

# administración & cidadanía.

## Sumario\_

**\_01\_** J. H. H. WEILER (Cátedra Jean Monnet, Escola de Dereito da New York University, NYU), «Sobre o ADN político e legal da Unión e a crise europea actual», Conferencia impartida o 12 de setembro de 2011 na Escola Galega de Administración Pública (EGAP). **\_02\_** ROMÁN RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (Universidade de Santiago de Compostela), «Oportunidades da crise. Debate sobre a reestruturación da administración territorial». **\_03\_** MIGUEL ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ (Universidade de Vigo), «O artigo 81 do Tratado de funcionamento da UE». **\_04\_** LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ (Universidade de Vigo) «Breves apuntamentos sobre a tutela ope legis». **\_05\_** MANUEL OCTAVIO DEL CAMPO VILLARES (Universidade da Coruña) e FRANCISCO JESÚS FERREIRO SEOANE (Universidade de Santiago de Compostela e Universidade da Coruña), «O ICO: axente mediador na conquista dos mercados internacionais. Unha alternativa á crise». **\_06\_** ROSA ELVIRA CAMPOS ÁLVAREZ (Universidade Politécnica de Zacatecas) e JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ (Universidade de Guadalajara), «Futuros empresarios: mozos zacatecanos e as súas habilidades emprendedoras». **\_07\_** ADRIANA GALLO (CONICET/UNSAM), «Democratización, representación, transparencia e equidade electoral. Debate acerca da reforma política en Arxentina». **\_08\_** ENITH PINEDO BRAVO (Universidade de Salamanca), «Indíxenas en Perú e Bolivia. Medidas estatais para promover a súa representación política»

## Sumario\_

**\_01\_** J.H.H. WEILER (Cátedra Jean Monnet, Escuela de Derecho de la New York University, NYU), «Sobre el ADN político y legal de la Unión y la crisis europea actual», Conferencia impartida el 12 de septiembre de 2011 en la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP). **\_02\_** ROMÁN RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (Universidad de Santiago de Compostela), «Oportunidades de la crisis. Debate sobre la reestructuración de la administración territorial». **\_03\_** MIGUEL ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ (Universidad de Vigo), «El artículo 81 del Tratado de funcionamiento de la UE». **\_04\_** LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ (Universidad de Vigo) «Breves apuntes sobre la tutela ope legis». **\_05\_** MANUEL OCTAVIO DEL CAMPO VILLARES (Universidad de A Coruña) y FRANCISCO JESÚS FERREIRO SEOANE (Universidad de Santiago de Compostela y Universidad de A Coruña), «El ICO: agente mediador en la conquista de los mercados internacionales. Una alternativa a la crisis». **\_06\_** ROSA ELVIRA CAMPOS ÁLVAREZ (Universidad Politécnica de Zacatecas) y JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ (Universidad de Guadalajara), «Futuros empresarios: jóvenes zacatecanos y sus habilidades emprendedoras». **\_07\_** ADRIANA GALLO (CONICET/UNSAM), «Democratización, representación, transparencia y equidad electoral. Debate acerca de la reforma política en Argentina». **\_08\_** ENITH PINEDO BRAVO (Universidad de Salamanca), «Indígenas en Perú y Bolivia. Medidas estatales para promover su representación política». **\_09\_** J. H. H. WEILER (Jean Monnet Chair; NYU School of Law), «On the Political and Legal DNA of the Union and the Current European Crisis»

VOL.6\_nº2\_2011\_ Revista de la Escuela Gallega de Administración Pública.



administración &  
ciudadanía.

– VERSIÓN CASTELLANO –

## Consejo Editorial

### **\_PRESIDENTE**

PABLO FIGUEROA DORREGO.  
[Director de la Escuela Gallega de  
Administración Pública].

### **\_DIRECTOR**

XOSÉ LUÍS BARREIRO RIVAS.  
[Universidad de Santiago de Compostela].

### **\_SECRETARIA DE REDACCIÓN**

CRISTINA ARES CASTRO-CONDE.  
[Universidad de Santiago de Compostela].

### **\_VOCALES**

CELIA SZUSTERMAN.  
[Universidad de Westminster - Londres].

RICARDO GARCÍA MIRA.  
[Universidad de A Coruña].

ROMAIN PASQUIER.  
[Centro de Investigaciones sobre la Acción  
Política en Europa, CRAPE-CNRS - Rennes].

SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ.  
[Universidad de Vigo].

VICENTE GONZÁLEZ RADÍO.  
[Universidad de A Coruña].

SUSANA RUIZ SEISDEDOS.  
[Universidad de Jaén].

XOSÉ CARLOS ARIAS.  
[Universidad de Vigo].

MAGDALENA SNIADOCKA-KOTARSKA.  
[Universidad de Varsovia, Centro de  
Estudios Latinoamericanos].

\_ *Administración & Ciudadanía* publicase cunha periodicidade semestral.

\_ *Administración & Ciudadanía* está dispoñible en formato impreso e electrónico, en lingua galega e castelá.

\_ Para maior información sobre a publicación visite o portal web da EGAP en: <http://www.egap.xunta.es>.

### **EDITA:**

#### **ESCUELA GALLEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (EGAP)**

Rúa de Madrid 2-4, Polígono das Fontiñas  
15707 Santiago de Compostela

### **REVISIÓN LINGÜÍSTICA:**

Ramiro Combo García

### **DISEÑO Y MAQUETACIÓN:**

Krissola Diseño, S.L.

### **IMPRIME:**

Aius Consulting

ISSN:

DEPÓSITO LEGAL: PO -----

A revista *Administración & Ciudadanía* non se responsabiliza das opinións vertidas nos contidos desta publicación. Estas opinións son responsabilidade exclusiva do seu autor ou os seus autores.

# Sumario

## \_ ARTÍCULOS

[7-174]

\_ Weiler, J. H. H. (Cátedra Jean Monnet, Escuela de Derecho de la New York University, NYU), **«Sobre el ADN político y legal de la Unión y la crisis europea actual»**, Conferencia impartida el 12 de septiembre de 2011 en la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP).

[7-20]

\_ Rodríguez González, Román (Universidad de Santiago de Compostela), **«Oportunidades de la crisis. Debate sobre la reestructuración de la administración territorial»**.

[21-36]

\_ Michinel Álvarez, Miguel Ángel (Universidad de Vigo), **«El artículo 81 del Tratado de funcionamiento de la UE»**.

[37-56]

\_ Noriega Rodríguez, Lydia (Universidad de Vigo) **«Breves apuntes sobre la tutela *ope legis*»**.

[57-78]

\_ Del Campo Villares, Manuel Octavio (Universidad de A Coruña) y Ferreiro Seoane, Francisco Jesús (Universidad de Santiago de Compostela y Universidad de A Coruña), **«El ICO: agente mediador en la conquista de los mercados internacionales. Una alternativa a la crisis»**.

[79-106]

\_ Campos Álvarez, Rosa Elvira (Universidad Politécnica de Zacatecas) y Vargas-Hernández, José G. (Universidad de Guadalajara), **«Futuros empresarios: jóvenes zacatecanos y sus habilidades emprendedoras»**.

[107-126]

\_ Gallo, Adriana (CONICET/UNSAM), **«Democratización, representación, transparencia y equidad electoral. Debate acerca de la reforma política en Argentina»**.

[127-144]

\_ Pinedo Bravo, Enith (Universidad de Salamanca), **«Indígenas en Perú y Bolivia. Medidas estatales para promover su representación política»**.

[145-160]

_ Weiler, J. H. H. Jean Monnet Chair, NYU School of Law. «On the Political and Legal DNA of the Union and the Current European Crisis».	[161-174]
_ <b>SUMMARY</b>	[175-177]
_ <b>NORMAS DE PUBLICACIÓN</b>	[178-179]
_ <b>BOLETÍNS DE SUBSCRICIÓN</b>	[180-183]

J. H. H. WEILER\_Cátedra Jean Monnet, Facultad de Derecho de la New York University (NYU) \_[7-20]

# Acercas del ADN político y legal de la Unión y la actual crisis europea



Conferencia impartida el 12 de septiembre de 2011 en la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP)

## 1. EUROPA, LAS CIRCUNSTANCIAS ACTUALES

Estamos ante una época interesante para reflexionar acerca de la construcción europea. Europa se encuentra ahora mismo en un nadir como no se recuerda desde hace décadas y que, ni a pesar de las declaraciones audaces, pomposas o interesadas, el Tratado de Lisboa no ha podido remediar. Todos los días asistimos, a través de las portadas, a manifestaciones visibles de la crisis, siendo las más recientes la crisis del euro y la discordia en torno a Libia.

Debajo de esta superficie, a nivel estructural, se esconden signos más profundos y perdurables de estar afrontando un reto permanente e incluso de disfunción y de malestar.

En primer lugar, internamente, se encuentra el persistente, crónico y problemático déficit democrático, que no puede ser ignorado. Existe también una crisis de legitimidad más profunda, a raíz de la cual la creciente indiferencia de los ciudadanos se está convirtiendo en hostilidad, y la capacidad de Europa para actuar como fuerza política movilizadora parece no solo haberse agotado, sino incluso haberse invertido. Y por último, en la escena mundial, y a pesar de Lisboa, está el igualmente persistente, crónico y problemático fracaso de Europa a la hora de convertir su poder económico en firme poder político, y la renuncia permanente –y, en mi opinión, irresponsable– a comprometerse en serio en el tema de la seguridad, lo que deja el campo libre, como sucede desde hace décadas, a unos Estados Unidos debilitados y cada vez menos comprometidos.

Espero, en primer lugar, poder relacionar estos problemas perpetuos con la cultura política y jurídica de Europa, y no con algún tipo de fallo institucional. Por otra parte, me gustaría poder relacionar dicha cultura con alguno de los momentos en que se fundó la Unión, que se reflejan en los textos fundacionales. A lo largo de estas páginas, trataré de explicar más o menos los tres aspectos de la situación europea que acabo de ilustrar y luego trataré de hacer un análisis de aquellos primeros momentos.

Las manifestaciones del llamado déficit democrático son persistentes, y ni siquiera la interminable repetición de los poderes del Parlamento Europeo conseguirá acabar con ellas. En esencia, se trata de la incapacidad de la Unión para desarrollar estructuras y procesos que reproduzcan o «trasladen» al ámbito de la propia Unión las malas costumbres de control gubernamental y de responsabilidad parlamentaria y administrativa que se practican en los distintos Estados miembros, en sus diversas manifestaciones. En definitiva, faltan los dos aspectos fundamentales para que una democracia funcione: los grandes principios de responsabilidad y representación.

En lo que se refiere a la responsabilidad, en Europa ni siquiera se cumple la condición básica de la democracia representativa por la que los ciudadanos, en época de elecciones, «pueden echar a los sinvergüenzas» –es decir, sustituir al Gobierno–. La forma de gobierno europea es la de un gobierno sin Gobierno, y así seguirá siendo durante bastante tiempo, y puede que para siempre, de manera que no hay ningún «Gobierno» al que poder echar. No tiene nada que ver, ni siquiera remotamente, con que el Parlamento pueda cesar a la Comisión (o apruebe el nombramiento del presidente de la Comisión). Sorprendentemente, la responsabilidad política de Europa es muy débil. El Gobierno europeo ha sufrido varios fracasos políticos estrepitosos: el vergonzoso fiasco de la Cumbre del Clima de Copenhague, el escaso (por decir algo) cumplimiento de la tan elogiada Agenda de Lisboa (también llamada Estrategia de Lisboa o Proceso de Lisboa) o la propia historia de la extinta «Constitución». Resulta difícil señalar en estos casos alguna medida de responsabilidad

política, señalar a alguien que pague un precio político, como ocurriría en política nacional. De hecho, resulta difícil encontrar en los anales de la integración europea un solo caso de responsabilidad por fracaso político que no sea una responsabilidad personal por mala conducta. Esta no es, decididamente, una historia de corrupción o negligencia. En mi opinión, este fracaso tiene su origen en la propia estructura del Gobierno europeo, que no está diseñada para la responsabilidad política.

En esta misma línea, resulta imposible asociar de forma coherente los resultados de las elecciones al Parlamento Europeo con la actuación de los grupos políticos en la sesión parlamentaria anterior, lo que es en parte el pilar de la responsabilidad política dentro de los Estados miembros. Estructuralmente, la insatisfacción con «Europa» –cuando se produce– no dispone de ningún canal para que esta afecte, a escala europea, a los agentes de la gobernanza de Europa.

De la misma forma, en el nivel más primitivo de democracia, simplemente no existe ningún momento en el calendario cívico de Europa en que los ciudadanos puedan influir directamente en el resultado de cualquier decisión política que afecte a la Comunidad y a la Unión, de la forma en que pueden hacerlo cuando escogen entre partidos que ofrecen programas políticos claramente distintos a nivel nacional. El color político del Parlamento Europeo se manifiesta muy superficialmente en la producción legislativa y administrativa de la Unión. El déficit político –por utilizar la acertada frase de Renaud Dehousse– está en el centro del déficit democrático. La Comisión, por la concepción que tiene de sí misma, unida a su propia ontología, no puede ser «partidista» en el sentido de derecha-izquierda; tampoco puede serlo el Consejo, en virtud de la azarosa naturaleza política de su composición. Normalmente, la democracia debe disponer de algún mecanismo coherente de expresión de las preferencias de los votantes basada en la elección entre opciones, elección típicamente guiada por una orientación ideológica más o menos acusada. Este es un elemento indispensable de la política. La democracia sin política es un oxímoron.

Por tanto, las dos normas primordiales de la democracia –el principio de responsabilidad y el principio de representación– se ven comprometidas en la propia estructura y proceso de la Unión.

La segunda manifestación de la actual situación europea se evidencia en un continuo descenso de la legitimidad y de la fuerza movilizadora de la construcción europea y sus instituciones. Pasaré por alto, de momento, algunas de las manifestaciones más desagradables de la «solidaridad» europea, tanto a nivel gubernamental como popular, en lo que se refiere a la eurocrisis o al casi abandono de Italia en lo referente a la gestión del flujo de inmigrantes procedentes del norte de África, como si este fuese un problema de Italia y no del conjunto de Europa. Me centraré, en cambio, en dos temas más profundos y a más largo plazo. El primero es el extraordinario descenso de participación de los votantes en las elecciones al Parlamento Europeo. En el conjunto de Europa, la tasa de participación está por debajo del 45%, y algunos países –sobre todo del este– registran una tasa que alcanza el 30%. La comparación correcta es, por supuesto, con las elecciones políticas a los parlamentos nacionales, donde las cifras son considerablemente más elevadas. Lo que llama la atención de estas cifras es que dicho descenso coincide con un continuo traspaso de competencias al Parlamento Europeo, que, a día de hoy, actúa como un auténtico colegislador junto al Consejo. Parece ser que cuantos más poderes obtiene el Parlamento Europeo –presuntamente, la *vox populi*–, mayor es la indiferencia que despierta entre la población.

No menos trascendente es la aparentemente contagiosa expansión del «antieuropéismo» en las políticas nacionales. Lo que antes era más propio de los partidos extremistas de derechas e izquierdas se ha abierto paso entre las fuerzas políticas más centristas. La «cuestión de Europa» como asunto central en el discurso político fue considerada durante mucho tiempo como una «enfermedad inglesa». Existe un contagio creciente entre los Estados miembros del norte, sur, este y oeste, en cuanto a que los partidos no extremistas deben obtener rédito político a través de la defensa de lo antieuropéico. El efecto colateral de este fenómeno es el giro de los partidos mayoritarios en esa dirección, como forma de contrarrestar los avances por sus flancos. Si esto nos sorprende, entonces será que hemos borrado de nuestra conciencia histórica el rechazo a la denominada Constitución europea, una amnesia comprensible, ya que supuso la derrota del conjunto de la clase política europea a manos de la *vox populi*, que, sin emitir palabra, asestó una bofetada en plena cara a las instituciones europeas.

