos por el art. 81.1 c) CE, la calificación de muy graves viene determinada por las Directrices que consideran como tales las restricciones horizontales del tipo cárteles de precios y de cuotas de reparto de mercado. Además entrañan una grave alteración del juego de la

competencia en cuanto, al obligar a las partes a respetar mercados distintos, a menudo delimitados por las fronteras nacionales, provocan el aislamiento de estos mercados, obstaculizando el objetivo principal de la integración del mercado comunitario. De hecho la jurisprudencia suele calificar este tipo de ententes horizontales como de «particularmente graves» o de «infracciones patentes» (STPI 6 abril 1995, *Tréfilunion c. Comisión*, 15 septiembre 1998, *European Night Services e.a. c. Comisión*).

52. Continua explicando el TPI que la *duración de la infracción* no es criterio que permita apreciar la gravedad, sino que constituye el segundo factor, junto a la gravedad, establecido por el art. 12.2 del R. 3975/87 y por las Directrices, para fijar el montante de las multas. De hecho, ciertas infracciones han sido calificadas de muy graves a pesar de no implicar restricciones geográficas muy amplias (STPI 6 julio 2000, *Volkswagen c. Comisión* y STJ 18 septiembre 2003, *Volkswagen c. Comisión*, TPI, 21 octubre 2003, *General Motors Nederland c. Comisión*). El territorio de un solo Estado miembro o, incluso, una parte reducida de éste, puede ser considerado una parte sustancial del mercado común en el sentido del art. 82 CE (STJ 16 diciembre 1975, *Suiker Unie. c. Comisión*, 10 diciembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, STPI 17 diciembre 2003, *Airways c. Comisión*).

53. El TPI sostiene, finalmente, ante la invocación por la demandante del asunto de los «transbordadores griegos», que, en la calificación de grave o muy grave, la práctica de las decisiones anteriores de la Comisión no sirve por sí misma de marco jurídico de las multas en materia de competencia, ya que éste está determinado por el R. 17 o por los reglamentos sectoriales, como ocurre en el caso, y por las Directrices. El hecho de que la Comisión haya estimado en el pasado que las infracciones de un determinado tipo debían ser consideradas como graves no puede privarle de la posibilidad de considerarla, en un caso ulterior, como muy graves si es necesario para asegurar la aplicación de la política de la competencia, según se indicara ya en la sentencia *Musique Difusión Française*.

54. La fecha de inicio de la infracción es la del acuerdo de cooperación entre SAS y Maersk Air, aunque fuera aplicado con posterioridad, porque es en esa fecha cuando las partes de la entente habían perdido su autonomía. La Comisión no está obligada a determinar la *duración de la infracción* por la de los efectos de la misma, como pretende la demandante, porque el simple hecho de celebrar un acuerdo cuyo objeto es limitar la competencia constituye una infracción del art. 81 CE (STJ 11 julio 1989, *Belasco c. Comisión*). La fecha de fin de la infracción no es, como sostiene SAS, la de las inspecciones por la Comisión (15 julio 2000) al haber

cesado todo comportamiento prohibido entonces, sino la del 15 de febrero de 2001 ya que es en esta fecha cuando SAS hace saber a Maersk Air, por carta, que no se consideraba vinculada por los acuerdos de reparto de mercado.

55. Conforme al título D de la Comunicación de cooperación, cuando una empresa coopere sin que se haya reunido las condiciones contempladas en los títulos B y C, puede beneficiarse de una reducción de entre 10% y el 50% del montante de la multa que le hubiere sido impuesta en ausencia de cooperación. Este puede ser el caso (a) si ante el envío de una comunicación de cargos, la empresa suministra a la Comisión información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción, o (b) si de haber recibido la comunicación de cargos, la empresa no cuestiona los hechos sobre los que la Comisión fundamenta sus acusaciones.

En el supuesto de autos ninguna de las empresas cuestionó los hechos. Sin embargo fue Maerks Air la que propuso a los servicios de la Comisión celebrar una reunión con un representante de esta empresa, que ya la había dejado, pero que jugó un papel decisivo en las negociaciones entre ambas empresas en 1998. Con ocasión de esta reunión, Maersk Air pudo remitir a los representantes de la Comisión los documentos privados que ese representante conservaba en su domicilio y que sirvieron a la Comisión para reconstruir la evolución de las negociaciones y la extensión exacta del acuerdo. En cambio, las informaciones suministradas por SAS sólo sirvieron para confirmar lo que la Comisión ya sabía y, además, los documentos suministrados no fueron aportados voluntariamente. Por todo ello, mientras SAS tuvo una reducción de la multa del 10%, la acordada a Maersk Air fue del 25%, ya que según una jurisprudencia reiterada, la reducción de la multa en virtud de la cooperación sólo está justificada si el comportamiento de la empresa permite a la Comisión constatar la existencia de una infracción con menos dificultad, y en su caso, ponerle fin (STPI 16 noviembre 2000, *Holding c. Comisión*).

El TPI no tiene en cuenta las medidas adoptadas con posterioridad a la decisión porque tales medidas no afectan a la legalidad de la misma, que debe ser adoptada, obviamente, en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en el momento de su adopción. Por otra parte, una reducción basada en comportamientos de la empresa posteriores a la decisión sólo podría ser adoptada por el juzgador comunitario en circunstancias muy particulares, ya que una práctica semejante podría ser concebida como una incitación a cometer infracciones con la expectativa de una eventual reducción de la multa en razón de un comportamiento posterior a la decisión.

La Comisión insta, finalmente, un aumento del montante de la multa impuesta a la demandante, prevista en el punto E de la Comunicación sobre la cooperación, por entender que, a pesar de haber obtenido SAS una reducción del 10% al no haber contestado los hechos en el procedimiento administrativo, lo hizo en la demanda de anulación. El art. 14 del Reglamento 3975/87 atribuye plena jurisdicción en el sentido del art. 229 CE sobre los recursos de anulación interpuestos contra las decisiones de la Comisión imponiendo multas. Sin embargo, en el caso, el TPI entiende que la demandante SAS no había cuestionado la materialidad de los hechos sobre los que la Comisión fundamentó los cargos.

Manuela Eslava Rodríguez

Caso N.º 9. Ententes: STPI (Sala Segunda) de 27 de julio de 2005, Asuntos acumulados T-49/02 a T-51/02, Brasserie nationale SA (anteriormente Brasseries Funck-Bricher y Boffending), Brasserie Jules Simon et Cie SCS y Brasserie Batín SNC v. Comisión de las Comunidades Europeas

NOTA

56. El TPI resuelve la demanda interpuesta por *Brasserie nationale SA, Brasserie Jules Simon et Cie SCS y Brasserie Batín SNC* contra la Comisión de las Comunidades Europeas, en la que las demandantes reclaman la anulación de la Decisión 2002/759/CE de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, relativa a la aplicación del art. 81 TCE, asunto COMP/37800/F3-Fábricas de cerveza luxemburguesas (*DO L 253* de 21 septiembre 2002).

La Decisión impugnada declaró contrario a las normas comunitarias de la competencia el Convenio celebrado entre cinco fabricantes de cerveza luxemburguesa, las partes ahora demandantes, por considerar que, por su objeto, restringía sensiblemente la competencia en el sector hotelero luxemburgués afectando al comercio entre Estados miembros. En opinión de la Comisión el referido convenio tenía por objeto conservar las respectivas clientelas de las partes en dicho sector y obstaculizar la penetración, en el mismo, de fabricantes de cerveza extranjeros.

Frente a la Decisión de la Comisión las demandantes fundamentan su pretensión de anulación en la violación del art. 81 TCE, de un lado, y de los arts. 15.2 del Reglamento n.º 17 y 253 TCE, de otro. Respecto al primer motivo, las partes alegan que la Comisión erró en la apreciación del objeto del convenio, en la delimitación de su ámbito de aplicación así como en la valoración del efecto que el mismo tenía sobre la competencia. Alegan que el único objetivo del Convenio era hacer respetar las exclusividades contractuales consentidas entre el establecimiento y el

fabricante de cerveza, evitando así la inseguridad jurídica y los riesgos que suponía una reiterada jurisprudencia de los tribunales luxemburgueses en cuya virtud todo contrato que contenía una «cláusula de cerveza» era anulado a causa de la indeterminación del precio y de la cantidad. La necesidad de proteger la lealtad comercial llevó a los fabricantes de cerveza, en ejercicio de su libertad de actuación, a celebrar el convenio para garantizar el cumplimiento de los contratos celebrados que incluyera una «cláusula de cerveza». En definitiva, a través del convenio únicamente se prohibía contratar con un establecimiento que ya hubiera celebrado un contrato que incluyera una «cláusula de cerveza» con un competidor, sin ninguna otra prohibición cuando la relación comercial hubiera terminado. En ningún caso el convenio tiene por objeto, como deduce la Comisión, el reparto de mercado. Pero tampoco es su objeto obstaculizar la penetración en el sector afectado de fabricantes de cerveza extranjeros. No sólo porque éstos también podrían haber participado en el convenio, sino también porque la única intención de las partes era hacer respetar las «cláusulas de cervezas» entre todos los fabricantes de cervezas.

De otra parte, consideran los demandantes, que la Comisión no apreció correctamente el contexto en el que el convenio celebrado se enmarca. Se trata de un sector caracterizado por su dinamismo, en el que los productores extranjeros gozan de una elevada cuota de mercado y en el que existe un importante número de establecimientos que no están vinculados a las empresas participantes en el convenio (cdo. 66). Teniendo en cuenta este contexto, el convenio no afecta negativamente al mercado y, por tanto, no tiene efectos restrictivos en el sentido del art. 81 TCE.

57. En su sentencia, de fecha 24 julio 2005, considera el TPI, con base en el art. 4 del Convenio celebrado entre las demandantes, que a través del mismo las partes se prohibían recíprocamente y se comprometían a prohibir a sus depositarios «toda venta de cerveza». Se trata de un acuerdo horizontal que pretende ser subsumido en el ámbito de aplicación del Reglamento 1984/83 relativo a la exención de categorías de acuerdos horizontales. Sin embargo, a tenor del precepto referido, el convenio va más allá del art. 7.1 de la disposición comunitaria que permite únicamente determinadas restricciones de la competencia en la relación, vertical, entre revendedor y proveedor y que, por tanto, no se refiere a los acuerdos horizontales como el presente. Aunque el convenio tenga como finalidad, a tenor de las alegaciones de las partes, garantizar las exclusividades contractualmente admitidas entre establecimiento y fabricante así como proteger la lealtad comercial, lo cierto es que, como acertadamente consideró la Comisión, entre su objeto se encuentra el reparto de clientela. La presencia de aquel

interés legítimo no desvirtúa la restricción de la competencia que se deriva de un acuerdo cuyo objeto es, por su propia naturaleza, restrictivo de la competencia.

Al tenor literal del art. 4 del convenio celebrado se añade, para acreditar la voluntad de las partes en la conclusión de acuerdo de reparto de clientela referido a toda venta de cerveza, los acuerdos en orden a la interpretación del término «cláusula de cerveza», así como otras manifestaciones de las partes. En este punto, siguiendo una reiterada jurisprudencia, el TPI afirma que, con independencia de la forma del acuerdo, lo decisivo a efectos de considerar un acuerdo en el sentido del art. 81 TCE es la expresión de una voluntad común de las partes implicadas en comportarse de determinada manera en el mercado. Debe acreditarse la existencia de un acuerdo de voluntades independientemente de la forma en el que el mismo sea expresado (SSTJCE de 15 julio 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, y de 29 octubre 1980, Van Landewyck y otros/Comisión, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125; STPI 26 octubre 2000, Bayer/Comisión, T-41/96, Rec. p. II-3383). La concordancia de voluntades ha sido correctamente valorada por la Comisión a tenor del acta de la reunión de la FBL así como a tenor de las declaraciones de algunas de las partes implicadas que reconocen la aplicación del convenio a relaciones en las que no existe cláusula de cerveza ni contrato de suministro.

58. Acreditado el reparto de clientela como uno de los objetos del convenio, el segundo objeto de éste, según la Comisión, es obstaculizar la entrada en el sector hotelero luxemburgués de fabricantes extranjeros. El texto del art. 11 del convenio sirve de fundamento al tribunal para considerar acertada la decisión de la Comisión en este punto. A través del precepto se prevé la posibilidad de excluir a una parte en caso de ser adquirida por una sociedad extranjera o de cooperación con un fabricante extranjero. Asimismo, las partes se reservan entre sí la prioridad para captar y celebrar contratos de suministros con establecimientos vinculados a una de ellas y que se propongan contratar con fabricantes extranjeros. En la Declaración de intenciones, también se acredita el objeto restrictivo, al no proteger al fabricante extranjero cuando un cliente luxemburgués se propone abastecerse de un fabricante de cerveza luxemburgués, refiriéndose únicamente al fabricante extranjero que desea suministrar a un establecimiento luxemburgués. En el análisis del objeto del convenio, no se pueden tener en cuenta los elementos que alegan las partes a la hora de definir el contexto en el que aquél se desarrolla (dinamismo del sector en cuotas de mercado, la apertura y amplitud a las importaciones y la existencia de un elevado número de establecimientos no vinculados a las partes) pues no afectan al objeto del convenio sino que están relacionados con la determinación de sus efectos (cdo 108).

59. Acreditada la existencia de un acuerdo que tiene por objeto el reparto de clientela y obstaculizar la penetración en el sector hotelero luxemburgués de fabricantes de cervezas extranjeros, su *efecto restrictivo* de la competencia se deriva de la propia naturaleza del acto. No es necesario, en este sentido delimitar el mercado de referencia para decidir su afectación al comercio entre los Estados miembros, exigencia que únicamente se establece cuando sin delimitar dicho mercado de referencia no es posible decidir si determinado acuerdo, decisión de empresas o práctica concertada afecta al comercio entre los Estados miembros en el sentido del art. 81 TCE. La expresión «por objeto o por efecto» que el precepto utiliza deja clara la relación de alternatividad entre ambos supuestos. De este modo, verificado el objeto anticompetitivo del convenio, como ha ocurrido en el presente asunto, no es necesario probar sus efectos. La valoración de estos últimos no se exige, para la aplicación del art. 81 TCE, cuando resulte del propio objeto del acuerdo (Comunicación de la Comisión-Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (*DO C 101* de 27 abril 2004) y, entre otras, la STJCE 8 julio 1999, *Comisión/Anic Partecipazioni*, Rec. I- 4125, C-49/92P).

60. El segundo motivo alegado se refería a la violación de los arts. 15.2 del Reglamento n.º 17 y 253 TCE, considerando que la infracción no fue deliberadamente cometida, que la comisión erró en la apreciación de la gravedad y duración de la infracción y en aplicación de las Directrices en materia de circunstancias atenuantes.

Delimitado el objeto del convenio celebrado entre fabricantes de cerveza luxemburguesa en los términos expuestos, las partes no pueden ignorar la restricción que el acuerdo produce en la competencia, sin que sea necesario que las empresas participantes tengan conciencia de infringir las normas. Basta con no ignorar que el objeto de la conducta que se le imputa era restrictivo de la competencia, sin que, por tanto, puedan admitirse las alegaciones de las demandantes relativas a que no tuvieron conciencia de que el convenio restringía el comercio interestatal, que por su dimensiones se puede admitir su ignorancia del Derecho y que no pretendieron obstaculizar a fabricantes de cerveza extranjeros ni creyeron que el objetivo de preservar la competencia nacional pudiera ser calificado como anticompetitivo. De otra parte, el objeto del convenio es calificado como una infracción muy grave atendiendo a su naturaleza, repercusiones concretas sobre el mercado y dimensión del mercado geográfico afectado. Analizados todos estos factores y teniendo en cuenta que el reparto de mercado, objeto del convenio celebrado, constituye una de las conductas consideradas infracciones muy graves, una de las restricciones «más dañinas» porque interfieren directamente con el resultado del juego de la competencia (Co-

municación de la Comisión-Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado a los acuerdos de cooperación horizontal (*DO C 3* de 6 enero 2001)), el TPI confirma la Decisión impugnada desestimando la demanda interpuesta por los fabricantes de cerveza luxemburgueses.

Mercedes Sabido Rodríguez.

Caso N.º 10. Ententes: Comunicación publicada de conformidad con el artículo 27, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, en los asuntos COMP/C2/3912-BUMA y COMP/C2/39151-SABAM (Acuerdo de Santiago-COMP/C2/38126, DO C 200 de 17 agosto 2005, pp. 11-12)

NOTA

61. De nuevo se evidencian las dificultades que suscita el carácter estrictamente territorial de los *derechos de autor* y las posibilidades que ofrecen las *nuevas tecnologías* de utilizar las obras protegidas más allá de las fronteras nacionales. Junto a esta cuestión, en la actualidad el debate se centra en la gestión de los derechos de autor en el nuevo entorno digital. Las entidades encargadas de gestionar estos derechos en cada Estado buscan mecanismos que garanticen la protección y permitan el control de las utilidades o explotaciones de las obras protegidas. En este marco se han celebrado por distintas entidades de gestión de derechos de autor varios acuerdos, en función de los derechos gestionados. Una de las novedades introducidas por estos acuerdos es la creación de un nuevo tipo de licencias, las licencias multirrepositorio y multiterritorio. A través de ellas, una entidad nacional puede licenciar la utilización de todas las obras del repertorio administrado por las entidades que lo celebran en varios Estados.

62. En este marco, y con esta finalidad, fueron elaborados el *Acuerdo de Santiago de 2000* y el *Acuerdo de Barcelona de 2001*. El primero de ellos, el Acuerdo de Santiago, adoptado por la Confederación Internacional de Autores y Compositores (CISAC), tiene su origen en la necesidad de articular nuevos mecanismos que permitan adecuar la utilización de las obras musicales a las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, como Internet. Para ello, a través de este Acuerdo, se instaura un sistema de ventanilla única para la concesión de autorizaciones de difusión o descarga de música en la Red. Se elabora una nueva categoría de licencias para los derechos de ejecución pública de obras musicales, las licencias multirrepositorios, que comprenden los repertorios administrados por las sociedades de gestión colectiva que han aplicado este tipo de licencias, y se incluyen un contrato estándar. En cuanto al Acuerdo de Barcelona, fue celebrado por Bureau International des Sociétés gérant les droits d'enregistrement et de

reproduction mécanique (BIEM), relativo a los derechos de reproducción mecánica. A través de este último acuerdo también se elaboran contratos estándar relativos a licencias globales de reproducción mecánica de obras en Internet. Licencias otorgadas por entidades de gestión nacionales cuya vigencia no se limita al territorio del Estado en el que se conceden.

