

# Estudios de Deusto

Vol. 48/2 Julio-Diciembre 2000

## Sumario

**Prensa y elecciones  
generales en Euskadi  
(12 de marzo de 2000)  
o las elecciones al «zoco  
moruno»**

Ignacio María Beobide  
Ezpeleta

**Sobre la legitimación  
racional de la pena**

Juan O. Cofré

**El arbitraje laboral  
en su actual  
configuración jurídica**

Víctor Fernando Manrique  
López

**Limitaciones al ejercicio  
de la patria potestad.  
De Roma al Derecho  
moderno**

Olga Marlasca Martínez

**Espacio judicial  
autonómico**

Manuel M.<sup>a</sup> Zorrilla Ruiz

Universidad de  
Deusto





# Estudios de Deusto



# Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

**Segunda época. Vol. 48/2**  
**Desde su fundación vol. 65**  
**(Fasc. 105)**  
**Julio-Diciembre 2000**

Bilbao  
Universidad de Deusto  
2001

**Director:**

Ignacio María Beobide

**Consejo Asesor:**

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

**Administración:**

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

**Distribución:**

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

**Precios de suscripción:**

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

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

Publicación impresa en papel ecológico

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

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

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

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

## Sumario

---

### Estudios

Ignacio María BEOBIDE EZPELETA, <i>Prensa y elecciones generales en Euskadi (12 de marzo de 2000) o las elecciones al «zoco moruno»</i>	11
Juan O. COFRÉ, <i>Sobre la legitimación racional de la pena</i>	77
Víctor Fernando MANRIQUE LÓPEZ, <i>El arbitraje laboral en su actual configuración jurídica</i>	101
Olga MARLASCA MARTÍNEZ, <i>Limitaciones al ejercicio de la patria potestad. De Roma al Derecho moderno</i>	123
Manuel M. <sup>a</sup> ZORRILLA RUIZ, <i>Espacio judicial autonómico</i>	153



# ESTUDIOS



# PRENSA Y ELECCIONES GENERALES EN EUSKADI (12 DE MARZO DE 2000) O LAS ELECCIONES AL «ZOCO MORUNO»<sup>1</sup>

Ignacio María Beobide Ezpeleta

## INTRODUCCIÓN GENERAL

Este trabajo analiza<sup>2</sup> desde el punto de vista ideológico las campañas del Partido Nacionalista Vasco y de Eusko Alkartasuna, únicos partidos nacionalistas vascos, que se presentaron a las Elecciones Genera-

---

<sup>1</sup> Palabras despectivas, que el presidente del PNV utilizó para referirse a Madrid (*El Correo*, 1-3-00 (19)), tal vez, recordando aquellas otras que el canónigo Antonio Pildaín pronunció el 12 de julio de 1931 en Gernika con ocasión de la despedida de los diputados pro Estatuto de Estella: «Vamos a reivindicar nuestra libertad religiosa porque no estamos dispuestos a entregar nuestro culto en manos de esas hordas que incendian bárbaramente, más que africanamente, porque en esta ocasión, el Africa empieza en Madrid» (AGIRRE Y LEKUBE, José Antonio: *Entre la libertad y la revolución 1930-1935. La verdad de un lustro en el País Vasco*; E. Verdes Achirica, Bilbao, p. 105).

<sup>2</sup> Este análisis se hace utilizando la prensa como fuente de información. Son cinco los periódicos consultados: *El Correo*, *Deia*, *El País*, *El Mundo* y *Gara*. La utilización de la edición para Vizcaya condiciona algunos de los datos, principalmente, los relativos a las intervenciones de los políticos.

La cuantificación de las campañas se basa en las aportaciones de *El Correo* por su información más constante, uniforme y homogénea. Por otra parte, EA no disponía de un periódico de las características de *Deia*. Aun así, *El Correo* da una información bastante más amplia sobre el PNV que sobre EA, probablemente, porque así lo fueron sus campañas y, también, porque la trascendencia política del PNV (y de sus lectores) era mayor que la de EA.

La estructura, metodología, unidades informativas, anotaciones y formas de citas utilizadas no varían en nada substancial con respecto a las utilizadas en mis trabajos anteriores sobre elecciones en el País Vasco, que pretenden ser partes de un trabajo general sobre los procesos electorales vascos desde 1977 (ver *Revista Estudios de Deusto*, vol. 46/2, «Elecciones al Parlamento Vasco de 25 de octubre de 1998», pp. 11-89, y otros trabajos allí citados).

les del 12 de marzo de 2000 y obtuvieron escaños. El estudio, como en otros trabajos anteriores, pretende destacar la justificación de la petición del voto que hicieron ambas formaciones políticas. Eran desde 1977 las octavas Elecciones Generales y sus resultados dieron al Partido Popular la mayoría absoluta de los escaños tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado.

Del mapa electoral cabe destacar los siguientes datos:

### Total Congreso

Distribución del escrutinio	Resultados	Votos	%	Escaños	
Censo	33.969.640	Partido Popular	10.321.178	44,52	183
Votantes	23.339.490	PSOE - progresistas	7.918.752	34,16	125
Votos a candidatura	22.814.467	Convergencia i Unió	970.421	4,19	15
Votos en blanco	366.823	Izquierda Unida	1.263.043	5,45	8
Votos nulos	158.200	Partido Nacionalista Vasco	353.953	1,53	7
Diputados a elegir	350	Coalición Canaria	248.261	1,07	4
Participación (%)	68,71	Bloque Nacionalista Galego	306.268	1,32	3
Abstención (%)	31,29	Partido Andalucista	206.255	0,89	1
		Esquerra Republicana de Catalunya	194.715	0,84	1
		Iniciativa per Catalunya-Vds.	119.290	0,51	1
		Eusko Alkartasuna	100.742	0,43	1
		Chunta Aragonesista	75.356	0,33	1

### Total Senado

Distribución del escrutinio	Resultados	Escaños	
Censo	33.969.640	Partido Popular	127
Votantes	23.382.667	PSOE - progresistas	61
Votos a candidatura	22.156.793	Convergencia i Unió	8
Votos en blanco	642.682	Partido Nacionalista Vasco	6
Votos nulos	583.192	Coalición Canaria	5
Senadores a elegir	208	PIL	1
Participación (%)	68,83		
Abstención (%)	31,17		

**Parcial Congreso (Comunidad Autónoma del País Vasco)**

Distribución del escrutinio		Resultados	Votos	%	Escaños
Censo	1.810.666	Partido Nacionalista Vasco	347.417	30,38	7
Votantes	1.155.999	Partido Popular	323.235	28,26	7
Votos a candidatura	1.109.319	PSE-EE	266.583	23,31	4
Votos en blanco	34.381	Eusko Alkartasuna	86.557	7,57	1
Votos nulos	12.299	Izquierda Unida	62.293	5,45	0
Diputados a elegir	19	Los Verdes	10.121	0,88	0
Participación (%)	63,84	Partido Humanista	3.058	0,27	0
Abstención (%)	36,16	Partido del Karma democrático	2.759	0,24	0
		Partido de la Ley Natural	2.378	0,21	0
		P. Obrero Socialista Int.	3.621	0,32	0

**Parcial Senado (Comunidad Autónoma del País Vasco)**

Distribución del escrutinio		Resultados	Escaños
Censo	1.810.666	Partido Nacionalista Vasco	6
Votantes	1.164.717	Partido Popular	5
Votos a candidaturas	1.074.081	PSE-EE	1 <sup>3</sup>
Votos en blanco	46.770		
Votos nulos	43.866		
Senadores a elegir	12		
Participación (%)	64,33		
Abstención (%)	35,67		

<sup>3</sup> Ver «Elecciones a Cortes Generales 2000», *Colección Documentos Electorales 9*; Ministerio del Interior, pp. 3, 6, 9, 357, 358, 359, 362, 367, 368 y 372. Los resultados electorales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (no los totales al Congreso y al Senado) se pueden consultar, también, en «Elecciones Generales 2000»; Gobierno Vasco, Departamento de Interior, Dirección de Procesos Electorales y Documentación. Los resultados electorales por Territorios Históricos en las mismas fuentes son los siguientes:

**Parcial Congreso (Alava)**

Distribución del escrutinio		Resultados	Votos	%	Escaños
Censo	244.477	Partido Popular	66.267	39,10	2
Votantes	171.808	PSE-EE	41.182	24,30	1
Votos a candidatura	164.325	Partido Nacionalista Vasco	35.155	20,74	1
Votos en blanco	5.163				
Votos nulos	2.320				
Diputados a elegir	4				
Participación (%)	70,28				
Abstención (%)	29,72				

La agregación de los votos y escaños obtenidos por los partidos en Elecciones Generales en el País Vasco según criterios de nacionalismo *versus* no nacionalismo, que únicamente tiene en cuenta los votos de

#### Parcial Senado (Alava)

Distribución del escrutinio		Resultados	Escaños
Censo	244.477	Partido Popular	3
Votantes	168.821	PSE-EE	1
Votos a candidatura	154.871		
Votos en blanco	6.996		
Votos nulos	6.954		
Senadores a elegir	4		
Participación (%)	69,05		
Abstención (%)	30,95		

#### Parcial Congreso (Guipúzcoa)

Distribución del escrutinio		Resultados	Votos	%	Escaños
Censo	584.618	Partido Nacionalista Vasco	89.783	27,73	2
Votantes	326.666	Partido Popular	79.696	24,61	2
Votos a candidatura	312.191	PSE-EE	76.731	23,70	1
Votos en blanco	11.634	Eusko Alkartasuna	45.525	14,06	1
Votos nulos	2.841				
Diputados a elegir	6				

#### Parcial Senado (Guipúzcoa)

Distribución del escrutinio		Resultados	Escaños
Censo	584.618	Partido Nacionalista Vasco	3
Votantes	330.783	Partido Popular	1
Votos a candidatura	303.225		
Votos en blanco	16.030		
Votos nulos	11.528		
Senadores a elegir	4		
Participación (%)	56,58		
Abstención (%)	43,42		

#### Parcial Congreso (Vizcaya)

Distribución del escrutinio		Resultados	Votos	%	Escaños
Censo	981.571	Partido Nacionalista Vasco	222.479	34,21	4
Votantes	657.525	Partido Popular	177.272	27,26	3
Votos a candidatura	632.803	PSE-EE	148.670	22,86	2
Votos en blanco	17.584				
Votos nulos	7.138				
Diputados a elegir	9				
Participación (%)	66,99				
Abstención (%)	33,01				

los partidos que sacaron algún escaño al Congreso, nos da esta evolución desde las primeras elecciones generales de 1977:

Año	Nacionalismo		No nacionalismo		Abstención (%)	
1977	PNV+EE	357.610	(9)	PSE+UCD+AP	442.358 (12)	23,07
1979	PNV+HB+EE	505.075	(11)	PSE+UCD	358.842 (10)	34,03
1982	PNV+HB+EE	647.077	(11)	PSE+AP.UCD.	487.768 (10)	20,63
1986	PNV+HB+EE	597.807	(12)	PSE+AP.PDP.	402.885 (9)	32,42
1989	PNV+HB+EE+EA	659.667	(13)	PSE+PP	337.347 (8)	33,11
1993	PNV+HB+EA.EUE	580.419	(8)	PSE.EE+PP	469.200 (11)	30,27
1996	PNV+HB+EA	574.274	(8)	PSE.EE+PP+IU	645.918 (11)	28,47
2000	PNV+EA	433.974	(8)	PP+PSE.EE	589.818 (11)	36,16 <sup>4</sup>

La campaña de los nacionalistas tuvo un eje central, en torno al que giraron las demás cuestiones básicas planteadas. Este eje central lo constituyó el Pacto de Estella (o Pacto de Lizarra) y, más en concreto, su fracaso. Es cierto que en cualquier tipo de elecciones, desde las generales hasta las municipales, la variable nacionalista introduce novedades argumentales, pero en este caso, directa o indirectamente, el pacto nacionalista de Estella polarizó o focalizó el enfrentamiento electoral y no, precisamente, el debate electoral. La misma prensa recoge dos campañas, la general y la específica de Euskadi. En ambas está presente la problemática planteada por los partidos nacionalistas, pero la diferencia es cualitativa.

#### Parcial Senado, Vizcaya

Distribución del escrutinio	Resultados	Escaños
Censo	981.571	Partido Nacionalista Vasco 3
Votantes	665.113	Partido Popular 1
Votos a candidatura	615.985	
Votos en blanco	23.744	
Votos nulos	25.384	
Senadores a elegir	4	
Participación (%)	67,76	
Abstención (%)	32,24	

<sup>4</sup> Ver Gobierno Vasco, Departamento de Interior, «Elecciones Generales 1977-2000», resultados Comunidad Autónoma del País Vasco y elaboración propia. *El País*, 8-3-00 (5), da otra versión, que no especifica los criterios seguidos y distorsiona los resultados. Los números entre paréntesis son los escaños obtenidos.

El fracaso del Pacto de Estella aglutina, en primer lugar, tanto la condena de la ruptura de ETA y sus asesinatos, especialmente los asesinatos de Fernando Buesa y Jorge Díez perpetrados inmediatamente antes de comenzar la campaña, como el reconocimiento de la validez de los principios inspiradores del Pacto. El mensaje es claro. El acuerdo era y es valioso. Era ETA quien no había cumplido los pactos y había abandonado el entendimiento entre nacionalistas. Las consecuencias negativas iban contra el nacionalismo. Pero ETA podía volver a una nueva tregua o, al menos, su brazo político podía independizarse de aquélla. Buena parte del espacio de la campaña nacionalista lo ocupó esta cuestión. ETA y Euskal Herritarrok (EH) harían con sus comunicados e intervenciones interpretaciones radicalmente distintas.

El fracaso de Estella se manifiesta, en segundo lugar, en la campaña abstencionista de EH y en la retirada de sus candidaturas. El nacionalismo participante verá en esta actitud un grave perjuicio para los intereses de Euskadi, ya por perder representación, ya por potenciar a los enemigos del pueblo vasco. La interpretación de EH descubrirá otras dimensiones del problema, las disensiones internas de los firmantes de Estella.

EH dedicó su especial campaña a dos temas: la justificación de su abstención, por un lado, y, por otro, la crítica y denuncia de sus anteriores socios, amén de la reivindicación de los espacios gratuitos en los medios de comunicación, que aquí no interesa.

La abstención, se dijo, no era una imposición de ETA, sino una decisión autónoma, debatida en los comités locales y ratificada por la Asamblea Nacional<sup>5</sup>. La abstención era, además, la mejor inversión para la paz y para la democracia vasca<sup>6</sup>, ya que se trataba de comicios «transgénicos», propios de una democracia «no natural», impuestos «artificialmente» por los sistemas políticos francés y español. Los vascos necesitaban «una democracia natural, la democracia vasca e instituciones nacionales vascas»<sup>7</sup>. Las elecciones eran una «injerencia» en la construcción nacional vasca<sup>8</sup> y, según esto, lo más consecuente era la abstención<sup>9</sup>.

Por todo ello, EH pidió la abstención no sólo a sus simpatizantes y votantes, sino, también, a los votantes de todos los firmantes del Pacto de Lizarra<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Ver *El Correo*, 26-2-00 (26).

<sup>6</sup> Ver *El Correo*, 27-2-00 (40).

<sup>7</sup> *El Correo*, 29-2-00 (17), palabras de Otegi.

<sup>8</sup> Ver *El Correo*, 8-3-00 (20).

<sup>9</sup> Ver *El Correo*, 6-3-00 (18).

<sup>10</sup> Ver *El Correo*, 5-3-00 (26), Otegi, y *El Correo*, 6-3-00 (18), Karmelo Landa.

El segundo de los temas, la crítica y denuncia del PNV y EA, fue la parte más relevante de sus intervenciones, que, como en el caso del Partido Popular, prestaron más atención al primero que al segundo. Su participación fue calificada como propia de buitres en busca de los votos de Euskal Herritarrok<sup>11</sup>. Con ello demostraban su cobardía y falta de determinación para realizar la construcción nacional<sup>12</sup>.

Votar al PNV significaba «premiar su falta de coraje»<sup>13</sup> y aceptar sus terceras vías, en las que era «maestro», que no eran otra cosa que espacios de «larga confrontación»<sup>14</sup>. El PNV debía elegir entre gestionar el «marco de imposición y antidemocrático con las fuerzas estatales o venir con la izquierda abertzale para ejercer un marco de soberanía para nuestro país»<sup>15</sup>. Con su irresponsable participación hacía «el caldo gordo al próximo Gobierno del Partido Popular»<sup>16</sup> e Ibarretxe realizaba la «ignominia de presidir una comunidad autónoma española»<sup>17</sup>. La participación electoral nacionalista, tanto del PNV como de EA, suponía aceptar la ciudadanía española<sup>18</sup>.

Al final de la campaña Euskal Herritarrok recordó su interpretación del Pacto de Estella, que ya había defendido en las Elecciones autonómicas de 1998<sup>19</sup>, mediante la cual denunció la traición y la deslealtad del resto de nacionalistas a lo acordado y subió la agresividad de sus críticas al PNV y EA. La irrupción del comunicado de ETA en la campaña, al que posteriormente se refiere este trabajo, desvela que la explicación de la misma está en el fracaso del Pacto de Estella.

Otegi calificó de «deslealtad» y «mentira» la interpretación de que la ayuda de EH al lehendakari Ibarretxe en su investidura y Gobierno significara su «aterrizaje institucional». La coalición respaldó a Ibarretxe «no para profundizar ni dar estabilidad» al vigente sistema político, sino para trabajar desde el Gobierno autonómico en «construir» uno nuevo. Esta versión la confirmaba Otegi interpretando que, en su comunicado, ETA volvía a insistir en lo mismo. ETA «vuelve a plantear —dice Otegi— que la oportunidad histórica que se abrió no se quiebra

<sup>11</sup> Ver *El Correo*, 29-2-00 (17) y 2-3-00 (20).

<sup>12</sup> Ver *El Correo*, 2-3-00 (20).

<sup>13</sup> *El Correo*, 3-3-00 (15), palabras de Kepa Gordejuela.

<sup>14</sup> *El Correo*, 4-3-00 (24).

<sup>15</sup> *El Correo*, 5-3-00 (26), palabras de Otegi. Ver, asimismo, *El Correo*, 7-3-00 (23).

<sup>16</sup> *El Correo*, 6-3-00 (18). Ver, asimismo, *El Correo*, 5-3-00 (26).

<sup>17</sup> *El Correo*, 5-3-00 (26).

<sup>18</sup> Ver *El Correo*, 8-3-00 (20).

<sup>19</sup> Ver mi trabajo «Elecciones al Parlamento Vasco de 25 de octubre de 1998», *Revista Estudios de Deusto*, vol. 46/2, julio-diciembre 1998, pp. 11-89, donde aparecen las dos versiones del Pacto de Estella.

ni hay un cambio de estrategia.(...) vuelve a emplazarnos a todos a que seamos capaces de articular una dinámica, con determinación, que permita acceder a otro escenario de democracia y paz»<sup>20</sup>. Según Otegi, PNV y EA conocían cuáles eran los compromisos que posibilitaron la tregua de ETA y sabían con exactitud en el momento de las elecciones los pasos que había que dar para «hacer reflexionar a ETA». No había más fórmula que «profundizar en la alianza entre abertzales para definir el proceso»<sup>21</sup>.

Otegi culminó sus ataques a los nacionalistas al afirmar que el lehendakari Ibarretxe, al romper el pacto con Euskal Herritarrok, había reforzado las tesis de Jaime Mayor Oreja, porque «si EH es ETA, ha estado gobernando con ETA, y si no lo es, ¿por qué ha roto los pactos?»<sup>22</sup>.

El fracaso de Estella se manifiesta, en tercer lugar, en el miedo al avance de populares y socialistas, como resultado de la desunión abertzale, del desprestigio nacionalista y, previamente, del significado del Pacto. Aunque en determinados momentos de la campaña, especialmente al principio, los dos grupos son tratados como integrantes de un supuesto bloque antinacionalista, el desarrollo de la campaña definirá al Partido Popular como el principal enemigo del nacionalismo y el mayor beneficiario de la división nacionalista. El amplio espacio, que el PP ocupó en las campañas nacionalistas, pretendía destacar las nefastas consecuencias derivadas de la desunión nacionalista.

El Partido Popular, por su parte, hizo de la presencia de ETA y EH en el pacto y de sus manifiestas interpretaciones el centro de su campaña electoral para el País Vasco. Destaca en esta campaña, en primer lugar, la definición del problema vasco. No se trataba tanto de un problema de fractura social, cuanto de un problema de falta de libertad. No era «una cuestión de autogobierno insatisfecho, sino la voluntad de implantar, por la violencia terrorista, un régimen de nacionalismo étnico en Europa»<sup>23</sup>. El voto, así, al PNV significaba votar al Pacto de Estella, a la independencia y al radicalismo e ir en contra de la Constitución y el Estatuto<sup>24</sup>. Estella era el resultado de un pacto secreto entre ETA y el PNV<sup>25</sup>, de manera que resultaba al PNV más cómodo censurar al PP

---

<sup>20</sup> *El Correo*, 9-3-00 (30).

<sup>21</sup> *El Correo*, 10-3-00 (27).

<sup>22</sup> *El Correo*, 10-3-09 (27).

<sup>23</sup> *El Correo* 29-2-00 (14), declaraciones de Aznar al diario *Le Monde*. Ver, asimismo, *El Correo*, 1-3-00 (12).

<sup>24</sup> Ver *El Correo*, 26-2-00 (26).

<sup>25</sup> Ver *El Correo*, 7-3-00 (21).

que a los terroristas y menos preocupante el fin del terrorismo que el espíritu de Ermua<sup>26</sup>. La radicalización del PNV, hasta el punto de asumir las tesis de ETA, quería evitar el intento de la banda y EH de «sustituir políticamente al PNV»<sup>27</sup>.

En segundo lugar, derrotar al PNV para que saliera del pacto de Estella y cambiara su estrategia era prioritario para el Partido Popular. La normalidad democrática llegaría con la renuncia del PNV al pacto con ETA, «sustanciado» por la permanencia del Pacto de Estella. El Partido Popular pedía el voto para ejecutar políticas claras, serias y contundentes contra la violencia de ETA, para frenar al nacionalismo y, sobre todo, para emerger como una alternativa real de Gobierno en Euskadi. Esto requería «superar el miedo físico a ETA y el miedo reverencial al PNV», es decir, «menos complejos»<sup>28</sup>. Se trataba de decir en las urnas, según Mayor Oreja, «basta ya» a ETA, al Pacto de Estella y a tantas mentiras dichas por los abertzales<sup>29</sup>. Las urnas debían destacar el fracaso del nacionalismo, que en su huida hacia adelante llevaba a la división social, y que los «gritos y radicalismo» de Arzalluz, no obstante su discurso contradictorio, trataban de ocultar<sup>30</sup>.

No habría, por último, según el mensaje popular, ningún pacto postelectoral con el PNV, si éste no cambiaba, ni habría tampoco ningún foro de diálogo, si ETA y EH no dejaban las armas<sup>31</sup>.

El análisis de las campañas de los partidos nacionalistas PNV y EA revela que cada uno de ellos hizo, en realidad, dos campañas. Una fue dirigida a mostrar el proyecto político o imagen política en contraposición con los partidos participantes, principalmente el Partido Popular y, en menor grado, el Partido Socialista. Este planteamiento disputaba el voto inmediato y real, y lo hacía desde la variable (en la óptica nacionalista) de nacionalismo vasco *versus* antinacionalismo vasco, aunque por imperativos de un nacionalismo social que se había demostrado más débil de lo que se pensó por parte de los firmantes del Pacto de Estella, se atemperaron mucho los contenidos estrictamente nacionalistas. La otra campaña fue dirigida a los no participantes en

---

<sup>26</sup> Ver *El Correo*, 1-3-00 (20) y 28-2-00 (14).

<sup>27</sup> *El Correo*, 4-3-00 (24).

<sup>28</sup> *El Correo*, 27-2-00 (40), palabras de Jaime Mayor Oreja. Ver, sobre estas cuestiones: *El Correo*, 25-2-00 (25); 26-2-00 (26); 2-3-00 (18); 5-3-00 (23); 11-3-00 (21).

<sup>29</sup> *El Correo*, 4-3-00 (24).

<sup>30</sup> *El Correo*, 3-3-00 (21). Ver, también, *El Correo*, 4-3-00 (24); 7-3-00 (21); 11-3-00 (21).

<sup>31</sup> Ver *El Correo*, 27-2-00 (40); 29-2-00 (14); 3-3-00 (21); 5-3-00 (23); 7-3-00 (21); 8-3-00 (15).

las elecciones, pero que habían sido socios de Estella, Euskal Herriarrok y ETA. Aquí la variable utilizada fue el cumplimiento y la fidelidad al pacto *versus* engaño y deslealtad al mismo. Lo que se disputaba no era el voto inmediato, sino la legitimidad nacionalista y el liderazgo dentro de un nacionalismo unido. Pero ambas campañas eran interdependientes, no sólo porque también se buscaban votos perdidos de EH, sino, principalmente, porque el auge del antinacionalismo se producía, según la interpretación nacionalista, por la división nacionalista.

Esta campaña interna al nacionalismo, que incluyó alguna que otra crítica entre PNV y EA, más bien mostraba un problema sin solución. Todos parecían estar deseando recuperar la unidad nacionalista. Así mismo, parecía existir la convicción general de que tal unidad era imprescindible para el éxito futuro del nacionalismo o, por lo menos, para evitar su retroceso. Sin embargo, la campaña reflejaba la imposibilidad de tal unidad no sólo por la incompatibilidad de posturas en torno a la violencia, objetivos (a pesar de la necia afirmación de unidad en los objetivos y separación en los métodos), actitud institucional, ruptura política e intereses en juego, sino, porque cualquier renuncia a las propias posiciones en estas cuestiones marginaría al que lo hiciese de toda posibilidad de liderazgo nacionalista. El fracaso del Pacto de Estella era la prueba. No obstante, el nacionalismo pragmático, especialmente el del PNV, no parecía excluir la unidad, al menos circunstancial, con EH, si ésta mostraba alguna independencia con respecto a una ETA activa.

## LA CAMPAÑA DEL PARTIDO NACIONALISTA VASCO

### Datos básicos

Fue más extensa esta campaña que la celebrada cuatro años antes para las Elecciones Generales del 3 de marzo de 1996 y, asimismo, que la de las Elecciones Autonómicas de 25 de octubre de 1998. El total de unidades informativas fue de 1.959, de las cuales 1.781 correspondieron al trabajo de los propagandistas del PNV y el resto fue aportación de la prensa al ofrecer al lector resúmenes del programa electoral.

Las 1.781 unidades informativas se repartieron entre la imagen del partido o proyecto político (29,75%) y la crítica a los partidos políticos (70,24%), constituyendo esta distribución una de las mayores distancias entre ambos aspectos de una campaña electoral celebrada en el

País Vasco<sup>32</sup>. Predominó, según esto, la crítica al adversario político, es decir, la campaña negativa, sobre la exposición del propio proyecto político.

Los temas políticos nacionalistas, *stricto sensu*, pasaron casi desapercibidos. Sólo ocuparon el 7,35% del proyecto político o imagen, es decir, el 2,18% del total de la campaña. Por el contrario, tuvo importancia la estrategia nacionalista por la paz (política antiterrorista), que ocupó el 78,67% de la imagen y el 23,41% de la campaña. Breves referencias a la democracia e inocencia moral o política del partido y a las selecciones vascas cerraron este apartado de los temas no nacionalistas de la campaña. Las alusiones al gobierno postelectoral sólo alcanzaron el 3,39%, es decir, el 1,01% del total.

En cuanto a los partidos políticos, fue el Partido Popular el que acaparó la crítica más amplia de los nacionalistas con un 59,87% de este apartado, lo que supuso un 42,05% del total de la campaña<sup>33</sup>. Según esto, el Partido Popular no estuvo lejos de ocupar la mitad de la campaña nacionalista. El segundo foco de crítica se centró en Euskal Herritarrok, a pesar de que no se presentaba a las elecciones. Un 28,61% de esta parte, el 20,10% de la campaña, fue dirigido contra EH. El tercer lugar fue para el Partido Socialista de Euskadi con un 8,23% (5,78% de la campaña)<sup>34</sup>. Eusko Alkartasuna pasó casi desapercibida con el 3,27% (2,30%). Alguna denuncia de los medios de comunicación culminó esta parte.

En la campaña intervinieron Arzalluz, Anasagasti, Egibar, Ibarretxe, Imaz, Josu Erkoreka, Ochoa de Erice, Azkuna, Margarita Uría, González de Txabbarri y Urbiola. Únicamente la participación de los cinco primeros tuvo relevancia. Destacó la de Arzalluz con el 35,55% de las intervenciones, que alcanzaron casi la tercera parte de cuanto se dijo (32,58%). Le siguieron Anasagasti con el 20% de intervenciones y

---

<sup>32</sup> En las Elecciones Generales de 1996, la distancia estuvo entre el 46,18% (imagen, identidad o proyecto político) y 53,82% (crítica electoral o crítica a los partidos políticos). En las Elecciones Autonómicas de 1998, entre el 50,62% y el 49,34%. Ver estos datos, respectivamente, en *Estudios de Deusto*, vol. 44/1, enero-junio 1996, en mi trabajo «Elecciones Generales del 96. La argumentación nacionalista en el País Vasco», p. 60; asimismo, en *Estudios de Deusto*, vol. 46/2, julio-diciembre 1998, en mi trabajo «Elecciones al Parlamento Vasco de 25 de octubre de 1998», p. 15.

<sup>33</sup> En las Elecciones Generales de 1996, el Partido Popular acaparó el 62,31% de la crítica y el 33,54% del total de la campaña (*Estudios de Deusto*, vol. 44/1, o.c. pp. 61 y 79); en las Elecciones Autonómicas de 1998, el 42% de la crítica y el 20,72% de la campaña (*Estudios de Deusto*, vol. 46/2, julio-diciembre 1998, p. 15.)

<sup>34</sup> *Ibidem*, datos de anteriores elecciones: 11,06% y 5,95%, (Elecciones Generales, 1996) y 45% y 22,4% (Elecciones Autonómicas, 1998).

el 25,54% de extensión; Egibar con el 11,11% y el 15,29%, respectivamente; Ibarretxe con el 15,55% y el 12,43%, e Imaz con el 4,44% y 7,28%. La participación de los demás mencionados tanto en ocasiones como en amplitud de las mismas fue mínima.

## El desarrollo de la campaña

### A) *La imagen del partido o proyecto político*

#### 1. El contenido nacionalista

Los datos del sondeo publicado por *El Correo*<sup>35</sup> decían que en un supuesto referéndum sobre la independencia del País Vasco el 31,6% de los encuestados votarían a favor, mientras que el 43,1% lo haría en contra, siendo la abstención del 16,6%. El número de votantes del Partido Nacionalista a favor de la independencia, según la misma encuesta, era del 36%.

Con estos datos concordaba la poca atención que la propaganda del PNV dedicó a los temas estrictamente nacionalistas, incluyendo entre ellos, como se ha hecho en otros trabajos, cuestiones como la autonomía, que no son en sí mismas nacionalistas y, menos aún, en un momento en el que se planteó la superación del Estatuto. Aún así, apenas rebasó el 2% el recurso al nacionalismo como resorte electoral.

En relación con el Estatuto se destacó que su culminación era una de las prioridades para la siguiente legislatura y que, a falta de la independencia, bueno era conformarse con lograr, después de 20 años, el desarrollo total del Estatuto. La paralización de tal desarrollo era una conculcación del Estatuto y de la propia Constitución<sup>36</sup>.

La independencia no apareció como objetivo político, sino como un futurible gustoso o apetecible, del que se habló en muy contadas ocasiones y, además, de pasada<sup>37</sup>. Preguntado Anasagasti sobre el giro al soberanismo de su partido, contestó: «No me gusta hablar de soberanismo; la palabra me parece una castaña»<sup>38</sup>. El candidato añadió: «...nosotros seguimos con el Estatuto y reivindicando su cumplimiento íntegro, cosa que todos los que se llenan la boca hablando del Estatuto y la Constitución no cumplen. Hemos hecho énfasis ahora quizás en un

---

<sup>35</sup> Ver encuesta de Isabel de Bergaretxe: *El Correo*, 4-3-00, pp. 14-17.

<sup>36</sup> Ver manifestaciones de Anasagasti en *El Correo*, 27-2-00 (40) y 7-3-00 (20). Ver, también, *Deia*, 27-2-00 (25).

<sup>37</sup> Ver *El Correo*, 7-3-00 (20), y *Deia*, 10-3-00 (4).

<sup>38</sup> *El País*, 6-3-00 (28).

perfil más nacionalista, pero sabemos que la correlación de fuerzas es la que es y lo que queremos hacer lo queremos hacer con los votos, la palabra y la persuasión. Lo que no admitimos bajo ningún concepto son los modos y los tiempos de ETA y de HB»<sup>39</sup>.

Como era hábito electoral, las intervenciones relativas a los objetivos nacionalistas encubrían las posibles intenciones bajo palabras y conceptos, cuyo alcance no era descifrado. A las proclamas de que «con el Estatuto no nos conformamos» (Anasagasti) o de que «como vascos tenemos unos derechos» (Anasagasti) o de que Euskadi no estaría completa hasta que «no estuviera integrada por los siete territorios» (González de Txabarri) se sumaba la más confusa aún de que el Estatuto de Gernika tenía «posibilidades de seguir rompiendo costuras para que Euskadi sea más independiente, más europea y menos dependiente de Madrid» (Anasagasti)<sup>40</sup>.

Fruto del enfrentamiento electoral con ETA y EH vino la afirmación de Arzalluz de que «la territorialidad, la soberanía, la libertad, ése es también nuestro objetivo. El problema es qué métodos se utilizan para conseguirlo»<sup>41</sup>, donde el mensaje fundamental era el rechazo de la violencia y el desmarque electoral de EH y ETA, por lo que la soberanía no llegaba a ser más que un argumento orientado a las urnas.

Mayor utilización se hizo de la autodeterminación, bien de forma expresa o velada. Había que dejar a los vascos que decidiesen su futuro, de manera que «seguiremos siendo españoles o franceses si la mayoría así lo decide, pero sin ningún espadón y sin imposiciones»<sup>42</sup>. En el hipotético plebiscito de autodeterminación, que no podría celebrarse antes de 15 años y para el que habría que reformar previamente la Constitución, sólo debían participar los vascos que demostrasen vivir en Euskadi de una forma estable, «porque hay un porcentaje que, sin ser del País Vasco, está aquí y viene con su esquema de patria y de bandera»<sup>43</sup>.

De la ponencia política del PNV se destacó «el legítimo derecho para decidir su futuro», que tenía el pueblo vasco, y la reivindicación del «reconocimiento de integridad territorial de Euskal Herria y el fomento de las relaciones entre las diferentes partes integrantes de nues-

---

<sup>39</sup> *Ibídem.*

<sup>40</sup> *Deia*, 10-3-00 (4); *Deia*, 9-3-00 (5); *Deia*, 11-3-00 (3).

<sup>41</sup> *Deia*, 10-3-00 (4).

<sup>42</sup> Palabras de Arzalluz: *El Correo*, 28-2-00 (23).

<sup>43</sup> Palabras de Arzalluz: *El Correo*, 3-3-00 (20). Ver, también, en *El Correo*, 8-3-00 (24), las habituales palabras de Ibarretxe sobre la necesidad de «oír y respetar a la sociedad vasca».

tro pueblo». La ponencia exigía procedimientos democráticos y el fomento de la colaboración entre todas las fuerzas políticas nacionalistas. El proyecto político con tales fundamentos estaba por desarrollar, pero, una vez hecho, debería «consolidarse jurídicamente sometiéndolo a consulta o referéndum popular»<sup>44</sup>.

La autodeterminación parece que era la forma de mostrar el respeto, que se merecía ese pequeño pueblo, que era el vasco, y de solucionar el problema político heredado desde hacía siglo y medio. Esta manipulación histórica se mezclaba con la no menor manipulación del mito de la nación (la palabra utilizada es «pueblo») en cuanto sujeto de decisión *ad extra*, aderezado este último con los ingredientes contrarios (de no menor manipulación) de la pequeñez, humildad, grandeza y poderío de la nación vasca. «No somos la aldea gala de Astérix y Obelix —dijo el presidente del partido—, somos un pequeño pueblo que quiere que se le respete, porque no es que seamos gente buena, es que a la fuerza no ha nacido nadie que pueda con nosotros»<sup>45</sup>.

La petición del voto exigía moderación nacionalista y nada mejor que utilizar todos aquellos elementos, que eran comunes a fuerzas políticas distintas. Ni siquiera la autodeterminación era atributo exclusivo del nacionalismo. En lugar de independencia y soberanía política era más atractivo y rentable hablar de autonomía, de autodeterminación o de propuestas a favor de las selecciones vascas<sup>46</sup>, que se justificaron, por cierto, no como parte de un objetivo de soberanía, sino como algo basado en la Constitución, en el Estatuto y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

## 2. Los contenidos no nacionalistas

La defensa de la participación electoral al inicio de la campaña desveló unas expectativas, que no se moderaron a lo largo de la misma. Las

---

<sup>44</sup> *Gara*, 29-2-00 (17). *El País*, 11-3-00 (26), recogía como objetivo del programa electoral la consecución del reconocimiento de la autodeterminación. Ver, también, *Gara*, 9-3-00 (16), donde González de Txabarri afirma que la última ponencia política aprobada está íntegramente en el programa electoral.

<sup>45</sup> *El Correo*, 28-2-00 (23). Ver, también, *El Correo*, 1-3-00 (19).

<sup>46</sup> Ver *El Correo*, 2-3-2000 (20), donde se informa del acto del PNV a favor de las selecciones vascas, al que asistieron varios jugadores del Athletic de Bilbao, para lo que hubo que adelantar la hora de entrenamiento. *El País*, 2-3-00 (5), informa ampliamente del acto, en el que el PNV prometió defender en la siguiente legislatura la competencia autonómica sobre el deporte, la derogación de la competencia de las federaciones españolas, la integración de las federaciones autonómicas en las organizaciones internacionales y la promoción de las selecciones autonómicas en los torneos internacionales. Ver, también, *Deia*, 2-3-00 (4).

expectativas simplemente se desvanecieron con los resultados electorales. El esperado éxito electoral del nacionalismo, el del PNV y el de los catalanes y gallegos nacionalistas, obligaría a los candidatos popular y socialista a tener que contar con su ayuda para ser presidente del Gobierno. Los intereses vascos estaban, pues, en juego, y exigían la participación<sup>47</sup>.

La invocación de los intereses vascos era un argumento, expresa y continuamente utilizado contra el abstencionismo de EH, aunque tal vez sin mucha convicción, y que daba por supuesta la coincidencia de los intereses vascos con el éxito nacionalista<sup>48</sup>.

Como ejemplo de coherencia, Arzalluz defendía la presencia en Madrid, donde «estamos —como en Marte—», para defender los intereses vascos, a la vez que reconocía «algo de razón a Otegi», que decía que en Madrid no se conseguía nada. «Ni un duro. Esto es negociar en Madrid»<sup>49</sup>, dijo el presidente del PNV. Ni un duro para el puerto exterior de Bilbao, ni para la terminal de carga de Santurtzi o el proyecto de túnel del Serantes, afirmó rotundamente.

Si bien se sugería que los apoyos parlamentarios podían ser muy complicados, si el PSOE no cambiaba de postura hasta el punto de arrastrar al PP en materia de pacificación, todo se hacía depender de los resultados electorales. La clave era electoral<sup>50</sup>, pero, en cualquier caso, el PNV justificaba su participación para plantar cara en Madrid al «franquismo sociológico que actúa en democracia», que no podía ser otro que el que se ocultaba en el Partido Popular<sup>51</sup>.

Con la mirada puesta en el contexto nacionalista, Anasagasti sentenció que la mayoría podría votar con libertad, ya que EH había hecho una campaña pro abstención bastante suave («esa campaña de abstención y coacción activa de EH no se ha visto por ninguna parte»<sup>52</sup>) y a pesar de que ETA condicionaba la libertad de voto. Pero la libertad de voto no había que confundirla con la utilidad del mismo. Votar a EA, socio del Gobierno Vasco en la anterior legislatura, era «echar 40.000 votos a la basura»<sup>53</sup> y, ya que el único grupo parlamentario con capacidad de hacer

<sup>47</sup> En *El País*, 5-3-00 (1), se dice que el PP tendría que pactar con los nacionalistas de acuerdo con el sondeo de Demoscopia. González de Txabbarri decía el mismo día que «la foto del día 13 será la del PNV, CIU y BNG» y que la Declaración de Barcelona sería clave para conformar los acuerdos de Gobierno (*Deia*, 5-3-00 (12)).

<sup>48</sup> Ver *El Correo*, 25-2-00 (25): intervención de Arzalluz. Semejantes argumentos en *Deia*, 2-3-00 (5).

<sup>49</sup> *Gara*, 1-3-00 (18).

<sup>50</sup> Ver *El Correo*, 7-3-00 (20): entrevista a I. Anasagasti.

<sup>51</sup> *El Correo*, 6-3-00 (18): intervención de Anasagasti en el mitin de Barakaldo.

<sup>52</sup> *El Correo*, 9-3-00 (24).

<sup>53</sup> *El Correo*, 10-3-00 (22).

política y de presionar en Madrid era el PNV, había que votar en consecuencia. La petición del voto a los simpatizantes de EA se extendió también a los simpatizantes de EH. La victoria nacionalista del PNV sería por goleada, ya que se esperaba sacar siete escaños<sup>54</sup>.

La intervención del alcalde de Bilbao, I. Azkuna, llamando a los bilbaínos a las urnas después de condenar el atentado de ETA contra la Guardia Civil en San Sebastián, justificaba tal llamada en la necesidad de fortalecer la democracia para desterrar la violencia. La confianza en que la fortaleza de la democracia vencería a la violencia exigía la participación. El atentado en plena campaña atacaba «la confrontación libre y pacífica de ideas, el máximo exponente de la democracia»<sup>55</sup>. Esta forma de argumentación del voto, cabe observar, se salía del criterio más utilizado por los nacionalistas.

El tema de la paz, el más ampliamente tratado de este apartado, volvió a situar al Pacto de Lizarra en el centro de la propaganda nacionalista, hasta el punto de que se puede decir que fue ampliamente utilizado (el tema de la paz) para poder justificar al Partido Nacionalista y, especialmente, a su dirección, que habían quedado seriamente desautorizados con la renovación de los asesinatos de ETA.

Los dos comunicados del PNV<sup>56</sup>, que siguieron al funeral de Buesa y Díez y precedieron a la manifestación por los mismos, destacaron los

---

<sup>54</sup> Ver *El Correo*, 11-3-00 (18). La participación electoral para garantizar los intereses vascos aparece, también, en *Gara*, 4-3-00 (22); *Deia*, 4-3-00 (4); *Deia*, 5-3-00 (4 y 5); *El Mundo*, 5-3-00 (10); *Deia*, 7-3-00 (4), donde se leen estas palabras del candidato Josu Erkoreka: «En la situación actual de Euskal Herria, los abertzales tienen la obligación de acudir a las urnas. Si fuésemos dueños de nuestro futuro y si en la bandera europea apareciera la estrella vasca como la de otro país cualquiera, cada uno podría elegir entre votar o no votar. Pero la verdad es que esto último no se ha conseguido aún, por lo que los abertzales de verdad debemos acudir a las urnas para así defender el futuro de Euskal Herria, ya sea en Madrid o en Bruselas»; *Deia*, 8-3-00 (4); *Deia*, 8-3-00 (5), defensa de las pensiones; *Gara*, 9-3-00 (16), donde González de Txabarri explica así la presencia del PNV en el Parlamento español: «La postura tradicional del PNV ha sido la de realizar política enraizada en Euskadi y, de alguna forma, teniendo los altavoces institucionales en aquellos foros en los que esa acción política vasca puede tener su influencia, su carga decisiva. Entendemos que el diseño básico de la actuación del PNV sigue siendo válido, moderno, funcional y, además, es el habitual en los comportamientos sociales que se producen aquí. El que tiene aquí una empresa busca ese mismo esquema de trabajo. Los planteamientos sociológicos, en estos momentos de fenómenos de globalización y enraizamiento, están planteando éste como el modelo a seguir tanto desde planteamientos empresariales como sociales»; en Madrid había que defender, incluso, la ponencia política, que propugnaba el nuevo marco jurídico; *Deia*, 9-3-00 (5).

<sup>55</sup> *El Correo*, 8-3-00 (24).

<sup>56</sup> Ver *El País*, 25-2-00 (19), y *Deia*, 25-2-00 (5).

dos aspectos básicos nacionalistas sobre la cuestión de la violencia: la justificación del proyecto nacionalista, que no tendría ninguna modificación posterior, y la defensa de la dirección del partido ante los supuestos ataques de otros partidos, especialmente, el Partido Popular. A medida que la campaña se alejó de los asesinatos de Buesa y Díez, el recurso a presentar el plan nacionalista de pacificación aumentó considerablemente.

El tratamiento dado a la paz situaba a cada uno en su sitio. Al PNV en el centro de la virtud moral y política (el PNV «ha sido el único partido que se ha jugado el físico para conseguir la paz definitiva»<sup>57</sup>, dijo Arzalluz); a ETA en un extremo en cuanto agente y responsable único de la muerte; y a los partidos contrarios al Pacto de Lizarra, especialmente a los populares, en el otro extremo, por rechazar el único remedio posible, el diálogo. Esta interpretación claramente la formuló el lehendakari, como luego se verá, cuando encomendaba al PNV la misión de acabar con las dos enfermedades presentes: la muerte en ETA y la falta de diálogo en los partidos políticos. La intervención de Anasagasti, que parecía salirse de la línea oficial, obligó a puntualizaciones y, tal vez, rectificaciones posteriores.

Ya de entrada el Pacto de Lizarra se justificó como consecuencia de la negativa de Aznar a mantener con ETA el «hilo caliente» que había tenido el ejecutivo de Felipe González. Arzalluz lo explicó de la siguiente manera: «Me mandó el PSOE a hablar con el señor Aznar para que juntos pudiéramos iniciar un camino hombro con hombro de solución. Aznar despreció esta oferta. Cuando vimos que se había roto aquello anterior y, viendo que se movían cosas en el mundo de ETA, empezamos nosotros por nuestra cuenta, después de anunciárselo al presidente del Gobierno»<sup>58</sup>.

Lizarra había surgido, pues, con el apoyo de «la mayoría absoluta de este país» ante la imposibilidad de crear una mesa de todos los partidos vascos. «Y si las mayorías —concluía Arzalluz— son de respeto, ¿cómo se puede entender el linchamiento que hubo de Lizarra? ¿Es que alguien se ha leído Lizarra? si es un papel muy simple, calcado de lo que dijo Ardanza»<sup>59</sup>.

El programa electoral destacaba que ETA era la única responsable de la violencia, cuya solución requería la vía de Lizarra, el acercamiento de los presos y un foro de diálogo entre todos los partidos favo-

---

<sup>57</sup> *Gara* 6-3-00 (10).

<sup>58</sup> *El Mundo* 29-2-00 (9).

<sup>59</sup> *El Mundo* 29-2-00 (9).

rables al uso exclusivo de los procedimientos democráticos<sup>60</sup>. Lo volvió a repetir el EBB, cuando, después de defender que la paz, la no violencia o el derecho a la vida eran lo primero, afirmaba la firme creencia en que el camino democrático y eficaz hacia la paz era el diálogo entre todos y no la estrategia de aislamiento, que conducía únicamente a la inflexibilidad y al enquistamiento de los problemas<sup>61</sup>.

Este último punto, se destacó, no era ninguna novedad, ya que entre los participantes del pacto de Ajuria Enea existía la convicción de que al final el problema se terminaría en una mesa de diálogo con concesiones por parte de unos y otros. Arzalluz, a quien se deben estas consideraciones, se refería a «unos y otros» enzarzados en la violencia en estos términos: «Ahora un golpe de uno; luego, de otro. ¿Para cuándo el diálogo?»<sup>62</sup>.

Si bien la actuación de la policía «con toda su fuerza» era necesaria, ya que no se podía admitir que se asesinase o se secuestrase, no bastaba la vía policial para alcanzar la paz. Por ello el PNV pedía el voto a cuantos apostaban por el diálogo<sup>63</sup>. No otra cosa era el Pacto de Lizarra: un proyecto de paz, una oferta de paz. Lizarra no era la violencia, sino un instrumento para acabar con ella. Esta era la razón, se dijo con bastante imprecisión, por la que se tenía miedo al Pacto de Lizarra, porque era un proyecto de paz. Era el único foro para hablar sin exclusiones. No había otra alternativa, ya que nadie la había presentado. Arzalluz retaba a los partidos críticos con tal proyecto a que presentaran otra alternativa. En su opinión, Lizarra era la copia del camino seguido en Irlanda para solucionar problemas semejantes<sup>64</sup>.

El diálogo era el camino para acabar con la «guerra»; luego vendría la construcción nacional. Esta secuencia servía para atacar al PP por no dialogar y a EH por querer la construcción nacional sin la previa desaparición de ETA. «Nos dicen —dijo el presidente— que sólo queremos que desaparezca ETA, pero nosotros creemos que no se puede construir nada mientras se está en guerra... primero terminaremos con la guerra y luego construiremos»<sup>65</sup>.

Ibarretxe insistió en la necesidad del diálogo: «Hay que hablar, hay que dialogar, pero no se puede matar; ...tenemos que respetar los derechos humanos, tenemos que respetar la vida, tenemos que oír y respetar

---

<sup>60</sup> Ver *El Correo*, 1-3-2000 (22).

<sup>61</sup> Ver *Deia*, 25-2-00 (5).

<sup>62</sup> *El Correo*, 2-3-2000 (20).

<sup>63</sup> Ver *El Correo*, 2-3-2000 (20) y 5-3-2000. Ver, también, *Deia*, 2-3-00 (5).

<sup>64</sup> Ver *El Correo*, 4-3-2000 (24) y 8-3-2000 (20). Ver, también, *El País*, 6-3-00 (28).

<sup>65</sup> *Deia*, 2-3-00 (5).

a la sociedad vasca»<sup>66</sup>. La participación electoral debía servir para «acabar con los dos síntomas de la enfermedad que padecemos, la muerte y la falta de diálogo»<sup>67</sup>.

Con esta forma de argumentar, que unía la condena de la violencia con la defensa de un diálogo abstracto y el respeto a la sociedad vasca, estaban servidas, obsérvese, la justificación del PNV, para quien se pedía el voto, la condena de todos los demás actores y la tesis de que no podía haber, por definición, otra alternativa que no fuese nacionalista, es decir, que no estableciese a la sociedad vasca como ámbito de decisión (derecho de autodeterminación). Esto constituía la repetición del sentido del Pacto de Lizarra de que la única paz posible era una paz nacionalista, o sea, que acarrease el triunfo del nacionalismo. La tesis seguía siendo paz por nacionalismo.

Esta interpretación la confirmó Egibar, cuando en una conferencia en Pamplona especificó o concretó la abstracción habitual del término «diálogo», a la que más arriba me he referido, y las verdaderas condiciones del proceso de paz, que convertían en una mentira la llamada a todos para dialogar, porque el diálogo invocado por el nacionalismo excluía a los no nacionalistas. El ejemplo de la importancia del diálogo para la resolución de conflictos fue el relativo a la autovía de Irurtzun-Andoain, «en el que hubo un modelo de resolución que costó, pero, al final, gracias al diálogo se abrieron puertas que estaban bien cerradas»<sup>68</sup>. Las condiciones excluyentes del proceso de paz, al que se llamaba a dialogar, eran «en primer lugar, el respeto a los derechos humanos de todas las personas, empezando por el derecho a la vida. El segundo sería dar cuerpo a ese deseo de dar la palabra a la sociedad vasca para que sus decisiones sean aceptadas»<sup>69</sup>. La consideración de la autodeterminación como una de las «vías sagradas» para consolidar un proceso de paz y, por tanto, del diálogo, es claro que invalidaba la defensa del derecho a la vida, que no puede estar ligado a ninguna condición previa. La oferta parecía en un principio generosa, porque a unos se les pedía que dejaran de matar (lo mucho) y a otros que reconociesen la autodeterminación (lo poco). Pero se trataba de un engaño y de un negocio nacionalista.

---

<sup>66</sup> *El Correo*, 8-3-2000 (24).

<sup>67</sup> *El Correo*, 11-3-2000 (18). Más ocasiones en las que se insiste en el diálogo en: *Gara*, 3-3-00 (22); *Gara*, 4-3-00 (22); *Gara*, 6-3-00 (9); *Gara*, 7-3-00 (17); *Deia*, 8-3-00 (12); *Gara*, 8-3-00 (12): dialogar sobre la Constitución, la autodeterminación o lo que quieran PP y EH, según Arzalluz.

<sup>68</sup> *Gara*, 7-3-00 (17).

<sup>69</sup> *Ibidem*.

El consenso nacionalista sobre el camino de la paz parece que se rompió con la tardía entrada en escena de Anasagasti, si bien, en un principio, repitió el guión conocido, insistiendo en que el terrorismo necesitaba algo más que la utilización de la policía y la condena. Este algo más se refería al diálogo y a la profundización democrática (cosa que no se clarificó en qué consistía). «Sólo sentados alrededor de una mesa —dijo— será posible superar esta página negra en la historia de Euskadi... (...) Si la vía policial trajera la paz, nosotros apostaríamos por ella sin dudarle, pero no es así. Le recuerdo que el diálogo propició año y medio sin atentados de ETA. Convivimos con ese otro terrorismo de la «kale borroka», pero en año y medio no hubo funerales y tocamos con la punta de los dedos la posibilidad de cierta paz. Todos debemos reflexionar por las razones que llevan al fin de esa situación y todos debemos analizar las vías para que la esperanza vuelva a nuestros corazones. En cualquier caso ETA es la única responsable de estas dos muertes (F. Buesa y J. Díez)...»<sup>70</sup>.

La afirmación de que el PNV estaba dispuesto a dar todo por la paz no se corresponde con la interpretación de «paz por nacionalismo», que se hace en este trabajo y en el anterior sobre las Elecciones Autonómicas de 1998<sup>71</sup>. Por ello, parecen demagógicas las palabras de Anasagasti, en las que se afirmaba que «se nos ataca (al PNV) por miedo, pero sólo queremos la paz, no mercadeamos ni traficamos con ella»<sup>72</sup>.

Las aparentes diferencias surgieron con la interpretación del Pacto de Lizarra. Anasagasti defendió en otra intervención que Lizarra no había sido un error, sino todo lo que el PNV pudo hacer. Con la metáfora tan utilizada del «movimiento» se defendía que la equivocación estaba en el inmovilismo, ya que el PNV había logrado con Lizarra (con el movimiento) que las elecciones de 1998 y 1999 se celebrasen sin muertos, a diferencia de lo que estaba ocurriendo en las Generales de 2000. Hasta aquí la interpretación era ortodoxa, pero el candidato por Bizkaia añadió que Lizarra no era ni un «dogma» ni una «camisa de fuerza» para el PNV y que quedaría «colgado de una brocha» en cuanto el lehendakari lograra reunir a todos en una mesa. Y, como si lo desconociese, añadió que si Lizarra «dice que no hay atentados, que haya más democracia y que el tema vasco es un conflicto histórico de naturaleza política, me encanta»<sup>73</sup>, palabras que en su conjunto sugerían que Ana-

---

<sup>70</sup> *El Correo*, 7-3-2000 (20), entrevista a I. Anasagasti.

<sup>71</sup> Ver mi trabajo «Elecciones al Parlamento Vasco de 25 de octubre de 1998», *Revista Estudios de Deusto*, vol. 46/2, julio-diciembre 1998, pp. 11-89.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> *El Correo*, 9-3-2000 (24).

sagasti apoyaba las creencias básicas nacionalistas a la vez que consideraba que Lizarra no tenía futuro, ya que también manifestaría que después de las elecciones, y dada la actitud de EH, todo tendría que replantarse<sup>74</sup>.

Anasagasti estimó que las palabras de Otegi sobre el comunicado de ETA significaban el abandono de las vías políticas, o sea, que EH había «roto dicho pacto (el de Estella) al no desmarcarse de los atentados de ETA»<sup>75</sup>. Por ello anunció que, tras las elecciones, el lehendakari establecería contactos con todos los partidos para lograr la unidad de los demócratas e intentar nuevas alianzas de Gobierno.

La interpretación, sin embargo, de Egibar en respuesta al comunicado de ETA aparecido en *Gara* y *Euskaldunon Egunkaria* destacaba que el PNV estaba convencido de la validez de la estrategia iniciada y que no pensaba abandonar el foro a pesar de que no se habían cumplido los fines para los que había sido creado: acabar con la violencia e incorporar a HB a la democracia<sup>76</sup>. La apuesta del PNV por Lizarra se mantendría incluso en el caso de que cayese uno del PNV en un atentado de ETA. Así lo expresó Egibar al decir: «A menudo hemos dicho que, si por causa de la violencia cayera uno de nosotros, el partido debería continuar por el camino emprendido, porque no hay otra vía»<sup>77</sup>.

Dadas las interpretaciones que se hicieron de las palabras de Anasagasti en el sentido de que el PNV daba por roto el foro de Estella, Egibar intervino en dos ocasiones al día siguiente para aclarar que ni el PNV ni Anasagasti habían dicho nada semejante. Se trataba, simplemente, de una reflexión de su compañero de partido convertida en titular de los periódicos. Por contra, los principios de Lizarra —defensa de los derechos humanos y respeto a la palabra del pueblo vasco— estaban más vigentes que nunca. No sería el PNV el que abandonase ni Lizarra, ni Batera, ni Udalbiltza. El programa del partido recogía la validez del planteamiento y pensaba desarrollarlo después de las elecciones independientemente de los atentados de ETA y a pesar de que éstos lo atacaban frontalmente. La tregua había desarrollado espacios de colaboración entre los nacionalistas y el PNV no iba a permitir a ETA tirar al vertedero la ilusión y el trabajo desarrollado durante la

<sup>74</sup> Ver *El Correo*, 11-3-2000 (24).