La característica final de la situación actual es la manifestación de una también persistente y, por momentos, vergonzosa carencia por parte de Europa tanto de capacidad como de determinación (es una carencia de determinación para tener capacidad) a la hora de defender y proteger los valores de los que tanto presume. Esa misma tendencia a la amnesia es la que nos hace olvidarnos de este problema y nos permite mirarnos al espejo sin el menor atisbo de vergüenza. En la década de los noventa, en el corazón de Europa, a menos de 500 kilómetros de Roma y por segunda vez en el mismo siglo, Europa permitió aquello que juró que jamás volvería a permitir, algo que la construcción europea debía garantizar que nunca volvería a ocurrir: el genocidio (calificado así por el Tribunal Penal Internacional) de una minoría religiosa no cristiana. Y entonces, cuando por fin concluyó el interminable debate y se llegó a la determinación de evitar que la catástrofe humanitaria de Bosnia se repitiese en Kosovo, Europa descubrió que no poseía la capacidad para poner en práctica su decisión. Una vez más, hubo que llamar a la «caballería» del otro lado del Atlántico. Europa, ella sola, no podía planificar, elaborar y, menos aún, llevar a cabo esta operación relativamente simple.

Bosnia muestra, a mi parecer, una faceta más profunda del fracaso político: el incidente de Srebrenica, cuando los soldados holandeses permitieron que se produjese la peor atrocidad de esa guerra sin intentar en modo alguno intervenir y ponerle fin. Podrían haber sido soldados italianos, o británicos, o de cualquier otro de nuestros Estados miembros. Estos soldados impasibles eran, al igual que todos nosotros, firmes creyentes en los derechos humanos, la solidaridad y todos los demás valores que profesamos. Sus valores estaban ahí, pero evidentemente carecían de las virtudes necesarias para reivindicarlos. Carecían de la valentía que nace de la convicción de que por algunas cosas, como evitar una matanza de inocentes por la simple razón de que no comparten tu misma fe, merece la pena matar y morir. Eran el producto de una cultura en la que parece que no merece la pena morir o matar por nada, o, si vale la pena, que sean otros quienes mueran y maten. Si alguien tiene la impresión de que Kosovo fue una aberración, ahora tenemos a Libia con una repetición de, por lo menos, parte de la patología de Kosovo: sin una implicación militar masiva de los Estados Unidos, Europa –seamos claros– habría sido simplemente incapaz de emprender acción alguna en el llamado *Mare Nostrum*.

No es solo una cuestión de armas. Todos los esfuerzos de Lisboa por fortalecer y aportar coherencia a la manifestación internacional de la Unión Europea pusieron en evidencia su vergonzosa mediocridad. No ha sido únicamente el esperado absentismo de los presidentes

Europeos y del «ministro de Asuntos Exteriores» en la gestión de la crisis en Libia, con los líderes habituales de los Estados miembros tomando la iniciativa y manteniéndose al margen, sino que, incluso a ese nivel intergubernamental se vio a una Europa fragmentada y separada del resto del mundo, objeto de una votación dividida entre los propios pilares de la integración en el seno del Consejo de Seguridad.

## 2. EUROPA COMO «MESIANISMO» POLÍTICO

La crítica del déficit democrático de la Unión ha sido objeto, por su parte, de dos tipos de críticas. La primera se limita a cuestionar la realidad del déficit democrático, proclamando, esencialmente, que a la Unión se le aplicaron criterios erróneos. Sabemos de sobra cuáles son los hilos del debate. Por si sirve de algo, yo ya he manifestado mi postura anteriormente. Pero me interesa más el segundo tipo de crítica, que, implícitamente, se basa en la distinción entre democracia y legitimidad. Ya que la Unión, al no ser un Estado, no puede reproducir o traducir adecuadamente los hábitos y prácticas de los Gobiernos democráticos estatales, su legitimidad podría encontrarse en otra parte.

Al analizar la legitimidad (y fuerza movilizadora) de la Unión Europea, sobre todo en relación con su permanente déficit democrático, las ciencias políticas y sociales han utilizado durante mucho tiempo la distinción entre legitimidad del proceso y legitimidad de los resultados (también denominados *input/output*, *proceso/resultado*, etc.). Se dice que la legitimidad de la Unión, de forma más general, y de la Comisión, de manera más específica, aunque adolezcan de carencias en el sentido democrático estatal, reside en los resultados obtenidos en los ámbitos económico, social y, en última instancia, político. Esta idea se fundamenta en las teorías funcionalistas y neofuncionalistas más clásicas.

No tengo intención de discrepar con la normatividad implícita de esta postura, un enfoque actual de la democracia de *panem et circenses* que, por lo menos a ciertos niveles, podría considerarse bastante problemático. Es con su realidad empírica con la que pretendo discrepar ligeramente. No creo que la legitimidad de los resultados explique toda y quizás ni siquiera la mayor parte de la fuerza movilizadora de la construcción europea. Más bien, diría que a nivel conceptual hay un tercer tipo de legitimación que, bajo mi punto de vista, desempeñó durante mucho tiempo un papel mucho mayor del que se le reconoce en la actualidad. De hecho, en mi opinión, su papel ha sido decisivo para la legitimidad de Europa y para la respuesta positiva tanto de la clase política como de la ciudadanía en general. También he de decir que es la clave de un elemento crucial en la cultura política de la Unión. Se trata de una legitimidad enraizada en lo «políticamente mesiánico».

En el «mesianismo» político, la justificación de la acción y de su fuerza movilizadora no deriva del proceso, como en la democracia clásica, ni del resultado y su éxito, sino del ideal perseguido, el destino que hay que alcanzar, la «Tierra Prometida» que aguarda al final del camino. De hecho, en las visiones mesiánicas el fin siempre justifica los medios.

Mark Mazower, en su brillante y original historia e historiografía de la Europa del siglo XX<sup>1</sup>, muestra de forma perspicaz cómo la Europa de los monarcas y los emperadores que entró en la primera guerra mundial estaba frecuentemente vinculada al modelo político mesiánico de diversos Estados (Alemania, Italia, Rusia e incluso Gran Bretaña o Francia). Luego, tras la guerra, osciló hacia nuevos órdenes democráticos, es decir, hacia la legitimidad de los procesos, que después volvió a oscilar hacia nuevas formas de mesianismo político en el fascismo y el comunismo. En la historia que se suele contar, se habla de que, tras la

segunda guerra mundial, Europa occidental volvió a inclinarse hacia la democracia y la legitimidad de los procesos. Aquí es donde quiero resaltar una peculiaridad interesante que no se observa con frecuencia.

Por una parte, los Estados occidentales, que más adelante se convertirían en los Estados miembros de la Unión Europea, se volvieron decididamente democráticos, con un patriotismo basado en sus nuevos valores constitucionales, abandonando e incluso ridiculizando los discursos de gloria y perdiendo todo interés por las nociones mesiánicas del Estado. Como es sabido, los antiguos imperios, defendidos en su día con represión y sangre, fueron entonces abandonados con entusiasmo.

Aun así, su empresa común –la integración europea– fue, en mi opinión, una empresa política mesiánica por excelencia, y lo mesiánico se convirtió en una característica central de su cultura política original y perdurable. La fuerza movilizadora y el rasgo legitimador de los principios fue la visión que ofrecía, el sueño soñado, la promesa de un futuro mejor. Este rasgo explica no solo la persistente fuerza movilizadora (sobre todo entre la élite y la juventud), sino también las importantes decisiones estructurales e institucionales que se tomaron. También le otorgará una mayor profundidad a las explicaciones de la actual situación de Europa.

### 3. LA DECLARACIÓN SCHUMAN COMO MANIFIESTO DE MESIANISMO POLÍTICO

La Declaración Schuman se asemeja en cierta forma a la «Declaración de independencia» europea en su combinación de visión y proyecto. De hecho, gran parte del texto se incorporó al preámbulo del Tratado de París, cuyo contenido está basado en las ideas de esta. Resulta interesante releer la Declaración a través del prisma conceptual del mesianismo político. Es fácil detectar sus rasgos distintivos, tal y como cabría esperar de su magistral texto constitutivo. Se refleja en todo el contenido de la Declaración y, lo que no es menos importante, en aquello que no figura en ella. *Nota bene*: la integración europea no tiene nada que ver con sus predecesores mesiánicos: monarquías e imperios y, posteriormente, fascismo y comunismo. Es liberal y noble y, sin embargo, políticamente mesiánica.

Tanto en su retórica como en su contenido está patente el carácter mesiánico. Observemos, en primer lugar, el lenguaje que utiliza, ceremonial y «sermonista» con mucho patetismo (y con un paso de lo sublime a lo trivial).

*La paz mundial no puede salvaguardarse sin unos esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan...*

*La contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable...  
...primera etapa de la federación europea, y cambiará el destino de esas regiones, que durante tanto tiempo se han dedicado a la fabricación de armas...*

*[...] cualquier guerra entre Francia y Alemania no sólo resulta impensable, sino materialmente imposible.*

*Dicha producción se ofrecerá a todo el mundo sin distinción ni exclusión...*

*[...] se introducirá el fermento de una comunidad más amplia y más profunda entre países que durante tanto tiempo se han enfrentado en divisiones sangrientas.*

Es grande, inspirador, churchilliano, incluso se podría decir que con una pizca de ironía. Algunos viejos hábitos, como la carga del hombre blanco y la tradición misionera, se resisten a morir:

*Europa podrá, con mayores medios, proseguir la realización de una de sus tareas esenciales: el desarrollo del continente africano.*

Pero no es solo la retórica; su propio contenido es mesiánico. Una visión convincente que ha estimulado a generaciones enteras de idealistas europeos y según la cual la «unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos», con la paz y la prosperidad como guinda del pastel, constituía la deseada tierra prometida.

Merece la pena explorar más en profundidad la fuerza movilizadora de este nuevo plan para Europa. A nivel del lenguaje superficial, su objetivo pragmático es claramente consolidar la paz y reconstruir la prosperidad europea. Pero dentro de la estructura profunda de dicho plan hay mucho más.

La paz, siempre un atractivo *desideratum*, habría tenido su encanto en términos puramente utilitarios. Pero resulta evidente que, en el contexto histórico en el que se presentó el Plan Schuman, la noción de paz como ideal alcanza un estrato que va mucho más allá de «convertir espadas en arados», «sentarse cada uno debajo de su vid y su higuera», «el lobo y el cordero» –las clásicas metáforas bíblicas de la paz–. El dilema formulado era un claro ejemplo de la supuesta tensión entre Gracia y Justicia que puso a prueba a filósofos y teólogos a lo largo de todas las épocas, desde Guillermo de Ockham (premoderno), pasando por Friedrich Nietzsche (modernista) hasta el repulsivo aunque profundo Martin Heidegger (postmoderno).

Eran, después de todo, los principios de la década de los cincuenta, con los horrores de la guerra aún frescos en la memoria y, sobre todo, con el recuerdo de la inefable barbarie de la ocupación alemana. Algunos países, como los Países Bajos, Dinamarca o Francia, aún tardarían mucho tiempo en superar por completo el odio. Por aquel entonces, en 1950, la idea de una «comunidad de iguales» como fundamento estructural de una paz duradera entre antiguos enemigos representaba algo más que el sabio consejo de estadistas experimentados.

Logró sacar provecho de los dos pilares de la civilización europea: la Ilustración y la herencia de la Revolución francesa y de la tradición cristiana europea.

La libertad ya se había alcanzado con el derrocamiento de la Alemania nazi, y los alemanes (y también sus «hermanos en el crimen», los austriacos) acogían con entusiasmo la idea de ser, ellos también, liberados del nacionalsocialismo. Pero he aquí un proyecto, encapsulado en la Declaración Schuman, que aportaba tanto Igualdad como Fraternidad a nivel transnacional. El modelo de paz de Versalles consistía en capturar al antiguo enemigo, reducirlo y tenerlo bien sujeto y quieto debajo del pie. He aquí, por el contrario, una visión según la cual el viejo enemigo era considerado como un igual –Alemania iba a ser tratada como un socio de pleno derecho en este proyecto– y se enzarzaba en un bucle fraternal e interdependiente que, en efecto, haría impensable la resolución de disputas en un futuro. Este era, de hecho, el proyecto de la Ilustración llevado al nivel internacional, tal y como había soñado el misógino Kant. Adoptar el Plan Schuman suponía sacar provecho de uno de los yacimientos más poderosos e idealistas de las minas de la civilización europea.

El Plan Schuman constituyó también un llamamiento al perdón, un desafío para superar un odio comprensible. En aquel contexto histórico particular, la noción que Schuman tenía de la paz se hacía eco y evocaba las enseñanzas, la imaginería y los valores de la llamada del Cristianismo a perdonar a los enemigos, en nombre del Amor y la Gracia Divina, valores recientemente abocados a una infracción sistemática. El Plan Schuman evocaba, en ese sentido, tanto la Confesión como la Expiación, y recordaba a la creencia cristiana en el poder del arrepentimiento y el renacimiento, y en la bondad absoluta de la humanidad. Esta evocación no resulta especialmente sorprendente dados los antecedentes personales de los

Padres Fundadores: Adenauer, De Gaspari, Schuman o el propio Monnet eran profundamente católicos.

Esta fuerza movilizadora no resulta sorprendente, especialmente entre las élites, las clases políticas que se sentían las responsables más directas de las calamidades de las que Europa estaba empezando a salir, considerando el destacado llamamiento subliminal a las dos visiones más potentes del «Reino» idílico: el humanista y el religioso, combinados en un proyecto.<sup>2</sup>

Es el modelo mesiánico lo que explica, en parte, por qué la Unión pudo funcionar durante tanto tiempo sin un verdadero compromiso con los principios que exigía a sus aspirantes a miembros: democracia y derechos humanos. Los Estados candidatos tenían que hacerse miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero no así la propia Unión. Estos tenían que demostrar sus credenciales democráticas, pero no así la Unión; dos anomalías que apenas sorprendieron a nadie.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que estos rasgos mesiánicos no solo se reflejan en esa florida retórica. La versión inédita y original de la Declaración desarrolla bastante los detalles operativos, pero en ninguna parte aparecen las palabras «democracia» o «derechos humanos». Es un programa del tipo «hagámoslo», alentado por un gran idealismo (y una buena dosis de interés en el viejo orden, tal y como ha sido demostrado por una generación entera de historiadores, como Alan Milward y Charles Maier entre otros). La doble hélice europea estuvo formada, desde el principio, por la Comisión y el Consejo: una administración/ejecutiva (la Comisión) internacional, presuntamente apolítica y transnacional que no colabora –como se suele decir– con los Estados miembros (Consejo), sino con los Gobiernos, la rama ejecutiva de los Estados miembros, quienes durante muchos años contaron con un foro que escapaba, en las cuestiones cotidianas, del control de todo parlamento, tanto europeo como nacional. Sencillamente, la democracia no forma parte de la visión original de la integración europea.

Esta observación no resulta sorprendente, ni siquiera radical. ¿Sería totalmente descabellado narrar el relato de Europa como si «agentes y creyentes» (sobre todo la más original de sus instituciones, la Comisión, acompañada de una poderosa rama ejecutiva de los Estados miembros bajo la capa del Consejo y el COREPER), una vanguardia elitista (aunque bien pagada), fueran los líderes autoproclamados cuyo poder había de ser frenado, a regañadientes y durante décadas, por el Parlamento Europeo? E incluso el Parlamento Europeo ha sido una *vox populi* peculiar. Porque, ¿acaso no ha sido, durante la mayor parte de su vida, un defensor de la integración europea, hasta el punto de que, inevitablemente, cuando la Unión despertó ciertos temores (naturales en una transformación tan radical de la política europea), el Parlamento Europeo no creía que sería el lugar al que los ciudadanos acudirían para expresar esos temores y preocupaciones?