En definitiva, a través de este tipo de acuerdos se tiende a la creación de una *gestión colectiva en Internet de los derechos protegidos*. Sin duda, estos mecanismos pueden favorecer y facilitar la utilización de las obras protegidas y garantizar los derechos de los titulares. Incluso, a través de ellos se puede ampliar la oferta de servicios, algo que beneficiaría tanto al titular del derecho como a los usuarios. Sin embargo, en tanto que acuerdos entre empresas susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros, los acuerdos celebrados entre las entidades de gestión de derechos de autor deben ser analizados a la luz de las normas de la competencia. En este marco se encuadra la Comunicación de la Comisión de 17 de agosto de 2005, en la que se ponen de relieve las cuestiones que suscitan, en relación con el Derecho de la competencia, algunos acuerdos celebrados entre distintas entidades de gestión de derechos de autor.

63. El 17 de abril de 2001 fueron notificados a la Comisión *acuerdos bilaterales celebrados entre distintas entidades de gestión de derechos de autor* de los Estados miembros, BUMA, Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA), The Performing Right Society Ltd. (PRS) y Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) (DO C 145 de 17 mayo 2001). Con posterioridad, se unen a la notificación otras sociedades de gestión de derechos de autor de otros Estados miembros y de Estados parte del EEE (AKM de Austria, IMRO de Irlanda, SABAM de Bélgica, STIM de Suecia, TEOSTO de Finlandia, KODA de Dinamarca, STEF de Islandia, TONO de Noruega, AEPI de Grecia, SIAE de Italia, SGAE de España y SUISA de Suiza).

Los acuerdos notificados se ajustan al acuerdo estándar elaborado en el marco del Acuerdo de Santiago, a través del cual se permiten las *licencias para ejecución pública de obras musicales en Internet*. Siguiendo las pautas de este último, los nuevos acuerdos introducen algunas modificaciones en relación con los acuerdos recíprocos y bilaterales anteriormente celebrados por las sociedades notificantes. En su virtud se autoriza a cada parte a conceder *licencias no exclusivas* para la ejecución pública en línea de obras musicales del repertorio de la otra parte a escala internacional. Asimismo, incluyen la denominada *cláusula de residencia económica*, a través de la cual los usuarios sólo pueden obtener licencias para la difusión de música en línea en las sociedades de gestión de sus países de residencia.

64. A la vista de los acuerdos notificados, la Comisión analiza su adecuación a las normas de la competencia, emitiendo, con fecha 29 abril 2004, un pliego de cargo dirigido a las dieciséis entidades notificantes en el que expone ciertas dudas que suscitan algunas cláusulas contenidas en los acuerdos notificados. En concreto, la denominada *cláusula de residencia económica* y la *cláusula de la nación más favorecida* (IP/04/586 de 3 mayo 2004).

65. A tenor de la primera, la *cláusula de residencia económica*, las sociedades de gestión de derechos de autor nacionales gozan de *exclusividad territorial* a la hora de conceder licencias para la distribución de productos musicales. Esto es, para conceder las licencias multirrepertorio, la única sociedad con autoridad es la del país donde el proveedor del contenido tiene su sede real y económica. De este modo, la cláusula de residencia económica impone la obligación a los consumidores de solicitar estas licencias a la sociedad de gestión del lugar de su residencia, limitando sus posibilidades de elegir el prestador de servicios. Pero, además, a través de este tipo de cláusulas las empresas participantes en el Acuerdo eliminan la competencia entre ellas. No sólo se refuerza su *posición dominante* en el mercado sino que mediante la cláusula de residencia económica se está produciendo un reparto del mercado de productos musicales. La posición dominante en el mercado de obras protegidas de la que tradicionalmente gozan las entidades de gestión de derechos de autor se ve reforzada por la obligación impuesta al usuario de contratar con la entidad de su país de residencia, eliminándose de este modo la competencia entre estas entidades. A través de los acuerdos notificados a cada entidad nacional de gestión de derechos de autor se le concede la exclusividad absoluta en su territorio para conceder licencias multirrepertorio. Este tipo de cláusulas choca con la creación de un mercado único europeo que exige una mayor libertad para los usuarios en la elección de los prestatarios de servicios. La exclusividad territorial que otorgan los acuerdos no sólo limita esa libertad sino que, además, supone un *reparto de mercados* entre las empresas participantes restringiendo la competencia entre las mismas y, en consecuencia, resultan contrarias al art. 81 TCE.

66. Por lo que hace a la *cláusula de la nación más favorecida*, prevista en la sección VII del Acuerdo de Santiago, en opinión de la Comisión, a través de ella se refuerza la *exclusividad territorial* de las sociedades de gestión de derechos de autor. La limitación multilateral y su garantía, también multilateral, conllevarán la uniformización de las condiciones para la concesión de las licencias en el EEE. No sólo se elimina la competencia entre empresas competidoras sino que, además, se impide la evolución del mercado «cristalizando la exclusividad de que disfruta cada una de las sociedades participantes» (cdo. 7 Comunicación de 17 agosto 2005).

67. Como consecuencia de las consideraciones efectuadas por la Comisión, las entidades de gestión de derechos de autor de los Países Bajos (BUMA) y de Bélgica (SABAM) responden al pliego de cargos comunicando a la Comisión su voluntad de no incluir en sus acuerdos bilaterales cláusulas de residencia económica que, como las contenidas en el Acuerdo de Santiago y calificadas como restrictivas en el pliego de cargos, impliquen una exclusividad territorial. En concreto, mediante sus escritos de fecha 25 de abril y 10 de mayo de 2005, se comprometen, respectivamente, a no participar en acuerdos de licencia de explotación pública de los derechos de utilización *online* que contengan una cláusula de residencia económica, similar a la recogida en la sección II del Acuerdo de Santiago, ni la cláusula de la nación más favorecida en los términos previstos en la sección VII del referido Acuerdo. La Comisión, a la vista de estos *compromisos* comunica la posibilidad de que los acuerdos referidos a ambas sociedades puedan ser declarados conforme a las normas de la competencia durante un período de tres años.

68. Es necesario adaptar la ordenación jurídica de la gestión de los derechos de autor a las nuevas tecnologías y garantizar la tutela de estos derechos en el entorno que ofrecen las mismas. En esta línea las instituciones comunitarias han adoptado distintas iniciativas (*Vid.*, «La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior», Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social, COM (2004) 261 final; Recomendación 2005/737/ CE, de la Comisión, de 18 octubre 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea, *DO L 276* de 21 octubre 2005). Sin embargo, los mecanismos que se elaboren deben equilibrar los intereses, públicos y privados, que subyacen a la ordenación jurídica de los derechos de autor con los del mercado. Desde esta perspectiva, no está justificada la exclusividad territorial creada por los acuerdos notificados. Infringen la prohibición de prácticas restrictivas recogida en las normas comunitarias y, a diferencia de lo que ocurrió en la Decisión *Simulcasting* (Dec.Com.8 octubre 2002, *IFPI* «Emisión simultánea», *DO L 107* de 30 abril 2003), tales acuerdos no pueden ser excepcionados con base en el art. 81.3 TCE. En efecto, en el referido asunto, se establece un sistema paneuropeo de concesión de licencias, sin exclusividad territorial, a través del cual las sociedades de difusión televisiva y radiofónica pueden obtener una licencia en cada una de las sociedades de gestión de derechos de autor implantados en el EEE con el fin de transmitir obras musicales en Internet. Se garantiza la tutela de los derechos y, a la vez, la ausencia de exclusividad territorial permite al consumidor, usuario, elegir la sociedad más eficaz para la concesión de licencias, manteniéndose el nivel de competencia exigido.

Mercedes Sabido Rodríguez

Caso N.º 11. Ententes: STPI 15 septiembre 2005, DaimlerChrysler AG/ Comisión, T-325/01

NOTA

69. Esta sentencia del TPI aborda el interesante tema de las *relaciones entre una sociedad y su representante comercial* o entre un comitente y su comisionista a los efectos del art. 81.1 CE. El litigio entre las partes trae causa del sistema de distribución de turismos de la marca Mercedes-Benz (en adelante, MB). En Alemania, la distribución se lleva a cabo a través de una red que incluye sucursales pertenecientes al grupo, agentes con estatuto de agentes comerciales (art. 84.1 C. de c. alemán), que actúan como intermediarios, y comisionistas. La red de distribución belga consta de un importador, MBBel, filial al 100 % de Daimler-Benz AG, a su vez filial al 100 % de la demandante, y que vende vehículos nuevos por mediación de dos sucursales, de concesionarios y de agentes o talleres que ejercen también de intermediarios en la venta de vehículos nuevos. En España, la distribución de turismos se realiza a través de tres sucursales de MBE y por medio de concesionarios. Algunos de los agentes o talleres oficiales no venden vehículos, sino que sólo actúan como intermediarios en la venta. MBE es filial al 100 % del *holding* nacional Daimler-Benz España, S.A., que a su vez era filial al 99,88 % de Daimler-Benz AG. Desde finales de 1998, este *holding* es filial al 100 % de DaimlerChrysler AG.

La Comisión declara aplicable el art. 81.1 CE a los contratos entre MB y los agentes alemanes en la misma medida que a los contratos concluidos con un agente comercial, debiendo evaluarse las restricciones impuestas a aquéllos del mismo modo que si se tratara de comerciantes por cuenta propia. La demandante difiere del análisis de la Comisión sobre el estatus jurídico de los agentes alemanes de MB.

70. Como recuerda el Tribunal, para que exista acuerdo del art. 81.1 CE es necesaria una concordancia de voluntades entre, al menos, dos partes (STPI 26 octubre 2000, *Bayer/Comisión*, STJ 6 enero 2004, *BAI y Comisión/Bayer*). Los comportamientos unilaterales de las empresas son ajenos a la prohibición del art. 81.1 (SSTJ 25 octubre 1983, *AEG/Comisión*, 17 septiembre 1985, *Ford/Comisión*, STPI 7 julio 1994, *Dunlop Slazenger/Comisión*), haciendo referencia el concepto de empresa a una unidad económica aunque esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (STJ 12 julio 1984, *Hydroterm*, STPI 29 junio 2000, *DSG/Comisión*). Lo decisivo es la unidad de su comportamiento en el mercado, lo que exige determinar si dos sociedades jurídicamente separadas constituyen una misma y única empresa o entidad económica que presenta un comportamiento único en el mercado (STJ 14 julio 1972, *ICI/Comisión*).

Esta situación no se limita a las relaciones entre matriz y filial, sino que incluye asimismo las relaciones entre una sociedad y su representante comercial o entre un comitente y su comisionista. Al aplicar el art. 81 CE es igualmente decisivo determinar si un comitente y su intermediario o representante comercial forman una unidad económica y éste es un órgano auxiliar integrado en la empresa de aquél. Así si un intermediario ejerce una actividad en beneficio de su comitente, puede en principio considerarse como órgano auxiliar integrado en la empresa de éste, obligado a atenerse a las instrucciones del comitente y formando así con dicha empresa, a semejanza del empleado comercial, una unidad económica (STJ 16 diciembre 1975, *Suiker Unie y otros/Comisión*). No ocurre lo mismo cuando los acuerdos entre el comitente y sus agentes atribuyen funciones que económicamente se asemejan a las de un comerciante independiente, asumiendo el intermediario los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros. Los agentes pierden su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados por el comitente y operan como auxiliares integrados en su empresa (STJ 24 octubre 1995, *Volkswagen y VAG Leasing*). En tal caso, no pueden ser aplicables las prohibiciones del art. 81.1 a las relaciones entre el agente y su comitente con el que forma una unidad económica.

71. En el caso enjuiciado por el TPI, las relaciones entre MB y sus agentes comerciales en Alemania se regían por un contrato de agencia tipo y por el C. de c. alemán. Conforme al contrato, es MB, y no sus agentes alemanes, quien vende directamente a los clientes automóviles nuevos MB en Alemania, prohibiéndose a los agentes venderlos en nombre propio y por su cuenta. Su función se limita a transmitir a MB, para su aprobación y ejecución, las solicitudes de pedidos de los clientes potenciales, no entrando en vigor el contrato hasta que MB acepta el pedido. En la negociación del contrato de compraventa con un cliente, el agente tampoco tiene autoridad en cuanto al precio del vehículo ni está habilitado para conceder descuentos por cuenta de MB sin el consentimiento de ésta, si bien puede concederlos con cargo a su propia comisión sin tal consentimiento. El agente alemán, a diferencia de los concesionarios MB de Bélgica o España, no compra vehículos nuevos a ésta para revenderlos a los clientes ni está obligado a disponer de un *stock* de vehículos nuevos, por lo que no puede ser asimilado a un distribuidor de automóviles que obtiene del fabricante, en concepto de retribución, un margen que no sólo destina a la financiación de su negocio de venta de vehículos nuevos, sino sobre todo a la aplicación de descuentos a los compradores.

A la vista de los términos del contrato de agencia que vincula a MB y sus agentes alemanes, el TPI considera, en lo que respecta al mercado del comercio minorista de turismos Mercedes, que, siendo MB quien determi-

na las condiciones de cada venta de vehículos, en particular el precio de venta, y quien asume los principales riesgos relativos a dicha actividad, los agentes alemanes deben asimilarse a empleados y considerarse integrados en la empresa con la que forman una unidad económica. En consecuencia, que el agente alemán de MB, cuando actúa en el mercado minorista de venta de vehículos Mercedes, no constituye por sí mismo una empresa en el sentido del art. 81.1, aunque realicen actividades en otros mercados distintos del examinado que impliquen ciertos riesgos.

Para el TPI, contrariamente a lo afirmado por la Comisión, el grado de integración de los distribuidores belgas y españoles de MB no es equivalente al de sus agentes alemanes a tenor de los contratos tipo de distribución de MB en Bélgica y en España. A diferencia del contrato de agencia alemán, éstos prevén que el concesionario es responsable de la distribución de los vehículos, de la negociación de las ventas, compra sus productos y los vende a sus clientes en su nombre y por su cuenta y riesgo. Disponen también que MB y sus concesionarios mantienen su independencia. El concesionario no es un agente ni un mandatario de MB y las partes no pueden obligarse recíprocamente. Además, debe mantener un *stock* permanente de vehículos nuevos —además de los denominados vehículos de demostración— destinados a ser expuestos en sus establecimientos y a ser entregados a sus clientes.

Tales elementos, según el TPI, subrayan la distinción entre el papel del agente alemán que está integrado en la empresa de su comitente MB y el del distribuidor independiente en Bélgica y en España. En el comercio minorista de turismos Mercedes, el distribuidor independiente puede influir en las condiciones en que se realizan las ventas, puesto que él es el vendedor, quien asume el riesgo principal del precio del vehículo y quien guarda los vehículos en *stock*. Ese margen de negociación que tiene el distribuidor entre el fabricante y el cliente es el que expone al distribuidor al riesgo de que se aplique el art. 81 CE a su relación con el fabricante. En atención a las diferencias entre el estatuto de los agentes alemanes y los distribuidores belgas y españoles, el TPI estima no acreditada la existencia de un *acuerdo entre empresas* en el sentido del art. 81.1 CE.

72. El TPI aborda también otro tema de interés. Se trataba de saber si, como había declarado la Comisión en la Decisión controvertida, las *restricciones de suministro a empresas externas de arrendamiento financiero* hasta que no haya un tomador concreto del arrendamiento financiero, previstas en los contratos alemanes y españoles, tenían por objeto limitar la competencia en Alemania y España entre las empresas de *leasing* del grupo MB y las empresas de *leasing* externas.

En la Decisión controvertida, la Comisión no distingue entre el mercado alemán y el mercado español en lo que se refiere a estas restricciones,

presumiendo que el art. 4, d), del contrato de concesión español ha implicado las mismas restricciones de la competencia que el art. 2, 1, d), del contrato que vincula a los agentes alemanes. El problema residía en que, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, los contratos de arrendamiento financiero celebrados en España están sujetos por la Ley 26/1988 (Disp. Adic. Séptima) a ciertos requisitos: a) deben tener una duración mínima de dos años si se trata de bienes muebles, incluidos los vehículos automóviles; b) deben incluir necesariamente una opción de compra a su vencimiento en favor del usuario; c) los bienes muebles, incluidos los vehículos automóviles, que son objeto de los contratos de arrendamiento financiero son adquiridos con esa finalidad por la entidad de arrendamiento financiero según las especificaciones del usuario.

De la Ley española se deduce, por tanto, que toda entidad de arrendamiento financiero española tiene ya un tomador identificado del contrato de arrendamiento financiero en el momento de la adquisición del vehículo. El TPI considera, en consecuencia, erróneo que las cláusulas que figuran en los contratos alemán y español produzcan efecto idéntico. Si la ley española exige que toda empresa de arrendamiento financiero tenga un usuario identificado en el momento de la adquisición del vehículo, las restricciones mencionadas resultan de la citada Ley, con independencia del art. 4. d) del contrato de concesión español. En otros términos, por el sólo efecto de esta legislación, las sociedades externas al grupo MB se encuentran en la misma situación que las que pertenecen a dicho grupo, por lo que tales restricciones al suministro de las empresas de *leasing* en España no constituyen restricciones de la competencia en el sentido del art. 81.1. Anula, en consecuencia, el art. 1, tercer guión, de la Decisión controvertida en la medida en que se refiere a la supuesta infracción cometida en España.

Manuela Eslava Rodríguez

III. Abuso de posición dominante

Caso N.º 12. Abuso de posición dominante: Dec.Com. 24 marzo 2004, Microsoft Europe, COMP/C-3/37.792: Noción de abuso de posición dominante (la tensión entre el Derecho de la competencia y el Derecho de la propiedad intelectual)

NOTA

73. En la resolución objeto de la presente Nota la Comisión, tras una amplia y exhaustiva investigación de más de 5 años, adopta la decisión de declarar que la empresa estadounidense de *software Microsoft Corporation*

ha infringido las normas de competencia comunitarias al abusar de su posición de dominio (*Microsoft* ostenta una posición de *quasi* monopolio puesto que sus sistemas operativos equipan a más del 95% de los ordenadores personales a nivel mundial).

74. Los hechos que motivan la Decisión tienen su origen en la denuncia que *Sun Microsystems* interpuso en 1998 por la que informaba que *Microsoft* se había negado a suministrar la información sobre *interfaces* que necesitaba para desarrollar productos que pudieran dialogar correctamente con Windows y poder así competir en igualdad de condiciones en el mercado de sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo. La investigación llevada a cabo por la Comisión demostró que *Sun* no era la única empresa a la que se le había denegado esta información. Por otra parte, en el año 2000 la Comisión, por iniciativa propia, amplió su investigación para analizar los efectos de la vinculación de Windows Media Player de Microsoft (en lo sucesivo, «WMP») con su sistema operativo para PC Windows 2000. Esta segunda fase de la investigación llevó a la conclusión de que la omnipresencia de la que se beneficiaba WMP como resultado de su vinculación al sistema operativo Windows PC reducía artificialmente los incentivos de las empresas de contenidos musicales, cinematográficos y multimedia, así como de quienes desarrollaban *software* y suministraban contenidos.