<sup>75</sup> *El País*, 10-3-00 (23). Ver, también, *Gara*, 10-3-00 (18).

<sup>76</sup> Ver *El Correo*, 9-3-2000 (30). Esta postura es inequívoca desde el comienzo de la campaña: *El País*, 25-2-00 (19); *Deia*, 25-2-00 (5).

<sup>77</sup> *El Mundo*, 6-3-00 (9). *Gara*, 7-3-00 (17), también recoge la idea de que el PNV no abandonará Lizarra, porque es la única vía para la solución del conflicto.

misma<sup>78</sup>. Con ello el PNV se mantenía en la misma línea, que había defendido desde el asesinato de Buesa, es decir, la validez del Pacto de Lizarra y la estrategia de pacificación basada en el diálogo sin exclusiones y en el rechazo de la vía exclusivamente policial y del aislamiento social<sup>79</sup>.

Anasagasti explicó que él había invitado a la reflexión a todos los partidos para encontrar una salida a la situación y que en Madrid se habían empeñado en poner en titulares (la misma palabra utilizó Egibar) la supuesta ruptura del PNV, porque habían convertido «en una especie de Infierno de Dante» al foro de Lizarra<sup>80</sup>. «Para el PNV —destacó en el último día de campaña— el Pacto de Lizarra sigue vigente», aunque para él tanto Lizarra como Ajuria Enea estaban superados. Lo que asustaba de este acuerdo en Madrid era que profundizaba la «democracia»<sup>81</sup>.

Esta última afirmación no era nueva. Ya ante la RTVE había dicho Anasagasti que lo que pedía el Pacto de Lizarra era «más democracia, no más nacionalismo» (interpretación que no puede sostenerse, sino de manera gratuita), por lo que no podía considerársele como «una especie de cámara de terror»<sup>82</sup>.

La explícita disparidad de criterios que suponía afirmar que el PNV haría en su momento una autocrítica, pero no «en campaña y en público», ya que «nadie se limpia los calzoncillos en público» (Anasagasti)<sup>83</sup>, no

---

<sup>78</sup> Ver *El Correo*, 11-3-00 (24). La idea de que los atentados de ETA iban directamente contra el Pacto de Lizarra, contra las vías democráticas y el diálogo aparecía ya en el comunicado del PNV, que siguió al funeral de Buesa (*El País*, 25-2-00 (19)). *El País*, 11-3-00 (20), interpretaba que la intervención de Egibar corregía a Anasagasti, ya que los nacionalistas no iban a permitir a ETA que «arroje al vertedero la complicidad alcanzada y apague las luces de una ilusión». En *Gara*, 11-3-00 (16), Josoba Egibar dice: «EAJK ez ditu Batera, Lizarra-Garazi eta Udalbiltza utziko».

<sup>79</sup> Ver *El País*, 25-2-00 (19).

<sup>80</sup> Ver *El Correo*, 11-3-00 (24). Semejante imagen ya la había utilizado en *Deia*, 7-3-00 (5).

<sup>81</sup> *Deia*, 11-3-00 (2), y *El País*, 7-3-00 (1). Sobre el sentido del Pacto de Lizarra ver: *Gara*, 4-3-00 (22); *Deia*, 4-3-00 (5): Lizarra, oferta de paz; *Deia*, 5-3-00 (5): Lizarra, método de trabajo; *El País*, 6-3-00 (28): Lizarra, una reunión como el Pacto de Ajuria Enea en su momento; *Deia*, 7-3-00 (5): Lizarra, pide más democracia, no más nacionalismo; *El País*, 6-3-00 (28): Lizarra, hablar con todos, incluso con Aznar; *El Mundo*, 6-3-00 (9): Lizarra, válido, aunque cayese uno del PNV; *El País*, 7-3-00 (1): Lizarra y Ajuria Enea, superados; *Gara*, 7-3-00 (17): Lizarra, «modelo de resolución del conflicto»; *Deia*, 8-3-00 (5): «Discutamos todos y de todo», eso es Irlanda y Lizarra; *Gara*, 8-3-00 (12): Lizarra, estrategia de paz, nada más; *Deia*, 10-3-00 (12): Lizarra, método para resolver un problema.

<sup>82</sup> *Deia*, 7-3-00 (5).

<sup>83</sup> *El País*, 6-3-00 (28).

permite interpretar al PNV como a un partido dividido, enfrentado o en pugna en un supuesto debate, que se posponía, por causa del Pacto de Lizarra y de su estrategia. Esto serviría para destacar la dimensión democrática interna del mismo. Más bien se trata de una maniobra electoral orientada a captar el voto no sólo de los que se identificaban con el contenido y estrategia de Lizarra, sino, también, el de aquéllos que lo criticaban e, incluso, lo rechazaban. Para éstos iban dirigidas las promesas de una autocrítica y del posible envío al desván de los trastos inútiles del Pacto de Lizarra. No había que perder la unidad del partido, pero, de momento y sobre todo, no había que perder la unidad del voto. El PNV no sólo era el Pacto de Lizarra. Era, también, la crítica y el rechazo del mismo. Y si no lo era, podía serlo. El debate no tenía fecha, pero el voto, sí.

El programa electoral:

- en materia de inmigración defendía la agilización de la resolución de las situaciones de irregularidad, la extensión de los servicios generales a la población inmigrante y el reagrupamiento familiar, además de destacar la necesidad de campañas de concienciación para evitar la discriminación y la xenofobia<sup>84</sup>;
- en materia de siniestralidad laboral culpaba a los poderes públicos del aumento de accidentes y, aunque advertía de los intentos de la Comunidad Autónoma del País Vasco por seguir políticas propias y eficaces, consideraba a la normativa estatal bastante rígida<sup>85</sup>;
- en materia de violencia doméstica apostaba, desde el punto de vista social y educativo, por programas de prevención, acogimiento y tratamiento psicológico no sólo para las víctimas, sino también para el maltratador<sup>86</sup>;
- en materia de autopistas pretendía incorporar las autopistas concesionarias del Estado a la red vasca y construir la autopista de peaje Urbina-Maltzaga<sup>87</sup>;
- proponía en relación con el agua aumentar los planes de saneamiento en las diferentes cuencas, intensificar la depuración de las aguas residuales, reforzar la inversión en abastecimiento y defensa contra inundaciones<sup>88</sup>;

---

<sup>84</sup> *El Correo*, 25-2-2000 (26).

<sup>85</sup> Ver *El Correo*, 26-2-2000 (27).

<sup>86</sup> Ver *El Correo*, 27-2-2000 (41).

<sup>87</sup> Ver *El Correo*, 28-2-2000 (24).

<sup>88</sup> Ver *El Correo*, 29-2-2000 (20).

- no desarrollaba propuestas concretas sobre la vivienda, ya que consideraba que se trataba de una competencia autonómica y no central, aunque consideraba la vivienda como una cuestión de prestación social, para lo que impulsaba planes de vivienda protegida<sup>89</sup>;
- promocionaba, en materia de fármacos, el uso de medicamentos genéricos, para una mejor utilización del gasto de los fondos públicos, y campañas informativas al respecto<sup>90</sup>;
- en materia de nuevas tecnologías defendía la creación de centros públicos de salas informáticas, el desarrollo de Internet en la educación y en la administración, la rebaja de los equipos informáticos, la consideración de Internet como servicio básico con tarifa plana y el fomento del comercio electrónico<sup>91</sup>;
- en cuanto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), proponía una rebaja fiscal, especialmente en los tramos de renta inferiores a tres millones de pesetas, y el reforzamiento del tratamiento de la familia en el impuesto con independencia de los ingresos<sup>92</sup>;
- en materia de Televisión pública defendía la reforma de los órganos de gobierno del Ente Público, la elección por el Parlamento del Director General y del Consejo de Administración, un modelo de financiación mixta y la adscripción de los centros regionales a los Parlamentos autonómicos<sup>93</sup>;
- en cuanto a las pensiones invitaba a la mejora de las mismas (v.g. equiparación de las más bajas con el salario mínimo) y al apoyo a las familias que atendieran a personas mayores discapacitadas<sup>94</sup>;
- en materia de residuos optaba por la aplicación de la política europea en materia de gestión de residuos y por la elaboración de un marco legal, que permitiera una gestión eficaz de las basuras<sup>95</sup>;
- proponía diversas medidas para aumentar la calidad de la atención sanitaria tales como la elaboración de un nuevo Plan de Salud, la disminución de las listas de espera, alternativas a la hos-

---

<sup>89</sup> Ver *El Correo*, 2-3-2000 (22).

<sup>90</sup> Ver *El Correo*, 3-3-2000 (22).

<sup>91</sup> Ver *El Correo*, 4-3-2000 (25).

<sup>92</sup> Ver *El Correo*, 5-3-2000 (29).

<sup>93</sup> Ver *El Correo*, 6-3-2000 (22).

<sup>94</sup> Ver *El Correo*, 7-3-2000 (24).

<sup>95</sup> Ver *El Correo*, 8-3-2000 (22).

- pitalización tradicional, mejoras en la elección del médico y del centro y potenciación de la atención primaria<sup>96</sup>;
- proponía, por último, el cumplimiento de los compromisos adquiridos por la Administración central para la entrada en servicio de la nueva red ferroviaria vasca en velocidad alta y su ramal de conexión con Pamplona<sup>97</sup>.

### 3. Futuro gobierno postelectoral

Al comienzo de la campaña se utilizó el argumento de que el voto a los partidos nacionalistas, no sólo al PNV, podría influir en la designación del Gobierno. En este sentido se manifestó Arzalluz al asegurar que si los nacionalistas catalanes, gallegos y vascos obtuviesen suficientes representantes, «ni Almunia ni Aznar serán presidentes sin la ayuda de estos especímenes tan denostados llamados nacionalistas»<sup>98</sup>. No era la única razón para pedir el voto, ya que éste también se justificaba para defender los intereses vascos allí donde estaban en juego, pero servía para magnificar ante los fieles la importancia del partido, que el futuro redujo a la nada.

Pero el argumento del partido bisagra apenas se volvió a utilizar o, al menos, no consta en la prensa que se utilizase frecuentemente. Hubo alusiones a posibles pactos postelectorales con los socialistas con miras a la paz<sup>99</sup>, aun en el caso de que no obtuviesen la Moncloa, y hubo, también, el ofrecimiento de apoyo parlamentario a Almunia para que fuera presidente, aunque sacara menos escaños que Aznar, siempre y cuando presentara un planteamiento mejor que el del PP<sup>100</sup>. Justo a mitad de campaña Anasagasti pidió el voto exagerando el papel, que iba a corresponder a su partido, al decir que «nos jugamos el juego parla-

<sup>96</sup> Ver *El Correo*, 9-3-2000 (29).

<sup>97</sup> Ver *El Correo*, 11-3-2000 (23). *El País*, 11-3-00 (26), recoge resúmenes semejantes del programa electoral. También lo hace *Deia*.

<sup>98</sup> *El Correo*, 25-2-00 (25). En *Deia*, 1-3-00 (4) se lee: «Aznar o Almunia tendrán que pactar con esa política (nacionalista) que tanto desprecian». En *Deia*, 10-3-00 (12) Anasagasti esperaba que el PP ganaría, aunque sin mayoría en el Senado, y deseaba que bien Aznar, bien Almunia, resolviera el problema vasco y desarrollara y ampliara el Estatuto de Gernika.

<sup>99</sup> Ver *El Correo*, 29-2-00 (18), donde la apuesta, en palabras de Arzalluz, por consensuar fórmulas de paz con Almunia, aunque no llegase al poder, no excluía al PP, ya que se añadía «y sin el PP, si hace falta», y 9-3-00 (24). No se trata, por tanto, de pactos de Gobierno. Lo mismo aparece en *El País*, 29-2-00 (24).

<sup>100</sup> Ver *El Correo*, 1-3-2000 (19).

mentario ya que no habrá mayoría absoluta y tendrán que pactar. Nosotros estaremos allí para plantarles cara»<sup>101</sup>.

Algún comentario de prensa se refirió a estas cuestiones e interpretó el deseo inicial del PNV como el sueño de Arzalluz de realizar una alianza de los firmantes de la Declaración de Barcelona con el partido ganador para tener bajo su autoridad al Gobierno. Desaparecido el sueño y rota toda relación con el PP, el PNV estaría llamando a la puerta del Partido Socialista<sup>102</sup>.

## B) *La crítica electoral*

### 1. Partido Popular

La obsesión por el PP revela quién era para el nacionalismo del PNV no precisamente el contrario, sino el enemigo político a batir en las elecciones. Como ya está escrito más arriba, más del 40% de cuanto se manifestó en la campaña tuvo a los populares como centro de los ataques más variados y despiadados. La intención de transmitir al electorado una sensación de miedo y temor ante el posible avance del PP parece manifiesta.

Destaca en primer lugar la identificación ideológica de los populares y los términos utilizados para ello. El Partido Popular fue tenido por antidemócrata y descrito con términos tales como «dictadura», «herederos del franquismo», «18 de julio», «Movimiento», «fachas», «hijos de la dictadura franquista» y «reaccionarios». La campaña comenzó con la afirmación de que era necesario volver a estudiar los años de la dictadura franquista para entender las *maneras* con las que venían algunos, que no eran otros que los populares<sup>103</sup>. En ellos se veía «la cara del “facha” y a los “herederos del régimen franquista”»<sup>104</sup>. Era precisa-

<sup>101</sup> *Deia*, 5-3-00 (5).

<sup>102</sup> Ver *El Correo*, 1-3-2000 (18), R. Gorriarán, «Parejas de baile». Ver *Deia*, 5-3-00 (5), donde Anasagasti defiende la importancia de trabajar con catalanes y gallegos para demostrar que «estamos ante un Estado plurinacional, pluricultural y plurilingüe y para conseguir la transferencia de las competencias estatutarias».

<sup>103</sup> Ver *El Correo*, 25-2-00 (25). El comunicado del PNV (*El País*, 25-2-00) dice tener la impresión de que en un Ministerio de Madrid quieren que se vuelva a la época de los guerrilleros de Cristo Rey con una organización más sofisticada y, por supuesto, contra el nacionalismo. Semejantes descalificaciones y otras, como la de llamarle a Aznar «Cid Campeador», en *Deia*, 29-2-00 (4); *Deia*, 4-3-00 (4); *Deia*, 5-3-00 (5); *Deia*, 8-3-00 (4 y 12); *Deia*, 10-3-00 (4 y 12): «Que Dios nos coja confesados», si el PP gana con mayoría cercana a la absoluta; el discurso popular es más bien de Blas Piñar; *El País*, 9-3-00 (24); *El Mundo*, 11-3-00 (10): «Signos de neofranquismo».

<sup>104</sup> *El Correo*, 28-2-00 (23), palabras de Arzalluz en el polideportivo de Anoeta. Ver, también, *El País*, 28-2-00 (19).

mente la «fachenda» que tenía detrás el PP la que le había impedido «moverse» durante la tregua<sup>105</sup>. Su pretensión, en unión con los socialistas y con determinados medios de comunicación, de fracturar la sociedad vasca llevaba a la exclamación de que «a veces dan miedo y parece que van a volver al 18 de julio, enseñándonos su verdadera cara: la de las mentiras, la de la manipulación... echándonos a todos los españoles encima, porque toda España está cabreada con nosotros»<sup>106</sup>, y a la explicación de que no existía en España un partido de ultraderecha como en Austria, «porque está incorporado al PP, y se deja sentir en la bien orquestada campaña para fomentar la fractura social»<sup>107</sup>. El PP era el partido de la derecha dura de toda la vida y no un partido de centro<sup>108</sup>.

Por todo ello, se le dijo a Aznar que «el franquismo con votos no (era) democracia»<sup>109</sup> y que la firmeza democrática que exigía se contradecía con el supuesto hecho de no haber permitido juzgar a Pinochet y con el hecho de no haber condenado la dictadura de Franco<sup>110</sup>. La firmeza democrática de Aznar no era, en consecuencia, más que escapate<sup>111</sup>, y el posible triunfo electoral popular era toda una preocupación, porque con él volvían «los modos de Franco»<sup>112</sup>. La conclusión era clara: «Hay que evitar que el PP logre la mayoría absoluta»<sup>113</sup>.

A esta imagen acompañaba una retahíla de descalificaciones de los principales políticos del PP, especialmente, de Mayor Oreja, de quien se decía que era «capaz de estropear cualquier mesa (de diálogo) sólo por intereses personales, ni siquiera por intereses de su partido»<sup>114</sup>.

La política general popular fue atacada en dos puntos básicos, el informativo y el económico. En cuanto al primero, la acusación afirmaba que el Gobierno central ejercía un monopolio informativo con una tal unidad de criterio que asustaba al presidente del EBB. El Partido Popular

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> *Deia*, 29-2-00 (4), exclamación de Arzalluz. Ver *El Correo*, 29-2-00 (18).

<sup>107</sup> *El Correo*, 1-3-00 (19); intervención de Ochoa de Eribe en el mitin de Llodio.

<sup>108</sup> Ver *El Correo*, 7-3-00 (20). En *Deia*, 1-3-00 (4), aparece la misma información acompañada de otras apreciaciones ya conocidas sobre la fractura social, el rechazo de la vía exclusivamente policial, o la defensa del «entendimiento de los vascos como único camino posible» de la paz.

<sup>109</sup> *El Correo*, 1-3-00 (19); mitin de Llodio.

<sup>110</sup> Ver *El Correo*, 5-3-00 (24).

<sup>111</sup> Ver *El Correo*, 11-3-00 (18).

<sup>112</sup> *El Correo*, 10-3-00 (22); ver también, *El Correo*, 25-2-00 (25).

<sup>113</sup> *El Correo*, 10-3-00 (22), palabras de Anasagasti.

<sup>114</sup> *Deia*, 3-3-00 (4), donde Arzalluz dice, además, que es «mucho mejor que no se siente (Mayor Oreja), porque en la Mesa de Ajuria Enea estuvo bastante tiempo y fue él quien la estropeó». Ver, así mismo, *Deia*, 2-3-00 (5).

estaría creando una tal concentración de medios de comunicación que su resultado era la falta de democracia, porque «un país en el que desde el Gobierno se controlan los medios de comunicación no es un país democrático... la unidad de criterio a la que se está llegando es lo más parecido a la prensa del Movimiento»<sup>115</sup>. Por otra parte, determinados medios de comunicación colaboraban en la pretensión de dividir y fracturar a la sociedad vasca, como ya se ha dicho<sup>116</sup>. En cuanto al aspecto económico, se subrayó la concentración económica dirigida por los «amiguetes» del presidente del Gobierno central, en comparación de la cual, se decía, lo de Conde y De la Rosa era una broma<sup>117</sup>.

La utilización con fines electorales de todo lo relacionado con el terrorismo tuvo una extraordinaria gravedad. Arzalluz había realizado al diario mexicano *Proceso* unas declaraciones, que acusaban al PP en tal sentido. Las había hecho días antes de que ETA asesinara a Fernando Buesa y Jorge Díez. Una vez realizado el asesinato, declaró que «yo no sé exactamente lo que dije sobre el voto de la sangre, pero muy probablemente que el PP se estaba aprovechando de la situación de tragedia para sacar votos, y es verdad. Por tanto, si quieren descalificarme por eso, yo lo repito»<sup>118</sup>.

En la misma entrevista, en la que se realizaron tales declaraciones, se comparaba a Jaime Mayor con Vladimir Putin, «que ha hecho actos de terrorismo para provocar el horror de la gente», y se acusaba a José María Aznar de haber «utilizado el tema de ETA para sacar votos, y lo ha vendido a México y a Francia como una muestra de firmeza de España contra el terrorismo. Esta es la triste realidad, son los votos de la sangre»<sup>119</sup>.

La misma interpretación electoralista se hizo de la detención en plena campaña de José María Olarra, dirigente de Herri Batasuna, por presunta vinculación con el aparato de relaciones internacionales de ETA. Para el presidente del EBB se trataba de una intrusión en el tema electoral a favor del PP, ya que no se entendía la urgente detención por

<sup>115</sup> *El Mundo*, 28-2-00 (8).

<sup>116</sup> Ver *El Correo*, 28 y 29-2-00 (23); *Deia*, 3-3-00 (4) y 8-3-00 (5). Entre los medios de comunicación acusados están *El Correo*, *El Diario Vasco*, TVE, Antena 3 y Tele 5. En *Gara*, 29-2-00 (17), González de Txabbarri se queja del tratamiento informativo de *El Correo* y *El Diario Vasco*, que hacía «muy difícil desarrollar una campaña electoral en igualdad de oportunidades». González de Txabbarri añade que «si con estas informaciones (las referidas a la manifestación de Vitoria) quieren reflejar la realidad social de Euskal Herria, cualquier día pueden decir que todos somos mahometanos».

<sup>117</sup> Ver *El Correo*, 2-3-00 (20).

<sup>118</sup> *El Correo*, 3-3-00 (20); entrevista a Arzalluz. Ver, también, *El País*, 28-2-00 (19).

<sup>119</sup> *Ibidem*; entrevista a Arzalluz. Lo mismo aparece en *Deia*, 3-3-00 (4).

no tratarse de un miembro de un comando, sino de un dirigente de partido. «Todo el mundo sabe —añadió— a quién beneficia esta actuación», que, por otra parte, Anasagasti calificó de sospechosa<sup>120</sup>.

La concesión por el Consejo de Ministros de una medalla póstuma a la primera víctima de ETA, José Pardines, provocó las preguntas de «¿Por qué ahora? ¿Tenemos que empezar nosotros a poner medallas a todos los que lucharon contra Franco?»<sup>121</sup>.

Esta manipulación electoral y partidista del terrorismo cuadraba con las interpretaciones de que el Gobierno central y el sector duro del PP consideraban a ETA como una «úlcera que a veces sangra» y de que no interesaba a Aznar acabar con el supuesto problema vasco<sup>122</sup>.

No obstante todo lo dicho, el centro de la campaña nacionalista contra los populares lo ocupó la real o supuesta pretensión del PP de vencer, desalojar, machacar o aniquilar al nacionalismo. El argumento utilizado se refería explícitamente a una lucha contra el nacionalismo, aunque en ocasiones se habló de lucha contra los vascos. La política antinacionalista buscaría como instrumento principal de su objetivo el enfrentamiento y la división de la sociedad vasca.

Este recurso fue utilizado, según los nacionalistas, en la manifestación que siguió al asesinato de Fernando Buesa. La actitud del PP y, principalmente, del PSOE produjo polémica, división y crispación. En lugar de ir con la, supuestamente, pancarta integradora de Ibarretxe, prefirieron, actuando de mala fe, seguir una pancarta alternativa, que, como lo había hecho en una anterior manifestación EH, introdujo un elemento distorsionador<sup>123</sup>. La «deslealtad» de socialistas y populares a la convocatoria del lehendakari justificó, según Egibar, los gritos en apoyo de Ibarretxe como fruto de «una explosión emocional que obedece a un instinto normal»<sup>124</sup>.

No se trataba de un hecho aislado, sino de la aplicación de un plan, de un «diseño», realizado por las organizaciones estatales con la finalidad de fracturar la sociedad vasca. Egibar citaba como apoyo de su interpretación las palabras de Rosa Díez, en las que manifestaba que, si bien la sociedad vasca era una, se podía dividir desde la política, pala-

---

<sup>120</sup> *El Correo*, 3-3-00 (26).

<sup>121</sup> *El Correo*, 10-3-00 (22).

<sup>122</sup> *El Correo*, 4-3-00 (24) y 8-3-00 (20); manifestaciones de Arzalluz. Lo mismo en *Deia*, 4-3-00 (5). Sobre terrorismo y electoralismo, ver: *El País*, 3-3-00 (21 y 40); *El Mundo*, 3-3-00 (17 y 30); *Deia*, 8-3-00 (12): ETA les viene bien.

<sup>123</sup> Ver *El Correo*, 29-2-00 (18).

<sup>124</sup> *El País*, 27-2-00 (19).

bras que habían dejado a los nacionalistas «alucinados». Lo ocurrido en la manifestación, desde los anteriores gritos contra el lehendakari el día del funeral por Buesa y Díez, era obra de «artesanos de la manipulación», a quienes no gustó la respuesta recibida, porque «no creían que el PNV, otros partidos y formaciones sindicales pudiesen salir detrás del lehendakari como un solo hombre. Deben tomar buena nota de lo que sucede cuando se agitan determinadas pasiones y se pretende imputar responsabilidades a fuerzas democráticas»<sup>125</sup>.

Arzalluz no sólo insistió en la misma interpretación, sino que añadió que los agitadores profesionales contra el lehendakari estaban identificados y que todo ello puso a los nacionalistas del PNV «muy calientes», de manera que fueron a la manifestación «a por todas para que no se arrastrara el nombre del lehendakari». Esta interpretación concluía con la arrogante e innecesaria, por fuera de lugar, afirmación de que lo ocurrido demostraba que «nadie puede medirse en la calle con el PNV»<sup>126</sup>. La «embestida en toda regla» del PP contra el PNV demostraba que el «enemigo a batir ya no (era) ETA, sino el nacionalismo vasco»<sup>127</sup>.

La cuestión del riesgo de fractura social le dio a Ibarretxe la ocasión de dar consejos generales, que, dado el momento, iban dirigidos a populares y socialistas: «Debemos tener cuidado con la división política, porque si no se ataja a tiempo puede consolidarse en una división de carácter social»<sup>128</sup>.

La idea de que pudiera quebrarse la sociedad la superó I. Azkuna al asegurar que ya existía en ella la crispación. En su opinión, la división política y social era un hecho, que daba a ETA una «victoria moral». De ahí que pidiera a la clase política un esfuerzo sobrehumano para «unir riberas», ya que el enemigo era el terrorismo<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> *El Correo*, 29-2-00 (18). Ver, también, *Deia*, 29-2-00 (5); *El País*, 6-3-00 (28), donde Anasagasti afirma en una entrevista: «El éxito de un servicio secreto es que todo el mundo piense que es como el diablo, que no existe. Yo, que estoy en la Comisión de Secretos Oficiales, sé las partidas que se gastan para pagar una cosa y otra. A mí no me digan que los servicios secretos no existen. Nosotros sabemos que lo de Vitoria estaba organizado porque se pusieron debajo de las cámaras. Lo que pasa es que cuando se dicen ese tipo de cosas se ridiculiza a quien las dice, pero no se analiza si tiene o no razón. Estas cosas no son espontáneas. Llámese CESID, llámese Servicio de Información de la Guardia Civil, llámese tramas organizadas».

<sup>126</sup> *El Correo*, 29-2-00 (18). En la misma página se da otra versión de las palabras de Arzalluz: «La militancia estaba caliente y fue a Vitoria a por todas, a que no se arrastrara a Ibarretxe». Ver, también, *El Mundo*, 29-2-00 (9).

<sup>127</sup> *Deia*, 29-2-00 (4).

<sup>128</sup> *El País*, 1-3-00 (30). Ver, también, *Deia*, 1-3-00 (22).

<sup>129</sup> *El País*, 1-3-00 (30).

A los objetivos de división social y repulsa del lehendakari, Anasagasti añadía la pretensión de humillar al nacionalismo, que de ser cierta, explicaría una respuesta, que confirmaba que la actitud del PNV en tal manifestación más estaba pensada para demostrar la prepotencia del PNV que para condenar a ETA o defender la paz. Según esto, en la manifestación de Vitoria «PP y PSOE querían contarse y, de alguna manera humillar al nacionalismo. Al ver que no ha sido posible, dicen que hemos organizado un Alderdi Eguna, cuando sólo hicimos una manifestación repudiando a ETA, diciendo que la sociedad quiere la paz y, sobre todo, que con el PNV no se juega»<sup>130</sup>.

Ya antes, con ocasión del funeral por Buesa y Díez, Arzalluz había acusado al Gobierno popular y al Cesid de agitar a los ciudadanos contra el PNV y el lehendakari. *El País* desmintió esta interpretación afirmando que ni eran espías del Cesid, ni eran militantes del PP, ni agentes secretos de Interior. Se trataba, según este diario, de dos ex militantes del ya desaparecido partido Euskadiko Ezkerra, cuyos nombres daba el periódico, que fueron los que hicieron y repartieron los carteles en los que se pedía la dimensión de Ibarretxe. Lo manifestado por el presidente del PNV coincidía básicamente con el contenido del comunicado del partido, que extendía la responsabilidad del Gobierno, del PP y del Cesid a algunos medios de comunicación, cuya finalidad última era «trasladar la discusión y hasta la crispación política a una crispación y división social». Los mensajes de esta supuesta conspiración eran la dimisión de Ibarretxe, el ataque a la dirección nacionalista y su sustitución. Según la nota, con todo ello se pretendía «identificar en el mismo plano al terrorismo, con la dirección nacionalista y con el lehendakari»<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> *El Correo*, 29-3-00 (18). En *Deia*, 29-2-00 (4) Anasagasti dice que «lo único que querían hacer (populares y socialistas) era humillar al nacionalismo en lugar de manifestar el dolor por el asesinato de Buesa y su escolta».

<sup>131</sup> *El País*, 25-2-00 (19). El texto del comunicado decía: «EAJ-PNV quiere denunciar la irresponsabilidad que supone, por parte del PP fundamentalmente con la colaboración del Gobierno español, de algunos medios de comunicación bajo su control, y de funcionarios públicos principalmente, el montaje que han organizado estos dos últimos días en Vitoria-Gasteiz con motivo de los asesinatos de Fernando Buesa y Jorge Díez Elorza. Actos de protesta como el de ayer no se improvisan. Ni los carteles, ni el llevar megafonía, ni los movimientos de gentes, ni los autobuses con distintas procedencias. Lo mismo que ocurrió cuando el asesinato de Miguel Angel Blanco, que fue cuando comenzaron a acuñarse nuevos eslóganes como el de «ETA, no; vasco, sí», cuyo autor fue el CESID, como es autor de muchas otras actividades de agitación ciudadana en el País Vasco. Existe la impresión de que hay intencionalidades ubicables en un ministerio de Madrid, de que quieren que se vuelva a la época en la que los guerrilleros de Cristo Rey campaban a sus anchas, aunque

La inclusión del rechazo de ETA y del apoyo a la paz entre los objetivos del PNV en la manifestación, no quita la fundada sospecha de que el PNV buscaba antes que nada salir airoso de un momento crítico, es decir, defender su propio interés por encima de todo. Para ello, en lugar de presentarse como el partido responsable de la política vasca en el Gobierno, no duda en ponerse en la situación del agredido y atacado que no puede hacer otra cosa que defenderse. Ni siquiera se reconoce a populares y socialistas otra finalidad que no sea la de derrotar al nacionalismo. Las palabras de Arzalluz de que intentaban «echar la ira popular sobre nosotros, como si fuéramos los que habíamos puesto la bomba»<sup>132</sup>, demuestran el recurso a la dramatización y a la persecución para justificarse ante los suyos y mantener el ideal y la unidad del partido.

Al margen de lo ocurrido en Vitoria, el argumento de la división y el enfrentamiento sociales fueron utilizados durante toda la campaña. Ya está escrito que según la interpretación nacionalista existía un plan diseñado para fracturar a una sociedad vasca, que hasta el momento permanecía unida, cuyo último objetivo era el mismo que tenía HB, desplazar al PNV. Lo dijo González de Txabarri con algún epíteto de epopeya, cuando afirmó que los objetivos de Mayor Oreja eran los mismos que los de HB, «desplazar al PNV (...) poder decir que hemos vencido a estos vascos indomables»<sup>133</sup>.

Con unos u otros destinatarios concretos al final siempre estaba el PP como responsable del proyecto de división social contra el nacionalismo. Ochoa de Eribe lo utilizó contra Mayor Oreja haciéndole responsable de «intentos denodados y horrendos por llevar a la sociedad a una fractura que no se percibe». La extrema derecha española, presente en el Partido Popular, se dejaría «sentir en la bien orquestada campaña para fomentar la fractura social»<sup>134</sup>. El presidente del partido añadió:

---

la organización actual es mucho más sofisticada y con muchos más medios. De las cadenas y de los bates de béisbol se ha pasado a operativos de manual de agit-prop (agitación y propaganda), intentando trasladar la discusión y hasta la crispación política a una crispación y división social. Hay dos mensajes perfectamente diáfanos y novedosos. Uno es la dimisión del lehendakari que empieza a formularse de manera interesada el martes por la tarde, que es secundado inmediatamente por medios de comunicación, y otro que se produce ayer, como reflejo de año y medio de estrategia, que es el ataque a la dirección nacionalista y la exigencia de un cambio, argumentos repetidos hasta la saciedad por el PP. Con esto se pretende identificar en el mismo plano al terrorismo, con la dirección nacionalista y con el lehendakari». Parte de este comunicado aparece, también, en *Deia*, 25-2-00 (5). Ver, también, *El Mundo*, 25-2-00 (1 y 3), y *Gara*, 25-2-00 (16).

<sup>132</sup> *El Correo*, 3-3-00 (20) y *Deia* 3-3-00 (4).

<sup>133</sup> *El Correo*, 28-2-00 (23).

«Están intentando que la agresividad baje al pueblo; quieren dividirlo»<sup>135</sup>.

Arzalluz reconocía la división política existente, pero acusaba al PP y a los socialistas de tratar de llevarla a una sociedad, que no la padecía. Por ello se sentía preocupado de cómo iba a influir en la gente sencilla el mensaje de la «campaña de la “maleta” para conseguir una mayoría españolista y convencer al pueblo de que si ganamos los nacionalistas les vamos a echar»<sup>136</sup>.

Aquí estaba, hay que subrayarlo, el sentido de la preocupación por la fractura social, ya que en una sociedad dividida y enfrentada no cabía el sueño o proyecto nacionalista.

Conocida la postura del PNV de que la solución del problema de ETA requería la negociación, sin más aclaraciones, y conocida, también, la opinión de Aznar, manifestada, una vez más, en plena campaña, de que Lizarra era un gran error y que algunos tenían el «cuajo» de no ponerse del lado de las víctimas, sino de mantenerse donde estaban después de los últimos asesinatos, la explicación nacionalista del rechazo de la negociación centraba la respuesta, otra vez, en el nacionalismo. El Gobierno central temía que la negociación con ETA fortaleciese al nacionalismo y, de este modo, ayudara a la independencia del País Vasco<sup>137</sup>. No era, pues, la paz el objetivo del Partido Popular, sino evitar al precio de la paz el triunfo del nacionalismo. Precisamente, porque a Aznar no le interesaba acabar con el problema vasco, se dijo con gran atrevimiento que el PNV había roto por ello con el PP en la anterior legislatura<sup>138</sup>.

Otra vez Mayor Oreja fue el centro de las críticas nacionalistas al manifestar Ibarretxe que había que desenmascarar a los que querían dividir a los vascos y al explicar, con palabras habituales en él, que buscaban la división por miedo a que los vascos se pusieran de acuerdo y definieran el camino que querían seguir<sup>139</sup>. Ya lo había dicho Egibar en Andoain: «Al Estado no le da miedo un escenario en el que ETA actúe, le preocupa el escenario desde el 18 de septiembre. Lo que el Estado ha percibido en este último año y medio ha sido que “si aquí paran las armas y los abertzales empiezan a construir un camino, no podremos

---

<sup>134</sup> *El Correo*, 1-3-00 (19). Ver, también, amplia información en *Deia*, 1-3-00 (1, 4 y 5).

<sup>135</sup> *Deia*, 2-3-00 (5).

<sup>136</sup> *Deia*, 1-3-00 (4). Ver, también, *El Correo* 2-3-00 (20).

<sup>137</sup> Ver *El Correo*, 4-3-00 (24).

<sup>138</sup> Ver *El Correo*, 8-3-00 (20).

<sup>139</sup> Ver *El Correo*, 5-3-00 (24).

controlar eso”. Está claro que lo que de verdad es peligroso e incontro-  
lable para ellos es que todos los abertzales comiencen a participar en el  
juego político»<sup>140</sup>. Estas palabras, más las que le dirigió Arzalluz a Ma-  
yor —«descalabra a su vecino de una pedrada y se pone él la venda»—  
respondían, en concreto, a la acusación del ministro del Interior de que  
Arzalluz dividía a su partido y estaba intentando hacer lo mismo con la  
sociedad vasca<sup>141</sup>.

Pocos días más tarde Ibarretxe repetiría su tesis, pero con la va-  
riante de sustituir el término «vascos» por el de «nacionalismo». A Ma-  
yor Oreja «le importa menos ETA que el hecho de que el nacionalismo  
pueda trabajar junto en un escenario sin violencia»<sup>142</sup>, repitiendo así la  
misma interpretación que Egibar.

Parece claro que el preocupado era el lehendakari y, en este caso, no  
precisamente por la ausencia de unidad en la sociedad vasca, sino por la  
fractura nacionalista. La dimensión social de la fractura política de la  
sociedad vasca era de una tal evidencia desde el Pacto de Lizarra (lo re-  
conoció el mismo alcalde de Bilbao) que resultaba ocioso o necio decir  
que podía producirse lo que ya era un hecho. La preocupación parece  
que estaba en la prolongación de la división nacionalista, que negaba la  
esencia de la estrategia de Lizarra, la de un nacionalismo unido, visto  
cómo la única fórmula de conseguir los objetivos del nacionalismo.

La supuesta obsesión popular ante la demostrada imposible unidad  
del nacionalismo llegó hasta el final de la campaña, cuando se declaró  
que en Madrid no preocupaba ETA, sino lo contrario, es decir, que de-  
jara las armas y ello permitiese hablar a todos<sup>143</sup>.

La interpretación de que interesaba al PP la permanencia de una  
ETA moderada o controlada contrastaba radicalmente con la acusación  
ya conocida de que los populares, sobre todo, Aznar y Mayor Oreja,  
querían la victoria policial sobre ETA y no su desaparición por el diá-  
logo. Lo dijo de manera diáfana Arzalluz: «En cuanto han visto allí, en  
casa de Aznar, que nosotros podíamos arreglarlo, nos han machacado.  
No querían la paz por este camino, por el del diálogo, sólo entienden el  
de la rendición»<sup>144</sup>.

La intervención electoral de Mayor mentando la división del PNV,  
es decir, el resultado de la política marcada por el presidente del EBB,

<sup>140</sup> *Gara*, 1-3-00 (18).

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> *El Correo*, 9-3-00 (24). También, *Deia*, 9-3-00 (4).

<sup>143</sup> Ver *El Correo*, 11-3-00 (18). La intervención textual de Arzalluz decía: «En Ma-  
drid no preocupa ETA, sino que deje las armas y podamos hablar todos».

<sup>144</sup> *Gara*, 6-3-00 (10).

provocó una reacción no ajena al misterio y al secretismo. Según Arzalluz, la repuesta expresa a semejantes acusaciones se haría después de las elecciones y en las instancias propias del partido; de momento era suficiente manifestar que «hay cosas que todavía no sabéis y tampoco las quiero decir en período electoral. Las diremos después en las asambleas». No obstante este comienzo, sí era verdad que alguien estaba intentando romper el partido, pero ese tal no era su presidente. La militancia debía observar «cómo se cotiza hoy en la “bolsa gubernamental de Madrid” al disidente. Cómo los buscan, los sacan e intentan incidir ahí». Arzalluz —suyas eran estas palabras— insinuaba conocer a quienes intentaban la división en el PNV y los procedimientos utilizados. «...vamos sabiendo cosas —concluyó—, aunque no tengamos un servicio de información por ahí»<sup>145</sup>.

El tema de la unidad social fue un tema tan electoral que todos los propagandistas nacionalistas lo tocaron. La pregunta dirigida a Anasagasti sobre si había riesgo de fractura social fue respondida de una manera, que negaba la evidencia de que la praxis de la violencia era selectiva social y políticamente, de la cual se derivaba la mayor fractura social y política posible de Euskadi, aquélla que negaba a unos ciudadanos la vida, libertades y propiedad, que reconocía o toleraba a otros. La identificación, por otra parte, de la lucha por el poder que define a cualquier partido político con la fractura social o desprestigio de las instituciones raya en el ridículo más absurdo. Según el candidato del PNV, «en Euskadi no hay dos sociedades. Hay una única sociedad castigada por el recurso a la violencia de una minoría. Cuando ETA desaparezca, la unidad será más perceptible. Sólo quienes como el PP organizan campañas contra las instituciones para desalojar al PNV trabajan por la fractura, pero fracasarán porque la vasca es una sociedad madura que sabe lo que quiere y que está acostumbrada a superar momentos difíciles»<sup>146</sup>.

El diálogo y el entendimiento, sin violencia, entre nacionalistas, que el PP trataría de evitar a toda costa, sin importarle, incluso, la permanencia de ETA, era la muestra de la política nacionalista seguida antes y después de Lizarra ante la violencia y la paz. Exactamente era la

<sup>145</sup> *El Correo*, 5-3-00 (24).

<sup>146</sup> *El Correo*, 7-3-00 (20), entrevista a I. Anasagasti. Arzalluz había dicho que no podrían dividir al pueblo vasco, porque «todo el que vive aquí sabe que eso es mentira» (*Deia*, 2-3-00 (5)). Más lugares sobre el intento popular de acabar con el nacionalismo en *Deia*, 5-3-00 (4 y 5): «Atacar al nacionalismo debe unir al españolismo y poner en pie a todos los fachas» (Anasagasti); «no podemos consentir que el PP divida a la sociedad vasca y que además, culpe de ello al PNV» (Anasagasti); *El País*, 6-3-00 (28); *Gara*, 6-3-00 (10).

antítesis de la estrategia popular ante los mismos problemas. Estas interesadas interpretaciones nacionalistas destacaron el inmovilismo del PP ante ETA en diversas intervenciones y, especialmente, en un «vídeo» del PNV para los espacios gratuitos en televisión, que también se pasó ante la concurrencia en el mitin de Anoeta, concurrencia que recibía la presencia de los populares en el «vídeo» con insultos y gritos de ¡fuera!, ¡fuera! y que guardó silencio ante la presencia de algún miembro de EH. El inmovilismo popular, es decir, la negación del diálogo, se contraponía con las actuaciones nacionalistas (las de Lizarra), y consistía en la utilización exclusiva de la vía policial<sup>147</sup>.

La búsqueda de la paz a través de la exclusiva vía policial mereció comentarios, que, además de afirmar que Aznar no valía para gobernar, ponían en duda su legitimidad y la de su Gobierno para considerarse defensores del Estado de Derecho y del imperio de la ley por cerrarse, precisamente, al diálogo y no aplicar, además, la ley de la misma manera a ETA y al GAL. Este brillante razonamiento de Arzalluz compitió con el ya conocido de Ibarretxe, que se preguntó cómo podía Aznar pedir firmeza democrática, cuando él no había permitido juzgar al genocida de Pinochet, ni su partido había condenado la dictadura franquista.

La conclusión nacionalista de la naturaleza y estrategia populares ante la paz, que mezclaba lo políticamente discutible con lo falso, se manifestó con toda claridad en el mitin de Vitoria: «Si alguien cree que lo que necesita la paz es más tricornios, más ertzainas, más cárcel, más torturas o más franquismo, que vote al PP»<sup>148</sup>.

La paz requería, lo sabemos, diálogo y negociación. Por ello, y a diferencia de Aznar, Ibarretxe estaba dispuesto a dialogar siempre con todos, incluso, con «un presidente español», porque sólo con el diálogo se podía encontrar salida a la violencia. Sin embargo, Aznar debía cumplir alguna condición para poder dialogar, la de «mantener una actitud diferente a la que ha mantenido sobre el proceso de paz, moverse, abandonar ese inmovilismo ciego que ha tenido durante mucho tiempo»<sup>149</sup>. La actitud popular, que abarcaba, incluso, la dura política seguida en el acercamiento de los presos, era una «barbaridad», que había

---

<sup>147</sup> *El País*, 25-2-00 (19) ya recogía las declaraciones de Egibar y Arzalluz al comienzo de la campaña, que presentaban a Aznar obsesionado por enterrar el Pacto de Lizarra.

<sup>148</sup> *El Correo*, 5-3-00 (24); son palabras de Arzalluz. Ver, también, en el mismo sentido de rechazo de la estrategia exclusivamente policial y de aislamiento social: *Deia*, 25-2-00 (5); *El Correo*, 28-2-00 (23), 1-3-00 (19), 2-3-00 (20); *Gara*, 5-3-00 (6).

<sup>149</sup> *El Correo*, 6-3-00 (18).

deteriorado la relación política y personal con Aznar, según Anasagasti<sup>150</sup>.

Arzalluz, que consideraba justo tomar ejemplo de lo que se había hecho en otros sitios en materia de procesos de paz para recorrer «el mismo camino», refiriéndose con una interpretación engañosa al caso de Irlanda del Norte, retaba a que presentaran otra alternativa distinta a la que había seguido el PNV<sup>151</sup>.

La intransigencia del Gobierno del PP y el poco interés o confianza de Aznar durante la tregua explicarían estas disparatadas declaraciones de Anasagasti, en las que, una vez más, se trataba de justificar al PNV y evitar toda posible responsabilidad ante el fracaso de Lizarra: «La paz es prioritaria, es un problema de la sociedad con el Gobierno central y vimos que en el Ministerio de Interior, en algo que podría ser menor como el acercamiento de los presos, por parte del PP se mantienen posturas insospechadamente duras. Aznar no pone toda la carne en el asador, hasta el punto de que nos obliga a salir a la calle compartiendo una pancarta con HB»<sup>152</sup>.

El PNV parecía explicar la enorme atención prestada al PP durante la campaña por los intentos de éste de atacar y demonizar al nacionalismo para, así, tapan su fracaso de no haber aprovechado el tiempo de la tregua. Curiosamente, Arzalluz dio esta explicación, después de haber calificado al PP de facha y franquista, y la redondeó al interpretar el pacto de la anterior legislatura con el PP como un engaño y una utilización del PNV, que no se volvería a repetir<sup>153</sup>. Si Arzalluz hablaba de engaño y demonización, Anasagasti acusaba a Aznar de decir que el PNV prefería la Europa de Kosovo a la del Euro o de compararlo con Haider; en definitiva, de machacar al PNV<sup>154</sup>.

No se quedó atrás Ibarretxe en destacar al PNV en cuanto víctima de la persecución del Partido Popular, al acusar a Aznar de haber convertido a los nacionalistas «en los apestados del nuevo milenio» o al

---

<sup>150</sup> Ver *El Correo*, 7-3-00 (2).

<sup>151</sup> *El Correo*, 8-3-00 (20).

<sup>152</sup> *El Correo*, 7-3-00 (2), entrevista a Anasagasti. Sobre el inmovilismo del PP ver: *El País*, 6-3-00 (25); *Gara*, 6-3-00 (10); *El Mundo*, 6-3-00 (9); *Deia*, 8-3-00 (5); *Deia*, 11-3-00 (2); *Gara*, 11-3-00 (16).

<sup>153</sup> Ver *El Correo*, 28-2-00 (23) y 11-3-00 (18). Anasagasti declaró que Aznar había cumplido la primera parte del acuerdo de investidura (formación continua, renovación del Concierto, telefonía y devolución del patrimonio), pero no la segunda parte, la que afectaba al desarrollo del Estatuto de Gernika (*El Correo*, 28-2-00 (40) y 7-3-00 (20)).

<sup>154</sup> Ver *El Correo*, 7-3-00 (20).

calificar de mentira, barbaridad e indecencia política (en dos ocasiones) la afirmación de Mayor Oreja de que había un reparto de papeles por el que ETA mataba y el PNV votaba<sup>155</sup>, afirmación que Arzalluz radicalizaba al decir: «nos han utilizado, han perseguido sistemáticamente el descrédito del lehendakari en el Parlamento vasco y han lanzado el mensaje de que el PNV está dominado por ETA»<sup>156</sup>.

Arzalluz, que ya había calificado la campaña popular de los primeros días de «sucía, baja y mísera» y advertido de que tenía por objetivo acorralar al nacionalismo<sup>157</sup>, repitió al final que la campaña, efectivamente, había sido sucia, porque al PP le valía todo, incluso el insulto y la mentira, nada parecido a lo que en los primeros años de la democracia había sido el comportamiento de UCD<sup>158</sup>.

La conclusión de esta obsesión por el Partido Popular era que el PNV, escarmentado de su relación anterior, no volvería a poner la otra mejilla. Esta pretensión de Arzalluz de presentar al PNV como el inocente ultrajado venía confirmada por la afirmación de que su presidente se honraba de que el PNV fuese el enemigo oficial del Gobierno<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> Ver *El Correo*, 9-3-00 (24) y 11-3-00 (18). Lo que Mayor Oreja había manifestado en *El Mundo*, 8-3-00 (23), era lo siguiente: «El acta del pacto no es lo que se redacta en Estella, sino que se refleja en el comunicado de ETA del 16 de septiembre de 1998. En ese acuerdo hay un cese indefinido y por parte de los demás existe el acuerdo de optar por la ruptura y la autodeterminación. Y ETA no miente. ETA será cruel, trágica, bárbara, asesina, pero no miente en sus comunicados. El comunicado era muy claro: guerra política a España y Francia, y como contrapartida, el cese indefinido. Cuando se ve que ese frente no tiene fuerza para sustituir a ETA, la fórmula posterior es: ETA a matar y el PNV a votar. El PNV trata de representar a Estella en las urnas. Hasta que el PNV no rompa ese acuerdo blindado con ETA tenemos los demás el derecho y la obligación democrática de denunciar que ahí se está produciendo un reparto de papeles».

<sup>156</sup> *El Correo*, 11-3-00 (18). Más testimonios nacionalistas sobre la identificación, supuestamente hecha por los populares, entre nacionalismo y violencia en: *Deia*, 4-3-00 (4); *Gara*, 5-3-00 (6); *Deia*, 5-3-00 (5 y 12); *El Mundo*, 6-3-00 (9); *Deia*, 8-3-00 (4 y 12); *El Mundo*, 11-3-00 (10). Otros supuestos ataques al PNV en: *Deia*, 5-3-00 (5 y 12); *El País*, 6-3-00 (28); *El País*, 7-3-00 (5); *Deia*, 8-3-00 (12): el PP ataca al PNV, porque éste es el estructurador del País Vasco.

<sup>157</sup> *El Correo*, 1-3-00 (19). En *Deia*, 2-3-00 (5), Arzalluz dice contra los populares: «Está siendo una campaña sucia, pero que no crean que vamos a echar la toalla tan pronto».

<sup>158</sup> Ver *El Correo*, 11-3-00 (18). Anasagasti la calificó de «desmesurada, poco ética y tensionada» (*Deia*, 1-3-00 (5)); campaña de «prensa única y basada en el autoritarismo», campaña sucia que el Gobierno usaba para tapar problemas como los de El Ejido (*Deia*, 2-3-00 (5)). González de Txabarri afirmó que el juego sucio de populares y socialistas rebasaba «todo modelo de confrontación electoral» (*Deia*, 29-2-00 (5)).

<sup>159</sup> Ver *El Correo*, 11-3-00 (18) y 2-3-00 (20).

## 2. Euskal Herritarrok y ETA

La interpretación de que Euskal Herritarrok estaba sometida a los dictados de ETA fue explícitamente manifestada tanto al comienzo como al final de la campaña<sup>160</sup>. En este sentido, González de Txabbarri llegó a calificar a Otegi de «gato domesticado por ETA»<sup>161</sup>. Frecuentemente, por otra parte, las alusiones a EH incluían expresas referencias a ETA, y, aunque no se les tenía por idénticos, sí se les consideraba de manera explícita o tácita suficientemente ligados como para ser tratados de manera conjunta.

A pesar de que EH no se presentó a las elecciones, el binomio EH-ETA ocupó el segundo lugar en la atención del PNV con un 28,61% de la crítica y un 20,10% del total de la campaña.

En relación a EH, hubo, de principio a fin de la campaña, un constante rechazo de su actitud abstencionista. La abstención, interpretada o valorada de diversas maneras, fue el argumento más utilizado contra EH. La misma tenía dos dimensiones, la ausencia de candidaturas de EH a las Cortes, por un lado, y, por el otro, la campaña orientada a pedir y justificar la abstención del electorado.

La primera condena de la abstención se basaba en la necesidad de defender los intereses «vascos» allí donde fuere menester, ya que de lo contrario el lugar abandonado lo ocuparían otros<sup>162</sup>. Este argumento lo mismo servía para desprestigiar a EH por el abandono de tales intereses que para, todo lo contrario, destacar la responsabilidad del PNV, aunque, dicho sea de paso, no era un argumento políticamente nacionalista, que considera todo superfluo, si no se da la libertad nacional.

Egibar destacó otros argumentos contra la abstención y contra la campaña de abstención de EH, que Otegi calificó de solemne tontería y falta de respeto. Para el portavoz del PNV, la decisión abstencionista había sido impuesta por ETA. Por ello, pedía a los simpatizantes de EH que reflexionasen sobre tal decisión carente de libertad. Además, «no se sabe, —añadió—, con qué proyección en el tiempo, (ETA) pretende seguir compatibilizando violencia y política». Esta pretensión era imposible. La construcción nacional de la sociedad vasca no era factible,

---

<sup>160</sup> Ver *El Correo*, 26-2-00 (26), palabras de Egibar; 28-2-00 (23), intervención de González de Txabbarri en Anoeta, y 10-3-00 (27), manifestaciones de I. Anasagasti. También, ver *Deia*, 8-3-00 (12): «Estructura absolutamente dictatorial»; *El País*, 10-3-00 (23): «Absolutamente sometida y tutelada por una organización terrorista»; *Gara*, 10-3-00 (18).

<sup>161</sup> *El Correo*, 28-2-00 (23).

<sup>162</sup> Ver *El Correo*, 25-2-00 (25), manifestaciones de Arzalluz; *El País*, 28-2-00 (19); *Gara*, 28-2-00 (13).

ni social ni políticamente, si se utilizaban los métodos de violencia e imposición. Por otra parte, la llamada al electorado a la abstención se contradecía con lo que durante año y medio se le había dicho por parte del nacionalismo: la necesidad de la participación y de la negociación<sup>163</sup>.

De nuevo unas manifestaciones de Arzalluz sobre el mismo tema dejaron manifiesta su lógica, al considerar que Euskal Herritarrok estaba actuando políticamente con toda «corrección», a pesar de que su censurable abstencionismo ponía «el triunfo en bandeja al ministro de la guerra»<sup>164</sup>. González de Txabarri había matizado que los objetivos de Herri Batasana coincidían con los de Mayor Oreja, porque ambos buscaban el desplazamiento del PNV, es decir, la victoria sobre los «vascos indomables» del PNV. En esta interpretación, EH o HB no trabajaría en beneficio del PP, sino en su propio beneficio, planteando con ello una cuestión de hegemonía o dirección del nacionalismo en general<sup>165</sup>. La interpretación de González de Txabarri dificultaba la estrategia de Arzalluz y sus compañeros de campaña de presentar el problema político vasco como una cuestión contra el nacionalismo, ocultando su, también, dimensión intranacionalista.

La idea fue repetida al día siguiente. Se censuró a EH por la abstención, que ayudaba, «como siempre», a Jaime Mayor Oreja, y en esta ocasión, además, por llevar a los nacionalistas «a las cumbres con proyectos que no tocan tierra», afirmación que no encajaba con la idea de política correcta del día anterior. El presidente del EBB, después de recordar a Otegi que mientras ellos habían «andado al tiro, nosotros hemos estado trabajando», defendió el argumento de seguir buscando representación, hasta no alcanzar la independencia, en Madrid, «zoco moruno», en el que había «más granujas por metro cuadrado que en ningún otro sitio de Europa»<sup>166</sup>.

Ibarretxe no mejoró los argumentos de su director en política al condenar la abstención. Esta era una barbaridad, porque debilitaba al nacionalismo vasco, que, por el contrario, debía «defender con energía su proyecto en todos los lugares». Quienes de verdad querían la abstención, según el lehendakari, eran Mayor Oreja y el Partido Popular<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup> *El Correo*, 26-2-00 (26). La idea de que la abstención significaba ponerse de rodillas ante ETA aparece en *Gara*, 9-3-00 (16).

<sup>164</sup> *El Correo*, 29-2-00 (18).

<sup>165</sup> Ver *El Correo*, 28-2-00 (23), y *Gara*, 28-2-00 (13).

<sup>166</sup> *El Correo*, 1-3-00 (19). Lo mismo en *Gara*, 1-3-00 (18). Críticas a la abstención se encuentran, también, en 5-3-00 (24).

<sup>167</sup> *El Correo*, 5-3-00 (24).

Muchos abertzales no entendían ni por qué se había roto la tregua ni por qué no se presentaba a las elecciones EH. «No votar es perder —dijo Ibarretxe—; es inhibirse»<sup>168</sup>.

Una valoración parecida de la abstención la hizo Anasagasti. Preguntado sobre si la abstención favorecía al PNV, respondió: «Me hubiera gustado la presencia de EH. Es más, ¡ojalá nos hubiéramos presentado todos con un planteamiento de defensa de cosas muy concretas! Pero para esto era condición *sine qua non* la desaparición de ETA. Favor nos harían las gentes de HB si nos votaran, pero forman un grupo muy disciplinado y no les veo por la labor de darnos su apoyo»<sup>169</sup>. La razón de no concurrir a las elecciones estaba, según el candidato del PNV, en el previsible descenso de votos de las candidaturas de EH por culpa de los atentados de ETA<sup>170</sup>. Esta misma interpretación la hizo Arzalluz tanto al comenzar como al finalizar la campaña. Según ésta, EH había optado por la abstención, porque sabía que ETA iba a volver matar y no quería perder los 80.000 votos, que ganó con la declaración de la tregua<sup>171</sup>. Con anterioridad, Anasagasti había animado a votar a todos los nacionalistas, aunque fuesen radicales, ya que «la abstención logrará que Mayor Oreja gane esta batalla y eso sería terrible porque es el ministro de la guerra, el único que no quiere la paz y eso no se puede permitir»<sup>172</sup>.