#### 4. LEY Y ESTADO DE DERECHO

Los horrores de la segunda guerra mundial y también los de los seis años que precedieron y llevaron a esta en Alemania provocaron una reconsideración conceptual del ideal del Estado de Derecho. Se podría tomar como ejemplo la degradación y la expropiación a las que fueron sometidos los judíos en Alemania en los primeros ocho años del régimen, previamente a su deportación y asesinato masivo. Evidentemente, se produjeron episodios violentos e ilegales, como la Noche de los Cristales Rotos en 1938, en la que se quemaron y saquearon la mayor parte de las sinagogas y de la que el Gobierno fue cómplice por comisión (incitación y

favorecimiento) y por omisión (no perseguir a los responsables). Pero lo sorprendente es la excepcional naturaleza de este episodio. Esas degradaciones y expropiaciones fueron, en su mayor parte, ordenadas, sistemáticas, seguían la vía legal y, por tanto, lícita. La exclusión de los judíos de la vida pública se hizo efectiva a través de la tristemente célebre Ley de Nuremberg de 1935, que contenía definiciones y mecanismos jurídicos muy elaborados. La expropiación de bienes a los judíos seguía una vía legal similar. Se crearon estructuras jurídicas parecidas, entre ellas tribunales y procedimientos judiciales, para hacer cumplir incluso los aspectos más aberrantes del régimen. Los enemigos, reales o imaginarios, no eran perseguidos por escuadrones de la muerte clandestinos, ni «desaparecían» sin más. Eran detenidos, juzgados y, a continuación, legalmente ejecutados. El silencioso y espeluznante horror de la discriminación, la humillación y la muerte legalizadas y burocratizadas se recoge en un libro maravilloso, *One Life*, de Tom Lampert (publicado en español con el título *Una sola vida*)<sup>3</sup>, que presenta algunos episodios tomados por extrapolación de archivos oficiales y cuya fuerza radica en la ausencia de sangre y violencia. En efecto, el proceso se logra a través del «Estado de Derecho» y con un respeto total hacia este.

Es esta realidad la que, ya en el contexto de los juicios de Nuremberg, provoca una reevaluación conceptual. Como el Estado de Derecho se consideraba parte del patrimonio de las democracias liberales, la práctica llevada a cabo en Alemania durante aquellos años no podía ser honrada con ese apelativo. Dicho de otra forma, había que alejarse de una noción del Estado de Derecho formalista y totalmente positivista (incluso kelseniana) y sustituirla por otra que incorporase, por ejemplo, la fuente y el procedimiento de la autoridad y la autoría de las normas y procedimientos jurídicos como elementos esenciales en la comprensión del Estado de Derecho. Un régimen jurídico no validado por prácticas democráticas y que no respeta los derechos humanos no se puede considerar una manifestación de Estado de Derecho.

Ahora retomemos el análisis de la Declaración Schuman y los primeros fundamentos de la integración europea. Ya hemos reparado en la conspicua ausencia de la democracia y los derechos humanos en la retórica y en las estructuras originales. Igual de conspicua es la enorme confianza en la ley y las instituciones jurídicas. El Tratado de París –con su referencia explícita al supranacionalismo– representa un ejercicio radical y sin precedentes en la legalización de un régimen transnacional, que supera con creces al ya innovador CEDH. Reúne instituciones de gobierno, de administración transnacional, de decisión y de ejecución. El proyecto político de la integración europea tenía que llevarse a cabo mediante un plan económico (Comunidad del Carbón y del Acero, Comunidad Económica Europea) y a través y bajo la autoridad del Estado de Derecho. A lo largo de los años se ha venido celebrando aquella audaz y profética elección. Fue, fundamentalmente, el otorgamiento de tal centralidad a un órgano judicial lo que permitió al Tribunal de Justicia europeo y la ley que este administra desempeñar en años posteriores, años de estancamiento político, un papel decisivo en la construcción de la integración europea.

La decisión de depositar una confianza tan notoria en la ley y las instituciones jurídicas para la consecución de su proyecto político y económico no solo fue audaz, sino también sabia y prudente. La legalidad transnacional contribuye a evitar el parasitismo y aporta estabilidad y continuidad a cualquier acervo, incluso en períodos de inestabilidad política y compromiso vacilante. Es de sobra sabido que, tras llevar a cabo la revolución constitucional mediante la introducción del efecto directo, la legalidad transnacional se aprovechó de los

individuos, persiguiendo sus intereses personales como un poderoso agente de cumplimiento de las obligaciones del Tratado por parte de los Estados miembros.

Pero, inevitablemente, esto también supuso tener en cuenta el principio del Estado de Derecho de la vieja escuela: formalista, autorreferencial y autolegitimador. ¿Por qué debería uno obedecer? Bien porque es «la Ley», o bien porque se pone al servicio del sueño mesiánico autolegitimador. De hecho, me atrevería a decir que los proyectos políticos mesiánicos, por su propia naturaleza, van unidos al concepto del Estado de Derecho formalista y autorreferencial.

No es necesario decir que no es mi intención discutir aquí cualquier similitud sustancial con el régimen nacional socialista. El proyecto de construcción europea representa una continuidad estructural y conceptual interesante.

## 5. PRESERVAR LOS VALORES

La segunda historia, breve y desagradable, suele considerarse una anécdota histórica, aunque también tuvo un marcado efecto en la cultura política de la Unión y la integración europeas. Me estoy refiriendo a la saga de la Comunidad Europea de Defensa. En mayo de 1952 se firmó un Tratado pero, por una cantidad de votos relativamente pequeña, no fue ratificado en el Parlamento francés en mayo de 1954 y se abandonó el proyecto.

Lo más sorprendente de este acontecimiento histórico es que los Gobiernos fueron realmente capaces de ponerse de acuerdo entre ellos sobre un tratado que afectaba al más sagrado núcleo «soberano». Tenía muchísimo sentido. Aparte del hecho de que, a pesar de la historia, una guerra entre los socios de la Unión era una posibilidad irreal, esto sería un paso muy simbólico y concreto para convertir dicha posibilidad en impensable. Y lo que era aún más importante: ante una amenaza externa, y la ambigüedad del apoyo estadounidense, este proyecto suponía un ahorro considerable, al mismo tiempo que mejoraba las capacidades de defensa de Europa de forma tanto individual como conjunta.

Mi argumento es que este trauma «infantil» tuvo profundos efectos, no solo materiales sino fundamentalmente políticos y culturales. Se introdujo en la fe europea –en una insana alianza de argumentos del tipo «si no es políticamente factible, tampoco es políticamente deseable»– la idea de que los asuntos de defensa, de seguridad y militares deberían mantenerse apartados de la construcción europea. Originó increíbles patologías, sobre todo réplicas excesivas de los esfuerzos de defensa de los Estados miembros, acompañadas de una total dependencia en las fuerzas estadounidenses. Si los Estados Unidos se convirtieron en la «policía del mundo», es en parte porque Europa se lo permitió, ya que cuando tenía problemas no llamaba a su propia policía, sino al 911. Paradójicamente, la falta de cooperación debilitó también a cada Estado de forma individual, ya que la magnitud del gasto borró determinados proyectos de las agendas nacionales.

Y lo que aún es peor: Europa no logró desarrollar, lenta y dolorosamente, los hábitos de cooperación, consenso, etc., en este ámbito, que permaneció al margen de la construcción europea. Igual que en su democratización, hubo de trasplantar órganos externos: Cooperación Política Europea, Tercer Pilar, Política Común de Seguridad y Defensa, etcétera.

Lo peor de todo fue que desarrolló una nueva racionalización que se insertó en el proyecto mesiánico original –el «poder civil»– en un cuestionable intento de justificar el fracaso de su propio proyecto inicial. Esto también tuvo verdadera incidencia en las políticas nacionales. Podríamos discutir, como gente razonable, el alcance de una amenaza existencial para Europa. Lo que es indiscutible es que, a veces, a menos que uno sea pacifista (todo un

lujo cuando tu vecino aliado no lo es), puede que la única forma de evitar un atropello atroz de los valores más sagrados requiera decididamente el uso de la fuerza. Las consecuencias de este fracaso se encuentran en los cementerios de Bosnia, Darfur y otros lugares.

## 6. FIN DE LA PARTIDA

El mesianismo político y su concomitante corolario en una concepción central aunque formal del Estado de Derecho se ofrecieron no solo como clarificación conceptual, sino también como explicación del formidable éxito de la integración europea. Originaron una cultura de praxis, logros, agendas en permanente expansión. Dadas las nobles dimensiones de la integración europea, deberíamos considerar y reconocer sus virtuosas facetas.

Aunque eso es solo parte de la historia. También explican parte de la historia de la caída de la legitimidad europea y de la fuerza movilizadora que resulta tan obvia en las circunstancias actuales. Parte de la propia fenomenología del mesianismo político radica en que, como mecanismo de movilización y legitimación, siempre fracasa. Obviamente, fracasa cuando el proyecto mesiánico fracasa. Cuando la revolución no llega.

Pero lo interesante, y más relacionado con la narrativa de la integración europea, es que, incluso cuando tiene éxito, esparce sus semillas de fracaso. A un determinado nivel el fracaso es inevitable, es parte de la propia fenomenología del proyecto mesiánico. La realidad siempre es más compleja, desafiante, banal y, en última instancia, menos satisfactoria que el sueño que la precede. El resultado no es solo la ausencia de movilización y legitimación, sino rencor verdadero. La tierra prometida original, Canaán, fue una propuesta muy diferente, desafiante y hostil, al sueño que la había precedido. Las independencias de India, de Kenia o incluso de los EUA fueron muy diferentes a los sueños que precedieron a estas y a otras semejantes. Individualmente, esta es la historia de muchos matrimonios y romances. De la misma manera que el paraíso se convierte en tal solo cuando se pierde, la tierra siempre está lejos de la promesa. Es algo que forma parte de la ontología de lo mesiánico. La manifestación emblemática de esto en el contexto de la integración europea está en la diferencia entre las 868 palabras inspiradoras del sueño de Schuman y las, en concreto, 154.183 palabras de la (extinta) Constitución europea.

Sin embargo, en el caso de Europa existen otros factores condicionantes, aparte del fracaso de la narrativa mesiánica como aspecto movilizador y legitimador. En cierto nivel, Europa es víctima de su propio éxito. Con el paso del tiempo y la consolidación de la paz, la internalización del discurso interestatal alternativo que presentó Europa tuvo tanto éxito que, para las nuevas generaciones de europeos, el atractivo tanto pragmático como idealista de la visión de Schuman parece sencillamente incomprensible. La realidad frente a la que ese atractivo era tan poderoso –la antiquísima enemistad entre Francia y Alemania y todo eso– ha dejado de ser un recuerdo vivo, un entramado vivo de civilizaciones, un maravilloso estado de cosas debido también, en cierta medida considerable, a la construcción europea.

Por otra parte, los hábitos de la sociedad han cambiado mucho. Gran parte de Europa se ha convertido en una sociedad poscristiana, y el profundo compromiso con el individuo y con sus derechos, que sitúan de forma implacable (y loable en muchos aspectos) al individuo en el centro de la atención política, ha contribuido a la aparición del egocentrismo individual. La movilización social en Europa es máxima cuando lo que está en juego es el interés directo del individuo, y mínima cuando hay que atender a las necesidades del prójimo, como pronto se demostrará en la reciente eurocrisis, la crisis de la inmigración y otros ejemplos similares. Así

que parte de la explicación de la pérdida de fuerza movilizadora de la visión de Schuman reside en el hecho de que lo que ofrece parece irrelevante o no atrae a la tan diversa sensibilidad idealista de la sociedad europea contemporánea.

El resultado es que, si el mesianismo político no se aferra rápidamente a la legitimización que procede de la propiedad popular, enseguida se vuelve alienante y, como el Golem, se rebela contra sus creadores.

La democracia no formaba parte del ADN original de la integración europea. Todavía se considera como un implante externo. Con el fracaso de su mesianismo político original, lo único que cabe esperar es el distanciamiento del que estamos siendo testigos. Y el Estado de Derecho formal solo sirve para aumentar dicho distanciamiento. No existen soluciones fáciles a estos problemas. Así ocurre siempre con los problemas que no radican en acuerdos institucionales, sino que son un reflejo de lo que se ha convertido en parte de una cultura política y jurídica profundamente arraigada.

## Notas

---

1 Mark Mazower, *Dark Continent –Europe’s Twentieth Century* (Londres: Allen Lane, 1998). Traducida al español con el título *La Europa negra*.

2 Conviene añadir que el alcance transnacional del Plan Schuman sirvió, como cabía esperar, a un poderoso interés interno cuya discusión aún a día de hoy topa con cierta oposición. El reto de la «fraternidad» y la necesidad de perdón, amor y gracia fue todavía más urgente a nivel interno que a nivel internacional. Porque cada uno de los Estados miembros originales estaban seriamente comprometidos a nivel interno. En la Alemania de la posguerra –dicho claramente– ni el Estado ni la sociedad podían funcionar si se excluía a todos los que simpatizaban con el nacionalsocialismo. En los otros cinco, aunque fueron ostensiblemente y en sentido real víctimas de la agresión alemana, se contó con la complicidad de importantes fuerzas sociales, que contrajeron un compromiso moral. Este fue, obviamente, el caso de la Italia fascista y la Francia de Vichy. Pero incluso el pequeño Luxemburgo aportó una de las unidades criminalmente más notorias al ejército alemán y Bélgica destacó como el país con el mayor número de voluntarios autóctonos en las fuerzas de ocupación alemanas. La traición a Anna Frank y a su familia por parte de sus buenos vecinos holandeses no fue una excepción, sino un símbolo de la sociedad y el gobierno holandés, que envió ordenadamente a toda su ciudadanía judía a la deportación y la muerte. Si había que perdonar y abrazar al enemigo externo, darle la espalda al pasado y confiar en un futuro mejor, mucho más fácil será hacer lo mismo, y con más motivo, dentro de la propia nación, la propia sociedad e incluso la propia familia.

3 T. Lampert, 2004. *One Life*. Houghton Mifflin Harcourt. Editado en español por Destino.



# Oportunidades de la crisis. Debate sobre reestructuración de la administración territorial



Fecha de recepción \_[25.07.2011]

Fecha de aceptación \_[21.12.2011]

**&** **Resumen/Abstract:** *La situación de crisis actual ha abierto un debate sobre la oportunidad de acometer procesos de reestructuración en la organización de la Administración territorial del conjunto del Estado. Diferentes actores políticos, empresariales o sociales plantean la oportunidad de acometer procesos de reestructuración de la base administrativa local, creación de nuevos órganos de gobernanza, supresión o reestructuración profunda de las instituciones provinciales, etc. Uno de los debates recurrentes en este escenario es el relativo a la oportunidad de fusionar o agregar municipios, con el fin de reducir su número y adecuarlos a la actual estructura territorial, y de lograr un modelo de gestión pública más eficaz y eficiente. Este análisis se fundamenta en la necesidad de acometer reformas que vayan encaminadas a integrar desde una perspectiva funcional los servicios que los ayuntamientos, como una parte básica de la administración territorial, prestan a los ciudadanos, partiendo de una fórmula que, manteniendo la unidad municipal de base como un hecho indiscutible de identidad territorial e identificación política y social, sea capaz de profundizar en la integración supramunicipal de los servicios públicos de base local.* **&**

**&** **Palabras clave:** Administración territorial, fusión de municipios, supramunicipalismo.

## 1. INTRODUCCIÓN

Estamos instalados en un momento temporal muy complejo, marcado por un escenario de profunda crisis y de replanteamiento de muchos de los principios básicos que nos definen como sociedad. Asistimos a un notable esfuerzo de repensar y de cuestionar algunos de los pilares más sólidos de las estructuras económicas, sociales y por supuesto territoriales. La actual situación de crisis, por dura y dolorosa que sin duda es, abre algunas oportunidades, y lleva al debate público cuestiones que, hasta hace no mucho, eran consideradas tabú. Se abren debates enquistados o que eran abordados de modo minoritario. Uno de ellos es repensar la estructura político-administrativa que tenemos, y que sirve para definir cómo nos organizamos colectivamente. Hasta hace no demasiado tiempo, este debate se restringía a ámbitos académicos o a un escaso, aunque valiente, número de políticos locales. No obstante, el impacto de la radical reestructuración llevada a cabo en Grecia, derivada del Plan de Rescate del país heleno, y las constantes búsquedas de mecanismos que puedan conducir a racionalizar las estructuras del gobierno público en busca de un sistema público más austero y eficiente, y que posibilite una gestión más acorde con la modernidad territorial, derivaron en un cuestionamiento progresivo de la actual planta municipal, del papel de las diputaciones provinciales y de la necesaria coordinación de los niveles políticos locales y autonómicos.

El debate sobre la administración territorial, el mundo local, el diseño de nuevos ámbitos de gobernanza, la financiación de los servicios comunitarios, el encuadramiento de las diputaciones provinciales, el replanteamiento del mapa municipal, la sostenibilidad o casi supervivencia económica de los consistorios o las experiencias de otros países de nuestro entorno está sobre la mesa. La clave de bóveda, aparte de las cuestiones coyunturales vinculadas a una situación de crisis sin precedentes de nuestro sistema, radica en la estructura territorial que define el ámbito de actuación de las políticas públicas. Se debe partir, en este sentido, de la compleja arquitectura institucional que, en más ocasiones de las deseadas, derivó en constantes duplicidades, conflictos competenciales interadministrativos y multiplicación de instituciones débilmente coordinadas, y todo ello deriva, lógicamente, en un modelo que, si bien en períodos alcistas de los presupuestos públicos éramos capaces de soportar, a pesar de las debilidades en su eficiencia, en momentos de restricciones presupuestarias como las actuales se hace difícil de sostener.