A la vista de lo anterior no es difícil deducir que la infracción que se le imputa a la denunciada está directamente relacionada con la restricción deliberada de la interoperabilidad entre los PC Windows y los servidores de grupos de trabajo de sus competidores, y con la vinculación su WMP, sector en el que había competencia, a su omnipresente sistema operativo. Y ello porque con esta conducta *Microsoft* consiguió alcanzar una posición de dominio en el mercado de sistemas operativos para grupos de trabajo (que constituyen el núcleo de las redes informáticas de las empresas) y debilitó considerablemente la competencia en el mercado de reproductores multimedia. Con ello, ha frenado la innovación tecnológica y perjudicado el proceso de competencia y a los consumidores quienes, en definitiva, tienen menos capacidad de elección y se enfrentan a precios más elevados.

75. Como consecuencia de estas prácticas, la Comisión impuso a *Microsoft* una multa de 497.196,304 euros. Además, con el fin de restablecer las condiciones de competencia leal, impuso las siguientes medidas correctoras: a) Por lo que a la *interoperabilidad* respecta, se exigió a *Microsoft* que en el plazo de 120 días divulgara la documentación completa y precisa sobre los *interfaces*, de forma que permitiera a los servidores para grupos de trabajo competidores garantizar una interoperabilidad total con los PC y servidores Windows. Además, obligó a *Microsoft* a actualizar la informa-

ción que cada vez que ponga en el mercado nuevas versiones de los correspondientes productos; En relación con la *vinculación*, se exigió a *Microsoft* a que en el plazo de 90 días ofreciera a los fabricantes de PC la alternativa de adquirir una versión de su sistema operativo sin WMP.

76. La presente decisión aborda el conflictivo problema de la interrelación entre el Derecho europeo de la competencia y el Derecho de la propiedad intelectual, problemática que va cobrando una importancia cada vez mayor en los últimos años. Piénsese que, como medida correctiva, la Comisión obliga a una empresa en posición dominante a conceder licencias sobre sus derechos de propiedad intelectual sin que la denunciada pueda alegar sus derechos de propiedad intelectual como justificación objetiva para negarse a proporcionar la tecnología exigida.

77. Los primeros asuntos en que se planteó esta cuestión fueron *Volvo contra Veng* (STJCE de 5 de octubre de 1988, Asunto 238/87, Rec. 1988, p. 6211 y ss.) y *CICRA contra Renault* (STJCE de 5 de octubre de 1988, Asunto 53/87, Rec.1988, pp. 6039 y ss.). En ellos, los fabricantes de automóviles que eran titulares de un derecho de propiedad intelectual sobre las piezas para carrocerías de sus vehículos se negaron a conceder licencias a fabricantes independientes de piezas de recambio para imitar sus modelos. Esta práctica recibió el visto bueno del TJCE, quien dictaminó que la facultad del titular de un derecho intelectual de impedir usos no autorizados de los mismos constituía la esencia misma de este derecho. No obstante, en esta resolución el Tribunal dejaba las puertas abiertas para determinar cuándo el ejercicio de los mismos podía constituir un comportamiento abusivo (apartado 9 de la sentencia *Volvo contra Veng*).

78. Posteriormente, en la sentencia *Magill* (STJCE de 6 de abril de 1995, *RTE e ITP/Comisión*, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec.1995, pp. 743 y ss.) el TJCE precisó las circunstancias excepcionales que debían concurrir para calificar la negativa a conceder la licencia como un comportamiento abusivo. A saber: a) Que la negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo en el que exista una demanda potencial por parte de los consumidores; b) Que carezca de justificación; c) Que pueda excluir toda competencia en un mercado derivado. Concretamente, en la sentencia *Magill*, en la que el comportamiento reprochado a una de las cadenas de televisión dominante consistía en ampararse en el derecho de autor conferido por la legislación nacional sobre las listas de sus programas para impedir que otra empresa publicara semanalmente, con algunos comentarios, informaciones relativas a esos programas, concurrían las tres circunstancias: No existía ningún producto sustitutivo real o potencial de una guía semanal de televisión con información sobre los programas de la

semana siguiente. Sin embargo, sí existía una demanda constante por parte de los consumidores. De hecho, la única posibilidad que se le ofrecía al telespectador que deseaba informarse de la oferta televisiva de la semana siguiente era comprar las guías semanales que editaba cada cadena; no existía justificación objetiva para la negativa; y, finalmente, la conducta de las cadenas, reservándose para ellas el mercado secundario de las guías de televisión, excluía cualquier competencia en el mercado puesto que se negaba el acceso a información de carácter básico y necesario.

En cualquier caso, esta sentencia ha sido objeto de numerosas críticas puesto que genera muchas dudas sobre la extensión del contenido de los derechos de propiedad intelectual, máxime si tenemos en cuenta que una interpretación amplia y flexible de lo que el Tribunal denomina «*circunstancias excepcionales*» podría llevar a identificar la tenencia de un derecho de propiedad intelectual con el abuso de una posición de dominio (en este sentido, F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Derechos de autor y abuso de posición dominante en la Unión Europea», *Anuario de Derecho Internacional*, 1994-1995, p. 338; M.A. PEÑA: «La doctrina de los recursos esenciales en la Unión Europea y en España», *Anuario de la Competencia*, 2001, p. 430; M. WAELBROECK/A. FRIGNANI: *Derecho europeo de la competencia*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 849; R. WISH: *Competition Law*, 4.^a ed., Butterworths, 2001, p. 700).

79. Con carácter más reciente, en la sentencia dictada en el asunto *IMS Health contra NDC Health* (STJCE de 29 de abril de 2004, *IMS Health GMBH & Co. OHG/NDC GMBH & Co. OHG*, asunto C-418/01, Rec. 2004, pp. 5039 y ss.), el TJCE vuelve a recordar que el derecho exclusivo de reproducción forma parte de las prerrogativas del titular de derechos de la propiedad intelectual pero que la negativa a conceder una licencia por parte de una empresa que ostenta una posición dominante podría constituir un abuso en el sentido del artículo 82 en circunstancias excepcionales. Y, al responder a las cuestiones prejudiciales que allí se le plantean, perfila el alcance y contenido de las mismas. Así, en relación con el requisito relativo a *la aparición de un producto nuevo*, el TJCE afirma que la negativa a la concesión de la licencia «sólo puede considerarse abusiva en el caso de que la empresa que ha solicitado la licencia no pretenda limitarse, esencialmente, a reproducir productos o servicios que ya ofrece el mercado derivado del titular del derecho de propiedad intelectual, sino que tenga la intención de ofrecer productos o servicios nuevos que el titular no ofrece y respecto a los cuales existe una demanda potencial por parte de los consumidores» (apartado 49). Así pues, el concepto de producto nuevo exige que el solicitante de una licencia no pretenda «básicamente reproducir» los bienes y servicios que ya está ofreciendo el titular de los

derechos. Este será uno de los aspectos sobre los que el TJCE tendrá que pronunciarse en el asunto *Microsoft*, puesto que mediante recurso de 7 de junio de 2004 esta empresa ha anunciado su intención de recurrir la Decisión de la Comisión analizada (DO C 179, 10 de julio de 2004). De hecho, la existencia de productos similares, si bien con interfaces diferentes, fue uno de los motivos esgrimidos por *Microsoft* para defender la acomodación a Derecho de su conducta.

Por lo que a la *exclusión de la competencia en un mercado derivado* respecta, el TJCE, siguiendo las conclusiones del Abogado General Antonio Tizzano (conclusiones 56 a 59), estableció que es suficiente con que pueda hablarse de un mercado potencial. Esto sucede, por ejemplo, cuando los productos o servicios protegidos por el derecho de propiedad intelectual son indispensables para desarrollar una actividad determinada y existe una demanda efectiva de ellos por parte de las empresas que pretenden desempeñar la actividad para la que son imprescindibles. Y ello aunque el servicio no se hubiera prestado hasta entonces de manera separada. Esto es precisamente lo que se planteaba, por ejemplo, en *Bronner contra Mediaprint* (STJCE de 26 de noviembre de 1998, *Bronner/Mediaprint*, Asunto C-7/97, Rec.1998, pp. 7791 y ss.). En esta sentencia el TJCE entendió que constituía un abuso de posición dominante el hecho de que una empresa periódica con una importante cuota de mercado en el sector de la prensa diaria que explotaba el único sistema de reparto de periódicos a domicilio existente en un Estado miembro, negara el acceso a dicho sistema de reparto al editor de un diario competidor quien, debido a su escasa tirada, no podía crear y explotar su propio sistema de reparto.

Finalmente, en relación con el *carácter injustificado de la negativa*, el TJCE someramente se limita a afirmar que la negativa dada a la solicitud de licencia de utilización debe estar justificada «*por consideraciones objetivas*» (apartado 51).

80. En definitiva, a la hora de valorar las «*circunstancias excepcionales*» que puedan constituir comportamiento abusivo según el artículo 82 TCE, la jurisprudencia del TJCE deja abierta la cuestión de cómo incorporar de modo coherente el equilibrio entre el esfuerzo creativo del titular de los derechos, por un lado, y las ventajas económicas que procure el correspondiente derecho de propiedad intelectual, por otro.

Posiblemente, la sentencia en la que se resuelva la demanda interpuesta por *Microsoft* contra la Decisión de la Comisión aquí analizada contribuya a arrojar nuevas pautas que ayuden a resolver la tensión entre ambos intereses en juego.

Marta Casado Abarquero

Caso N.º 13. Abuso de posición dominante: Dec. Com. 20 octubre 2004, Deutsche Post AG y RFA, COMP/38.745: Abuso de posición dominante cometido por el operador postal histórico de Alemania, por el hecho de una disposición legislativa que deberá ser modificada

NOTA

81. En la presente Decisión, la Comisión se pronuncia en contra de ciertas disposiciones de la normativa postal alemana que excluye a las empresas comerciales de preparación de correo de la obtención de descuentos por la entrega de cartas preparadas y clasificadas en los centros de clasificación de *Deutsche Post AG* (en lo sucesivo, «*DPAG*»).

82. Desarrollando brevemente los hechos que motivaron esta Decisión, resulta que de conformidad con la legislación postal alemana aplicable, *DPAG* aplica descuentos a los grandes clientes que realizan envíos ya preparados a los centros de clasificación para su posterior distribución. El fundamento de los descuentos ofrecidos es el ahorro de costes que experimenta el operador postal público por el hecho de que los grandes clientes lleven el correo preparado. Por ello, los descuentos varían en función del número de objetos y su categoría, así como en función de la cercanía entre el centro clasificador y el destinatario. No obstante, y a pesar de que se produce una reducción de costes similar, *DPAG* no aplica los mismos descuentos a las empresas preparadoras que preparan y clasifican el correo de aquellas empresas que externalizan este servicio. En definitiva, el operador público aplica la tabla de descuentos de forma discriminatoria según se trate de empresas operadoras del servicio postal o, por el contrario, de particulares grandes empresas. Viola, así, el artículo 12 de la Directiva postal que establece la aplicación transparente y no discriminatoria de las condiciones de tarificación [Directiva 97/67/CE, de 15 de noviembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio (*DO L 15*, 21 enero 1998)].

83. Antes de entrar en el análisis de la Decisión se impone una breve referencia al proceso de liberalización del servicio postal que facilite la mejor comprensión del asunto. Como es sabido, históricamente la mayor parte de los Estados miembros han prestado este tipo de servicios a través de un operador público de carácter monopolista. Y ello por entender que ésta era la forma de proteger y garantizar el secreto de las comunicaciones (E. MALARET I GARCÍA: «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *Revista de Administración Pública*, n.º 145, enero-abril, 1998, pp. 49-87).

Sin embargo, y puesto que la protección del interés público en juego puede igualmente garantizarse a través de obligaciones de carácter administrativo, a partir de 1992 con la publicación de Libro Verde sobre el desarrollo del mercado único de los Servicios Postales [COM (1991) 476 final] se inicia un proceso de apertura y liberalización del mercado postal que desembocará en la Directiva 97/67/CE *supra* mencionada.

Esta norma establece un programa de liberalización gradual que gira en torno al concepto de «*servicio postal universal*» (V. KRONENBERGERGER: «Service universel postal, contournement des monopoles postaux et droit communautaire de la concurrence. Quelques réflexions à la suite de l'arrêt de la CJCE du 10 février 2000», *Revue de droit des affaires internationales*, n.º 7, 2000, pp. 893-913). El principal propósito de éste es la creación y el mantenimiento de un servicio postal público que garantice, a tarifas accesibles, rentables y transparentes, el acceso a la red postal pública en todo el territorio nacional y se prestará por uno o varios proveedores que deberán ser notificados a la Comisión (en España la Disposición adicional primera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social atribuyó la obligación de prestar el servicio postal universal a la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos»). A su vez, dentro del *servicio postal universal* se distingue entre *servicios reservados* y *no reservados* de forma que, siempre que sea necesario para el mantenimiento del servicio, el proveedor universal podrá prestar los servicios reservados, entendiéndose por tales los establecidos en el artículo 7 de la Directiva. A saber: «la recogida, la clasificación, el transporte y la distribución de los envíos de correspondencia interna, tanto si se trata de distribución urgente como si no, cuyo precio sea inferior a cinco veces la tarifa pública de un envío de correspondencia de la primera escala de pesos de la categoría normalizada más rápida, cuando ésta exista, siempre que su peso sea inferior a 350 g» [el ámbito de reserva máximo del servicio postal universal ha sido modificado por la Directiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad (DO L 176, 5 julio 2002)].

Junto al concepto de «servicio postal universal», se encuentra el de «servicio liberalizado» al que podrá acceder cualquier proveedor que obtenga la preceptiva autorización o licencia.

En cualquier caso, tal y como la propia Comisión reconoce en la Comunicación de 30 de mayo de 2000 [COM (2000) 319 final, relativa a la propuesta para la modificación de la Directiva postal con el fin de proseguir la apertura de la competencia de los servicios postales], la Directiva ha supuesto una apertura muy limitada del mercado, si bien se trata del primer estadio dentro de un proceso de liberalización de carácter gradual.

84. Expuesto lo anterior, el artículo 51 de la Ley postal alemana induce a *DPAG* (proveedor del servicio postal universal alemán) a extender su posición en el mercado reservado a los servicios de preparación de envíos de correo. Por ello, para justificar los descuentos discriminatoriamente aplicados, el operador público alega en su defensa que los servicios que presta son *servicios reservados*.

Pues bien, la Decisión de la Comisión analizada niega tal condición puesto que el artículo 7 de la Directiva 97/67/CE únicamente reserva los servicios postales a partir del momento de la recogida o entrada de los envíos en los centros pertenecientes a la red pública. Se trata de una precisión que ya realizó en el asunto *SNELDP* (Dec.Com. 23 octubre 2001, COMP/37.133), en el que adoptó una Decisión similar con arreglo al artículo 86 TCE, si bien en este caso la destinataria era Francia. Concretamente, afirmó que «el monopolio no se extiende a la preparación de correo previa al transporte ni a la distribución propiamente dichas, es decir, el acondicionamiento, la recogida y la clasificación del correo entregado a La Poste. Por consiguiente, los servicios de preparación de correo pueden ser prestados por empresas distintas de La Poste» (apartado 58). Es decir, de las afirmaciones de la Comisión se deduce que el legislador alemán interpreta incorrectamente el ámbito de los servicios reservados en perjuicio de los competidores de *DPAG*.

85. La Decisión de la Comisión de considerar contrarias al Derecho de la competencia determinadas disposiciones de la ley postal alemana se fundamenta sobre el artículo 86.1 TCE, que prohíbe a los Estados miembros adoptar o mantener en vigor cualquier medida contraria a las normas del Tratado, especialmente a las relativas al Derecho de la competencia.

Son varias las precisiones que se imponen a este respecto. Por una parte, en relación con la situación de *posición dominante*, es jurisprudencia reiterada el que una empresa que disfruta de un régimen de monopolio legal en una parte sustancial del mercado común ocupa una posición de dominio en el sentido del artículo del artículo 86 TCE (en este sentido, entre otras, STJCE de 23 de abril de 1992, *Höfner/Macroton*, asunto C-41/90, Rec. 1991, pp. 1979 y ss., apartado 28; STJCE de 18 de julio de 1991, *ERT*, asunto C-260/89, Rec.1991, pp. 2925 y ss., apartado 31; STJCE de 19 de mayo de 1993, *Corbeau*, asunto C-320/91, Rec. 1993, pp. 2538 y ss., apartado 9). Por otra parte, el hecho de que el monopolio se ejerza en el territorio de un único Estado miembro no le niega el interés comunitario al mismo. De hecho, el TJCE ha afirmado en reiteradas ocasiones que el territorio de un Estado miembro puede constituir una parte sustancial del mercado común (STJCE de 9 de noviembre de 1983,

NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, Asunto 322/81, Rec. 1983, pp. 3461 y ss., apartado 28; STJCE de 5 de octubre de 1994, *Société civile agricole du centre d'insemination de la Crespelle/Cooperative d'élevage et d'insemination artificielle du département de la Mayenne*, asunto C-323/93, Rec.1994, pp. 5077 y ss., apartado 17; STJCE de 26 de noviembre de 1998, *Oscar Brönnner GMBH & Co./Mediaprint*, asunto C-7/97, Rec.1998, p. 7791, apartado 36).