Otras cuestiones relacionadas con EH se referían a la reacción del público nacionalista ante el vídeo electoral del PNV. Así como la aparición de los líderes nacionalistas fue recibida con aplausos y vítores, y la del PP con gritos de ¡fuera!, ¡fuera!, la aparición en el mismo de líderes de EH fue recibida con silencio<sup>173</sup>. Esta actitud silenciosa, explicada probablemente por la ausencia de opinión de los dirigentes peñevistas presentes en el acto, contrastaba con la que manifestó el lehendakari, pocos días más tarde, al sentirse profundamente defraudado por sus antiguos socios parlamentarios. Según ésta, el pacto de legislatura se había firmado de buena fe, con la idea de que era el camino de

---

<sup>168</sup> *El Correo*, 6-3-00 (18). En *El Correo*, 7-3-00 (21), se repiten estas consideraciones sobre la abstención, añadiendo que el PSOE es también beneficiario de la misma.

<sup>169</sup> *El Correo*, 7-3-00 (20). Arzalluz, por el contrario, esperaba que buena parte de esos sufragios fuesen a las arcas del PNV (*El Mundo*, 28-2-00 (8)).

<sup>170</sup> Ver *El Correo*, 7-3-00 (21).

<sup>171</sup> Ver *El Correo*, 28-2-00 (23) y 10-3-00 (22); *El Mundo*, 28-2-00 (8), y *El País*, 28-2-00 (19).

<sup>172</sup> *Deia*, 27-2-00 (25). Otros lugares de la campaña, donde se rechazó la abstención en *Gara*, 5-3-00 (6); *Deia*, 5-3-00 (4); *El Mundo*, 5-3-00 (10); *Deia*, 7-3-00 (4 y 5); *El País*, 9-3-00 (24); *Gara*, 9-3-00 (16).

<sup>173</sup> Ver *El Correo*, 28-2-00 (23).

la paz. Un abismo separaba ahora a ambas agrupaciones políticas. Aunque la responsabilidad única era de ETA, Ibarretxe afirmaba que no se podía hacer reflexiones en común, si no se decía que se respetaba la vida. En un ambiente de violencia era imposible debatir cuestiones políticas<sup>174</sup>.

No obstante el abismo de separación entre ambas agrupaciones, Ibarretxe destacaba que muchos abertzales de EH apostaban por la política y no por la violencia. Eran los que, juntamente con el Gobierno Vasco, no entendían por qué ETA había roto la tregua y había vuelto a matar<sup>175</sup>. Eran los que votarían en las elecciones, según Anasagasti, porque no estaban de acuerdo con la violencia<sup>176</sup>.

A cargo de Arzalluz quedó recuperar el orgullo del PNV ante la petición de Otegi de que definiera su postura política: o abertzale o españolista. «Este quién es —manifestó— para decirle al PNV que tiene que ir con el abertzale, si el abertzale es el PNV? ¿Ellos qué son? Unos radicales que creyeron que nosotros íbamos por un camino equivocado porque somos gentes de paz»<sup>177</sup>.

Las diferencias y semejanzas del PNV con HB las describió pausadamente Anasagasti en una entrevista, en la que respondió a las acusaciones de que el Partido Nacionalista Vasco unía paz con construcción nacional y de que estaba en la red soberanista de HB. La respuesta, que consideraba injustas las acusaciones, confirmaba la postura peneuvista ante EH en términos, que repetían uno de los disparates políticos y morales más utilizados por el nacionalismo, el de la posibilidad de separar legítimamente el fin de los medios utilizados: «...El Partido Nacionalista Vasco tiene más de 100 años de historia, está antes que nadie. La relación con EH es complicada, porque nosotros seguimos condenando sin ambigüedades la violencia y la «kale borroka» y ellos siempre hacen distingos. No obstante, nos oponemos a su exclusión política y social. Hay que mirar si la actual HB tiene algo que ver con la de hace dos años. La de ahora ha apostado por vías políticas. Es difícil librarse del mundo en el que se encuentran, pero al final ganarán la batalla. En cualquier caso, en el PNV basamos la estrategia en el voto, el convencimiento y la palabra, no admitimos ni que ETA ni HB impongan sus modelos. Podremos coincidir en los fines, pero no en los mo-

---

<sup>174</sup> Ver *El Correo*, 3-3-00 (20). Semejante información en *Deia*, 3-3-00 (4). La desilusión de Ibarretxe aparece también en *Gara*, 3-3-00 (22); *El Mundo*, 5-3-00 (10).

<sup>175</sup> Ver *El Correo*, 7-3-00 (21).

<sup>176</sup> Ver *El Correo*, 9-3-00 (24).

<sup>177</sup> *El Correo*, 6-3-00 (18).

dos ni en los tiempos»<sup>178</sup>. Estas manifestaciones, que en lo esencial manifestaban la postura oficial del PNV ante EH, concordaban con la petición de «arroje», que el mismo candidato hacía al Partido Popular y Euskal Herritarrok<sup>179</sup>.

Ahora bien, el comunicado de ETA, ya al final de la campaña, sobre el asesinato de Buesa, que mereció el respaldo de EH, pondría de manifiesto cierta disparidad entre el criterio de Anasagasti y la línea oficial del partido, que muy pronto sería solventada. «Que EH avale ese comunicado y la muerte (sic) y los insultos hacia Buesa es absolutamente incomprensible», manifestó Anasagasti. Con ello HB había demostrado que seguía sometida a una ETA, cuyos esquemas eran de hacía cuarenta años. Una conclusión se imponía: «...cambiar de estrategia entre todos», ya que EH había adoptado una postura radicalmente contraria a la que había seguido hasta el comunicado de ETA. «Cuando el lehendakari pacta con EH, añade, pacta la ausencia definitiva de la violencia, y en este momento está hablando la violencia. Es un cambio cualitativo total». El PNV no estaba dispuesto a seguir a los iluminados de ETA y su pretensión de dirigir la política vasca. Una vez celebradas las elecciones, Anasagasti pensaba que «todo se tendrá que replantear»<sup>180</sup>.

Hechas estas manifestaciones a la Cope, Anasagasti se vio obligado a explicar el significado de las mismas. Estas no habían querido ser el anuncio de una ruptura con EH, lo cual habría ido en contra de la línea oficial del partido, sino el «llamamiento a todos los partidos para reflexionar y superar esta situación». La necesidad de buscar nuevos apoyos parlamentarios (y aquí se decía que el pacto con EH estaba roto) estaría sujeta también «a los planteamientos de otros partidos políticos, y yo creo que aquí se pueden dar cambios múltiples, no sólo en el PNV, sino también en otros partidos»<sup>181</sup>.

Por lo que respecta a ETA, los testimonios manifestaban el repudio y la negación de cualquier acuerdo pasado o presente con ETA<sup>182</sup>. Egi-

---

<sup>178</sup> *El Correo*, 7-3-00 (20). *Gara*, 5-3-00 (6), recoge también diferencias y semejanzas. Defensa de una estrategia favorable a la integración de EH en instituciones en *El País*, 6-3-00 (26); *Gara*, 7-3-00 (17): «No renunciaremos a la colaboración entre abertzales» (Egibar).

<sup>179</sup> Ver *El Correo*, 10-3-00 (22).

<sup>180</sup> *El Correo*, 10-3-00 (27).

<sup>181</sup> *Ibidem*.

<sup>182</sup> Ver *El Correo*, 29-2-00 (18) y 1-3-00 (19), donde es Arzalluz el que afirma: «No tenemos ningún acuerdo con ETA ni lo hemos tenido nunca». En *Gara*, 7-3-00 (17), Egibar habla de relación epistolar con ETA, pero sin mediar acuerdo. Sobre el rechazo de ETA ver, además de lugares citados en texto, *Deia*, 8-3-00 (4 y 12); *El País*, 9-3-00 (24 y 25).

bar dijo, incluso, que «desgraciadamente no hemos firmado ningún acuerdo con ETA»<sup>183</sup>.

La argumentación utilizada para condenarla era variada. Una línea de argumentación destacaba el provecho político, que el PP sacaba de la existencia de ETA. Era ella la que había encumbrado al ministro del Interior, que de no ser por ella «sólo sería un ingeniero agrónomo». No obstante, Anasagasti, a quien se deben estas últimas palabras, aseguraba que la desgracia del país no era Mayor Oreja, sino ETA<sup>184</sup>.

Otro argumento destacaba la inutilidad de la violencia para liberar al País Vasco y la deslegitimación de las ideas nacionalistas que provocaba. Así, por ejemplo, Arzalluz manifestó que «crcer que la violencia es el medio para liberar este país es estar haciendo el ridículo»<sup>185</sup>.

La inutilidad de la violencia se manifestaba, también, en el fracaso de la misma para hacer cambiar de postura al PNV o al mismo Gobierno central. Calificada ETA como residuo del franquismo, Anasagasti manifestó como voluntad política de su partido la decisión de eliminar semejante legado de Franco<sup>186</sup>.

La condena de la violencia en cuanto negación de la vida aparece con claridad en el texto del EBB, que más arriba se ha mencionado, en el que se decía que ETA con sus asesinatos atentaba contra lo primero y más importante, el derecho a la vida, aunque también atentaba contra el diálogo, contra la Declaración de Lizarra, contra la política nacionalista seguida desde Lizarra, contra la construcción democrática y la construcción nacional<sup>187</sup>. Posteriores declaraciones, v.g. las palabras de Ibarretxe, que siguieron al atentado de ETA contra una patrulla de la Guardia Civil en San Sebastián, unían peligrosamente el respeto a la vida y el respeto a la sociedad vasca. «Este no es el camino —dijo en referencia al atentado—. Hay que hablar, dialogar; pero no se puede matar. Tenemos que respetar la vida, tenemos que oír y respetar a la sociedad vasca»<sup>188</sup>.

El mismo atentado hizo que el alcalde de Bilbao, Iñaki Azkuna, destacara lo que significaba en cuanto ataque a «la confrontación libre y pacífica de ideas, el máximo exponente de la democracia». De ahí

<sup>183</sup> *Gara*, 28-2-00 (13).

<sup>184</sup> *El Correo*, 2-3-00 (20).

<sup>185</sup> *El Correo*, 4-3-00 (24), y *El País*, 9-3-00 (24).

<sup>186</sup> Ver *El Correo*, 8-3-00 (20), y *Deia*, 8-3-00 (4).

<sup>187</sup> Ver *Deia*, 25-2-00 (5).

<sup>188</sup> *El Correo*, 8-3-00 (24). Los heridos por el ataque de ETA con un coche bomba contra una patrulla de la Guardia Civil en Donosti fueron ocho (ver *El Mundo*, *Deia* y *Gara* del 7-3-00 (1)).

que, además de condenarlo, pidiese a los bilbaínos su confianza en la democracia y la participación en las elecciones para respaldar las vías democráticas<sup>189</sup>.

Arzalluz acusó a ETA de mentir por afirmar en su comunicado que tanto el PNV como EA no habían respondido de manera directa y concreta a la propuesta que les hizo llegar en julio de 1999. Sólo habrían respondido con descalificaciones carentes de fundamento, lo que supuso la razón del abandono de la tregua. ETA apoyaba la abstención y criticaba a los dos partidos nacionalistas por presentarse a las elecciones, pero el presidente del PNV trataba de salvar la independencia de su partido con la afirmación de que «van dados», si quieren imponer los etarras sus proyectos al PNV<sup>190</sup>.

Fue Egibar, en cuanto portavoz del PNV, el que expresamente contestó al comunicado de ETA en una rueda de prensa convocada al efecto. El comunicado atacaba de manera frontal y directa el esquema de solución del «conflicto político» que el Pacto de Lizarra proponía, Pacto que el PNV no pensaba abandonar, a pesar de que no se habían cumplido los dos objetivos para los cuales se creó, el fin de la violencia y la incorporación de HB a la vida democrática. El Partido Nacionalista Vasco seguía pensando que la estrategia iniciada era válida y que, por consiguiente, la sociedad no tenía «que rebajar ni relajar su trabajo y tensión en pos de un proceso político y de paz». Egibar destacó, además, que la intervención de ETA desplazaba «a EH de la acción política y democrática autónoma» y demostraba un desprecio absoluto a los derechos humanos y al sentir mayoritario de la sociedad vasca. Su irrupción en la campaña había sido antidemocrática «no sólo con acciones, que es lo más grave, sino con proclamas abstencionistas». El PNV, seguía el portavoz, observaba con preocupación el inaceptable análisis «impositivo» de ETA, en el que se inventaba una realidad, faltaba realismo, faltaba humildad y sobraba soberbia, todo lo cual llevaba a ETA a «la interpretación única de la realidad». ETA debía ser consciente y responsable de decisiones y acciones, que, tras la ilusión producida por la tregua, cortaban en seco la posibilidad de buscar soluciones políticas y democráticas. Tal actitud de ETA debía «tener respuesta en las urnas». Egibar rechazó la acusación de cobardía dirigida contra el Partido Nacionalista Vasco e Ibarretxe añadiendo que si había algo que descalificaba al presunto valiente era «la exhibición y uso de pistolas y bombas». A diferencia de ETA, se concluía, el PNV sólo utilizaba como

---

<sup>189</sup> *El Correo*, 8-3-00 (24).

<sup>190</sup> Ver *El Correo*, 9-3-00 (24).

«armas sus proyectos, la persuasión y el voto. ETA no puede decir lo mismo»<sup>191</sup>.

Según Anasagasti, ETA había desvirtuado la campaña con sus atentados. No se podía tolerar que, así como antes Franco no dejaba votar, ahora fuese ETA la que no permitía hacerlo<sup>192</sup>.

Una nota de la ejecutiva del PNV, posterior a la intervención de su portavoz, volvía a repetir prácticamente lo dicho por éste: el rechazo de la tutela de una organización armada; la calificación de los atentados de absolutamente rechazables y condenables; la interpretación de que ETA y sus acciones eran «el gran obstáculo para la normalización política y social del país» y la acusación de haber frustrado la ilusión y la esperanza. La nota, además, añadía que el PNV había contestado a la propuesta de ETA de celebrar unas elecciones para un «parlamento nacional» con un claro «no». La conclusión establecía: «ETA sobra y estorba. Su única aportación a esta sociedad será su desaparición»<sup>193</sup>.

La repetición en el acto final de la campaña, con intervenciones de Arzalluz e Ibarretxe, de los principales argumentos utilizados por el PNV contra ETA, demostraba la utilización partidista y electoralista de la violencia. Para el PNV la violencia daba la razón al «enemigo», fundamentalmente al PP, y era un argumento más, un cañonazo más, contra el PNV. Parecía decirse que el PNV era la principal víctima de la violencia y de la estrategia de ETA. Arzalluz insitió en el uso de la

---

<sup>191</sup> *El Correo*, 9-3-00 (30). Ver, también, *El País*, 9-2-00 (24) y (4), donde González de Txabarrí dice: «En realidad se trata de un pulso por el poder que ha lanzado ETA al PNV desde su propia debilidad... (...) ...ETA está señalando con el dedo a los militantes del PNV... (...) ...nosotros no los aireamos (los intentos de ETA contra el PNV)»; *Gara*, 9-3-00 (14) y (16), donde se lee: «En este comunicado se plantea una estrategia poli-mili. Hay alguien que ha cogido algún libro de anticuario al redactar ese comentario. A mí me ha rejuvenecido. Esa es la ETA de antes de la Mesa de Alsasua. Esos términos... es irnos veintitantos años atrás. ¿Para qué hemos hecho este trabajo de los últimos dos años? El PNV se ha exigido a sí mismo un esfuerzo titánico en este proceso. Dentro de casa ha habido que hacer un esfuerzo sobrehumano en muchas ocasiones, para enfocar y dirigir la acción política del colectivo social y político más importante y más amplio de este país; para orientar decisivamente un proceso político, que es ilusionante y que tiene la posibilidad de dar un salto cualitativo de cara al futuro, una posibilidad de cerrar un proceso histórico lamentable. Y estos días, con los atentados y con el comunicado de ETA, nos llevan en el túnel del tiempo más de veinte años atrás. Por eso estamos pidiendo insumisión a ETA. Esta es una campaña completamente atípica, donde tenemos la oportunidad de poner a ETA en su sitio y mandarla electoralmente al baúl de la historia y, también democráticamente, colocar a Mayor Oreja en la minoría donde le hemos puesto en los últimos veinte años»; *El Mundo*, 9-3-00 (8); *Deia*, 9-3-00 (22).

<sup>192</sup> Ver *El Correo*, 10-3-00 (22).

<sup>193</sup> *El Correo*, 10-3-00 (27). También, *El País*, 10-3-00 (23); *Deia*, 10-3-00 (21); *Gara*, 10-3-00 (18).

mentira por parte de ETA contra el PNV en la línea de lo que había dicho la nota del EBB y, también, en que estaba «dando la razón al enemigo, y digo enemigo y no adversario, porque nos quieren liquidar», afirmación belicista, que no se corresponde de ninguna manera con la idea de Anasagasti de que Arzalluz era «factor de moderación dentro del PNV»<sup>194</sup>.

Ibarretxe, por su parte, presentó a su partido en el centro de los ataques de todos los demás, extremando el argumento, se puede añadir, del «enemigo». Este ya no sería particular e individual, sino casi universal. Españoles y abertzales radicales, según esto, habrían hecho una campaña contra el PNV. Era una forma, la forma negativa, de llamar a toda la militancia, electorado y simpatizantes a cerrar filas en torno al partido y su dirección. Ibarretxe, que pedía respeto a la vida, para poder discutir proyectos políticos, interpretó así las elecciones: «todos los cañones han tirado contra el PNV: ETA matando, EH con la abstención, y el PSOE y el PP tratando de mezclar nacionalismo y violencia e intentando generar odio en una sociedad que necesita ilusión»<sup>195</sup>.

Todo este tratamiento de la violencia no se correspondía con la rotundidad, con la que parece que se dijo en otras ocasiones que «ninguna idea, por hermosa que sea, vale la vida de un ser humano» o que lo primero era el respeto a la vida y «después (vendría) todo lo demás»<sup>196</sup>.

### 3. Partido Socialista de Euskadi-PSOE

A diferencia de lo que ocurrió con el Partido Popular, el Partido Socialista fue muy poco tenido en cuenta en el debate electoral. Como más arriba se ha indicado, sólo el 8,23% de la atención a partidos estuvo dirigida al PSE-PSOE, es decir, el 5,78% de la campaña.

Los actos, que siguieron al asesinato de Buesa, fueron el instrumento más utilizado por el PNV en sus críticas antisocialistas, que, en su mayor parte, coincidían con las hechas al Partido Popular. La responsabilidad, según esto, de la imagen de división social, crispación y polémica causadas en la manifestación era fundamentalmente de los socialistas, a los que de manera específica se les atribuyó una actitud de deslealtad con las instituciones democráticas por haberse manifes-

<sup>194</sup> *El País*, 9-3-00 (25).

<sup>195</sup> *El Correo*, 11-3-00 (18). Ver, también, sobre ETA: *Deia*, 8-3-00 (4 y 12); *El País*, 9-3-00 (24 y 25).

<sup>196</sup> *Gara*, 3-3-00 (22), y *Deia*, 10-3-00 (4), palabras de Iñaki Anasagasti.

tado con pancarta diferente a la que se presentó en la convocatoria oficial del lehendakari. Ante un acto institucional, unitario e integrador, populares y socialistas habían actuado de mala fe introduciendo elementos distorsionadores. El portavoz del Gobierno Vasco, Imaz, comparó la actitud de socialistas y populares con la mantenida por EH en la manifestación del 15 de enero, en la que se manifestó con lema distinto del que llevaron los demás integrantes del Pacto de Lizarra. La crítica de Imaz calificó de sin sentido el discurso del socialista Javier Rojo una hora más tarde de que lo hubiese hecho el lehendakari, ya que la manifestación no tenía más que un único convocante. Por otra parte, si bien el discurso de Ibarretxe había sido, según él, «integrador, por la paz, contra ETA y por la pluralidad», el de Rojo, por el contrario, contenía «elementos partidistas»<sup>197</sup>.

No es cuestión de repetir las acusaciones contra los socialistas, dichas también contra los populares, que se recogen más arriba. Basta recordar cómo comentarios posteriores interpretaron la conducta socialista y popular como hecha por profesionales y como parte de una planificación orientada a fracturar y crispas a la sociedad vasca, de la que habrían dejado constancia determinadas supuestas palabras de la socialista Rosa Díez. En Vitoria se habría tratado de humillar al nacionalismo y de atribuirle responsabilidades<sup>198</sup>.

Si bien el resto de las acusaciones contra los socialistas fueron pocas, tuvieron, sin embargo, gran calado. Además de considerarlos «monaguillos» del PP, se les hizo responsables de que la parte social del Estatuto no se hubiese desarrollado, mientras Almunia fue ministro de Administraciones Públicas. Por otra parte, ante el distinto tratamiento de la violencia, la vía policial de los populares o el diálogo de los nacionalistas del PNV, los socialistas mirarían para otro lado, según Arzalluz. Pero lo más grave y gratuito lo dijo Ibarretxe, al afirmar que los socialistas, junto con los populares, mezclaban nacionalismo y violencia e intentaban crear odio en la sociedad vasca<sup>199</sup>.

Sin embargo, alguna expectativa o intención electoral o pretensión de desprestigiar a los populares había en relación a los socialistas, cuando Arzalluz defendía consensuar fórmulas de paz con el PSOE,

---

<sup>197</sup> *El Correo*, 28-2-00 (15). Imaz no explicó el por qué de los gritos nacionalistas más a favor del lehendakari que en contra de ETA.

<sup>198</sup> Ver *El Correo*, 29-2-00 (18).

<sup>199</sup> Ver *El Correo*, 5-3-00 (24); 7-3-00 (20); 11-3-00 (18). En *Deia*, 3-3-00 (4), Ibarretxe aparece diciendo con anterioridad: «No podemos permitir que nadie mezcle nuestras ideas con la violencia o que somos conniventes con la violencia, porque nosotros somos nacionalistas, pero demócratas».

aunque no ganasen las elecciones, ya que, en cualquier caso, con Gobierno socialista o sin él, el PSOE se iba a despegar «de esa situación»<sup>200</sup>. En este sentido Arzalluz declaró: «Estamos deseando que pasen las elecciones porque estoy seguro de que los socialistas volverán otra vez a un camino mucho más lógico, para encontrar fórmulas conjuntas de ir caminando hacia la paz, sin el PP si hace falta»<sup>201</sup>. Apoyaba su seguridad en el supuesto reconocimiento de Almunia de la validez del plan de Ardanza como punto de partida.

Semejantes observaciones pueden hacerse a las declaraciones de Anasagasti por los «continuos guiños» del PNV al PSOE: «Hay que recordar que en el PSOE Felipe González acabó su período presidencial teniendo un mediador internacional: Pérez Esquivel. Le veo a Almunia más propicio a hacer movimientos, a tomar temperaturas, a hacer cosas porque capta mejor que el PP que el tema de la violencia no se va a resolver si no hay discusión, negociación y diálogo político. Pero tampoco nos engañemos, porque el PSOE no es la madre Teresa de Calcuta...»<sup>202</sup>. El mismo Anasagasti ya había manifestado que «si el Partido Socialista ganase, sería mucho mejor para todos»<sup>203</sup>.

#### 4. Eusko Alkartasuna

No existió este partido electoralmente hablando más que para recordar a los votantes que no se podía perder ni un sólo voto nacionalista, ya que había que evitar a toda costa que el Partido Popular sacase mayoría absoluta. Como EA no tenía posibilidades de sacar un escaño por Bizkaia, según Anasagasti, sus 40.000 votos irían a la basura. El argumento se utilizó al final de la campaña, lo que sugiere que el silencio anterior obedecía a las necesidades argumentales del PNV de presentar al Partido Popular empeñado en una estrategia general antinacionalista,

<sup>200</sup> Ver *El Correo*, 29-2-00 (18). También *Gara*, 1-3-00 (18).

<sup>201</sup> *El Mundo*, 29-2-00 (9).

<sup>202</sup> *El Correo*, 7-3-00 (20).

<sup>203</sup> *El País*, 6-3-00 (28). En el programa *El Farol*, de Radio Bilbao, Anasagasti y Benegas mostraron más puntos de acuerdo que diferencias; la ausencia de Mayor Oreja le permitió calificarla como «desprecio olímpico» al problema vasco (*El País*, 7-3-00 (1)); *Deia*, 10-3-00 (12) recoge su preferencia por Almunia en la Moncloa. Como el sondeo del CIS no apoyaba tales preferencias, Anasagasti comentó de manera muy propia de su presidente de partido que «tenemos una información de Madrid que nos dice que la encuesta que ha hecho pública el CIS y que da cinco puntos de diferencia al PP está inflada y que hay un empate técnico entre el partido de Aznar y el Partido Socialista. El PP no tiene motivos para el triunfalismo; tengo información de que están muy nerviosos, porque el efecto IU-PSOE les puede afectar muy directamente» (*El Correo*, 4-3-00 (25)).

que para ser más creíble obligaría a (o más bien recomendaría) aparentar la unidad del nacionalismo más allá de la realidad<sup>204</sup>.

Lo mismo argumentó J. Erkoreka: «Yo no voy a decir nada en contra de EA aunque ellos nos critiquen. Pero lo que es cierto es que para que Eusko Alkartasuna consiga un diputado en Bizkaia tendrían que conseguir doblar el número de votos que poseen en la actualidad, lo que es bastante difícil. En cambio, al Partido Nacionalista Vasco le bastaría con la mitad de esos votos para lograr el cuarto diputado en Bizkaia, por lo que en estos momentos votar a EA en Bizkaia es perder un voto»<sup>205</sup>. De todos modos, *Deia* acusó a Sabin Arana de hacer publicidad electoral «con sello y dinero de la Diputación de Bizkaia. ¡Qué feo!»<sup>206</sup>.

## LA CAMPAÑA DE EUSKO ALKARTASUNA

### Datos básicos

La información periodística de la campaña de EA fue cuantitativamente bastante más reducida que la del PNV. Sólo alcanzó las 724 unidades, es decir, el 40% de la del PNV. Con ello se repetía el mismo fenómeno de otras campañas. La imagen del partido ocupó el 49,44%, mientras que la crítica a los partidos alcanzó el 50,55% restante. En este caso la estrategia electoral negativa quedó prácticamente al mismo nivel que la presentación del proyecto político, lo que contrastaba radicalmente con lo ocurrido en la campaña del PNV.

La imagen se elaboró a base de ideología nacionalista con sus clásicos contenidos de autodeterminación, independencia, nuevo marco jurídico-político de convivencia, autonomía y la cuestión de Navarra (o las relaciones entre Euskadi y Navarra). Esto ocupó el 24,44% de la campaña, una cota muy elevada si se compara con el PNV, lo que representaba el 49,44% de la imagen de partido. La estrategia de la paz o lucha antiterrorista (9,66% y 19,55%, respectivamente), la justificación de la petición del voto (4,69% y 9,49%) y otras cuestiones (paro, empleo, mujer y traslado del «Gernika») (10,63% y 21,50%) completaron la presentación electoral de EA. A todo ello hay que añadir la información del contenido del programa, hecha directamente por la prensa, y

---

<sup>204</sup> Ver *El Correo*, 10-3-00 (22).

<sup>205</sup> *Deia*, 7-3-00 (1)

<sup>206</sup> *Deia*, 7-3-00 (11).

que alcanzó una extensión prácticamente idéntica a la dedicada con el mismo fin al programa del PNV.

El binomio EH-ETA ocupó la preferencia crítica de los políticos de EA alcanzando el 19,06% y 37,70% respectivamente. La mayor parte de esta atención recayó sobre ETA con el 15,74% y 31,14%. A poca distancia se situó el PP con un 17,67% del total de la campaña y un 34,97% de la crítica. Según esto, si se separa a EH de ETA, también en la campaña de Eusko Alkartasuna, los populares ocuparon las preferencias de los nacionalistas. El tercer lugar lo ocupó el PNV con una atención del 8,97% y 17,75%. El último lugar fue para el Partido Socialista con un 4,83% y un 9,56%. Izquierda Unida no fue tenida en cuenta.

La prensa sólo recogió la participación de 7 políticos de EA: Beñoña Errazti, 8 intervenciones; S. Arana, 6; B. Lasagabaster, 5; C. Garaikoetxea, 5; M. Mintegi, 2; G. Knörr, 1 y S. Intxaurrega, 1.

## El desarrollo de la campaña

### A) *La imagen del partido o proyecto político*

#### 1. El contenido nacionalista

La coherencia discursiva, que, con otro sentido, EA se atribuía como signo distintivo ante los demás nacionalismos<sup>207</sup>, no se aprecia en la presentación de sus tesis nacionalistas. Estas, más bien, parecían recetas propagandísticas que afirmaciones integradas en un discurso lógico. Tal vez, remitían al oyente la estructuración, *ad libitum*, de sus máximas políticas, o, tal vez, la reducida información periodística dificultaba ver objetivamente el entramado de sus proposiciones. La cosa resulta llamativa, porque las campañas anteriores de EA fueron, al margen de sus resultados, las más estructuradas y las mejor trabadas.

Frente a una cantidad insignificante en el caso del PNV, los temas nacionalistas ocuparon casi una cuarta parte de la campaña de EA y la mitad de su proyecto político. Su definición ideológica independentista, formar un Estado dentro de Europa, y socialdemócrata («la socialdemocracia vasca, impregnada de ecología») fue desarrollada un tanto en su dimensión nacionalista<sup>208</sup>, dentro de un programa cuyos

---

<sup>207</sup> Ver *El Correo*, 3-3-00 (20) y 6-3-00 (20). La coherencia se refiere a la continuidad en rechazar la violencia, defender el independentismo y mantener lo mismo en todos los foros.

<sup>208</sup> Ver *El Correo*, 5-3-00 (26) y 6-3-00 (20).

ejes fundamentales no eran tan ambiciosos, políticamente hablando, como los últimos fines del partido: «Autogobierno, defensa del Concerto Económico, un nuevo marco jurídico y, sobre todo, la pacificación»<sup>209</sup>. El Consejero de Justicia, Intxaurreaga, recordaría en la campaña que EA no sólo era nacionalista, sino independentista y socialdemócrata desde su origen<sup>210</sup>.

El tema político preferido fue el de la autodeterminación. La propuesta exigía dar la palabra a la ciudadanía vasca. España y el País Vasco debían resolver la «articulación democrática dando la palabra a los hombres y mujeres de nuestro país». La profundización democrática constituía la base para sustentar el nuevo marco político. No había que inventar ningún procedimiento, porque, según palabras de Sabin Arana, los modelos de Irlanda y Quebec ya habían establecido el método a seguir<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> *El Correo*, 11-3-00 (22).

<sup>210</sup> Ver *Deia*, 29-2-00 (5). Sobre la Dieta vasconavarra y la independencia, *Gara*, 28-2-00 (15): «Consideramos que el debate sobre el marco jurídico político tiene que desarrollarse aquí. No obstante, cada momento histórico tiene su dinámica, su estatus jurídico político, y creemos que es el momento de abordar ese nuevo marco y de hacerlo entre todos. La propuesta de EA combina, por una parte, la realidad y, por otra, nuestros objetivos finales, que se resumen en la independencia en Europa. Dentro de esa realidad, combina las dos cuestiones claves: soberanía y territorialidad. Se trata de esbozar lo que es factible. Nosotros no solemos escondernos en la ambigüedad, ni decimos una cosa aquí y otra allá, ni en función de las circunstancias peores o mejores. Nos pareció que teníamos que presentar el esbozo de cuál puede ser nuestro planteamiento, aunque somos conscientes de que esto requiere un debate en profundidad, de que esto requiere ponerse de acuerdo entre todos, pero nuestra propuesta sería en esta dirección. Nos pareció leal con todo el mundo hacer llegar esas líneas generales». Sobre la compatibilidad del nuevo marco político con el desarrollo del Estatuto, *ibidem*: «No está reñido lo uno con lo otro, no es incompatible. Reivindicar lo que falta, la lealtad a aquel espíritu del Estatuto, no es incompatible con ese nuevo impulso porque, en la medida en que tengamos un cierto acervo, cuantas más cuestiones de autogobierno tengamos conseguidas, eso que tenemos por delante. Cuanto más tengamos, más fácil nos será adquirir ese nuevo marco jurídico político. Además, defendimos en su momento el Estatuto, pero siempre hemos dicho, y lo dice el Estatuto, negociamos en su momento sin perjuicio de los derechos históricos que tiene este país». Ambas citas son declaraciones de Begoña Lasagabaster, para quien el autogobierno consistía en «obtener soluciones propias a problemas propios». Sobre la independencia ver: *Deia*, 4-3-00 (10); *Gara*, 6-3-00 (12), donde Garaikoetxea dice: «Vamos a Madrid a decir lo mismo que decimos aquí: que no somos españoles ni franceses y que Euskal Herria es nuestra única patria»; *Deia*, 10-3-00 (5); *Gara*, 10-3-00 (23).

<sup>211</sup> Ver *El Correo*, 27-2-00 (40). Sobre la autodeterminación, Begoña Lasagabaster manifestó en *Gara*, 28-2-00 (15): «Hemos defendido el derecho de autodeterminación en multitud de ocasiones en la tribuna de la Cámara de Madrid. Fue una de las cuestiones que planteamos en el debate de investidura de Aznar. Está en todos los programas, estatutos y ponencias políticas de EA. No lo decimos ahora, incluso hemos llegado a pactar ese com-

Los intereses que la presidenta del partido prometía defender en Madrid eran, precisamente, un cambio jurídico-político y la autodeterminación<sup>212</sup>. Esta, la palabra y la decisión del pueblo, era la que ETA negaba al utilizar «a su antojo la vida ajena»<sup>213</sup>.

El proceso desde la autonomía hasta la independencia fue explicado o confundido en estos términos: «...Propugnamos ir hacia un nuevo marco, pero el asunto es progresivo y en el ínterin exigimos que se cumplan las deudas. ¿En cuánto tiempo se debe articular otro marco? En uno, dos o cinco años se puede proponer un referéndum y con lo que salga, tirar otro período hasta que las autoridades noten un cambio»<sup>214</sup>. A estas palabras, que más bien parece que hay que interpretarlas en broma, seguía la disparatada afirmación de que, aunque no estaba decidido, la mayoría exigible en el referéndum era la mayoría simple.

No se sabe con exactitud si el referéndum de la autodeterminación era un instrumento a ejercitar únicamente ante el dilema de la independencia o la continuidad en la unión política, o si también debía jugar alguna función ante objetivos más modestos. El caso es que, de momento, la aspiración del partido era articular un nuevo marco de convivencia, que superara el Estatuto y se integrara con normalidad en la Unión Europea. Así lo manifestó el cabeza de lista por Alava<sup>215</sup>. La presidenta del partido manifestó más sencillamente que se pensaba defender en Madrid un cambio jurídico-político<sup>216</sup>. Estos cambios debían

---

promiso recientemente con ERC, en el acuerdo de Iruñea. Para la próxima legislatura hay dos cuestiones claras que vamos a plantear: la autodeterminación, el ejercicio de este pueblo a decidir lo que quiera, y la pacificación. No apoyaremos a ningún gobierno que no vaya en esa dirección. Lo decimos antes del 12-M, para que todo el mundo tenga clara cuál va ser nuestra actuación política». Ver, también, *Gara*, 5-3-00 (6); *Gara*, 6-3-00 (12); *Gara*, 11-3-00 (18): «No vamos a Madrid a mendigar, sino a exigir la autodeterminación» (Errazti).

<sup>212</sup> Ver *El Correo*, 6-3-00 (18). En *El Correo*, 11-3-00 (22), B. Errazti dice: «No vamos a Madrid a mendigar, vamos a exigir la autodeterminación y todo lo que haga falta para Euskal Herria».

<sup>213</sup> *El Correo*, 8-3-00 (24).

<sup>214</sup> *El Correo*, 6-3-00 (20).

<sup>215</sup> Ver *El Correo*, 4-3-00 (24). En *El Correo*, 3-3-00 (20), B. Lasagabaster destacó la necesidad de una mayor participación de las comunidades autónomas en la Unión Europea ante la mala actuación del Gobierno central.

<sup>216</sup> Ver *El Correo*, 6-3-00 (18). También Sabin Intxaurreaga defendió el nuevo marco jurídico-político, que debería servir para integrar en un solo Parlamento a los tres territorios de Euskal Herria (*Deia*, 29-2-00 (5)). Así explicó Mikel Irujo la idea de una dieta vasconavarra: «Para nosotros la idea de crear una dieta no representa un fin en sí mismo. Nuestro ideal, sin querer imponérselo a nadie, es una Euskal Herria unificada y confederada dentro de la UE, pero no se puede negar la realidad que vivimos, la de un pueblo

afectar, también, al modelo de incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma del País Vasco, que se había quedado anticuado. El nuevo modelo, más democrático, se basaba en una dieta paritaria Euskadi-Navarra, que superaría la pretensión de que el territorio foral, alejado de Euskadi no por el nacionalismo, sino por la violencia, se incorporase a la Comunidad Autónoma del País Vasco<sup>217</sup>. Todo ello parecía sugerir que la profundización democrática y el nuevo marco se intentarían lograr desde la Constitución y el ordenamiento jurídico vigentes.

Obsérvese cómo detrás de estos objetivos y proyectos políticos estaba, como siempre, la creencia en un pasado mítico, del que Begoña Lasagabaster lamentaba que la gente renegase. Según la candidata de EA, parte de los vascos renegaba de su historia (en realidad ignoraba o rechazaba una historia mítica), una historia que mostraba que ni eran mejores ni peores que otros, sino «diferentes». Los vascos actuales querían mantener «sus señas de identidad», porque «somos un pueblo que ha tenido su propio ordenamiento jurídico y sus propias peculiaridades, y las queremos seguir manteniendo». Los nacionalistas de EA pretendían «resolver los problemas de los ciudadanos y tener lazos, puentes y relaciones cordiales con los vecinos españoles, franceses o de otros pueblos de la Unión Europea»<sup>218</sup>.

## 2. Contenidos no nacionalistas

La interpretación del problema de la violencia y de la estrategia para su solución fue expuesta de manera más ordenada y ocupó el primer lugar de las cuestiones no estrictamente nacionalistas. Ya la exposición del programa hecha por la prensa mostraba la voluntad de EA de exigir a ETA que cesase en su lucha armada (sic) y de urgir al Gobierno central la negociación y la aportación de soluciones políticas al contencioso (sic) vasco. La paz requería políticas de acercamiento de los presos, excarcelaciones y resarcimiento moral y económico a las víctimas de la violencia<sup>219</sup>.

---

vasco dividido entre dos estados fuertes y, además, en el sur, entre dos comunidades autónomas. Y para dar pasos realistas de acercamiento proponemos crear una dieta, un órgano común paritario, con un consejo propio, en el que ambas comunidades aborden el estudio y solución de problemas comunes. No es nada que no esté, incluso, reconocido como derecho en una Constitución que no nos gusta, pero cuya disposición transitoria cuarta regula el mecanismo de unión política de ambas comunidades».

<sup>217</sup> Ver *El Correo*, 6-3-00 (20).

<sup>218</sup> *Deia*, 2-3-00 (10). Esta interpretación se hizo en el caserío de Usarraga en el 300 aniversario del último pleno de las Juntas Particulares de Guipúzcoa.

<sup>219</sup> Ver *El Correo*, 1-3-00 (22).

El tratamiento de campaña, si bien no se salió básicamente de este esquema, fue más amplio en algunos puntos y justificó la pretensión de que fuera uno de los ejes del planteamiento político de EA.

La persistencia de la violencia no sólo creaba sufrimiento, sino que perjudicaba, sobre todo, al nacionalismo, a las fuerzas nacionalistas y a la construcción nacional. La violencia destrozaba, desorientaba y desmotivaba a los nacionalistas. EA apostaba por buscar una solución dialogada a lo que calificaba de «conflicto vasco» o de «contencioso», ya que, en su opinión, no había más que dos soluciones: o la negociación, propia de los países civilizados, o la vía policial, cuya consecuencia sería el aumento de la ruptura social<sup>220</sup>. Y la negociación significaba «hablar sin ningún tipo de límite». No había otro «remedio ni otra fórmula de convivencia»<sup>221</sup>.

Esta forma de argumentar, que destacaba el aspecto humano y, especialmente, los daños para el propio nacionalismo derivados tanto del uso de la violencia (estrategia de ETA) como de su tratamiento policial (el fantasma de la división social, es decir, el fantasma de las dos comunidades tantas veces negado por los nacionalistas), destacaba la raíz política e histórica del problema en cuanto fundamento de una negociación o diálogo político. Así lo expresó la presidenta del partido al afirmar que el problema de la violencia era «político y de raíz histórica», por lo que su solución no era «a través de la vía policial, sino mediante el diálogo, el entendimiento y el esfuerzo de la conciliación»<sup>222</sup>.

Se quería decir, primero, que, si el origen del problema era político, la solución debía ser también política, y, segundo, que, siendo la política esencialmente parlamento, diálogo y negociación, sobraban allí tanto la violencia de ETA como la del Estado, como si no hubiera distinción, hay que añadir, entre una violencia ilegítima y otra legítima. Esta forma simple e interesada de interpretar tanto la historia como la política escondía los supuestos de la imposibilidad de una victoria policial del Estado o de la inconveniencia para el nacionalismo de una tal victoria. Por otra parte, ignoraba, también, que la utilización de la violencia legítima por parte del Estado es parte esencial de la política y era, por tanto, respuesta política. Pero el modo de argumentar nacionalista todavía ocultaba más cosas. Ocultaba que, estando la legitimidad y la razón, al menos, histórica de parte del nacionalismo, según su inter-

---

<sup>220</sup> Ver *El Correo*, 1-3-00 (19). Ver, también, *Deia*, 1-3-00 (5); *Gara*, 1-3-00 (18); *Deia*, 8-3-00 (5), donde la solidaridad con las víctimas se extiende a las de la Guardia Civil.

<sup>221</sup> *Deia*, 2-3-00 (10).

<sup>222</sup> *El Correo*, 6-3-00 (12). Ver *Gara*, 6-3-00 (12); *Gara*, 7-3-00 (12): diálogo sin límite.

pretación, la violencia nacionalista era en realidad la legítima ante una violencia del Estado, que no quería reconocer ni la razón, ni el derecho, ni la legitimidad del nacionalismo. Se ocultaba la tesis de que la violencia del Estado era ilegítima y constituía la forma de imposición de una solución no dialogada, es decir, no política. Si la presidenta rechazaba la violencia de ETA, lo hacía por su daño humano, pero, no menos, por su ineficacia, daño y desprestigio del nacionalismo.

Todas estas consideraciones estaban, con alguna nueva aportación, expresa o tácitamente dichas en una intervención de la candidata al Congreso por Guipúzcoa, Begoña Lasagabaster, sobre la pacificación o «normalización». La añadidura de esta candidata completaba la argumentación nacionalista sobre el terrorismo. Según ésta, la paz y la normalización de Euskal Herria pasaban necesariamente por el hecho de que todos se sentaran a la misma mesa sin límites o restricciones. Esto tenía que hacerse, gustase o no gustase a Madrid. EA no estaba dispuesta a apoyar a un Gobierno, que no apostase seriamente por la pacificación. Ahora bien, la pacificación debía construirse sobre el respeto a los derechos humanos. Y era aquí, donde el nacionalismo introducía el eje de su argumentación, al afirmar que la paz «no es fruto únicamente de la tranquilidad en el orden, sino también de justicia o, lo que es lo mismo, del respeto a los derechos individuales, por supuesto, y colectivos»<sup>223</sup>. A partir de aquí, se disponía de la estructura argumental para deslegitimar todas las violencias existentes en la sociedad vasca desde la de ETA hasta la del Estado. Un concepto de justicia, que consideraba derechos humanos tanto a los individuales como a los colectivos, y que los situaba al mismo nivel, permitía exigir la desaparición de la violencia en todas sus expresiones, «llámese ETA, GAL, “kale borroka”, torturas, dispersión o alejamiento de los presos vascos de su entorno familiar, negación de la expresión de la voluntad a un pueblo»<sup>224</sup>. Una tal justicia servía de coartada para eludir la exclusiva condena de ETA, para eludir el análisis de la legitimidad de la violencia, para presentar al mal llamado nacionalismo democrático en el eje de la virtud moral y política y apoyar la orientación del voto hacia el nacionalismo, voto que en ningún caso debía ir a parar a los violentos, es decir, a todos los demás partidos. Se trataba de un análisis circunstancialmente electoralista y permanentemente partidista.

El reconocimiento, dentro del proceso de pacificación, del pluralismo de la sociedad vasca y de la reparación de las víctimas tenía por

---

<sup>223</sup> *El Correo*, 7-3-00 (21).

<sup>224</sup> *El Correo*, 7-3-00 (21).

colofón el respeto a la voluntad democrática de la ciudadanía, que por principio nacionalista no podía ser otra que la vasca. «La primera tarea de este proceso (de pacificación), continuó Lasagabaster, es, sin duda, la reparación social, moral y económica de las víctimas, pero no habrá reconciliación ni normalización desde la hegemonía y la imposición, sino desde el encuentro de voluntades y opciones democráticas»<sup>225</sup>. La visión de la pacificación se completaba con una denuncia del pacifismo de algunos (que no se mencionaba, pero que no podía ser otro que el pacifismo que no condenaba al Estado), que ocultaba su verdadero objetivo, el de la eliminación del nacionalismo<sup>226</sup>.

De acuerdo con estas premisas, EA se identificaba a través de Sabin Arana con el «espíritu de Lizarra», definido «como un método democrático para la resolución del problema», y con los procesos irlandés y palestino, «ejemplos de diálogo sin exclusiones, perseverancia en ese diálogo y perseverancia en la búsqueda de la paz»<sup>227</sup>. No obstante la identificación con el espíritu de Lizarra, Lasagabaster defendió un nuevo foro de diálogo, que superase tanto al de Ajuria Enea como al de Estella, en el que estuvieran «todos los que (representaban) a los ciudadanos, sin exclusión y sin agenda limitada». La posibilidad de la mediación internacional, no para «internacionalizar el conflicto, como les gustaría a algunos, sino (para) internacionalizar la solución» fue, también, mencionada por Sabin Arana<sup>228</sup>.

De momento, la estrategia de la pacificación exigía la reparación moral y material de las víctimas así como el fin de la política de dispersión para de este modo conseguir la «humanización» del conflicto<sup>229</sup>.

No hubo un segundo tema en esta sección, que destacase entre los demás. Bien por vía de resumen de la prensa, bien por boca de los propagandistas políticos se expuso el mosaico de elementos del programa a imitación o semejanza de lo que ya se ha visto en el caso del PNV, con lo que parece que se quería expresar la apuesta socialdemócrata vasca de EA<sup>230</sup>. Así constan las políticas de integración social, laboral y cultural con los inmigrantes, y, de manera especial, de acceso a los servicios sanitarios con independencia de su situación legal; la implantación de sistemas de prevención de riesgos, la investigación de las causas de la siniestralidad, especialmente en el campo de las nuevas

<sup>225</sup> *El Correo*, 7-3-00 (21).

<sup>226</sup> *El Correo*, 7-3-00 (21), recoge toda la intervención de Begoña Lasagabaster.

<sup>227</sup> *El Correo*, 10-3-00 (22). Ver *Deia*, 1-3-00 (5).

<sup>228</sup> *El Correo*, 10-3-00 (22).

<sup>229</sup> Ver *El Correo*, 6-3-00 (18), estas manifestaciones de B. Errazti.

<sup>230</sup> Ver *Deia*, 29-2-00 (5).

tecnologías, o la restricción de la contratación pública a empresas comprometidas con la prevención de accidentes en materia laboral; la eliminación de toda forma de discriminación y violencia contra la mujer en la vida pública y privada, reforzando los instrumentos administrativos y la asistencia jurídica, social, educativa y sanitaria; la exigencia a la Administración central de la mejora de las comunicaciones y conexiones con la cornisa cantábrica, Logroño, Navarra y Francia; la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales y un nuevo contrato de sustitución para trabajadores mayores de 60 años con una cotización de 35 años; la reducción de la explotación y contaminación de ríos y acuíferos además del desarrollo de la Administración Hidráulica Vasca, la elaboración de planes hidrológicos propios y la participación directa en los planes de las cuencas intercomunitarias; intensificación de la oferta pública de vivienda protegida, dirigida a los demandantes de primera vivienda, especialmente a los jóvenes (70% de la oferta), con un 50% en la forma de alquiler social; uso racional de los fármacos con una utilización masiva de medicamentos genéricos; la socialización de las nuevas tecnologías como elementos activos de cohesión social, el uso del euskera en aplicaciones informáticas e Internet y la instauración de una tarifa preferencial para la conexión y uso de la red para estudiantes y centros educativos; disminución de la carga impositiva de las rentas de trabajo y de las rentas más bajas, además de la continuidad en la fiscalización de las rentas de capital y las plusvalías; televisión pública con vocación de servicio orientada al impulso de los valores de tolerancia, pluralidad y solidaridad, y potenciación de los dos centros territoriales de TVE en el País Vasco con más contenidos bilingües y mayor reflejo de la configuración plurinacional del Estado; renta básica de complemento a las pensiones no contributivas a través de los impuestos generales, y pensión contributiva que supere el salario mínimo; política ambiental fundamentada en la reducción, reutilización y reciclaje de residuos y dotación de infraestructuras adecuadas para la gestión de los mismos; la igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer; sistema sanitario público con seguro de cita cerrada, libre elección de especialista y de centro médico y plena competencia en las prestaciones sanitarias de Osakidetza y Osasunbidea; y, por último, la unión en alta velocidad de las tres capitales vascas y su conexión con Iruña y Zaragoza por su valor estratégico y de cohesión social<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> Ver *El Correo*, 25-2-00 (26); 26-2-00 (27); 27-2-00 (41); 28-2-00 (24); 29-2-00 (18 y 20); 1-3-00 (22); 2-3-00 (22); 3-3-00 (22); 4-3-00 (25); 5-3-00 (29); 6-3-00 (22); 7-3-00 (24); 8-3-00 (22); 9-3-00 (24 y 29); 10-3-00 (22); 11-3-00 (23). *Deia* y *El País* ofrecieron, también, durante la campaña resúmenes del programa.

### 3. Gobierno postelectoral

No hubo, como era de esperar, alusiones explícitas al papel, que EA podía jugar en la formación del Gobierno postelectoral, salvo las obli-gadas (por ser un partido pequeño) palabras de Sabin Arana de que en un empate técnico entre socialistas y populares los partidos pequeños podían inclinar la balanza<sup>232</sup>. Era una forma de argumentar la petición del voto, que se sumaba a cuantos elementos definían su proyecto político. Garaikoetxea reivindicó la presencia de su partido en el Congreso para «aclara-r con firmeza la legitimidad de sus reivindicaciones y desmentir la horrorosa confusión entre nacionalismo y violencia», recordando que durante la anterior legislatura la única voz nacionalista crítica en el Congreso había sido la de EA<sup>233</sup>.

Lasagabaster afirmó que EA apoyaría cualquier candidatura a la presidencia del Gobierno, que se esforzara por la pacificación y la normalización y que dejara decidir a los vascos lo que quisieran ser, bien se llamara «autodeterminación u otra cosa»<sup>234</sup>.

La defensa de los intereses vascos, la coherencia en la defensa de un mismo mensaje político en todos los foros y la afinidad con los votantes de la antigua Euskadiko Ezkerra y actual Euskal Herritarrok impulsaron a EA a pedirles el voto<sup>235</sup>.

## B) *La crítica electoral*

### 1. Euskal Herritarrok y ETA

Este apartado, que ocupó la quinta parte de la campaña y más de un tercio de las críticas, fue en realidad un alegato contra la violencia de ETA y el seguidismo de Euskal Herritarrok<sup>236</sup>, donde ETA y su violencia casi acapararon la atención.

---

<sup>232</sup> Ver *El Correo*, 6-3-00 (20).

<sup>233</sup> *El Correo*, 2-3-00 (20).

<sup>234</sup> *Deia*, 2-3-00 (10). Ver, también, *El Mundo*, 7-3-00 (29), donde B. Lasagabaster dice: «Siempre hemos dicho que no apoyaremos a un Gobierno que no tenga un pronunciamiento claro en dos cuestiones importantísimas. Primero, que no haga un esfuerzo clave en el tema de la pacificación. Y nuestros dos ejes en el tema de la pacificación son el respeto a los derechos humanos y el diálogo. Nos parece que no se puede apoyar a un gobierno, dejando, como si fuera un desencuentro, el gran tema clave, sería una irresponsabilidad. La segunda cuestión consiste en que ha llegado el momento en el que los ciudadanos puedan decidir qué marco jurídico-político quieren tener en el futuro».

<sup>235</sup> Ver *El Correo*, 5-3-00 (26); 6-3-00 (20); 11-3-00 (22).

<sup>236</sup> Ver *Deia*, 1-3-00 (5).

De principio a fin de campaña, la razón más veces esgrimida para rechazar la violencia y pedir la disolución y desaparición de ETA fue el daño que causaba al nacionalismo y a la construcción nacional, es decir, a los propios objetivos, que ETA decía defender, bien porque directamente desprestigiaba la causa nacionalista, bien porque provocaba una creciente reacción y un fortalecimiento de los enemigos del nacionalismo vasco. ETA, dijo su presidenta, era «el principal enemigo del nacionalismo, en cuanto (justificaba) a los inmovilistas»<sup>237</sup>. Este fue el desayuno de sus intervenciones, que terminó con la afirmación de que ETA no construía la nación, sino que la destruía<sup>238</sup>.

La persistencia de la violencia, se ha visto más arriba, además de causar sufrimiento, era la causa que destrozaba, desorientaba y desmotivaba a los nacionalistas. Los atentados de ETA conducían a la confusión entre nacionalismo vasco y violencia y estimulaban, según Garai-koetxea, «la concurrencia a las urnas de los enemigos del nacionalismo vasco en una reacción convenientemente atizada por el aparato de propaganda del Estado»<sup>239</sup>.

Erazti volvió a decir que ETA, que hacía «más daño que otra cosa a los nacionalistas», con argumentos de construcción nacional estaba «haciendo destrucción nacional»<sup>240</sup>. La presidenta del partido añadió en otra ocasión que ETA se había «convertido, de facto, en el mejor aliado político al servicio de los intereses del nacionalismo español». Su violencia, rechazable por el «sufrimiento humano que provoca», era, además rechazable, porque sus «execrables» crímenes «constituían el mejor caldo de cultivo para fomentar el odio al nacionalismo vasco»<sup>241</sup>. Atentados y excesos verbales de algunos líderes, decía Garaikoetxea, ponían en bandeja la tarea de propaganda al Partido Popular<sup>242</sup>.

El titular de Justicia del Gobierno Vasco, Sabin Intxaurreaga, después de visitar a los heridos del atentado cometido en San Sebastián

<sup>237</sup> *El Correo*, 28-2-00 (15). Ver, también, *El Mundo*, 3-3-00 (18), y *Deia*, 4-3-00 (10), donde se defiende que ETA es el aliado del nacionalismo español; *Deia*, 8-3-00 (5), donde se dice que ETA da argumentos al PP y PSOE; *Gara*, 28-2-00 (15), donde Lasagabaster afirma: «...No vamos a permitir que ETA nos diga lo que tenemos que hacer o por dónde van a ir los derroteros de este país. Además, desde el punto de vista político, el mayor perjuicio político es para el abertzalismo y la construcción de la práctica nacional»; *Gara*, 6-3-00 (12) (Sabino Arana): «No podemos dejar que ETA y el PP nos roben la esperanza por la paz».

<sup>238</sup> Ver *El Correo*, 11-3-00 (22). Ver *El País*, 3-3-00 (5).

<sup>239</sup> *El Correo*, 2-3-00 (20) y 1-3-00 (19). Ver, también, 3-3-00 (20).

<sup>240</sup> *El Correo*, 2-3-00 (20).

<sup>241</sup> *El Correo*, 3-3-00 (20).

<sup>242</sup> Ver *El Correo*, 3-3-00 (20); *El Mundo*, 3-3-00 (18); *Deia*, 4-3-00 (10).

por ETA, manifestó que ésta debía disolverse de una vez e insistió en que estaba consiguiendo que la gente de bien se echara contra el nacionalismo. «En su ignorancia, añadía, ETA no se da cuenta de que el mayor daño que está haciendo es contra el nacionalismo». En su opinión, los vascos ya se habían manifestado contra la pena de muerte durante el franquismo y ETA no era quien «para utilizar a su antojo la vida ajena»; más bien, debía «aplicarse lo que tanto predica: dar al pueblo la palabra y la decisión». Los atentados no ayudaban a resolver el «contencioso», ya que propiciaban el inmovilismo de quienes no querían «una solución dialogada»<sup>243</sup>.

Este atentado contra los Guardias Civiles permitió que B. Errazti recordase la postura de su partido contraria al uso de la violencia como método de construcción nacional y advirtiese a los que la utilizaban que estaban «tirando demasiado de la cuerda» y que los intereses del país podían salir vulnerados. La intervención de Garaikoetxea, con ocasión del mismo suceso, recordó que la sustitución de los cuerpos policiales del Estado por agentes vascos era uno de los objetivos de su partido, pero la pretensión de lograr tal objetivo «liquidando seres humanos (era) aberrante y un despropósito no sólo ético, sino político»<sup>244</sup>.