Además, todo este proceso se desarrolla sobre un territorio y una sociedad que han cambiado notablemente en las últimas décadas. En este inicio del siglo XXI seguimos manteniendo un diseño administrativo surgido del siglo XIX que ya no responde de modo eficaz a las necesidades actuales, un diseño obsoleto que se vio desbordado por el incremento de la movilidad de las personas, las nuevas fórmulas de ocupación de los espacios periurbanos, los desequilibrios demográficos con un gran número de municipios rurales en una situación de fortísimo riesgo de despoblación, etc. Partiendo de esta base, los diagnósticos sobre la situación del mundo local mantienen un amplio grado de concordancia y consenso. Se reconoce la necesidad de reformar la estructura territorial de la administración territorial, pero el disenso surge cuando se plantean los posibles métodos para corregir o modificar el escenario en el cual estamos insertos. De modo inevitable, uno de los retos de futuro será abordar esta problemática teniendo en cuenta tanto variables técnicas de carácter espacial, jurídico o económico como variables políticas vinculadas al protagonismo del poder

político local, a la mayor o menor resistencia de éste, o a la percepción colectiva de la sociedad respecto a la necesidad de llevar a cabo medidas en este sentido.

Dos son las principales problemáticas identificadas en la estructura territorial. Primero, el creciente inframunicipalismo al que se ve abocado un número cada vez más elevado de municipios rurales. En éstos, la baja carga poblacional se vincula a un enorme número de carencias técnicas y de escasez de recursos humanos y financieros que hace muy difícil, en términos generales, su sostenibilidad. El segundo, en la otra cara de la moneda, deriva de la expansión del hecho urbano al margen de los límites municipales de base, y en el hecho de que hoy nuestras ciudades ya no se restringen a sus propios términos, sino que, como unidad funcional, e incluso en algún caso física, se expanden por los municipios limítrofes, mientras los instrumentos de gestión urbanística o fiscal se fijan a los ámbitos políticos municipales.

Como reacción a esta situación, que fue común en algunos países de nuestro entorno, se dieron dos respuestas. Por una parte, en los países del norte y centro de Europa se han producido espectaculares procesos de reducción del número de municipios durante las décadas de 1960 y 1970, a partir de la aprobación de leyes específicas que impulsaron la fusión de municipios (países como Alemania, Suecia o el Reino Unido en porcentajes de alrededor del 75%). Mientras, en los países del sur, de tradición administrativista “napoleónica”, se apuesta por el mantenimiento del pequeño municipio y la puesta en marcha de fórmulas de cooperación supramunicipales para la prestación de servicios, caso, entre otros, de los *syndicat de communes* franceses o de las mancomunidades españolas.

## **2. FUNDAMENTOS PARA LA REESTRUCTURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL**

La cuestión sobre la necesidad de reestructurar la base y la organización local está hoy presente en el debate público. Confluyen dos dinámicas diferentes que dejan en evidencia una misma problemática. En primer lugar, se manifiesta con fuerza el desajuste de una planta municipal no acorde con los procesos y con la geografía actuales. Es ya poco discutible el desequilibrio entre las áreas urbanas, que ganan población e incrementan la ocupación del espacio, y el medio rural, que en su mayoría experimenta un fenómeno a la inversa. Así, la ciudad física se superpone y se desborda sobre una ciudad político-administrativa fragmentada en su base local, circunstancia que dificulta la gestión colectiva de una unidad funcional única. Al mismo tiempo, los municipios rurales se sitúan en una crisis demográfica sin precedentes que amenaza aumentar en el futuro, aconsejando la adopción de medidas que permitan el mantenimiento de los servicios precisos para garantizar una mínima calidad de vida de sus habitantes. En segundo término, los problemas de financiación crónicos de la Administración local se evidencian con muchísima fuerza en los últimos años, ya que la situación económica en que nos encontramos ha llevado a una reducción de las transferencias externas, fundamentalmente estatales, junto con una caída de la capacidad recaudatoria propia muy dependiente de la construcción. Mientras, los gastos fijos y corrientes han crecido notablemente en la pasada época de bonanza económica, tendiéndose a generar un claro desequilibrio presupuestario que amenaza las haciendas de un significativo número de entes locales.

La situación se ve amplificada por la crisis griega y la solución adoptada de fusionar de modo obligatorio municipios para reducir el gasto público. Esta vía, sólo entendible y posible en un contexto de una profunda crisis y una amenaza cierta de colapso del sistema público,

no es para nada recomendable, pues generaría una inestabilidad en el mapa municipal que tardaría décadas en reconstruirse. Así, la vocación municipalista debe hacer defensa del importante papel que los ayuntamientos representan en la vida cotidiana de la ciudadanía, y manifestar que el fuerte déficit público actual no se debe achacar a los ayuntamientos, que sólo son responsables de un 13% del gasto público y que sólo tienen un porcentaje de deuda de poco más del 6%. Partiendo de esta visión, es necesario formular medidas de ajuste y reestructuración que permitan salvaguardar la sostenibilidad y la organización local a medio y largo plazo. Si no somos capaces de adoptar medidas en esta línea, la situación se puede hacer insostenible a corto plazo, debiéndose proponer un debate sobre el modelo que deseamos para organizar nuestra convivencia.

La propuesta de una reestructuración de la administración territorial no se puede hacer de un modo aislado y focalizado en un único nivel administrativo. Al contrario, se debe abordar en una escala más amplia en la que se integren tanto las diputaciones provinciales como los entes de cooperación intermedios existentes o las propias comunidades autónomas. Abordar un sólo estamento, sin tener en cuenta la estructura institucional total, implica un alto riesgo de adopción de medidas erradas y débil capacidad efectiva en la solución de las problemáticas existentes. Es necesario trazar una visión global y transversal que nos ayude a replantear un nuevo modelo de implementación territorial de los servicios públicos, bajo el paradigma de un sistema público más eficaz, eficiente y ajustado a las dinámicas espaciales actuales.

En el momento actual nos encontramos con la convivencia de dos procesos de gran importancia, contradictorios entre sí, que afectan al hecho municipal. Por una parte, los municipios de pequeña, o muy pequeña dimensión, están creciendo cuantitativamente en los últimos años. Por otra, se parte de un acuerdo sobre la necesidad de transferir a este nivel administrativo cada vez más competencias, con el fin de que desde aquí se presten, por razones de proximidad, y basándose en el principio de subsidiariedad, un número creciente de prestaciones encaminadas a la mejora de la calidad de vida de la población y al incremento de la capacidad de liderazgo en la vida económica y cultural. La contradicción radica en que, a pesar del enunciado anterior, una significativa parte de la capacidad de los ayuntamientos aparece vinculada a su entidad poblacional, circunstancia que dificulta la concreción real y efectiva de las funciones de los entes municipales, abriendo una brecha entre los municipios según su talla demográfica.

Los municipios, por mandato constitucional, disfrutan de autonomía propia. Cuentan con órganos de gobierno, competencias de gestión específicas, capacidad reglamentaria para determinados asuntos, etc. Esta autonomía teórica choca con la realidad cotidiana, medida a partir de la capacidad efectiva de llevar a cabo sus funciones. Desde su origen, los municipios han estado siempre sometidos a un tutelaje por parte de niveles administrativos de ámbito superior. El Estado central primeramente y, después, los gobiernos autonómicos tienden más a mantener la idea de los municipios como unidades de referencia para la implementación de sus prácticas políticas que a considerar el nivel local como un nivel organizativo capaz de gestionar sus propias funciones. El tutelaje de la acción municipal se debe también relativizar, pudiendo considerarlo como una situación a superar si lleva implícita una excesiva sumisión y subordinación por parte de los municipios, o si implica un dirigismo que limita la iniciativa política municipal y convierte a los alcaldes casi en meros seguidores de inversiones externas. El tutelaje, al contrario, si se entiende como cooperación entre diferentes niveles de

gobierno, coordinación administrativa o supervisión de la actividad municipal, contribuye a evitar que cada porción del territorio se convierta en un particular “reino de taifas”.

En este sentido, se sitúa la dialéctica sobre qué sistema local queremos para el futuro: un sistema dual fundamentado en una uniformidad teórica, pero con una gran diferenciación real entre los municipios en razón de su tamaño y capacidad económica y de gestión; un sistema organizativo basado en una autonomía nominal, pero de una incapacidad manifiesta para llevarla a cabo en un importante número de municipios; o un sistema que busque adaptarse a las nuevas realidades socioeconómicas y territoriales y que sea capaz de asumir sus responsabilidades en pro de una mayor calidad de vida de los ciudadanos.

La autonomía municipal está íntimamente asociada a los recursos humanos, técnicos y, por supuesto, financieros con los que se cuenta. La Administración local gestiona de modo directo un reducido porcentaje del gasto público total en comparación con otros Estados próximos. En la última década osciló entre un 12-13% respecto al total, cuando los países de nuestro entorno están en ratios muy superiores. Esta situación es así tanto en aquellos modelos organizativos federales, donde se cuenta con niveles intermedios entre el ámbito local y el estatal (se podría parecer al nuestro, pues España, *de facto*, responde a un modelo organizativo federal, en el que las comunidades autónomas administran más de un 40% de los presupuestos públicos), como en aquellos otros más centralistas, como Francia, Dinamarca o Italia.

Este raquitismo presupuestario se mantiene constante en el tiempo. Desde 1980 el incremento de la capacidad gestora a nivel financiero de los ayuntamientos se sitúa en valores escandalosamente reducidos, siempre por debajo del 15%. De hecho, sólo aumenta en dos puntos porcentuales, situación que contrasta de modo muy acusado con la evolución que en el mismo período experimentan los gobiernos autonómicos. Estos datos manifiestan un evidente reforzamiento del neocentralismo autonómico y la necesidad de abordar de un modo serio la segunda descentralización cara al ámbito local. Debe tenerse presente en este sentido que los ayuntamientos, en el ámbito temporal señalado, aumentaron considerablemente los servicios que prestan a la población, incluso algunos que no son de su competencia, pero que, debido a la presión a que son sometidos a causa de la proximidad con los vecinos, asumen. Esto demuestra, una vez más, que los ayuntamientos desempeñan una función básica en la vida cotidiana de la ciudadanía y una gran capacidad para responder a sus demandas.

La estructura político-administrativa, en sentido amplio, de un municipio está en gran medida asociada a su tamaño poblacional. Esta situación abre una brecha en razón de su entidad demográfica, en la que los municipios más pequeños presentan grandes dificultades para la financiación de sus actividades. El modelo recaudatorio organizado a partir de las sucesivas leyes de hacienda local tiende a primar el volumen demográfico como un factor fundamental para la generación de recursos a través de la fiscalidad propia. También las transferencias externas suponen en muchos municipios de reducida dimensión un altísimo porcentaje de los ingresos. En ambos casos, el pequeño tamaño se penaliza. Así, en los de mayor entidad, especialmente a partir de los 50.000 habitantes, los índices fiscales tienen valores más altos. También las cantidades por vecino que cada ayuntamiento recibe de las transferencias estatales aumentan notablemente en función de unos índices correctores que tienden a primar a los más poblados. En lógica, también los pequeños municipios cuentan con menos contribuyentes y, consecuentemente, menos ingresos propios, cerrándose así un círculo vicioso que tiende a perjudicar a los menos poblados.

Los gobiernos autonómicos, ante la incapacidad de muchos ayuntamientos, gestionan, supervisan y también ejecutan políticas y competencias administrativas de carácter local en materias como urbanismo, atención a la tercera edad, promoción del empleo, etc. Además, otro tipo de actividades se aplican a partir de sistemas de coparticipación, o de competencias compartidas entre las administraciones locales y las autonómicas. En el primer caso, estamos ante los llamados *servicios inducidos*, servicios de interés común para ambos niveles, en los cuales la autonomía ejerce el control financiero, estimulando la puesta en marcha de estas prestaciones a partir de técnicas subvencionadoras, en muchos casos de alcance temporal limitado, sin compromiso o vinculación estable. Esto lleva a que los ayuntamientos asuman como propios estos nuevos servicios, generándose en torno a ellos una necesidad. Una vez implementado el servicio, las comunidades logran hacer efectivas políticas sectoriales de su competencia mediante la implicación de los ayuntamientos, pero sin comprometerse de modo estable en el terreno económico. El resultado es que se trasladan a los ayuntamientos servicios que es necesario mantener, y de muy difícil supresión en caso de paralización de la subvención, ya que la proximidad de los usuarios finales incrementa la capacidad de presión. Es el caso de líneas de acción vinculadas con prestaciones sociales, con la formación, con la promoción de empleo, etc. Esta situación tiene el riesgo de que, de facto, el ayuntamiento se puede encontrar con la necesidad de asumir una responsabilidad de otros niveles, con el fin de dar respuesta a las presiones vecinales en determinadas materias, muchas de ellas inducidas, precisamente, desde estamentos administrativos más elevados, algo que en época de aumento de ingresos era posible mantener, pero que en momentos de recesión y de obligada austeridad genera un acusado desequilibrio en las arcas de muchos entes locales.

Otra disfunción, en segundo término, se asocia a los sistemas de competencias compartidas debido a la incapacidad real de los ayuntamientos de asumirlas totalmente. La coparticipación lleva consigo el riesgo de diluir las responsabilidades entre los diferentes niveles administrativos con participación en la gestión de una determinada materia. Esto genera una fuerte confusión competencial entre los ayuntamientos y otras administraciones, y un “baile” administrativo en el que distintos organismos tienen competencias diferentes sobre un mismo asunto (de planificación, sancionadoras, de gestión de los recursos financieros asociados, etc.). Es el caso del mantenimiento de instalaciones educativas, de conservación del medio ambiente o de la red vial.

El anterior escenario se produce en un marco de claro predominio del pequeño municipio, circunstancia que origina una estructura político-administrativa poco adecuada desde el punto de vista organizativo, para dar respuesta a las nuevas demandas colectivas en el ámbito local. Parece lógico, entonces, buscar fórmulas que permitan adaptar esta estructura a las actuales realidades socioeconómicas y territoriales, con el fin de mejorar y hacer más eficiente la gestión de los recursos públicos y fomentar, por extensión, la calidad de vida de los vecinos y la competitividad de los territorios.

La baja cultura fiscal, fundamentalmente en los entes más pequeños, es también un problema que es necesario solucionar. La fiscalidad entra en la lucha partidista como un arma arrojada por las fuerzas políticas, trasladándonos a una situación en la cual se depende de otras administraciones para la prestación de muchos servicios locales. La dependencia financiera lleva implícita una reducción de la propia autonomía política y de gestión. Esta situación contrasta con el papel cada vez más activo que adoptan los ayuntamientos como administraciones que dan respuesta a las crecientes demandas y necesidades sociales en

campos tan diversos como las infraestructuras, la promoción del desarrollo local, los servicios sociales, la seguridad, el deporte, el ocio, la cultura, etc. El logro de una autonomía efectiva se vincula a la búsqueda de entidades locales fuertes, capacitadas y responsables. Y ante este objetivo, se presentan frenos como el reducido tamaño de muchos municipios, que se ven imposibilitados para salir de un complejo círculo vicioso y para poder mantener los servicios que se prestan en este momento a la población residente, y ya no digamos incrementarlos o mejorar su calidad.

De este modo, se puede observar cómo una gran cantidad de entidades locales no disfrutaban de un modo real del principio de autonomía, principio que, de una manera teórica, se les atribuye y que así aparece consagrado en la propia Constitución. A la dependencia funcional y presupuestaria se une también una marcada dependencia jurídica. Los ayuntamientos asumen, aplican o son destinatarios de un sinnúmero de marcos legales aprobados por los gobiernos autónomos o central que afectan de un modo directo a sus intereses. También sus propios instrumentos jurídicos, definidos a partir de las diversas ordenanzas municipales, o planes de gran incidencia en la vida local, como el planeamiento urbanístico, o la elaboración de sus mecanismos fiscales en materias como, por ejemplo, el IBI, se deben someter a marcos jurídicos definidos por otros niveles administrativos, que en ocasiones están en contradicción con los intereses de los propios gobiernos locales. Y todo ello sin entrar en medidas políticas destinadas a los propios ayuntamientos que se diseñan al margen de ellos, como fue el reciente caso del Plan E, que supuso una significativa transferencia económica a las arcas municipales, pero de un modo completamente condicionado y al margen de las necesidades concretas.