Mayores complejidades pudiera plantear el tema del *abuso de la posición de dominio*. En este ámbito, y a raíz de la jurisprudencia en el asunto *ERT* anteriormente citada, se empezó a hablar de la *Teoría del Abuso Automático*. Esta teoría llevaba a entender que cualquier norma estatal que incitara o permitiera a las empresas públicas violar las normas de la U.E., incluidas las que prohíben los acuerdos restrictivos del comercio y el abuso de posición dominante, era contraria al artículo 82 y, por lo tanto, constituía un abuso de la posición de dominio. Y ello con independencia de que el abuso llegara o no a consolidarse (al respecto, CHR. GAVALDA/G. PARLEANI: *Droit des affaires de l'Union européenne*, 2.^a ed., París, 1998, pp. 383-391). Traducida al asunto que nos ocupa, la *Teoría del Abuso Automático* implicaría que la legislación que extiende la posición de dominio del operador público a los servicios de preparación de los envíos de correo, donde también es un operador destacado, constituiría automáticamente una infracción de las prohibiciones contenidas en los artículos 82 y 86 TCE. Las alegaciones de *DPAG* se dirigen principalmente a negar la correlación automática entre la ostentación de una posición monopolística y el abuso de la misma, basándose en que la *Teoría del Abuso Automático* ha sido superada por la propia práctica del TJCE (STJCE de 5 de octubre de 1994, *Société civile agricole du centre d'insemination de la Crespelle/Cooperative d'élevage et d'insemination artificielle du département de la Mayenne*, asunto C-323/93, Rec.1994, pp. 5077 y ss., apartado 18). No obstante, pese a la argumentación del operador público alemán, no puede entenderse que la Decisión actualice nuevamente la *Teoría del Abuso Automático*. De hecho, no se limita a decir que el artículo 51 de la ley postal alemana permita o incite a las empresas públicas a violar las normas de la competencia de la Unión Europea: la Comisión constata la producción del abuso en la medida en que *DPAG* cobra la tarifa entera a los grandes envíos postales preparados y entregados por empresas especializadas cuando, si estos mismos envíos fueran realizados por el remitente mismo, tendrían derecho a la aplicación del descuento. Con ello, el operador público se beneficia de un ahorro de costes sin ningún tipo de compensación a las empresas competidoras. Como consecuencia de ello, éstas no pueden ofrecer ningún descuento a sus clientes y pierden así su atractivo comercial.

86. Esta es la segunda Decisión en que la Comisión tiene que pronunciarse en el ámbito de los servicios de preparación de correos. No obstante, son múltiples los pronunciamientos sobre asuntos similares o análogos. Piénsese que el origen de los principales problemas de la liberalización de los mercados radica en que en numerosas ocasiones la misma sólo puede conseguirse a través del acceso de los nuevos proveedores a una infraestructura de red ya existente, generando tensiones entre el proveedor que anteriormente ostentaba una situación de monopolio y los recientes operadores. Así pues, a la vista de los diversos pronunciamientos dictados en la materia puede concluirse que la evolución del proceso liberalizador depende del sentido y alcance que se dé al concepto «*servicio universal*».

Marta Casado Abarquero

Caso N.º 14. Abuso de posición dominante: STPI 26 enero 2005, Piau/ Fédération Internationale de Football Association (FIFA), T-193/02, Rec., p. I-1113: Posición dominante colectiva

NOTA

87. En el presente asunto, el TPI rechaza el recurso interpuesto contra la Decisión de la Comisión en la que desestima la denuncia interpuesta por el Sr. Piau contra el Reglamento de la *Fédération Internationale de Football Association* (en lo sucesivo, «FIFA») de 10 de diciembre de 2000 sobre los agentes de jugadores.

88. Antes de entrar en el análisis de la sentencia conviene hacer una breve introducción de los antecedentes fácticos de la Decisión recurrida. Los hechos que dan lugar a esta resolución se remontan a 1994, año en el que para poner fin a determinadas prácticas perjudiciales para los jugadores y los clubes, la FIFA adoptó un Reglamento sobre los agentes de jugadores. El texto fue denunciado ante la Comisión por considerar que las restricciones impuestas al acceso a la profesión eran incompatibles con los artículo 81 y 82 TCE y con los artículos 49 y siguientes del Tratado. Concretamente, se denunciaba la ausencia de medios de impugnación o recurso frente a las decisiones y sanciones previstas, que las modalidades de examen establecidas eran opacas, y la exigencia de aval, excesiva.

Tras estas denuncias la Comisión realizó una investigación pormenorizada de las normas establecidas por la FIFA relativas a los agentes de jugadores de fútbol. Esta investigación desembocó en el envío a la FIFA, el 19 de octubre de 1999, de un pliego de cargos en el que el Ejecutivo comunitario consideraba que las normas de la Federación constituían acuerdos que limitaban la competencia al impedir o limitar el acceso a la profesión

de personas que tenían las competencias profesionales necesarias. En particular, cuestionaba que las disposiciones relativas al carácter obligatorio de la licencia, a la negativa de su concesión a personas jurídicas, a la prohibición de que clubes y jugadores recurriesen a agentes no licenciados, a la exigencia de un aval bancario y a las sanciones fueran compatibles con el artículo 81 TCE.

A raíz de este procedimiento, la FIFA decidió revisar las normas en cuestión y el 10 de diciembre de 2000 adoptó un nuevo Reglamento que entró en vigor el 1 de marzo de 2001 que fue modificado, en último lugar, el 3 de abril de 2002. Según el nuevo Reglamento el acceso a la profesión estaba basado ahora en criterios objetivos y transparentes y la exigencia de aval o fianza era sustituida por la suscripción de una póliza de responsabilidad civil en el ejercicio de la profesión.

En vista de las mejoras introducidas y de las supresiones efectuadas en el nuevo Reglamento, la Comisión decidió archivar el asunto. Aún así, el Sr. Piau mantuvo la denuncia alegando que las infracciones del artículo 81 persistían. Mediante Decisión de 15 de abril de 2002, la Comisión desestimó esta denuncia por entender que las disposiciones restrictivas más importantes habían sido derogadas, que las restricciones subsistentes podían acogerse a una exención con arreglo al artículo 81.3 TCE y que el artículo 82, relativo al abuso de posición dominante, no era aplicable al caso examinado.

89. A continuación se procederá a analizar la solución dada por el Tribunal de Primera Instancia a cada una de las cuestiones que en este asunto se planteaban, esto es, la procedencia de la *exención* prevista en el artículo 81.3 TCE, y la existencia de una posición dominante colectiva. Por lo que al primer punto respecta, El Tribunal de Justicia de la UE dio el visto bueno al Reglamento de la FIFA sobre agentes de jugadores de fútbol, al considerar que no atentaba contra el Derecho comunitario. Así, entendió que el sistema de licencias imponía restricciones más cualitativas que cuantitativas a la profesión de agente, tratando de proteger a los jugadores y a los clubes. En este sentido, tomó particularmente en consideración los riesgos en que incurren los jugadores, cuyas carreras profesionales son cortas, en caso de transferencias mal negociadas por parte de sus agentes. Por todo ello concluye que el Reglamento puede acogerse al sistema de exenciones previsto en el artículo 81.3 TCE puesto que queda demostrado que las barreras de acceso a esta actividad económica no imponen restricciones que no sean indispensables y, como contrapartida, contribuye a fomentar el progreso económico y reserva a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.

90. En relación con la existencia de una *posición dominante colectiva*, el artículo 82 TCE prohíbe «la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en

parte sustancial de éste». Es precisamente la expresión «más empresas» la que permite que una posición de dominio pueda ser ocupada por dos o más agentes económicos, jurídicamente independientes entre sí (V. KORAH: «Gencor v. Comisión: Collective Dominance», *European Competition Law Review*, 20, 1999, p. 339). En cualquier caso, en la práctica el concepto de posición dominante colectiva (*kollektive beherrschende Stellung*) se ha mostrado como una noción ambigua e imprecisa. En definitiva, no se trata de un concepto jurídico sobre el que la doctrina sea pacífica por lo que su exacto significado y alcance debe ser analizado a través de las prácticas de la Comisión, del TPI y del TJCE (G. NIELS: «Collective dominance: more than just oligopolistic interdependence», *European Competition Law Review*, 22, 2001, pp. 168-172).

Pues bien, en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones, la Sentencia *Airtours* (STPI de 6 de junio de 2002, *Airtours/Comisión*, T-342/1999, Rec. p. II-2895, apartado 62) viene a señalar que, para sostener que se va a crear una posición dominante colectiva, no es suficiente con que el número de empresas del sector se reduzca: es necesario acreditar que este reducido número de empresas va a desarrollar comportamientos paralelos, lo cual exigirá demostrar que todas ellas conocen el comportamiento de las demás de tal forma que les estimule a adoptar una misma línea de actuación y les disuada de no romper ese comportamiento paralelo. Igualmente, es preciso probar que el resto de competidores (reales o potenciales), clientes y consumidores no van a oponerse a esa forma de actuación. En definitiva, la existencia de una posición dominante colectiva exige que se cumplan cumulativamente tres requisitos: en primer lugar, que todas las empresas miembros del oligopolio dominante pueden conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción; en segundo término, que exista un incentivo a no apartarse de la línea de conducta; y, finalmente, que la reacción previsible de los competidores, clientes y consumidores no cuestione los resultados esperados de la línea de acción común.

91. Por lo que a la primera condición respecta, la naturaleza jurídica de la FIFA impone unas breves consideraciones. Es cierto que la Federación, como tal, no es un agente económico. Sin embargo, la FIFA tiene como miembros a asociaciones nacionales que agrupan a clubes para los que la práctica del fútbol constituye una actividad económica *strictu sensu*. Por consiguiente, estos clubes son empresas en el sentido del artículo 81 TCE y, del mismo modo, las asociaciones nacionales que los agrupan son asociaciones de empresas en el mismo sentido de esta disposición. Esta conclusión es plenamente compatible con la acepción amplia dada al concepto de empresa, comprensivo no sólo de las estructuras económicas tradicio-

nalmente conocidas como tales, sino también de instituciones de interés público, asociaciones benéficas o deportivas, comunidades religiosas, sindicatos profesionales, agrupaciones de interés económico, sociedades de hecho... (en este sentido, resistente al paso del tiempo, J.I. FONT GALÁN: *La Libre Competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, p. 64).

92. El Reglamento de la FIFA sobre los agentes de los jugadores incide directamente en la apreciación de la concurrencia del segundo de los requisitos. Efectivamente, el Reglamento vincula de forma duradera y permanente a las asociaciones nacionales miembros de la FIFA y los clubes que están integrados en ella. Son normas que han aceptado y que no pueden contrariar bajo pena de sanción. Concurren así los presupuestos típicos necesarios para entender que existen «*incentivos a no apartarse de la línea de conducta*»: la existencia de un acuerdo y la imposición de represalias en aquellos casos en que uno de los operadores se aparte de la línea común de comportamiento. No es preciso, por lo tanto, recurrir a la doctrina flexibilizadora del TJCE que entiende que la existencia de vínculos o factores económicos de correlación entre las empresas afectadas no necesariamente exige la existencia de un acuerdo o de otro tipo de relaciones jurídicas (en este sentido, STJCE de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge de transports SA y otros /Comisión*, asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365, apartado 45).

93. Finalmente, por lo que a que la incapacidad de los competidores y consumidores para modificar los resultados esperados de la línea de acción común respecta, es preciso señalar, como bien apunta el TPI, que en el presente caso el mercado afectado por la normativa controvertida es un mercado de prestación de servicios en el que los compradores son los jugadores y los clubes, y los vendedores son los agentes. Por ello, el Sr. Piau sostiene que la FIFA actúa en régimen de monopolio, puesto que representa los intereses de todos los compradores y, en su situación de «comprador único», impone sus condiciones a los oferentes. El hecho de que estos últimos no puedan contrariar las normas del Reglamento de la FIFA puesto que la contravención de las mismas conlleva la imposición de sanciones que pueden llegar, incluso, a su expulsión del mercado, inhibe todo poder de reacción y obliga a concluir que los clubes ostentan una posición dominante colectiva.

94. Por ello, el Tribunal considera un error manifiesto la afirmación de la Comisión en el sentido de negar que la FIFA ostente una posición dominante en el mercado de los servicios de los agentes de los jugadores. No obstante, pese a ello, no varía la conclusión última a la que llega la

Comisión puesto que considera que el Reglamento de la FIFA no impone restricciones cuantitativas al acceso a la actividad de agente de jugadores que sean perjudiciales para la competencia, sino restricciones de carácter cualitativo que pueden estar justificadas.

Sin embargo, quizá por no afectar al resultado final del fallo, el Tribunal comete, en nuestra opinión, una imprecisión al justificar la ausencia de abuso de posición dominante en el hecho de que el Reglamento pueda acogerse a la exención prevista en el artículo 81.3 TCE (apartado 117). Pues bien, esta afirmación desconoce los pronunciamientos que existen tanto de la Comisión como del Tribunal de Primera Instancia y del TJCE que niegan que la existencia de una exención se oponga a la aplicación del artículo 82. Así por ejemplo, en el asunto *Tetra Pak* (STPI de 10 de julio de 1990, *Tetra Pak Rausing/Comisión*, T-51/89, Rec.1990, pp. 301 y ss.) el Tribunal rechazó el argumento del demandante de que el artículo 82 TCE no era aplicable a los acuerdos exentos por el artículo 81.3 TCE porque ambas normas obedecían a unos mismos fines. Y lo rechazó contestando que las exenciones del artículo 81.3 sólo se refieren a las ententes, y que el abuso, por su propia naturaleza, excluye toda posibilidad de exención (en el mismo sentido, STPI de 8 de octubre de 1996, Asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *CMB, CMBT y Dafra-Lines/Comisión*, Rec.1996, p.1201, apartado 152; STJCE de 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, asunto 66/86, Rec.1989, p. 803, apartado 32).

En definitiva, una imprecisión justificada, quizá, por la ausencia de trascendencia para el fallo final de una sentencia en la que, nuevamente, se pone de relieve que la ostentación de una posición de dominio, ya sea individual o colectiva, no necesariamente implica un abuso de la misma.

Marta Casado Abarquero

Caso N.º 15. Abuso de posición dominante: Dec.Com. 22 junio 2005, Coca-Cola, COMP/A.39.116/B2, DO L 253 de 29 septiembre 2005: Decisión compromiso (Coca-Cola se compromete a no abusar de su posición dominante y se libra de toda sanción)

NOTA

95. En el presente comentario se analiza una de las primeras «decisiones de compromiso» adoptada tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículo 81 y 82 del Tratado (DO L 1, de 4 de enero de 2003). En la Decisión estudiada, la Comisión, tras analizar los compromisos asumidos por las denunciadas y las observaciones presentadas

por terceros, estima que aquéllos son suficientes para resolver los problemas de competencia que se planteaban en el mercado afectado y les dota de carácter obligatorio hasta el 31 de diciembre de 2003.

96. Adentrándonos en los hechos que motivan la Decisión, éstos se remontan a 1996, 1999 y 2001, años en que la Comisión recibió una serie de denuncias de abuso de posición dominante por parte de *The Coca-Cola Company* (en lo sucesivo, «TCCC») y de sus tres embotelladores principales, *Bottling Holdings Sarl*, *Coca-Cola Erfrischungsgetränke AG* y *Coca-Cola Hellenic Bottling Company SA*. Como consecuencia de estas denuncias, la Comisión llevó a cabo un conjunto de inspecciones con arreglo al entonces vigente Reglamento (CEE) n.º 17.

No obstante, el 29 de septiembre de 2004 la Comisión Europea incoó el procedimiento con vistas a adoptar una decisión con arreglo al artículo 9 del Reglamento 1/2003, en vigor a partir del 1 de mayo de 2004. De conformidad con este precepto, la Comisión en su análisis preliminar detectó una serie de problemas de competencia en relación con determinadas prácticas comerciales de TCCC y sus embotelladoras. Concretamente, la Comisión comprobó que éstas, ostentando conjuntamente en algunos de los mercados nacionales una posición de dominio en el suministro de bebidas gaseosas sin alcohol, llevaban a cabo una serie de prácticas de dudosa compatibilidad con los artículos 81 y 82 TCE. Las prácticas que más inquietaban al Ejecutivo comunitario consistían, por un lado, en cláusulas de exclusividad en el mercado minorista (supermercados y otros comercios al por menor) por las que los supermercados se obligaban a reservar una amplia zona de sus expositores de bebidas gaseosas sin alcohol a productos con marca TCC; por otro, los descuentos condicionados a que el cliente alcanzara trimestralmente umbrales de compra especificados individualmente en el canal *horeca* (venta en establecimientos de consumo); finalmente, las empresas también imponían ciertos requisitos de exclusividad en la instalación de refrigeradores, surtidores o máquinas expendedoras. El análisis concluía que estas prácticas obstaculizaban el acceso de los competidores a los puntos de venta, resultando perjudicado en última instancia el consumidor. En respuesta a este análisis preliminar, el 19 de octubre de 2004 las partes presentaron una serie de compromisos a la Comisión. De conformidad con el artículo 27.4 del Reglamento 1/2003, el 26 de noviembre de 2004 se publicó en el *Diario Oficial* una comunicación en la que se resumía el asunto y los compromisos asumidos por las partes, invitándose a los interesados a formular observaciones en el plazo de un mes a partir de la fecha de la publicación (*DO C 289*, de 26 noviembre 2004). Tras recibir las observaciones, el 25 de febrero de 2005 las partes presentaron

una propuesta modificada de compromiso en los que, resumidamente, se comprometían a:

- a) No imponer cláusulas de exclusividad, de forma que los clientes de Coca-Cola tuvieran libertad en todo momento para comprar y vender bebidas gaseosas sin alcohol de cualquier proveedor.
- b) No ofrecer descuentos por objetivos y volumen. Con ello Coca-Cola no recompensaría a sus clientes por el mero hecho de que mantuvieran o aumentaran el volumen de productos Coca-Cola adquiridos.
- c) No utilizar las marcas más reconocidas de Coca-Cola para vender productos que gozaran de menos popularidad en el mercado.
- d) Permitir un 20% de espacio libre para otras marcas de bebidas en los refrigeradores gratuitos que proporcionara Coca-Cola siempre que en el establecimiento no hubiera ningún otro aparato de refrigeración.

Como consecuencia de estos acuerdos, se llegó a la conclusión de que no había motivos para más actuaciones. Por ello, mediante la Decisión de 22 de junio aquí analizada la Comisión dota de carácter vinculante a los compromisos asumidos por TCCC y sus embotelladoras hasta el 31 diciembre de 2010.

97. La fecha en la que fueron realizadas las denuncias por prácticas anticompetitivas, así como el hecho de que una de las empresas denunciadas estaba constituida en Atlanta (Estados Unidos) obligan a hacer una serie de precisiones en torno al ámbito de aplicación del Reglamento 1/2003. En este sentido, conviene adelantar que concurren los presupuestos de aplicación material, personal, temporal y espacial que determinan la aplicación del mismo al asunto objeto de análisis.

Por lo que al *presupuesto de aplicación material y personal* respecta, ninguna duda ofrece la propia redacción del artículo 1 del Reglamento puesto que, de un lado, resulta de aplicación a los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (artículo 1.a) del Reglamento en relación con el artículo 81 TCE); y de otro, extiende su alcance a las explotaciones abusivas, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo (artículo 1.c) del Reglamento, en relación con el artículo 82 TCE).