B. Lasagabaster destacó el drama humano, en primer lugar, y el fracaso político, en segundo lugar, de los asesinatos de ETA. Se refería la candidata al fracaso de ETA en mediatizar, condicionar, desvirtuar o anular la campaña con estas palabras: «Cada uno vamos a hacer lo que tenemos que hacer, porque ETA no pinta nada. Lo mejor que podemos hacer es seguir adelante como si no existiera. Ya sé que es dramático decirlo desde el punto de vista político. Si hiciéramos creer que ETA pinta algo en este país estaríamos perdidos»<sup>245</sup>.

Errazti no contestó a las críticas etarras contra EA, ya que no reconocía a ETA ninguna representación popular. «Sus últimas responsabilidades —dijo— son atentados, muerte y sufrimiento», a lo que S. Intxaurreaga añadió que ETA no tenía ni «pies ni cabeza», hacía «análisis políticos irreales» y lo mejor que podía hacer era «parar y disolverse»<sup>246</sup>.

La atención de Eusko Alkartasuna sobre el mundo radical se centró casi exclusivamente en ETA. La poca atención que prestó a Euskal Herri-tarrok, lo que significaba que para EA el problema era la violencia

---

<sup>243</sup> *El Correo*, 8-3-00 (24).

<sup>244</sup> *El Correo*, 8-3-00 (24).

<sup>245</sup> *El Mundo*, 7-3-00 (29).

<sup>246</sup> *El Correo*, 9-3-00 (30). Ver *Deia*, 9-3-00 (22).

de ETA no los proyectos radicales, fue para pedirle que practicara la insumisión con ETA, con el poder militar de ETA, o para rechazar su postura abstencionista o para echarle en cara su similar identidad con ETA. La crítica destacaba las consecuencias estimulantes de los enemigos del nacionalismo, la cobardía y la desidia por los intereses vascos<sup>247</sup>.

A pesar de todo lo dicho, Eusko Alkartasuna, a través de su candidato al Congreso por Vizcaya, Sabin Arana, manifestó su convencimiento de que ETA establecería un nuevo alto el fuego, «una nueva opción para la paz», que habría que gestionar sin cometer los errores cometidos en la anterior tregua<sup>248</sup>.

## 2. El Partido Popular

No llegó a tres puntos la diferencia de atención al PP en comparación con el mundo radical. Si se tiene en cuenta que ETA no era un partido político y, por ello, no era directamente un competidor electoral, aunque sí indirectamente, y que EH no se presentaba en estas elecciones, EA mostró con su fijación en los populares quién era el principal contrario político a batir. Su estrategia antipopular se basó esencialmente en la denuncia de su antinacionalismo, de su antiinstitucionalismo autonómico y de su gestión de Gobierno.

La acusación de Aznar contra el abertzalismo radical por su pretendida política de imponer por la violencia el nacionalismo étnico en Euskadi fue interpretada como un insulto con reminiscencias franquistas y una injustificable utilización electoral de la violencia por los grandes sufrimientos que ésta generaba<sup>249</sup>. Ya en la apertura de la campaña Errazti había advertido que EA no iba a tolerar que se confundiera al nacionalismo vasco con la violencia o la intolerancia, como, en su opinión, venía haciéndose desde ciertos ámbitos del poder<sup>250</sup>.

La desautorización del nacionalismo vasco a través de su identificación con la violencia era resultado objetivo, se podría decir, de los atentados de ETA, pero fruto, especialmente, de una «inmensa opera-

---

<sup>247</sup> Ver *El Correo*, 28-2-00 (15); 2-3-00 (20); 6-3-00 (18); 9-3-00 (30). Ver, también: *Gara*, 43-00 (23); *Gara*, 8-3-00 (12); *Deia*, 5-3-00 (5); *El Mundo*, 6-3-00 (9); *Gara*, 7-3-00 (2); *El País*, 73-00 (5); *Gara*, 10-3-00 (18).

<sup>248</sup> Ver *El Correo*, 10-3-00 (22).

<sup>249</sup> Ver *El Correo*, 1-3-00 (19).

<sup>250</sup> Ver *El Correo*, 25-2-00 (25). Ver *Gara*, 28-2-00 (15); *Gara*, 6-3-00 (12), donde B. Lasagabaster censura al PP por relacionar nacionalismo vasco con violencia y confundirlo con la intolerancia y la violencia; *El Mundo*, 7-3-00 (29).

ción de propaganda y manipulación dirigida por el Gobierno español» en tal sentido. El Partido Popular habría puesto en funcionamiento una máquina de propaganda descomunal, desconocida desde la época de Franco, favorecida por la estrategia de ETA y los excesos verbales de algunos políticos nacionalistas<sup>251</sup>. El estímulo a la participación electoral de los enemigos del nacionalismo vasco, que causaban los atentados de ETA y la abstención de EH, era alimentado por el aparato de propaganda del Estado<sup>252</sup>. La conducta del PP en la manifestación de Buesa fue interpretada, también, en clave electoral<sup>253</sup>. Los mismos, Aznar y Oreja, que eran absolutamente contrarios al nacionalismo vasco, eran también xenófobos<sup>254</sup>.

Parece claro que lo que se quería transmitir al electorado nacionalista con estas intervenciones era que los que atacaban al nacionalismo vasco eran quienes podían recibir el rechazo de sus simpatizantes, además, por ser fascistas, franquistas o xenófobos.

Las críticas populares al Gobierno Vasco y al lehendakari, además de ser valoradas como ataque traidor y desleal con las instituciones vascas, incurrieron en «actitud fascista»<sup>255</sup>. La omnipresente B. Lasagabaster habló de que, después de lo ocurrido en Vitoria (se ha de entender que después de los asesinatos de Buesa y Díaz), «vino la traición de los españoles, que han sido desleales con las instituciones vascas»<sup>256</sup>. Esta interpretación la redondeó la misma candidata al afirmar que la intervención de ETA en la campaña «se está aprovechando para atacar, no tanto a los partidos nacionalistas, sino incluso a las instituciones. El ataque contra una institución como es la Lehendakaritza ha sido proverbial. No ha sido con la forma de actuar de esa institución, sino que han ido contra la institución. Y eso es lo más grave. Y utilizaron la manifestación»<sup>257</sup>.

El resto de la crítica a la política del PP incluyó: la decisión por la que el cuadro Guernica de Picasso seguía en Madrid, que iba acompañada de la petición de su traslado a Euskadi fundada en pintorescas justificaciones como la de ser un «símbolo de las deudas contraídas por Madrid con Euskal Herria» o significar «paz y guerra, pero también deudas por inmovilismo, por falta de profundización democrática o de

---

<sup>251</sup> Ver *El Correo*, 3-3-00 (20).

<sup>252</sup> Ver *El Correo*, 3-3-00 (20).

<sup>253</sup> Ver *El Correo*, 28-2-00 (15).

<sup>254</sup> Ver *El Correo*, 6-3-00 (18).

<sup>255</sup> *El Correo*, 3-3-00 (20).

<sup>256</sup> *Gara*, 6-3-00 (12).

<sup>257</sup> *El Mundo*, 7-3-00 (29).

articulación democrática»<sup>258</sup>; la mala actuación del Gobierno español en la Unión Europea<sup>259</sup>; la detención de Olarra, sobre la que manifestó Gorka Knorr que resultaba «sorprendente que quien se dedica a quitar el polvo a los expedientes judiciales lo haga en medio de la campaña, y no antes o después»<sup>260</sup>; la descoordinación en el tema portuario, especialmente en lo relativo al Puerto de Bilbao, con la correspondiente reclamación de las transferencias de los puertos de Bilbao y Pasajes<sup>261</sup>; el tratamiento de la tregua de ETA y del proceso de paz, que se calificó de provocación y de la «peor gestión en los últimos cuatro años»<sup>262</sup>; y el entendimiento entre Mayor Oreja y Chevenement, de quien Garaikoe-txea lamentó su oposición a un Departamento Vasco en Francia para no debilitar la unidad de España, interpretada como xenofobia<sup>263</sup>.

La pésima valoración del PP fue tal que se le vio pactando con el Partido Nacionalista Vasco después de las elecciones, no obstante las «trifulcas» entre ambos partidos. «La polarización —dijo Garaikoe-txea— se nos hace justificadamente sospechosa porque algo parecido ha pasado en todas las campañas y luego se han producido los pactos que conocemos»<sup>264</sup>.

Al mismo político la campaña le había parecido la más impúdica de cuantas se habían celebrado durante la democracia. El Partido Popular, juntamente con el PSOE, habría roto todas las reglas del juego<sup>265</sup>.

### 3. Partido Nacionalista Vasco

Aunque el PNV no fue la preocupación fundamental de EA (no llegó al 10% del total de la campaña), sí atrajo su atención bastante más de lo que ocurrió en el caso contrario. Se ha visto cómo el Partido Popular fue la obsesión crítica de los nacionalistas del PNV después de varios años de pactos y entendimientos en la anterior legislatura. Pues bien, la denuncia de estas relaciones entre populares y peneuvistas fue la esencia de la crítica de EA.

---

<sup>258</sup> *El Correo*, 29-2-00 (18). Ver *El País*, 29-2-00 (3); *Gara*, 29-2-00 (18); *Deia*, 29-2-00 (5).

<sup>259</sup> Ver *El Correo*, 3-3-00 (20).

<sup>260</sup> *El Correo*, 3-3-00 (26). Ver *El Mundo*, 3-3-00 (17).

<sup>261</sup> Ver *El Correo*, 5-3-00 (26).

<sup>262</sup> *El Correo*, 10-3-00 (22); ver, también, 6-3-00 (20) y 1-3-00 (19), sobre la vía policial; *Gara*, 4-3-00 (23); *El País*, 29-2-00 (24); *Gara*, 6-3-00 (12), donde se habla de que tanto ETA como el PP intentan robar la esperanza por la paz.

<sup>263</sup> Ver *El Correo*, 11-3-00 (22).

<sup>264</sup> *El Correo*, 8-3-00 (20).

<sup>265</sup> Ver *El Correo*, 8-3-00 (20). Ver, también, *El Correo*, 1-3-00 (19), y *Deia*, 8-3-00 (5).

Lo planteó con toda claridad al comienzo de la campaña B. Errasti, cuando se refirió a las «mudanzas continuas en su actitud» (PNV) con respecto a los populares. «No se puede decir —añadió— que Aznar es el mejor del mundo mundial (*sic*) y después de una riña de enamorados poco tiempo antes de terminar la legislatura romper con él»<sup>266</sup>. Un compromiso de difícil cumplimiento, que silenciaba pactos presentes, siguió a tales críticas. EA no podría «pactar con aquellos que tienen tantos cambios»<sup>267</sup>.

Durante la legislatura anterior, en opinión del expresidente de EA, fue la diputada Begoña Lasagabaster «la única voz de la oposición nacionalista» en desarrollar un trabajo crítico con el Gobierno, mientras que populares y peneuvistas mantuvieron sus pactos<sup>268</sup>.

La convicción transmitida al electorado era la de que, a pesar de la ruptura de sus relaciones, el PNV volvería a pactar con un Gobierno popular, si Aznar ganara las elecciones. Así lo manifestó Mikel Mintegi, quien veía normal que los populares (además de los socialistas) no pidiesen que no se votara a Anasagasti, ya que el candidato nacionalista «votó a favor de la investidura de Aznar, a tres presupuestos del PP y al 90% de las iniciativas del Congreso»<sup>269</sup>. «En menos de seis meses el PNV estará apoyando de nuevo al PP», dijo B. Errasti<sup>270</sup>. Por eso se ha visto que a Garaikoetxea le parecía «justificadamente sospechosa» la polarización de la campaña entre populares y nacionalistas del PNV.

Al final de la campaña se siguió la misma línea argumental, aunque complementada con la necesidad de responder a Anasagasti, que había afirmado que dar a EA 40.000 votos en Vizcaya era tirarlos a la basura. La presidenta del partido habló de que el voto al PNV era un voto a Mayor Oreja y a Aznar, y el expresidente recordó que el PNV, después de haber estado gobernando con el PSOE durante 14 años en perfecta sintonía, había estado «otros cuatro años con la caverna de la derecha», por lo que «la basura ha podido estar allí, pero no en las urnas donde recoge el voto EA»<sup>271</sup>.

Sabin Arana interpretó la presencia durante años de Anasagasti en Madrid como un intento de hacer «méritos para ser ministro en Ma-

<sup>266</sup> *El Correo*, 28-2-00 (15). Ver *El Mundo*, 28-2-00 (8).

<sup>267</sup> *El Mundo*, 28-2-00 (8).

<sup>268</sup> Ver 2-3-00 (20).

<sup>269</sup> *El Correo*, 4-3-00 (24). Ver *El Mundo*, 7-3-00 (4), donde B. Lasagabaster manifiesta: «No me sorprendería nada que el PNV volviera a pactar con el PP en Madrid»; *El Mundo*, 5-3-00 (11); *El País*, 29-2-00 (24): del idilio a la acusación.

<sup>270</sup> *Gara*, 7-3-00 (1). Ver *Gara*, 7-3-00 (20).

<sup>271</sup> *El Correo*, 11-3-00 (22). Ver *Gara*, 11-3-00 (18); *El Mundo*, 11-3-00 (10).

drid». El mismo político le recordó a Arzalluz su criterio anterior de que la dispersión de los presos no era «una vulneración de los derechos humanos»<sup>272</sup>.

#### 4. Partido Socialista

El PSOE apenas entró en los cálculos de Eusko Alkartasuna de manera independiente.

Resultaba lógico que así fuese, ya que para EA la campaña en el País Vasco se había polarizado entre el PP y el PNV. Algunas de las acusaciones, no obstante, las compartió con el Partido Popular por aquello de formar un supuesto bloque españolista contra el nacionalismo vasco (campaña impúdica, enemigo del nacionalismo vasco). Incluso compartió la reprimenda tras la manifestación por Buesa, aunque en ese caso se llevó la mayor parte de la agresividad por su supuesta actitud fascista, irresponsable, electoralista y creadora de riesgo para la convivencia civil<sup>273</sup>. Pero en realidad, los socialistas, vigente aún la validez de los principios del Pacto de Lizarra, se merecían por parte de EA la misma consideración que los populares en tanto en cuanto ambos eran ajenos al mundo nacionalista e integraban a las fuerzas españolas, consideración que se expresó en las siguientes palabras de la presidenta del partido: «Están preocupadas (las fuerzas españolas) por oírnos hablar de paz, porque como están más cómodos así, tienen que intentar eliminar cualquier tipo de esperanza, ya que saben que cuando desaparezca la violencia, nosotros nos dedicaremos a hacer nuestro país»<sup>274</sup>.

Según esto, los socialistas se sumarían al PP y a ETA en cuanto ladrones de la esperanza<sup>275</sup>, a pesar de que B. Lasagabaster opinase que últimamente se había producido un distanciamiento del PSOE con respecto al Partido Popular, que podría dar lugar a algún cambio, cosa que gustaría al partido de EA<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> *Gara*, 11-3-00 (18).

<sup>273</sup> Ver *El Correo*, 28-2-00 (15); *El Mundo*, 28-2-00 (8).

<sup>274</sup> *El Correo*, 11-3-00 (22).

<sup>275</sup> Ver *Gara*, 6-3-00 (12).

<sup>276</sup> Ver *El Mundo*, 7-3-00 (29).

# SOBRE LA LEGITIMACION RACIONAL DE LA PENA<sup>1</sup>

Juan O. Cofré

## Resumen

*El derecho penal (y la pena) es la más gravosa de las instituciones sociales a cargo del Estado. Es tal la gravedad de la intromisión estatal en la vida del delincuente, y la abrupta limitación de sus derechos fundamentales, que esta intervención, o castigo, debe ser rigurosamente justificada desde el punto de vista ético y racional, especialmente en un estado social o liberal y democrático de derecho. En este trabajo se reactualizan algunos puntos de la discusión tradicional y se los sitúa en la moderna perspectiva de la filosofía y de la teoría penal contemporánea. Finalmente, se sugieren algunas ideas que podrían contribuir a una integración y superación del viejo y tradicional difereando entre «retribucionistas» y «relativistas».*

Desde el punto de vista moral, en sentido amplio, pareciera que el bien y el mal —como quiera que estos conceptos sean entendidos y asumidos— orientan y determinan las acciones y las intenciones de los hombres. Si los hombres se comportaran siempre y consistentemente según el bien, constituirían una comunidad santa. No obstante, aunque los hombres conocen racional o intuitivamente el bien, no siempre actúan conforme a él. «Veo el bien y lo apruebo —dice el Apóstol— y, sin embargo, hago el mal», tensión espiritual que retrata por entero la condición humana.

---

<sup>1</sup> Este trabajo es parte de los resultados generados por el proyecto financiado por el Fondo de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT, n.º 1990726, «La justificación moral del castigo».

Si *A*, miembro de una comunidad organizada, agente libre y racional, daña voluntariamente a *B*, entonces *A* hace un mal. El caso es llevado a *C* (juez o tribunal), quien considera que *A* ha infringido un mandato que, directa o indirectamente, le prohíbe dañar al prójimo. Entonces, como consecuencia de su acto, y sólo como consecuencia de él, *C* decide, conforme a un conjunto de creencias o normas, que *A debe* sufrir un daño equivalente a la cuantía de su ofensa. Los hombres siempre han considerado que la primera acción es inmoral y que, en cambio, la segunda, es moral. De ello pareciera dar prueba la propia experiencia, ya que el ofendido mira con la frente en alto a la sociedad de la que forma parte y de ella exige justicia. El infractor, por el contrario, como lo refleja la simbólica figura de Caín, después de su acto suele deambular ocultándose en las sombras e intentando, por lo general, esquivar el castigo.

La pregunta problemática es ésta: ¿qué hace inmoral la primera acción y moral la segunda, siendo que tanto en una como en la otra se inflige daño (dolor) a un ser humano? Esto, considerando que la actitud moral nunca puede transigir con el mal —y el castigo visto en su esencia es y no puede ser sino, mal—, ya que, al menos en la civilización cristiana occidental, debe vetarse absolutamente que el bien se pueda conseguir, aunque sea excepcionalmente, por intermedio del mal.

El castigo, me parece, cuando tiene su origen en la acción humana —ya que en ciertas creencias, sobre todo religiosas, se hace depender su origen de la Divinidad—, requiere de una justificación o fundamentación que lo legitime a los ojos de los hombres, especialmente de los implicados en un hecho delictuoso, y de la sociedad. Una acción es legítima, desde el punto de vista moral, cuando no altera la conciencia ni ejerce una opresión sobre ella. La legitimidad, moralmente hablando, equivale a una «conciencia tranquila». Ni siquiera el derecho penal puede escapar a la exigencia de la legitimación o justificación racional de la pena, aunque algunos estudiosos crean que en materia de derecho positivo sobran las disquisiciones de carácter especulativo y filosófico. Y precisamente porque el derecho penal es la instancia social única autorizada para determinar la calidad y la cantidad del castigo que los condenados han de sufrir, es absolutamente necesario detenerse en este problema y ofrecer a la sociedad una explicación racional —no autoritaria— del sentido y necesidad de la pena. Ciertamente que la ciencia penal es una ciencia práctica, no sólo porque ella sirve a la administración de la justicia, sino, principalmente, como señala Welzel<sup>2</sup>,

---

<sup>2</sup> Hans WELZEL: *Derecho penal alemán* (traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez). Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1997), p. 1.

porque en un sentido más profundo es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces tocan conceptos fundamentales de la filosofía práctica. De ahí que, para descubrir el verdadero origen metafísico del derecho a castigar, sea necesario transponer los umbrales de la teoría penal positiva e incursionar en la filosofía moral. No es éste un trabajo destinado a profundizar en este tema, pero sí es posible y conveniente indicar al menos las huellas y senderos por donde ha transitado la tradición jurídica y filosófica occidental que se ha ocupado de este auténtico problema.

Por lo tanto, como señala Romagnosi<sup>3</sup>, demostrar la existencia del derecho de castigar, señalar su fundamento, establecer su origen natural o metafísico, definir su naturaleza intrínseca, fijar sus justos límites y determinar sus proporciones exactas y verdaderas, será una de las especulaciones más útiles que se pueda concebir para una comunidad de hombres racionales que quiera vivir en una sociedad decente y civilizada.

Desde los tiempos de Hamurabi, los hombres han tenido y sostenido la necesidad del castigo, pero también la urgencia de responder a las objeciones más intensas que han surgido desde entonces en la mente de los hombres sabios y prudentes. Como se ha dicho, dos son las disciplinas desde las que históricamente han emergido, y no cesan de aparecer, las objeciones a la idea del castigo: la filosofía moral y la ciencia penal de fundamentos. De ahí, pues, que este trabajo se inspire tanto en una como en otra disciplina y se valga de los hallazgos y argumentos de ambas.

Empero, antes de entrar un poco más al fondo del problema, es conveniente establecer el marco conceptual en el cual ha de tener lugar el debate jurídico-filosófico en torno al sentido y justificación de la pena. Hay que considerar el problema de la relación entre el derecho y la moral, el tipo de comunidad política al que aspiramos como ciudadanos de una sociedad democrática y, las exigencias de máxima racionalidad que es menester aplicar al análisis de esta institución moral y jurídica, de acuerdo con los estándares de la cultura filosófica y jurídica actual.

---

<sup>3</sup> Giandomenico ROMAGNOSI: *Génesis del derecho penal*. Edit. Temis, Bogotá (1956), p. 4.

Aunque tratadistas chilenos consideran que la Constitución chilena responde en términos generales a una concepción social al integrar la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales y al hacer de ellos el asiento esencial del estado de derecho. *Cfr.* Alejandro SILVA BASCUÑAN: *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. IV, p. 17; José Luis CEA EGAÑA: «El sistema constitucional de Chile», *Síntesis Crítica*, cap. II, «Dignidad, derechos y garantías», pp. 83 y ss. Univ. Austral de Chile, Valdivia (1999).

Creo que la mayor parte de los filósofos del derecho son partidarios de separar y distinguir el orden jurídico del orden moral. Una normativa penal debe ser estrictamente jurídica y no mezclar en modo alguno criterios, figuras y principios jurídicos, con los de carácter moral. La moral y el derecho son órdenes normativos diferentes y toda confusión sólo contribuye a malograr los resultados que la naturaleza de cada uno de estos sistemas aspira a conseguir de parte de los hombres. Sin embargo, no se debe entender que el derecho nada tenga que ver con la moral. Ciertamente que el derecho debe posibilitar las relaciones jurídicas armoniosas de la comunidad haciendo posible, como sostiene Kant, que la libertad del arbitrio de cada uno coexista con la libertad de todos, según una ley universal, todo lo cual se resuelve en relaciones externas que no afectan propiamente a la moralidad. No obstante, de ello no se sigue que no se pueda enjuiciar el derecho y sus instituciones desde el punto de vista moral o, incluso, más radicalmente aún, hacer depender la fundamentación de la institución jurídica, tomada como un todo, de la ley moral que es, por lo demás, el punto de vista que asumen, casi unánimemente, los juristas y filósofos modernos en relación con el origen del derecho penal.

Tiene perfecto sentido sostener que tal pena establecida por el derecho para un supuesto injusto penal, o que una determinada sentencia judicial es moral, o inmoral, si con ello se quiere decir que son justas o injustas. Creo que todo el mundo podría estar de acuerdo en calificar como inmoral la descomposición a que llegó el derecho penal alemán en los tiempos del Tercer Reich. Es más, el derecho se debe a la sociedad de la cual es sólo su expresión más severa y por lo mismo debe responder a los ideales y creencias morales de ella. Como se ve, en este caso lo que se hace es tomar esa manifestación normativa llamada derecho y emitir sobre ella un juicio moral. Pero, otra cosa muy diferente es sostener que los preceptos morales —y aún más, los preceptos y principios de una moral determinada— deban integrar el derecho y determinar su ser y su modo de ser. Afortunadamente, desde Kant ha quedado muy claro para el mundo jurídico-filosófico que tal propósito carece de todo fundamento epistemológico y científico y que debe ser abandonado.

La pena es, precisamente, una de las instituciones jurídicas que más se presta para esta confusión y por eso conviene examinar sus distintas dimensiones con el mayor cuidado. Una observación general nos puede indicar el camino. No es cosa de mera teoría sin valor práctico alguno el modo particular como cada sociedad conceptualiza la pena judicial, ya que de la manera como lo haga dependerá en cierto modo el propósito final del derecho penal y su incorporación al querer de la sociedad,

representado por la norma constitucional. Compárese a este respecto, por ejemplo, el enfoque jurídico que el constituyente español hace de la pena frente a la concepción dominante en el constituyente chileno, y se verá que tan distintas concepciones antropológicas han de determinar necesariamente medidas punitivas muy diversas en uno y otro sistema penal.

El artículo 25.2 de la C.E. dispone que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados...». La idea es que el condenado es una persona que en modo alguno ha perdido absolutamente sus derechos fundamentales con la condena, sino que en realidad, mientras la sufre, éstos sólo se mantienen aminorados para resurgir en plenitud una vez recobrada la libertad. Aquí está en pleno dominio una teoría jurídico penal, la teoría de la prevención especial, y es ella la que ha ganado el favor del constituyente y ha determinado el sentido y la finalidad de la sanción penal. En este marco no tiene cabida la prisión perpetua y mucho menos la pena de muerte ya que el reo, esencialmente, debe vivir un proceso que lo reeduce y lo comprometa con la defensa y salvaguardia de los bienes y valores jurídicos que sustenta y defiende la sociedad española, junto a otras instituciones, con el derecho penal.

La idea que sustenta el constituyente chileno es en este punto, al parecer, distinta. Considera desde el punto de vista filosófico, y aun metafísico, que no hay ningún derecho fundamental tan firme que bajo determinadas situaciones no pueda ser conmovido. No hay derechos absolutos; todos son susceptibles de limitación, incluida la vida. Y si la culpabilidad tiene carácter constitutivo, no cabe la reconversión y reeducación del reo, sino simplemente la retribución: la pena es la respuesta institucionalizada a la culpabilidad. Quien ha delinquido debe pagar con sufrimiento (prisión) por lo que ha hecho y tal vez para que no lo vuelva a hacer si con ello ha dañado los valores y los bienes jurídicos. Por eso se justifica, entonces, no sólo el presidio perpetuo, sino incluso la pena de muerte.

La diferencia axiológica que apreciamos en este punto podría extenderse a otros estratos de la realidad práctica. La Constitución define al Estado español como «social y democrático de Derecho» y, consecuentemente con ello, establece un cierto orden jurídico. Un estado social no es lo mismo que un estado liberal, por más que tengan puntos de contacto. El adjetivo social remite a un cierto modo de concebir el puesto de la persona en el orden social y le asigna un rol determinado, compatible con el goce y disfrute de los bienes que de suyo trae consigo la democracia. El Estado debe estar al servicio de la persona y

debe ser, si es preciso, un elevado medio para la realización del individuo, pero no un fin en sí mismo. La pena judicial, en consecuencia, debe responder a estas finalidades y de ahí que en caso alguno le esté permitido al Estado sacrificar ni siquiera la vida del más perverso de los criminales o negarle por principio, mediante una condena de por vida, la posibilidad de reinserción social.

El estado liberal típico que descrea de la igualdad como condición basal de la vida comunitaria, proclama la libertad como el valor fundamental y, en algunas versiones, concibe la limitación abrupta a la libertad al modo kantiano, justificando la necesidad de la pena de muerte. En este contexto ideológico, las sanciones penales suelen tener un sentido y una orientación diferente a las que adquieren en un estado social y democrático de derecho. Además, si la sociedad ideológicamente dominante integra ciertos elementos valóricos de una tradición política y cultural conservadora (caso de Chile), las consecuencias tanto para la política criminal como para el derecho penal imperante en la sociedad pueden llegar a ser realmente muy distintas.

En todo caso, lo que salta en primer término a la vista y lo que con mayor fuerza emocional reclama la sociedad cuando se trata de aplicar el castigo que el derecho asigna por intermedio de sus instituciones judiciales al transgresor de la ley, es justicia. Sería muy interesante averiguar en qué consiste, desde el punto de vista fenomenológico, la demanda de justicia de la población ante los hechos delictuales. Pareciera ser que, en principio, no se trata de un concepto demasiado elaborado racional y académicamente; cuando la gente pide a los órganos competentes del Estado «justicia», no está pensando en la reinserción social del culpable y ni siquiera en la prevención general del delito, sino, más bien, en el castigo entendido simplemente como retribución taliónica. «Quien tal hizo, tal merece», pareciera decir el clamor popular. Y aunque efectivamente se trate de un concepto muy rudo de justicia, no cabe duda que éste encierra una demanda moral. «No es justo —pareciera ser la expresión del sentimiento— que el culpable quede sin castigo o que el dolor que conlleva la pena no sea al menos equivalente al sufrimiento que experimentó la víctima, los deudos de ésta y la sociedad que vivió en su seno la perpetración del delito».

Lo que estoy sugiriendo es que cualquier teoría de la pena que pretenda alcanzar la aprobación social no puede marginar o posponer el sentido de justicia que demanda la comunidad en beneficio de un concepto tan elaborado y abstracto que olvide este sentimiento inmediato y primordial. A la sociedad le repugna moralmente, no sólo que por errar o por lo que fuere el inocente sea castigado, sino también que el culpable quede total o parcialmente impune. Naturalmente que la reflexión

filosófica y jurídica debe reelaborar los sentimientos populares y despojarlos de sus elementos más rudos y brutales, pero ello no impide que en el fondo último de la cuestión, se mantenga incólume el sentido esencial de justicia que vive la comunidad y que un sistema normativo penal no puede ignorar.

Los juristas y filósofos penalistas han insistido, a lo largo de la historia de la cultura, precisamente en que en la esencia del derecho a castigar hay una serie de elementos muy difíciles de integrar desde el punto de vista racional. En efecto, hay en el derecho penal una serie probada de antinomias que no permiten compatibilizar los diversos principios que orientan distintas concepciones penales —prevención/culpabilidad; prevención general/culpabilidad; prevención general/prevención especial; fines/causas de la pena; etc.—, y que obligan a los estudiosos a renovados esfuerzos de racionalización de la teoría penal y, por ende, del derecho penal. Y si bien es cierto que desde el punto de vista práctico y real el derecho continúa operando, ello no exime, a los especialistas en este fenómeno, de la búsqueda de criterios de racionalidad para mejorar el mundo jurídico penal.

Por cierto, esto significa que en un mundo que impone cada vez más altos niveles de racionalidad y de eticidad a las decisiones especialmente públicas, las respuestas tradicionales emanadas del legalismo, del autoritarismo, del retribucionismo y del utilitarismo, no son suficientes; ellas deben ser revisadas y, si es preciso, abandonadas si no logran satisfacer las exigencias de la racionalidad que impone la sociedad contemporánea.

A partir de estos presupuestos comienza a tener sentido para nosotros el análisis de la institución del castigo, especialmente como figura penal.

Como es bien sabido, desde la filosofía griega se produce una divergencia entre los pensadores en lo relativo a la dimensión ontológica y teleológica de la pena. En ésta, como en otras materias, se puede decir que la diferencia que marcaron las dos primeras teorías griegas se ha mantenido hasta el día de hoy. Ninguna filosofía ni teoría jurídica ha logrado salvar la decisiva discrepancia entre las teorías absolutas y las relativas de la pena. Las teorías absolutas, que asumen una filosofía idealista, han agotado todo lo esencial respecto del sentido de la pena, pero no han logrado resolver el aspecto relativo a su dimensión social y psicológica; por el contrario, el relativismo penal, si bien ha podido ofrecer garantías sólidas en este último aspecto, es bien poco lo que ha podido avanzar en la indagación de la esencia de este fenómeno profundamente humano. En todo caso, pareciera ser que la primera noción que surge espontáneamente en una sociedad menos evolucionada filo-

sófica y jurídicamente, es la comprensión de la pena como una suerte de venganza o represalia que los particulares ofendidos encargan a la sociedad por intermedio de las instituciones represivas del Estado. En su sentido más original, y brutal, la pena es concebida por las primeras sociedades como *ius talionis*. Platón, en cambio, ya se opuso con el más sólido argumento, que la tradición filosófica y jurídica repetirá hasta nuestros días, a este planteamiento retributivista.

«Porque nadie castiga a los malhechores —sostiene en el *Protágoras*— prestando atención a que hayan delinquido, a no ser que se venga irracionalmente como un animal. El que intenta castigar, con razón, no se venga a causa del crimen cometido —ya que no se puede lograr que lo hecho sea deshecho—, sino con vistas al futuro, para que no se obre mal nuevamente, ni éste mismo ni otro al ver que éste sufre su castigo.

Y el que tiene ese pensamiento piensa que la virtud es enseñable, pues castiga a efectos de disuasión, de modo que tienen semejante opinión cuantos castigan en público o en privado».

Si Platón piensa que lo justo consiste en no mirar hacia atrás sino, más bien, adelante a la hora de infligir un castigo judicial, y que lo contrario es mantenerse atado a la venganza antiética e irracional, Aristóteles, sobre la base de un concepto de justicia más elaborado, sostiene que el fundamento de la pena debe estar necesariamente en lo que él denomina *justicia correctiva*, concepto que tiene su fundamento ontológico en la igualdad matemática. Según Aristóteles, la vida social exenta de conflictos supone un perfecto estado de equilibrio. En ausencia de ofensa no hay ni puede haber castigo: éste es el orden natural. Pero cuando un agente moral incurre en un ilícito penal, desestabiliza el equilibrio natural y este desequilibrio dañino para la vida social se mantiene incólume mientras no intervenga una fuerza externa que vuelva a llevar el estado de cosas a su justo natural. En la justicia penal

«la ley atiende únicamente a la diferencia del daño y trata como iguales a las partes, viendo sólo si uno cometió injusticia y el otro la recibió, si uno causó un daño y el otro lo resintió.

En consecuencia, el juez procura igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia. Cuando uno es herido y el otro hiere, o cuando uno mata y el otro muere, la pasión y la acción están divididas en partes desiguales, y el juez trata entonces de igualarlas con el castigo, retirando lo que corresponde del provecho del agresor. De estos términos nos servimos de una manera general en semejantes casos... Así, siendo lo igual un medio entre lo más y lo menos, el provecho y la pérdida son respectivamente más y menos de manera contraria: más de lo bueno y menos

de lo malo son provecho, y lo contrario pérdida. Y como entre ambas cosas el medio es lo igual, y es lo que llamamos justo, síguese que lo justo correctivo será, por tanto, el medio entre la pérdida y el provecho. Por esta razón, todas las veces que los hombres disputan entre sí recurren al juez. Ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, por así decirlo, la justicia animada.»<sup>4</sup>

Con la consagración de la filosofía, la teoría política y la ciencia penal moderna, renace en Europa un amplio debate acerca de la naturaleza y fines del estado liberal, del rol esencial que deben desempeñar en la arquitectura político-jurídica de una sociedad los derechos humanos y, desde luego, el derecho penal. La sociedad ilustrada sometió a severas normas de control racional el estudio del delito, de la pena y del proceso penal y, como consecuencia de ello, hizo renacer la polémica entre estas dos grandes escuelas, por llamarlas de alguna manera, la retribucionista y la relativista. Sería un error creer que todos los hombres ilustrados piensan al unísono en materia de filosofía penal. Incluso dentro de una misma tradición filosófica se reabre el cisma y lo propio ocurre en el pensamiento político y jurídico. Sin embargo, la preclara conciencia de la necesidad de poner término al sistema penal y a la horrible y bárbara administración de justicia que se había enseñoreado en los regímenes autoritarios y absolutistas —y que tanto impresionó la sensibilidad jurídica y moral de hombres como Montesquieu y Beccaria<sup>5</sup>— llevó al mundo intelectual europeo a exigir y a proponer los mejores criterios y argumentos racionales que era posible construir, para rechazar unánimemente la injusticia y proponer a la sociedad política y culta, sea sobre la base del retribucionismo o del relativismo, una política criminal sobre nuevos fundamentos racionales humanitarios y críticos.

Tan sólo una mirada a la historia moderna del derecho penal alemán —quizá el más influyente de Europa y del mundo occidental— pone en seguida a la vista la renovación de la ciencia penal europea. Según un conocido penalista alemán en el Código Penal prusiano de 1851

---

<sup>4</sup> ARISTÓTELES: *Ética nicomaquea y política* (versión de Antonio Gómez Robledo). Editorial Porrúa, S.A. México D.F. (1992). *Étic. Nic.* Libro V, cap. IV.

<sup>5</sup> Cesare BECCARIA: *De los delitos y de las penas* (versión de Juan Antonio de las Casas). Alianza Editorial, Madrid (1968). Impresiona, sin duda alguna, el relato de Beccaria —y de Montesquieu— acerca de las crueles y bárbaras prácticas penales de la sociedad europea del siglo XVII. Eso fue precisamente lo que llevó a los hombres ilustrados, desde un *ethos* racionalista y humanitario, a revisar profundamente los fundamentos del derecho penal, procesal y penitenciario. En sus enseñanzas encuentra el fundamento la moderna ciencia penal europea y contemporánea.

y el Código Penal imperial de 1871, surgido sobre las bases de aquél, se configura la ciencia penal alemana que toma, como era inevitable, dos direcciones distintas. «Los “clásicos”, con Binding a la cabeza, mantuvieron la posición conservadora autoritaria, dentro del marco del estado de derecho y la idea retributiva. Ambas, como herencia del idealismo de Kant y Hegel, habían determinado el ambiente espiritual del Código Penal... En antagonismo, en cierto modo radical, se colocó la llamada “Escuela Moderna” fundada por Franz von Liszt. Ella veía en el Derecho penal un medio final racional para la lucha contra el delito.»<sup>6</sup>

Al menos para la historia de la filosofía penal, y en el horizonte de los intereses de este trabajo, es pertinente reactualizar el debate en torno al sentido y fin de la pena que se da en el seno del idealismo alemán entre Kant y Schopenhauer. La disputa es bien representativa del mundo filosófico y jurídico moderno —y no tan conocida como se pudiera suponer— y, desde luego, no parece que hasta el día de hoy la ciencia y la filosofía penal se hayan decantado por una de ellas con olvido de la otra; por el contrario, ambas doctrinas siguen vigentes y una y otra dominan en tal o cual escuela jurídica e influyen en la determinación de la política criminal de las sociedades contemporáneas. El examen de este diferendo puede tener la virtud de permitirnos ver con claridad cuáles son los puntos más agudos del conflicto y ponderar las virtudes y los defectos de cada doctrina y, a la vez, permitirnos, sobre esas bases, exponer nuestros propios, aunque modestos, sin duda, argumentos en favor de una teoría integradora, como en su momento se verá.

Según Kant, la pena judicial (*poena forensis*), como él la llama, conforme a su doctrina moral, no puede nunca servir como medio para fomentar otro bien ni aunque este supuesto bien vaya en beneficio del propio delincuente o de la sociedad civil. La pena, en tanto castigo, ha de imponerse al reo única y exclusivamente *porque* ha delinquido. Este «porque» es antecedente de la consecuencia que es la pena. Kant ha sostenido, como se sabe, que el hombre no puede ser manejado como medio para cumplir propósitos de otro, ni ser confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*). El hombre, incluido el reo, por el mero hecho de ser persona moral es inmune a la pérdida de su dignidad, aunque ciertamente con la pena pueda perder la personalidad civil. Nadie debe pensar en sacar algún provecho de ninguna especie del castigo. Sería tan inmoral pretender sacar un provecho del castigo como escapar a él. Eso es precisamente lo que ocurre en el juicio público que

---

<sup>6</sup> Hans WELZEL: *op. cit.*, p. 13.

Caifás dirige sobre la supuesta ofensa religiosa que Jesús ha causado a la comunidad judía. No hay motivo ni prueba que justifique la pena. «Aún cuando se disolviera la sociedad civil —sostiene Kant en un conocido pasaje de la *Metafísica de las costumbres*—<sup>7</sup> con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, si decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentra en prisión, para que cada cual reciba lo que merece según sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo.»

¿Cuál es el fundamento moral que se encuentra en el fondo de este planteamiento kantiano? Aparentemente Kant, al invocar el *ius talionis*, estaría nada menos que reviviendo un concepto de justicia vengativa que, al parecer, a esas alturas de la historia la humanidad ya ha superado. Sin embargo, una lectura más atenta y filosófica demuestra que en el planteamiento kantiano hay un fundamento totalmente compatible con su rigurosa concepción moral de la creatura humana. Lo primero que Kant reclama desde un punto de vista moral, que es lo que obliga al derecho, es que haya justicia. La justicia no puede ni debe ignorar o debilitar el hecho delictuoso. Ese es el dato fundamental. Y si el delito ha sido cometido a plena conciencia por un hombre que tiene total dominio sobre su voluntad y su entendimiento y ha hecho uso pleno de su libre arbitrio, la sociedad tiene que comenzar por devolver mal por mal para que el delincuente encuentre en la pena o castigo la necesaria acción igualadora que emana de las exigencias del cuerpo social. Por eso sostiene, reviviendo a Aristóteles, que en la base del castigo debe estar el principio de igualdad, en la posición del fiel de la balanza de la justicia que no se inclina más hacia un lado que hacia el otro.

Una breve excursión hacia el fondo de su pensamiento moral podrá poner más en claro la decisión jurídica kantiana, que en un principio puede parecer contraria a las corrientes humanitaristas que ya circulan en esos tiempos. Kant distingue dos tipos de leyes: las leyes de la naturaleza y las leyes morales. Las leyes de la naturaleza se imponen inexorablemente a todos los entes naturales y biológicos que se encuentran en el mundo de la naturaleza. Pero si son leyes de la libertad, entonces pertenecen al reino de la moralidad. Y si afectan tan sólo a las acciones externas y a su conformidad con la ley, se llaman leyes jurídicas. Pero si exigen también que ellas mismas deban ser los fundamentos de determinación de las acciones, entonces son éticas. Cuando el hombre

---

<sup>7</sup> Kant explica su teoría del derecho en *La metafísica de las costumbres* (versión de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho). Tecnos, Madrid (1994). Cfr. pp. 168-169.

cumple con las primeras se habla de legalidad; cuando cumple con las segundas, se habla de moralidad. La libertad a la que se refieren las primeras leyes sólo puede ser la libertad en el ejercicio externo del arbitrio; pero aquella libertad a la que se refieren las últimas leyes, puede serlo tanto en el ejercicio externo como en el interno del arbitrio, en tanto que queda determinada por las exigencias formales de la razón. La voluntad es, en este cuadro, el fundamento de determinación del arbitrio a la acción. «En la medida que la razón puede determinar la facultad de desear en general, el *arbitrio* —pero también el simple deseo— puede estar contenido bajo la voluntad. El arbitrio que puede ser determinado por la razón pura se llama libre arbitrio. El que sólo es determinable por la inclinación (impulso sensible, *stimulus*) sería arbitrio animal (*arbitrium brutum*). El arbitrio humano, por el contrario, es de tal modo que es afectado ciertamente por los impulsos, pero no determinado; y, por tanto, no es puro por sí, pero puede ser determinado a las acciones por una voluntad pura.»<sup>8</sup> De todo lo cual se sigue, para Kant, que la libertad del arbitrio queda a salvo de su determinación por los impulsos sensibles. Esto, en el sentido negativo de libertad; en el sentido positivo, la facultad de la razón pura puede por sí misma hacerse práctica.

De suerte tal que la causalidad natural, que se manifiesta mediante las inclinaciones, puede ser, y debe ser, neutralizada por la causalidad moral que no queda determinada en modo alguno por las leyes de la naturaleza, sino que encuentra en la propia razón el principio y fundamento de la acción. El hombre, por tanto, como creatura racional dotada de voluntad y capaz de actuar con entera libertad, precisamente por ser libre y racional, puede con plena conciencia elegir entre cumplir con la ley externa o transgredirla. Pero, al transgredirla, no puede en modo alguno eludir su responsabilidad y lo que eventualmente pueda derivarse de ella, la culpabilidad que acompaña a la acción contraria a la ley.

Kant, como hombre moderno e ilustrado que cree en la autodeterminación de la persona como ser moral y político, consecuentemente concibe al Estado y la relación entre el Estado y el individuo como un vínculo que debe mantener por sobre todo siempre y en toda circunstancia a salvo la libertad de los individuos. El Estado debe respetar al individuo y esto significa concretamente, desde el punto de vista político, que todo hombre tiene derecho a buscar la felicidad y a concebirla a su manera, sin interferencia externa alguna que pueda poner en peli-

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 17, *op. cit.*

gro su autonomía moral. El Estado no puede obligar a nadie a ser feliz, sino que su deber consiste en garantizar las condiciones para que la libertad de cada cual permita al individuo su propia realización. Los sistemas religiosos y morales pueden tener sus ideas de la virtud y construir sus cánones de comportamiento moral e, incluso, pueden, y quizás deben, influir en la conducta de los miembros que asumen sus creencias para que se comporten interna y externamente de acuerdo a un ideal de virtud. Pero ése es un problema moral y no le incumbe al Estado en modo alguno la moralidad de sus ciudadanos sino única y exclusivamente la juridicidad de sus acciones. La moral es cuestión de las personas y cada uno resolverá acudiendo a su condición de ente libre y racional; pero la juridicidad es cuestión del Estado, no para preservar moralidad alguna, sino para permitir el marco externo adecuado para que los individuos busquen de un modo compatible con la ley la felicidad y la realización personal.<sup>9</sup>

En consecuencia, tampoco la sociedad por intermedio del Estado tiene derecho alguno a intervenir sobre el futuro del reo y no es nadie para indicarle cómo debe conducir su vida, qué valores debe preferir y qué camino debe seguir para reintegrarse a la sociedad como un hombre nuevo que ha sido reconducido de una determinada manera y bajo una concepción de lo que es el bien y de lo que es el mal a la vida ciudadana. Kant ve una forma intolerable de tiranía en las doctrinas que minimizan la culpabilidad y ponen toda su atención en la reinserción social o, en términos generales, conciben el derecho penal como un instrumento que debe constreñir a los hombres a ser «buenos» al modo como entiende la bondad el cuerpo social, la autoridad o el Estado. Lo que el Estado debe proteger es la juridicidad y nada más. La moralidad es cosa de los individuos y pertenece al sagrado recinto de la conciencia de cada cual. Incluso si el hombre se rebela contra el Estado, contra la sociedad y todas sus instituciones y declara que no quiere reconvertirse ni asumir los valores jurídicos y morales que comparte su sociedad, está en su perfecto derecho. Pero la ley debe intervenir cuando el

---

<sup>9</sup> La escuela italiana, al decir de Carrara, comparte esencialmente este planteamiento moral y sus consecuencias jurídicas. «No se puede, pues —dice Carrara—, aceptar como principio absoluto el derecho a la represión, la fórmula *derecho a la corrección*, porque si la consideramos respecto a la corrección *interna* no da una razón absoluta de sí misma, y si la miramos por el lado de la corrección *externa*, se confunde y unifica con la tutela jurídica. Si declaramos a un perverso el derecho de corregirlo, empleando la expresión *quiero que seas bueno*, él negará obediencia a ese deseo, respondiendo que quiere ser perverso a su antojo y desear el mal como le dé la gana, sin que otro pueda —a no ser que incida en tiranía— entrometerse en ello mientras no se haya visto ofendido en el goce de sus libertades.» *Programa de derecho criminal*, vol. I. Editorial Torres, S.A. Bogotá (1988), p. 15.

perverso intenta pasar, o decididamente pasa, de las intenciones a la acción. Como miembro del cuerpo social no le está permitido en modo alguno dañarlo y si el daño material se produce, debe atenerse a las consecuencias sensibles que implica la respuesta jurídica de la sociedad. Así entiende Kant el rol que le corresponde desempeñar al ciudadano y al derecho en la comunidad.

Esta doctrina jurídico-moral ha sido, en cambio, enérgicamente rechazada por muchos y muy notables pensadores modernos y contemporáneos. Schopenhauer, en Alemania —desde la filosofía idealista—, y Bentham<sup>10</sup>, en Inglaterra —desde el pragmatismo filosófico inglés—, mantienen puntos de vista totalmente incompatibles con Kant. «... la teoría de Kant —sostiene Schopenhauer— según la cual la pena se establece únicamente para castigar, es contraria a la razón y carece de sólido fundamento. Lo cual no impide que la reproduzcan en sus obras grandes juristas, envuelta en grandes perífrasis que no son sino palabrería».<sup>11</sup>

El punto de partida de Schopenhauer está, naturalmente, en su teoría filosófica explicada en *El mundo como voluntad y representación*. Desde esa filosofía, el que comete delito despoja a la voluntad objetivada en un individuo de sus fuerzas para aumentar en la misma medida las suyas propias; por consiguiente, al exteriorizar su voluntad traspasa los límites de su cuerpo y niega la voluntad del otro. Esta invasión de los límites de la voluntad ajena ha sido conocida en todos los tiempos y su concepto se designa con el nombre de «injusticia». De suerte, pues, que el concepto de derecho, como negación de la injusticia, encuentra su principal aplicación en los casos en que por intermedio de la fuerza se impide la comisión de un acto injusto. Como esta coacción ya no es injusta por estar institucionalizada y representar la defensa de los valores sociales, es, sin duda, justa, aunque la coacción misma, si se la considerara aisladamente, no lo sería; pero, en el derecho penal se justifica en razón del motivo de defensa y de negación de la voluntad invasora que sin derecho invade los límites de la libertad ajena con peligro para la integridad y la propiedad del individuo. En este sentido, sólo dentro de la sociedad jurídicamente organizada, es decir, el Estado, puede darse propiamente el derecho penal. Todo derecho a castigar está fundado en la ley positiva ya que antes de cometerse el ilícito ha de estar señalada una pena cuya amenaza sirva de contramotivo y esté encami-

---

<sup>10</sup> Jeremías BENTHAM: *Tratados de legislación civil y penal* (versión de Ramón Salas). Librería de Lecoite y Lasserre, Madrid (1938).

<sup>11</sup> Arturo SCHOPENHAUER: *El mundo como voluntad y representación* (versión de Eduardo Ovejero y Maury). Editorial Porrúa, México D.F. (1992).

nada a contrarrestar todos los motivos que pueden conducir a la delincuencia. No cabe aquí desconocerla ni le es dado al delincuente, hacerlo, ya que el pacto social la ha reconocido y la ha sancionado, eventualmente, para todos. Pacto que obliga a todos parejamente, sin excepción. Y por eso, precisamente, el Estado, garante del pacto, tiene pleno derecho a exigir su cumplimiento. De aquí deduce Schopenhauer dos consecuencias inmediatas de la ley penal: primero, desencadena o puede desencadenar la ejecución de la ley, ya que ello no significa sino poner en marcha el pacto con las consecuencias que desde luego conlleva y, segundo, y quizá lo más importante, el único fin de la ley es impedir, por la intimidación, el menoscabo de los derechos ajenos, para lo cual se han reunido todos bajo un Estado, renunciando precisamente con ello a cometer injusticias y comprometiéndose a reprimirlas de acuerdo con la ley cuando éstas ocurran.<sup>12</sup>

Schopenhauer está consciente que él no está inventando ninguna teoría penal y que, por el contrario, lo que está haciendo es simplemente difundir y reeditar la vieja doctrina platónica —que Séneca repite en estos términos: «Nemo prudens punit, quia peccatum est; sed ne peccetur»— que en los tiempos modernos ha vuelto a ser propugnada por pensadores como Hobbes, Puffendorf, Beccaria, Carrara, Feuerbach y muchos otros juristas y filósofos.

Desde el punto de vista de la historia del derecho una y otra doctrina ha tenido en los tiempos modernos y contemporáneos su momento de alza y de baja. Ni qué decir que la Restauración y todos los movimientos autoritarios y dictatoriales que han tenido lugar en Europa y en América en los últimos siglos, se han inclinado abiertamente por una concepción de la pena considerada casi y exclusivamente como castigo, lo que poco tiene en cuenta la posibilidad de la reinserción social o de la recuperación moral y política del reo para la sociedad. En otras ocasiones un exceso de humanitarismo, quizá mal entendido (como es precisamente el reproche que Kant hace a Beccaria), ha conducido al punto de vista opuesto: difuminar el delito y, en cambio, poner prácticamente toda la atención en la reeducación del reo o en el aleccionamiento mediante la intimidación surgida de la amenaza de la ley y del ejemplo de la condena de los delincuentes olvidando que, desde el punto de vista estrictamente moral y asumiendo las exigencias de la justicia tal como la siente en su fuero interno y la comprende en sus primeras nociones la víctima y el cuerpo social a la cual ésta pertenece,

---

<sup>12</sup> Cfr. el Libro IV, «El mundo como voluntad», de la obra ya citada, en donde Schopenhauer desarrolla básicamente su teoría jurídica de la pena.

la ofensa antijurídica es, y no puede dejar de ser, desde el punto de vista ontológico, el momento esencial en la constitución no sólo del delito sino de todas sus consecuencias jurídicas.

De aquí surgen las antinomias que invaden teoría penal y han hecho teóricamente difícil la conciliación de estas dos tendencias e integrar en una sola teoría los principios fundamentales emanados de una y otra doctrina. En efecto, ¿cómo conciliar la pena en tanto castigo con la prevención o, como lo expresan Platón y Séneca, el pasado con el futuro?

Un sistema penal, una vez que ha asumido una doctrina, no tiene en términos generales ningún motivo para generar dentro de su estructura incoherencias o debilidades de carácter sistemático. Un sistema retribucionista, en tanto sistema penal, puede ser completamente consecuente con sus principios y axiomas de partida. Lo mismo puede ocurrir con una concepción relativista al modo como la propugnan Bentham o von Liszt. Las incoherencias surgen cuando un sistema hace suyos ciertos principios y conceptos y, al mismo tiempo, al querer incorporar elementos de la teoría adversa, renuncia o debilita los propios. Con todo, especialmente en el siglo XX, ha surgido la convicción jurídica y sociológica que el problema de la pena, y del rol del derecho penal en un estado de derecho contemporáneo, al menos desde el punto de vista empírico, debe tratar de integrar los principales elementos y principios de estas clásicas teorías. Seguramente un estudio empírico revelaría que en realidad ninguna sociedad aprueba el castigo jurídico única y exclusivamente para que el criminal pague lo que hizo, al clásico modo kantiano («que cada uno sufra lo que sus hechos valen») ni mucho menos olvidaría el crimen y sólo pensaría en la reconversión del reo y su recuperación para la vida política y social.

Lo singular está, desde el punto de vista empírico, en lo siguiente. Desde esa perspectiva y tal cual se vive la realidad, el sistema judicial a través de sus instituciones, aplica las penas, desde luego, para castigar la ofensa cometida contra los valores y bienes jurídicos pero, al mismo tiempo, espera que la condena produzca ciertos efectos expiatorios y rehabilitadores en el reo que le permitan, en definitiva, volver a integrarse al cuerpo social. Otra cosa es lo que ocurre en la realidad en los recintos carcelarios, que suelen ser verdaderas escuelas del delito y del crimen, y precisamente por ello, hacen desde el punto de vista práctico inviable que esta última pretensión de la justicia pueda tener alguna posibilidad de éxito.

La cuestión más delicada está en el plano estrictamente teórico. Es ahí donde las antinomias aparecen con más fuerza y hacen prácticamente imposible compatibilizar el núcleo esencial de ambas teorías, lo que, por lo demás, como ya se ha explicado, no deja de tener conse-

cuencias sumamente reales a la hora de elaborar una política y un derecho criminal.

Aparentemente dos jueces que formen parte del mismo tribunal podrían estar de acuerdo en aplicar una determinada pena ante un hecho delictuoso y, sin embargo, bien pudiera ocurrir que la razón de ser del castigo en sus fueros internos respondiera a motivaciones intelectuales totalmente distintas y aún incompatibles. Supongamos que un individuo con notoriedad pública comete un delito; es sorprendido, llevado a los tribunales, sometido a juicio y sentenciado con una condena de prisión. La prensa, como corresponde a una sociedad democrática, podría pedir a cada uno de los magistrados una explicación del fundamento de su decisión judicial para que de este modo la sociedad se informe del funcionamiento de la justicia. Interrogado el juez *A* por las razones que tuvo para fallar por la condena, podría perfectamente explicar su decisión declarando que «se aplicó la pena ya conocida porque, a mi juicio, el señor *X* fue encontrado culpable de un hecho criminal». Preguntado el juez *B* podría, en cambio, responder que consintió en la condena del señor *X* «para que ni el señor *X* ni nadie en este país vuelva a cometer una infracción tan grave que ponga en peligro los valores sustentados por la sociedad». Muchos juristas y filósofos están contestes en que entre estas teorías no hay punto intermedio ni posibilidad de conciliación. O es lo uno, o es lo otro. Ahora bien, si una sociedad asume en sus instrumentos jurídicos una de estas teorías, entonces las consecuencias reales que se han de seguir a la hora de la individualización judicial de la pena tienen que ser, naturalmente, compatibles con dicha elección (tal como lo explicamos a propósito de la concepción ontológica de la pena que subyace, respectivamente, en las Constituciones española y chilena) aunque en los hechos fenoménicos pudiera ocurrir, como efectivamente ocurre, una confusión tanto en el nivel de la ley penal como en el de la práctica judicial y carcelaria. Por cierto, la confusión hay que erradicarla y procurar la unidad, coherencia y consistencia de todo el sistema, si con ello queremos responder a las exigencias de máxima racionalidad y de eticidad que debiera imperar en el seno de una sociedad inserta en un Estado democrático y de derecho.