Los tratados y los análisis llevados a cabo en materia de fusión o reorganización de las estructuras municipales se debaten entre varios enfoques. Unos responden a una tesis orgánica, que estima que el municipio, al no haberse acomodado a la comunidad social que lo integra y al no representarla debidamente, entró en crisis y, por consiguiente, debe experimentar una profunda transformación. Esta debe empezar por buscar espacios más amplios para su configuración territorial, a través de las correspondientes fusiones y agregaciones. Otros, tesis funcional, mantienen un respecto por la institución basándose en su papel como legitimador democrático y su arraigo social. Aboga por el mantenimiento de los mapas municipales actuales al margen de la reestructuración competencial y organizativa interna, aunque estén muy fragmentados, y proponen como solución el fomento de fórmulas de cooperación, coordinación o asociación supramunicipal. Evidentemente, en el caso español prevaleció esta última tesis, manteniéndose un claro inmovilismo en lo relativo a la evolución y al número de municipios.

Estos enfoques abren un dilema de fondo sobre el papel de los entes locales de gran trascendencia respecto a su papel como organizaciones prestadoras de servicios públicos a la población, o como entes de organización territorial del Estado que facilita y legitima la participación democrática de las personas. Atendiendo al primer criterio, la fusión o integración de varios municipios sería altamente recomendable, al lograrse de este modo unas determinadas economías de escala que incrementarían la eficacia en la prestación de los servicios y la reducción de costes. La clave de este proceso se encuentra en el logro de una dimensión poblacional mínima que permita incrementar, mejorar y abaratar en términos *per capita* la producción de los servicios de base local. Esta situación favorecería el logro de un territorio municipal que incrementaría las cuotas de bienestar y competitividad tanto de un

modo directo, al mejorar los servicios que existen sobre él, como de un modo indirecto, al hacerse más atractivos para familias y unidades productivas.

En el segundo supuesto, uno de los argumentos manejados contrario a las operaciones de reducción del número de municipios es el hecho de poner en peligro el sistema representativo, disminuyendo las posibilidades de una auténtica participación ciudadana en la vida local, ya que en lógica la reducción de municipios trae consigo una paralela reducción de los representantes que integran sus órganos de gobierno. Sin embargo, no debemos caer en el simplismo de pensar en términos absolutos de relación directa entre pérdida de cargos públicos y pérdida de proximidad o de democracia, pues, como ya se ha señalado, una gran parte de los de menor entidad carecen de una auténtica autonomía. También es necesario tener en cuenta que la excesiva proximidad puede llevar implícito el riesgo para los gobiernos locales de ser sometidos a excesivas presiones de colectivos sociales concretos que pueden perjudicar los intereses generales.

¿La constitución de entidades locales fuertes a partir de la integración de varios municipios es una solución posible para los problemas y disfunciones propuestos? La respuesta, en principio, parece ser positiva, especialmente en aquellos de más reducido tamaño y de perspectivas demográficas poco prometedoras. También, en la otra cara de la moneda, en los municipios de fuerte urbanización, la expansión física de la ciudad parece aconsejar la necesidad de buscar una reestructuración administrativo-territorial que posibilite una mejor y más racional prestación de aquellos servicios de repercusión directa en la calidad de vida de los ciudadanos y en el desarrollo integral del territorio.

No se puede reflexionar o actuar sobre la base municipal sin tener presente tanto a las diputaciones provinciales como a otros entes intermedios. De las primeras se puede decir que cuentan con una “mala salud de hierro”, pues desde diversos frentes se insiste en su supresión o, cuando menos, en una profunda reformulación de su papel en la estructura político-administrativa. Son comunes posturas que formulan la necesidad de su desaparición, culpándolas de todo tipo de ineficacias, como una acción de ahorro y mejora en la gestión. No obstante, y tal como está hoy la distribución de la planta municipal, su función como suministradoras de servicios a los municipios de menor dimensión las hacen necesarias para garantizar unos mínimos estándares de calidad de vida para los residentes de los municipios más pequeños. Otra cuestión diferente es plantear una reorganización de su posicionamiento dentro de la actual arquitectura institucional, procurando el incremento de la coordinación con ayuntamientos y los gobiernos autónomos, cooperando en la prestación de servicios públicos y seleccionando sus campos de acción política para no incurrir en duplicidades innecesarias. Incluso en aquellas tradiciones políticas menos proclives a su mantenimiento, como es la catalana, las diputaciones se mantienen, no sólo porque sería preciso un cambio constitucional, sino porque ante la débil eficacia de los consejos comarcales, así reconocida por numerosos investigadores, son precisas para atender de modo subsidiario las demandas de una planta municipal muy fragmentada. En esta misma línea, la apuesta política impulsada en su momento de creación de “veguerías” se encuentra paralizada, pues supondría un nuevo nivel administrativo que generaría, junto a unas comarcas con personalidad jurídica, una compleja estructura político-administrativa.

Cuenta Galicia también con una Ley de desarrollo comarcal que fija las delimitaciones de las comarcas gallegas, entendidas éstas como el marco espacial para la planificación y la coordinación territorial. Como organización, carecen de personalidad jurídica, pero el hecho

de corresponderse, al margen de situaciones concretas, con áreas funcionales centralizadas por pequeñas ciudades del sistema urbano intermedio y cierta homogeneidad geográfica, las convierte en ámbitos de referencia para la puesta en marcha descentralizada de diversos servicios supramunicipales. Con el mismo carácter de entes de cooperación, asimismo, se establecen las mancomunidades, los consorcios u otros entes intermedios, como los grupos de desarrollo rural, que tienen como función integrar en un mismo órgano una serie específica de prestaciones supramunicipales. El desigual balance de funcionamiento de este conglomerado nos ofrece la experiencia para adoptar decisiones que puedan ir encaminadas a mejorar la organización de la red de servicios ofertados por el conjunto del sistema público, siendo evidente que, de acometerse una reestructuración de la base municipal, su presencia sería mucho menos necesaria.

En resumen, se pueden exponer una serie de causas que recomiendan abordar un proceso de reestructuración del mundo local. Se destacan las siguientes: la dificultad presupuestaria y financiera de numerosísimos ayuntamientos; el reducido número de habitantes de muchos de ellos; la necesidad de racionalizar la gestión administrativa; la existencia de importantes carencias en materia de servicios locales, incluso en los de competencia obligatoria; la confusión competencial; la no disponibilidad de recursos materiales y humanos; la gran dependencia y la pérdida efectiva de la autonomía local; el agravamiento de los crónicos déficit de financiación, etc.

### **3. POSIBILIDADES ORGANIZATIVAS: FUSIÓN SELECTIVA**

Uno de los papeles fundamentales del ayuntamiento es el de ser ente productor y suministrador de bienes y servicios, función que tiene una repercusión fuerte y directa sobre la calidad de vida de los vecinos y la competitividad-desarrollo del territorio. Un espacio con carencias o insuficiencias en lo referente a la cobertura de los servicios locales tiende a hacerse poco atractivo para familias y unidades económicas, por lo que, en un momento de gran movilidad individual y de las unidades de producción como el actual, entra en un círculo vicioso tendente a reducir su potencial poblacional y productivo.

En esta línea interpretativa, es significativa la coincidencia general existente respecto al agotamiento de la actual estructura territorial y política de la Administración local. Se considera que está obsoleta, sumida en una situación de fuertes carencias y necesidades, con importantes desajustes entre sus responsabilidades y capacidades y que es necesario acometer reformas a corto plazo. Para corregir esta situación y alcanzar un sistema local con más recursos y capacidades de gestión, se presentan varias soluciones. Una, poco sostenible en la actualidad, es dotarse de una mayor capacidad de financiación vía transferencias. Sus consecuencias, muy previsiblemente, serían un incremento del gasto público y una gran dificultad para costearlo. Además, no garantiza una solución a las dificultades derivadas del inframunicipalismo, y, aunque puede suponer una mayor solidaridad territorial, sin duda sería muy poco eficiente. En segundo término, el fomento de las modalidades de colaboración supramunicipal se propone como una vía de solución, contándose con un cuerpo jurídico y experiencia administrativa y de gestión. Aportaría la virtud de no alterar el mapa municipal existente, evitando problemas identitarios y de rechazo sociopolítico. No obstante, las experiencias existentes tienen un balance no excesivamente positivo, y tampoco posibilitaría una coordinación efectiva con los instrumentos y herramientas de gestión pública local, especialmente urbanismo y fiscalidad-recaudación. A todo esto deben añadirse las

carencias democráticas, al no contar con órganos de representatividad directa. Por último, la simple fusión tampoco es una solución real a corto plazo, a no ser por una situación excepcional de las finanzas públicas, tal como sucedió en Grecia, por los conflictos de rechazo que podría tener en los ámbitos sociopolíticos locales. Además, si se hace sin abordar ningún tipo de reforma, la creación de una nueva entidad resultada de la simple agregación no implica necesariamente la solución a las carencias derivadas del inframunicipalismo y del desbordamiento físico y funcional en el ámbito urbano, si bien esta opción generaría unas indudables economías de escala y favorecería la adecuación de los lindes político-administrativos locales a las realidades territoriales.

En este sentido, cabe decir que la fusión, en sentido estricto, de dos o más municipios para formar uno nuevo resultante de su agregación está recogida y amparada en el actual sistema normativo autonómico y estatal. No implicaría reformas legislativas, pero sí supondría abrir un enorme debate sociopolítico que, sin duda, giraría sobre el concepto de "identidad", que se tomaría como argumento aglutinador de las opciones de rechazo a los hipotéticos procesos de fusión. Esta opción supondría la creación de un nuevo municipio, que integraría el territorio, población y organización de los existentes con anterioridad, abriendo un debate de hondo calado sociopolítico con diversos posicionamientos a favor y en contra. Sin embargo, y en vista de la reciente evolución de la estructura local, se debe concluir que, pese a que el procedimiento de fusión está perfectamente regulado, esta opción en la práctica fue rechazada en el período democrático en España. Y, al contrario, se identifican más experiencias a la inversa, de segregación y creación de nuevos entes. Los decisores públicos optaron como solución a los desajustes del mapa municipal y las debilidades de la propia estructura local por diversas fórmulas de cooperación y colaboración, muy especialmente por las mancomunidades y, más recientemente, consorcios y áreas metropolitanas, como son los casos de Barcelona o Vigo.

En todo este proceso es necesario tener en cuenta el papel que representa el sentimiento de identidad y la oposición de las elites locales de los pequeños municipios. Por tal motivo, se debe comenzar a plantear una nueva vía de trabajo que, manteniendo la identidad municipal, sea a la vez capaz de profundizar en la función como ente prestador de servicios a la población. Surge así la propuesta de una fusión selectiva. Esta nueva vía organizativa, a la vez que permite mantener el sentimiento identitario, posibilita crear entes prestadores de servicios colectivos que superen las grandes debilidades y amenazas de las actuales entidades y de las fórmulas asociativas existentes. Con este doble objetivo, se persigue reducir el impacto social de la fusión para que pueda ser asumida políticamente y crear unidades de gestión de mayor capacidad para ofertar con mayor eficacia un número creciente de servicios públicos.

El enfoque se fundamenta en diferenciar el municipio, entendido como unidad territorial, del que también es el municipio entendido como órgano de gestión para la prestación de servicios (el equivalente al *ayuntamiento* y a las funciones que tiene encomendadas). La fusión selectiva supondría, en definitiva, fusionar los municipios como unidades de organización y gestión, pero sin que esto signifique su desaparición formal como ente territorial identificativo e identitario. Esta solución implicaría introducir reformas legislativas referentes al régimen local y electoral, de modo que posibilitasen un nuevo marco político-administrativo.

De manera directa, se garantizaría la continuidad de los servicios existentes, algunos de los cuales se prestan en la actualidad de un modo precario y dependiente de transferencias externas. Sería posible ampliar el nivel de cobertura de servicios al conjunto de la población

y aumentar su número al alcanzarse economías de escala. Al mismo tiempo, se contaría con una mayor capacidad para asumir nuevas competencias, en el escenario de un desarrollo futuro del Pacto Local. Y, por supuesto, este proceso debe conllevar una garantía de representatividad democrática de los órganos de gobierno a través de un proceso electoral específico, en una situación que no tiene lugar en las fórmulas de cooperación tradicionales. Además, en el organigrama resultante de la fusión selectiva se produciría una mayor especialización y competencia de la acción administrativa que repercutiría en una mejor gestión de los asuntos públicos.

Además de los efectos directos, es posible identificar una serie de indirectos de muy difícil cuantificación, como el hecho de que una mayor dotación de servicios y un mejor nivel infraestructural favorecen la competitividad del territorio, trayendo consigo una mejora en la calidad de vida y una serie de efectos positivos sobre las actividades productivas. También el ente resultante, al incrementar su entidad, conseguiría una mayor capacidad de negociación con proveedores, lo cual repercute directamente en un ahorro en aspectos de difícil medición. Al mismo tiempo, se favorece la especialización profesional del personal de la Administración local, posibilitándose una redistribución de éste y una mayor especialización en el desempeño de las tareas que, en lógica, aportan un mayor rendimiento. La especialización permite tanto una mejoría en la gestión interna de la organización como reducir costes en la contratación de asesorías externas especializadas en ámbitos como el jurídico-judicial, el urbanístico o, entre otros, la propia gestión de servicios.

Con la fusión selectiva se mantendría el hecho identitario de cada municipio y se profundizaría en las fórmulas tradicionales de cooperación en el ámbito de la gestión de las prestaciones públicas, otorgándosele legitimación democrática a través de la celebración de procesos electorales específicos. En el actual contexto político y social, esta línea de acción, que en el fondo implica un profundo replanteamiento de las fórmulas de cooperación y una reordenación jurídica de los marcos legales vinculados con el mundo local, se sitúa, en nuestra opinión, como el camino más factible a medio plazo para la reestructuración del territorio y del gobierno local.

En resumen, la estructura organizativa resultante que se presenta permitiría contar con una Administración más eficiente y eficaz, establecer un nuevo modelo sostenible y con capacidad para asumir retos fundamentales, fomentar una mayor calidad de vida y también un mayor desarrollo integral del territorio. Además, permitiría disminuir costes *per capita* en las prestaciones públicas, reducir el déficit democrático de las diversas fórmulas de cooperación territorial y, entre otros aspectos de interés, incrementar el protagonismo político y la capacidad de concertación con otros niveles administrativos. Si no es así, el riesgo que se abre es muy fuerte entre municipios de dos velocidades. Los que por su tamaño y entidad están capacitados para asumir nuevas competencias y conseguir los suficientes recursos, y los que se verán abocados a un círculo vicioso de crisis y dependencia cada vez más fuerte. Por lógica, todo lo enunciado hasta el momento no puede ser llevado a cabo de un modo descoordinado con el resto de niveles político-administrativos, muy especialmente en nuestro caso, con las diputaciones provinciales y el Gobierno autonómico.

## 4. CONCLUSIÓN

Parece obvio que es necesario intervenir en el replanteamiento del mundo local ante la evidencia de un desajuste organizativo, económico y territorial. Tal situación, que se observa desde hace ya algún tiempo, se hace palpable en la actualidad por la confluencia de los desajustes estructurales de la planta municipal, los desequilibrios geográficos y la coyuntura de profundísima crisis presupuestaria y de financiación de los ayuntamientos y del conjunto de las administraciones públicas, aspectos que, en su conjunto, hacen evidente la necesidad de adoptar medidas tendentes a garantizar en el futuro la sostenibilidad del sistema.

El debate es cada vez más fuerte. Se habla de la supresión de las diputaciones, de crear nuevos entes intermedios. La fusión de municipios es una respuesta pensada incluso en los ámbitos empresariales y sociales, y, de modo constante, se habla de potenciar las fórmulas de cooperación territorial con el fin de reducir las disfunciones de un sistema arcaico y difícil de sostener. Pero es preciso poner sobre la mesa que los municipios son una de las piezas fundamentales de nuestra convivencia y de nuestro modelo de relación colectiva. Y aunque desde muchos foros se intenta demonizarlos, no son para nada causantes de uno de los problemas más fuertes de las finanzas públicas, el endeudamiento, siendo sólo responsables de poco más de un 6% del total del Estado, cuando su participación en la gestión de los fondos públicos no supera el 13%.