Mayores complejidades plantea el *presupuesto de aplicación temporal*. En este sentido, el artículo 45 del Reglamento 1/2003 establece que su entrada en vigor se producirá el 1 de mayo de 2004. Esto no obstante, el

artículo 34.2 establece que los actos de procedimiento realizados al amparo del Reglamento n.º 17, predecesor de aquél, conservarán sus efectos de cara a la aplicación del Reglamento 1/2003. Así pues, pese a que las denuncias fueron cursadas en años previos al ejercicio 2004, los actos de investigación llevados a cabo por la Comisión mantienen su vigencia a efectos del nuevo procedimiento incoado por ésta el 29 de septiembre de 2004.

Para concluir, el *presupuesto de aplicación territorial* debe ser objeto de una valoración especial desde el momento en que una de las empresas no tiene su domicilio social en territorio comunitario. Así, pese a que las empresas embotelladoras están domiciliadas en Luxemburgo, Alemania y Grecia respectivamente, *TCCC* es una sociedad estadounidense con domicilio social en Atlanta. Pues bien, como norma general se puede afirmar que las normas comunitarias son aplicables a las conductas que falsean la competencia en el interior del Mercado Común, lo que implica que las reglas europeas en materia de competencia determinan, también, el régimen de responsabilidad de empresas con sede fuera del mercado comunitario siempre que su conducta haya impedido, restringido o falseado el juego de la competencia dentro del Mercado Común. Se trata de la denominada *Doctrina del Efecto* tantas veces impugnada por las empresas situadas fuera del territorio comunitario pero que ha sido perfilada por la Comisión y por el TJCE desde fechas verdaderamente recientes (STJCE 25 noviembre 1971, *Béguelin Import/G.L. Import-Export*, 22/71, Rec. 1971, p. 949; STJCE 14 de julio 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd./Comisión*, 48/69, Rec.1972, p. 619; STJCE 21 febrero 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company/Comisión*, 6/72, Rec.1973, p. 215). No obstante, el verdadero punto de inflexión en la consolidación de esta Doctrina lo constituyó la decisión dada por la Comisión y por el TJCE en el asunto denominado *pasta de madera*, asunto en el que por primera vez la Comisión condena una entente en la que todas las empresas destinatarias de la Decisión operaban con regularidad en el mercado comunitario pero tenían su sede fuera de la Comunidad (Dec.Com. 19 diciembre 1984, *Pâte de bois*, DOCE L 85, de 26 marzo 1985, y STJCE 27 septiembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85, Rec., p. 5193). En realidad, el ámbito de aplicación territorial del Derecho Comunitario en esta materia no puede sino tener únicamente en consideración el lugar en el que los comportamientos de las empresas surten efectos puesto que, si la aplicabilidad del mismo dependiera del lugar en el que se adopta el acuerdo o del país en el que las empresas están domiciliadas, se estaría introduciendo una vía de escape para eludir la imperatividad del Derecho de la competencia.

98. Respecto al procedimiento elegido, esta es la segunda ocasión en que la Comisión utiliza el sistema de «Decisión Compromiso» establecido

en el artículo 9 del Reglamento 1/2003, en virtud del cual se pone fin a los procedimientos por conductas anticompetitivas, declarando obligatorios los compromisos asumidos por las empresas. Esta es una de las novedades introducidas por el Reglamento 1/2003 puesto que, a diferencia de su antecesor, confiere a la Comisión, en concordancia con lo establecido en el Reglamento (CE) 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (*DO L 124 de 29 enero 2004*), la posibilidad de aceptar los compromisos que ofrezcan las partes dirigidos a poner fin a la infracción cometida, convirtiéndolos en obligatorios para las empresas afectadas.

El carácter vinculante de estos compromisos supone que los mismos podrán ser invocados por los particulares ante los tribunales nacionales así como que la Comisión pueda, en cualquier momento, volver a incoar el procedimiento si se ha producido un cambio considerable en los hechos, si se facilitó información incorrecta o desvirtuada o si la empresa viola los compromisos asumidos.

Pues bien, este procedimiento fue utilizado por la Comisión por primera vez en la Decisión de 19 de enero de 2005 (Dec.Com. 19 enero 2005, *Ligaverband*, COMP/C-2/37.214, *DO L 134 de 27 mayo 2005*). En esta Decisión se asumían los compromisos contraídos por la Federación de la Liga de Fútbol Alemana (*Ligaverband*) para la comercialización de los derechos televisivos del campeonato alemán de fútbol (*Bundesliga*), dando un nuevo impulso a la liberalización de los derechos de retransmisión, sobre todo en el ámbito de los nuevos medios de comunicación tales como Internet de banda ancha.

99. La Decisión analizada constituye, en definitiva, una de las primeras aplicaciones de la *Decisión Compromiso*, instrumento jurídico que sin duda, desde el momento en que los compromisos son publicados en el *Diario Oficial* y en Internet y se da traslado a los terceros interesados para que formulen observaciones, aportará una mayor transparencia al conjunto del mercado.

Marta Casado Abarquero

IV. Concentraciones

Caso N.º 16. Concentraciones: Decisión de la Comisión 19 julio 2004, SONY/BMG, M. 3333

NOTA

100. La Comisión autorizó el 19 de julio de 2004 la creación de una filial común entre Bertelsmann AG y Sony Corporation of America a pesar de que la operación reduce de cinco a cuatro el número de los principales operadores de grabaciones musicales. La operación se autorizó en virtud del

artículo 8, apartado 2 del Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo, de 21 diciembre 1989, hoy día derogado por el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 enero 2004.

Bertelsmann es una empresa de medios de comunicación que actúa a nivel internacional en televisión, radio, edición de libros y revistas y clubes de libros y música. Además realiza, a través de su empresa subsidiaria Bertelsmann Music Group (BMG), actividades de grabación y edición musical. Sony, por su parte, realiza actividades a nivel internacional de grabación y edición musical, aparatos electrónicos industriales y de consumo y ocio, actuando en el mercado de las grabaciones musicales a través de su filial Sony Music Entertainment.

La nueva empresa en participación Sony BMG se dedicará a las actividades de A&R (artistas y repertorio) que consiste en el descubrimiento y desarrollo de artistas. También se ocupará de la comercialización y venta de grabaciones musicales. Para ello, las matrices aportan su actividad global de grabaciones musicales exceptuando las actividades de Sony en Japón. La nueva entidad, sin embargo, no se dedicará a otras actividades relacionadas como son la edición, la producción o la distribución de música.

La Comisión diferencia varios mercados de referencia: las grabaciones musicales, la música en línea y la edición musical. Si bien en cada uno de los anteriores la Comisión pudo identificar mercados de productos diferentes no fue necesaria la segregación, ya que la evaluación de la operación no hubiera sido diferente. Los tres mercados de referencia son mercados de ámbito nacional.

101. En la evaluación de la operación, la Comisión diferencia seis posibles efectos perniciosos sobre la competencia: el posible refuerzo de la posición de dominio colectivo en los mercados de grabaciones musicales, la posible creación de un dominio colectivo en los mercados de grabaciones musicales, la posible creación de una posición dominante única en los mercados de grabaciones musicales, el posible dominio colectivo en el mercado al por mayor de licencias para música en línea, la posible posición de dominio única en los mercados de distribución de música en línea y los posibles efectos colaterales en la edición musical. Y realiza un profundo análisis diferenciado de cada uno de ellos.

En el análisis del posible refuerzo de la posición de dominio colectiva en los mercados de grabaciones musicales, la Comisión aplica la jurisprudencia del TJCE creada en el caso *Airtours*. Conforme a esta jurisprudencia para la acreditación de la existencia de una posición de dominio colectiva entre las distintas empresas del mercado, y, por tanto, para su posible refuerzo mediante la operación, la Comisión debe demostrar que existe antes de ejecutarse la operación: 1) un entendimiento común de las condiciones

de coordinación, 2) la capacidad para controlar si se cumplen dichas condiciones, 3) la existencia de un mecanismo de disuasión en caso de incumplimiento y 4) la imposibilidad de que competidores y clientes puedan poner en peligro los beneficios que se esperan de la coordinación.

Para saber si las empresas del sector mantuvieron una política de precios coordinada en los Estados miembros durante los tres años previos a la notificación, la Comisión comparó en cada uno de los Estados: la evolución de los precios netos medios al por mayor, los precios publicados para distribuidores, los coeficientes de precios brutos y netos y los descuentos en facturas aplicados por las cinco principales empresas tanto a mayoristas como a minoristas en cada Estado miembro.

Por lo que respecta a la posible coordinación de los precios al por mayor de las cinco empresas principales, la Comisión estudió, en primer lugar, el paralelismo de la evolución de los precios de los 100 álbumes más importantes de cada una de ellas en los Estados miembros más grandes, esto es, Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido. Las ventas de estos álbumes representa entre el 70% y el 80% de las ventas totales respectivas de música de las cinco empresas estudiadas por lo que la muestra es suficientemente representativa. A pesar de que la Comisión encontró cierto paralelismo y una evolución similar de los precios en esos cinco países no consideró suficientemente demostrada la existencia de una política de precios coordinada.

En segundo lugar, y para complementar la investigación anterior, la Comisión comprobó la existencia de listas de precios publicadas para distribuidores como medio de coordinación de precios y examinó la transparencia y la alineación de los descuentos para comprobar la posibilidad del control efectivo del comportamiento competitivo. Aunque la Comisión encontró indicios de que se podían haber utilizado la publicación de precios para los distribuidores como medio para coordinar los precios descubrió que los descuentos variaban entre las cinco empresas principales y que algunos descuentos no eran lo suficientemente transparentes como para demostrar la existencia de colusión.

Finalmente, la Comisión examinó las condiciones del mercado para saber si existían condiciones que provocaran el dominio colectivo, condiciones analizadas también en el caso *Airtours*. Así, la Comisión observó, por un lado, la homogeneidad del producto en cuyo estudio hay que diferenciar varias cuestiones ya que, como advierten las partes en la notificación el lanzamiento de cada disco es único, sin embargo, como los consumidores adquieren en su mayoría discos de diferentes artistas y géneros de música el resultado es que se puede hablar de cierta sustituibilidad entre ellos. Además, a pesar de la gran heterogeneidad de contenidos, la forma de fijar los precios y la comercialización de la música está muy estandarizada teniendo en cuenta siempre el éxito del álbum.

102. En cuanto al análisis de la transparencia del mercado la Comisión no encontró pruebas suficientes para concluir que ciertas dificultades existentes que la reducen, como el hecho de que el control de las campañas de descuentos requiera un control en el nivel de los álbumes, hayan sido superadas.

103. Finalmente, la Comisión explora con detenimiento las posibles represalias que pudieran adoptar las empresas contra las que se alejen del comportamiento anticompetitivo. Indicios sobre represalias en el pasado pueden identificar la existencia de una posición colectiva en el pasado. Por ello, la Comisión examina si se ha vuelto de forma temporal al comportamiento competitivo o si hay signos de exclusiones de empresas desleales de acuerdos y *joint ventures* para la realización de compilaciones. Del estudio realizado por la Comisión se desprende que la inclusión de artistas de diferentes compañías discográficas es un factor importante para el éxito del disco compilatorio. Estos discos suponen entre un 15% y un 20% del total del mercado de las grabaciones musicales. La Comisión verificó los acuerdos y creaciones de empresas en participación en los que participaron las empresas en cuestión y el resto de las cinco grandes operadoras del mercado. Estos acuerdos suelen tener una duración limitada a un año y, en caso de que una empresa se desviara de la política de coordinación, podría ser excluida de los mismos. Sin embargo, la Comisión, tras el estudio de los contratos firmados por las compañías en los dos años precedentes a la notificación, no ha encontrado pruebas suficientes de que tales mecanismos de represalias se hayan aplicado en el pasado.

La Comisión extendió su detallado estudio a cada uno de los Estados miembros más pequeños y a Noruega y, aunque existía un «considerable grado de paralelismo entre los precios publicados para los distribuidores de las cinco empresas principales que, en principio, podían utilizarse como base por estas cinco empresas principales para alinear los precios», también puso la profunda investigación de manifiesto que existían «algunas diferencias en el nivel de descuentos y déficits de transparencia en cuanto a determinados descuentos».

Todo ello lleva a la Comisión a concluir que no ha encontrado las suficientes pruebas, requeridas por el TJCE desde la jurisprudencia *Airtours*, de la existencia de una posición de dominio colectivo por parte de las cinco principales empresas de música en los mercados de grabaciones musicales en ningún Estado miembro.

104. La Comisión concluyó, por otra parte, que teniendo en cuenta las apreciaciones realizadas sobre la transparencia del mercado, la homogeneidad del producto y las represalias, «el efecto de una reducción de cinco a cuatro empresas principales tras la fusión no tendría la suficiente impor-

tancia como para que se creara una posición de dominio colectivo de las principales empresas en los mercados de grabaciones musicales».

La Comisión se plantea, asimismo, la posible creación de una posición dominante única en los mercados de grabaciones musicales debido a la relación vertical de la empresa en participación con los intereses de Bertelsmann en el sector de los medios de comunicación. Sin embargo, entiende que las ventajas derivadas de esa integración ya están incorporadas en las cuotas de mercado de BMG en el año previo a la notificación y la empresa en participación propuesta no alcanza el umbral de la posición dominante única.

La Comisión en su detallado análisis económico incluye también el posible dominio colectivo en el mercado al por mayor de licencias para música en línea y la posible posición dominante única en los mercados de distribución de música en línea y los efectos colaterales en la edición musical para concluir que la operación propuesta no crea ni consolida una posición dominante en ninguno de los mercados analizados.

Aunque la Comisión finalmente autoriza la operación porque no alcanza la prueba que le requiere el TJCE en la jurisprudencia *Airtours*, una minoría del Comité consultivo está en desacuerdo con la opinión de la Comisión en cuanto a la posible creación o reforzamiento de una posición dominante colectiva en el mercado de la grabación de música y en cuanto al efecto de coordinación del comportamiento competitivo de Sony y Bertelsmann en el mercado de la edición musical.

Natividad Goñi Urriza

Caso N.º 17. Concentraciones: Dec.Com. 15 julio 2005, Procter & Gamble/ Gillette, M. 3732

NOTA

105. El Reglamento 139/2004, como su predecesor, está orientado a impedir la formación de estructuras de mercado anticompetitivas mediante el control de las operaciones de crecimiento externo empresarial. El núcleo del juicio de valoración de los efectos competitivos de una concentración lo constituye la creación de posiciones de poder económico, de tal modo que estarán prohibidas las operaciones que conduzcan al surgimiento o al refuerzo de una posición dominante, colectiva o individual, en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. La posibilidad de concreción de este riesgo depende, en gran medida, del tipo de concentración proyectada. En principio, la potencialidad lesiva de las *concentraciones horizontales* (uniones entre empresas que, actual o potencialmente producen bienes sustitutivos) y, en menor medida, de las *operaciones verticales* (unión entre operadores económicos en relación de proveedor-cliente) plantea pocas

dudas. Por el contrario, la valoración de las denominadas *concentraciones conglomeradas*, definidas por el TPI como «uniones de empresas entre las que no existía con anterioridad a la operación una relación competitiva, ni como competidores directos ni como proveedores o clientes» (STPI 25 octubre 2002, *Tetra Laval v. Comisión*, párrafo 142) constituye una de las cuestiones más controvertidas del Derecho de la competencia. Mientras que en otros sistemas jurídicos, como el estadounidense, se ha abandonado, ya desde hace tiempo, prácticamente todo interés y preocupación en los *efectos conglomerados* de las concentraciones, en el ámbito europeo, las autoridades comunitarias han expresado reciente y repetidamente su preocupación de que, en determinados supuestos, estas operaciones puedan efectivamente dar lugar a lesiones de la competencia, mediante la formación o el refuerzo de posiciones dominantes (*Coca Cola Enterprises/Amalgamated Beverages GB*, M.794; *Coca-Cola/Carlsberg*, M.833; *Guinness/Grand Metropolitan*, M. 938; *Pernord Ricard/Diageo/Seagram Spirits*, M. 2268; *Tetra Laval/Sidel*, M. 2416; *General Electric/Honeywell*, M. 2220).

106. En mayo de 2005, la Comisión Europea recibió la notificación del proyecto de concentración entre las multinacionales de bienes de consumo *Procter & Gamble y Gillette*. El ejecutivo, siguiendo el análisis tradicional en materia de *efectos horizontales* (cuotas de mercado absolutas y relativas, barreras de entrada, capacidad compensatoria de los compradores, etc.), identifica determinados problemas que pueden derivarse de la operación en uno de los mercados en que ambas empresas compiten (el mercado de cepillos de dientes eléctricos), posibilitando no obstante, la resolución de los mismos mediante la adopción de una serie de *compromisos* de carácter estructural (desinversiones) y de conducta (concesión de licencias). Sin embargo, el principal interés de la decisión radica en que la Comisión Europea vuelve a interesarse por los posibles *efectos conglomerados* de una operación de concentración, concretamente, por los eventuales riesgos que para el mantenimiento de una competencia eficaz pueden derivarse de la posesión de una amplia *cartera de productos o bienes* pertenecientes a mercados diferenciados (a). La investigación de la Comisión se centra particularmente, en los riesgos de *exclusión o cierre de mercados (foreclosure)* derivados de la realización de conductas de vinculación (b) o relacionados con la posible posición de la empresa como *category manager* (c). Efectos excluyentes anticompetitivos que, en el caso concreto, son finalmente descartados.

107. a) En los últimos años se han desarrollado diversas teorías sobre el eventual impacto anticompetitivo de las concentraciones conglomeradas que pueden ser englobadas en la ambigua y difusa categoría de *efectos-cartera (portfolio-effect)* o *efectos-gama (range-effect)*. Pese a la inexistencia

de una postura unánime sobre el alcance de este concepto, la preocupación esencial que subyace en esta teoría es que, la formación de una amplia cartera de productos puede incentivar a la empresa resultante de la concentración a llevar a cabo determinadas conductas excluyentes que acaben, a medio o largo plazo, afectando a la estructura de los distintos mercados implicados y consolidando posiciones de poder en los mismos [OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002), contribución de la Comisión Europea, p. 243]. En este sentido, la combinación de las gamas de productos y marcas de las partes puede otorgar a la nueva entidad una *mayor flexibilidad para estructurar sus precios, promociones y descuentos*, aumentando las posibilidades de que éstos sean utilizados abusivamente. Igualmente, se incrementa el riesgo del recurso a *conductas de vinculación*. Finalmente, la amenaza implícita o explícita de una *denegación de suministro* estará más presente. Ahora bien, junto a estos eventuales *efectos o peligros anticompetitivos*, de la ampliación de la cartera de productos pueden, igualmente, derivarse *efectos beneficiosos* como consecuencia de la consecución de *economías de escala y alcance en la producción y, principalmente, en la distribución conjunta* de los distintos bienes integrantes de la cartera (párr. 131-133; *Guinness/Grand Metropolitan*, párr. 40). La valoración de estas operaciones resulta, por tanto, compleja y plantea el delicado problema de arbitrar un criterio válido de distinción entre operaciones potencialmente lesivas de la competencia y operaciones procompetitivas. Problema que, actualmente, no se encuentra resuelto de forma satisfactoria. El ejecutivo comunitario se ha limitado a identificar una serie de *factores que es preciso ponderar* para determinar el impacto que estas operaciones puedan tener en la estructura competitiva del mercado (titularidad de la marca más importante o de una o más marcas importantes de un mercado determinado; cuotas de mercado de las distintas marcas, especialmente en relación con las cuotas de los competidores; importancia relativa de los distintos mercados en los que las partes disponen de cuotas y marcas significativas; el número de mercados en que el titular de la cartera dispone de la marca más importante o de una marca importante, etc.). Igualmente, la postura de las autoridades judiciales comunitarias frente a estas operaciones dista de estar definida, tal y como pone de manifiesto la comparación entre los dos pronunciamientos, hasta la fecha, del TPI en la materia (*Tetra Laval v. Comisión y General Electric v. Comisión*, TPI, 25 febrero 2006).