En último extremo, en este hipotético caso se pueden ver de manera esquemática los elementos esenciales que constituyen la estructura del viejo debate entre el retribucionismo y el relativismo penal, a pesar de que, más bien, desde el punto de vista positivo, muchos penalistas lo consideran intrascendente. Para el utilitarismo, lo importante no es la ofensa porque ya está cometida y, en términos absolutos, no se puede reparar. De lo que se trata es de que el delincuente no reintente transgredir otra vez la ley, ni que otras personas con inclinación al delito vean en su

ejemplo un estímulo para hacer lo mismo. El castigo que se inflige a una persona, pues, no puede justificarse moralmente basándose en el concepto «culpa-ofensa». Todo castigo, *per se*, es dañino y malo. Mal podría o mal se podría intentar alcanzar el bien por intermedio de un mal. Un castigo sólo puede justificarse moralmente cuando se toman en cuenta las consecuencias valiosas que su aplicación puede llegar a producir. El campeón de esta doctrina ha sido Bentham, quien escribió: «La finalidad del derecho es aumentar la felicidad. El objeto general que todas las leyes tienen, o deben tener, es incrementar la felicidad general de la sociedad y, por lo tanto, deben excluir, tan completamente como sea posible, cualquier cosa que tienda a deteriorar esa felicidad. En otras palabras, debe excluir lo que es pernicioso. Y la pena es un mal y es pernicioso. Sobre la base del principio de utilidad, si ella ha de ser admitida, sólo debe serlo en la medida en que promete evitar un mal mayor.»<sup>13</sup>

Para el retribucionismo cuando el individuo infringe la ley, comete una ofensa contra el cuerpo social que es indebida; como consecuencia de ello, se ha hecho culpable y un agente moral portador de una culpa debe pagar por ella para lo cual la autoridad tiene que administrar el castigo. A la ofensa, la sociedad retribuye con castigo a objeto de emparejar, si se puede decir así, los efectos morales de las acciones en juego; las del ofensor, por una parte, y, las del castigador, por otra. Kant y Hegel, en el pensamiento alemán, representan paradigmática y genuinamente esta doctrina, pero con una diferencia. Según Kant, un imperativo moral absoluto obliga a castigar al culpable por el mero hecho de haber cometido el delito y aunque tuviéramos la más absoluta certeza que no volverá a delinquir. Supóngase que el reo es un hombre anciano y afectado de un mal irreversible y fatal. Si la ejecución de la pena —supongamos capital— queda fijada por las autoridades judiciales o penitenciarias para el 20 de diciembre y los informes médicos aseguran que el condenado no llegará a vivir hasta el 25 del mismo mes, Kant diría que la sentencia debe ejecutarse, aún bajo tales extremas condiciones, *por more* a la justicia, por muy cruel que parezca.

Hegel razonó de manera semejante y también en este último caso estaría dispuesto a aprobar la ejecución del condenado, pero no por amor a la ética, sino al derecho. «En esta discusión —sostuvo—, lo único que importa es que el delito debe ser eliminado, no como el surgimiento de un mal, sino como lesión al derecho en tanto derecho.»<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Cfr., *op. cit.*, p. 109.

<sup>14</sup> G.W. FRIEDRICH HEGEL: *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural o ciencia política* (versión de Juan Luis Verma). Editorial Edhasa, Barcelona (1988), pp. 160-161.

Empero, ambas teorías importan consecuencias que desde el punto de vista de una teoría racional de la ética —que es lo que aquí vale— son inaceptables. Como bien vio Séneca, las justificaciones del retribucionismo son *quia peccatum*, es decir, miran hacia el pasado (se castiga al sujeto por lo que hizo), mientras que las utilitaristas son *ne peccetur*, es decir, miran hacia el futuro (se castiga para que el delito no se vuelva a repetir).

El retribucionismo reprocha al utilitarismo, desde el punto de vista moral, varios aspectos:

- 1) Permite el castigo de inocentes. Claro, porque si de lo que se trata es de conseguir efectos útiles, entonces no hace falta establecer una estricta proporción entre la ofensa y el castigo. Eso dependerá del momento histórico y del grado de criminalidad que exista en el cuerpo social. Si lo que interesa es que en la sociedad no se cometan delitos o faltas que atenten contra los bienes jurídicos o fines valiosos, entonces podría estar permitido castigar sin tener en consideración la proporción entre la ofensa y el castigo. En realidad, a mayor castigo, desde este punto de vista, probablemente mejor advertencia para los posibles infractores y para el propio culpable y, entonces, de ahí a castigar a un inocente hay un paso. Así pensó Caifás cuando en el sanedrín argumentó en favor de que era mejor condenar a un inocente que permitir que todo un pueblo perezca. Si es justo castigar un delito con una pena de un año y un día de presidio, pero ello es insuficiente para conseguir los fines que se propone la teoría de la retribución, sea general o específica, entonces bien pudiera tentarse el legislador o el juez y proponer una pena aún mayor de privación de libertad. Pero si lo justo es, como dice Hegel, castigar con un año y un día, pasa a ser injusto castigar con un año y dos días; es aquí donde ya se viola el principio de inocencia porque del año y un día hacia adelante el sujeto ya ha pagado, por decirlo así, su deuda social y ya es inocente como cualquier otro ciudadano. Y nada puede causar más repugnancia moral que el castigo de un inocente.
- 2) Tampoco sería el castigo en sí mismo lo que previene, reforma o desalienta, ya que estos fines pueden alcanzarse por otros medios tales como la educación, los consejos, el tratamiento psiquiátrico, etc., medios externos al castigo en sí. De modo que castigar cuando existen medios alternativos tanto o más eficaces que el castigo, no puede resultar sino inmoral.

- 3) Usar al hombre como medio atropellando su dignidad. Según la teoría kantiana, ampliamente aceptada y fundamento del estado democrático y liberal, el hombre, por el hecho de ser un ente moral —es decir, un agente dotado de entendimiento y voluntad—, es esencialmente libre; el ejercicio libre de su arbitrio es el rasgo ontológicamente relevante de la condición humana. Desde este punto de vista se debe preservar la dignidad de la humanidad en cada hombre, y cada hombre tiene el deber de preservarla en sí mismo y en los demás. Esto implica que el hombre es siempre fin en sí mismo y nunca medio, porque si fuera, aunque sea muy excepcionalmente, medio para alcanzar otro fin, entonces devendría instrumento y con ello cosificaría la condición humana. Eso es, precisamente, lo que hace el señor con el esclavo, el tirano con el súbdito, el dictador con el ciudadano, etc. El hombre puede perder su personalidad civil con la pena, pero en caso alguno su dignidad. Esta se mantiene, si se quiere, subsumida bajo la imposición de la pena, pero jamás decae porque si eso llegara a ocurrir, entonces la vida del hombre no tendría ningún valor moral y con ello ningún valor humano.
- 4) Por último, todo proceso criminal pierde absolutamente sentido si el inculpado resulta inocente; desde ese momento en adelante el castigo se disuelve como la sal en el agua y con ello cualquier medida finalista resulta absurda, lo cual vendría a demostrar, desde el punto de vista retribucionista, que, en efecto, la culpa es el motivo y la pena es la respuesta y que en ello radica precisamente la esencia del derecho penal.<sup>15</sup>

Los utilitaristas, a su vez, consideran que los retribucionistas son los que verdaderamente incurren en renunciados morales:

- 1) Al considerar la pena como una respuesta proporcional a la ofensa siempre y bajo todas las condiciones sin tener en consideración la circunstancia ni el tiempo, no están sino sublimando la venganza que manda devolver mal por mal, lo cual es irracional e injusto. ¿Cómo se puede pretender que de la suma de dos males (la ofensa más el castigo) resulte un bien?

---

<sup>15</sup> Eduardo Demetrio CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad, Salamanca (2000), hace una excelente defensa y estudio de la prevención general en relación con otras teorías actualmente vigentes en Europa y especialmente en Alemania y España.

- 2) Si el hombre es un fin en sí mismo<sup>16</sup> entonces es un deber de cada uno de los hombres y de la sociedad en su conjunto, buscar la perfección humana. Todo hombre que ha errado debe tener derecho a rehabilitarse y a propender a la felicidad que es el fin último social e individualmente considerado. Las teorías preventivistas, máximamente perfeccionadas a partir de la mitad del siglo XX, tienen en cuenta precisamente este hecho y no conciben castigar por castigar sin ofrecer a cambio al menos la posibilidad de la enmienda y la reinserción. Otra cosa es que el reo elija libremente no perfeccionarse y permanecer en su perversidad. De acuerdo a los dictados del estado liberal, que sacraliza la libertad y la inmuniza de todo peligro político y moral, es una decisión personal que cabe respetar, ya que, como se ha dicho, al Estado no le compete la moralidad de sus ciudadanos, sino sólo la juridicidad de sus acciones.

La demanda por la justificación racional de la pena en realidad lo que hace es preguntar por su causa en el sentido aristotélico, ya que, conociendo la relación objetiva entre la causa y su efecto, podemos saber por qué la cosa es como es o no es como se creía que podría haber sido. Por eso, cuando se pregunta qué justifica o legitima racionalmente el castigo, el concepto de causa hay que entenderlo en el cuádruple sentido aristotélico. Al escindir las diversas dimensiones de la causa —como si no tuvieran nada que ver unas con otras, e incluso fueran incompatibles—, se produce un aparente problema lógico (una aporía) que, en el campo de la teoría penal, separa irreconciliablemente las respuestas de una y otra teoría.

En la realidad, sin embargo, es decir en la consideración de los hechos, valoración de los antecedentes y adjudicación de la pena por parte del juez o del tribunal, fenomenológicamente ambas direcciones se encuentran dialécticamente integradas y superadas; o sea, desaparece la contradicción como mera abstracción en favor de la realidad. Si esto es así, entonces tiene sentido una teoría mixta o integradora que no es pura y simplemente la yuxtaposición forzada de elementos incompatibles, sino una real superación de los contrarios, si se quiere en el sen-

---

<sup>16</sup> SCHOPENHAUER: *op. cit.*, se opone a la idea kantiana según la cual el hombre es siempre fin y nunca medio. Según él, el criminal, por la comisión de su acto indigno de un ser social y civilizado, pierde su dignidad y se transforma precisamente en un medio, un medio que el Estado no debe vacilar en utilizar para conseguir a través de él fines superiores, como lo es la paz social y la defensa del derecho.

tido hegeliano, en beneficio de una síntesis superadora e integradora y expresión de una nueva realidad.

La actual teoría penal pareciera avanzar hacia esta síntesis a juzgar por las nuevas formas de conceptualización y de integración de principios y conceptos jurídico-penales, hasta ahora considerados, al parecer, incompatibles. Hoy día se reconoce que en la fijación de la pena deben intervenir, al menos, dos principios esenciales debidamente conjugados y complementados: el principio de la «prohibición del exceso», que es una manifestación más específica del principio de proporcionalidad y, el «principio de culpabilidad». El primero establece una relación de medio a fin y, el segundo representa una relación de medio a motivo. De esta suerte el principio de culpabilidad limita todas las intervenciones estatales de carácter penal a una medida que sea considerada como una compensación aceptable por la conciencia jurídica y adecuada al hecho culpable.

«La persecución aislada de los fines —sostienen a este respecto Maurach y Zipf, tanto de la prevención individual como de la prevención general— traería consigo el peligro de abandonar al afectado a estos objetivos estatales y, en especial, a la falta de garantía de una relación adecuada y justa ante el motivo de la pena y las consecuencias jurídicas del hecho».<sup>17</sup> Lo cual pone a la vista, en la teoría penal hoy día más aceptada, que no es posible perseguir fines preventivos en forma ilimitada si se quiere respetar la vigencia del sistema de hechos punibles y del principio de culpabilidad. En efecto, el llamado principio de «la prohibición del exceso» es un axioma básico que debe regular la intervención del Estado en la carga punitiva pero, al mismo tiempo, debe ser equilibrado e integrado con el principio de culpabilidad que representa una relación de medio a motivo, motivo que, en definitiva, legitima la persecución penal.

La pena, pues, tiene que justificarse pero, al mismo tiempo, tiene que ser justa porque precisamente en la medida en que lo sea se podrá también justificar a sí misma. Si la pena es excesiva o si no considera suficientemente la culpabilidad, no hay manera de que pueda ser justa ni mucho menos que como institución se pueda justificar desde un punto de vista racional y ético.

En el fondo, el principio de la prohibición del exceso es una contribución de las teorías relativistas o prevencionistas, así como el princi-

---

<sup>17</sup> Reinhart MAURACH y Heinz ZIPF: *Derecho penal* (versión de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), vol. I, parte general. Editorial Astrea; Buenos Aires (1994), p. 109.

pio de culpabilidad es la lógica consecuencia de las doctrinas retribucionistas. Ahora bien, dependerá de cada Estado el inclinarse más por uno u otro de estos principios, pero es cuestión de propensión y no de desequilibrio, lo cual quiere decir que ambos principios, y en definitiva ambas posturas filosófico-jurídicas, tienen en la realidad constitucional y penal de un Estado un rol esencial que desempeñar.

Precisamente la conjugación de estos dos principios permite defender de manera más sólida la dignidad de la persona humana, con todo lo que implican sus derechos fundamentales, al ponerle barreras al Estado a la hora de perseguir e imponer las penas a los individuos que han infringido el orden jurídico penal, como lo han entendido las nuevas teorías garantistas y minimalistas, que fundan sus doctrinas en la teoría de los derechos humanos, la dignidad de la persona y el estado social democrático y de derecho.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Luigi FERRAJOLI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, S.A., Madrid (1995); desarrolla y explica de una manera magistral las actuales teorías minimalistas y garantistas imperantes en la filosofía y la teoría penal europea. El libro ofrece una panorámica excelente del estado de la cuestión integrando un riguroso y preciso examen de la problemática desde las perspectivas jurídica y filosófica.



# EL ARBITRAJE LABORAL EN SU ACTUAL CONFIGURACION JURIDICA

Víctor Fernando Manrique López

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Deusto

## I. Concepto de arbitraje

Tal y como se ha señalado por la doctrina más autorizada el arbitraje laboral, menos aún que el arbitraje privado en general, no constituye una institución que pueda predicarse ni explicarse de manera directa y causal sin la presencia del conflicto social y de las condiciones socioeconómicas en donde éste emerge. En este sentido, hay que postular en un primer análisis, por el carácter formal y formalizador del juicio privado laboral, que lo que ocurre es que, en cada legislación, en cada momento histórico, bajo determinadas variables políticas, el arbitraje adopta una posición o un perfil. En aquellas legislaciones en donde el árbitro está especialmente instituido, con autoridad, ya que no con potestad, para dictar laudos con eficacia procesal transcendente (cosa juzgada y ejecutabilidad), el arbitraje no se diferencia del proceso-estatal, por el contrario cuando el árbitro no está facultado por el ordenamiento para ejercer la *iurisdictio*, el arbitraje no traspassa el fronsispicio de la mera composición de una pacífica divergencia sin efectos judiciales.

Sin embargo, excluidos los arbitrajes laborales expresamente de la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, en su artículo 2.2, el arbitraje laboral carece de una regulación sustantiva limitándose en las leyes laborales el tratamiento de la cuestión a referencias al procedimiento arbitral, sin establecer un régimen unitario de los recursos pertinentes frente a los laudos arbitrales.

El procedimiento arbitral, por su carácter transaccional no tiene las garantías de un proceso judicial (TCS 13/1997, de 27 de enero), y, en particular, no lesiona por sí el derecho al juez ordinario, ni está fundado su procedimiento en el derecho a la doble instancia. Fundándose

el sistema de recursos al laudo en el principio de revisión judicial tasada (TCS 288/1993, de 4 de octubre), que, en el ámbito civil, tras la Ley 36/1988 y por la supresión del recurso de casación contra los laudos arbitrales, el acceso a la jurisdicción sólo es referible a la nulidad del laudo arbitral y en los supuestos tasados del artículo 45 de la Ley de Arbitraje (TCSS 176/1996, de 11 de noviembre, y 288/1993, de 4 de octubre), *deduciendo la jurisprudencia constitucional que la falta de un control judicial sobre el fondo no es contrario a la Constitución española* (TCS 231/1994, de 18 de julio).

Pero por ser el laudo ejecutable ante la jurisdicción ordinaria (art. 52 de la Ley de Arbitraje), y por producir efecto de cosa juzgada (art. 37), la actividad arbitral está bajo la tutela de los tribunales, que están llamados a controlar y velar por los principios básicos de procedimiento: el principio de contradicción y el cumplimiento de las garantías sustanciales y formales del proceso, que son de orden público (art. 45).

En particular, está llamada la jurisdicción a controlar que no haya contravención del contrato de arbitraje, y a salvaguardar las garantías esenciales del procedimiento: referentes a los principios de audiencia, contradicción y defensa (TSS de 18 de enero de 1995), prueba suficiente, congruencia e inmodificabilidad del laudo. Y también se estima procedente una motivación sucinta del fallo (TSS de 18 de enero de 1995) prueba suficiente, congruencia e inmodificabilidad del laudo.

Y tal como ha sido declarado reiteradamente, cuando el laudo es objeto de recurso, los tribunales no deben entrar al examen de las materias sometidas a arbitraje, pues la revisión judicial ha de limitarse a la comprobación de la jurisdicción y no extralimitación del árbitro, y al respeto a los principios materiales y formales del proceso, sin que pueda entrarse a debatir de nuevo el fondo sometido a compromiso arbitral (TSJS de Valencia de 12 de mayo de 1998 y TSS de 19 de octubre de 1988).

## II. El arbitraje laboral y el arbitraje de Derecho privado

El profesor Alonso Olea ha planteado, así las cosas, el presente esquema que permite analizar los procedimientos de solución de conflictos en el ámbito laboral:

- 1.º Entre partes: Negociación directa.
- 2.º Con intervención de tercero:
  - a) No dirimente: conciliación mediación.

*b) Dirimente:*

- a) Poderes vienen de las partes: arbitraje voluntario.
- b) Poderes son independientes.
  - Tercero no especialmente instituido para dirimir conflictos: arbitraje obligatorio.
  - Tercero especialmente instituido para dirimir conflictos: proceso.

Los procedimientos de solución de los conflictos colectivos son en concreto:

- negociación directa,
- mediación,
- conciliación,
- arbitraje voluntario,
- arbitraje obligatorio,
- proceso.

La negociación directa es el procedimiento más elemental y más frecuente para solventar situaciones de conflicto entre sí, sin intervención alguna por ningún título de un tercero extraño al conflicto. La solución la aportan y convienen las partes en conflicto entre sí, o a través de sus representantes, sin intervención alguna de un tercero extraño al conflicto, cualquiera que pudiera ser el título en que pretenden basarse.

Así las cosas, la negociación no suele aparecer configurada autónomamente, antes bien se presenta como sustrato de otras instituciones jurídicas. La negociación colectiva puede ser, y es en muchas ocasiones, una fórmula negocial a través de la cual se solventa una situación en conflicto cuando ésta ocurre entre partes vinculadas laboralmente.

Es sabido que, en la mediación y conciliación, la solución del conflicto continúa siendo convencional o pactada aunque intervenga un tercero si éste carece de poderes dirimientes. El tercero interviniente, pese a no tener facultad decisoria, puede contemplar la situación de conflicto con objetividad superior a quien es parte en él o representa a quien lo es, actuando como hombre bueno para allanar las diferencias, que separan las posturas que enfrentan a los litigantes.

Esta distinción es de muy escaso relieve práctico, separando al tercero conciliador que meramente exhorta a las partes a que pacíficamente ajusten sus diferencias de común acuerdo, del mediador a quien atribuye la facultad adicional de proponer soluciones de arreglo que someta a las partes en discordia.

En el arbitraje, la solución del conflicto deja de ser convencional cuando las partes tienen que someter sus diferencias a un tercero cuya decisión es obligatoria para ambas, por haberlo pactado así a través del correspondiente compromiso.

El arbitraje voluntario se encuentra entre la solución pactada y la impuesta y caracterizado porque si bien la solución del árbitro se impone a las partes porque éstas han pactado previamente que así sea en virtud de un contrato o pacto de compromiso.

Tal y como señala dicho autor, el arbitraje es obligatorio cuando las partes no sólo tienen que estar y pasar por la decisión del árbitro —esto ocurre también en el arbitraje llamado voluntario— sino cuando ambas, o cualquiera de ellas compelida por la otra, están obligadas a someter la materia colectiva a decisión arbitral, al tiempo que el árbitro no le vienen las facultades dirimientes de un pacto compromisorio previo de las partes, sino de un poder extraño y superior a ellos, normalmente, del Estado.

Si el tercero dirimente está instituido específicamente para dirimir conflictos, la solución es entonces jurisdiccional o procesal, no arbitral. El árbitro es el designado *ad hoc* o el que se ve atribuido de esta función como adicional a las suyas típicamente de otro carácter.

En nuestro ordenamiento, la facultad de arbitrar en conflictos colectivos está otorgada a la autoridad laboral, en el ámbito estatal o autonómico.

Los profesores Bayón Chacón y Pérez Botija señalan que los sistemas de heterocomposición se plantean también con el clásico tríptico: conciliación, mediación y arbitraje. La conciliación, en este autor, tiene por finalidad buscar una avenencia, y necesita la conformidad entre las partes. El conciliador no resuelve; son las partes las que, mediante un pacto negocial, acuerdan la solución de su propio conflicto.

Vemos así que la clasificación de la conciliación es prácticamente idéntica a la establecida por Alonso García: voluntaria, obligatoria, reglamentaria y convencional, entendiendo que la mediación es un sistema en el cual un tercero, igualmente instituido o designado, funcionario o particular, según las legislaciones o convenios, intente acercar a las partes.

Se trata de un sistema de conciliación más o menos supletorio, aunque en algunos sistemas aparezca con verdadera sustantividad propia y regulación específica.

Para Bayón y Pérez Botija el arbitraje supone un laudo obligatorio para las partes. El laudo arbitral tiene fuerza ejecutiva, pero difiere de las sentencias de derecho común en que no produce efecto de cosa juzgada, limitándose a establecer normas de inmediata aplicación, que

pueden ser modificadas en lo sucesivo ante cualquier variación de las circunstancias que afecten a los sujetos, al objeto o al contenido.

### III. Situación arbitral a nivel de Derecho comparado

Internacionalmente, se hace preciso examinar, siguiendo al profesor Merino Merchán, lo que presentan las diferentes legislaciones positivas.

En Estados Unidos, el arbitraje laboral se canaliza a través de dos cauces, o bien, a través de convenio entre las partes, con designación en la cláusula compromisaria de árbitros, o sin designación, en cuyo caso la Asociación Americana de Arbitraje (con amplias facultades en el arbitraje comercial) determina el procedimiento a seguir de acuerdo con su reglamento, o bien instituyéndolo en los propios convenios colectivos, en cuyo caso adquiere carácter de forzoso. El laudo tiene eficacia procesal, admitiéndose únicamente recurso de revisión contra el mismo en casos muy tasados.

En el Reino Unido, aunque el arbitraje laboral gozaba de una larga tradición, tal y como se desprende del Acta de Conciliación de 1896 y Carta de Arbitraje de 1919, creada por la Ley de Tribunales Industriales de 1919, no alcanza cuantitativamente un significado notable hasta después de la gran crisis económica, incrementando su volumen de actuación después de la II Guerra Mundial, circunstancia ésta que ha motivado la creación del Servicio de Asesoramiento, Conciliación y Arbitraje.

En la República Federal de Alemania, fue la Ley del Consejo de Control, número 35, de 1946, la que creó las oficinas estatales de arbitraje. En realidad, el Consejo no hizo sino seguir con una tradición que era práctica usual en las relaciones laborales, desde 1890, con los tribunales industriales, pero más concretamente con las Comisiones de Conciliación de 1916. A su vez, la Ley de 1946 ha sufrido algunas modificaciones posteriores. Sin embargo, hay que hacer notar que el laudo no tiene ejecutabilidad sino se lo otorga el presidente del Tribunal de Trabajo.

En Francia, la Ley de 1 de febrero de 1950, que traía causa a efectos arbitrales en las leyes de 1892 y 1936, con modificaciones posteriores, como la Ley de 1957, instituye la conciliación y el arbitraje voluntario e incluso un Tribunal Superior de Arbitraje ante quien cabe recurrir contra la sentencia arbitral, pero sólo en caso de violación legal o exceso de poder. En Francia, el arbitraje laboral no ha acabado de encontrar su «sitio», porque la falta de ejecutabilidad del laudo ha origi-

nado que la controversia pueda volver a replantearse ante la instancia arbitral.

En Australia, desde la Ley de 1904 y con especial fuerza la de 23 de noviembre de 1967, ha venido funcionando con notable éxito el arbitraje obligatorio, cuyo laudo es ejecutable y produce la eficacia de cosa juzgada, dejando la interpretación de los mismos al Tribunal de Conciliación y Arbitraje. Sin embargo, a partir de la Ley de 1967 se admiten cláusulas compromisorias privadas entre dos o más personas que, en caso de discordia, pueden hacerse cumplir por medio de arbitraje. Siguen este arbitraje obligatorio Sudáfrica, Nueva Zelanda y Canadá. En este último país, la Ley de 1948, a través de la Canadian Relations Board, ha desarrollado una importantísima labor.

En Israel, los convenios colectivos deberán tener cláusula compromisoria obligatoria, lo que genera arbitraje de igual índole. El laudo es ejecutivo y goza de la autoridad de la cosa juzgada.

Menciona por último dicho autor la experiencia iberoamericana mereciendo especial atención, Panamá y Méjico. En el primero de ellos, hay que destacar la importancia que ha tenido el Decreto 252, de 30 de diciembre de 1971, por el que se recoge un arbitraje laboral de impecable concepción en su originación voluntaria y en los efectos del laudo: «su incumplimiento da base legal para reclamar en proceso ejecutivo, abreviado o común de trabajo»; en Méjico, la Ley Federal de 1965 era, siguiendo la pauta marcada por la Constitución, un arbitraje estatal expeditivo. Por lo demás, en Argentina, Brasil, Ecuador y Perú, los conflictos se someten a arbitrajes obligatorios si fracasan los esfuerzos de mediación.

Por otro lado, la utilización de procedimientos no judiciales de resolución de conflictos y controversias laborales no solamente está acuñado para las relaciones industriales de muchos países, sino que su uso ha sido sistemáticamente recomendado en multitud de conferencias, congresos y reuniones internacionales. En este sentido, resulta de obligada cita la recomendación n.º 92 de la Oficina Internacional de Trabajo (OIT), de 6 de junio de 1951, sobre Conciliación y Arbitraje Voluntario, sino que toma partido abiertamente por el principio dispositivo que entraña el arbitraje voluntario, en contraposición a los países con arbitrajes obligatorios.

No existe, no obstante lo anterior, una doctrina legislativa uniforme que aglutine los trabajos realizados, mereciendo ser destacada la mejor obra que ha tratado el tema del arbitraje laboral del profesor Merino Merchán, para el cual el arbitraje laboral está integrado dentro de lo que la doctrina viene llamando «jurisdicción convencional», y su análisis debe hacerse desde esta perspectiva, si bien no puede hacerse a par-

tir exclusivamente del arbitraje privado, porque la materialidad se resiste a estar encasillada exclusivamente dentro de las mallas iusprivatistas.

Por otra parte, las genuinas peculiaridades del Derecho del Trabajo imprimen al arbitraje laboral una especialidad que lo hace fácilmente reconocible y diferenciable del privado. Sin perjuicio de todo ello, afirma dicho autor que, en cuanto que institución, la figura arbitral es un concepto único no absoluto, pero sí indivisible. Esto quiere decir que, junto al arbitraje de derecho común (civil y mercantil), coexiste un arbitraje de derecho especial.

Y así como el arbitraje de derecho común se encuentra en una fase de desarrollo de gran uniformidad, quizá motivado por las exigencias del comercio interno e internacional, el laboral se halla fuertemente relativizado por condicionamientos socio-políticos lo que, a su vez, ha originado una notable dispersión con innumerables formulaciones positivas en los ordenamientos donde se le reconoce.

Si hubiera que destacar la nota común del arbitraje laboral, ésta no podría ser otra que la de su heterogeneidad, pues solamente en los derechos del Common Law aparecen atisbos de uniformidad para este arbitraje especial, y ello porque en estos ordenamientos el arbitraje laboral está plenamente incrustado en el común, aunque, desde luego, existen órganos y servicios especiales encargados de poner a disposición de las partes en una relación laboral o en un convenio colectivo los medios necesarios para solucionar los conflictos por una vía que, como la arbitral, luego no es utilizada.

#### **IV. Conflictos laborales y arbitraje**

Todo ello, ciertamente, según ha destacado esa doctrina, dificulta sobremanera el estudio sistemático sobre el arbitraje laboral, con un punto de referencia común, cual es el arbitraje laboral como solución de conflictos colectivos, pero poniéndose más el énfasis en el conflicto que en el arbitraje.

Para ese sector doctrinal, encabezado por aquel autor, dos han sido los factores que han impedido ver con claridad el auténtico lugar que le corresponde al arbitraje en el contexto del Derecho del Trabajo. De una parte, la sacralización que en el Derecho del Trabajo se ha hecho del principio tutelar «pro operario» lo que imposibilita, salvo en contadas y rarísimas excepciones, la libre disponibilidad de los derechos y acciones laborales fuera del marco del proceso estatal. De otra, el valor residual que se le ha asignado como simple procedimiento de solución de

conflictos colectivos, en algunas ocasiones no bien distinguido de la conciliación y la mediación, otras como simple trámite tendente a proporcionar una propuesta no vinculante para las partes en el conflicto de trabajo, y en fin en otras, coaccionando a las partes en el conflicto de trabajo para someterse a unas estructuras estatales o sindicales que bajo una actividad pseudoarbitral imponen una solución a la controversia planteada.

Sobre estos dos factores se ha superpuesto, para acabar de desfigurar aún más el arbitraje laboral, los condicionamientos políticos y económicos que tradicionalmente inciden sobre las instituciones del ordenamiento laboral y a las que, el arbitraje laboral no ha podido sustraerse.

Por el contrario, el arbitraje de derecho común ha estado siempre más entregado al poder convencional de las partes y, consecuencia de ello, es su mayor liberalización, constituyendo uno de los institutos más firmes para la práctica y desarrollo de los negocios mercantiles y financieros, especialmente a nivel del Derecho Internacional y, en particular, dentro del Derecho Marítimo.

Debe coincidirse necesariamente en que el arbitraje laboral es una institución eminentemente procesal, que tiene por finalidad dirimir los conflictos individuales y colectivos de trabajo.

Su origen se encuentra en la autonomía de la voluntad, principalmente en la autonomía colectiva, y despliega su actividad componedora dentro de lo que la doctrina laboralista llama el proceso colectivo.

Es así que la primera dificultad del arbitraje laboral viene dada porque se nos presenta como un punto de cita o de concurrencia de diversas y complicadas instituciones.

De un lado su procedencia. El arbitraje no es laboral —como tampoco lo es el proceso en general—; sólo es laboral en la medida en que se aplica a ese sector del ordenamiento jurídico. Es, por tanto, una institución que tiene su propia e íntima sustancia en favor del medio donde se va a aplicar. Diríase se opera una cierta transformación en su naturaleza. El resultado es que el marco laboral condiciona el ser de la institución. Pero el marco laboral no es «una variable independiente del sistema político y económico de donde se halla irremediadamente inmerso». Por el contrario, es simplemente una resultante. En consecuencia, el primer condicionante del arbitraje laboral lo constituye la infraestructura política y social de la comunidad en que se intenta aplicar. (Merchán, obra citada, pp. 7 y 8).

La inequívoca fuente del arbitraje viene dada por la autonomía de la voluntad, singularmente en lo que al laboral se refiere por la autonomía colectiva de los grupos profesionales de trabajadores y empresa-

rias. Lo que supone, para que podamos hablar de arbitraje laboral en sentido técnico estricto, el necesario reconocimiento formal de la libertad sindical.

El arbitraje laboral aparece, por último, como parte integrante de la jurisdicción convencional y responde, en su estructura interna, a una serie de principios consustanciales e indivisibles del arbitraje que llamamos de derecho común (civil, mercantil e internacional privado) que entran en colisión permanente con los dogmas imperantes en el Derecho del Trabajo.

Al analizar un singular arbitraje en el ámbito laboral, como es el que viene dado en el campo de las elecciones sindicales, la profesora Igartua Miró comparte plenamente la opinión de Merino Merchán en su consideración de que ambos arbitrajes tienen características comunes, aún cuando el arbitraje laboral es especial en razón de la controversia laboral. Es un arbitraje especial en razón no de su naturaleza, contenido o actividad, sino por la materia sobre la que se proyecta. Por lo cual, si bien es verdad que la Ley 36/98, de Arbitraje, no es aplicable, no lo es en razón de las especialidades de la materia, entre ellas, por ejemplo, la importancia que reviste el conflicto colectivo, base central del sistema, que no se compagina muy bien con la individualidad habitual del derecho privado, ni con las posibilidades existentes en el orden laboral de que los compromisos arbitrales sean pactados en instrumentos colectivos, con lo que eso supone de especificidad respecto al principio de voluntariedad, sino, sobre todo, por la existencia de numerosas materias indisponibles e irrenunciables para los trabajadores.

Pese a ello, resulta obvio que el arbitraje laboral, para ser verdadero arbitraje, ha de basarse en los mismos principios y líneas fundamentales que caracterizan a la figura del arbitraje en el derecho privado, pues una vez más aparece que el Derecho no es compartimentable.

Dicha autora indica que una cosa distinta parece ocurrir con el arbitraje electoral, el cual, además de ser especializado por la especificidad de la concreta materia de la que se ocupa, va mucho más allá, y se aparta de lo que es la naturaleza jurídica de la institución arbitral. Es algo distinto a un arbitraje especializado, pues no parece compartir, al menos en una primera impresión, los elementos esenciales del arbitraje que se dan tanto en el privado o civil como en el laboral, en prácticamente ninguno de sus elementos.

Efectivamente, el arbitraje es «aquella institución jurídica destinada a resolver un conflicto —individual o colectivo— planteado entre sujetos de una relación de derecho, y consistente en la designación de un tercero —árbitro— cuya decisión se impone en virtud del compromiso

adquirido en tal sentido por las partes interesadas», según la doctrina más autorizada.

Igartua, siguiendo a la doctrina mayoritaria, considera, en base a tal concepto y dando por sentado el hecho de que el arbitraje presupone la intervención de un tercero en la solución de un conflicto, las siguientes características, cuya inexistencia desdibuja la figura:

1. El compromiso arbitral.
2. La obligatoriedad del laudo.
3. La imparcialidad del árbitro.

La primera característica del compromiso arbitral es evidente, pues puede decirse que constituye el eje principal sobre el que gira la figura. El arbitraje es, por esencia, un procedimiento de solución extrajudicial de los conflictos, de adopción voluntaria ciertamente.

## V. La fórmula arbitral obligatoria en el Derecho procesal laboral

La existencia necesaria de un compromiso arbitral no supone otra cosa más que la plasmación del principio voluntarista, voluntad que ha de existir en ambas partes del conflicto, o en todas ellas, si son más de dos.

Es cierto, en ese sentido, que el principio voluntarista es también principio inspirador de todo el sistema de solución de conflictos de intereses en nuestro ordenamiento constitucional, propugnándose la imposibilidad de imponer unilateralmente a cualquiera de las partes sociales una solución arbitral no aceptada por ellos en el ámbito negocial o contractual.

A raíz principalmente del cambio operado en nuestro sistema de relaciones laborales tras la promulgación de la Constitución en 1978, ha sido esta nota característica de los arbitrajes regulados, salvo los específicos supuestos del Real Decreto 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo.

En cuanto a los mismos, hace este sector doctrinal varias apreciaciones que sirven para ver que nos encontramos ante situaciones completamente diversas al arbitraje impuesto en el ámbito electoral.

El RDLRT regulaba dos tipos de arbitrajes obligatorios: uno, en el artículo 25.b), y otro, en el artículo 10. El primero de ellos declarado inconstitucional en la STC 11/1981, de 8 de abril, aunque, como señala esta autora, el pronunciamiento del Tribunal resulta algo ambiguo en el aspecto que tratamos, pues en el tratamiento de cada uno de ellos sienta afirmaciones bien diferentes. En el FJ 19, en relación con el arbitraje

del artículo 10.1, se refiere a que «no por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje», y en el FJ 24 establece que «no es verdadero arbitraje por ser público y obligatorio», lo que no arroja muchas luces sobre la cuestión.

Respecto al previsto en el artículo 10.1, el RDLRT es subordinado por el propio Tribunal a la concurrencia de motivos excepcionales. Como se ha dicho, se considera que no deja de ser verdadero arbitraje por ser obligatorio lo que no deja de ser sorprendente.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en la Sentencia 174/95, en torno al arbitraje obligatorio, en relación al arbitraje previsto en el artículo 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres. En dicha resolución, se juzga la compatibilidad de este concreto trámite arbitral preceptivo con el derecho fundamental citado.

La sentencia considera a estos efectos que «la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial».

Sin embargo el arbitraje laboral debe contar con el consentimiento de ambas partes, tanto en la sumisión como en la posterior aceptación. Estimando también la mayoría de la doctrina que la esencia del arbitraje está en que su opción sea facultativa.

Ahora bien, pese a ello resulta que, en lo que a la concreta materia electoral se refiere, el procedimiento arbitral constituye la única vía posible para reclamar contra los actos de la elección, las decisiones de la mesa, etc., por lo cual aparece, claramente, desprovisto de toda voluntad de las partes de someter la controversia al árbitro, ya que es impuesto por la Ley como mecanismo de reclamación exclusivo.

Como ha dicho dicha autora, el compromiso es expresión de un pacto entre las partes y, como tal, quedaría desnaturalizado al incorporarse el elemento coactivo.

No se puede hablar, bajo ningún aspecto, de existencia de compromiso arbitral en dicha materia, y no parece que pueda alterar tal hecho, en absoluto, el que la regulación se base en una propuesta de los sindicatos mayoritarios, lo que no supone una modificación en el hecho de tratarse de un medio de solución conflictual derivado imperativamente del texto legal. En base a esta aseveración, no se alcanza a comprender la referencia del legislador en la exposición de motivos de la Ley 11/199 al establecimiento para las reclamaciones en materia electoral de un sistema arbitral, dotado de las suficientes garantías en cuanto a voluntariedad y a tutela judicial, pues nada más lejos de la realidad.

En cuanto al compromiso arbitral, es claro que su contenido podrá variar en función de lo que las partes que se comprometen deseen, pero para Igartua se presentan como aspectos fundamentales el consentimiento mismo al procedimiento, con lo que supone de aceptación de la propia vinculabilidad de su resultado o laudo arbitral y también el pacto de lo referente a la designación, de mutuo acuerdo, de la concreta persona que va a llevar a cabo la tarea arbitral.

En el arbitraje electoral, es claro que falta la primera parte del compromiso de sumisión voluntaria a dicho procedimiento, que se impone como preceptivo en la norma, donde se han instituido unos concretos árbitros, a nivel provincial, nombrados por el sistema supletorio de la Ley, es decir, el acuerdo unánime de algunos sindicatos.

A pesar de esa prevista designación consensuada del árbitro, que en la práctica no existe, es evidente que no se elimina con ello el carácter de imposición. Acerca de la falta de este requisito se ha dicho, lo que compartimos plenamente, que la voluntariedad de la utilización de cualquiera que sea el instrumento extrajudicial de solución siempre será requisito de eficacia real del mismo.

Para Igartua, no se trata de situaciones parangonables, pues la voluntariedad de la conciliación no se pierde por su imposición como trámite de obligado cumplimiento, antes de acudir a otro medio de solución, judicial o extrajudicial, ya que el conciliador sólo acerca las posturas encontradas de las partes y propone soluciones, quedando siempre la decisión última en mano de los sujetos en conflicto, al contrario de lo característico del arbitraje que consiste en dejar la solución en manos de un tercero, solución que habrá de acatarse en base al previo consentimiento.

Se considera nota esencial del arbitraje su eficacia dirimente, que le hace tener carácter obligatorio sin necesidad de un pacto posterior de las partes ratificándolo. En principio, parece que puede afirmarse que el laudo no se impone a las partes por la potestad atribuida al árbitro desde el ordenamiento, sino que el fundamento de la obligatoriedad estará en el consenso. Esto plantea otro gran problema en relación con el arbitraje obligatorio, y es que resulta patente que se produce aquí una segunda quiebra respecto del arbitraje «típico». Puede decirse que el laudo dictado en las reclamaciones electorales es obligatorio, vincula a las partes, debiendo entenderse equiparados a sentencias firmes; su origen, desde luego, no está en la voluntad de las partes, que es irrelevante, sino que es otorgado directamente por el ordenamiento.

El arbitraje, en tanto que procedimiento pactado de mutuo acuerdo por las partes, da lugar a una solución que les vincula y que sustituye a la resolución judicial, evitando que los tribunales puedan entrar por se-

gunda vez en el fondo del asunto, reduciéndose normalmente la posibilidad de impugnación a los casos de resolución *ultra vires* o de infracción de normas esenciales del procedimiento.

Esto cambia completamente en el arbitraje electoral donde, a pesar de la referencia de la norma a unos motivos tasados de revisión del laudo, éstos son tan amplios que permiten el entrar de nuevo en el examen de la cuestión, siendo el juez social el que juzgue, lo que reiterando lo que señala esta doctrina, resta obligatoriedad al laudo arbitral.

En relación con la imparcialidad del árbitro electoral parece que la Ley, en su regulación del arbitraje en materia electoral, prescinde de él.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 11/1981, de 8 de abril, considera como requisito para la licitud del arbitraje obligatorio la imparcialidad del árbitro. Se considera que la imparcialidad supone la necesidad de una consulta a las partes previa a la designación o la designación de mutuo acuerdo, siendo en este caso plena la imparcialidad.

Respecto a la designación de mutuo acuerdo por las partes, Igartua considera, salvado el requisito de la imparcialidad, por lo que sería el sistema más deseable y que mayores garantías presenta, aunque en la práctica no sea el más usado. Se prevé también un sistema de designación por acuerdo unánime de los sindicatos, si bien no de todos, sino los que cumplan determinados requisitos de representatividad, estableciendo la norma una designación conforme al principio de neutralidad que esa autora considera equiparable al de imparcialidad. Principio que trata también de garantizarse en lo relativo al sistema de designación por la autoridad laboral, que realmente el reglamento viene a determinar, sin concordar demasiado con el mandato legal; designación que la autoridad laboral hará conforme a los «principios de imparcialidad, posibilidad de ser recusados y participación sindical en su nombramiento».

Para el sector doctrinal, cuyos criterios hemos recogido expresa y literalmente, no cabe duda de que nos encontramos ante una institución que no tiene naturaleza puramente arbitral, si bien comparte con ella algunos caracteres, por ejemplo la existencia de la actuación de un tercero con funciones claramente dirimentes. Es independiente la calificación que la ley le dé, pues consideran que ante la inexistencia de compromiso arbitral, la atenuada obligatoriedad del laudo, cuyo origen está en una fuente legal en vez de en el consenso, no puede hablarse con propiedad de arbitraje.

Tal sector encuentra semejanzas entre ambas figuras en cuanto puede considerarse que ambas comparten el mismo fin último, en el sentido de intentar descargar de tareas a los órganos jurisdiccionales, ya que la intervención del tercero imparcial (tanto en un caso como en

otro aunque con distinto alcance), si bien en principio parece que no para ser substitutiva del posterior juicio, podrá servir de filtro, de modo que habrá conflictos que se solucionen en esta primera fase y, para los restantes, quedará posteriormente abierto, si bien supeditado a la no introducción de cuestiones nuevas, el acceso a la vía judicial.

Si ésta ha sido tradicionalmente la causa esgrimida, ¿por qué volvemos a la instauración de un mecanismo que, en palabras del propio Tribunal Supremo, no es más que un paso más en relación a la conciliación previa? ¿No sería más lógico ir directamente a la vía judicial? Se trata de que un tercero, no investido de potestad jurisdiccional, resuelva conforme a derecho, y en la medida de lo posible de forma definitiva, acerca de una materia que por su grado de tecnicismo y su eminente carácter de orden público no puede ser objeto de concesiones mutuas entre las partes.

De lo aquí dicho extraen la consecuencia de que no nos hallamos ni ante un verdadero arbitraje ni ante un trámite preprocesal parecido a la conciliación, si bien resulta patente cómo en esta figura pueden hallarse características de ambas. Nos encontramos, según esa corriente doctrinal, ante un procedimiento de reclamación que se impone a las partes de modo preceptivo. No se limita a ser un mero trámite preprocesal sino que se trata de llegar a soluciones definitivas, compartiendo en su desenvolvimiento muchas de las pautas del proceso judicial, principalmente en lo que hace a su resolución eminentemente jurídica, a la mayoría de sus trámites, ligeramente flexibilizados y a un laudo que plantea bastantes similitudes con la sentencia judicial. Este procedimiento, que en su desenvolvimiento es similar al proceso judicial, se separa de él en que viene atribuido a un órgano que no es jurisdiccional.

La actividad que realiza el árbitro, cuando conoce de las reclamaciones en materia electoral, se asemeja mucho a la llevada a cabo por el juez, si ya se predica esta cualidad de los arbitrajes que resuelven conflictos jurídicos, como los que aquí se plantean, y que se resuelven en derecho, lo que es mucho más en este procedimiento al que fallan algunos de los elementos principales de la figura.

En este sentido, se reafirma el Tribunal Constitucional en 23 de diciembre de 1995 (S 174/95), cuando dice que «el arbitraje es un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros», es un «equivalente jurisdiccional» y además «compatible con el texto constitucional».

Puede, por tanto, coincidirse con la doctrina jurisprudencial en lo siguiente que ha de destacarse por el reflejo que en el ámbito laboral debe tener el criterio que ha continuación se expone:

Mediante el arbitraje, como dice el artículo 1 de la Ley 36/1988, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros.

En ese sentido, el arbitraje se considera «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada» (SS Tribunal Constitucional 15/1989, fundamento jurídico 9.º, y 62/1991, fundamento jurídico 5.º).

Desde este punto de vista, puede afirmarse que la institución arbitral es compatible con la Constitución. Pero la cuestión planteada no es la de si el arbitraje, en términos generales, es o no compatible con la Constitución, que, sin duda, lo es y así se ha reconocido en las sentencias citadas y en otras muchas (SS TC 43/1988, 233/1988, y 288/1993).

La cuestión que se nos plantea es si resulta conforme con la Constitución, concretamente con sus artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución española, un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. El pacto expreso en contrario no elimina, pues, la obligatoriedad del arbitraje para la parte que no admita.

Se dice por el Tribunal Constitucional que es evidente que un sistema como el que se acaba de describir, que es el que consagra el artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley de Ordenación del Transporte, resulta contrario al derecho a tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los jueces y tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos. Nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la Ley citada haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía (500.000 pesetas).

La autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por

tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta, que es lo que hace en el párrafo primero del artículo 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer, ante un órgano judicial, una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley referida que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al artículo 24.1 CE.

No se opone a esta conclusión el posible control final por los órganos judiciales, con referencia al recurso de nulidad del laudo previsto en el artículo 45 de la Ley Arbitraje. La objeción tendría consistencia si dicho control judicial no estuviera limitado —como lo está— a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al arbitraje; pero al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado artículo 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE.

## **VI. El arbitraje laboral negociado sindicalmente. El ASEC**

Finalmente conviene recoger la situación actual de lo que a nivel nacional representa la mediación y el arbitraje laboral no institucionalizado en el seno de la Administración.

Las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME, y las organizaciones sindicales CC.OO. y UGT han firmado, el 31 de enero de 2001, el II Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC II) y su Reglamento de Aplicación (RASEC II), por los que incorporan a los textos del I Acuerdo (ASEC I) y a su Reglamento de aplicación (RASEC I) diversas modificaciones, con la finalidad de dotar de una mayor operatividad a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos laborales.

El Acuerdo, que ha sido publicado en el *BOE* el 26 de febrero de 2001 y ha entrado en vigor el día 27 de febrero, estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2004.

No son muchas las modificaciones que se han introducido en el texto del nuevo Acuerdo, resultando de la experiencia aplicativa del ASEC I acumulada por sus firmantes, según la cual se había puesto de manifiesto la conveniencia de perfeccionar algunas cuestiones técnicas, como las relacionadas, entre otros aspectos, con el bloqueo de la negociación colectiva ordinaria, el papel de las comisiones paritarias de los convenios, o la de mejora de la mediación.

Ninguna de las reformas adoptadas en esta dirección han alterado el objeto del Acuerdo, ya que no crean un sistema diferente de solución de conflictos laborales al pactado en 1996, dado que lo único que han pretendido es su perfeccionamiento.

Los cambios que, como se ha dicho, afectan a un reducido número de disposiciones, inciden de forma resumida en los siguientes aspectos:

- Inclusión en el ámbito del ASEC II de las denominadas «controversias colectivas», surgidas en el seno de las comisiones paritarias.
- Modificación limitada de las condiciones previas para que se produzca la intervención ante el SIMA en caso de bloqueo en la negociación colectiva.
- Redefinición de diversos aspectos de la mediación, potenciando la figura del mediador o mediadores.

La aprobación del nuevo Acuerdo atiende a los problemas derivados de su sucesión temporal en relación con el anterior y para ello establece un régimen transitorio con el fin de evitar que la aplicación del ASEC II y su Reglamento exijan la ratificación o adhesión expresa, en cada caso, para lo que habría que esperar a la renegociación de los convenios colectivos adheridos al ASEC I. Según la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, «se entenderá que este Acuerdo y su Reglamento incluyen, en su ámbito de aplicación, a todos los sectores y empresas que a fecha 31 de diciembre de 2000 se encuentren adheridos, o incorporados por convenio o acuerdo o hayan ratificado el sistema de solución de conflictos establecido en el anterior ASEC. No obstante, en el plazo de tres meses a partir de la publicación de este acuerdo en el *BOE*, podrán manifestar por escrito su decisión en contrario al Comité Paritario de este segundo ASEC». Por su parte, mediante una disposición transitoria 2.<sup>a</sup>, se establece que las mediaciones y arbitrajes registrados en el SIMA con anterioridad a la publicación oficial del ASEC II, se tramitarán conforme al anterior Acuerdo.

La plena operatividad del Acuerdo, conforme a la disposición final 1.<sup>a</sup> del ASEC I, se hacía depender de la puesta en funcionamiento del SIMA (Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje). Encomendada la gestión del Acuerdo y sus procedimientos a la Fundación SIMA, cuya creación no tuvo lugar hasta el 14 de julio de 1997, dando inicio a sus funciones el 16 de abril de 1998, ha sido esta Fundación tripartita (con representantes de la Administración, y de los firmantes del Acuerdo, esto es de las organizaciones empresariales y de las organizaciones sindicales), quien ha venido gestionando los procedimientos y continuará haciéndolo con el ASEC II. La Fundación SIMA cuenta con una dotación presupuestaria pública, siendo los mecanismos y procedimientos que gestiona gratuitos para las partes en conflicto.

De igual forma, el ASEC II da continuidad a las funciones del Comité Paritario Interconfederal creado por el anterior Acuerdo, formado por seis representantes de las organizaciones empresariales y seis de las organizaciones sindicales, cuyas competencias son la interpretación, aplicación y seguimiento del ASEC II. Además, algo que no se había recogido expresamente en el anterior, y sí se ha previsto ahora en el nuevo, este Comité será competente también para la interpretación, aplicación y seguimiento del Reglamento de aplicación del Acuerdo.

Una de las novedades más relevantes de la actual regulación es que se da cabida a las controversias colectivas surgidas por el bloqueo en la adopción de un acuerdo en el seno de las comisiones paritarias de los convenios colectivos, a causa de las diferencias surgidas en la interpretación y aplicación del convenio. Las discrepancias nacidas en el seno de dichas comisiones que no llegan, en ocasiones, a ser verdaderos conflictos, encuentran así un cauce específico de expresión en el ámbito del ASEC II, supuesto en el que son sujetos legitimados para instar la mediación los miembros de la comisión, siempre que actúen por acuerdo mayoritario de ambas representaciones. Fruto igualmente de la experiencia, se modifica la anterior regulación de los conflictos surgidos por el bloqueo de la negociación de un convenio colectivo, acuerdo u otro pacto colectivo. A tal efecto, se cambia el requisito anterior, de un tiempo de espera de seis meses desde el comienzo de la negociación para poder acudir al SIMA, por un criterio mixto (temporal y subjetivo), en virtud del cual se puede solicitar la intervención de dicho servicio, bien tras cinco meses de bloqueo desde la constitución de la mesa negociadora, o bien, sin necesidad de tiempo mínimo alguno, cuando la intervención se interese por las dos partes de forma conjunta. Obedece este nuevo criterio a la voluntad de potenciar una vía de solución de conflictos durante la negociación colectiva, infrautilizada hasta ahora, probablemente porque el plazo de seis meses de espera abocaba

con más facilidad en conflicto a la convocatoria de huelga, a falta de otro cauce alternativo de solución.

La evolución del ASEC I ha confirmado a la mediación, con un 95 por 100 de los conflictos tramitados en el período 1998-2000, como el procedimiento más utilizado. Ello ha permitido extraer, entre otras enseñanzas, la conveniencia de dotar al mediador de una posición más activa en la solución del conflicto, de forma que, frente a la figura del conciliador, el mediador destaque, como formulador de propuestas que permitan un mayor porcentaje de acuerdos, situado, en el referido período, entre el 25 y el 30 por 100.

El nuevo Acuerdo determina que el órgano encargado de aprobar la lista de mediadores sea el Patronato del SIMA, sustituyendo la mención anterior a la Junta de Gobierno. Dicha lista está compuesta por «los mediadores propuestos por las partes firmantes del ASEC II», superando la anterior exigencia de equiparación del número de mediadores propuestos por cada una de las partes. No obstante este listado, se facilita también a las partes la posibilidad de designar, de mutuo acuerdo, un mediador no incorporado a la referida lista, sin que ello afecte a la gratuidad del procedimiento, con el único requisito de que su actuación se deberá ajustar a los criterios y normas del Servicio.

Por otro lado, entre los firmantes existe una lógica preocupación por mantener la independencia de los procedimientos y de los mediadores encargados de intervenir en los conflictos, dada la confianza en ellos depositada. A tal fin, el Reglamento del ASEC II regula nuevas causas de incompatibilidad, basadas en el principio de ajeneidad al conflicto concreto (a excepción de los miembros de la comisión paritaria de los convenios colectivos) y en la ausencia de intereses personales o profesionales directos, que pudieran alterar o condicionar la autonomía e imparcialidad de la actividad mediadora.

La potenciación de la figura del mediador o mediadores lleva a diversas mejoras en la regulación actual del procedimiento de mediación, como, la determinación de que el mediador puede formular distintas propuestas de solución del conflicto, entre ellas, la de sometimiento del conflicto a arbitraje, forma indirecta también de potenciar este procedimiento menos utilizado; o que las partes deban aceptar o rechazar ahora de forma expresa las propuestas del mediador. Caso de no avenencia, se establece el deber de levantar acta, en la que, frente a la anterior mención genérica de consignar la falta de acuerdo y razones alegadas, ahora tendrán que registrarse las propuestas formuladas, la ausencia de acuerdo y las razones alegadas por cada una de las partes.

Con estas mayores exigencias en el contenido del acta, el seguimiento de la evolución de los conflictos permitirá observar hasta qué

punto, pese a la no avenencia, las propuestas formuladas por el mediador y el acercamiento de las partes en la negociación permiten un futuro desenlace de la controversia.

La labor encomendada al mediador o mediadores se plasma en la forma en que se concretan los dos posibles momentos de una mediación:

- A modo de mediación previa con formulación de propuestas realizadas por el mediador, que deben ser rechazadas o aceptadas expresamente por las partes.
- Tras la comparecencia y, en el plazo de diez días, formulación de propuestas por el mediador que, de no ser aceptadas, se tendrán por no puestas.

Por último, como matización técnica, se establece expresamente que la mediación ante el SIMA sustituye a la conciliación administrativa como requisito previo a la presentación de demanda de conflicto colectivo ante la jurisdicción social, a los efectos previstos en los artículos 63 y 154 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

Se trata de atajar eventuales dudas, que en el pasado pudieran tener las partes en conflicto, sobre la no necesidad de reiteración del trámite de conciliación administrativa previo a la vía judicial, en los casos de no avenencia o de procedimientos intentados sin efecto ante las instancias del SIMA.

La mención expresa que hace el nuevo Reglamento al *artículo 154 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral*, al comprender a sus dos apartados, permite otorgar sin ningún género de duda a lo acordado en la mediación la misma eficacia atribuida a los convenios colectivos por el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que se reúnan los requisitos de legitimación legalmente establecidos.

Con el fin de consolidar el sistema de solución de conflictos laborales previsto por el ASEC II, los firmantes entienden que la intensificación de estos procedimientos debe venir acompañada de diversas modificaciones legislativas, por lo que apuntan la constitución de un grupo de trabajo, encargado de desarrollar y formular propuestas al respecto.

De igual forma, encargan a este grupo abordar el tratamiento a otorgar a los conflictos individuales de trabajo, en el marco de los procedimientos voluntarios de solución de conflictos. Estos ya se incluyen en el ámbito objetivo de aplicación de Acuerdos de Solución Extrajudicial de Conflictos en algunas Comunidades Autónomas, entre las que se puede citar, por el volumen de asuntos individuales tramitados en el año 2000, a Aragón (3.761 expedientes), Baleares (545 expedientes) o Cantabria (235 expedientes). Los años de aplicación del I Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC I) han proporcio-

nado experiencias favorables a la implantación de una cultura de auto-composición de conflictos, circunstancia ésta que se observaría al comparar el aumento del número de procedimientos tramitados en el período 1998-2000 y la disminución de los asuntos gestionados ante los organismos administrativos en ese mismo período. Mediante los procedimientos previstos en el ASEC I se tramitaron 49 asuntos en 1998, 97 en 1999 y 121 en 2000, lo que implica un notable incremento anual. Debe advertirse que la importancia de su actividad es mayor de la que dichas cifras parece sugerir, pues se trata de conflictos de empresa o sector de ámbito superior a una Comunidad Autónoma, donde la afectación de empresas y trabajadores es más numerosa, de forma que, por ejemplo, los 121 conflictos tramitados el pasado año afectaron a 169.458 empresas y 2.316.975 trabajadores. En este contexto, las modificaciones operadas en el Acuerdo reflejan las exigencias de un proceso abierto de debate y reflexión sobre el futuro de este tipo de procedimientos y el arraigo progresivo de la solución autónoma de la conflictividad laboral, con el objetivo de contribuir a la resolución de conflictos fuera de la vía judicial y potenciar la cultura de la negociación.