Es también evidente que la reestructuración de la administración territorial se debe plantear de una forma transversal, integrando en ella al conjunto de los niveles administrativos, municipal, provincial y autonómico. Si se proponen medidas exclusivas únicamente sobre uno de ellos, se corre el riesgo de generar efectos perversos no deseados que derivarían en nuevas problemáticas que habría que corregir y no se alcanzarían los efectos deseados.

Por estos motivos, urge acometer reformas consensuadas que surjan de un gran pacto de Estado entre las fuerzas políticas, orientado a superar las lógicas reticencias de las elites sociopolíticas locales. Las fórmulas de cooperación parecen una débil solución que no garantiza la solidez del modelo, y tampoco la fusión integral parece una solución a medio plazo. Por tales motivos, se propone una vía, que se podría considerar intermedia, que, partiendo de la profundización en la cooperación supramunicipal, y sustentada en reformas legales de calado, fuese capaz de mantener la identidad local, trasladando la gestión de los servicios comunitarios a nuevos entes con capacidad efectiva de desempeñar sus funciones con eficacia y eficiencia, lo que estamos llamando fusión selectiva, centrada en el carácter de ente prestador de servicios a las personas y respetando y manteniendo, al mismo tiempo, la base identitaria local.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2009): *Monogràfic sobre organització territorial*. Barcelona Treballs de la Societat Catalana de Geografia, n.º 67-68.
- BURGUEÑO, Jesús (2002): "Geografía y Administración". *Proyectar los territorios en el siglo XXI*. Boletín de la AGE, n.º 32. Madrid, p. 191-207.
- DAFFON, Bernard (2003): *Analyse socio-économique de tente-deux fusions de communes dans le canton de Fribourg*. Universidad de Friburgo.
- FONT, Jaume e MAJORAL, Rossé (2005): "Pequeño municipio y Desarrollo Local. Bases para la defensa del pequeño municipio en Cataluña". En *El Desarrollo Local en su complejidad*. Universidad de Santiago de Compostela.
- LAGO, Santiago; VAQUERO, Alberto (coordinadores) (2008): *Presente e futuro do municipalismo galego*. Santiago de Compostela. EGAP.
- PERRITAZ, Steve (2003): *Intercommunalites, agglomeration et fusion de comunes: l'optimal et le posible dans les zones urbaines suisses*. Universidad de Friburgo.
- RODRÍGUEZ, Román (2005): *Territorio y gobierno local en España. Un planteamiento de reestructuración por fusión como realidad necesaria*. Madrid. Civitas.
- RODRÍGUEZ, Román (director) (2009): *Reformar la administración territorial. Municipios eficientes y viables*. Oleiros. Ed. Netbiblo.





# El artículo 81 del tratado de funcionamiento de la UE



Fecha de recepción \_[19.10.2011]

Fecha de aceptación \_[21.12.2011]

**✂ Resumen/Abstract:** *La cooperación judicial en materia civil supone un gran reto para la administración de justicia en la Unión Europea. Sobre esta base, el Tratado de Lisboa ha introducido en el Tratado Fundacional de la Unión Europea el nuevo texto del artículo 81, del que partirá la creación del derecho internacional privado comunitario como mecanismo para alcanzar dicha cooperación, en el marco general del espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ). En este trabajo se expone, en primer lugar, la génesis de dicho espacio; en segundo lugar, las diferencias y semejanzas entre la nueva regulación que ofrece el Tratado de Lisboa en este punto, en comparación con su antecedente inmediato, el Tratado de Ámsterdam; en tercer lugar, se analiza el principio básico llamado a presidir todo el sistema, esto es, el denominado “reconocimiento mutuo”; en cuarto lugar, se abordan las líneas generales de la cooperación judicial en materia civil a través de un instrumento concreto, el Reglamento (CE) 4/2009; y se finaliza con un panorama de las perspectivas de futuro en el sector.*

**✂ Palabras clave:** Unión Europea, Tratado de Lisboa, cooperación en materia civil, reconocimiento mutuo, derecho comunitario.

## 1. INTRODUCCIÓN

1. Después del fracaso que supuso el rechazo a la denominada “Constitución Europea”<sup>1</sup>, el Tratado de Lisboa<sup>2</sup> ha finalmente modificado el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (que pasa a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE), de modo que la Unión sustituye y sucede definitivamente a la Comunidad Europea. El artículo 2 del Tratado de Lisboa incluye en el número 66 de su apartado B –modificaciones específicas– un nuevo texto para el artículo 65 del Tratado Constitutivo, que pasa a ser el artículo 81 del TFUE y queda incluido en el nuevo capítulo 3 –cooperación judicial en materia civil– del título IV, que se denominará “Espacio de libertad, seguridad y justicia” (ELSJ). El objetivo de este trabajo es, precisamente, examinar el nuevo marco de la cooperación judicial en materia civil en el ámbito del ELSJ que ha consagrado definitivamente el Tratado de Lisboa. Para ello, se tratarán en primer lugar los antecedentes que han conducido a la situación actual. En segundo lugar, se comparará la regulación que ofrece el Tratado de Lisboa con su precedente más inmediato, el artículo 65 del Tratado de Ámsterdam. En tercer lugar, se abordará la lógica del reconocimiento mutuo como principio que preside el sistema. En cuarto lugar, se muestra un ejemplo del funcionamiento de los postulados de la cooperación judicial en materia civil en el ELSJ a través de un ejemplo concreto, el Reglamento 4/2009 sobre obligaciones de alimentos. Y, finalmente, se concluye con un avance de las próximas iniciativas en este ámbito, en el marco de la UE.

## 2. GENEALOGÍA

2. Comenzando por los antecedentes, cabe indicar que el primer gran paso tomado hacia la consecución del actual ELSJ se produjo en 1967, con la celebración del Consejo de Nápoles y el subsiguiente convenio sobre cooperación aduanera: el Convenio de los Estados Miembros de la (entonces) Comunidad Económica Europea (CEE) para la asistencia mutua entre las respectivas administraciones aduaneras (o Convenio de Nápoles, de 1967). Este convenio establecía procedimientos de ayuda mutua y cooperación entre los Estados miembros, mediante sus administraciones aduaneras, referidos a tres ámbitos: asistencia solicitada, asistencia espontánea y formas especiales de cooperación. Poco después, la Cumbre de La Haya de 1 y 2 de diciembre de 1969 continuaría impulsando la cooperación en materia de política interior de los Estados miembros, determinando el alcance en materia de ayuda y acción policial, condiciones de la extradición, trato de refugiados y concesión de asilo. Otro importante hito en este ámbito fue la creación del denominado “Grupo Trevi”, en 1976, como paso siguiente a las reuniones celebradas por los ministros de justicia e interior de los Estados miembros de la CEE, en la primera etapa de evolución de la Cooperación Política Europea (1976-1986). Sus competencias se ampliaron en 1985 a la inmigración ilegal y a la delincuencia organizada. Dos años antes, en concreto, el 19 de junio de 1983, se había presentado la Declaración de Stuttgart, que tenía como base el plan elaborado por el entonces ministro de Asuntos Exteriores alemán, D. Genscher, y su homólogo italiano, E. Colombo. Con esta declaración, los jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron a reexaminar los progresos realizados en el ámbito de las relaciones interinstitucionales, la competencia comunitaria y la cooperación política, y a decidir si procedía incorporarlos a un Tratado de la Unión Europea. Además, con ocasión de la celebración de la Cumbre de Milán

en 1985, la Comisión propuso un plazo de siete años para eliminar prácticamente todas las barreras comerciales que aún existían entre los Estados miembros.

3. Poco tiempo después, entró en vigor el Acta Única Europea (firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros, y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia) con objeto de promover la primera modificación de gran alcance del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE). El Acta Única Europea revisó los Tratados de Roma para reactivar la integración europea y procurar la realización del mercado interior, y, en su artículo 8A<sup>3</sup>, contempló la creación de un mercado único basado en las cuatro libertades fundamentales. El Consejo Europeo aprobó el propósito de alcanzar dicho Mercado Único Europeo el 1 de enero de 1993, aceleró las reformas en la CE, e incrementó la cooperación y la integración entre los Estados miembros. Finalmente, todo ello culminó con la formación de la Unión Europea (UE). Con objeto de conseguir dicho fin, el Tratado de la Unión Europea (TUE) se firmó en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, entrando en vigor el 1 de noviembre de 1993, siendo ello resultado de elementos externos e internos: a nivel externo, el hundimiento del comunismo en los países de Europa del Este y la perspectiva de la reunificación alemana dieron lugar al compromiso de reforzar la posición internacional de la Comunidad; a nivel interno, los Estados miembros querían prolongar los progresos realizados por el Acta Única Europea a través de otras reformas. El Tratado de Maastricht constituyó un punto de inflexión clave en el proceso de creación de la UE, al establecer, entre otras, normas para su futura moneda única y su política exterior y de seguridad común, así como para el refuerzo de la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior. En concreto, el TUE organizó la colaboración de todos los Estados miembros en materia de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) sobre una base nueva, añadiendo el denominado “tercer pilar”<sup>4</sup> a la construcción comunitaria, también conocido como el “Título VI” TUE (arts. 29 a 42)<sup>5</sup>. No obstante, el sistema diseñado en Maastricht pronto comenzó a plantear problemas respecto de la cooperación en materia civil, los cuales pueden sintetizarse, siguiendo a J. C. Fernández Rozas<sup>6</sup>, del modo siguiente: en primer lugar, los confines entre las disposiciones del TCE y las del TUE no estaban convenientemente delimitados. En segundo lugar, tampoco favoreció el proceso el cauce normativo elegido, basado sobre tres instrumentos jurídicos: la posición común, la acción común y el convenio. Finalmente, desde la perspectiva institucional, el tercer pilar, tal como fue concebido por el Tratado de Maastricht, otorgó a las instituciones comunitarias un papel limitado, sin posibilidad real de efectuar un control sobre las decisiones de los Estados miembros.

4. En estas circunstancias, el 2 de octubre de 1997 se llegó a la firma del Tratado de Ámsterdam, en vigor desde el 1 de mayo de 1999, del cual se ha dicho que supuso el cambio más importante para el derecho internacional privado en el siglo XX<sup>7</sup>. Sin ánimo de ir tan lejos, ciertamente, el Tratado de Ámsterdam permitió integrar los acuerdos de Schengen en el marco del acervo de la UE, bien en el título IV TCE o en el título VI TUE. Así, todas las iniciativas en el ámbito JAI quedaron incluidas en la UE para propiciar la aparición de políticas coherentes a escala europea<sup>8</sup>. Además, el tratado abrió la posibilidad de crear una cooperación reforzada en el marco de la UE para los Estados miembros que quisieran avanzar en la colaboración, lo que suponía una construcción comunitaria a distintos niveles<sup>9</sup>, lo cual permitió a los Estados miembros interesados profundizar en su cooperación, pero facilitando también participar a los demás Estados miembros<sup>10</sup>. Para impulsar esta cooperación y establecer orientaciones concretas, el 15 y el 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo

celebró una sesión especial en Tampere, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (ELSJ)), lanzando un mensaje político para confirmar la importancia de este objetivo y acordando una serie de orientaciones y prioridades para convertirlo en realidad<sup>11</sup>. Entre sus proyectos concretos, y sobre la base de propuestas de la Comisión, invitó al Consejo a establecer normas comunes de procedimiento especiales para simplificar y acelerar la solución de los litigios transfronterizos relativos, entre otros aspectos, a las demandas de pensión alimenticia. A tal fin, se entendió que el principio de reconocimiento mutuo debía ser la piedra angular de la cooperación en materia civil y penal de la Unión. La aplicación de este principio entre los Estados miembros era hasta entonces limitada, esencialmente por dos motivos: primero por la falta de instrumentos en muchos ámbitos del derecho privado; segundo, porque en los textos existentes persisten todavía obstáculos a la libre circulación de resoluciones judiciales, como los procedimientos intermedios exigidos para permitir el reconocimiento y la ejecución en el Estado requerido de una resolución dictada en otro Estado miembro. Así, los días 28 y 29 de julio de 2000 se organizó en Marsella un debate al respecto, durante la sesión informal de ministros de Justicia y Asuntos de Interior, que desembocó en la aprobación, por el Consejo, de un proyecto de medidas para la aplicación del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>12</sup>.

### **3. TRATADO DE ÁMSTERDAM VS. TRATADO DE LISBOA: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS**

5. El Tratado de Lisboa supuso una continuación del ELSJ iniciado por el Tratado de Ámsterdam, como ya han indicado algunos comentaristas de nuestro país<sup>13</sup>, aunque con ciertos matices que se expondrán a continuación. En este sentido, hay que referirse primero al artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la UE (que ha sustituido al artículo 65 TCE tal y como fue introducido por el Tratado de Ámsterdam), que tiene la siguiente redacción: "1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. 2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; e) una tutela judicial efectiva; f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al derecho de familia con repercusión transfronteriza serán establecidas por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. El Consejo, a propuesta de la Comisión,

podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión”.

6. Si se compara esta regulación con la anterior, contenida en el artículo 65 TCE, surgen evidentes semejanzas, pero también matices que conviene tener en cuenta. Así, en primer lugar, como ha puesto de manifiesto P. de Miguel Asensio<sup>14</sup>, el artículo 65 TCE hacía referencia a que podían adoptarse medidas en tanto sea necesario *para el correcto funcionamiento del mercado interior*. Esta restricción había generado críticas, pues parecía limitar injustificadamente el ámbito de aplicación del precepto y, por tanto, las posibilidades de legislar en la materia. En cambio, el artículo 81 TFCE resulta más flexible, al introducir la expresión *“en particular cuando resulten necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior”*. En segundo lugar, con excepción del derecho de familia, el resto de las medidas que se puedan tomar en este ámbito se sustanciarán según el procedimiento legislativo ordinario, tal y como indica el artículo 81 2º, que se recoge en el artículo 294 TFCE. En cambio, considerando las peculiaridades del derecho de familia, especialmente dependiente de la tradición cultural propia de cada Estado, se prevé un procedimiento específico en el artículo 81 3º. En tercer lugar, destaca también la mención en el apartado h) al apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia. Como se ha destacado<sup>15</sup>, la disposición es novedosa en cuanto a su formulación (inspirada en el apartado 2h del artículo III-269 del proyecto de Constitución Europea) pero no en lo que se refiere a la preocupación que la inspira, en la medida en que la norma sirve al objetivo de fortalecer la confianza mutua entre los Estados miembros y el sentimiento de compartir una cultura común, clave para el buen funcionamiento de reconocimiento mutuo<sup>16</sup>. Finalmente, también supone una diferencia remarcable la mención en el apartado g) al desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios, asimismo contemplada, al igual que la anteriormente citada, en el proyecto de Constitución Europea (art. III-269.2 g) y procedente del ya citado Consejo de Tampere. Directamente relacionado con ello, se encuentra la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>17</sup>.

7. Pero tal vez el aspecto más destacable que diferencia a la regulación actual de la precedente es la desaparición del antiguo artículo 68 TCE, que limitaba la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales en el área a que se refería (visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas); de modo que sólo podían interponerse si se trataba de asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno y sólo si dicho órgano estimaba necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. En cambio, después del Tratado de Lisboa, únicamente cabe acudir al artículo 267 TFUE, por lo que se incrementan exponencialmente las posibilidades de obtener resoluciones del Tribunal de Justicia. A este respecto, cabe mencionar aquí la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2007, por la que se modifica el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia al objeto de que el Reglamento de Procedimiento pueda establecer un procedimiento acelerado y, para las remisiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, un

procedimiento de urgencia. El Tribunal de Justicia adoptó el 15 de enero de 2008 las modificaciones oportunas de su Reglamento de Procedimiento para la instauración de tal procedimiento de urgencia, que simplificaba las fases del procedimiento prejudicial para permitir tramitar con rapidez el mayor número de peticiones de decisión prejudicial. Este procedimiento se rige por los artículos 23 *bis* del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia y 104 *ter* de su Reglamento de Procedimiento<sup>18</sup>. La decisión de aplicar el procedimiento de urgencia corresponde al Tribunal de Justicia, sobre la base de una petición motivada del órgano jurisdiccional remitente; aunque, excepcionalmente, el Tribunal de Justicia puede decidir de oficio tramitar una petición de decisión prejudicial mediante el procedimiento de urgencia. Éste simplifica las diferentes fases del procedimiento ante el Tribunal de Justicia, y sólo debe solicitarse en circunstancias en las que sea absolutamente necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la remisión prejudicial en el menor plazo posible.