108. b) Una de las principales preocupaciones asociadas por el ejecutivo comunitario a las concentraciones conglomerales es que las mismas, mediante la ampliación de la cartera de productos de la entidad resultante de la operación, puedan facilitar la realización de *conductas de vinculación*

(*General Electric/Honeywell; Tetra Laval/Sidel*). En primer lugar, la concentración puede facilitar a la nueva empresa el ejercicio de presión sobre sus clientes, negándose a suministrar un determinado producto (por ejemplo, las marcas más fuertes, *must-stock brands*) a menos que sean adquiridos a su vez otros bienes (por ejemplo, las marcas más débiles) o, incluso, todos los *productos de la gama*. La vinculación también puede articularse a través de *incentivos en el precio*. La constitución de una amplia cartera de productos complementarios otorga flexibilidad a la empresa en la fijación de sus ofertas y en la concesión de descuentos, de modo que ésta puede servirse de su capacidad financiera, para ofertar paquetes de productos a un precio más reducido que el de la suma del precio de los componentes individuales (*mixed-bundling*), es decir, para conceder rebajas subordinadas a la adquisición de un paquete de productos. El riesgo de efectos conglomerales anticompetitivos se condiciona a la *conurrencia de al menos, dos circunstancias* en la concentración proyectada. En primer lugar, la preexistencia de *poder económico* —no necesariamente dominante— en al menos uno de los mercados afectados y la combinación de productos comercializados en *mercados vecinos o relacionados*. El primer elemento es descartado, en el caso concreto, dada la competencia existente entre otros suministradores y productores y el significativo poder de compra de los distribuidores. La relación entre los mercados se refiere a la existencia de un vínculo de unión desde la perspectiva de la demanda, debido a la presencia de una base común de clientes (consumidores intermedios o finales) para los distintos productos. Base común que estará especial —si bien no exclusivamente— presente, en el supuesto de bienes complementarios. En principio, la utilización eficaz de la vinculación requiere la presencia de una relación de complementariedad entre los productos ofertados conjuntamente. Si este es el caso, presumiblemente la mayoría de los compradores de uno de los bienes deseará adquirir el otro y la oferta reducida por el paquete constituye una opción atractiva. Atractivo que puede no estar presente, sin embargo, en los casos en los que no existe relación entre las demandas de los productos. La imposición de un precio unitario puede disuadir de la compra a determinados consumidores, interesados únicamente en el producto principal.

109. c) Junto a la eventual conclusión de prácticas de vinculación, la Comisión Europea, introduce en esta decisión, una novedad en el examen de los efectos conglomerales de la concentración, al analizar, por vez primera, las posibles repercusiones competitivas de las prácticas de gestión conocidas, en su terminología anglosajona como *category management*. A instancia de los distribuidores, el *category manager* o *category captain* (generalmente una de las principales empresas suministradoras del sector),

les ofrece información y recomendaciones sobre aprovisionamiento, colocación en estanterías, política de precios y técnicas de promoción. El temor existente en este caso era que, como consecuencia del refuerzo de su posición en el sector de la higiene bucal, la nueva entidad pudiera aumentar sus opciones de ser elegida *category manager*, y utilizara tal posición para potenciar sus propias marcas y productos, excluyendo a otros competidores del mercado. El análisis de mercado realizado, en particular, la valoración de la fuerza y posición de los distribuidores permite excluir estos riesgos e, incluso, defender el carácter generalmente beneficioso de estas prácticas, desde el punto de vista de la eficiencia económica, tanto para los distribuidores como para los consumidores.

110. En conclusión, la valoración de las concentraciones en atención a sus eventuales «efectos-cartera», no obedece a un razonamiento uniforme y consolidado, subsistiendo numerosos interrogantes que ponen de manifiesto la necesidad urgente de aprobación de las prometidas Directrices de la Comisión Europea sobre concentraciones conglomerales.

Carmen Herrero Suárez

Caso N.º 18. Concentraciones: Dec.Com. 29 julio 2005, Maersk/Ponl, M. 3829

NOTA

111. La empresa danesa *Maersk* notificó a la Comisión Europea, el 9 junio 2005, su intención de hacerse, mediante el lanzamiento de una OPA, con la totalidad del control de la empresa neerlandesa, *PONL*. Ambas compañías operan principalmente, en el sector del transporte marítimo, destacando su actividad en el mercado de servicios regulares de transporte contenedorizados, en el que se encuentran en una relación de competencia directa. En una primera valoración de la operación proyectada, la Comisión consideró que de la misma podrían derivarse una serie de efectos restrictivos de la competencia, concretamente el refuerzo del carácter oligopolístico de los distintos mercados afectados y, consecuentemente, de la interdependencia entre las distintas empresas operantes en los mismos. Efectos anticompetitivos que fueron despejados, gracias a la asunción de una serie de compromisos por parte de las empresas implicadas, que permitieron al ejecutivo comunitario adoptar una decisión de compatibilidad de la concentración con el mercado común.

112. La aplicabilidad de las normas comunitarias en materia de libre competencia en el ámbito de los transportes (terrestre, aéreo y marítimo) ha estado sujeta a un régimen especial, hasta la entrada en vigor del Reglamen-

to 1/2003 del Consejo de 16 diciembre 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en el art. 81 y art. 82 del Tratado CE*, en el que expresamente se reconoce la aplicación de las normas de competencia generales del Tratado al sector del transporte (considerando 36), tal y como, por otra parte, ya había venido defendiendo el TJCE. Esto no obsta a que las particulares características de estos sectores modelen o determinen necesariamente la política antimonopolio en este campo. Ello resulta especialmente evidente en el ámbito del transporte marítimo, en el que la cooperación o colaboración entre navieras ha estado tradicionalmente muy presente, debido a la integración o participación de las mismas en *conferencias, consorcios y alianzas marítimas* (a).

113. Los eventuales efectos lesivos de una concentración horizontal (uniones entre dos o más empresas que, actual o potencialmente, producen bienes sustitutivos) pueden manifestarse en una de las dos siguientes vertientes. En primer lugar, las concentraciones entre competidores pueden dar lugar a la formación de posiciones de dominio unilaterales, como consecuencia de la unión de la potencia económica de las empresas que se concentran. En segundo lugar, la operación puede producir los denominados por la Comisión Europea, «efectos de coordinación», al conducir a un refuerzo de estructuras de mercado oligopolísticas, posibilitando el surgimiento de posiciones dominantes colectivas (b).

114. a) La configuración de una política en materia de libre competencia en el ámbito del transporte marítimo ha estado marcada por la difícil tarea de conciliar las reglas orientadas a la prohibición de acuerdos colusorios, abuso de posición de dominio y control de la concentración empresarial con instituciones tradicionales, de gran difusión en el tráfico marítimo, como *las conferencias y los consorcios marítimos*.

115. Las conferencias son cárteles ortodoxos entre navieras, cuyo objeto es eliminar la competencia efectiva entre sus miembros, actuando fundamentalmente sobre los precios y la capacidad. Determinados acuerdos adoptados en el seno de las conferencias marítimas se encuentran exentos de la prohibición del art. 81.1 del Tratado CE en virtud del Reglamento del Consejo 4056/86, quien las define como «un grupo de dos o más transportistas armadores que preste servicios internacionales regulares para el transporte de mercancías siguiendo una o más líneas determinadas dentro de unos límites geográficos específicos y que ha concluido un acuerdo o trato, cualquiera que sea su naturaleza, en cuyo marco dichos transportistas operan conforme a fletes uniformes o comunes y a todas las demás condiciones de transporte establecidas para la prestación de servicios regulares». Los consorcios son acuerdos operativos entre navieras orientados a la ex-

plotación conjunta de un servicio de transporte marítimo (generalmente, contenedorizado), de tal forma que se posibilite una racionalización del servicio y una reducción de los costes de sus miembros. A diferencia de las conferencias, por tanto, los consorcios no influyen, al menos de forma directa, en la fijación de los precios, sin perjuicio de la existencia de una cooperación intensa entre sus miembros. Cooperación que se encuentra exenta de la prohibición general de acuerdos restrictivos por el Reglamento de la Comisión 823/2000, recientemente reformado por el Reglamento 611/2005.

116. Pese a la exención por categorías de la que gozan tanto las conferencias como los consorcios marítimos, su presencia y posición en los mercados han de ser tenidos en consideración, tanto en lo que respecta a la aplicación del art. 82 del Tratado CE que sanciona los abusos de posición dominante (*vid.* ORTIZ/CABRERA/SOPEÑA: «Las normas de competencia comunitarias en el transporte», en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, coords. BENEYTO/MAILLO, Barcelona, 2005, pp.1716 y ss.) como en materia de control de la concentración empresarial. En este último aspecto, la Comisión ha reiterado en diversas decisiones la necesidad, al evaluar los efectos de una concentración en el transporte marítimo regular, de tomar en consideración la pertenencia de las empresas que se concentran a las conferencias y consorcios marítimos existentes en los mercados afectados (Dec.Com. 19 diciembre 1996, *P&O/Royal Nedlloyd*, M. 831; Dec.Com. 7 mayo 1999, *Maersk/Safmarine*, M. 1474; Dec.Com. 6 octubre 1999, *Maersk/Sealand*, M. 1651). Los efectos de una concentración en el transporte de línea regular dependen así no sólo del poder de mercado de las empresas que se concentran, expresado en cuotas de mercado, sino también de los lazos contractuales que les unen a otras navieras con las que participan en conferencias y consorcios. Política que es reiterada en el caso objeto de examen.

117. b) El art. 2.3 del Reglamento 139/2004 establece la incompatibilidad con el mercado común de las concentraciones que sean «susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante». El núcleo del juicio de valoración de los efectos de una concentración sobre la competencia lo constituye *el refuerzo o creación de una posición dominante*. Este concepto hace referencia a «una situación de poder económico en que se encuentran una o varias empresas y que les permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndoles la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores» (Directrices en materia de concentraciones horizontales, párrafo 2). Esta

noción abarca tanto los supuestos de *dominio unilateral* como los casos de *posición dominante colectiva*. En consecuencia, los efectos lesivos de la competencia de una concentración entre competidores pueden deberse, no a la formación de posiciones de dominio individuales, sino a la creación o refuerzo de una *estructura de mercado oligopolística anticompetitiva*. Ahora bien, en el caso de las posiciones dominantes colectivas la cuestión que se plantea no es la simple creación de un oligopolio, sino la creación de un oligopolio en un mercado cuyas especiales características permiten augurar que a las distintas empresas que operan en el mismo les resultaba más rentable coordinar sus políticas empresariales que competir. Las Directrices de la Comisión en materia de concentraciones horizontales, inspiradas en las *Merger Guidelines* estadounidenses, recogen las principales aportaciones de la teoría económica y de la jurisprudencia de los tribunales de justicia (STPI 6 junio 2002, *Airtours/First Choice*, T-342/99) en el establecimiento de los elementos que integran el concepto de posición dominante colectiva, y de las circunstancias y factores que han de ser especialmente tenidos en cuenta para aventurar si una operación puede dar lugar a la aparición o no de este tipo particular de situaciones de poder en el mercado (párrafos 37 a 57). En concreto, se insiste en que, las posiciones dominantes colectivas constituyen un tipo cualificado de oligopolio, en el que las empresas están en condiciones de adoptar *conductas paralelas o coordinadas*. No basta, por tanto, con la existencia de un elevado *índice de concentración* en el mercado. Es necesario analizar los *caracteres del mercado* (naturaleza de la demanda, grado de transparencia, estructura de costes de los productores, grado de diferenciación entre los productos, etc.) a fin de determinar si en él se cumplen los requisitos de una *coordinación sostenible* (posibilidad de llegar a un acuerdo en los términos de cooperación, vigilancia frente a posibles incumplidores y existencia de mecanismos creíbles de disuasión).

118. En el caso concreto, la Comisión Europea, si bien no realiza un análisis exhaustivo sobre los extremos apuntados, identifica como principal peligro de la operación proyectada un refuerzo del carácter oligopolístico del mercado de línea de transporte regular contenedorizado, ya de por sí bastante concentrado, y de los lazos y relaciones entre los distintos agentes operantes en el mismo. Refuerzo debido, principalmente, al incremento de los vínculos entre la entidad resultante de la operación y las diversas conferencias y consorcios marítimos presentes en las diversas travesías o rutas. La asunción de una serie de *compromisos* por parte de las empresas implicadas, entre los que destaca el abandono o retirada de PONL de una serie de conferencias y consorcios son considerados suficientes por el ejecutivo comunitario para eliminar los riesgos de coordinación o actuación paralela en los mercados relevantes.

Carmen Herrero Suárez

Caso N.º 19. Concentraciones: STJCE 15 febrero 2005, Tetra Laval, C-12/03P, Rec., p. I-1113.

NOTA

119. En el presente asunto, la Comisión recurrió en casación contra la STPI 25 octubre 2002, *Tetra Laval/Comisión*, T-5/02, Rec. 2002, p. II-4381, sentencia que anuló la Decisión de aquélla de prohibir la concentración de Tetra Laval con Sidel (Dec.Com. 30 octubre 2001, DO L 43 de 13 febrero 2004).

120. Tetra Laval, en el momento de los hechos, era la empresa líder en el mercado de los envases de cartón. Sidel, por su parte, ocupaba una posición destacada en el sector de las máquinas estiradoras-sopladoras con las que se realizan los embalajes de plástico PET (*polietileno tereftalato*).

Los llamados *productos sensibles* —la leche y los productos lácteos, los zumos y néctares de fruta, las bebidas sin gas con sabor a fruta y las bebidas a base de té o de café—, en determinados casos, requieren estar envasados en recipientes que impidan el paso de la luz y del oxígeno. El cartón es el material adecuado para envasar este tipo de productos; sin embargo, en relación con el PET, si bien al ser una resina porosa deja pasar el oxígeno y la luz, se están desarrollando *tratamientos de barrera* que permiten proteger de estos elementos a los productos sensibles antes mencionados. Sidel trabajaba en los tratamientos de barrera para el PET, por esta razón, la Comisión entendió que debía impedir la concentración propuesta, ya que, con la unión de ambas empresas, la nueva entidad consolidaría su posición de dominio en el mercado de cartón y, por presumibles prácticas de apalancamiento —ventas acopladas, precios predatorios, rebajas por fidelidad—, adquiriría una posición dominante en el mercado del PET.

121. La concentración de Tetra y Sidel fue analizada por la Comisión y, posteriormente, por los órganos judiciales comunitarios, en el marco del Reglamento (CEE) n.º 4064/1989 del Consejo, de 21 diciembre 1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas (DO L 395 de 21 septiembre 1990) —norma actualmente derogada por el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, 20 enero 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE L 24 de 29 enero 2004)—.

122. Las conclusiones a destacar que resolvió el Tribunal de Justicia fueron las siguientes: a) la Comisión debe aportar «*pruebas sólidas*» para poder prohibir la concentración de Tetra con Sidel; b) la Decisión de la Comisión de prohibir la concentración se basaba en que la unión lesionará la competencia debido a previsibles *comportamientos ilícitos de la nueva entidad*. Precisamente la ilicitud de dichas actuaciones debe ser tenida en cuenta por

la Comisión para, al menos, poder dudar de que dichas actuaciones vayan a consumarse con toda probabilidad; c) la Comisión debe considerar, también, los *compromisos asumidos por las partes* para poder entender que la concentración, quizá, no lesionará la competencia en el mercado común.

123. *a) Exigencia probatoria: Concentración de tipo conglomerado.* La concentración puede suponer la unión de empresas que actúan en el mismo mercado —concentración horizontal—, en mercados de distintos niveles de la cadena de valor —concentración vertical— o en mercados conexos —concentración de tipo conglomerado—. Este último tipo de concentración es objeto del caso (sobre las concentraciones conglomerales [*Konglomerate Zusammenschlüsse*], *vid., ad ex.*, E. ZEISE, «Wettbewerbliche Beurteilung», en J.L. SCHULTE [Hrsg.], *Handbuch Fusionskontrolle*, München, 2005, pp. 343 y ss., *concr.* pp. 377-379).

Respecto a lo que debe entenderse, más exactamente, por concentración de tipo conglomerado, el Tribunal de Justicia reprodujo la definición que aportó el TPI en la sentencia recurrida, y recogió, de este modo, que se trata de una «concentración de empresas entre las que no existían antes, en lo esencial, relaciones de competencia, ya fuera como competidores directos, ya como proveedores y clientes, concentración que no da lugar a auténticas superposiciones horizontales entre las actividades de las empresas que se concentran ni a relaciones verticales entre ellas, en el sentido estricto del concepto, de modo que no cabe presumir con carácter general que produzcan efectos contrarios a la competencia» (apartado 22).

124. El asunto Tetra/Sidel pone de manifiesto la diferencia entre concentraciones lesivas de la competencia por dar lugar, directa e inmediatamente, a un cambio de la estructura del mercado, y aquellas otras que requieren de un comportamiento posterior por parte de la nueva entidad para poder lesionar la competencia. El caso Tetra/Sidel es un ejemplo de este segundo tipo de unión.