El cuadro con el que se concluye este estudio da una idea, no obstante, de la situación actual:

Conceptos	1998		1999		2000	
	Número	%	Número	%	Número	%
Total conflictos	49	100	97	100	121	100
<i>Ambito del conflicto</i>						
Empresa	41	83,7	91	93,8	106	87,6
Sector	8	16,3	6	6,2	15	12,4
<i>Tipo conflicto</i>						
Interpretación y aplicación	39	79,6	77	79,4	85	70,2
Bloqueo de negociación	2	4,1	2	2,1	3	2,5
Huelga	8	16,3	18	18,6	33	27,3
Consultas	0	0	0	0	0	0
<i>Tipo de procedimiento</i>						
Mediación	47	95,9	94	96,9	115	95
Arbitraje	2	4,1	3	3,1	6	5
<i>Resultado mediaciones</i>						
Con acuerdo	12	25,5	34	36,2	30	26,1
Sin acuerdo	25	53,2	43	45,7	67	58,3
Otros	10	21,3	17	18,1	18	15,7

## Bibliografía

- ALEMANY ZARAGOZA: *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid.
- ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona.
- ALONSO OLEA: *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid. *Derecho Procesal Laboral*. Madrid. *Derecho del Trabajo*. Madrid.
- BARREIRO GONZÁLEZ y otros: *Diccionario Procesal Social*. Madrid.
- BAYÓN CHACÓN: *La autonomía de la Voluntad en el Derecho del Trabajo*. Madrid.
- BAZ TEJEDOR: «El arbitraje electoral», *Actualidad Laboral*. Madrid.
- BORRAJO DACRUZ: *Derecho del Trabajo*. Madrid.
- DALLOZ: *Arbitraje Repertorio Legislation et de Iurisprudence*. París.
- DE CASTRO, Federico: *Derecho Civil de España*. Madrid.
- DE LA VILLA: *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Madrid.
- GARCÍA FERNÁNDEZ: *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid.
- IGARTUA MIRÓ: «El nuevo procedimiento de reclamación en materia electoral: ¿Verdadero arbitraje?», *Actualidad Laboral*. Madrid.
- IGLESIAS y otros: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Madrid.
- LAHERA FORTEZA: «La impugnación del arbitraje obligatorio y del laudo arbitral en la sustitución de las ordenanzas laborales», *Relaciones Laborales*. Madrid.
- LLUIS I NAVAS: *Manual de Derecho Laboral*. Barcelona.
- MERINO MERCHÁN: *Arbitraje laboral*. Instituto de Empresa. Madrid.
- MERINO MERCHÁN: «Tratado de arbitraje privado», *Civitas*. Madrid.
- MOLERO MANGLANO: *Estructura del contrato de trabajo*. Madrid.
- MONTERO AROCA: *El proceso laboral*. Barcelona.
- MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*. Madrid.
- RODRÍGUEZ PIÑERO: «El nuevo procedimiento de formalización. Conciliación y arbitraje», *Revista Política Social*, n.º 56. Madrid.
- SANTORO PARACELLI: *Nocioni di Diritto del Lavoro*. Nápoles.
- SUÁREZ GONZÁLEZ: *Conflictos colectivos. Quince lecciones sobre conflictos colectivos*. Madrid.
- VALDÉS DAL-RÉ: «Problemas aplicativos de la ordenación del arbitraje en conflictos colectivos previstos en el ASEC», *Relaciones Laborales*. Madrid.

# LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. DE ROMA AL DERECHO MODERNO

Olga Marlasca Martínez  
Universidad de Deusto

## 1. Introducción

En fechas recientes (mediados del año 2000) tuvo lugar, por parte del Consejo de Ministros español, la firma del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de menores en la pornografía, por el que los países firmantes se comprometen a tipificar en sus legislaciones penales cada uno de estos delitos y a incluirlos en todo tratado de extradición suscrito o que suscriban en el futuro.<sup>1</sup> En la actualidad, con cierta frecuencia, desgraciadamente, aparecen en los medios de comunicación noticias que describen escenas crueles y perversiones sórdidas que tiene relación con el abandono, venta de vídeos con abusos y asesinatos de niños, etc. En esta misma línea, un estudio realizado por la fundación ANAR se refiere al siguiente dato: un 23,8 por ciento de padres usa el castigo físico<sup>2</sup>.

La historia de la patria potestad es la crisis y ocaso de una institución inicialmente patriarcal y autoritaria y, por consiguiente, absoluta<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Asimismo, en fechas relativamente recientes, se ha de destacar, en el orden civil, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la cual presenta un rígido cuadro normativo que obstaculiza el detestable tráfico de niños.

<sup>2</sup> En la celebración del undécimo aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño, el presidente de Unicef España, Joaquín Ruiz-Giménez, reveló la existencia de más de 100.000 niños en España en situación de explotación laboral. La OIT, por su parte, constata que en los países en desarrollo trabajan unos 250 millones de niños entre 5 y 14 años.

<sup>3</sup> *Vid.* DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN: «Sistema de Derecho Civil», vol. IV. *Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, 2.<sup>a</sup> ed. (Madrid, 1982), 367.

En sociedades anteriores a la nuestra, las facultades del *paterfamilias* eran muy amplias y se traducían en una serie de derechos a favor del mismo, como eran el derecho de dar muerte al *filius*, imponerle toda clase de castigos; venderlo, donarlo, pignorarlo, entre otros. Pero no es menos cierto que determinadas disposiciones legales van limitando las amplias facultades del *pater* ya desde la época romana.

En el presente trabajo, no es nuestro propósito realizar un estudio exhaustivo acerca de la *patria potestas*<sup>4</sup> que ejerce el *paterfamilias*; sino que desde nuestro ángulo de visión pretendemos destacar que la historia de la citada institución constituye, en conjunto, un proceso de debilitación de la autoridad paterna, de manera que si en la concepción antigua de la patria potestad destacaba el aspecto de derecho, en la concepción moderna se acentúa el de deber<sup>5</sup>. Son complejas las causas de tan importante transformación. Algunos autores la explican por la evolución política de los pueblos: en los primitivos, en que la familia era la única sociedad y la autoridad del padre la única autoridad, su poder había de ser robusto; mientras que en las civilizaciones adelantadas, en que al lado de la familia y su autoridad existen el Estado y la suya, todo lo que gana la última tiene que perderlo la primera<sup>6</sup>. Otros autores señalan también, junto a la razón de carácter político mencionada, otras causas, morales y sociales, que han contribuido al cambio de la institución. Concretamente en relación con el Derecho romano, se recuerda la corrupción y el amplio desarrollo de las actividades militares y comerciales que rompieron la íntima unión de la antigua familia romana al determinar la necesidad de reconocer al *filius* una capacidad patrimonial; se indica también el influjo de las costumbres de Grecia y Egipto y se insiste, sobre todo, en la influencia del cristianismo con su concepción de la familia<sup>7</sup>.

Así pues, en las presentes líneas pretendemos retrotraernos a la antigüedad, concretamente a la época del Derecho romano, en primer lugar, y destacar las limitaciones legales en el orden personal que se impusieron al *paterfamilias* en el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos que de él dependían. Con posterioridad al citado derecho, dos textos legales de la época visigoda (el Código de Eurico y la *Lex Visigothorum*<sup>8</sup>) aluden, asimismo, a los límites relativos a la autoridad

---

<sup>4</sup> Cf. la nota 11.

<sup>5</sup> Cf. CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.<sup>3</sup>: *La patria potestad* (Madrid, 1960), 16.

<sup>6</sup> VIOLLET: «Histoire du Droit civil français», 3.<sup>a</sup> ed. (1905), 543, citado por CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.<sup>3</sup>: *La patria potestad*, 17.

<sup>7</sup> ROBERTI: «Patria potestas e paterna pietas», en *Studi Albertoni*, I (1934), 259.

<sup>8</sup> *Lex Visigothorum*, ed. K. ZEUMER, en *Monumenta Germaniae Historica (Leges)*, vol. I. Hannover-Leipzig (1902). En adelante, LV.

paterna. Por otra parte, hay que tener además en cuenta que en la época bajomedieval muchas de las instituciones jurídicas de los textos legales romanos fueron objeto de recepción en textos legales posteriores en los términos a los que nos vamos a referir en los correspondientes epígrafes.

De esta manera, la disposición y división del trabajo se estructura en una serie de apartados: en primer lugar, se hace alusión a determinadas constituciones de emperadores de la época romana, contenidas en el Código Teodosiano<sup>9</sup>, así como en el Código de Justiniano, relativas a la prohibición de muerte, venta, donación y pignoración de los hijos; en el siguiente apartado se presentan las disposiciones del derecho visigodo que limitan, asimismo, las facultades del *pater*, pertenecientes, concretamente, al Código de Eurico y a la *Lex Visigothorum*, teniendo en cuenta la importancia que la citada *Lex* como cuerpo legal tuvo posteriormente en la Edad Media española. Al final de la disposición de la LV se incluye la versión de la misma contenida en el Fuero Juzgo<sup>10</sup>. A continuación se hace referencia a las disposiciones de los textos legales medievales que son objeto de la recepción del *ius commune* y que tienen relación con el tema objeto de nuestro estudio. Hacemos alusión, asimismo, a determinados aspectos acerca de la patria potestad regulados en la Ley de Matrimonio Civil de 1876. Por último, unas breves consideraciones relativas a la concepción de la patria potestad y los límites al ejercicio de la misma en el derecho actual.

---

<sup>9</sup> El Código Teodosiano es una compilación de constituciones imperiales que se promulgó con carácter oficial por los emperadores Teodosio II (Oriente) y Valentiniano III (Occidente) el año 433. El Código citado tuvo gran difusión: en Oriente estuvo en vigor hasta la época de Justiniano, cuyo Código (529) recogió muchas constituciones del Teodosiano. En Occidente, sobrevivió al Imperio ya que en gran parte quedó recogido en la *Lex Romana Visigothorum* (506) y a través de ella tuvo gran difusión en la Alta Edad Media occidental, cf. CHURRUCA, J., con la colaboración de MENTXAKA, R.: *Introducción histórica al Derecho Romano*, 7.<sup>a</sup> ed. revisada (Bilbao, 1994), 222-223. Las constituciones del Código Teodosiano se citan por la ed. de MOMMSEN, vol. I (Berlín, 1954).

<sup>10</sup> La compilación legislativa, promulgada por Recesvinto, se la conoce por los diferentes nombres de *Lex Visigothorum*, *Liber Iudiciorum* o *Liber Iudicum*, cf. datos más concretos sobre la citada Ley en la nota 65; debe destacarse, además, que la citada compilación se traduce al castellano en el siglo XIII con el nombre de Fuero Juzgo. En relación con el citado Fuero, se utiliza la edición de M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, en *Códigos Antiguos de España*.

## 2. El precedente romano

### 2.1. Consideraciones previas

Como anteriormente se ha dejado constancia, no es nuestra intención tratar de forma exhaustiva la institución de la *patria potestas* romana, que ha sido estudiada por numerosos romanistas<sup>11</sup>, sino que pretendemos destacar en este apartado tan sólo unas breves consideraciones acerca de la misma. Como es sabido, se conoce con la expresión citada, la autoridad que el *paterfamilias* en el Derecho romano, ejerce sobre todas las personas que forman parte de la familia agnaticia. Además, el poder del *paterfamilias* sobre las personas a él sometidas era originariamente absoluto<sup>12</sup>, de manera que primitivamente no se diferenciaba del ejercicio sobre los esclavos, sobre la mujer que ha contraído matrimonio *cum manu* y sobre las personas *alieni iuris* que le han sido entregadas mediante la *mancipatio* correspondiente<sup>13</sup>. Ha de destacarse también que «el poder del *pater*, al contrario de lo que ocurría en los Derechos griegos y germánico, subsistía sobre el hijo de familia que hubiese alcanzado la mayor edad»<sup>14</sup>. El mismo Gayo<sup>15</sup> afirma que la

<sup>11</sup> La institución ha sido estudiada por numerosos romanistas, entre otros, podemos mencionar: BIONDI, B.: *Il Diritto romano cristiano*, III. *La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico* (Milano, 1954), el autor dedica un capítulo: «La patria potestas, basi e fini della famiglia». BONFANTE: *Corso di Diritto romano. Diritto di famiglia* (Roma, 1925), 69 ss. CASTELLO: *Studdi sul diritto familiare e gentilizio romano* (Milano, 1924), 69 ss. DE VISSCHER: «Il concetto di potestà nell'organizzazione dell'antico Diritto romano», en *Conferenze romanistiche*, 3 ss. KASER: «Der Inhalt der *patria potestas*», en *ZSS*, 58 (1938), 62 ss. WESTRUP: *Family, property and Patria potestas* (London, 1936). ROBERTI: «*Patria potestas*» e «*paterna pietas*», en *Studi Albertoni*, I (1934). Más recientemente, la institución ha sido estudiada, entre otros, por OTERO, A.: «La patria potestad en el Derecho histórico español», en *AHDE*, 26 (1956), 209 ss. CASTÁN VÁZQUEZ: *La patria potestad* (Madrid, 1960).

<sup>12</sup>  *Vid.*, entre otros, IGLESIAS, Juan: *Derecho romano*, 531 ss. ARIAS RAMOS, J.: *Derecho romano*, II. *Obligaciones, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. Décima edición (Madrid, 1966), 722 ss. GIMÉNEZ-CANDELA, T.: *Derecho privado romano* (Valencia, 1999), 228 ss. Asimismo, KASER: *Derecho romano privado*, 5.<sup>a</sup> ed. alemana. Trad. esp. por Santa Cruz Teijeiro (Reus, 1968), 275, se refiere a una hegemonía ilimitada del poderhabiente, la cual viene suavizada por el Derecho sacro y la costumbre y en la época de Augusto por limitaciones creadas por el mismo Derecho privado. La *patria potestas*, constituía, en frase de WINDSCHEID, «una potestad puramente egoísta», cuya extensión se determinaba sólo en interés del padre.

<sup>13</sup> Cf. ARIAS RAMOS: *Derecho Romano*, II, 722.

<sup>14</sup> KASER, Max: *Derecho romano privado*, 276.

<sup>15</sup> Gayo, 1,55: *Quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.*

*patria potestas* es una institución propia de los *cives romani*, sin comparación en pueblo alguno.

Asimismo, hay que tener en cuenta que la evolución de la *patria potestas* en el Derecho romano presenta como hitos inicial y final dos concepciones opuestas de la misma. La patria potestad comienza como un poder despótico concebido en provecho del que la ejerce, según establece Arias Ramos<sup>16</sup>, y termina considerándose como una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella. En definitiva, la *patria potestas*, en su estructura originaria, supone poder y no deber hacia los sometidos, a no ser en la esfera moral. El Derecho se detiene ante la *patria potestas* y no atraviesa el umbral de la familia<sup>17</sup>. En la nueva concepción de la institución influyeron una serie de razones, a las que nos hemos referido anteriormente, además del cristianismo, con su nueva concepción de la familia. Más adelante, la patrística, desarrollando las enseñanzas de San Pablo, presenta una nueva concepción de la familia y de la *patria potestas*<sup>18</sup>, de tal manera que esta nueva concepción influye en la legislación a partir de Constantino, en los términos a los que nos vamos a referir más adelante.

La *patria potestas*, en su concepción originaria, se concreta en una serie de facultades a favor del *pater* en relación con *el filius*, como son: el derecho de vida y muerte, *ius vitae necisque*, que constituye el más alto exponente del poder de coerción del padre<sup>19</sup>; comprende, además, el citado derecho, la posibilidad de imponerle toda clase de castigos. Tiene el *pater*, asimismo, el *ius exponendi*, esto es, el derecho de exponer al hijo de familia, y el *ius vendendi*, derecho de vender a los individuos que están integrados en la citada institución. Dentro de las facultades que componen la *patria potestas*, están, además, el derecho del *pater* de entregar en noxa *al filiusfamilias* para liberarse de esa forma de responsabilidad como consecuencia de los posibles daños que el mismo cometa frente a terceros pertenecientes a otra familia. Desde el punto de vista procesal, puede el *pater* reclamar al *filius* con la misma acción que le sirve para reclamar las cosas de las que es propietario: esto es, la *reivindicatio*.

---

<sup>16</sup> ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, II, 722. No hacemos alusión al aspecto patrimonial de la *patria potestas* que tiene relación con la concesión por el pretor de las *actiones adiecticiae qualitatís* y la constitución de los peculios a favor de los hijos.

<sup>17</sup> Cf. VOLTERRA: «Sui mores della famiglia romana», en *Rend. Acc. Lincei* (1949), 521 ss. Citado por OTERO: «La patria potestad en el derecho histórico español», en *AHDE*, 26 (1956), 212.

<sup>18</sup> ROBERTI: «*Patria potestas e paterna pietas*», 264 ss.

<sup>19</sup> KASER, Max: *Derecho romano privado*, 276.

No obstante, es indudable que la presión del ambiente social y el afecto natural —lo más frecuente sería que el *filiusfamilias* tuviese un parentesco consanguíneo más o menos próximo con relación al jefe familiar— mitigaron en la práctica el rigor de un poder teóricamente tan absoluto<sup>20</sup>. Existe, además, toda una evolución histórica por la cual, a través de graves restricciones en los poderes del *pater* e imposición de obligaciones, la *patria potestas*, según Kaser, se comienza a concebir como *officium*, es decir, como un deber de protección y de asistencia<sup>21</sup>. Asimismo, «la sucesiva intervención estatal —en los términos a los que nos vamos a referir en el siguiente apartado—, en consonancia con las nuevas concepciones sociales, acabó por destruir al viejo mundo de conceptos sobre el que descansaba la familia»<sup>22</sup>.

## 2.2. Disposiciones legales que establecen limitaciones al ejercicio de la patria potestas

2.2.1. En primer lugar, en el orden personal, por lo que respecta al derecho de vida y muerte (*ius vitae necisque*), hay que tener en cuenta, como anteriormente se ha dicho, que la moral influyó dulcificando el rigor de este poder y exigió al padre que las penas graves, sobre todo la de muerte, no fuesen impuestas por él arbitrariamente, sino como juez y después de oír el consejo de parientes (*iudicium domesticum*)<sup>23</sup>. El ejercicio abusivo del mismo fue prohibido ya por las XII Tablas<sup>24</sup>. También un texto de Ulpiano en Dig. 48,8,2<sup>25</sup>, establece que el padre no puede matar a su hijo sin que haya sido oído, sino que debe acusarlo ante el prefecto o el gobernador de la provincia.

La legislación de la época del principado castigó severamente los abusos derivados de la *potestas* del *paterfamilias*; podemos referirnos a algunos textos recogidos en el Digesto de Justiniano. Concretamente, un texto de Papiniano en Dig. 37,12,5, alude a una disposición del emperador Trajano la cual obliga a emancipar al *filius* maltratado por el

<sup>20</sup> Cf. ARIAS RAMOS: *Derecho Romano*, 723.

<sup>21</sup> KASER, Max: «Der Inhalt der *patria potestas*», en ZSS, 58. Romanistische Abteilung (Weimar, 1938), 62 ss.

<sup>22</sup> IGLESIAS, Juan: *Derecho romano* (Barcelona, 1972), 533. Se han mencionado *supra* una serie de causas de toda índole que fueron modificando la institución dando paso a una nueva concepción de la familia, cf. ROBERTI: «*Patria potestas* e *paterna pietas*», 259.

<sup>23</sup> Cf. CICEÓN: *de fini.*, 1,24; Val. Máx. 5,8,2.

<sup>24</sup> KASER, Max: *Derecho romano privado*, 276.

<sup>25</sup> Dig.48,8,2. El texto de Ulpiano en el libro I de *Adulteriis*, establece: *Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet.*

*pater*<sup>26</sup>. Asimismo, un texto de Marciano en Dig. 48,9,5<sup>27</sup> nos informa de una disposición de Adriano que castiga con la *deportatio in insulam* al *pater* que mata al hijo *latronis potius (more) quam patris iure*. También el *ius vitae et necis* es testimoniado por Papiniano, en (*Collatio Legum*, 4,8,1<sup>28</sup> y condenado por la ética cristiana.

En una constitución de Constantino del año 323, dirigida al prefecto de la ciudad y contenida en CTh 4,8,6, se hace mención al *ius vitae necisque* como institución vigente en otro tiempo<sup>29</sup>. El mismo emperador castigaba con la pena del parricidio a los que mataron a sus padres, así como a sus hijos<sup>30</sup>. Así, la muerte de un hijo (y de otros parientes cercanos) constituye un delito de homicidio cualificado. De esta manera, hace reo de la pena propia del parricidio —la *poena cullei*<sup>31</sup>— a quien mata al hijo.

Finalmente, una constitución de Valentiniano en CTh 9,13,1<sup>32</sup> lleva a cabo la abolición del *ius vitae necisque* y declara competentes a los jueces y no a los padres para castigar a los hijos por faltas graves.

<sup>26</sup> Dig. 37,12,5. *Divus Traianus filium, quem pater mala contra pietatem afficiebat, coegit emancipare, quo postea defuncto pater, ut manumissor, bonorum possessionem sibi competere dicebat; sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est.*

<sup>27</sup> Dig. 48,9,5 *Marcianus libro 14 Institutionem.-Divus Hadrianus, fertur, quum in veneratione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis, quam patris iure eum interfecit; nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

<sup>28</sup> *Collatio* 4,8. *Papinianus, libro singulari de adulteris [et titulo]: 1. Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem, quod bonum fuit lege comprehendi, rescribere: nam scire cupio. Respondit: numquid ex contrario praestat nobis argumentum haec adiectio, ut non uideatur lex non habenti dedisse, sed occidi eam cum adultero iussisse, ut uideatur maiore aequitate ductus adulterum occidisse, cum nec filiae pepercerit? Cf., asimismo, QUINTILIANO: *Declamationes*, 6.14.*

<sup>29</sup> Asimismo, la constitución en CJ 8,47,10, en los siguientes términos: *Imp. Constantinus A. ad Maximum, Praefectus urbi.- Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas olim erat permessa eripere libertatem non liceret.*

<sup>30</sup> Se trata de una constitución del año 318 recogida en CTh 9,15,1 = CJ 9,17,1. El emperador Constantino al Vicario de Africa.- *Si quis parentis aut filii aut omnino affectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive pala id fuerit enisus, poena parricidii punietur, neque gladio, neque ignibus, neque ulli alli solemnii poenae subiugetur, sed insutus culeo cum cane et gallo gallinaceo et vipera et simia, et inter eas ferales angustias comprehensus serpentium contuberniis misceatur, et ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in annem proiiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, et ei coelum superstiti, terra mortuo auferatur.*

<sup>31</sup> La citada pena consistía en encerrar a los parricidas en un saco de cuero para tirarlos al mar.

<sup>32</sup> CTh 9,13,i [ = BREV. 9,10,11. *Impp. Valentinianus et Valens AA. Ad Senatum. In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut,*

2.2.2. Por lo que respecta al *ius exponendi*<sup>33</sup>, otra de las facultades que integran la *patria potestas*, no es objeto de estas prohibiciones, pero se producen una serie de consecuencias, según consta en las constituciones de algunos emperadores a las que nos vamos a referir. Las XII Tablas ordenaban la exposición de las criaturas deformes. En el derecho postclásico, la exposición es tolerada: concretamente, tenemos que en el CTh 5,9, bajo la rúbrica: *De expositis*, se recogen algunas constituciones sobre la materia. En primer lugar, la constitución de Constantino, contenida en CTh 5,9,1<sup>34</sup>, establece que quien asume la crianza de un hijo expuesto tendrá sobre él la patria potestad o el dominio, según que lo haya tratado como hijo o como esclavo, y por tanto cesa el poder paterno o dominical de quien lo hubiere expuesto. Asimismo, otra constitución de los emperadores Honorio y Teodosio en CTh 5,9,2<sup>35</sup>, tiene relación con

---

*quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat. Neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum et privata animadversione compescat. Quod si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet enormis delicti reos dedi iudicum notioni.*

En la *interpretatio* de la citada constitución se establece: *Propinquis senioribus lege permittitur errorem vel culpas adulescentium propinquorum patria districtione corrigere, id est ut, si verbis vel verecundia emendari non possunt, privata districtione verberibus corrigantur. Quod si gravior culpa fuerit adulescentis, quae privatim emendari non possit, in notitiam iudicia deferatur.*

<sup>33</sup> Algunos autores se refieren en sus obras al *ius exponendi*, entre otros, cf. Suetonio: Claudio, 27. El uso de la exposición de niños recién nacidos es común a los romanos, griegos, germanos e hindúes, cf. Castán: *La patria potestad*, 22, nota 51.

<sup>34</sup> CTh 5,9,1. *Imp. Constantinus A. Ad Ablavium Praefectam Praetorio. Quicumque puerum vel puellam, proiectam de domo patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse mulierit: omni reperitionis inquietudine penitus submovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint.*

En la *interpretatio* de la citada constitución de Constantino dirigida al Prefecto del Pretorio, en parecidos términos, se establece lo siguiente: *Quicumque expositum recenti partu sciente patre vel matre vel domino collegerit ac suo labore educaverit, in illius, a quo collectus est, potestate consistat, seu ingenium seu servum quem nutritus esse voluerit.*

<sup>35</sup> CTh 5,9,2 [= BREV. 5,7,2]. *Imp. Honorius et Theodosius AA. Melitio Praefecto Praetorio. Nullum dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si expositos quadammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit, nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit; si modo testis episcopalis subscriptio fuerit subsecuta, de qua nulla penitus ad securitatem possit esse cunctatio.*

En la *interpretatio* de la Constitución perteneciente a los emperadores Honorio y Teodosio dirigida al Prefecto del Pretorio, contenida en CTh 5,9,2, se establece: *Qui expositum puerum vel puellam sciente domino vel patrono misericordiae causa collegerit, in eius dominio permanebit: si tamen constestationi de collectione eius episcopus clericique subscripserint, quoniam postea suum dicere quisque non poterit, quem proiecisse probatur ad mortem.*

el *ius exponendi*, y se establece en la misma que quien haya recogido a un niño o niña expósitos, a sabiendas de su dueño o de su patrono, permanecerá en el dominio de quien lo recogió, después de que se haya probado que fueron expuestos para que murieran. En la época de Justiniano en una constitución del citado emperador, en CJ 1,4,24<sup>36</sup>, se concede al acogido la condición de ingenuo.

2.2.3. Por lo que respecta a las disposiciones relativas a la prohibición de la venta, donación y pignoración de los hijos por parte de los padres, se encuentran fundamentalmente en el Código Teodosiano, así como en el Código de Justiniano.

El *ius vendendi* que tuvo gran importancia en la antigüedad, decayó más rápidamente que el *ius vitae necisque*<sup>37</sup>. Hay que tener en cuenta que la patria potestad otorgaba al *pater* la facultad de vender al *filius* como si fuera un esclavo. Si la enajenación se realizaba *trans Tiberim*, se convertía en esclavo efectivo, y al volver a Roma no recobraba la ciudadanía ni la libertad<sup>38</sup>. El caso era distinto cuando la venta tenía lugar en Roma; en este caso, se aplicaba el principio tradicional de que un ciudadano no podía ser esclavo en Roma, de esta manera el hijo vendido quedaba en una situación de mera privación de la libertad civil y no se convertía en esclavo<sup>39</sup>. Además, el poder del *pater* no se extinguía mientras el hijo permaneciera en tal estado de cuasiesclavitud; únicamente quedaba en suspenso y renacía tan pronto el adquirente lo

---

<sup>36</sup> CJ 1,4,24. El emperador Justiniano a Demóstenes, Prefecto del Pretorio.- *Nemini licere volumus, sive ab ingenuis genitoribus puer parvulus procreatus, sive a libertina progenie, sive servili conditione maculatus expositus sit, eum puerum in suum dominium vindicare, sive nomine domini, sive adscriptitiae, sive colonariae conditionis. Sed neque his, qui eos nutriendos sustulerint, licentiam concedimus penitus cum quadam distinctione eos tollere. Sed nullo discrimine habito hi, qui ab huiusmodi hominibus educati, vel nutriti, vel aucti sunt, liberi et ingenui appareant, et sibi acquirant, et in posteritatem suam vel extraneos heredes omnia, quae haberunt, quo modo voluerint, transmittant...*

<sup>37</sup> KUNKEL, W.: *Derecho privado romano*, 2.<sup>a</sup> ed. alemana. Trad. esp. por Prieto Castro (Barcelona, 1965), 411. Cf., asimismo, BONFANTE: *Corso di Diritto Romano*, I. Diritto di famiglia (Roma, 1925), 80.

<sup>38</sup> CICERÓN: *Pro Caec*, 98.

<sup>39</sup> Vid. KUNKEL, W.: *Derecho privado romano*, 411. Se refiere el citado autor a las causas que podían inducir al padre de familia a dar *in mancipium* a su hijo y que eran de muy diversas clases. De una parte, el *ius vendendi* ofrecía la posibilidad de emplear el trabajo de los hijos fuera del hogar doméstico antes de que el contrato consensual de servicios naciera. Entre las familias necesitadas, el *in mancipio dare* debió de ser, además, un medio de asegurar a los hijos el cuidado que el *pater familias* no podía prestarles satisfactoriamente. Asimismo, la entrega en *mancipio* era la forma de dar el hijo al tercero que hubiera sufrido un daño causado por él (*noxae deditio*). *Idem*, 412.

emancipaba de su potestad. La enajenación del hijo de familia se efectuaba, como la de los esclavos, por vía de mancipación, y de aquí que esta situación de semiesclavitud fuera llamada *in mancipio esse*<sup>40</sup>.

En relación con el citado derecho a favor del *paterfamilias*, ya desde tiempos primitivos se establecen algunos límites procedentes de una norma, que la tradición atribuye a leyes reales antiquísimas<sup>41</sup>, y que con seguridad estaba contenida en las XII Tablas —tab. 4,2<sup>42</sup>—, según la cual cuando un hijo de familia hubiera sido dado tres veces *in mancipio*, se extingue el poder paterno sobre el mismo, de manera que cuando el último adquirente le concede la libertad, la autoridad del *pater* no revive, sino que el *filius* queda liberado de la misma. A este respecto, establece Kaser<sup>43</sup> que «es dudoso si el precepto fue una medida de carácter penal contra el padre, o más bien un negocio jurídico para liberar al hijo de la patria potestad».

El derecho de vender a los hijos resurge con la crisis económica del siglo III y los emperadores consienten esta práctica, motivada por la extrema pobreza de los ciudadanos. También es cierto que, como se desprende de las disposiciones que regulan esta materia, se aprecia en la regulación de la misma una línea legislativa algo sinuosa<sup>44</sup>, en los términos que vamos a ver en las siguientes líneas.

Nos referimos, en primer lugar, a una constitución del emperador Caracalla contenida en el libro 7 del Código de Justiniano, en el título *De liberali causa*. Así, concretamente es en CJ 7,16,1<sup>45</sup> donde se establece que la venta de hijos era *res illicita et inhonesta*. Asimismo, la prohibición de vender, donar o pignorar los propios hijos aparece ya en una ley de Diocleciano y Maximiano, entre los años 293-305, contenida en el CJ 4,43,1<sup>46</sup>, en la que se dice que tal prohibición es *manifesti iuris*.

<sup>40</sup> Cf. Gayo, 1,116 ss.

<sup>41</sup> Dion De Hal, 227.

<sup>42</sup> Tab. 4,2,b: *Si pater filium ter venum duit filius [= vendiderit] a patre liber esto*. Gelio 1,132; Epit. Ulp. 10: *Qui in potestate mancipiore sunt quemadmodum eo iure liberentur*.

<sup>43</sup> KASER: *Derecho romano privado*, 277.

<sup>44</sup> D'ORS: «El Código de Eurico», en *Estudios visigóticos*, II (Roma-Madrid, 1960), 222. Asimismo, KASER: *Derecho romano privado*, 277; se refiere a una legislación vacilante, influenciada por preceptos eclesiásticos prohibitivos de la venta de los hijos. Justiniano la permite solamente en el caso de gran indigencia de los padres.

<sup>45</sup> *Imp. Antoninus A. Saturnino. - Rem quidem illicitam et inhonestam admisisse te confiteris, quia proponis, filios ingenuos a te venundatos Sed quia factum tuum filiis obesse non debet, adi competentem iudicem si vis, ut causa agatur secundum ordinem iuris*.

<sup>46</sup> CJ 4,43,1: *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Et CC. Papiniana. - Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque pignoris iure, aut alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis, in alium transferri posse, manifesti iuris est*.

A propósito del *ius vendendi* en la época romana, según establece D'Ors<sup>47</sup>, «la historia de la legislación tardía relativa a la venta de hijos, en relación con la exposición, está determinada por una lucha moral que se produce en la conciencia del legislador cristiano entre la repulsi3n por la inmoralidad del acto y la precauci3n de no llevar las cosas al extremo de provocar la pr3ctica de la exposici3n de infantes o del infanticidio». De esta manera, aun afirmando la libertad del hijo vendido, se admite la validez de la venta en favor de los que se hallan en extrema necesidad, como vemos en una constituci3n del a3o 329, contenida en CTh 5,10,1, perteneciente a Constantino, y se defiende el inter3s del comprador, limit3ndose el derecho de rescate de los padres a la condici3n de pagar ciertas compensaciones. Por otra parte, otro aspecto a destacar tiene relaci3n con el contenido de una ley del a3o 391, recogida en el C3digo Teodosiano, concretamente en CTh 3,3,1<sup>48</sup>. La citada ley, seg3n D'Ors<sup>49</sup>, se ha cre3do inspirada por San Ambrosio, y en ella se dispone la recuperaci3n del hijo sin compensaci3n, con tal de que el hijo haya prestado servicio al comprador por un *non minimi temporis spatium*.

Pero todo esto no aparece de una manera uniforme y clara, sino con alternativas, reflejo de aquella lucha entre exigencia moral y prudencia ante la realidad, y entre castigo del padre y castigo del comprador. Con posterioridad, en el a3o 451, la novela 33 del emperador Valentiniano lleva la r3brica: *De parentibus qui filios distraxerunt et ne ingenui barbaris venundentur neque ad transmarina ducantur*<sup>50</sup>. La citada ley tiene lugar tras los efectos de un momento de hambre terrible que padeci3 el Imperio, de manera que en este contexto preocupa ante todo el salvar la vida del hijo y, posteriormente, si se quiere recuperar se impone para su rescate la devoluci3n del precio m3s una cantidad proporcional del mismo en concepto de indemnizaci3n.

---

<sup>47</sup> D'ORS, A.: «El C3digo de Eurico», 222.

<sup>48</sup> En el C3digo Teodosiano, en el libro 3, bajo la r3brica: *De patribus, qui filios distraxerunt*, se establece en CTh 3,3,1 [= BREV. 3,3,1], lo siguiente: *Omnes, quos parentum miseranda fortuna in servitium, dum victum requirit, addixit, ingenuitati pristinae reformentur. Nec sane remunerationem pretii debet exposcere, cui non minimi temporis spatio servitium satisfecit ingenui*.

Asimismo, en la *Interpretatio* a la citada ley, se establece: *Si quemcumque ingenuum pater faciente egestate vendiderit, non poterit in perpetua servitute durare, sed ad ingenuitatem suam, si servitio suo satisfecerit, non reddito etiam pretio revertatur*.

<sup>49</sup> D'ORS: «El C3digo», 222.

<sup>50</sup> Nov. 33: *Imp. Valentinianus a Aetio Patricio*.

Justiniano<sup>51</sup>, apremiado quizá por una práctica irreprimible en Oriente<sup>52</sup>, establece que el derecho de venta podría aplicarse sólo a los recién nacidos y exige para la validez de la misma el requisito de la extrema necesidad de los padres y la facultad de poder recuperar la libertad del vendido mediante el pago de un rescate.

### 3. Derecho visigodo<sup>53</sup>

#### 3.1. Código de Euricos<sup>54</sup>

Una vez analizada la regulación jurídica romana relativa a determinadas facultades que conforman la *patria potestas* y los límites legales

---

<sup>51</sup> CJ 4,43,2, modificando la Ley de Constantino en CTh 5,10,1, establece lo siguiente: *Si quis propter nimiam paupertatem agestatemque victus causa filium filiamve sanguinentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem. Liceat autem ipsi qui vendidit vel qui alienatus est, aut cuilibet alii ad ingenuitatem eum propriam repetere, modo si aut pretium offerat quod potest valere, aut mancipium pro huiusmodi praestet.*

<sup>52</sup> Cf. D'ORS: «El Código de Eurico», 222.

<sup>53</sup> El reino visigodo antes de su establecimiento definitivo en Occidente, se constituyó en estrecha relación con el Imperio, al que desde antiguo venía prestando servicios militares de frontera bajo la fórmula del *foedus* (cf. GIBERT, Rafael: «El reino visigodo y el particularismo español», en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, 5. *Estudios visigóticos*, I (Roma-Madrid, 1956), 17 y las notas 6 y 7). El primer período del asentamiento de los visigodos en las Galias y en la parte noroeste de la Península, dominio que por el Occidente llegó al parecer hasta Zaragoza, se inscribe en la estructuración del Imperio Romano, en la etapa anterior a la caída de Roma por los hérulos (cf., entre otros, ORLANDIS, J.: *Historia de España. La España visigótica* (Madrid, 1977), 59 ss. GARCÍA GALLO, A.: «Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigoda», en *AHDE* (1974), 424 ss.). A partir del año 476, con la entrada de Odoacro en Roma, la situación sufrió transformaciones profundas que se manifestaron de forma desigual en los distintos territorios sobre los que estaban asentados los visigodos. Durante esta época perdura la misma estructura territorial y política y al mismo tiempo los órganos de la Administración romana continúan desarrollando las funciones de gobierno, con cierta intervención de los monarcas visigodos. Con Eurico, el primer monarca visigodo, y su hijo Alarico se da un paso más al ocupar éstos el lugar que antes había desempeñado el emperador, ejerciendo sus poderes y facultades. A partir de este momento es cuando podemos hablar propiamente de una legislación visigoda; entre otros, puede verse: ARANGIO RUIZ: *Historia del Derecho romano*, 4.<sup>a</sup> ed.; trad. esp. (Madrid, 1989), 448 ss.; GARCÍA MORENO, L.A.: *Historia de la España visigoda* (Madrid, 1989), 317 ss.; LALINDE ABADIA: *El Derecho en la Historia de la Humanidad* (Barcelona, 1982), 38 ss. Finalmente, hemos de decir que son los visigodos uno de los pueblos germánicos más romanizados de los que se asientan en el antiguo territorio del Imperio Romano occidental. Entre los autores modernos no deja de reconocerse la profunda romanización de los reyes visigodos; sobre el particular, ver, entre otros, D'ORS: «El Código de Eurico», 9.

<sup>54</sup> El Código de Eurico nos ha llegado de forma fragmentaria. En parte, a través del Palimpsesto Parisino (Lat. 12161) y, además, a través de ciertas leyes que pasaron como

a las mismas que en muchas ocasiones se establecieron, nos centramos seguidamente en las disposiciones del derecho visigodo, contenidas fundamentalmente en el Código de Eurico y en la *Lex Visigothorum* y que tienen relación con el tema de nuestro estudio.

En primer lugar, conviene destacar que el Código de Eurico, aunque posee vestigios o detalles de costumbres germánicas, está profundamente romanizado; en su redacción intervinieron buenos conocedores del Derecho romano —como León de Narbona—, pertenece a la cultura jurídica romana existente en el sur de las Galias en la segunda mitad del siglo V y es, en suma, un monumento de Derecho romano vulgar<sup>55</sup>. Con anterioridad, Schwerin<sup>56</sup> había establecido que la planificación del Código de Eurico delataba gran afinidad con las obras romanas, y encuentra una serie de paralelismos en la comparación que hace del Código de Eurico con las Sentencias de Paulo. Pero esta profunda romanización del texto no ha de verse como una «cristalización» del Derecho Romano oficial, es decir, de las *leges e iura*, sino más bien, como han puesto de relieve algunos autores, García Gallo<sup>57</sup> e Iglesia Ferreirós<sup>58</sup>, entre otros, pretenden fijar por escrito un sistema jurídico más acorde con la realidad. Conviene recordar, asimismo, que muchas de las disposiciones del texto legal euriciano pa-

---

*antiquae* del Código de Leovigildo a la *Lex Visigothorum*. Cabe destacar, asimismo, como fuente de conocimiento indirecto, otros textos legales como la *Lex Baiuvariorum* y, en menor medida, la *Lex Burgundionum* y la *Lex Salica*. La doctrina, mayoritariamente, ha venido atribuyendo el Código a Eurico. El citado texto legal fue publicado según ZEUMER, *Historia de la legislación*, 67, después del año 469, pero antes del 481, alrededor del año 475. En adelante, CE. Un estudio de conjunto acerca del CE puede verse en D'ORS, A.: «El Código de Eurico», *Estudios Visigóticos*, II (Roma-Madrid, 1960). Establece el citado autor la fecha del CE en el año 476 d.C. y considera que el Código de Eurico es propiamente un edicto y no un *codex* como pudo ser el Código Teodosiano, cf. D'ORS, A.: «El Código de Eurico», 3 ss. Se utiliza fundamentalmente el CE en la edición de Alvaro D'Ors.

<sup>55</sup> Vid. D'ORS, A.: «El Código de Eurico», 1-12. La romanización del Código se manifiesta en una serie de capítulos, cf. D'ORS, A.: «La territorialidad del Derecho de los visigodos», en *Estudios visigóticos*, I (Roma-Madrid, 1956), 114-116.

<sup>56</sup> SCHWERIN: «Notas sobre la historia del Derecho español más antiguo», en *AHDE*, 1 (1924), 39.

<sup>57</sup> GARCÍA GALLO, A.: «Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas», en *AHDE*, 44 (1974), 437-442. Además, el citado autor establece, en relación con el texto legal euriciano, reproducido parcialmente en el palimpsesto de París, que «dónde, cuándo y por obra de quién se ha promulgado el Código fragmentariamente recogido en el palimpsesto, no lo sabemos; todo lo que ha dicho son conjeturas, a veces totalmente aventuradas», *Idem*, 437.

<sup>58</sup> IGLESIA FERREIRÓS: *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español* (Barcelona, 1992), 204.

saron posteriormente a la ley de los visigodos con el nombre de *antiquae*<sup>59</sup>.

Por lo que se refiere a nuestro tema de estudio, quizá hubiese en el Código de Eurico un título con la rúbrica: *de expositis*<sup>60</sup> simplemente, como hemos visto *supra* en CTh 5,9. Concretamente, en el cap. 299<sup>61</sup> del citado texto legal se refiere a la ilicitud que supone el vender, donar o pignorar a los hijos por parte de los padres y las consecuencias que derivan de no tener en cuenta tal prohibición supone la pérdida del precio más las impensas pagadas por el comprador de un hijo que fue vendido por su padre.

El reunir en una misma disposición prohibitiva, como se acaba de ver: la venta, donación y pignoración, sólo era posible, según D'Ors, siendo ésta radical<sup>62</sup>. Hay que destacar, asimismo, que la prohibición que hemos visto en el texto de Eurico no parece inspirarse en la legislación cristiana, sino en la Constitución anteriormente citada de Diocleciano<sup>63</sup>. Y sigue diciendo el citado autor que «la legislación conscientemente cristiana no podía ser tan radical, por la previsión de peores consecuencias, pues la venta de hijos es un mal menor frente a la exposición, y ésta un mal menor frente al infanticidio o al aborto»<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> En relación con las disposiciones *antiquae* pertenecientes a la *Lex Visigothorum*, véase la nota 65.

<sup>60</sup> Cf. D'ORS, A.: «El Código de Eurico», 151.

<sup>61</sup> Cap. 299: *Parentibus filios suos vendere aut donare {non liceat} nec obpignerare; nec aliquid suo iure vendicabit qui acceperit sed magis praetium quod dedit perdat qui a parentibus filium comparavit.*

<sup>62</sup> Cf. D'ORS, A.: «El Código de Eurico», 223.

<sup>63</sup> Cf. la constitución contenida en CJ 4,43,1, citada en la nota 46. Por lo que respecta a la prohibición de pignorar pudo servir de modelo al texto de Eurico, la disposición de PS 5,1,1 y Eth 95, aunque la pena de deportación que allí se señala (según D'ORS, A.: «El Código de Eurico», 223, nota 741), no podía ser mantenida por Eurico.

<sup>64</sup> D'ORS, A., 223. Establece además el citado autor que «en Occidente no existía una práctica de vender los hijos tan extendida como en Oriente, y de ahí que Eurico pudiera establecer una prohibición tan radical sin producir peores consecuencias en gran escala», *ibidem*, 223.

### 3.2. *Lex Visigothorum*<sup>65</sup>

#### 3.2.1. Consideraciones previas<sup>66</sup>

Nos referimos a continuación a la regulación de los límites impuestos al ejercicio de la patria potestad del *pater* contenida en la *Lex Visigothorum*<sup>67</sup>. Contiene la citada *Lex* una elevada dosis de Derecho romano más o menos mezclado con otras adherencias de la época visi-

---

<sup>65</sup> La *Lex Visigothorum*, conocida también con los nombres de *Liber Iudicum* o *Liber Iudiciorum*, es un libro destinado a la práctica forense y consiste en una recopilación de las leyes promulgadas por los monarcas visigodos que lleva a cabo Recesvinto en el año 654. Tiene la citada obra desde sus orígenes una tradición compleja, ya que su constitución se hizo en distintas etapas y por obra de distintos personajes. Las leyes del *Liber* en la forma recesvintiana que ha llegado hasta nosotros —aunque no todas, pues hay alguna excepción—, van precedidas de una de las siguientes inscripciones: *Antiqua*, *Flavius Recaredus Rex*, *Flavius Sisebutus Rex*, *Flavius Chindasvintus Rex*, *Flavius Gloriosus Reccesvintus Rex*. De forma que, por un lado, recoge leyes cuyos autores aparecen mencionados, y de otro, leyes que estaban recogidas ya en libros. Las leyes que proceden de recopilaciones llevan la rúbrica: *antiqua*; si los redactores las corrigieron, las colocaron bajo la rúbrica *antiqua emmendata*. Un resumen de la historia de la legislación visigótica de Eurico a Witiza puede verse en ZEUMER: *Historia de la legislación visigoda*, trad. esp. por Carlos Clavería (Barcelona, 1944), 64 ss.; UREÑA Y SMENJAUD: *La legislación gótico-hispana (Leges Antiquiores-Liber Iudiciorum)*. Estudio crítico (Madrid, 1905), 45 ss. Un documentado escrito acerca de la LV en fechas recientes puede verse en GARCÍA LÓPEZ, Y.: «Estudios críticos de la *Lex Visigothorum*», en *Memorias del Seminario de Historia Antigua*, V (Universidad de Alcalá de Henares, 1996). En el prólogo de la citada obra, establece la autora que trata de abordar el código de leyes visigodas desde dos ángulos que conforman dos partes bien distintas: 1) la historia material de los libros donde esas leyes se copiaron y circularon durante muchos siglos, y 2) el análisis interno de uno de los *corpus* de autoría segura —la del rey Egica— que contiene esa recopilación legal. Estas dos formas de acercarse a una legislación tienen relación, según nos dice la autora, con su condición de filóloga, y se apartan de los enfoques empleados más a menudo y más exhaustivamente en el código de leyes visigodas por historiadores de la Antigüedad tardía o la Alta Edad Media, e historiadores del Derecho. También, IGLESIA FERREIRÓS: *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español* (Barcelona, 1992), 203-237; puede verse en el citado autor un estudio del proceso de formación de la legislación visigoda.

<sup>66</sup> Hay que destacar el trabajo en relación con la patria potestad del profesor MEREJA, P.: «O poder paternal na legislação visigótica», en *Estudos de direito visigótico* (Coimbra, 1948), 1-22; el citado autor, gran conocedor del derecho visigótico, se ocupó asimismo de estudiar la patria potestad en el Derecho de los territorios occidentales de la Reconquista de la época posterior a la invasión musulmana y anterior a la Recepción del Derecho romano en las Partidas. *Idem*, «Notas sobre o poder paternal no direito hispánico occidental», en *Estudos de direito hispánico medieval*, I (Coimbra, 1952), 83-112.

<sup>67</sup> Son los visigodos uno de los pueblos germánicos más romanizados de los que se asientan en el antiguo territorio del Imperio Romano occidental. Entre los autores modernos no deja de reconocerse la profunda romanización de los reyes visigodos, *vid.*, entre otros, D'ORS, A.: «El Código de Eurico», 9.

goda<sup>68</sup> y se estructura la misma en 12 libros al igual que el Código de Justiniano, aunque Ureña<sup>69</sup>, siguiendo a Savigny, tras aludir a la división en doce libros, establece: «He aquí el único lazo de unión que entre ambos existe; en todo lo demás no hay correspondencia alguna, ni en las rúbricas ni en la distribución de la materia.»<sup>70</sup>

Por lo que respecta a las características relativas a la patria potestad en la época que nos ocupa, establece Merea que la legislación visigoda en materia de *patria potestas* continúa la tradición legislativa del Bajo Imperio, acentuando ciertos rasgos del Derecho romano postclásico<sup>71</sup>. Asimismo, establece King<sup>72</sup>, entre otras cosas, que «la autoridad paterna en el reino del siglo séptimo era pura sombra de lo que había sido en la época clásica», y «la palabra clave ahora era la *pietas* más que la *potestas*». Así, en algunas disposiciones de la ley se habla de *naturalis*

<sup>68</sup> GARCÍA Y GARCÍA, A., «El derecho común en Castilla durante el siglo XIII», en *Glos-sae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 5-6 (1993-94), 55 ss. Asimismo, establece el citado autor que se da en la Península un derecho romano soterrado o latente, aunque en una dosis muy diversa según que se tratara de las zonas peninsulares donde estaba en vigor o no el *Liber Iudiciorum*, *ibidem*, 55.

<sup>69</sup> UREÑA Y SMENJAUD: *La legislación gótico-hispana*, 447-448.

<sup>70</sup> Admitido el alto grado de romanización de la LV, la doctrina se cuestiona el posible uso de las fuentes justinianas en la citada *lex*. La doctrina del siglo XIX negó el posible uso de las mismas, entre otros, SAVIGNY, F.C.: en *Storia del Diritto romano nel medioevo* (Turín, 1854), reedición (Roma, 1972), 326 ss. Asimismo, cf. las conclusiones negativas de CHURRUCA, Juan de: *Las instituciones de Gayo en San Isidoro de Sevilla* (Bilbao, 1975), 135-138 (resumen). Otros autores: LARRAONA, A. y TABERA, A.: «El derecho justiniano en España», *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, II (Pavía, 1935), 103, establecen, entre otras cosas, que «en el estado actual de nuestros estudios pueden citarse algunos capítulos con reminiscencias textuales de fuentes justinianas y más de una treintena inspiradas, en cuanto podemos juzgar, en el Digesto, en el Código, en las Novelas, en el Paulo íntegro». En la actualidad, IGLESIA FERREIRÓS, A.: *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un Derecho estatal español*, vol. I (Barcelona, 1992), 234- 235, aunque mantiene sus dudas, se inclina a pensar en una posible influencia de las fuentes justinianas en la ley de los visigodos. Así, cuando establece: «y sin embargo, es difícil renunciar a la idea de que el Derecho justiniano haya podido tener alguna influencia. No hay pruebas, pero Recesvinto habla de las leyes de un pueblo extranjero, de instituciones extranjeras, y las mismas sirven para la enseñanza. Todo hace creer que Recesvinto está pensando en la obra de Justiniano».

<sup>71</sup> Cf. MERA, P.: «O poder paternal na legislação visigótica», en *Estudos de Direito visigótico* (Coimbra, 1948), 22. Hay que tener en cuenta que la legislación visigoda se inserta normalmente en la evolución del Derecho romano, cosa muy natural, dice D'ORS, A., «La territorialidad del Derecho de los visigodos», en *Estudios visigóticos*, I (Roma-Madrid, 1956), 105 ss., si se recuerda que los visigodos han recibido el Derecho privado romano y no han conservado uno propio de tipo germánico.

<sup>72</sup> KING, P.D.: *Derecho y sociedad en el reino visigodo*. Versión esp. de M. Rodríguez Alonso (Madrid, 1981), 250.

*pietas*<sup>73</sup>. Además, la patria potestad de la legislación visigoda, en consonancia con la regulación en el Derecho romano postclásico, se concibe como un *officium* en interés de los hijos y «esta concepción de la patria potestad visigoda se ve confirmada por la actitud de la legislación frente a las manifestaciones del poder absoluto del padre»<sup>74</sup>.

### 3.2.2. Límites legales al ejercicio de la patria potestad en la *Lex Visigothorum*

En primer lugar, por lo que respecta al *ius vitae necisque*, se combate el citado Derecho sancionándose la muerte del hijo en una disposición contenida en LV 6,5,18<sup>75</sup>. Asimismo, el infanticidio se castiga con la pena capital en otra disposición, en este caso, en la LV 6,3,7, bajo la rúbrica: *De his, qui filius suos aut natos aut in utero necant*. Además, el juez de la tierra puede sustituir la pena de muerte del culpable por otro tipo de sanción, en estos términos, según la citada disposición: «...*mox provincie iudex aut territorii talem factum reppererit, non solum operatricem criminis huius publica morte condemnet, aut si vite reservare voluerit, omnem visionem oculorum eius non moretur extingere*»<sup>76</sup>.

Por lo que respecta al derecho de exposición se encuentra regulado en la ley, en el tít. 4 del libro 4: *De expositis infantibus*, el cual consta

<sup>73</sup> Cf., entre otras, la LV 6,3,7.

<sup>74</sup> OTERO, A.: «La patria potestad en el Derecho histórico español», en *AHDE*, 26 (1956), 217. Se ha de destacar, asimismo, que MEREJA, P.: «O poder paternal na legislação visigótica», en *Estudos de Direito visigótico* (Coimbra, 1948), 11 ss., examina varios textos que parecen favorables a la idea de un poder ejercido simultáneamente por los dos padres o de un poder ejercido por la madre a falta de padre.

<sup>75</sup> La edición recesvindiana de la LV 6,5,18, establece lo siguiente: *De his, qui proximos sanguinis sui occiderint. - Si patrem filius aut pater filium seu maritus uxorem aut uxor maritum aut mater filiam aut filia matrem aut frater fratrem aut soror sororem vel socerum gener aut socer generum vel nurus socrum aut socrus nurum vel quemcumque consanguinitate sibi proximum aut suo generi copulatum occiderit, morte damnetur. Quod si propter hoc homicida ad ecclesiam vel ad altaria sacra... Ervigio introduce la siguiente modificación: ... vel altaria sacra concurrerit, in potestate parentum vel propinquarem occisi tradendus est, ut salva tantum anima quidquid de eo facere voluerint habeant potestatem*. Seguidamente, en las dos ediciones (recesvindiana y ervigiana de la *Lex Visigothorum*) se establece lo siguiente: *Omnem vero substantiam suam heredibus occisi iuxta legis superioris ordinem iubemus addici, aut etiam fisco, si heredes proximos occisus non reliquerit, sociari. Nam homicida nec facultatibus suis liberatus utetur, etiam si penam mortis evadere mereatur*.

<sup>76</sup> El mismo tipo de sanciones se establecen en FJ 6,3,7, que lleva la rúbrica: *De los que matan sus hijos en el vientre ó despues que son nados*.

de tres disposiciones *antiquae*. Concretamente en la LV 4,4,1, *antiqua*<sup>77</sup>, se establece que si alguien se hace cargo de un niño o una niña abandonados y lo alimenta, posteriormente, si los padres quieren recuperarlo, si se trata de personas libres, han de entregar al alimentador a cambio, o bien un siervo o el pago del precio correspondiente<sup>78</sup>.

En términos similares, se manifiesta el FJ 4,4,1, bajo la rúbrica: *Que el omne libre ó la mujer que echa el ninno debe seer siervo ó sierva por él*.

Por otra parte, la disposición contenida en la LV 4,4,2, *antiqua*<sup>79</sup>, se refiere a la exposición del hijo de una sierva; si tiene lugar con conocimiento del amo, se excluye toda reclamación<sup>80</sup> y quien lo crió es ahora dueño del siervo; si el dueño no tenía conocimiento, se puede recuperar el siervo pagando la tercera parte del precio del mismo al que lo alimentó. La última disposición del título, en LV 4,4,3<sup>81</sup>, *antiqua*, no trata propiamente de exposición, sino de contrato de educación de un niño. De tal manera que el niño alimentado hasta cumplir los 10 años devenga un *solidus* por año y el *nutritor* dispone de un derecho de retención para cobrar el citado precio. Después de los 10 años, se consi-

<sup>77</sup> LV 4,4,1, *antiqua* *Ut pro exposito infantulo ingenuo seruiat qui proiecit. Si quis puerum aut puellam ubicumque expositum misericordie contemplatione collegerit, et nutritus infans a parentibus postmodum fuerit agnitus, si ingenuorum filius esse dinoscitur, aut servum vicarium reddant, aut pretium. Quod si facere forte neclexerint, a iudice territorii de proprietate parentum expositus redimatur, et parentes huius impietatis auctores exilio perpetuo religentur. Si vero non habuerint, unde filium redimere possint, pro infan-  
tulo deserviat qui proiecit, et in libertate maneat propria, quem sehabit pietas aliena. Hoc vero facinus, cum fuerit ubicumque commissum, iudicibus et accusae liceat et damnare.*

<sup>78</sup> Establece D'ORS: «El Código de Eurico», 151, que la LV 4,4,1, en su forma actual, refleja la mano de Leovigildo.