#### 4. LA LÓGICA DEL RECONOCIMIENTO MUTUO

8. Aunque, en principio, cada legislador individual es soberano para decidir cómo orienta su propio sistema de derecho internacional privado, no debe olvidar el marco internacional en el que está inmerso<sup>19</sup>. Dicho marco se podrá ver alterado además cuando nos encontramos en presencia de un proceso de integración regional, como es el caso de la UE. En este entorno, la cooperación judicial en materia civil se articula sobre la dialéctica entre dos principios opuestos; a saber, el principio del país de origen y el principio del país de recepción<sup>20</sup>. El primero supone, con carácter general, que los bienes y servicios se introducen en el mercado de acuerdo con el Derecho del país de origen, lo que es reconocido por los demás Estados. Ello implica, por tanto, un sistema con el “reconocimiento mutuo” como regla de base. Es la autonomía de la voluntad de las partes la que permite identificar el origen del producto. Si se considera el intercambio de productos y servicios en su sentido más amplio, puede apreciarse un auténtico “mercado de productos y servicios jurídicos”, en el que los Estados “ofrecen” sus sistemas jurídicos (desde el punto de vista material y procesal) sobre la base del principio del país de origen. Éste será, en el caso de la ley aplicable, el Estado cuyo derecho haya sido elegido por las partes; en el caso de los servicios jurisdiccionales, para la tutela por declaración, será el Estado cuyos tribunales han sido escogidos para el proceso declarativo; en la tutela por reconocimiento, la sentencia judicial despliega los efectos que le son propios según el derecho procesal del Estado en que se dictó. En defecto de elección expresa, el sistema de derecho internacional privado deberá tender a reconstruir la voluntad hipotética de las partes<sup>21</sup>.

9. Así como el parámetro de la eficiencia de los mercados financieros es su liquidez, en este “mercado de productos jurídicos” la eficiencia se mide por su fungibilidad (de normas y de jurisdicciones). Las reglas de derecho internacional privado son, entonces, las que deben garantizar tal funcionamiento eficiente, presentándose como el mecanismo de protección institucional del mercado de productos jurídicos<sup>22</sup>; debiendo ser uniformes, para confirmar así que todos los participantes siguen las mismas reglas de juego. El sistema descansa por tanto sobre dos normas fundamentales: la primera es que la base del mismo reside en el principio del país de origen, entendiendo como tal el “reconocimiento mutuo”; según el cual, como se indicó, los productos o los servicios –en este caso, productos normativos y servicios jurisdiccionales– se introducen en el “mercado” conforme a sus países de origen, lo que es

aceptado por los demás Estados. La segunda regla básica es la autonomía de la voluntad, de modo que las partes eligen el país de origen del producto normativo o del servicio jurisdiccional que desean. Ahora bien, la mera concurrencia de tales reglas no impide que pueden aparecer fallos de mercado, los cuales se deberán a tres motivos esencialmente: fallos en la información (que provocan la toma de decisiones no racionales), asimetría en las posiciones de las partes, y/o salvaguarda de los intereses de terceros. De ahí que, como solución para las correcciones de posibles fallos en el funcionamiento de este mercado de productos jurídicos, debe actuar el sistema de derecho internacional privado (garante de su eficiencia), normalmente invirtiendo la regla del país de origen por su opuesta, el país de recepción (lo que presupone limitar la autonomía de la voluntad); fórmula sobre cuyos efectos, problemas y limitaciones se ejemplificará en los capítulos siguientes –sin olvidar que, en todo caso, cuando el sistema de derecho internacional privado no es apto para resolver los fallos, la alternativa pasaría por incrementar el nivel de armonización mínima del derecho privado material<sup>23</sup>.

## 5. UN EJEMPLO DE COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL DENTRO DEL ELSJ

10. Para apreciar mejor cómo funciona el mecanismo de la cooperación, se ha elegido un ejemplo concreto, el Reglamento 4/2009 sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, de 18 de diciembre de 2008<sup>24</sup>. Conviene recordar aquí que lo primero que dispone el mencionado artículo 81 TFUE es que la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza. En este sentido, el Reglamento 4/2009 prevé un régimen de cooperación entre las autoridades centrales, partiendo de un principio de descentralización avanzada. Así, aunque el artículo 49 dispone en su párrafo primero que “cada Estado miembro designará una autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que este reglamento impone”, a renglón seguido, su párrafo segundo abre la posibilidad de que los Estados miembros federales, los Estados miembros en que existan varios ordenamientos jurídicos y los Estados que tengan unidades territoriales autónomas podrán “designar más de una autoridad central y especificarán el ámbito territorial o personal de sus atribuciones”<sup>25</sup>. En cuanto a las funciones de estas autoridades, éstas deberán, con carácter general, cooperar entre sí, en particular mediante el intercambio de información, y promover la cooperación entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados miembros, para alcanzar los objetivos del reglamento; y tratar de resolver, en la medida de lo posible, las dificultades que puedan surgir en la aplicación del mismo (artículo 50 1º). El artículo 51 detalla sus funciones específicas, entre las cuales se encuentran referencias a otros aspectos del artículo 87 2º TFUE, como los medios alternativos de resolución de conflictos o la notificación. Estas funciones podrán ser desempeñadas, en la medida en que lo permita la ley del Estado miembro de que se trate, por organismos públicos u otras entidades sometidos al control de las autoridades competentes de ese Estado miembro. Además de lo indicado por el artículo 81 TFUE, su artículo 67 (“disposiciones generales”, con el que comienza el título V sobre ELSJ) en su párrafo cuarto, establece los dos principios básicos de los que partirá la cooperación judicial en materia civil: “la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”.

11. Así, por lo que se refiere a la tutela judicial efectiva, ésta aparece de nuevo explícitamente en el apartado e) del párrafo segundo del artículo 81 TFUE, reforzando lo expuesto en el citado artículo 67 4º, que indica simplemente que se “facilitará” dicha tutela; en cambio, en el artículo 81 2º se utiliza la expresión “garantizará”. Obviamente, es un principio general que preside toda la construcción del sistema de cooperación en materia civil. Por tanto, en primer lugar, se encuentra presente de forma implícita a lo largo de todo el Reglamento 4/2009. Así sucede cuando se indica que éste se aplica tanto a las resoluciones judiciales como a las resoluciones dictadas por las autoridades administrativas, siempre que estas autoridades ofrezcan garantías, en particular en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas. Además, en todo caso, deben poder ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial y tener fuerza y efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia (tal y como lo indica el artículo 2 2º). Esto se dispone a fin de tener en cuenta las diferentes formas de resolver las cuestiones relacionadas con las obligaciones de alimentos en los Estados miembros<sup>26</sup>. Dichas autoridades administrativas deberán, en consecuencia, aplicar todas las normas del reglamento, que garantiza el reconocimiento y la ejecución también de las transacciones judiciales y de los documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin que ello afecte al derecho de cualquiera de las partes en una determinada transacción o acto a impugnar tales instrumentos ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. Por otra parte, también se encuentra la garantía de la tutela judicial detrás del detallado régimen del beneficio de justicia gratuita que dispone el reglamento. Según se desprende de la lectura del artículo 44, dicho régimen varía según se trate o no de supuestos contemplados en el capítulo VII (cooperación administrativa entre autoridades centrales). El reglamento distingue también según se trate de alimentos para personas menores de 21 años que deriven de una relación paterno-filial, en cuyo caso, el Estado miembro requerido proporcionará asistencia jurídica gratuita para todas las demandas que sean presentadas por un acreedor en virtud del artículo 56<sup>27</sup>. La justicia gratuita podrá concederse de conformidad con el derecho nacional en los casos no contemplados en el artículo 46, según indica el artículo 47, a reserva de los artículos 44 y 45. Finalmente, otro ejemplo de cómo se introducen garantías específicas de tutela judicial efectiva lo encontramos en el artículo 7 del reglamento, donde se prevé un *forum necessitatis* que permite a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conocer, en casos excepcionales, de un litigio que guarde un estrecho vínculo con un Estado tercero.

12. En cuanto al segundo principio general arriba indicado, el reconocimiento mutuo, éste aparece no sólo en el artículo 67.4º TFUE, sino también repetido en el apartado a) del artículo 81.2º TFUE. En este sentido, tal como se indicó más arriba, tanto el “Programa de reconocimiento mutuo” como el denominado “Programa de la Haya” preveían expresamente, por lo que se refiere a las decisiones sobre obligaciones alimentarias, la supresión del exequátur, es decir, del procedimiento que debe iniciarse ante el tribunal de un Estado para hacer reconocer y declarar ejecutorias en su territorio resoluciones dictadas por un tribunal de otro Estado. Así, el Reglamento 4/2009 distingue, en su capítulo IV, a efectos del reconocimiento, entre resoluciones dictadas por un Estado miembro del Protocolo de la Haya (sección primera) y aquéllas dictadas por un Estado no miembro (sección segunda). Opera así por entender que las garantías que aporta la aplicación de normas uniformes de conflicto de leyes<sup>28</sup> justifican que las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 sean

reconocidas y gocen de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno<sup>29</sup> y sin que en el Estado miembro de ejecución se controle en forma alguna el fondo de la resolución<sup>30</sup>. Ambos casos tienen en común las disposiciones de la sección 3ª: fuerza ejecutiva provisional (artículo 39), procedimiento para invocar una resolución reconocida (artículo 40), sujeción del procedimiento y condiciones de ejecución al derecho del Estado miembro requerido (artículo 41), prohibición de revisar el fondo (artículo 42) y que el cobro de los costes no tendrá prioridad sobre el cobro de alimentos (artículo 43). Además, toda resolución ejecutiva (artículo 18) o sobre la que se otorgue ejecución (artículo 36) implicará por ministerio de la ley la autorización para adoptar medidas cautelares<sup>31</sup>.

13. El primer grupo de supuestos aludidos (sección primera del capítulo IV) es el que consagra el principio de reconocimiento mutuo de forma absoluta. Pero, aun considerando el principio básico de supresión del exequátur, para garantizar el respeto de las exigencias del juicio justo se prevé el derecho del demandado –que no haya comparecido ante el órgano jurisdiccional de origen de un Estado miembro de origen vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007– a pedir que se reexamine la resolución dictada contra él, en la fase de ejecución de ésta (artículo 19)<sup>32</sup>. Este derecho de reexamen debe entenderse como un recurso extraordinario. Para acelerar la ejecución de resoluciones de un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 en otro Estado miembro, se limitan los motivos de denegación o suspensión de la ejecución que podría alegar el deudor debido al carácter transfronterizo de los créditos alimenticios, pero la limitación no afecta a los motivos de denegación o suspensión previstos por el derecho nacional que no sean incompatibles con los que se indican en el presente reglamento, como la liquidación de una deuda por el deudor en el momento de la ejecución o el carácter inembargable de determinados bienes. Por ello, se dispone que, a instancia del deudor, la autoridad competente del Estado miembro de ejecución denegará la ejecución total o parcial de la resolución del órgano jurisdiccional de origen cuando el derecho a obtener la ejecución de dicha resolución haya prescrito ya sea en virtud del derecho del Estado miembro de origen o en virtud del derecho del Estado miembro de ejecución, si este estableciera un plazo de prescripción más largo (artículo 21 2º). Además, la autoridad competente del Estado miembro de ejecución podrá, a instancia del deudor, denegar la ejecución total o parcial de la resolución dictada por el órgano jurisdiccional de origen, si esta fuera incompatible con una resolución dictada en el Estado miembro de ejecución o con una resolución dictada en otro Estado miembro o en otro Estado que reúna las condiciones necesarias para ser reconocida en el Estado miembro de ejecución<sup>33</sup>. A instancia del deudor, la autoridad competente del Estado miembro de ejecución podrá suspender total o parcialmente la ejecución de la resolución del órgano jurisdiccional de origen en caso de que se haya interpuesto ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen una solicitud de reexamen de la resolución del órgano jurisdiccional de origen de conformidad con el artículo 19.

14. Ahora bien, el régimen de reconocimiento mutuo exige armonizar previamente las normas de competencia judicial y de ley aplicable de los Estados miembros. En este sentido, con el fin de preservar los intereses de los acreedores de alimentos y de favorecer una buena administración de justicia en la Unión Europea, se decidió en primer lugar adaptar en el Reglamento de los alimentos las reglas relativas a la competencia tal y como dimanaban del Reglamento (CE) n.º 44/2001. El hecho de que el demandado tenga su residencia habitual en un Estado tercero deja de ser causa de inaplicación de las reglas comunitarias de

competencia, y se excluye toda remisión a las reglas de competencia del derecho nacional. Así, se diseña en el artículo tercero el conjunto de casos en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede ejercer una competencia subsidiaria. La primera parte de la norma integra el supuesto general del domicilio del demandado contenido en el artículo 2 del Reglamento 44/2001, aunque sustituyéndolo por la residencia habitual; y, de forma parecida, actúa el párrafo segundo, que elimina también el domicilio del acreedor de alimentos como criterio, dejando únicamente la residencia habitual<sup>34</sup>. La segunda parte de la norma recoge el criterio de atribución que también existe en el Reglamento 44/2001, basado en la conexidad procesal, aunque a diferencia de éste, el Reglamento sobre alimentos distingue entre demandas relativas al estado de las personas y acción relativa a la responsabilidad, en armonía con el Reglamento 2201/2003.

15. Además, con el objeto de aumentar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la autonomía de las partes, el reglamento les permite elegir de común acuerdo el órgano jurisdiccional competente en función de factores de vinculación determinados (artículo 4). También el artículo 5 incluye la competencia basada en la sumisión tácita del demandado, en consonancia con el Reglamento 44/2001, regla que debe ser interpretada en idéntico sentido que su gemela en dicho reglamento, el artículo 24. Por otra parte, el artículo 6 del reglamento prevé que subsidiariamente serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de nacionalidad común de las partes cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente según la regla general del artículo 3 o la sumisión expresa o tácita de las partes permitida en los artículos 4 y 5, y ningún órgano jurisdiccional de un Estado parte en el Convenio de Lugano que no sea un Estado miembro sea competente con arreglo a lo dispuesto en dicho convenio. Una norma de competencia adicional dispone además que, salvo que se den condiciones particulares, el deudor sólo puede iniciar un procedimiento para que se modifique una resolución alimenticia existente o para obtener una nueva resolución en el Estado en el que el acreedor tenía su residencia habitual cuando se dictó la resolución y en el que siga residiendo habitualmente<sup>35</sup>. Finalmente, la armonización alcanza no sólo a las normas de competencia judicial internacional, sino también a las de ley aplicable –o “conflictos de leyes”, como se indica en el artículo 81.2º c) del TFUE–. Así, según el artículo 15 del Reglamento 4/2009, la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en lo sucesivo, «el Protocolo de La Haya de 2007») en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento.