Si bien, en muchos casos, las concentraciones horizontales suelen llevar aparejados efectos estructurales, así como, las concentraciones no horizontales suelen desplegar efectos de comportamiento, no deberían asumirse automáticamente este tipo de consecuencias respecto de los distintos supuestos de concentración. En efecto, *ad ex.*, en una concentración de conglomerado en la que la nueva entidad dispone de la totalidad del *input* necesario para fabricar un determinado producto, impidiendo con ello que sus competidores puedan producir este mismo bien, es una concentración no horizontal que supone un cambio directo e inmediato de la estructura del mercado, y que lesiona, por tanto, de forma automática la competencia (G. DRAUZ, «Conglomerate and vertical mergers in the light of the Tetra Judgement», *Competition Policy Newsletter*, n.º 2, 2005, p. 37).

125. La diferencia entre concentraciones con efectos estructurales y concentraciones con efectos de comportamiento lleva a exigir distinta dificultad en la prueba —algunos autores consideran que el control de la prueba que debe hacer el órgano judicial es diferente en función al tipo de concentración de que se trate y, en concreto, entienden que el Tribunal de Justicia, precisamente en el asunto *Tetra/Sidel*, sugiere que el nivel de prueba exigible es inversamente proporcional al grado de consenso de la teoría económica aducida (E. DE LA SERRE/J. PEYRE, «Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations: quelques perspectives ouvertes par les arrêts *Schneider et Tetra Laval*», *La semaine juridique entreprise et affaires*, n.º 3, 2003, p. 6)—. Así, respecto de las primeras es más sencillo probar si la concentración va a lesionar la competencia a la hora de tomar una decisión sobre su admisión. En cambio, cuando se trata de una concentración de conglomerado, como la del caso *Tetra/Sidel*, en la que no hay cambios estructurales —al menos sustanciales—, decidir prohibir dicha unión es una labor difícil debido a lo complicado de probar que la nueva entidad va a llevar a cabo determinados comportamientos de apalancamiento lesivos de la competencia. En palabras del Tribunal de Justicia, «el análisis de una concentración de tipo conglomerado es un análisis prospectivo en el cual la consideración de un lapso de tiempo proyectado hacia el futuro, por un lado, y el apalancamiento necesario para que exista un obstáculo significativo para la competencia efectiva, por otro, implican que las relaciones de causa a efecto no se perciben con nitidez, adolecen de incertidumbre y son difíciles de determinar» (apartado 44).

Precisamente, uno de los motivos alegados por la Comisión en su recurso de casación fue el hecho de que el TPI le exigiera que avalase con «pruebas sólidas» su Decisión de impedir la concentración *Tetra/Sidel*, a diferencia de lo que había exigido en otros casos de concentraciones como el asunto *Gencor* —concentración con cambio de estructura del mercado afectado (STPI de 25 marzo 1999, *Gencor/Comisión*, T-102/96, *Rec.*, p. II-753) —. Al efecto, el Tribunal de Justicia señaló que, «en cuanto al argumento basado en la modificación del criterio del TPI en relación con el seguido en la sentencia *Gencor/Comisión*, antes citada, procede señalar que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, el TPI no se ha desviado de la posición que recogió en el apartado 94 de aquella sentencia, posición según la cual existe un obstáculo significativo para la competencia efectiva en la medida en que se modifica de manera duradera la estructura de los mercados afectados cuando una concentración tiene como consecuencia directa e inmediata la creación de condiciones que hacen posibles y económicamente racionales los comportamientos abusivos». «A este respecto, es preciso señalar que la situación en el asunto que dio lugar a la sentencia *Gencor/Comisión*, antes citada, era

totalmente distinta de la contemplada en la Decisión impugnada. Según se afirma en el apartado 91 de aquella sentencia, el resultado de la operación habría sido la creación de una posición dominante duopolística en los mercados del platino y del rodio, que habría supuesto un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el mercado común: «Por lo tanto, la operación de concentración es lo que habría modificado de manera duradera la estructura de los mercados afectados en aquel asunto, haciendo de este modo posibles y económicamente racionales los comportamientos abusivos». «En el caso de autos, es verdad que la concentración notificada podía modificar ligeramente la estructura del mercado del cartón, en la medida en que la nueva entidad podía reforzar la posición dominante que desde hacía mucho tiempo Tetra ocupaba en dicho mercado, posición que, por lo demás, había sido objeto de una decisión de la Comisión con arreglo al art. 82 CE. Sin embargo, lo que la Comisión pretendía proteger al prohibir la referida concentración no era tanto la competencia efectiva en el mercado del cartón como la competencia en el mercado de los equipos para envasado en PET, concretamente en el de las máquinas estiradoras-sopladoras de baja y de alta capacidad utilizadas para los productos sensibles» (apartados 79, 80, 81 y 82).

126. *Exigencia probatoria: Pruebas sólidas.* La Comisión consideró que la concentración iba a consolidar una posición dominante en el mercado del cartón —que ya tenía Tetra Laval—, e iba a suponer una posición dominante en el mercado del PET por el *efecto palanca*. El apalancamiento se produciría por la realización de comportamientos abusivos de Tetra/Sidel en el mercado del cartón, que afectarían al mercado del PET, apareciendo entonces la nueva entidad como sujeto con posición de dominio también en el mercado conexo del PET.

«Según la Comisión, la operación de concentración notificada puede incitar a Tetra a valerse, mediante la práctica de un apalancamiento, de su posición dominante en el mercado de equipos y de productos consumibles relativos a envases de cartón para persuadir a sus clientes en dicho mercado que se pasen al PET para el envasado de ciertos productos sensibles de que opten por las máquinas estiradoras-sopladoras de Sidel, excluyendo de este modo a los competidores mucho más pequeños y transformando en posición dominante el liderazgo de Sidel en el mercado de las máquinas estiradoras-sopladoras para productos sensibles. Esta conducta de Tetra resulta favorecida por su relación estrecha y continuada con sus clientes, su capacidad financiera y su *know-how*, así como su prestigio en el sector aséptico y ultralimpio, la fortaleza, la tecnología y la reputación de calidad que caracterizan actualmente a Sidel y la situación de integración vertical de que se beneficiará la entidad que surja de la concentración notificada (en lo sucesivo «nueva entidad») en lo que atañe a tres sistemas de envasado (cartón, PET y PEAD)» (apartado 9).

127. El Tribunal de Justicia afirmó que la Comisión tiene *margen de apreciación en relación con cuestiones económicas y fácticas*, y reconoció, además, lo complicado de la labor probatoria cuando se trata de *análisis de futuro o prospectivos*. Sin embargo, consideró que, sin perjuicio del margen de apreciación del que dispone la Comisión, el juez comunitario también puede controlar las pruebas aportadas para comprobar si realmente avalan la Decisión adoptada. Exactamente dispuso lo siguiente: «En este contexto [concentración de conglomerado que necesita de un análisis prospectivo], es sumamente importante la calidad de las pruebas que presenta la Comisión para acreditar la necesidad de una decisión que declare la operación de concentración incompatible con el mercado común, puesto que tales pruebas deben confirmar las apreciaciones de la Comisión según las cuales, de no adoptarse una decisión de ese tipo, resultaría plausible una evolución económica como la que sirve de base a dicha institución» (apartado 44).

128. Si bien, con carácter general, las afirmaciones del Tribunal de Justicia deben ser tenidas en cuenta, en el caso concreto de Tetra/Sidel, siguiendo al Abogado General Antonio Tizzano, el TPI cometió diversos errores a la hora de valorar las pruebas aportadas por la Comisión. Así, respecto de la conclusión de la Comisión sobre el aumento de la utilización del envase de PET para la leche UHT, el TPI afirmó que el consumo del PET para la leche UHT no iba a aumentar. Con esta toma de posición del juez comunitario, el Abogado General entendió que el «Tribunal de Primera Instancia substituyó erróneamente el punto de vista de la Comisión por el suyo propio, formulando una previsión autónoma sobre la evolución futura del mercado» (apartado 93 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano presentadas el 25 mayo 2004). En cuanto a las estimaciones de la Comisión sobre el crecimiento del consumo de PET respecto del envasado de leche fresca (10%-15%), así como de leche aromatizada y bebidas a base de leche (25%), el TPI manifestó que no son, en efecto, muy convincentes; afirmación que, consideró el Abogado General, «adolece de una valoración incompleta y errónea de los elementos relevantes y, además no está adecuadamente motivada» (apartado 96 de las Conclusiones). Por lo que respecta a la determinación de la Comisión sobre el desplazamiento del PEAD por parte del PET en el envasado de leche fresca, el Abogado General dispuso que, «como ha subrayado acertadamente la Comisión, el TPI llegó efectivamente a tal conclusión sin criticar en modo alguno, e incluso sin mencionar siquiera, las valoraciones que aquella institución había llevado a cabo —basándose en los resultados de su estudio de mercado y en las indicaciones procedentes de estudios independientes— sobre las ventajas competitivas del PET en relación con el PEAD» (apartado 99 de las Conclusiones).

Junto a estos errores del TPI, el Abogado General, contrariamente a lo que dispuso la Comisión, estimó fundada la afirmación del TPI, en virtud a la cual, la Comisión no aportó ningún análisis del mercado de vidrio a la hora de concluir que el uso del PET iba a crecer en el envasado de zumos, como consecuencia de la previsible sustitución del envase de vidrio por el de PET (apartado 105 de las Conclusiones).

129. *b) Análisis de los futuros comportamientos abusivos por parte de la nueva entidad: Conclusión del Tribunal de Justicia.* El Tribunal de Justicia refrendó la postura adoptada por el TPI, al menos en lo que se refiere al control teórico que puede realizar el órgano judicial respecto de una Decisión de la Comisión. Sin embargo, en relación con los previsible comportamientos abusivos por parte de Tetra/Sidel, el Tribunal de Justicia entendió que el grado probatorio exigido por el TPI a la Comisión fue excesivo.

En efecto, el Tribunal de Justicia afirmó que «(...) resultaría contrario al objetivo de prevención del Reglamento exigir a la Comisión que analice, respecto de cada proyecto de concentración, en qué medida los incentivos para la adopción de comportamientos contrarios a la competencia podrían verse reducidos, o incluso eliminados, como consecuencia de la ilegalidad de dichos comportamientos, de la posibilidad de que sean descubiertos y reprimidos por las autoridades competentes, tanto a nivel comunitario como nacional, y de las sanciones pecuniarias que podrían acarrear» (apartado 75). Parece que el Tribunal estimó que la Comisión debería haber tenido en cuenta la ilicitud de los presumibles comportamientos de la nueva entidad para tomar su Decisión; sin embargo, el grado de análisis exigido por el TPI al respecto lo consideró exagerado (L. PETRE/A. NUCARA, «Standard of proof and scope of judicial review in EC merger cases: everything clear after Tetra Laval?», *Eur.Comp.L.Rev.*, vol. 26, n.º 12, December 2005, p. 702). Este error de Derecho apreciado por el Tribunal de Justicia no cambió, sin embargo, el fallo de la sentencia del TPI, ya que, la anulación de la Decisión de la Comisión estaba fundamentada, en particular, en el hecho de que ésta no tuvo en cuenta los compromisos asumidos por las partes de la concentración para evitar lesionar la competencia.

130. A los concretos comportamientos abusivos por parte de la nueva entidad la Comisión hizo referencia de esta manera: «Al utilizar su posición dominante en el mercado del cartón aséptico de varias maneras, Tetra/Sidel podría llegar a marginar a sus competidores y a dominar el mercado de los equipamientos PET, en particular, el de las sopladoras de preformas. Tetra/Sidel tendría la posibilidad de vincular las ventas de equipamientos y productos fungibles para el envasado en cartón con las ventas de equipamientos para el envasado en PET y eventualmente también de preformas (en particular, las preformas tratadas con la tecnología de barrera). Tetra/

Sidel podría también recurrir a presiones o a medidas de incentivos (como precios depredadores, guerra de precios y descuentos de fidelidad) para que sus clientes de cartón compren equipamientos de PET y, eventualmente, preformas a Tetra/Sidel y no a sus competidores o empresas de transformación» (Dec.Com. 30 octubre 2001, *Tetra Laval/Sidel*, DO L 43 de 13 febrero 2004, apartado 364).

131. *Análisis de los futuros comportamientos abusivos por parte de la nueva entidad: Relación entre los Reglamentos de concentraciones 4064/1989 y 139/2004.* La incompatibilidad de las concentraciones con el mercado común y, consecuentemente, su ilicitud, viene definida en los artículos 2.2 y 2.3 de los Reglamentos comunitarios de concentraciones —el ya derogado n.º 4064/1989, y el actualmente en vigor n.º 139/2004—. Si bien el texto normativo aplicable a los efectos de resolver el caso Tetra/Sidel fue la norma de 1989, es interesante analizar la importante diferencia de regulación recogida en los dos Reglamentos.

132. En virtud al Reglamento 4064/1989, la concentración que suponga un obstáculo para una competencia efectiva en una parte sustancial del mercado comunitario será declarada incompatible con el mercado común, si dicho obstáculo viene determinado por la creación o el reforzamiento de una posición dominante consecuencia de la concentración. Sin embargo, en el Reglamento 139/2004, lo importante es la lesión de la competencia en una parte sustancial del mercado comunitario (*substantial impediment to effective competition* [SIEC]), con independencia de que dicho efecto lesivo venga determinado por la creación o el reforzamiento de una posición dominante (para dos magníficas síntesis de lo que este cambio supone, *vid.*, *ad ex.*, M. Baron, «VO Nr. 139/2004 [FKVO]», en Langen/Bunte, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, vol. 2 [*Europäisches Kartellrecht*], 10.ªed., München, 2006, pp. 880-885, y C. Herrero Suárez, «Control de las concentraciones de empresas», en L.A. Velasco San Pedro [Coord.], *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, 2005, pp. 464-472). Por tanto, con el primer Reglamento, si una concentración supone un obstáculo significativo para la competencia efectiva en una parte sustancial del mercado común, sólo será prohibida si la nueva entidad posee una posición dominante en el mercado comunitario; si no es así, debería admitirse. En cambio, la misma concentración descrita, en el marco de aplicación del Reglamento 139/2004, siempre, esto es, ya cree o refuerce una posición dominante en el mercado comunitario, ya no la cree ni la refuerce, debería ser declarada incompatible con el mercado común (K. Pieters, «Comisión versus Tetra Laval: another defeat for the European Comisión», *European Law Reporter*, n.º 4, april 2005, p. 155).

133. Con el nuevo tenor del artículo 2.2 del Reglamento 139/2004 —también 2.3, en sentido contrario—, no debería caber la duda de si el control de determinadas concentraciones debe hacerse *a priori* —determinando su prohibición, si es el caso— o *a posteriori* —determinando su admisión, con la posibilidad de aplicar el artículo 82 TCE en un futuro—. En efecto, tal como se planteó en el caso Tetra/Sidel, las concentraciones que no dan lugar de forma directa e inmediata a un cambio en la estructura del mercado —*ad ex.*, asunto Tetra/Sidel—, necesitarían de comportamientos futuros por parte de la nueva entidad para poder lesionar la competencia. En el caso de estudio, los comportamientos presumibles tenían carácter anticompetitivo, puesto que eran actuaciones constitutivas de abuso de posición dominante. Por ello, se planteó en el asunto si las concentraciones de este tipo debían ser controladas *ex ante*, mediante la decisión de impedir su realización por previsibles lesiones de la competencia, o si, por el contrario, deberían gozar de la presunción de legalidad, y, en el momento en que se llevaran a cabo esos comportamientos abusivos, se debía actuar a través del artículo 82 TCE para reprimir y castigar la conducta.

Con el nuevo Reglamento no tendría que plantearse siempre, en este tipo de concentraciones, si procede el control *ex ante* o el *ex post*, ya que, las concentraciones declaradas incompatibles con el mercado común no tienen que derivar necesariamente en una posición dominante, creada o reforzada, por parte de la nueva entidad.

134. *Análisis de los futuros comportamientos abusivos por parte de la nueva entidad: Relación entre el Reglamento de concentraciones y el artículo 82 TCE.* Tal como resolvió el recurso el TPI, parece que, como afirmó la Comisión, existe una *presunción de legalidad* de las concentraciones, debido a que, si no se puede probar con *total probabilidad* que la concentración no va a suponer un obstáculo significativo para la competencia en el mercado común, dicha unión debería permitirse, puesto que, en un momento *ex post*, en el supuesto de que la nueva entidad lesione la competencia con sus actuaciones se podría aplicar el artículo 82 TCE.

Una de las diferencias entre el régimen jurídico de las concentraciones y el del abuso de posición de dominio radica en el carácter, preventivo del primero y represivo del segundo. Así, el artículo 82 TCE castiga el abuso de posición dominante; sin embargo, cuando se trata de una concentración, la regulación comunitaria pretende evitar que se produzca dicha lesión de la competencia. En las concentraciones de tipo conglomerado, *ad ex.*, si los comportamientos posteriores de la nueva entidad pueden ser reprimidos por la aplicación del artículo 82 TCE —por ser abusivos de una posición de dominio—, podría ser demasiado gravoso cuestionarse si la concentración debe ser admitida o no, directamente se podría considerar válida y, después,

si ocurren esos comportamientos ilícitos, se aplicaría el artículo 82 TCE. El control *ex ante* de estas concentraciones dejaría de tener sentido para actuar en un momento *ex post* con la aplicación, si es el caso, del artículo 82 TCE (C. PRIETO, *Clunet*, pp. 449-450).

135. La anterior conclusión, que constituye una crítica por parte de la Comisión a las exigencias de los órganos judiciales comunitarios, se podría entender como un principio de actuación en materia de concentraciones. En efecto, tal como dispone el Abogado General Antonio Tizzano, el control que la Comisión debe hacer para considerar compatible una concentración que no supone un obstáculo significativo a la competencia en el mercado común, por crear o reforzar una posición de dominio (art. 2.2 R 4064/89), es simétrico al que debe hacer para estimar lo contrario — incompatible la concentración proyectada por ser lesiva de la competencia (art. 2.3 R 4064/89) —. Sin embargo, no siempre será claro determinar uno y otro extremo: Habrá muchos *supuestos grises* sobre los que la Comisión no pueda concluir sin ninguna duda que la concentración es compatible o no lo es, y, en esta zona gris, debería prevalecer la presunción de legalidad (apartados 75-77 de las Conclusiones). Confirma esta conclusión el propio Reglamento 4064/1989; en virtud al cual, la falta de respuesta de la Comisión ante una concentración notificada debe estimarse en sentido positivo (art. 10.6). De todo lo anterior podría deducirse que el nivel probatorio exigido para prohibir una concentración es superior al establecido para permitirla (L. PETRE/A. NUCARA, «Standard of proof and scope of judicial review in EC merger cases: everything clear after Tetra Laval?», *Eur.Compet.L.Rev.*, vol. 26, n.º 12, december 2005, p. 698).