<sup>79</sup> LV 4,4,2, *antiqua*. *Si servus vel ancilla consciis vel nesciis dominis proicere videantur infantem. Si ancilla vel servus in fraude fortasse dominorum infantem exposuerint et ipsi insciis infantem proiecerint infans cum fuerit nutritus, tertiam partem pretii nutritor accipiat; ita ut iuret aut probet dominus, se quod servi sui infantem exposuerint ignorasse. Si vero consciis dominis infans probatur fuisse iactatus, in eius, qui nuribit, potestate permaneat.* En parecidos términos la disposición contenida en FJ 4,4,2. *Si el siervo ó la sierva echa el ninno sabiéndolo el señor ó non.*

<sup>80</sup> Cf. CTh 5,9,1 y 2 en las notas 34 y 35.

<sup>81</sup> LV 4,4,3, *antiqua*. *Qui a parentibus infantulum acceperit nuriendum, quantum mercedis pro nutritione accipiat premium. Si quis a parentibus acceperit infantulum nutriendum, usque ad decem annos per singulos annos singulos solidos pretii pro nutrito infante percipiat. Si vero decimum annum etatis excesserit, nihil postea mercedis addatur; quia ipse, qui nutritus est, mercedem suam suo potest compensare servitio. Quod si hanc summam qui repetit dare noluerit, mancipium in nutrientis potestate permaneat.* El contrato de educación de un niño, al que se refiere la citada ley, según D'ORS, «El Código de Eurico», 152, «constituiría una *locatio conductio operis*, de no haber desaparecido en el Derecho romano vulgar la configuración de las locaciones».

dera que quedan compensados los gastos de alimentación con los servicios que puede prestar el alimentado<sup>82</sup>.

Otras disposiciones de la ley de los visigodos tienen relación con la venta o donación de los hijos. Así, en la disposición contenida en LV 5,4,12<sup>83</sup>, *antiqua* se alude a la prohibición de la venta, donación o pignoración de los hijos. La disposición citada se encuentra en el libro 5 que lleva la rúbrica: *De transactionibus*, concretamente en el título 4: *De commutationibus et venditionibus*. El contrato de compraventa de hijo era nulo: el comprador no adquiría derecho sobre él y perdía el precio entregado. En el Fuero Juzgo, la disposición de la LV citada se encuentra recogida en FJ 5,4,13, bajo la rúbrica: *Que los padres non puedan vender los fijos, ni meter en poder de otro*, establece lo siguiente: *Los padres non puedan vender los fijos, ni dar, ni empenar; ni aquel que los recibiere non debe aver nengun poder sobrellos. Mas el que comprar los fijos del padre pierda el precio; é si fueren empenados, pierda lo que dio sobrellos*.

#### 4. Recepción del Derecho romano en algunos textos legales

##### 4.1. Consideraciones generales acerca del *ius commune* en Europa<sup>84</sup>

En la historia del Derecho, como es sabido, es cada vez más frecuente la configuración de un período con caracteres peculiares comprendido entre los siglos XIII al XVIII, cuya coherencia consiste en la vigencia del Derecho común, esto es, de un derecho elaborado en las ciudades europeas a partir del siglo XII sobre la base del Derecho romano justiniano<sup>85</sup>. La penetración del Derecho común en los distintos

<sup>82</sup> FJ 4,4,3, lleva la siguiente rúbrica: *Aquel que cria el ninno, quanto debe aver por soldada*.

<sup>83</sup> LV 5,4,12, *antiqua*.- *Non licere parentibus filios suos quocumque contractu alterias dominio subiugare.- Parentibus filios suos vendere non liceat aut donare vel obpignorare. Nec ex illis aliquid iuri suo defendat ille, qui acceperit; sed magis pretium vel sepositionis commodum, quod dederat, perdat qui a parentibus filium comparavit*.

<sup>84</sup> Una síntesis en relación con el *ius commune* en Europa puede verse en nuestro trabajo: «La responsabilidad de los daños causados por animales en las personas: en los textos romanos y en códigos medievales españoles», en *Estudios de Deusto*, vol. 47/2. Julio-Diciembre, 1999, 141 ss.

<sup>85</sup> Sobre el particular, GARCÍA Y GARCÍA, A.: «El Derecho común en Castilla durante el siglo XIII». *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 5-6 (Universidad de Murcia, 1993), 46; al referirse el autor al contenido y formación del Derecho común comienza diciendo que no es fácil describirlo, pero es todavía más difícil definirlo. Y continúa diciendo el citado autor que este enunciado (alude al Derecho común), se refiere al ordena-

territorios (dentro y fuera de la Península Ibérica) no fue pacífica, sino que tuvo que vencer resistencias más o menos acusadas, de forma que la recepción del Derecho romano-canónico significó en todos los casos la lucha entre un derecho nuevo y el derecho viejo o tradicional de cada país<sup>86</sup>. Como se acaba de hacer mención, en el *ius commune* se integra también el Derecho canónico, de manera que, según Calasso<sup>87</sup>, puede decirse que el *ius commune* es la unión indisoluble y típica de las dos leyes universales: canónica y civil, constituyendo así *unum ius*, ya que la coexistencia en un mismo ordenamiento de dos derechos comunes es conceptualmente inadmisibles<sup>88</sup>.

Concretamente, en España, el Derecho romano ha tenido en su desarrollo histórico una importancia fundamental por haber constituido uno de los elementos básicos del Derecho peninsular en sus diversas

---

miento que emerge de los textos de las colecciones legales justinianas redescubiertas en el siglo XII, después de seis siglos de eclipse más o menos total o parcial, a los que pronto se sumaron los principales textos canónicos del primer milenio del cristianismo compilados por Graciano hacia 1141-50 y vigorosamente incrementados por las decretales o cartas pontificias y por los concilios generales de la Iglesia desde 1123 hasta 1311-12. *Idem*, «La penetración del Derecho clásico medieval en España», en *AHDE* (1966), 575 ss. FONT RIUS: «La recepción del Derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media», en *Recueil de memoir et travaux*, n.º 6 (1967), 86 ss. *Cf.*, asimismo, entre otros, PÉREZ MARTÍN, A.: «La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas», *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 3 (1992), 10 ss. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid, 1981), 167.

<sup>86</sup> Entre otros, puede verse, FONT RIUS: «La recepción del Derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media», 92 ss, donde se refiere a las resistencias a la penetración del Derecho romano en el ámbito de la Península Ibérica. Asimismo, TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español*, 201. El citado autor dice también a continuación que la mayor o menor intensidad y rapidez de la penetración del Derecho nuevo, del Derecho de los juristas, estaba condicionada por el distinto grado de arraigo, homogeneidad y calidad de los diferentes derechos tradicionales, *ibidem*, 201.

<sup>87</sup> CALASSO, F.: *Introduzione al Diritto Comune* (Milano, 1970), 108.

<sup>88</sup> Dos razones señalan los autores, entre ellos COING, H.: *Derecho privado europeo* (Madrid, 1996), 31, por las cuales el Derecho romano-canónico se convirtió en Derecho común: 1) La posición de poder de la Iglesia latina en la Edad Media, y 2) El acontecimiento cultural que es designado usualmente con la expresión de «Recepción». La recepción, como es sabido, tiene su origen en el redescubrimiento científico del Derecho romano, concretamente del Derecho justiniano, por los juristas italianos, en particular en los siglos XI y XII en Bolonia y cuya compilación legislativa se conoce, como es sabido, a partir de la Edad Media con la expresión *Corpus Iuris Civilis*. Los glosadores encuentran en el Derecho justiniano un sistema jurídico completo y desde finales del siglo XI y en el siglo XII se convierte en Bolonia el citado Derecho en la base de la enseñanza jurídica. Además, los glosadores encuentran en el Derecho justiniano un sistema jurídico completo, estructurado científicamente hasta un cierto grado, que satisfacía al deseo del tiempo por un fundamento racional, entre otros, COING, H.: *Derecho privado europeo*, 34.

manifestaciones<sup>89</sup>. En la época bajomedieval, con Alfonso X el Sabio, se produce, al igual que en Europa, la recepción del Derecho romano a través del Derecho común. En líneas generales, se pueden distinguir dos épocas en cuanto al romanismo en algunos territorios hispánicos<sup>90</sup>: en primer lugar, la época del Derecho romano indígena, época anterior a la recepción del Derecho romano común y que corre desde el siglo VI hasta el siglo XII (fines); en segundo lugar, la época de la recepción y del desarrollo del Derecho común, que abarca los siglos siguientes, hasta fines del siglo XVIII, en el cual el ciclo de la penetración e influencia del Derecho romano puede considerarse terminado. Como textos jurídicos pertenecientes a esta segunda época hay que mencionar, entre otros, el Fuero Real y las Siete Partidas, cuyas disposiciones relativas a los límites al ejercicio de la patria potestad vamos a destacar a continuación.

#### 4.2. *El Fuero Real*<sup>91</sup>

Alfonso X elaboró y concedió una importante y sistemática obra que aunque recibió muy diversas denominaciones es, en general, conocida como Fuero Real. Está muy influido por el *Liber*, ya que fue utilizado por los redactores del citado Fuero como modelo para muchos de sus preceptos. También hay claras influencias de las Decretales del papa Gregorio IX<sup>92</sup>.

En el texto legal mencionado, redactado en 1255, se establece en el prólogo que fue dado con consejo de los *sabidores* del Derecho, para remediar la falta de fueros, ya que en la mayor parte de sus reinos se juzgaba por *fazañas e por albedríos departidos de los omes*. Consta el citado texto de cuatro libros que tratan de materia política, religiosa,

---

<sup>89</sup> Véase LARRAONA Y TABERA, A.: «El Derecho justinianeo en España», en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, Bologna, II (Pavía, 1935), 85.

<sup>90</sup> *Ibidem*, 87 ss.

<sup>91</sup> A Alfonso X el Sabio se le atribuyen, con mayor o menor grado de certidumbre, tres obras fundamentales: el Fuero Real, el Espéculo y las Partidas y en los tres textos legales se advierte una notoria influencia del Derecho romano canónico. Por lo que respecta al Espéculo, se trata de una obra incompleta, consta de cinco libros y se redactó probablemente entre 1255 y 1260 y recibe este nombre porque en su prólogo se dice de ella que es «espejo» del Derecho.

<sup>92</sup> Cf. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho español*, 164. En relación con el Fuero Real, puede verse, asimismo, entre otros, PÉREZ MARTÍN, A.: «El Fuero Real y Murcia», en *AHDE*, 54 (1984), 55-96. Del mismo autor, «La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas», 19 ss. En relación con los Códigos Antiguos de España se ha utilizado la edición de Martínez Alcubilla (Madrid, 1885).

procedimiento civil y penal. Por lo que respecta al tema de nuestro estudio, el texto alfonsino al que nos estamos refiriendo no concibió el poder paterno como ilimitado y despótico y, así, en FR 3,10,8, bajo la rúbrica: *Que cosas no se pueden vender*, establece lo siguiente: «...é maguer que el padre haya gran poder sobre los fijos, no queremos que los pueda vender, ni empeñar, ni dar; e quien contra esto los comprare, ó los rescibiere en peños, pierda el precio, é los fijos no hayan ningun daño; é si fuere dado, el donadío no vala».

#### 4.3. *Las Siete Partidas*<sup>93</sup>

La recepción de la patria potestad justinianea, establece Otero<sup>94</sup>, supone volver a poner en práctica aquel poder que se había difuminado por completo en su evolución dentro del ámbito peninsular. En realidad, la patria potestad no fue concebida en las Partidas como un derecho ilimitado del padre. Se la definió como poder y señorío<sup>95</sup>, pero la regulación de las concretas facultades atribuidas al padre denota que aquel poder era limitado.

Las Partidas<sup>96</sup> recogen plenamente la *patria potestas* justinianea y además los redactores del texto legal citado dedican una ley<sup>97</sup> a expli-

---

<sup>93</sup> Bajo este nombre se conoce la obra legislativa más importante de toda la historia jurídica española, cf. PÉREZ MARTÍN, A.: «La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas», 30 ss. Constituyen un cuerpo jurídico de mayor alcance que el texto legal del Fuero Real por su planteamiento más doctrinal y su entidad más bien enciclopédica y puede considerarse el libro jurídico más representativo de la recepción del Derecho común en Castilla, cf. CLAVERO, B.: *Temas de Historia del Derecho: Derecho de los Reinos* (Sevilla, 1990), 98. Por lo que respecta al Derecho romano, podemos destacar la influencia del mismo, sobre todo en el campo del Derecho privado y del penal en los textos medievales a que aludimos, GARCÍA Y GARCÍA, A.: «El Derecho común en Castilla durante el siglo XIII», *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 5-6 (Murcia, 1993-94), 55. La influencia de las leyes romanas fue puesta ya de relieve por MARTÍNEZ MARINA: *Ensayo crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de León y de Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas* (Madrid, 1808), reeditado por MARTÍNEZ CERDOS, J.: *Obras escogidas de Martínez Marina* (Madrid, 1966), 372 ss.

<sup>94</sup> OTERO, A.: «La patria potestad en el Derecho histórico español», 232. En el Derecho aragonés no se realizó una recepción de la patria potestad justinianea, por lo cual llega hasta el Apéndice en la forma en que había quedado en su evolución medieval. Vid. GARCÍA-ATANCE, M.: «*De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*», en *Anuario de Derecho Aragonés*, 6 (1951-1952), 157-172.

<sup>95</sup> Part. 4,17: *Del poder que han lo padres sobre sus fijos, de qual natura quier que sea*. Después de la citada rúbrica, establece, entre otras cosas, que «*poder e señorío, han los padres sobre los fijos segund rason natural, e segund derecho*».

<sup>96</sup> Cf. Partidas 4,17 y 18.

<sup>97</sup> Partida 4,17,3. Además, las Partidas concibieron la patria potestad como instituto natural al proclamar en Partida 4,17, *proemio*, lo siguiente: *Poder, e señorío, han los pa-*

car el alcance dado al término *potestas*, «... se toma esta palabra potestas del padre como ligamiento de reuerencia, e de subiección, e de castigamiento que deue auer el padre sobre su fijo». Asimismo, se refiere la ley a «la piedad, e debdo natural que deben mouer a los padres, para criar a los hijos, dandoles, e faziendoles lo que es menester, segund su poder...»<sup>98</sup>. Así pues, el texto alfonsino de las Partidas advierte que el castigo paterno debe ser con medida, estableciéndose en la Part. 4,18,18<sup>99</sup> una serie de razones por las que el padre puede perder la *patria potestas* sobre sus hijos.

Por lo que respecta a las amplias facultades que el Derecho romano reconoció al *paterfamilias*, en primer lugar hay que decir que las Partidas no reconocen un *ius vitae necisque* al padre. Solamente puede ejercer este derecho en un caso excepcional, como es: *el de que el padre, cercado en un castillo que tenga de señor, se vea acosado por el hambre y no tenga qué comer*, al que se refiere en Partidas 4,17,8<sup>100</sup> y ello como una *manifestación del poder que ha el padre sobre sus fijos que son en su poder*, según la ley. Por lo demás, el padre tiene asignado un derecho de corrección, correlativo al deber de educación de los hijos. Precisamente el texto alfonsino se refiere a la *pietas* que debe informar las relaciones de los padres con los hijos; en caso contrario, puede incurrir en alguna causa que supone la pérdida de la patria potestad<sup>101</sup>.

En cuanto al *ius vendendi* del *pater*, las Partidas reflejan el Derecho justinianeo, aunque con alguna limitación. Recordemos que en la legis-

---

*dres sobre los fijos segund razon natural, e segund derecho. Lo uno, porque nascen dellos; lo al, porque han de heredar lo suyo.* La misma concepción resplandeció en los juristas españoles del siglo XIX. Podemos referirnos concretamente a GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, J.M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, 11.ª ed. (Madrid, 1874), 498, donde establecen que la patria potestad «está fundada en la naturaleza, que ha establecido el amor de los padres y el reconocimiento de los hijos». Asimismo, la doctrina española moderna ve también en la patria potestad una facultad natural, cf. PUIG PEÑA, F.: *Tra-tado de Derecho civil español*, t. II, vol. II (Madrid, 1946), 147.

<sup>98</sup> Cf. Part. 4,19, *proemio*. «... Ca si las bestias, que non han razonable entendimiento, aman naturalmente, e crian sus fijos, mucho mas lo deuen fazer los omes, que han entendimiento, e sentido sobre todas las otras cosas».

<sup>99</sup> Part. 4,18,18: *Porque razones pueden los padres ser constreñidos, que saquen de su poder sus fijos.- Fallamos quatro razones, porque pueden constreñir al padre, que saque de su poder a su fijo: como quier que diximos en las leyes ante desta, que lo non podrian apremiar que lo fiziesse. La primera es, quandol padre castiga el fijo muy cruelmente, e sin aquella piedad quel deue auer, segund natura...*

<sup>100</sup> Partidas 4,17,8, que lleva la siguiente rúbrica: *Porque razones puede el padre vender o empeñar su fijo.*

<sup>101</sup> Partidas 4,18,18. *Porque razones pueden los padres ser constreñidos, que saquen de su poder sus fijos.*

lación de Justiniano, como se ha visto *supra*, el *ius vendendi* quedaba limitado a los casos de extrema pobreza y se admitió que el hijo vendido pudiese volver a recobrar la libertad si se devolvía el precio entregado por él u otro esclavo, a cambio. En la Partida 4,17,8<sup>102</sup> se permite al padre vender o empeñar a su hijo sólo en caso de que sufra tal hambre o situación de gran pobreza que no pueda de otro modo remediar la grave situación; y el mismo legislador se apresura a justificar esta excepción, advirtiendo que con ella se trata de evitar que mueran tanto el padre como el hijo. Asimismo, se establece en la disposición siguiente<sup>103</sup> que si se ha vendido el hijo como consecuencia de la grave situación mencionada, *deue ser tornado en libredumbre*, si el mismo hijo u otro por él dan el precio por el que fue vendido. Establece además la citada disposición que, si el comprador le hubiese enseñado algún oficio o arte, se le debe dar, además, aquello que los peritos estimaren por encima del precio pagado como consecuencia de los conocimientos recibidos.

Como consecuencia de las limitaciones a las que se ha hecho referencia, se ha de destacar que la regulación de las causas de pérdida del poder paterno —y singularmente el hecho de sancionar con dicha pérdida al padre que castigue cruelmente al hijo o prostituya a la hija<sup>104</sup>— denota suficientemente una concepción de la patria potestad como poder limitado.

Finalmente, hay que señalar que, además de los poderes que se le conceden al padre sobre sus hijos, le conceden asimismo las leyes del texto alfonsino acciones para ejercerlos. Así, el padre puede reclamar al hijo retenido por la fuerza y que está en poder de otro y también

---

<sup>102</sup> Partidas 4,17,8. *Porque razones puede el padre vender o empeñar su fijo.- Quedado seyendo el padre de grand fambre, e auiedo tan grand pobreza, que non se pudiesse acorrer dotra cosa, estonce puede vender, o empeñar sus fijos, porque aya de que comprar que coma. E la razon porque puede esto fazer, es esta porque pues el padre non han otro consejo: porque pueda estorcer de muerte el, nin el fijo: guisada cosa es, quel pueda vender, e acorrerse del precio: porque non muera el uno, ni el otro...*

<sup>103</sup> Partidas 4,17,9.- *Como se puede redimir el fijo que vendiere su padre, é tornar en su libertad.- Por cuyta de fambre vendiendo el padre a su fijo, segund dize en la ley ante desta, dando el mismo por si quel precio porque fue vendido, u otro or el: deue ser tornado en libredumbre. Pero si aquel despues quel compro, le mostro algund menester, o alguna sciencia, porque valiesse mas que a la sazón quel compro: non es tenuto de darle por el precio que el dio tan solamente, antel deue darle mas del precio, quanto fallaren en verdad conmunalmente omes buenos e sabidores, que vale mas por razon de aquello, que despues aprendio, o quanto despendio de lo suyo, en fazerle aprender.*

<sup>104</sup> Cf. Partida, 4,18,18, *Porque razones pueden los padres ser constreñidos, que saquen de su poder sus fijos*, citada asimismo en la nota 101.

puede reclamar judicialmente al hijo que abandone la casa paterna para que vuelva a la misma<sup>105</sup>.

## 5. Ley de Matrimonio Civil de 1870<sup>106</sup>

El régimen de la patria potestad justiniana rige hasta la Ley de Matrimonio Civil de 1870, con algunas modificaciones como las que establecieron concretamente las Leyes 47<sup>107</sup> y 48<sup>108</sup> de Toro. La citada Ley introduce algunas modificaciones importantes, como son las incluidas en el artículo 64<sup>109</sup>, de manera que la patria potestad se convertiría así en un poder temporal. Poder paterno, limitado, como establece el artículo 65 de la propia Ley, ya que reconoce a los padres el derecho de corregir y castigar moderadamente a los hijos. Por lo que se refiere al ámbito de las relaciones personales, los padres tienen derecho a que sus hijos legítimos no emancipados vivan en su compañía. Se les atribuye asimismo a los padres un derecho de corrección sobre sus hijos<sup>110</sup>.

En la realidad social, establece Castán<sup>111</sup>, «ya desde mucho antes venía acentuándose la convicción de que la patria potestad es función establecida en beneficio de los hijos; la literatura ofrece numerosas muestras de repulsa contra el uso arbitrario del poder paterno»<sup>112</sup>. Tam-

---

<sup>105</sup> Cf. Partidas 417,10. *Que el padre puede demandar al juez quel torne su fijo a su poderío, si non lo touier, o el fijo nol le quisiere obedecer.*

<sup>106</sup> Los efectos que se atribuyen a la patria potestad en la Ley de Matrimonio Civil de 1870 no difieren fundamentalmente de los de la *patria potestas* justiniana en lo que se refiere al contenido patrimonial, *vid.* OTERO: «La patria potestad en el Derecho histórico español», 240.

<sup>107</sup> Ley 47. *El juez con conocimiento de causa legitima ò necesaria compela al marido que de licencia á su mujer para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido, e si compelido no se la diere, que el Juez solo se la pueda dar.*

<sup>108</sup> Ley 48 de Toro: *El marido pueda ratificar lo que su muger oviere hecho sin su licencia no embargante que la dicha licencia no haya precedido: ora la ratificacion sea general, ó especial.*

<sup>109</sup> Artículo 64: «El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados. Se reputará emancipado de derecho al hijo legítimo desde que hubiere entrado en la mayor edad». Este precepto será recogido por el artículo 154 de nuestro Código Civil, en su redacción originaria.

<sup>110</sup> Art. 65 de la Ley de Matrimonio Civil: En consecuencia de tal potestad, el padre y, en su defecto, la madre tendrán derecho: 1.º A que sus hijos legítimos no emancipados vivan en su compañía, y a representarlos en juicio en todos los actos jurídicos que le sean favorables. 2.º A corregirlos y castigarlos moderadamente.

<sup>111</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad*, 30.

<sup>112</sup> Cf. OSSORIO MORALES: *Derecho y Literatura* (Universidad de Granada, 1949), 42-44.

bién en la doctrina jurídica se iba imponiendo la concepción moderna. Determinados autores veían la patria potestad en el siglo XVIII, como un poder útil al hijo e insistían en la necesidad de «considerar este poder muy distante de aquel derecho de vida y muerte que permitieron las leyes romanas sobre los hijos»<sup>113</sup>.

## 6. Concepción moderna de la autoridad paterna

En los Derechos del mundo occidental está muy extendida la concepción de la patria potestad como una función atribuida al padre para protección de los hijos<sup>114</sup>. Asimismo, algunos autores consideran que «la patria potestad es un poder fundamentalmente tuitivo, destinado a la protección de los menores desde el momento de su nacimiento hasta que alcancen la plena capacidad de obrar»<sup>115</sup>.

En el presente apartado, en la misma línea de lo que hemos visto en etapas históricas anteriores, nos interesa destacar, fundamentalmente, las limitaciones legales al ejercicio de la patria potestad atribuida a los padres.

El Código Civil español, en la redacción originaria del número 2.º del artículo 155, atribuyó expresamente a los padres, respecto de los hijos, «la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente». Por otra parte, en los artículos 156 a 158 reguló también el citado texto legal, un derecho de los padres a corregir a los hijos, no ya directamente, sino a través del Estado, reclamando la intervención del Juez municipal para imponer a los hijos hasta un mes de detención en establecimiento correccional destinado al efecto. De manera que el *ius puniendi* del *pater familias* consistía en un poder de imponer sanciones o penas como consecuencia de los actos anormales o irregulares del hijo sin necesidad de fundar la decisión y sin posible recurso contra ella. A partir de la reforma del Código como consecuencia de la Ley de 13 de mayo de 1981, ha desaparecido el citado *ius puniendi* y se limita a mencionar el derecho al castigo en el último apartado del nuevo artículo 154, donde se establece lo siguiente: «Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos». Consideran algunos autores «que

---

<sup>113</sup> DE ASSO Y DEL RÍO, Jordán y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel: *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, ed. sexta, corregida notablemente (Madrid, 1805), 67.

<sup>114</sup> CASTÁN VÁZQUEZ: *La patria potestad*, 31

<sup>115</sup> DíEZ-PICAZO y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV. *Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, vol. IV, 2.ª ed. (Madrid, 1982), 366.

la diferencia sustancial entre la facultad de corrección y la del castigo es que no tiene por objeto sancionar actos ilícitos o irregulares, sino que es una consecuencia del deber de educación y de instrucción y tiene que llevarse a cabo en función pedagógica, porque corregir hay que entenderlo como sinónimo de rectificar. Significa ello que los actos de ejercicio de la patria potestad que no tengan esa finalidad, ese sentido o esa motivación deben ser considerados como extralimitaciones y provocar las consecuencias que de ello haya que extraer»<sup>116</sup>.

Si como acabamos de ver, el artículo 154 concede a los padres la facultad de castigar a los hijos de forma «razonable» y «moderadamente», lo que no se puede admitir, por tanto, es el abuso en el derecho de corrección<sup>117</sup>; en este sentido, pueden considerarse, por ejemplo, como castigos excesivos, «los golpes y encierros que pongan en peligro la salud o la vida del menor, o la privación a éste de cosas necesarias»<sup>118</sup>.

En la legislación española, el castigo excesivo puede producir consecuencias de orden civil (privación de la patria potestad) y de orden penal. En primer lugar, en el ámbito civil, el artículo 171 del C.c., en su redacción originaria, establecía que «los Tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad, o suspender el ejercicio de ésta, si tratasen a sus hijos con dureza excesiva». Tras la reforma citada anteriormente de 1981 el nuevo artículo 170<sup>119</sup> del Código, se refiere a la privación total o parcial de la patria potestad y no menciona ese trato de dureza excesiva; no obstante, «parece que el mismo seguiría siendo causa de privación como contrario a toda la concepción que en la patria potestad

---

<sup>116</sup> Vid. Díez-PICAZO y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, 367. Además, como establece CASTÁN VÁZQUEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo III, vol. 2 (Madrid, 1982), 130. La doctrina civil extranjera y española ha hecho aplicación de la teoría del abuso del derecho al concreto ejercicio de la patria potestad.

<sup>117</sup> Según establece CASTÁN VÁZQUEZ: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 130: «Hoy se admite generalmente que el derecho de corrección ha de ejercitarse dentro de ciertos límites fuera de los cuales la conducta del padre se convierte en antijurídica». Sobre el abuso del derecho de corrección, entre otros, cf. RODRÍGUEZ-ARIAS: *El abuso del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires, 1971), 143. LAQUIS: *El abuso del Derecho en el ejercicio de la patria potestad*. Asimismo, el estudio acerca del abuso del Derecho que sirve de comentario al nuevo artículo 7.2 del C.c. de ROCA, Juan: *Comentarios a las reformas del C.c.* (Madrid, 1977), vol. I, 371 ss.

<sup>118</sup> CASTÁN VÁZQUEZ: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 130.

<sup>119</sup> Art. 170 del C.c., establece: «El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial».

inspira al Código»<sup>120</sup>. En el orden civil, asimismo, los malos tratos de los padres pueden dar lugar al depósito de los hijos<sup>121</sup> y ser causa de desheredación<sup>122</sup>.

En el orden penal, el castigo excesivo de los padres puede llegar a constituir falta o delito. Así, los padres que golpearan o maltrataren de obra sin causar lesión al hijo, serán autores de la falta del artículo 617.2 del Código Penal. Existe un derecho de corrección de los padres respecto a los hijos menores de edad, que deriva de la patria potestad de aquéllos sobre éstos; no obstante, el maltrato de obra sólo está justificado por el derecho de corrección cuando es compatible con los deberes derivados de la patria potestad, es decir, cuando es ejercitado moderadamente<sup>123</sup>. Si producen heridas de mayor consideración, serán reos de los delitos de lesiones del artículo 147 del mismo cuerpo legal. Hay que tener asimismo en cuenta que si se ejerce habitualmente violencia física o psíquica sobre determinadas personas (están incluidos, entre otros, los hijos propios o del cónyuge o conviviente), el autor de los actos de violencia a los que se refiere el artículo 153<sup>124</sup> del Código será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Si los padres, castigando al hijo, llegan a producirle la muerte, pueden ser sancionados como autores del delito de homicidio previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal. Como es sabido, el Código Penal vigente ha suprimido las figuras autónomas de parricidio e infanticidio tipificadas en el Código anterior. No obstante, si bien se pierde el *nomen iuris* específico de tales figuras, se mantiene la circunstancia mixta de parentesco, recogida en el artículo 23 del Código

<sup>120</sup> CASTÁN VÁZQUEZ: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 131.

<sup>121</sup> Cf. las sentencias de 30 de octubre de 1984, 11 de junio de 1986 y 9 de enero de 1987.

<sup>122</sup> Cf. el artículo 854 del C.c.

<sup>123</sup> Cf. LÓPEZ BARRIA Y PÉREZ DEL VALLE: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo, 2, arts. 138 a 385 (Madrid, 1997), 5023.

<sup>124</sup> El artículo 153 ha sido modificado por LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El contenido del citado artículo es el siguiente: El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

actual que podrá agravar o atenuar, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, la figura básica del homicidio contemplada en el citado artículo 138.<sup>125</sup>

Por lo que respecta a la entrega a terceros del propio hijo, representa la superación de la ya histórica exposición a que aludía el artículo 468.2<sup>126</sup> del derogado Código Penal. Si la entrega está presidida por el ánimo lucrativo, entraría en juego el tipo agravado previsto en el artículo 221<sup>127</sup> del Código Penal vigente<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> Cf. RUIZ VADILLO, E.: *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo 2, arts. 138 a 385 (Madrid, 1997), 1719 ss.

<sup>126</sup> En el artículo 468, la suposición de partos y la sustitución de un niño por otro, se castigaban con las penas de prisión menor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. El párrafo 2.º establecía: «Las mismas penas se impondrán al que ocultare o expusiera a un hijo con ánimo de hacerle perder su estado civil».

<sup>127</sup> Art. 221.1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

<sup>128</sup> Vid. MARCHENA GÓMEZ, M.: *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coordinación editorial: I. Serrano Butragueño (Granada, 1999), 1146.



# ESPACIO JUDICIAL AUTONÓMICO

Manuel María Zorrilla Ruiz  
Catedrático de la Universidad de Deusto

## 1. Dimensión institucional de las Comunidades Autónomas del Estado compuesto

La llamada *organización institucional autonómica* trae causa, como el art. 147.1 CE cuida de advertir, de los textos estatutarios, que constituyen las *normas institucionales básicas* de cada CA. Cuando los procesos de autogobierno cuentan con los soportes de la tradición histórica o el aval plebiscitario (art. 151.1 y DT. 2.<sup>a</sup> CE), esa organización presenta una estructura fundada en la formación de una asamblea legislativa y un consejo de gobierno que, sin margen para la disponibilidad o el arbitrio, el art. 152.1 CE preceptúa inexorablemente. El constituyente no impone un *pie forzado de organización* al resto de las CCAA —acogidas al *trámite desacelerado* que generaliza el art. 146.1 CE— y deja al albedrío de los protagonistas —a saber, las *asambleas preparatorias* y las Cortes Generales— el decidir si las que el art. 147.1 CE denomina *instituciones autónomas* —nunca *soberanas*— *propias* pueden adquirir una fisonomía más novedosa y menos exigente que la de las *autonomías históricas*.

Así se infiere de la distinción que el art. 2 CE entabla entre las *nacionalidades* y las *regiones* que son titulares del derecho colectivo a la autonomía. La idea de *nacionalidad* —antaño indiscutida e inequívoca— encierra un concepto jurídico indeterminado, cuyo significado enigmático no facilita la labor de concluir si por tal se entienden la *apetitud* y *posibilidad de devenir nación* —reflejando el *tránsito de la potencia al acto*— o si sólo describe el *proceso de crecimiento de una cuasinación* que, acortando distancias, se aproxima a ese límite sin alcanzarlo ni beneficiarse de la condición que ello lleva consigo. La cualificación de *nacionalidad* concierne, con independencia de ambas opciones interpretativas, a los mínimos de *rigor institucional* que el

art. 152.1.I CE requiere para la perfección tecnicojurídica de la organización autonómica. Quizás quiere justificar que la invocación —en medida espectacular e insistente— de las *características históricas y culturales* —como síntesis del ayer y del hoy— prima sobre los *rasgos económicos* que completan los *mínimos definidores* enunciados en el art. 143.1 CE. Las *regiones* son compartimentos dispensados de tan riguroso tratamiento, porque, sin perjuicio del respeto a la tradición y a las enseñanzas de la Historia, surgen con vistas al futuro de las *características culturales*— necesitadas de cultivo y progreso— y *económicas*, inspiradoras de la *tutela de la riqueza regional*, que el art. 40.1 CE incluye en los *principios rectores de la política social y económica*, de la *armonización del desarrollo regional*, que el art. 131.1 CE adscribe a las operaciones de la planificación económica general, y de la *corrección de los desequilibrios económicos interterritoriales*, que el art. 158.2 CE hace objeto de expresa prevención.

## 2. Significado de la organización judicial en el marco territorial de las Comunidades Autónomas

El art. 152.1.II CE omite toda referencia a la *organización judicial autonómica* y, en su lugar, conecta esa estructura con el *ámbito territorial* de las CCAA. Ello mueve a una doble consideración.

Se está, de una parte, ante una declaración extravagante del emplazamiento sistemático que conviene a la prescripción del art. 123.1 CE. Pasaje necesitado de otra redacción y otra extensión. Lo primero, para coordinar lógicamente los adjetivos *...supremo...* y *...superior...*, que —no obstante abarcar todos los órganos jurisdiccionales— se predicán confusamente de un órgano que, en puridad terminológica, debe denominarse Tribunal de Casación. Ello dispensa de insistir en que, disuelta la equivocidad, el Tribunal Supremo no está llamado a ser el órgano que, según los arts. 161.1 y 162 CE, *interpreta y aplica caracterizadamente* los principios y preceptos de la que el art. 5.1 LOPJ concibe como *norma suprema* del ordenamiento jurídico.

Otra reflexión atañe al uso que el art. 152.1.II CE hace del artículo determinado *...la...* y no del adjetivo distributivo *...cada...*, cuantas veces precede al sustantivo *Comunidad Autónoma*. Sucede así, porque la cita significa referencia y familiaridad con la *variante autonómica* que se menciona poco antes. Dichas CCAA no son cualesquiera de las que el art. 143.1 CE declara integradas en el *Estado compuesto de las Autonomías*, sino sólo aquellas a las que, prediciendo la *organización institucional autonómica*, se refiere el art. 151.II CE, a saber, las que deri-

van de procesos de autogobierno afianzados por la tradición histórica o la notoriedad de un plebiscito popular.

Se reputan *órganos constitucionales* los que —para facilitar el funcionamiento de los poderes públicos constituidos y el ejercicio de los derechos reconocidos por el constituyente— gozan de una de dos características. O bien preexisten a la apertura del ordenamiento constitucional y, sin constatarse ni erigirse de nuevo, reciben de éste el refrendo que les consolida, o bien, sin *tener historia* o apenas insinuarla, proceden, previo examen y diagnóstico de las realidades sociales, de la creatividad del legislador fundamental. Es el caso de los TTSSJ, cuya implantación —en las demarcaciones territoriales de algunas y no de todas las CCAA— ordena el art. 152.1.I CE. De ahí que sólo se consideren *órganos constitucionales* los TTSSJ que culminan la organización judicial en las autonomías calificadas de *nacionalidades* y no en las que, según el art. 2 CE, tienen el tratamiento de *regiones*. Los TTSSJ de las demás CCAA no cuentan con el respaldo de un imperativo constitucional, sino que, gracias a la libertad de *decisionismo político*, dependen de la iniciativa legislativa del texto que —anunciado por el art. 122.1 CE en los mínimos de su contenido— añade la regulación del cap. 3.º, tít. IV LOPJ. No son *órganos constitucionales*, porque, según un criterio restrictivo, su cualidad no se predica de todos los órganos que, sin más, se ajustan a los principios y preceptos de la carta política, y se reserva a los que el constituyente *cuida de llamar por su nombre* o instituye por primera vez. El legislador estatal —cuyo poder de decisión se detiene ante la interdicción de arbitrariedad y el respeto a aquellas normas y principios— pudo elegir entre la *fórmula concesiva y extensa* —que ha prevalecido— y el *parecer minimalista* que, al fin, ha descartado.

### 3. Acciones racionalizadoras de las Comunidades Autónomas

El art. 152.1.II CE diseña un proceso racionalizador que se ordena cronológicamente para coordinar el ejercicio de la competencia —*menos exclusiva* en este caso— que el art. 149.1, n.º 5.º CE atribuye al Estado en materia de Administración de Justicia, con la que —como *competencia compartida* que emana de la primera o la completa— asumen las CCAA en virtud de las normas estatutarias que atañen a este punto. Su intervención —reglada y muy modesta— se reduce a fijar *los supuestos y las formas de participación comunitaria en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio*, de acuerdo con la LOPJ y el respeto debido a la unidad e independencia de uno de los pilares del Estado social y democrático de Derecho.

Algo hay de tautológico en tales precisiones. Era cauta, por no decir que indispensable, la exigencia de que —lejos de fijarse libérrimamente— las competencias estatutarias se atuviesen a una LOPJ que, pendiente a la sazón de dictarse, había de producirse cuanto antes para dar cumplimiento al art. 122.1 CE. Se trataba de una de las variantes que art. 150.1 CE admitía, cuando autorizaba a las Cortes Generales a situar, mediante una ley estatal, el *marco de principios, bases y directrices* que las asambleas legislativas de las CCAA estaban llamadas a desarrollar.

*Participar en la organización* de las demarcaciones judiciales del territorio comunitario parece una tarea cuya perfección no puede poner en entredicho la *unidad e independencia* del Poder Judicial que el art. 151.1 CE tiene particular empeño en defender. Huelga exaltar la protección de ambas frente a unas acciones que, como las constitutivas de esa suerte de *participación*, no dan idea de que, por razón de la materia, pueden afectarles desfavorablemente. Cosa distinta y excesiva es que, atentando contra la naturaleza de las cosas, la noción jurídica —pacífica y relativamente determinada— de *participación* se deforme para cobijar situaciones que, violentando el rigor de la definición, crean riesgos que conceptualmente carecen de sentido y deben evitarse. La *participación* —así entendida— no autorizaba a regular la competencia de los órganos jurisdiccionales ni a ingerirse en el campo que el art. 117.3 CE reserva a la legislación procesal, pues, conforme al sentido propio de las palabras de la norma que enuncia la proposición correspondiente, *participar es llevar a buen fin las tareas de racionalización requeridas por el arraigo físico, el acondicionamiento territorial y el enclave geográfico de los órganos judiciales*. Algo similar al *decálogo* en que los viejos principios de la Ciencia de la Administración condensaron las reglas sobre el asentamiento de los oficios públicos en los compartimentos físicos de sus competencias, siempre que éstas se asignasen impecablemente y se propusieran los criterios tendentes a su eficiencia óptima. La lectura sensata del art. 152.1 CE no se condice con la tesis —incurso en un aventurismo exagerado— de que *sólo se enuncia el mínimo constitucional de atribuciones autonómicas* y se invita después a desbordarlas, porque dicho incentivo choca, más tarde o más temprano, con el *contenido natural* de una LOPJ que veda tales extralimitaciones.

La normalidad del *mecanismo de participación* presupone que —conforme a los arts. 150.1 y 152.1II CE— la LOPJ entrara en vigor, cuando menos, antes que los textos básicos de las CCAA que, acogidas al procedimiento acelerado del art. 151.1 CE, podían asumir, desde ya, las competencias requeridas para intervenir con ese alcance. Los EEA

deshicieron la prioridad, pues, contra lo previsto, precedieron y no siguieron a una LOPJ de aparición tardía. Al no contar con las orientaciones destinadas a prevenir sus iniciativas, rompieron el marco de sus opciones de participación y abocaron a excesos subsistentes durante algún tiempo. El art. 14.1 EAPV introdujo un listado de *competencias judiciales* que —sin consecuencias transformadoras inmediatas ni resultados visiblemente negativos— permaneció hasta que el cap. 3.º, tít. IV LOPJ— deferente de la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales enclavados en las CCAA— inutilizó esos excesos normativos. No se llegó a echar mano del *control de constitucionalidad* —utilizable al amparo de los arts. 161.1a y 162.1 CE— y, en su lugar, se produjo el efecto automático de que una regulación viciada de inconstitucionalidad originaria quedase derogada por otra posterior a la que no aquejaba ese defecto.

#### 4. **Justificación y prevalencia del principio de unidad jurisdiccional**

La formulación del *principio de unidad jurisdiccional* —que, según el art. 117.5 CE, es *base de la organización y funcionamiento de los Tribunales*— no sólo evoca, por vía de testimonio histórico, la liquidación de un pasado reciente —el del perecido sistema autoritario— que cedió a las tentaciones de concentración del poder y extensión de los reductos de su inmunidad. La multiplicación y dispersión de fueros, la concurrencia de competencias judiciales y administrativas, la introducción de jurisdicciones de excepción —que erosionaron lo esencial de la soberanía— y el arbitrio de las inmunidades, desvirtuaron la regla de que la *acción judicial debía ser una y única para todos los órdenes determinantes de sus competencias*. El *pretexto de la especialidad* —técnicamente dirigida a ordenar las pautas de conocimiento y eficiencia que vigorizan la efectividad de la tutela judicial— se aplicó al fomento de objetivos espurios.

El *principio de unidad jurisdiccional* adquiere su sentido —dogmáticamente más intenso e históricamente más interesante— cuando se relaciona con la finalidad de implantar, sin eufemismos y hasta sus consecuencias últimas, el Estado social y democrático de Derecho, y de reforzar uno de sus poderes —a saber, el ambiciosamente regulado en el tít. VI CE— que, como los demás poderes del Estado, emana del pueblo en los términos que solemnizan los arts. 1.2 y 117.1 CE.

Este robustecimiento del poder judicial data del compromiso con que la LOPJ(8)70 ensayó la *invención de la magistratura contempo-*

*rána*, que pretendió configurar con el prestigio —frustrado a la larga— de las instituciones homólogas del mundo anglosajón y la esperanza —fenecida también— de erigir el poder judicial en *clave decisoria de los conflictos escenificados por los demás poderes y árbitro de las —entonces y siempre— encendidas contiendas políticas*. La jurisdicción estaba secuestrada por los residuos dogmáticos del *principio monárquico* que, como simbólica oblación a sus orígenes, hoy evoca el art. 117.1 CE, cuando reza que *la justicia se administra en nombre del Rey...* Precepto que, no obstante su retoricismo, se conecta con el art. 56.1 CE para concluir que *la justicia se administra en nombre de la unidad y permanencia del Estado que organiza jurídicamente la sociedad*, cuyos pobladores le han transferido —de modo condicionado y temporal— la soberanía o poder político de que la comunidad es titular originaria o en raíz.

La rotulación del poder judicial como *poder en cierto modo ineficaz*, provino de la confiscación de sus funciones por el principio monárquico y del fraccionamiento de las jurisdicciones anejas a los Derechos territoriales que —empobrecidos, dispersos y manejados por juristas de formación rudimentaria— precedieron a las operaciones científicas de los procesos codificadores.

El poder judicial careció del *sustrato politicoideológico* necesario para vigorizar las acciones de una comunidad, porque su perspectiva básica —que ni de lejos intuía el potencial de su futuro creador— suponía que el raciocinio deductivo del juez reiteraba la voluntad de una ley cuyo mensaje era, por definición, inteligible y no necesitaba de interpretaciones, a la vez que su proposición era completa y tampoco exigía integración alguna. La naturaleza y las limitaciones de la función judicial obstaban a un ensayo de *política judicial* cuyas características de *acción sistemática* y de *coordinación* desdecían de la simplicidad y soledad concurrentes en el ejercicio de esa independencia.

La *unidad jurisdiccional* se debe a la fórmula con que los ordenamientos jurídicos del modelo del Estado social y democrático de Derecho liquidaron las anomalías de los particularismos judiciales —ceranos y distantes— e introdujeron soluciones que consumaban la reforma decisiva del Derecho Público moderno. Es así como el concepto de la *justicia señorial* se esfuma y deja de ser un *derecho de propiedad* asignado a titulares que pueden delegar su ejercicio.

La pretensión constructiva de un poder judicial autónomico exige graduar las dimensiones del principio de unidad jurisdiccional, evocar sus fundamentos históricos y dogmáticos, y contrastar su incommovilidad. La cláusula del art. 150.2 CE es el gozne sobre el que gira la reflexión polémica de ese fundamento.

## 5. ¿Traslaciones anejas a un poder judicial autonómico?

El *modelo de interés general* que recoge la norma del art. 150.2 CE pudo suscitar otras opciones dignas de un sugestivo análisis. Una de ellas señalaría —sin alterar su carácter taxativo— los supuestos en que cabría *transferir irrevocablemente* —a diferencia del recurso a los *mecanismos de control* y la *revocabilidad* propios de las delegaciones— ciertas competencias que, por *propia naturaleza*, trasladaría el poder central a los poderes autonómicos. Englobar en esa lista las competencias estatales sobre la *organización y estructura del poder judicial*, pugnaría con el principio de unidad jurisdiccional —constante en el art. 117.5 CE y refrendado en el art. 152.111 CE— y obligaría a reducir la fricción —achicando la magnitud de los objetivos de origen— mediante los elementos contextual y sistemático de interpretación de la carta política.

Una modalidad distinta aceptaría, sin tasación ni condicionamiento alguno, la eventualidad de que, además de las transferencias indicadas, fuesen posibles cuantas otras innovara el *decisionismo político* del legislador ordinario. Por muy elásticas que fuesen las dimensiones de su juicio de oportunidad, siempre intervendría la prohibición de atentar contra el principio de unidad jurisdiccional y, en el caso de su vulneración, el recurso al *control de constitucionalidad* —autorizado en los arts. 53.1 y 161.1.a CE— dejaría heridas de muerte las tentativas de ese signo.

El principio de unidad jurisdiccional y el respeto que merece al art. 117.5 CE, cumplen diferentes funciones. Operan como elemento de interpretación disolvente de las *contradicciones intraconstitucionales* que pueden surgir. Eliminan la *contradicción extraconstitucional* derivada de las iniciativas del legislador ordinario que infringen la legalidad fundamental.

La regla del art. 150.2 CE —cuya tercera opción sugiere el análisis de una transferencia erosiva del principio de unidad jurisdiccional— suscita dos consideraciones. Una plantea la duda de si se impone una *limitación a la libertad decisionista* del legislador ordinario o, en su lugar, le afecta un *deber de fisonomía especial*. La otra muestra cómo el ejercicio de ese albedrío razonable o el cumplimiento de dicha obligación dependen nada menos que de la idea de *propia naturaleza*, noción que, a todas luces, embebe un concepto filosófico de indeterminación y polivalencia máximas. Sorprende que el art. 1.1 CE —animado de las mejores y más lúcidas intenciones del constituyente— haya cuidado de eludir cualquier mención de lo *natural* o la *naturaleza* —rehuyendo el reproche de quién sabe qué *compromiso yusnaturalista*— y preferido

afianzar el *bloque de moralidad legalizada* que, según entendimientos legítimamente alternativos, gravita, desde fuera, sobre el ordenamiento jurídico o se solidifica en su interior. Ello contrasta con el *exceso de elasticidad* de que el *consenso constitucional* hizo gala al insertar en el art. 150.2 CE un concepto que, como el de *propia naturaleza*, vuelve enigmática la lectura de una norma jurídica que carece de la *prudencia nominativa* en que abunda el art. 1.1 CE.

Si el art. 150.2 CE ha establecido un límite —derivado de concretar el concepto jurídico indeterminado y ponderar su aplicación— a la libertad del Parlamento que toma la iniciativa de la transferencia, es porque el legislador —sobre cuyo *voluntarismo* ha de pesar la *incidencia intelectualista* de esa noción— tiene que cerciorarse de que la traslación es exigida por la *propia naturaleza* de la materia cuestionada. El art. 150.2 CE —que no otorga un *poder libérrimamente ejercitable*, sino un *derecho-función* conexo con la cualificación de las competencias transferibles— permite cumplir una *obligación natural* que se asemeja a otros deberes reglados constitucionalmente e impuestos a un legislador cuya *mora normativa* o actitud de *inconstitucionalidad por omisión* no cuenta con sanciones aptas para removerla.

## 6. Peripecias del planteamiento del problema

El art. 150.2 CE acude a un concepto jurídico indeterminado de máxima elasticidad —cual es la *propia naturaleza* de las materias transferibles— para fijar axiológicamente las que el poder central puede enajenar en pro de los poderes autonómicos y, tras iniciar esta aventura, incluirlas en el programa definidor de un poder judicial que —segregado del que hoy regula el tít. VI CE— *lo sea de una o más CCAA* —formando parte de su traza institucional— y *no se reduzca a estar enclavado en el ámbito territorial correspondiente*.

Cabe que, unas veces, las condiciones determinantes de la *propia naturaleza* vayan, de suyo, implícitas en la sensatez que acompaña al propósito de la transferencia, cuyo entendimiento justifica entonces, fuera de toda duda razonable, la procedencia constitucional de la medida en que consiste. De lo contrario, el requerimiento o *imperativo natural* necesita de los avales del *juicio de razón* que, según los casos, parte de los términos —suficientemente aleccionadores y elocuentes— del *debate parlamentario* del proceso elaborador de la ley orgánica que ha de acordar la transferencia, o de los *antecedentes y/o exposiciones de motivos* que, según el art. 88 CE, cumplen una finalidad análoga. El reconocimiento del poder dispositivo que, respecto a los temas transfe-

ribles, otorga a la legislación central el art. 150.2 CE, depende de que la posibilidad —en función de la naturaleza que, como propia, se le asocia— se presuma o admita, sin gruesos reparos, en los casos de notoria simplicidad o evidencia, o requiera una demostración de alguna contundencia intelectual. El discurso razonable del legislador —intransigente con las falsedades o desmesuras dialécticas y, no menos, con los extravíos del *voluntarismo aberrante* o el *pensamiento débil*— prima con la fuerza provocadora de un *acto de fe* que dificulta la destrucción del raciocinio justificante de estos *episodios de decisionismo*.

El legislador asume la carga de alegar —como título de la *traslación irrevocable* que se propone realizar— la *propia naturaleza* de la materia transferible, y de argüir, con poder de convicción bastante, en defensa de esa posibilidad. Queda fuera de juego la hipótesis de que un nuevo poder judicial traiga causa del cercenamiento o la traslación parcial de la soberanía —al no ser éste el caso del art. 150.2 CE— y se pregunta, con desazón y sorpresa, por la suerte (¿?) de sendos principios de unidad jurisdiccional que *cohabitarían* en esas condiciones. El examen del art. 150.2 CE —sobre el fundamento que brinda para mantener la doctrina de los *poderes judiciales autonómicos e insularizados*— presupone que la *propia naturaleza* de la institución implica la *conformidad de la solución adoptada con las categorías y pautas del orden natural*, pero también obliga a definir lo que el orden natural significa desde la *perspectiva constitucional* o ante las *alternativas del pluralismo político* que, según el art. 1.1 CE, admite más de una definición del concepto subyacente a ese término. Suya sería, pues, la consecuencia de que el *principio ontológico de no contradicción* prohíbe que *una cosa puede ser y dejar de ser al mismo tiempo*, y permite también que *una misma cosa puede dejar de ser y pasar a ser otra en momentos de tiempo sucesivos, diferenciados y sensiblemente distantes los unos de los otros*.

Aquí convergen dos hipótesis. La una propugna que el *orden natural* —indispensable para fijar la *propia naturaleza* de una institución jurídica o definir una materia gobernada por el Derecho objetivo— *se condice y coincide plenamente, con las soluciones constitucionales*, sin disidencias ni contradicciones que les hagan entrar en conflicto. *Lo natural equivale entonces a lo constitucional*, no a causa de una elección superficial o gratuita, sino porque el art. 1.1 CE —que eleva la *justicia*, síntesis de la igualdad y de la libertad, a *valor superior* del ordenamiento jurídico— no se ciñe a transmitir un deseo o esbozar una predicción conjetural, sino que *afirma terminantemente la coincidencia de las verdades justas del orden natural con los principios y preceptos de la legalidad fundamental*. Ello es así, porque —en un rapto de com-

promiso ético— el constituyente no se da por moralmente satisfecho al declarar la validez juridicoformal de una tarea que juzga imperfecta si antes no constata la justicia de sus resultados. La tentativa de erigir poderes judiciales autonómicos choca con el *principio de unidad jurisdiccional*, cuya *condición básica* —constante en el art. 117.5 CE— refleja la *indivisibilidad* que su conexión con el concepto de soberanía le atribuye.

La otra opción admite que el *orden natural* representa una instancia de control en nombre de referentes axiológicos que, llegado el caso, discrepan de los principios y/o preceptos constitucionales. Es entonces cuando lo *natural se asimila a lo supraconstitucional*, ya que, según una lectura legítima del art. 1.1 CE, *propugnar la justicia* —compendio de la *igualdad* y de la *libertad*— como valor superior del ordenamiento jurídico, no prejuzga que todas las verdades aclamadas por el constituyente son naturalmente justas, si, a su tiempo, se exponen al control de los *justos principios del orden natural* que deben inspirarlas. Ello puede exigir, en mera hipótesis, que el principio de unidad jurisdiccional pierda su *condición de básico*, porque la regla del art. 117.5 CE —afectada por el curso de los acontecimientos— no se pliega existencialmente a los estados de cosas que, en otras circunstancias del tiempo y del lugar, inspiraron las demandas del orden natural. Si esta postura adquiere una *improbable carta de naturaleza* y trata de llevarse a la práctica, la eventualidad de un *poder judicial de las CCAA* —consiguiente a la disolución o decadencia del principio de unidad jurisdiccional— se debe a que uno de los *entendimientos alternativos de lo natural* obliga a ocuparse de ciertos principios constitucionales que la fórmula del art. 150.2 CE permite poner en cuestión.

Si, sin reservas ni cambios de rumbo, lo *natural se identifica con los contenidos constitucionales del Derecho objetivo vigente*, la preponderancia del principio de unidad jurisdiccional queda fuera de duda y de debate. Si, en cambio, lo *natural prevalece sobre lo constitucional* —porque hace de ello materia criticable y susceptible de reflexiones sustanciales— el principio de unidad jurisdiccional resulta vulnerable y está en tela de juicio.

Si, siempre en hipótesis, el orden natural llega a legitimar —suspendiendo o inutilizando aspectos constitucionales de apariencia inmovible— la renuncia al principio de unidad jurisdiccional y su sustitución por el de *duplicidad o pluralidad de jurisdicciones*, la cláusula del art. 117.5 CE se ve desposeída de su consustancial *carácter básico*. Pierde tal condición, porque no cabe encontrar otra respuesta a la vocación de la *naturaleza de las cosas*. Ello no obstante, ciertos pasajes del tít. VI y el art. 152.1 CE continuarían diciendo lo mismo que rezaban

antes de una operación —¿impecable o polémicamente constitucional?— cuyo resultado contradice el imperio del principio de unidad jurisdiccional, y las notas de la unidad y unicidad del poder judicial. Sería imprescindible reformar el texto constitucional para que las transformaciones que —ante la preferencia de lo *natural* sobre lo *constitucionalmente positivo*— emprende el legislador ordinario —cumpliendo, según la *interpretación naturalista*, previsiones de signo constitucional— se adapten al contexto de otros pasajes de la legalidad fundamental, que, a falta de esta operación, reflejarán una situación incompatible con la novedad introducida al amparo del art. 150.2 CE.

Una variante atípica de reforma constitucional se ha delegado en el legislador que, llegado el caso, utiliza la fórmula admitida en el art. 81.1 CE. Las discordancias entre el efecto de las transferencias acordadas y lo que, pese a esta mutación, sigue rezando el texto constitucional, requieren —amén de la *reforma informal* que entonces se produce— una *reforma complementaria* que, para adecuar la realidad jurídica a la realidad exterior, modifique el art. 149.1, n.º 5.º CE y delimite el resto de las competencias exclusivas que, en materia de Administración de Justicia, siguen atribuidas al Estado.

## 7. ¿Sustantividad y aplicación judicial de un ordenamiento jurídico autonómico?

Los arts. 1.1, 9.1 y 147.1 CE hacen sendas menciones —las únicas, por cierto, que incorpora el texto constitucional— del concepto de *ordenamiento jurídico*. No es dudoso que las dos primeras se refieren al ordenamiento jurídico del Estado, pero cabe cuestionar si la tercera conserva esa inequívoca significación en el cap. 3.º, tít. VIII CE.