136. En sentido contrario, otros autores consideran que el Tribunal de Justicia sostiene que el Reglamento de concentraciones contiene un principio de neutralidad respecto de la admisión y prohibición de las concentraciones (M. F. BAY/J. RUIZ CALZADO, «Tetra Laval II: the coming of age of the judicial review of merger decisions», *World Compet.*, vol. 28, n.º 4, december 2005, pp. 447-449). Los argumentos que aportan para justificar su tesis son éstos:

- 1.º Entienden que el Tribunal de Justicia confirmó la existencia de dicho principio de neutralidad, al recoger en el apartado 43 que «(...) el análisis prospectivo consiste en examinar de qué modo podría una operación de concentración modificar los factores que determinan la situación de la competencia en un mercado dado, a fin de verificar si dicha operación supondría un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Un análisis de este tipo requiere imaginar las diversas relaciones de causa a efecto posibles, para dar prioridad a aquellas cuya probabilidad sea mayor». De

- este modo, sostienen estos autores, la Comisión prohibirá o admitirá la concentración según si el escenario más probable restringe la competencia o no.
- 2.º En segundo lugar, el Tribunal de Justicia, ya en 1998, hizo hincapié en las *circunstancias del caso concreto* como elemento clave para determinar admitir o prohibir una concentración: «Una medida de este tipo [análisis prospectivo del mercado de referencia] requiere un atento examen de las circunstancias que, según cada caso concreto, resulten pertinentes para apreciar los efectos de la operación de concentración sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia» (STJCE 31 marzo 1998, *Kali&Salz*, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, *Rec.*, p. I-1375, apartado 222).
- 3.º El tercer argumento lo encuentran en otras sentencias del TPI en las que el órgano judicial comunitario insistió en la necesidad de tener en cuenta el mismo *estándar legal de prueba*, sin distinguir según se trate de una Decisión de la Comisión positiva o negativa:

a) «Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la imputación basada en un error de apreciación en cuanto al acceso privilegiado a las grandes empresas de distribución que P&G obtendría en virtud de la operación, este TPI considera que, en las circunstancias del caso de autos, tal argumento no puede demostrar que la concentración diera lugar a la creación de una posición dominante en el mercado de referencia. En efecto, a la vista de la escasa dimensión de las cuotas de mercado de las marcas secundarias de VPS —Blümia y Femina— y de la de los productos fabricados por VPS por cuenta de distribuidores, carece de fundamento la escueta alegación de que, gracias a su adquisición, P&G podría impedir el acceso de competidores a las grandes empresas de distribución. Por otra parte, la demandante no facilita dato alguno que permita fundamentar la alegación según la cual P&G podría proponer a los distribuidores sustituir los productos Camelia por productos distintos de Camelia, máxime cuando, en su Decisión, la Comisión demostró que el mercado de compresas se caracterizaba por la fidelidad de las consumidoras a la marca, especialmente en el segmento de los productos de gama superior (apartados 97 y 125 de la Decisión). De lo anterior se deduce que debe rechazarse esta imputación de la demandante, así como el argumento basado en que la Comisión favoreció el futuro debilitamiento de la marca Camelia al autorizar la fragmentación de las actividades de VPS, lo cual no constituye sino una mera hipótesis» (STPI

27 noviembre 1997, *Kaysersberg v. Comisión*, T-290/94, *Rec.* 1997, p. II-2137, apartado 178).

- b) «En segundo lugar, la Comisión no demostró suficientemente el fundamento de la alegación según la cual cualquier intento de comportamiento contrario a la competencia en los mercados dominados sería castigado con una reducción de las compras de productos de SEB-Moulinex en los demás mercados» (...) «De lo anterior se desprende que la Comisión no ha demostrado suficientemente el fundamento de su teoría del efecto gamat tal como lo invoca para justificar la inexistencia de serias dudas en los países no cubiertos por los compromisos» (STPI 3 abril 2003, *Babyliss v. Comisión*, T-114/02, *Rec.* 2003, p. II-1279, apartados 356 y 363, respectivamente).

137. No obstante todo lo dicho, tratar de forma intercambiable los dos remedios posibles —la prohibición de la concentración *a priori* o la aplicación del artículo 82 TCE *a posteriori*— puede no ser lo más adecuado. Por una parte, no puede ser entendido del mismo modo, evitar la lesión de la competencia mediante la prohibición de la concentración, que castigar la efectiva lesión a través del artículo 82 TCE. Por otra parte, limitar la actuación de las empresas en el mercado común, impidiendo con carácter preventivo su crecimiento, podría lesionar la libre competencia entendida en un sentido económico (en este sentido de tener en cuenta la libertad de empresa, L. PETRE/A. NUCARA, «Standard of proof and scope of judicial review in EC merger cases: everything clear after Tetra Laval?», *Eur.Compet.L.Rev.*, vol. 26, n.º 12, December 2005, p. 698; M. F. BAY/J. RUIZ CALZADO, «Tetra Laval II: the coming of age of the judicial review of merger decisions», *World Compet.*, vol. 28, n.º 4, december 2005, p. 450).

Estos dos intereses —evitar la lesión de la competencia y favorecer el desarrollo económico de las empresas— son los que deberían estar en juego a la hora de decidir cómo actuar. Habría que tener en cuenta, además, que, si prevalece el segundo, imponer una sanción a la nueva entidad por haber abusado de su posición de dominio podría no prevenir futuras actuaciones lesivas de la competencia. En efecto, la multa que deben pagar las empresas infractoras en virtud a los arts. 81 y 82 TCE, no puede ser superior, en ningún caso, al 10% del volumen de negocio del ejercicio precedente de cada entidad, con lo cual, cabría la posibilidad de que a la nueva entidad le resultara más rentable restringir la competencia que actuar respetando las normas (Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n.º 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA, *DO C* 9 de 14 enero 1998).

138. *c) Compromisos asumidos por las partes de la concentración.* Tetra y Sidel asumieron una serie de compromisos para que la concentración no supusiera una lesión de la competencia. En concreto, Tetra propuso estos compromisos: «(...) mantener separados a Tetra y a Sidel durante diez años, el de no hacer ofertas que versen a la vez sobre productos de cartón y sobre máquinas estiradoras-sopladoras fabricadas por Sidel y el de cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Decisión 92/163/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE» (apartado 11).

139. Ninguno de los dos Reglamentos de concentraciones —el ya derogado 4064/1989, y el actualmente en vigor 139/2004— recogen la obligación de tener en cuenta los compromisos asumidos por las partes. La Comisión no tiene esa obligación; pero sí puede imponer condiciones o cargas a las partes para que cumplan los compromisos asumidos por ellas, con el fin de poder declarar compatible la concentración con el mercado común (art. 8.2 de ambos textos) (para una visión de conjunto de la práctica comunitaria en este punto, *vid., per omnia*, C. KORTHALS, «Zusagen», en J.L. SCHULTE [Hrsg.], *Handbuch Fusionskontrolle*, München, 2005, pp. 382-412).

El TPI, aplicando el Reglamento 4064/1989, consideró que «(...) es indiferente que el compromiso propuesto pueda calificarse de compromiso de comportamiento o de compromiso estructural. Es cierto que los compromisos de carácter estructural, como la reducción de la cuota de mercado de la entidad surgida de la concentración mediante la venta de una filial, son en principio preferibles desde el punto de vista del objetivo perseguido por el Reglamento, en la medida en que impiden definitivamente, o al menos de manera duradera, que aparezca o se refuerce la posición dominante previamente identificada por la Comisión, sin requerir, por otra parte, medidas de control a medio o largo plazo. No obstante, no puede excluirse *a priori* que compromisos que a primera vista sean de comportamiento, como la no utilización de una marca durante un período determinado o la puesta a disposición de los terceros competidores de una parte de la capacidad de producción de la empresa surgida de la concentración, o, más genéricamente, el acceso a una infraestructura esencial en condiciones no discriminatorias, puedan también impedir que aparezca o se refuerce una posición dominante» (STPI *Gencor*, 25 marzo 1999, T-102/96, *Rec.* 1999, p. II-753, apartado 319).

140. La Comisión adoptó una Comunicación sobre soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) n.º 447/98 de la Comisión (*DO C 68* de 2 marzo 2001), en virtud de la cual, «en el asunto *Gencor*, el TPI sentó el principio de

que el objetivo fundamental de los compromisos era garantizar estructuras de mercado competitivas. Por consiguiente, los compromisos consistentes en meras promesas de comportarse de determinada forma, por ejemplo, el compromiso de no abusar de una posición dominante creada o reforzada por la concentración prevista, no se considera por sí solo apropiado para hacer compatible la concentración con el mercado común (...)» (punto 9). «Una vez realizada la concentración, y pese a la posibilidad de establecer algunas garantías provisionales, las condiciones idóneas de competencia en el mercado no pueden restablecerse realmente hasta que se cumplan los compromisos. Por tanto, los compromisos deben poder ejecutarse efectivamente y en un plazo reducido. Los compromisos no deben requerir ulterior control una vez aplicados [salvo casos excepcionales]» (punto 10).

141. La Comisión, —como era previsible teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente (K. Pieters, «Commission verus Tetra Laval: another defeat for the European Comisión», *European Law Reporter*, n.º 4, april 2005, p. 158)— entendió que no podía valorar aquellas promesas de comportamiento a los efectos de declarar viable la concentración Tetra/Sidel, además de considerar la dificultad de comprobar su cumplimiento. El Tribunal de Justicia, en cambio, de acuerdo con lo dispuesto por el TPI, afirmó que la Comisión debía haber tenido en cuenta estos compromisos (en el mismo sentido, L. Petre/A. Nucara, «Standard of proof and scope of judicial review in EC merger cases: everything clear after Tetra Laval?», *Eur.Compet.L.Rev.*, vol. 26, n.º 12, december 2005, p. 703). Quizá, a partir de la sentencia del caso Tetra/Sidel, se propongan concentraciones con promesa de no llevar a cabo determinados comportamientos (G. Drauz, «Conglomerate and vertical mergers in the light of the Tetra Judgement», *Competition Policy Newsletter*, n.º 2, 2005, p. 39).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo

Caso N.º 20. Concentraciones: STPI 21 septiembre 2005, EDP/Comisión, T-87/05

NOTA

142. La Comisión Europea concluyó el 9 diciembre 2004 (Asunto COMP/M. 3440, *EDP/ENI/GDP*) que la proyectada operación de adquisición del control conjunto sobre la principal empresa gasística portuguesa, *GDP*, por parte de la mayor compañía eléctrica de Portugal, *EDP*, y la empresa eléctrica italiana, *ENI*, era susceptible, pese a los compromisos propuestos por las partes, de obstaculizar el desarrollo de la competencia efectiva en una parte sustancial del mercado común y, consecuente, debía

ser prohibida. Decisión que fue recurrida por *EDP* ante el TPI y confirmada, finalmente, por éste, sin perjuicio de la anulación de determinadas conclusiones del ejecutivo comunitario.

143. La aplicabilidad de la normativa en materia de competencia en los mercados energéticos (gas, electricidad y petróleo) presenta determinadas peculiaridades, en atención fundamentalmente, a las tensiones derivadas del paulatino proceso de liberalización y apertura de estos sectores, tradicionalmente objeto de férrea regulación por los poderes públicos. De hecho, esta particularidad se pone de manifiesto en la valoración realizada por el TPI de la aplicabilidad del Reglamento sobre control de las concentraciones entre empresas en el mercado portugués del gas, sujeto, en el momento de decisión del caso a un proceso de liberalización-privatización (a). La sentencia también reviste interés desde otra perspectiva, concretamente, en atención al intento de concreción e interpretación realizado por el TPI sobre el régimen en materia de compromisos en el marco de la concentración empresarial, analizando determinadas cuestiones, tanto de carácter procedimental o formal, como referentes a la valoración sustantiva realizada por la Comisión sobre las soluciones propuestas por las partes, orientadas a eliminar los efectos anticompetitivos de la operación a fin de evitar su prohibición (b).

144. a) *Liberalización del mercado gasístico portugués*: Directiva 2003/55/CE: En el seno de la Comunidad Europea se está llevando a cabo un proceso de progresiva apertura de los mercados de la energía: eléctricos y gasísticos. En el marco de este proceso, se encuadran, en este último sector, dos Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural [Directiva 98/30/CE (*First Gas Directive*) derogada por la Directiva 2003/55/CE (*Second Gas Directive*)]. Esta última norma está orientada a la creación de un mercado interior del gas plenamente operativo, informado por el principio de competencia leal (considerando 30). Para ello, uno de los ejes del proceso de liberalización consiste en la fijación de un calendario riguroso para la progresiva apertura del mercado. No obstante, en la propia Directiva se establece la sujeción a un calendario especial de los Estados miembros que reúnan los requisitos para ser considerados «mercado emergente» (artículo 28). Este precepto permite exencionar al Estado implicado de la aplicación de los principales preceptos de la Directiva tendentes a asegurar la apertura de los mercados del gas y el desarrollo de una competencia efectiva en los mismos. Consecuentemente, en virtud de esta derogación, los mercados gasísticos concernidos no se considerarán abiertos a la competencia hasta que el Estado haya efectivamente concretado esa apertura. Situación ésta aplicable a la República portuguesa en el momento en que la concentración entre *EDP* y *GDP* es objeto de examen por parte de la

Comisión Europea, quien decide, no obstante, su prohibición, entre otras razones, porque puede facilitar el refuerzo de la posición dominante en los distintos mercados gasísticos de *GDP*, con la consiguiente obstaculización de la competencia efectiva en los mismos. El TPI rechaza la valoración llevada a cabo por el ejecutivo comunitario, en cuanto realizada sin tener en cuenta la trascendencia de la derogación contenida en la Directiva 2003/55/CE respecto de la aplicabilidad del artículo 2.3 del Reglamento sobre control de las concentraciones en los mercados cubiertos por la exención. Concretamente, el hecho de que los mercados del gas en Portugal —al amparo de la exención— no estuvieran abiertos a la competencia, impide la satisfacción de los dos requisitos necesarios para prohibir una concentración: creación o refuerzo de una posición dominante y obstaculización significativa de la competencia. En el primer caso, debido a que la situación de *GDP* en los mercados gasísticos era de monopolio, manifestación extrema de posición dominante, que excluye lógicamente la posibilidad de su refuerzo. Por lo que al segundo requisito se refiere, éste carece de sentido en un mercado no competitivo. Las empresas no pueden ser acusadas de restringir significativamente la competencia, cuando ésta no existe como consecuencia del marco normativo, nacional y comunitario, aplicable a los mercados afectados. Es conveniente resaltar que la apreciación de error de derecho en una parte de la decisión de la Comisión (en este caso, en lo referente a los mercados del gas) no determina la anulación de su totalidad si el análisis realizado en otros mercados relevantes (eléctricos) permite sostener la incompatibilidad de la operación con el mercado común (STPI 22 octubre 2002, *Schneider Electric v. Comisión*), conclusión confirmada por el TPI en el caso objeto de examen.

145. b) *Valoración de los compromisos o remedios en el marco del control de las concentraciones*: Cuando una concentración plantee problemas de competencia por poder llevar a la creación o fortalecimiento de una posición dominante, las partes pueden intentar modificar la operación inicialmente proyectada, a fin de despejar las dudas sobre sus eventuales efectos lesivos de la competencia y, de este modo, obtener la decisión de compatibilidad de la operación (artículos 6 y 8 del Reglamento 4064/89; artículos 6 y 8 del Reglamento 139/2004, actualmente vigente). La Comisión Europea ha intentado clarificar su política en relación con los compromisos de modificación de operaciones de concentración, mediante la publicación de una Comunicación en la materia (*Comunicación sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) n.º 447/98 de la Comisión*, 2001/C68/03). Comunicación que, no obstante, no despeja todos los posibles problemas que plantea la implementación práctica y valoración de las soluciones o

remedios frente a concentraciones *prima facie* anticompetitivas. Por ello, resulta especialmente útil el papel interpretativo desempeñado por las autoridades judiciales. En este sentido, en la sentencia objeto de examen, el TPI concreta determinados aspectos importantes respecto de la política en materia de compromisos, tanto en su vertiente formal o procedimental como en lo relativo a los criterios sustantivos de valoración de los mismos. De entre ellos, merecen especial atención los referentes al *reparto y alcance de la carga de la prueba* (a') y a los *criterios de valoración* de la propuesta modificada de concentración (b').

146. (a') Si una concentración empresarial no crea o refuerza una posición dominante anticompetitiva, la Comisión deberá necesariamente autorizarla (artículo 2 Reglamento 4064/89). Por tanto, en ella recae la carga de demostrar la incompatibilidad de una operación con el mercado común, con independencia de que ésta sea la inicialmente proyectada o de que haya sido objeto de modificaciones ulteriores por las empresas afectadas (artículo 8.2 Reglamento 4064/89). Es, por tanto, a la Comisión a quien compete probar que los compromisos presentados por las partes no eliminan los riesgos competitivos derivados de la concentración. Es más, el hecho de que el párrafo 6 de la Comunicación en materia de soluciones establezca que: «es responsabilidad de las partes demostrar que las soluciones propuestas, una vez aplicadas, eliminan la creación o el fortalecimiento de la posición dominante determinada por la Comisión (...)», no puede conducir a una alteración de este reparto legal de la carga de la prueba. Incluso asumiendo que el ejecutivo comunitario pretende, con esta afirmación, responsabilizar a las partes, de la prueba de la efectividad de las soluciones propuestas, no cabe deducir del mismo que, en caso de duda, la operación deba ser prohibida. Antes al contrario, en último extremo, es la Comisión la que debe demostrar que la concentración modificada, debe ser declarada incompatible con el mercado común ya que conduce a la creación o refuerzo de una posición dominante, de la que se deriva una obstaculización significativa de la competencia efectiva.

147. (b') La Comisión Europea está obligada a llevar a cabo una *valoración global* de la concentración tal y como ésta resulta una vez introducidas las correspondientes modificaciones por las partes. En principio, debe examinar, por tanto, cada uno de los compromisos presentados en relación con los problemas competitivos identificados en cualquiera de los mercados afectados. No obstante, ello no impide una *valoración individualizada* de las diversas soluciones en relación exclusivamente a un mercado o problema competitivo específico, si el resto de propuestas carecen de relevancia o de suficiente significación económica en ese contexto. La rapidez que informa el procedimiento previsto en el Reglamento, convierte en irrealista

la posibilidad de reiniciar íntegramente el análisis de la operación, como si la transacción proyectada hubiera sido notificada *ab initio* en la forma resultante de la introducción de las modificaciones.

Carmen Herrero Suárez

Revista Estudios de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La Revista de Estudios de Deusto publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación 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 (diskette, 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.
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 (\pm 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copy Right.** 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



Universidad de
Deusto

• • • • • • • •