El art. 143.1 CE concibe el proceso generador de las CCAA como la manifestación del ejercicio de un *poder constituyente* y, a tal efecto, emplea una expresión que —como la relativa al *hecho de constituirse*— no difiere sensiblemente de la que encabeza el art. 1.1 CE, al designar el *momento histórico* de la emergencia del Estado social y democrático de Derecho. Momento en que la *metodología del cambio político* —que prefirió la *rehabilitación reformista* a la *disolución rupturista* de las instituciones del previgente sistema autoritario— obligaba a debatir la existencia de los presupuestos y condiciones normales de adquisición de aquella potestad.

El ejercicio del poder constituyente —consumado con el agotamiento de las prerrogativas que lo integran— traza un círculo de desarrollo que anuncia la formación del ordenamiento jurídico presente y

futuro. Sin más prejuicios que los técnicamente derivados de esta premisa, cuesta sostener que —así como el *acto constituyente* definido en el art. 1.1 CE para erigir el ordenamiento jurídico del Estado, disipa toda duda sobre el alcance y significado de esta parcela del Derecho objetivo— el *acto constituyente* que, de modo explícito, prevé el art. 143.1 CE, no genera un *ordenamiento jurídico* propio de las CCAA a que se refiere.

Dicho ordenamiento reconocería, como título constitutivo, el EA —al que, no en vano, el art. 143.1 CE denomina *norma institucional básica*— y abarcaría las reglas dimanantes del ejercicio de las competencias enunciadas en los arts. 148 y 149 CE. No se trataría de deslindar o compartir atribuciones procedentes de normas que pertenecen a un solo y único ordenamiento jurídico, sino de aceptar que éstas emanan de focos normativos enclavados en ordenamientos jurídicos diferentes.

Esta reflexión —fundada hasta aquí en la *efectividad constituyente* del art. 143.1 CE— se refuerza con dos argumentos. Contextual, uno de ellos, y exegético el otro.

El primero surge al analizar la naturaleza de los EEA, cuyo proceso normativo no es el que los arts. 87 a 90 CE dedican a la elaboración de las leyes por el legislador central. El trámite anunciado para los territorios que plebiscitaron históricamente un proyecto autonómico, resulta de *integrar la voluntad constituyente del sistema preautonómico con la voluntad normativa del Estado que se refleja en una ley orgánica*. Conforme a las reglas del art. 151.2, n.<sup>os</sup> 1.<sup>o</sup> a 4.<sup>o</sup> CE, el EA se forja mediante *comunes acuerdos* —expresión pactista que literalmente se utiliza— y la *formulación definitiva* toma su razón de ser y contenido de la propuesta o redacción debida a la *acción constituyente* —que no tiene por qué ser *soberana*— de la voluntad autonómica. La intervención legislativa del Estado cumple un *papel de limitación* o de censura que no se injiere en la concreción de los contenidos iniciales del proyecto. Los plenos de las cámaras no alientan un texto estatutario nacido de la voluntad del poder central, sino que deciden sobre el que —tras el *referéndum* del cuerpo electoral de las provincias— se eleva a las Cortes Generales mediante un *voto de ratificación cuyo carácter simplemente aprobatorio no constituye una operación inmediatamente creadora del Derecho objetivo*. La promulgación —como ley— del EA no introduce en el ordenamiento jurídico del Estado una norma que reconozca como causa eficiente la acción del poder legislativo central. Entraña unas *funciones de cooperación y de control* que hacen eficaz el ejercicio del poder constituyente asignado a la CA en el art. 143.2 CE. Tratase de apoyar la apertura de un ordenamiento jurídico defendido

por el poder coactivo del Estado e independizado del depósito en que yace el Derecho objetivo del mismo.

La *autonomía normativa* —que, además de autorizar el ejercicio de competencias propias, las difunde en el seno de un ordenamiento jurídico particular— se asemeja a la *autonomía institucional* —desprovista de sustrato territorial o base física— que el art. 37.1 CE concibe como el género próximo de la *autonomía colectiva* de las organizaciones sindicales. El valor exegético del art. 147.1 CE, lejos de invalidar esta conclusión, la reafirma y vigoriza.

Si los EEA conservasen la naturaleza químicamente pura de las leyes orgánicas, en cuya calidad son objeto de promulgación, bastaría que, para precisar su peculiaridad y alcance, se estuviese a las pautas generales de sujeción al ordenamiento jurídico y de legalidad que recoge el art. 9.1 y 3 CE. No ocurre así, desde el momento en que el art. 147.1 CE acude a una expresión que, sin atisbos de frivolidad semántica, el constituyente juzga indispensable y categórica. Si el Estado *se compromete a reconocer y amparar los EEA*, es porque la fuerza de las cosas le obliga al *esfuerzo didáctico* de proclamarlo así. Ante la urgencia de proteger un ámbito necesitado de tutela, el art. 147.1 CE destaca la necesidad de que —no siendo aquél parte del ordenamiento jurídico del Estado— cuente con una garantía cuya formulación huelga respecto al Derecho central. Dicha *cláusula de garantía* —mediante la que el poder estatal facilita el cumplimiento de las normas de un ordenamiento jurídico con el que se ha comprometido reflexivamente— es una muestra de las *acciones de apoyo* que, según el art. 9.2 CE, deben emprender los poderes públicos para reforzar los ordenamientos jurídicos incompletos o aquejados de ciertas deficiencias. De ahí que —como conclusión de este recurso al elemento gramatical de interpretación— el art. 147.1 CE no predica el adjetivo posesivo *...su...* del *ordenamiento jurídico estatal* —cuyo reconocimiento y amparo caen de su peso y no requieren una especial reiteración— y sí al *ordenamiento jurídico de las CCAA*, que, como iniciativa de apoyo, recibe del Estado el *plus* de coerción que le es preciso para perfeccionar la obligatoriedad de sus normas.

## 8. Depósito de los derechos históricos

La *cláusula principal declarativa* de la DA 1.ªI CE —que usa un giro semejante al del art. 147.3 CE— anuncia el compromiso contraído por el constituyente que, como complemento, formula la *cláusula ejecutiva* que juzga indispensable.

El *compromiso de respeto* para con los derechos históricos de los territorios forales prohíbe las modificaciones o injerencias que dañen la intangibilidad del acervo compuesto por sus normas de Derecho objetivo. Esta tesis comulga con la idea de la sustantividad de un *ordenamiento jurídico autonómico* y, como tal, distinto del *ordenamiento jurídico estatal* que mencionan los arts. 1.1 y 9.1 CE.

El *deber de respeto* designa una actitud más enajenada y celosa que la del *mero reconocimiento* a que —en ocasiones como la que señala el art. 53.1 CE— el constituyente hace alusión. *Reconocer* una situación jurídica es comprobar la realidad e inmunidad del estado de cosas a que se reduce, valorar la dosis de interés general que le conviene, y dotarla de una regulación adecuada al relieve social y la significación económica de sus expresiones. Las líneas generales de esta regulación pueden estar a cargo del constituyente o implicar un *encargo en blanco*, cuyo cumplimiento incumbe el legislador ordinario. *Respetar* es, con mucho más énfasis, abstenerse de oponer reparos a esa situación y admitir la existencia e integridad de las normas jurídicas que la gobiernan, sin mas injerencias que las de las operaciones de coordinación o encaje que su eficacia impone. A partir de aquí, la relación entre el *deber de respeto* y el *compromiso de amparo* que proclama el art. 147.1 CE, cobra un significado digno de consideración.

El respeto y devoción constitucionales para con el acervo de los derechos históricos, corresponden a la primera fase —caracterizada por un propósito de conservación y defensa— del todo que los mismos abarcan, y se refieren al *contenido pretérito* que de ellos consta en los regímenes forales. La *acción de amparo* que el constituyente preconiza no es un sinónimo trivial, al que se acude para reforzar la salvaguarda de un patrimonio predeterminado y adquirido. El *amparo* —conforme al sentido propio y razonable del término con que se designa— describe el *futuro compromiso* de realizar las acciones legislativas precisas para que, de una parte, se consolide el deber de respeto del pasado —preservándose su entidad e identidad— y, de otra, se emprendan, por medio de una sana metodología, las operaciones valederas para exhumar los intereses históricos que revelan los *signos de los tiempos* y cuya vestidura jurídica engendra nuevas normas de Derecho objetivo.

El Derecho de los territorios forales pertenece al depósito constituido para cuidar de las necesidades pretéritas que estuvieron en el germen de lo que aquí y ahora representa el proceso autonómico. Compartían la postura que, al inaugurarse la polémica codificadora, defendía que la *universalización del Derecho* —fruto de unas reglas cuidadosamente asimiladas y vertidas en los códigos que se propugnaban— no podía cegar las tentadoras vías de la espontaneidad y creatividad del

*espíritu del pueblo*. El constituyente reconoce que el que, de pasado, fue Derecho Foral y, de presente y de futuro, pretende ser Derecho Autónomo, equivale al *producto de ese espíritu que sobrevive* y renueva el espectro de los intereses que subyacen a sus reivindicaciones.

Según el art. 143.1 CE, los factores aglutinantes del proceso autonómico son, cuando menos, de *corte histórico, cultural y económico*. Operan ininterrumpidamente y trasladan al plano de la construcción autonómica el viejo principio *...todo fluye...*, que inspira la filosofía del *devenir político*. El constituyente les ofrece un amparo que consiste en defender el acervo de normas forales, ya sedimentadas, y estimular la pesquisa de las soluciones jurídicas que, en lo sucesivo, recaban contribuciones de esta naturaleza. Algunas de sus exigencias ya existen hoy por hoy, se irán sucediendo y renovando, y servirán a los intereses generales con las aportaciones derivadas de la actualización que la cláusula ejecutiva autoriza.

Quiere decirse, en síntesis, que el constituyente se obliga a no menoscabar y a hacer más accesible el repertorio de los elementos normativos de un Derecho histórico pasado, cuya continuidad y crecimiento amplían el acervo del reciente Derecho Autónomo. Hasta aquí, el alcance de la *obligación de respetar*. También se indica que la *acción de amparo* de la voluntad constituyente —fiel traducción de la *consigna transformadora de apoyo* del art. 9.2 CE— incita e invita a elevar al rango de situaciones jurídicas —protegidas mediante la efectiva tutela judicial— los nuevos intereses generales dimanantes de circunstancias históricas, culturales y económicas sobrevenidas, y que el porvenir señala como *fuentes* de los *derechos insinuados*, al hacerse visible su *verdadero rostro*, en el horizonte constitutivamente histórico de la razón práctica.

Hay un *haz de derechos pretéritos históricos* —integrantes del pasado foral— que permanecen indemnes, y un elenco de *intereses presentes y futuros* —ínsitos en el dinamismo del proceso autonómico— que se deben a requerimientos culturales y económicos, cuya presencia obliga a reaccionar. Trátase de casos de interés general que carecen de la vestidura de normas jurídicas, si bien —con la confianza puesta en la tutela que, cumpliendo una obligación natural, les adeuda el ordenamiento jurídico— están a la espera de su conversión en Derecho vigente.

La *cláusula ejecutiva* de la DA 1.<sup>a</sup> CE responde a la generalidad de esta propuesta. *Actualizar* significa *cumplir el deber de amparo* que el constituyente garantiza. *Amparar* y *actualizar* designan, como expresiones sinónimas, la riqueza y variedad de las técnicas que permiten seleccionar las verdaderas demandas históricas, culturales y económicas

del presente —y, en su momento, del futuro— de las CCAA, concretar los intereses generales de que son expresión, y adoptar las soluciones necesarias para su protección jurídica y acceso a la esfera del Derecho Autonómico que así se acrecienta.

El amparo del constituyente contiene el compromiso de promover un futuro Derecho Autonómico que —en razón de los intereses generales propios de las particularidades históricas, culturales, y económicas— prolongue el pasado de los derechos históricos de estirpe foral.

Al Estado-legislador y, no menos, al poder judicial compete hacerse cargo de estas perspectivas. La *consigna de actualización* —como las demás actitudes nacidas del tronco común del *esfuerzo transformador*— ha de entenderse en la acepción más favorable a la *saturación de su efectividad*, lo cual exige dotarla de eficacia preceptiva directa. Es deber del legislador —previas las indispensables operaciones de detección y análisis— producir las normas jurídicas que protejan los intereses generales anejos a las circunstancias —novedosas e inéditas— que surgen de presente y de futuro.

No es menos delicado el trabajo que aguarda a la jurisdicción en ese aspecto. La *percepción saludable* de las realidades del tiempo y del lugar resulta imprescindible para manejar con soltura uno de los elementos hermenéuticos —a saber, el criterio historicoevolutivo— que, según el art. 3.1 C.c., debe imperar fundamentalmente. El análisis de esas realidades —inherentes, hay que repetirlo, a las condiciones históricas, culturales y económicas que van apareciendo— aproxima al fenómeno de *actualización judicial* consistente en lograr, a partir de su constancia exacta y no desfigurada, orientaciones susceptibles del uso que —como informadores y fecundos para la interpretación, o fuentes subsidiarias en defecto de la ley— adjudica a los principios generales del Derecho el § 7 EMTPC.c.

La cláusula ejecutiva de la DA 1.<sup>a</sup> CE reclama de los jueces un *esfuerzo de actualización* auxiliado por las referencias que pone a su alcance el mínimo de caracteres que, según el art. 143.1 CE, esbozan las fisonomías de las CCAA.

## 9. Redefinición de las *realidades sociales* del Estado autonómico

Una clave —no simplemente teórica o especulativa— del asentamiento del poder judicial en el marco autonómico del Estado compuesto, es la concreción del concepto jurídico indeterminado de *realidad social*, que, pese a manejarse con frecuencia y aparente soltura, no ha conseguido agotar las reflexiones a que su notoria dificultad da lugar.

El § 7 EMTPC.c. sugiere que —bajo apariencia de un elemento interpretativo novedoso— el que, trayendo a capítulo la figura de la *realidad social*, se añade a los demás criterios del art. 3.1 C.c., no es una orientación dirigida a transformar en un *mensaje perceptible* las proposiciones oscuras o ininteligibles de una norma jurídica que no es necesario actualizar y que sólo clama por la claridad de que halla privada. Las realidades sociales se caracterizan porque, a cambio de la sensibilidad de su empleo y de los riesgos de su selección, su efecto transformador —lejos de limitarse a esclarecer el mensaje invariado de una norma jurídica— pondera el *cambio de circunstancias* —de ahí, su afinidad con las teorías contractuales de la *presuposición* o la *dislocación de la base del negocio*— que obligan a sustituir la *voluntad del legislador* —determinante y descriptiva de sus *propuestas originalistas*— por la *voluntad de la ley* que, en una peripecia de su condición ambulatoria, se desprende de la paternidad de aquél, adquiriendo el *espíritu y finalidad* que le rejuvenecen. Objetivos que incluso justifican la reformulación del supuesto de hecho y la rectificación de los efectos de la subsunción correspondiente.

El conocido *criterio de interpretación históricoevolutiva* —constitutivo de las operaciones judiciales que preceden al encaje de los episodios probados en el supuesto de hecho de la norma jurídica— es algo más que tal, porque sus operaciones no residen, al uso clásico de la interpretación, en facilitar la comprensión de mandatos y/o prohibiciones de formulación confusa y fatigoso entendimiento. El objeto del método social de interpretación es una norma jurídica que, conservando su inteligibilidad, ha perdido el *ingrediente de flexibilidad* requerido para superar las nuevas circunstancias que entorpecen su aplicación satisfactoria. El esfuerzo esperado de la jurisdicción no es el que técnicamente constituye una *tarea de interpretación judicial*, sino una *cooperación al ejercicio de la función legislativa* para evitar que *la ley sea pan para hoy y hambre para mañana*, fabricar soluciones prolongadoras de su *existencia útil* y demorar la intervención parlamentaria que procedería ante el fracaso de este intento. No se acepta con resignación que —a causa de su inadaptación a circunstancias distintas de las concurrentes cuando la ley se promulgó y surgidas al cabo de algún tiempo— el estado histórico de cosas ha dejado de adaptarse al supuesto de hecho, ni se considera indispensable gravar al legislador con la carga de elaborar una ley actualizada, en vez de la norma obsoleta. De ahí, que la jurisdicción asuma un quehacer supletorio de *acción cuasilegislativa*. Gracias al manejo sensible de las realidades sociales que se diagnostican con tino, la *subsistencia provechosa* de la ley se mantiene hasta que la rigidez de su norma no tolera la eficacia correctora de aquéllas y, a

causa de su abolición, obliga a producir otra norma jurídica que ocupe su lugar. Parafraseando la reflexión sobre el tema del Derecho de las obligaciones que abordan las doctrinas de la *presuposición* y la *dislocación de la base del negocio*, las normas jurídicas reguladoras de episodios que se suceden en el espacio y en el tiempo, y cuya aplicación depende de la fisonomía de los mismos y de las mudanzas que les transfiguran, han de entenderse en función de estos cambios y revisarse a la luz de las variaciones esenciales que les identifican. No es casual que el art. 2.2 C.c.—más lacónico que su antecedente del art. 5.I C.c. (8) 89— no descarte la abolición que, a causa del desuso o la práctica en contrario, se da si el recurso a las realidades sociales no permite adecuar a las condiciones del momento, las normas jurídicas envejecidas y exigentes de una renovación legislativa que las revigore.

Es claro que, conforme al art. 9.2 CE, la relectura de la norma preconstitucional del art. 3.1 C.c. se convierte en una muestra del *esfuerzo transformador* con que la jurisdicción auxilia al legislador que, por razones plausibles, se abstiene de dictar una norma jurídica adecuada a las nuevas circunstancias, y sanciona la *mora legislativa* en que incurre si las realidades sociales le urgen a cumplir su función de inmediato y responde con su enmudecimiento a esta conminación. Las tareas de *suplencia de la acción legislativa* son, según los casos, correctoras o cooperativas, y persiguen que los grupos sociales que se benefician de unas normas jurídicas, no devengan de condición inferior—es decir, menos iguales—a la de otros que cuentan con regulaciones exentas de obstáculos que perjudiquen la normalidad de sus efectos.

El uso que puede y debe hacerse de este elemento de interpretación o, más bien, del *poder cuasinormativo* que otorga a los jueces ordinarios, se relaciona con la estructura politicoadministrativa del Estado compuesto de las Autonomías y con las experiencias de creatividad a que invita el art. 3.1 C.c. El concepto de *realidad social* se ha pensado para hacer más elástico y justo el mecanismo de aplicación de las normas jurídicas. No se intuye que una regla de Derecho —destinada, por definición, a facilitar esas operaciones— se convierta en una *norma cuestionable* que, demeritando su naturaleza y sus funciones, precise de un esclarecimiento. Tal sigue siendo, sin embargo, la grandeza y servidumbre del art. 3.1 C.c., en cuyo seno *la noción de realidad social requiere ser interpretada*. No faltan otros conceptos jurídicos indeterminados que, figuran en el mismo art. 3.1 C.c. y revelan análoga indigencia.

La realidad social que, bajo el imperio del sistema previgente, afrontaba el art. 3.1. C.c., constituía una *noción indivisible*, consecuente con la traza del *Estado unitario* y manejable por la jurisdicción

como una novedad útil para superar los arbitramientos del, entonces en boga, *uso alternativo del Derecho*. Aunque expuesta a variar en el tiempo, se reputaba *común e indiscindible* en el marco territorial de aplicación del ordenamiento jurídico español. Así ocurría, porque el *sistema de leyes fundamentales* en vigor proscribía los particularismos o *hechos diferenciales* que justificasen el reconocimiento de *sendas realidades sociales* que impregnaban la individualidad de cada pueblo.

Las innovaciones constitucionales determinan que el concepto de *realidad social* se analice a la luz de la DD.3 CE y a que de esta *operación depuradora* se deduzca que, no estando en oposición a los contenidos de la carta política, debe permanecer en el precepto que la invoca, aunque su noción se rehaga —dentro del art. 3.1. C.c. que invita a facilitar las operaciones de ese signo— conforme a los elementos contextual y sistemático de la legalidad constitucional. De ellos forma parte el art. 143.1 CE, cuya es la voluntad de que los *mínimos de caracterización fisonómica* de la integración de los territorios provinciales en las CCAA sean de *naturaleza histórica, cultural y económica*. La realidad social a que alude el art. 3.1. C.c. no puede seguirse concibiendo como *una y única* en el ámbito territorial de la soberanía del Estado. Pasa a depender de las particularidades de las CCAA y a fraccionarse en una *diversidad plural de relaciones sociales*. Las CCAA históricas registran, en cada momento, una versión insustituible de su específica realidad social, consecuente con sus rasgos de identidad y animada por los datos de los *hechos diferenciales* que les identifican.

La curiosa *reinterpretación de la norma interpretativa* del art. 3.1 C.c. rectifica el pasaje que su *versión originalista* —obediente a la estructura juridicopolítica del Estado unitario— predicaba, sin reparar en las particularidades localistas, de la *realidad social única del tiempo en que la norma debía ser aplicada*, y la sustituye por la mención —adecuada al modelo del Estado compuesto de las Autonomías— de las *realidades sociales del tiempo y del lugar* en que su aplicación es procedente.

Cae de su peso la importancia que la *acción cuasilegislativa* —superadora de los clásicos criterios de interpretación que incluye el art. 3.1 C.c.— adquiere a la hora de una ponderación judicial —permeable y elástica— de las realidades sociales de las CCAA. Mucho hay que debatir sobre la dificultad metodológica —que se suma a las enumeradas— de definir lo que esas realidades sociales se son y significan. Varios interrogantes surgen en torno a los problemas que plantea.

Se pregunta si el juez percibe las realidades sociales a partir de los hechos históricos —que conoce, en su caso, sin interposición alguna— y si esta metodología sensorial es bastante para usar con provecho del

concepto jurídico indeterminado a que acude. Se discute si puede presumirse la notoriedad de los hechos integrantes de las realidades sociales, hasta el punto de que al clásico principio —que impone a los órganos jurisdiccionales el conocimiento del Derecho— se añada otro que dé por buena la noticia —puesta al alcance de los jueces ordinarios— de lo veraz y auténtico de esas realidades. Se plantea el problema de si la complejidad caracterológica de las realidades sociales, lejos de facilitar su percepción inequívoca y simple, requiere *auxilios técnicos* que, para acercarlas al conocimiento del intérprete, frecuentan la metodología de las ciencias sociales. Se debate si, conforme al art. 632 C.c., no gozan los jueces de un margen de apreciación —fruto de su formación y sus conocimientos— para abstenerse de aceptar —como quien ejerce un *acto de fe*— quién sabe qué versión de la realidad social que se les ofrece, y depurarla con ayuda de las reglas de la sana crítica. Son censurables la vulgaridad y el simplismo con que, al margen de estas reflexiones, la realidad social constituye la *muleta metódica* de que se echa mano para canonizar finalidades que ni de lejos responden a sus objetivos. Hay una deformación evocadora de la que antaño hicieron gala ciertos *cultivadores menos doctos y emocionalistas* —juristas, todos ellos, de segunda fila— de la teoría del *uso alternativo del Derecho*. Se echa de menos un esfuerzo tenaz y escrupuloso que, a imitación de cómo se critican las condiciones de la acción legislativa, separe las verdaderas realidades sociales de las que —por falsas o frenéticamente aceptadas al servicio del *pensamiento de deseo*— pervierten la aplicación correctora de la norma jurídica en los ámbitos de las CCAA.

Es decisivo hallar el punto de inflexión del uso evolutivo de las realidades sociales, en cada uno de estos ámbitos, y facilitar la protección enérgica —sin desviaciones aberrantes— del principio que, según el art. 117.1 CE, declara la sumisión exclusiva de los órganos judiciales al imperio de la ley.

Peligro del que —desde sus orígenes— viene avisando el art. 3.2 C.c. La manipulación arbitraria del concepto de *realidades sociales* —desatendiendo el consejo del § 14 TPC.c— lleva a sustituir, si el exceso se generaliza, el sistema de fuentes del Derecho objetivo —ordenado en el art. 1.1. y 7 C.c.— por un manejo encubierto del *uso equitativo* que no se condice con el principio de seguridad jurídica estampado en el art. 9.3 CE, ni con el signo de su desarrollo en el TPC.c. El mensaje que el art. 3.2 C.c. transmite respecto a la equidad, previene, entre líneas, contra la sobredimensión de un *uso equitativo del Derecho*. Aunque éste se reserva a los casos en que *es legal juzgar en equidad y suspender el juego del sistema de fuentes del Derecho objetivo*, se presta a intervenciones cuasilegislativas que, alegando el advenimiento de nue-

vas realidades sociales, desencadenan cambios que la aplicación de las normas jurídicas no exige de momento.

#### 10. Agotamiento de las instancias procesales en el ámbito de las Comunidades Autónomas

El análisis del art. 152.1.III CE provoca dos observaciones. Se entiende por *instancia* —en el sentido técnicojurídico peculiar del concepto— el nivel de conocimiento jurisdiccional que termina con una resolución definitiva, deferente de la efectiva tutela judicial —que promete el art. 24.1 CE— precedida del *control y verificación de los hechos* —usando, como reza el art. 24.2 CE, de los medios de prueba convenientes al derecho a la defensa de las partes— y de la *aplicación del Derecho* —individualizador de la causa de pedir determinante de la acción— que satisface la *deuda de motivación* prescrita en el art. 120.3 CE. La referencia a las *sucesivas instancias* no es completa, porque hay procesos de *única instancia* en que aquella norma conserva, sin excepciones, su justificación. Reconstruir la dicción atinada del art. 152.1.III CE obliga a señalar que, si el proceso es de única instancia, debe agotarse ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma —pues no es cuerdo admitir que se consume fuera de ella— y, si es de doble instancia, al no estilarse una solución más prolongada de estos niveles de conocimiento, debe agotarse ante un órgano situado en el mismo ámbito del órgano competente en primera instancia.

Esta regla no surge de una condescendencia oportunista con la noción de autonomía politicoadministrativa, ni de un criterio racionalizador del acondicionamiento o división territorial. Es una consecuencia —estrictamente técnica— de la noción de *instancia procesal* y de las cargas jurisdiccionales que implica su concepto. Mientras el conocimiento de instancia —comprensivo de las cuestiones de hecho y de Derecho— se confina en el ámbito territorial de cada CA, coincidente con la demarcación judicial culminada por los TTSSJ, la cercanía de los hechos sociales fomenta el ejercicio de la perspicacia histórica bastante para utilizar, como datos de interpretación, las realidades a que apela el art. 3.1 C.c. Operación que, lejos y fuera de ese marco, no es fácil de ordenar y llevar a buen fin. La *inmediación* es un principio favorable a que, en el curso de los procesos judiciales, se eliminen las interposiciones entre el juez perceptor y los episodios que delimitan la objetividad perceptible. *Inmediación* quiere decir, como especie de esa definición, acercamiento y familiaridad con los sucesos que ratifican e imprimen carácter a las realidades sociales de cada lugar y cada tiempo. Realida-

des sociales que, cuando menos y no obstante el acompañamiento de otros ingredientes más complejos, se alimentan de la historia que traza los caracteres —de naturaleza histórica, cultural y económica— que el art. 143.1 CE tiene en cuenta para fijar los mínimos de *afinidad autonómica* de las nacionalidades y regiones. El contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías —explícito en el art. 24.2 CE— se deteriora si la busca, el encuentro y el uso provechoso de las realidades sociales autonómicas se confían a órganos judiciales enclavados fuera de las CCAA y cuyos componentes —distantes y extraños al medio en que sus dotes de observación deben intervenir— carecen de la sensibilidad y el entrenamiento que esas operaciones requieren.

La norma del art. 152.2.III CE no impide que su pauta de contención deje de aplicarse cuando el conocimiento revisor —propio del recurso— no es el del enjuiciamiento de instancia, única o doble, y sí el específico de un recurso nomofiláctico o de unificación que, aunque controla las funciones interpretativas de las realidades sociales, ha de atenerse a la versión histórica de los hechos en que su apreciación aparece fundada.

De ahí, la variedad de hipótesis admisibles para conjugar la *libertad del decisionismo legislativo* con lo *constitucionalmente inexcusable*. Si se cumple lo dispuesto sobre la doble instancia, el conocimiento de los recursos nomofilácticos de casación común corresponde a órganos investidos de competencia de ámbito estatal, porque la norma jurídica —que *es ella más sus complementos jurisprudenciales*— no puede dispersarse en una pluralidad de soluciones complementarias y, a buen seguro, incompatibles. Si, tratándose de aquel Derecho objetivo, la instancia es única, nada se opone a que el legislador residence el conocimiento de la *casación común* o la *cuasicasación equivalente* en el marco de la CA, aunque ello exija introducir un modelo de *casación excepcional* que unifique la doctrina contradictoria o reduzca las divergencias que inevitablemente nacen de esta segunda opción.

Otra advertencia es del caso, pues el efecto natural de la casación se perfecciona con la anulación de la sentencia afectada del vicio de fondo que justifica el éxito de la pretensión deducida. La efectiva tutela judicial se completa con una segunda sentencia que sustituye a la anulada en el nivel de la única o de la segunda instancia. Queda en tela de juicio la constitucionalidad de las soluciones positivas que, sin reparar en el mandato del art. 152.2.III CE, admiten que, una vez casada la sentencia de origen, el órgano que ha conocido del recurso —situado fuera de los espacios geográficos en que el constituyente ha confinado

el agotamiento de las instancias— se subroga en la posición del juez ordinario predeterminado en la ley, que, tras anularse la sentencia que pronunció en su día, está a la espera de dictar la que le corresponde emitir en el ejercicio de su competencia.

### 11. Recurso al *juicio de equidad* en el conflicto social autonómico

La cláusula general del art. 24.1 CE —cuyas opciones interpretativas no se han agotado provechosamente— se relaciona con las cuestiones que, tanto en Derecho constituido cuanto en Derecho constituyente, suscita la fijación de las competencias naturales de los órganos judiciales enclavados en las CCAA. Cada autonomía es un *proceso* —definido por la vocación de crecimiento y la asunción de nuevas competencias— que, como hace notar el art. 143.1 CE, fija los rasgos definidores de sus *hechos diferenciales* en tres variantes de progreso. La primera consiste en rescatar los *elementos históricos* que, a causa de defectos metodológicos o falta de curiosidad investigadora, se han silenciado, desconocido o interpretado con perversión o laxitud. La segunda concierne a los *hechos culturales* que forman el *patrimonio del espíritu popular* de las *nacionalidades y regiones* distinguidas en el art. 2 CE. La tercera propende a concebir y ejecutar un *sistema económico* cuya liberalización —sana y deseable— sólo cede, a tenor de los arts. 38 y 131.1 CE, ante las improbables exigencias de una planificación democrática general.

Los hechos culturales y económicos acompañan a toda sociedad que, como conviene al ritmo de su evolución, registra la naturalidad, la inevitabilidad y la creatividad de los conflictos sociales. Muchas de sus incidencias se resuelven —usando de los modos aptos de composición— al margen de los procesos judiciales, porque, desde que las corrientes estructuralistas se entregaron al análisis del fenómeno, el *Derecho eficaz* ha dejado de ser el resultado exclusivo de vaciar los acontecimientos históricos en el supuesto fáctico de la norma jurídica que el juez selecciona y aplica.

La judicialización de muchos conflictos enlazados con los rasgos fisonómicos de las CCAA revela la insuficiencia del sistema de fuentes que —como adecuación al principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE— sanciona el TPC.c. De ahí que, al generalizarse la *vocación excepcional* a los principios generales del Derecho, se aprecie, desde la perspectiva de la seguridad jurídica material, un grave inconveniente. La frecuente reproducción del supuesto aconsejaría que, en vez de acudirse —sistemática y excepcionalmente— a una fuente secundaria del Derecho ob-

jetivo, se ensayen *soluciones de equidad* acomodadas a lo peculiar y espontáneo de los conflictos que así se perfilan. La predicción del art. 3.2 C.c. —propensa a que, si la ley así lo quiere, se suspenda el funcionamiento del sistema de fuentes y se utilice la equidad como criterio de decisión de conflictos— descubre una oportunidad saludable y expansiva en el marco territorial de las CCAA. Conviene reflexionar sobre la conveniencia de atribuir a los órganos judiciales enclavados en ellas, competencia para conocer en equidad de ciertos conflictos que se originan a partir de las convulsiones y movimientos típicos de sus *hechos diferenciales*. ¿Acaso esta necesidad no se predica de las relaciones contractuales cuya conmutatividad padece alteraciones graves, imprevisibles y exigentes de un tratamiento revisor que sólo la equidad puede ofrecer? ¿No entraña una pretensión espectacular, avalada por el Derecho constituido en el art. 9.5 LOPJ, la de residenciar en cada esfera autonómica la solución judicial equitativa de los conflictos colectivos de naturaleza económica, cuyo diseño procesal sigue siendo la *asignatura pendiente* que, a causa de su dificultad, espera una respuesta convincente de la técnica jurídica?

Hay que conectar esta idea con las oportunidades de protección deparadas por el art. 24.1 CE, que no sólo asegura la *efectividad* —más intensa que la *eficacia* y más rotunda que la *eficiencia*— de la tutela judicial en el *ejercicio de los derechos subjetivos*, sino también —aunque la integridad de la expresión se ha mutilado— en la *exhibición de los intereses legítimos*, cuyos sujetos son portadores y no titulares de una concreta situación jurídica. Su atención no se ciñe a las peripecias defensivas que aparecen cuando, sin la previa atribución de un derecho subjetivo, la persona se expone a la pérdida o el desmerecimiento de un beneficio jurídico que debe conservar. La tutela en cuestión comprende una cobertura —activa y ofensiva— que equivale a la *vestidura judicial* de intereses ayunos de acción procesal y elevados al rango de derechos subjetivos que los *fallos* de equidad les atribuyen.

He ahí una de las opciones —tan sugestiva como poco explotada— a que se abre el futuro del poder judicial en el Estado compuesto de las Autonomías. Sus presupuestos son de doble orden. Hay situaciones conflictivas tan imprevisibles y complejas, que, aunque formalmente se resuelven acudiendo al sistema de fuentes del Derecho objetivo, su aplicación no garantiza la excelencia de las decisiones de la jurisdicción. Urge instituir un enjuiciamiento de equidad para dilucidar los *problemas de enjundia* que, con la vista puesta en las realidades sociales del tiempo y del lugar, el legislador ha de seleccionar acertada e imaginativamente. También conviene que, a fin de proteger satisfactoriamente los intereses legítimos, se ensanche el haz de las *sentencias*

*constitutivas* consecuentes con el ejercicio del poder de revisión que asiste al enjuiciamiento de equidad.

## 12. Reconstitución autonómica de conceptos jurídicos indeterminados

Hay otros dos aspectos que cooperan a singularizar la acción judicial en el marco de las CCAA. De ellos forman parte los que atañen a las nociones notables de *orden público* y de *buenas costumbres*.

El primero de ambos —que, aunque coincide con el concepto de *Derecho necesario*, cuenta sólo con citas episódicas en los arts. 12.3, 594 y 1.255 C.c.— comprende las variantes del *orden público textual* y el *orden público virtual*. Uno de ellos está constituido por *normas legales* que, en el sentido del art. 6.3 C.c., mandan o prohíben, y el otro abarca los *principios generales del Derecho* que —junto a los que, según el art. 1.4 C.c, intervienen como fuentes secundarias o informan los procesos creadores del ordenamiento jurídico— limitan los excesos con que la autonomía de la voluntad traspasa las barreras impuestas por exigencias de orden moral y social. La figura del orden público virtual requiere que el trabajo de aprehensión y formulación de esos principios pondere las peculiaridades del medio y de los grupos sociales que, en cada CA, sienten sus necesidades como propias y aspiran a su prevalecimiento. Si bien numerosos principios del orden público virtual tienen la cualidad de universales, permanentes e inapelables, no pocos de ellos —intuidos en el horizonte constitutivamente histórico de la razón práctica— son locales, mudables y expuestos a la relatividad crítica con que —si se quiere aprovechar la contribución y el servicio social del ordenamiento jurídico— se analizan las verdades pobladoras del mundo del Derecho.

Los caracteres fisonómicos de las CCAA —reflejo de lo que el *espíritu del pueblo* propugna y estimula saludablemente— transmiten a los órganos de la jurisdicción la advertencia de administrar las tensiones surgidas entre el ejercicio de las libertades —por el que se apuesta con alcance general— y los principios del orden público virtual que —subyaciendo a las realidades de los *hechos diferenciales* autonómicos— moderan o desautorizan las situaciones jurídicas que prescinden de ellos o los contradicen. La *invención* —que es tanto como descubrir o encontrar lo que ya preexiste— de estos principios de corte autonómico, no resulta del *juego de arbitrios fugaces*, sino que obedece a la necesidad de edificar un orden público virtual que responda a los estados de opinión pública sabiamente definidos y desprovistos de prejuicios o

fobias. No es dable condescender con la *tentación totalitaria* —precipitada, gratuita y, a la larga, ruinosa— que quiere hacer del orden público virtual un invasor de los espacios reclamados por el respeto a la libertad de decisión de las personas y los grupos sociales.

La anterior reflexión contribuye a reconstituir judicialmente el concepto de *buenas costumbres*. Sorprende que, vigente la legalidad constitucional, esta idea sobreviva e incluso se incorpore a textos legales de nueva factura, siendo así que refleja los anacronismos de un *pacto social* —cerrado y uniforme— en el seno de la monocorde sociedad burguesa. Se olvida que los arts. 9.2 y 20.3 CE constatan, conforme a la naturaleza de las cosas, lo evidente de una *sociedad pluralista* en que el acatamiento —como objeto de incondicional acogida— del concepto indivisible de buenas costumbres, equivale a ignorar las opciones —diferenciadas y legítimas— de *acceso a la excelencia moral* que cada uno de esos grupos está en condiciones de ejercer. Quizás la reinterpretación que —en clave del art. 5.3 LOPJ— admite la figura de las buenas costumbres, lleve a sustituirla por la del *sentimiento constitucional de los individuos y comunidades intermedias que pertenecen a la sociedad pluralista organizada en el Estado social y democrático de Derecho*. Es así como los rasgos de identidad —históricos, culturales y económicos— que definen los perfiles de las CCAA constituyen el soporte que —afianzado con las notas complementarias de esos mínimos— definen las manifestaciones saludables de un *sentimiento constitucional* que ocupa el lugar de un concepto jurídico indeterminado —a saber, el de *buenas costumbres*— cuya inflexibilidad terminológica le coloca al margen de la estructura y las aspiraciones actuales de la sociedad.

Sabido es que las cuestiones relativas al orden público y las buenas costumbres gozan de un parentesco y conexión históricos que, no sin fundamento, ampararon la tesis favorable a su concepción como nociones afines e incluso coincidentes.

### 13. **Garantías adicionales de los derechos subjetivos en las Comunidades Autónomas**

El espectro del poder judicial en el Estado compuesto de las Autonomías se amplía con las previsiones que tienen en cuenta las particularidades oportunas. La cláusula del art. 117.4 CE declara que, además del oficio jurisdiccional, las *personas físicas* que son titulares de órganos judiciales —unipersonales o colegiados— *pueden ejercer otras funciones que la ley les asigne expresamente en garantía de cualquier derecho*.

Pese a la prevalencia de este título de legitimación, hay dudas fundadas sobre la impecable aplicación del supuesto constitucional. El art. 127.1 CE dispone que los jueces y magistrados, mientras se encuentren en activo, no pueden desempeñar otros *cargos públicos*, lo cual— si esta noción no se restringe y se acepta en su sentido propio— veda también la pertenencia a órganos extrajudiciales. El art. 117.1 y 4 CE —razonablemente entendido— no se convierte en excepción a la regla que surge de la lectura —natural y no forzada— del art. 127.1 CE, pues la coordinación de ambos preceptos obliga a concluir que *son los órganos —compuestos, según su naturaleza unipersonal o colegiada, de una o más personas físicas— y no éstas, los que, además de las competencias judiciales que se les atribuyen, pueden asumir otras adicionales que la ley les confiere para garantizar derechos subjetivos de origen constitucional u ordinario*. No es lo mismo la intervención extravagante, fuera del órgano de origen, de los jueces y magistrados —sujetos a la interdicción de servir cargos públicos— que la continuidad de su adscripción a un órgano judicial cuyas competencias se acrecientan de acuerdo con el art. 117.4 CE.

De estas *funciones de garantía* son modelos —como prevé el art. 39 EAPV— la participación en los órganos autonómicos que resuelven los conflictos de competencia entre las CCAA y sus territorios históricos o las controversias que entre los mismos pueden entablarse, la intervención en órganos garantizadores de derechos fundamentales afectados por las acciones de videovigilancia que señala el art. 1.II LOV, y la revisión de las operaciones de calificación registral, según el Derecho privativo de cada CA, que —como actos de la Administración Pública materialmente sujetos al Derecho Privado Hipotecario— señalan el art. 14.1e EAPV y la DA 7.<sup>a</sup> LOPJ.

#### **14. Incidencia del sistema de recursos jurisdiccionales en la autonomización o regionalización del Derecho del Estado**

Cabe que, ante el mecanismo de recursos jurisdiccionales, la aplicación judicial del Derecho del Estado —en las *nacionalidades o regiones*— desencadene la *autonomización o regionalización indirecta* de las normas procedentes de uno o más sectores del ordenamiento jurídico.

Un aspecto —por no mencionar los inconvenientes o peligros— de esa posibilidad se relaciona con los problemas del desarrollo reglamentario del Derecho estatal. Allí donde la *legislación propia* de una materia regulable compete en exclusiva al Estado, el concepto ha de enten-

derse —como cuando el TPC.c. habla de la *ley*— en el sentido de *legislación material o vertical* —comprensiva del Derecho escrito inferior a la ley que se pormenoriza— y no de *legislación horizontal o formal*, equivalente a una disposición con rango de ley. Ello es así, porque, si se cohonestan los arts. 66.2 y 97 CE, debe evitarse que las normas legales de un sector del ordenamiento jurídico estatal corran el riesgo de que su desarrollo —confiado a las potestades reglamentarias de las CCAA— difiera en esencia, según la variedad de soluciones adoptadas, y produzca el *efecto regionalizador* de que lo secundario —a saber, el aderezo específico de la ordenación reglamentaria— *prepondera sutilmente sobre lo principal*, que es la sustancia de la legislación acondicionada y desenvuelta.

Un reparo análogo y más difícil de neutralizar aparece cuando la aplicación judicial del Derecho estatal en el marco de las CCAA no se completa con el auxilio revisor de la casación tradicional. La aplicación del Derecho del Estado se ve afectada —como elemento de interpretación que usualmente concurre con los demás criterios y que, en casos de excepción, les precede (§ 13 EMTPC.c y art. 3.2 C.c.)— por el impacto de las realidades sociales. El *Estado compuesto de las autonomías* —que, en concepto de Estado social y democrático de Derecho, sucede al *Estado compacto de signo autoritario*— no acoge una sola y única realidad social, mudable con el paso del tiempo, sino que, incorpora diferentes realidades sociales del tiempo y del lugar. Todas dependen del momento histórico y de los *mínimos de individualización* que enumera el art. 143.1 CE. La inimpugnabilidad de las decisiones judiciales que, al aplicar la legislación material o vertical del Estado, se sirven del elemento sociológico de interpretación —procurado por las circunstancias específicas de cada CA— engendra soluciones en que *la norma jurídica aplicada se transforma en ella misma más el criterio que disiente, y se aparta de aquellos otros pareceres que, en el resto de las esferas autonómicas, derivan o pueden derivar de sus particularismos interpretativos*.

Tales diferencias consolidan y petrifican, con el tiempo, la significación adquirida por el mensaje de la norma jurídica que ha soportado las operaciones de interpretación. La petrificación puede deberse a que las discrepancias no se han localizado, a que, habiéndolo sido, no se han combatido con éxito y siguen consentidas, o a que las restricciones del conocimiento de los recursos extraordinarios de casación excepcional —según el modelo llamado de *unificación de doctrina*— no facilitan estas diversiones. El Derecho del Estado deja de ser la parte del ordenamiento jurídico completado con las *acciones cuasinormativas* de una jurisprudencia uniforme que revisa satisfactoriamente las

resoluciones discrepantes. Se trueca en un Derecho del Estado interpretado conforme a realidades sociales —autonómicas o regionales— que dan cuenta de la sensibilidad de sus elementos diferenciales y explican la notabilidad de sus cambios. El *poder cuasilegislativo* —a cargo de los órganos jurisdiccionales que emplean el criterio evolutivo de interpretación— muestra cómo el mensaje —unitario y lineal, en principio— de la norma jurídica estatal deviene algo confuso o se dispersa en la variedad de opciones peculiares de las *cuasinormas* nacidas de esas operaciones.

Cabe, a renglón seguido, preguntarse si los recursos extraordinarios de traza más reciente —a saber, los denominados de unificación de doctrina— consiguen corregir, al menos aceptablemente, esos efectos no deseables, o si, en definitiva, no cumplen los requerimientos de una efectiva tutela judicial que se propone eliminar las contradicciones, reducir las fricciones interpretativas y mantener, en lo posible, la unidad del ordenamiento jurídico.

La idea de que —para salvar o atenuar esas divergencias— se instituya un recurso unificador de ámbito estatal, es, a primera vista, una iniciativa politicolegislativa de constitucionalidad irreprochable. Tien de a conjurar los peligros de fraccionamiento o escisión de un ordenamiento jurídico dividido, total o parcialmente, por la variedad de sus complementos judiciales interpretativos. El legislador ordinario ha de tomar partido ante la ruptura —que entonces se consuma— de la cohesión de los elementos del ordenamiento jurídico y la vulneración de los arts. 1.1, 9.1 y 3 CE, que avalan su indivisibilidad. La *efectividad* —distinta y superior a la mera *eficacia*— de la tutela judicial es un concepto que acumula crecientes dosis de mejora cualitativa y enriquecimiento. Requiere que, sin merma de otras contribuciones, el resultado de la actividad jurisdiccional —juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado— no propicie ni multiplique los males anejos a ese fraccionamiento. Nadie discute la *constitucionalidad originaria* que —ante su conformidad con el tenor del art. 24.1 CE y su designio de defender el contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental que ahí se sanciona— acompaña a la novedosa implantación del medio de impugnación que se indica.

La *presunción de constitucionalidad originaria* —predicada, por definición, de los recursos de unificación de doctrina— puede desvanecerse en virtud de acontecimientos ulteriores que la desvigorizan. Cabe, en primer lugar, que la búsqueda y localización de las contradicciones denunciadas requiera un empeño de imposible realización o máxima dificultad. También puede ocurrir que, aunque las contradicciones se adviertan y diagnostiquen con acierto, los interesados las

consientan—absteniéndose de impugnarlas—o las partes caracterizadas para interponer el recurso no se comporten con la diligencia que deben prestar. No es improbable que las restricciones formales del régimen del recurso disminuyan las oportunidades de obtener la resolución de fondo que asegure el efecto deseado. Ciertamente que los recursos de unificación se han previsto para suprimir las contradicciones interpretativas, lo que abona su apariencia constitucional, pero su objetivo puede quedar frustrado por la constancia estadística de que es *misión imposible* liquidar el grueso de las contradicciones que regionalizan el Derecho del Estado y que sólo se cuenta con la oportunidad modesta de paliar algunas que otras. Las experiencias de los recursos de unificación de doctrina traicionan lo ambicioso de su nominalismo y hacen de ellos una solución que mitiga, sin desarraigarlos, los inconvenientes de la autonomización o regionalización que se apuntan. Si la predicción se confirma, la ordenación legal de esos recursos deja de garantizar —si alguna vez lo ha conseguido— la efectiva tutela judicial que depende de la eliminación exhaustiva o la reducción mayoritaria de las contradicciones apreciables.

## 15. Uso judicial de los idiomas autonómicos

El problema —no siempre afrontado con serenidad— del *uso judicial* de los idiomas propios de las *nacionalidades* —¿les conviene acaso la denominación de *idiomas nacionales*?— y *regiones*, requiere disponer de datos exactos sobre su demanda técnicojurídica, analizar la sensibilidad social de las opiniones familiarizadas con el tema, y contar, pesar y medir las oportunidades de normalización de su proyecto.

El origen y la dosis de aquella demanda —que condiciona la frecuencia del uso judicial del idioma autonómico— se comprueban sin dificultad. Su eventual parquedad no es un pretexto para prescindir de las reflexiones acerca de su significado. Dicha demanda no escasea cuando, a causa de su tradición, el idioma autonómico pertenece de antiguo a la práctica forense o la literatura jurídica, de suerte que, cualesquiera que sean los motivos que han coartado su empleo, reconstituye —automática y enérgicamente— el ritmo que ha perdido y tiende a rescatar. Su tratamiento polícolegislativo prefiere localizar los cauces que facilitan su rehabilitación, sin emprender, por innecesarias, tareas de promoción aventuristas y expuestas a las incertidumbres del futuro. El proceso de normalización va en busca del tiempo perdido y de las oportunidades que se le denegaron en épocas adversas o de menor fortuna. El idioma autonómico carente de una tradición favorable a esas

reivindicaciones, se compensa con el empuje de una intensa promoción social que abarca elementos racionalizados y componentes de procedencia emocional. La demanda social —emanada de la opinión pública y de los círculos profesionales— reclama *espacios habitables* de alguna extensión para el uso judicial de las lenguas cuyo esfuerzo de difusión jurídica es reciente. Incluso hay un designio —explicable por la sensibilidad que despiertan los aspectos polémicos de esa utilización— de *consumir etapas* de un proceso que, desde una perspectiva lúcida y prudente, sólo se recorre con éxito si los análisis se emprenden ...*sin prisa, pero sin pausa...*, eludiendo los apresuramientos, que devalúan sus adquisiciones, y las dilaciones —inadvertidas o deliberadas— que le hostilizan o traicionan.

Hay que apreciar el ámbito de la comunicación que —como sujetos de la relación jurídicoprocesal— mantienen los órganos jurisdiccionales y las partes. La tutela judicial —que, según el art. 24.1 CE, pone fin a una sucesión de episodios interlocutorios— se hace más efectiva —esto es, más adecuada y próxima al cumplimiento de los fines que la justifican— si el uso judicial del idioma autonómico permite, sin quebrar el principio de igualdad material de las partes en el proceso, la concreción de otras ventajas. Forman parte de ellas, la calidad del discurso jurídico, la mejor comprensión de los razonamientos y el valor persuasivo de las motivaciones judiciales que resuelven las cuestiones de fondo. Objetivos accesibles, siempre y cuando el uso judicial del idioma autonómico reduzca o elimine las interposiciones que, sin perjudicar el buen fin de la tarea judicial, deben suprimirse para contribuir a su mejora. Es así como la *representación de algo objetivo* —perteneciente al mundo del ser o del valor y reflejado en la construcción de su *concepto*— se acomoda a la rotulación o *término* que, según el compromiso aristotélico, permite que *las cosas sean llamadas por su nombre*. Lo mismo ocurre con la utilidad de aproximar, sin disfunciones ni desplazamientos, el *juicio* —que intelectualiza descriptivamente cada estado de cosas— a la *proposición* apta para formularlo y transmitirlo en términos que facilitan lo verdadero y útil de su comprensión.

Parece inaceptable que —ignorando los escollos y peculiaridades de los procesos normalizadores del uso judicial de los idiomas autonómicos— se defienda que el contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho a la efectiva tutela judicial se vulnera cuantas veces se prescinde de esa interlocución. Se olvida que su generalización choca, de momento, con dificultades inimputables a los órganos judiciales y bastantes para desautorizar el reproche. Debe estarse a la idea —contrariada por actitudes de denuncia infundadas o inspiradas en otras motivaciones— de que la normalización judicial de un idioma autonómico

de implantación jurídica reciente —aun cuando merezca los mejores augurios— depende de acciones que —además de caracterizarse por el mínimo de *delicadeza inteligente*— abunden en tempestividad, sensibilidad social y atención a las exigencias de las personas, del tiempo y del lugar.

Las variantes de cooperación de los agentes sociales dedicados a esta tarea, son —usando del auxilio del Derecho Civil— *obligaciones de medios* o de simple actividad, que devienen *obligaciones de resultado* cuando —gracias a la eficacia técnica de las fórmulas empleadas para conseguirlo— el problema del uso judicial de los idiomas autonómicos se resuelva definitivamente. Hay que insistir —frente a las objeciones que, demasiadas veces, denuncian y deploran una falta de cooperación que no existe— en que no se trata de un *problema insoluble*, ya que su tratamiento está impulsado por las actitudes políticas de promoción, la aportación de los correspondientes medios y la organización apta para perfeccionarlos. Constituye un estado de cosas —complejo y dependiente de factores múltiples— que necesita del tiempo preciso para terminar, con éxito y esmero, su ensayo de planificación. Hay que separar las *recriminaciones dirigidas al tiempo dilapidado y perdido en la inacción*, del *juicio favorable al tiempo provechosamente invertido y ganado en los adelantos de un proceso*, cuya razonable lentitud condiciona resultados que no pueden enturbiarse con agresiones demagógicas ni manipulaciones equívocas.

El acierto de las operaciones de traslación al idioma autonómico de los textos del Derecho del Estado cobra importancia máxima. La traducción —que, sin perjuicio de los avances del progreso normalizador, se revela como mecanismo suficientemente constitucional— *debe reproducir con integridad y exactitud los actos procesales, orales o escritos, que se manifiestan en aquel idioma*. La *integridad* de la traducción prohíbe sustituir las declaraciones de voluntad o conocimiento —causadas durante el proceso— por versiones sintéticas o similares que, usando del estilo indirecto, las desnaturalizan o reducen. La *exactitud* asegura la *correspondencia conceptual y valorativa* entre la expresión original de la lengua autonómica o el idioma castellano, y la percepción que los destinatarios respectivos tienen de ella en el marco de la relación jurídicoprocesal.

Otro aspecto notable se refiere a la homologación de los preceptos del Derecho del Estado que se aplican en esas ocasiones. Una es la alternativa de que, en cada episodio procesal, se recurra a la *traducción específica* —reiterando los requisitos de integridad y exactitud— y otra la directa disponibilidad de textos cuya calidad de homologación garantiza la coordinación satisfactoria de las versiones respectivas. Tarea

de reconocida dificultad —como lo prueban las experiencias afines del Derecho Comunitario Europeo— y que, hoy por hoy, no cuenta con mecanismos destinados a evitar que la falta de precisión jurídica permita aplicar textos disidentes o defectuosamente coordinados, y estimule la autonomización o regionalización de las normas de ciertas parcelas del ordenamiento jurídico estatal.

## 16. Consideraciones finales

El ejercicio del poder judicial en el ámbito de las autonomías suscita problemas técnicos de organización que —si bien cuentan con la contribución razonable del Derecho positivo— no han cerrado el debate en torno a la racionalización —si cabe, más ajustada y reflexiva— de las competencias judiciales. No menos, la mejora de las *dosis de efectividad* de una tutela judicial que no se contenta con ser *eficaz* —esto es, formalmente adecuada a los mandatos y/o prohibiciones de las normas jurídicas— y *eficiente* o atendida al óptimo empleo de los recursos que la facilitan, sino que, pese a la reconocida dificultad de la tarea, pretende también *transformar el Derecho en justicia*.

Sin cuestionar de raíz la dimensión y la estructura del poder judicial, surgen propuestas que, combinando lo emocional y lo dogmático, defienden la tesis —comprometida y novedosa— de que es dable relativizar el principio de unidad jurisdiccional y advenir a un *entendimiento autónomico del hecho judicial*. Parece intelectualmente fatigoso reajustar, sin contradicciones de base ni estridencias, todas las condiciones que han de concurrir a la consecución de dicho efecto. Ello exige, de entrada, disolver las fricciones —acaso insuperables— que engendra la correlación de los arts. 1.2, 117.5 y 150.2 CE.

Se concluye pacíficamente que la *efectividad* —deseable y progresiva— ha de tener en cuenta —como elemento gradualmente asentado y atento a las peripecias de la demanda de justicia— el uso judicial de los idiomas autonómicos, siempre y cuando se respete el contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE.

Constan, en fin, las oportunidades que el pluralismo social de las CCAA pone al alcance de la jurisdicción para avanzar en el descubrimiento y diagnóstico de las realidades sociales, y conseguir una aplicación del Derecho que, sin merma de esas adquisiciones, no condescienda con lo aventurista y lo vulgar. Es así como el juez —consciente de dichas realidades, comprometido con sus *ingredientes de verdad*, dispuesto a convertirlas en elementos persuasivos de la motivación de

sus resoluciones— no sólo se erige en el valedor del Derecho que aplica, sino también en el *intérprete caracterizado de una civilización*. Civilización cuyas contradicciones le cautivan sin atenzarle, porque en ellas reside la clave —que es tanto como la grandeza y servidumbre— de las experiencias personales y profesionales que le toca vivir.

Esos experimentos abarcan, de una parte, los aspectos domésticos de la autonomización —originaria o derivativa— de las normas jurídicas que se ven transformadas. Se enfrentan, de otra, al fenómeno que, bajo el rótulo de *globalización*, ratifica el acierto de la *denuncia profética* con que los pensadores de la filosofía realista y los reformadores sociales predijeron los *signos de los tiempos* y anunciaron el futuro del *achicamiento del mundo*.

### Abreviaturas y siglas

art.	artículo
CA	Comunidad Autónoma
C.c.	Código Civil español de 24.07.(8)89
CE	Constitución española de 27.12.(9)78
DA	Disposición adicional
DD	Disposición derogatoria
EA	Estatuto de Autonomía
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco de 18.12.(9)79
EM	Exposición de motivos
EMTPC.c.	Exposición de motivos de la L. 31.05.(9)74, de reforma del título preliminar del Código Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.07.(9)85
LOV	Ley Orgánica de 4.08.(9)97
tít.	título
TPC.c.	Título preliminar del Código Civil (L. 31.05.(9)74)
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

# Estudios de Deusto



Universidad de  
Deusto

• • • • •