16. El artículo 81.2º d) se refiere a la cooperación en materia de pruebas. Indirectamente relacionado con este ámbito, hay que indicar que, con el fin de poder prestar plena asistencia a los acreedores y deudores de alimentos y de facilitar, por los mejores medios, el cobro transfronterizo de alimentos, el Reglamento 4/2009 prevé que las autoridades centrales puedan obtener ciertos datos de carácter personal. La presencia de estas disposiciones, que tienen repercusión en la protección de datos personales, provocó un dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD)<sup>36</sup>. En su dictamen, el SEPD defiende el respeto del derecho fundamental a la protección de los datos personales, asegurando al mismo tiempo la eficacia de los mecanismos propuestos destinados a facilitar la satisfacción de las reclamaciones de alimentos transfronterizas. Por consiguiente, el Reglamento 4/2009 regula con especial detalle los aspectos relacionados con el acceso de datos de carácter personal, que, en todo caso, deberán respetar las exigencias de la Directiva 95/46/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, tal como la hayan incorporado los Estados miembros a su ordenamiento jurídico interno. Así, como regla, se obliga a los Estados miembros a velar por que sus autoridades centrales tengan acceso a dichos datos ante las autoridades públicas o administraciones que dispongan de la información de que se trate en el marco de sus actividades habituales, confiando a cada Estado miembro la tarea de determinar las modalidades de dicho acceso. Según el artículo 61, los Estados miembros podrán designar a las autoridades públicas o administraciones que estén obligadas a facilitar la información a las autoridades centrales con arreglo al reglamento, incluidas, llegado el caso, las autoridades públicas o las administraciones ya designadas en el marco de otros regímenes de acceso a la información y cuando un Estado miembro designe a autoridades públicas o administraciones, velará por que su autoridad central esté en condiciones de acceder a la información requerida con arreglo al reglamento que posean aquéllas. Las autoridades centrales transmitirán dentro del Estado miembro, según el caso, dicha información a los órganos jurisdiccionales competentes, a las autoridades competentes encargadas del traslado y notificación de los documentos y a las autoridades competentes encargadas de la ejecución de la resolución, que sólo podrán utilizarla para facilitar el cobro de créditos alimenticios<sup>37</sup>. La autoridad que trate la información no la conservará más tiempo del necesario para alcanzar los fines con que fue remitida y deberá garantizar su confidencialidad, de conformidad con su derecho interno<sup>38</sup>. Además, según el artículo 63, la notificación a la persona cuyos datos se precisan se efectuará según el derecho del Estado miembro requerido, aunque si pudiera comprometer el cobro de los alimentos, podrá aplazarse por un máximo de 90 días a partir de la fecha en que se haya proporcionado la información a la autoridad central requerida.

17. Finalmente el artículo 81.2º TFUE en su apartado f) se refiere a la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles. Por lo que se refiere al procedimiento a seguir en el marco del Reglamento 4/2009, la solicitud se remitirá a la autoridad central del Estado miembro requerido a través de la autoridad central del Estado miembro en que resida el solicitante, tras comprobar que la solicitud cumple los requisitos del reglamento, indicados en el artículo 55. En el artículo 56, se distinguen las solicitudes disponibles según se trate del acreedor que pretenda el cobro de alimentos o el deudor contra quien exista una resolución en materia de alimentos. Estas solicitudes se tramitarán con arreglo al derecho del Estado miembro requerido y estarán sometidas a las normas de competencia aplicables en él, según se indica en el párrafo cuarto del artículo 56. La solicitud deberá ir acompañada de toda la información o documentación de apoyo necesaria, incluida, en su caso, la documentación que demuestre el derecho del solicitante a recibir asistencia jurídica gratuita<sup>39</sup> y tendrá como mínimo el contenido que se detalla en el párrafo segundo del artículo 57. La autoridad central requerida acusará recibo de la solicitud en un plazo de 30 días a partir de la fecha de recepción, utilizando para ello el formulario cuyo modelo figura en el anexo VIII, informará a la autoridad central del Estado miembro requirente de las gestiones iniciales que se hayan efectuado o se vayan a efectuar para la tramitación de la solicitud y podrá solicitar cualesquiera otros documentos o información que estime necesarios. Dentro del mismo plazo de 30 días, la autoridad central requerida deberá comunicar a la autoridad central requirente el nombre y los datos de contacto de la persona o servicio encargado de responder a las consultas sobre la tramitación de la solicitud. Dentro

de los 60 días siguientes al acuse de recibo, la autoridad central requerida informará a la autoridad central requirente del estado de tramitación de la solicitud<sup>40</sup>. Los asuntos serán tramitados con la mayor rapidez posible por la autoridad central, utilizando los medios de comunicación más rápidos y eficaces disponibles, pudiendo negarse a tramitar una solicitud únicamente cuando sea manifiesto que no se cumplen los requisitos exigidos por el reglamento<sup>41</sup>. Es, por otra parte, un principio básico del reglamento la falta de exigencias de legalización o formalidades similares (artículo 65).

## 6. PERSPECTIVAS DE FUTURO: EL PROGRAMA DE ESTOCOLMO

18. El Consejo Europeo insiste en la prioridad que concede al desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia como respuesta a una preocupación central de los pueblos de los Estados reunidos en la Unión. Por tanto, llegado el momento de que una nueva agenda permitiese a la Unión y a sus Estados miembros aprovechar los logros obtenidos y enfrentarse a los desafíos futuros, con este fin, el Consejo Europeo adoptó el que se conocerá como Programa de Estocolmo, para el período 2010-2014<sup>42</sup>. El programa define las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia, de conformidad con el nuevo artículo 68 del TFUE, partiendo de una serie de prioridades políticas. En primer lugar, el *fomento de la ciudadanía y los derechos fundamentales*, ya que el espacio de libertad, seguridad y justicia debe ser ante todo un espacio único de protección de los derechos y libertades fundamentales y, dentro de dicho espacio, el respeto de la persona y de la dignidad humana, así como de los demás derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, constituyen un valor esencial. En segundo lugar, *una Europa de la ley y la justicia*, que debe consolidarse para superar la fragmentación actual, con prioridad de los mecanismos destinados a facilitar el acceso a la justicia, de modo que las personas puedan hacer valer sus derechos en toda la Unión. En tercer lugar, *una Europa que protege*, elaborando una estrategia de seguridad interior para mejorar la seguridad en la Unión y proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos de la Unión y hacer frente a la delincuencia organizada, al terrorismo y demás amenazas. En cuarto lugar, el *acceso a Europa en un mundo globalizado*, para los empresarios, turistas, estudiantes, científicos, trabajadores y los demás que tengan interés legítimo en acceder al territorio de la Unión debe hacerse más efectivo y eficaz. A la vez, la Unión y sus Estados miembros tienen que garantizar la seguridad de sus ciudadanos. En quinto lugar, *una Europa de la responsabilidad, la solidaridad y colaboración en los ámbitos de la migración y el asilo*, ya que un objetivo político clave para la Unión es el desarrollo de una política de migración de la Unión previsoras y global, basada en la solidaridad y la responsabilidad, además del establecimiento de un sistema común de asilo en 2012, para lo cual es necesario impedir, controlar y combatir la inmigración ilegal. Y, en sexto lugar, *el papel de Europa en un mundo globalizado*, ya que la importancia de la dimensión exterior de la política de la Unión en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia pone de relieve la necesidad de una mayor integración de estas políticas en las políticas generales de la Unión.

19. Por lo que se refiere a la cooperación en materia civil, que es el centro de este trabajo, se considera que el principio básico a tener en cuenta es el reconocimiento mutuo. De ahí que el Programa de Estocolmo dedique buena parte de sus esfuerzos a las medidas destinadas

a su implementación. Así, por lo que se refiere a los asuntos civiles, el Consejo Europeo considera que el proceso de suprimir todas las medidas intermedias (esto es, el exequátur), debería continuar durante el período cubierto por el programa. Al mismo tiempo, la supresión del exequátur requerirá también que vaya acompañada por una serie de salvaguardias, que pueden ser medidas de derecho procesal así como normas de conflicto de leyes. También entiende el Consejo que el reconocimiento mutuo debería ampliarse a los ámbitos que todavía no están cubiertos, pero son fundamentales en la vida diaria, por ejemplo la sucesión y los testamentos<sup>43</sup>, los regímenes económicos matrimoniales y las consecuencias para la propiedad en los casos de separación, teniendo en cuenta al mismo tiempo los sistemas judiciales de los Estados miembros, incluido el orden público, y las tradiciones nacionales en este ámbito. En este sentido, se estima que el proceso de armonizar normas de conflicto de leyes a escala de la Unión también debería proseguir en ámbitos en los que es necesario<sup>44</sup>, y podría abarcar los ámbitos del derecho de sociedades<sup>45</sup>, los contratos de seguros y los intereses de los valores negociables. Por otra parte, el Consejo Europeo considera que los contactos entre altos funcionarios de los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por Justicia y Asuntos de Interior son de gran utilidad y deberían ser fomentados a través del desarrollo de redes, que deberían en principio reunirse aprovechando las estructuras existentes como Europol, Eurojust y Frontex. Además, el desarrollo del reconocimiento mutuo en materia judicial debe acompañarse de un refuerzo de la evaluación. En este sentido, el Consejo Europeo solicita una participación más activa de Eurojust y de las redes judiciales europeas en el derecho civil para participar en la mejora de la cooperación y de la aplicación efectiva del derecho de la Unión por parte de todos los profesionales. La aplicación de las decisiones ya adoptadas debería ser también una prioridad. Para permitir la aplicación correcta del principio de reconocimiento mutuo, el Consejo Europeo considera entonces que es necesario cierto nivel de aproximación de las legislaciones, para estimular la comprensión mutua de las diversas cuestiones entre magistrados y fiscales, teniendo en cuenta las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos y tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Así, la supresión del exequátur, especialmente cuando se trate de sentencias dictadas en rebeldía, irá acompañada de una serie de salvaguardias como, por ejemplo, el derecho de audiencia, la notificación de documentos, un plazo suficiente para presentar dictámenes, etc.

20. De todo ello, se espera obtener beneficios para los ciudadanos del Espacio Judicial Europeo. En primer lugar, facilitar el acceso a la justicia, actuando para ayudar a los ciudadanos a superar las barreras lingüísticas que obstruyen el acceso a la justicia y facilitando al mismo tiempo los métodos alternativos de resolución de conflictos. En este sentido, se considera que el portal europeo de justicia en red será una manera de mantener al público mejor informado sobre sus derechos y de darle acceso a una serie de datos y de servicios en los distintos sistemas judiciales. Además, de conformidad con las normas de protección de datos, algunos registros nacionales se irán interconectando gradualmente y también podrían integrarse en este portal partes de algunas bases de datos ya existentes (por ejemplo, el Registro Europeo de Empresas y el Servicio Europeo de Información sobre Propiedad Inmobiliaria). A medio plazo, algunos procedimientos transfronterizos europeos y nacionales podrían tratarse en línea (por ejemplo, el requerimiento europeo de pago, el proceso europeo de escasa cuantía y la mediación). También debería promoverse el uso de la firma electrónica en el marco del proyecto de justicia en red. En segundo lugar, el espacio judicial

europeo debería servir para apoyar la actividad económica en el mercado único. Para ello, se pretende impulsar el derecho contractual europeo<sup>46</sup>; impulsar propuestas para mejorar la eficiencia en la ejecución de sentencias en la Unión con respecto a las cuentas bancarias y a los activos de deudores<sup>47</sup>; y estudiar nuevas medidas en relación con el derecho de sociedades, y crear un marco regulador claro que permita a las pequeñas y medianas empresas, en particular, aprovechar plenamente las oportunidades del mercado interior<sup>48</sup>. Finalmente, el Consejo Europeo considera que definir claramente los intereses y prioridades exteriores de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles es de gran importancia para interactuar con terceros países en un entorno jurídico seguro. Para ello, se cuenta en primer lugar con el Convenio de Lugano de 1988 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debiendo valorar qué terceros países se podría animar a adherirse a él. Además, se considera que la Unión debería aprovechar su pertenencia a la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado para promover de forma activa la adhesión más amplia posible a los convenios más pertinentes y ofrecer a otros Estados tanta ayuda como sea posible con vistas a la aplicación apropiada de los instrumentos. En caso de que no exista ningún marco jurídico para las relaciones entre la Unión y los países socios, y cuando el desarrollo de la nueva cooperación multilateral no sea posible desde el punto de vista de la Unión, debería estudiarse en cada caso concreto la opción de los acuerdos bilaterales.

## Notas

- 1 *DOUE* serie C n.º 310, de 16 de diciembre de 2004. No obstante este fracaso, conserva todo su interés el trabajo de Fernández Rozas, J. C., "El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea", *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, 4, D-195, pp. 1867-1881.
- 2 En vigor desde el 1 de diciembre de 2009 (*DOUE* serie L n.º 306, de 17 de diciembre de 2007).
- 3 Artículo 7, en el Tratado de Maastricht, y artículo 14, en el Tratado de Ámsterdam.
- 4 Ahora bien, el Tratado de Lisboa ha supuesto el fin de esta estructura en pilares (vid. Forcada Miranda, F. J., "Los impulsos del Tratado de Lisboa a la cooperación judicial civil y la experiencia de los jueces españoles", *Deloitte News - Unión Europea*, 30 de abril de 2009, pp. 1-5, p. 1).
- 5 Vid. Bieber, R., *Justice and Home Affairs in the European Union: the Development of the Third Pillar*, Bruselas, European Interuniversity Press, 1995, 437 pp.
- 6 *Loc. cit.*, pp. 1868-1869.
- 7 Vid. Borrás Rodríguez, A., "Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam", *REDI*, vol. LI, 1999-II, pp. 383-426, p. 383.
- 8 Vid. Fernández Rozas, J. C., *loc. cit.*, p. 1870.
- 9 Vid. Ehlermann, C. D., "Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du Traité d'Amsterdam", *Rev. Marché unique européen*, 1997, 3, pp. 53-90.
- 10 Vid. Cloos, J., "Les coopérations renforcées", *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, n.º 441, 2000, pp. 512-515; Bribosia, H., "Les coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice", *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, pp. 111-171.
- 11 Para Fernández Rozas, J. C., *loc. cit.*, p. 1871, en esencia, en Tampere quedaron fijadas las cuatro paredes que sustentan el edificio de la cooperación civil y penal: el acercamiento de los derechos materiales en presencia, el reconocimiento mutuo, la centralización de las investigaciones policiales y la defensa de los derechos individuales en los procesos penales.
- 12 *DOUE* serie C n.º 12, de 15 de enero de 2001, pp. 1-9.
- 13 Vid., Álvarez Rubio, J. J., "El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del Espacio de libertad, seguridad y justicia", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 15, 2008, pp. 1-33, pp. 8-10; Aguilar Grieder, H., "La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, 2010, p. 308-338, p. 309.
- 14 "El Derecho internacional privado tras el Tratado de Lisboa", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2009, pp. 755-757.
- 15 Vid. Aguilar Grieder, H., *loc. cit.*, pp. 337-338.
- 16 En este ámbito, hay que destacar la Decisión 568/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 junio de 2009, que modifica la Decisión 2001/470/CE del Consejo, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (*DOUE* serie L n.º 168, de 30 de junio de 2009).
- 17 *DOUE* serie L n.º 136, de 24 de mayo de 2008.
- 18 Vid. asimismo a este respecto "Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales", *DOUE* serie C n.º 297, de 5 de diciembre de 2009.
- 19 En expresión de Virgós Soriano, M., y Garcimartín Alférez, F. J., "Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado", *InDret*, n.º 254, 2004, pp. 1-20, pp. 2-3 estaríamos ante una "lógica de internacionalidad". Seguimos en este párrafo los postulados de ambos autores para la descripción del modelo que ellos proponen.
- 20 *Ibid.* pp. 8-20.
- 21 Vid. más ampliamente en Garcimartín Alférez, F. J., "La racionalidad económica del Derecho internacional privado", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 87-154, p. 122.
- 22 En el ámbito de los mercados financieros, el conjunto de normas tendentes a garantizar un funcionamiento eficiente del mercado configuran su "protección institucional". No obstante, Garcimartín Alférez, F. J., prefiere la expresión "Derecho de la competencia entre ordenamientos" o "Meta-Wettbewerbsordnung", a su vez tomada de Kieninger, "Kommentar", *JNPÖ*, n.º 17, pp. 228 y ss.
- 23 Vid. Virgós Soriano, M., y Garcimartín Alférez, F. J., "Estado...", *loc. cit.*, p. 8.
- 24 *DOUE* serie L n.º 7, de 10 de enero de 2009.
- 25 Ahora bien, el mantenimiento de una autoridad central encargada del control del funcionamiento de la cooperación y de las funciones de carácter general, como los prevén algunos reglamentos comunitarios, parece no obstante necesario, de ahí que así se mantenga en el párrafo segundo del artículo 19.
- 26 Vid. sobre ello el Informe de International Network of Lawyers, *Le recouvrement des pensions alimentaires en Europe. Volume I. Rapport General*, encargado por la Dirección General de Justicia e Interior de la Comisión Europea, y que puede consultarse en la dirección [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home](http://europa.eu.int/comm/justice_home).
- 27 Ello supondrá que, en estos casos, se puede llegar a incluir en la justicia gratuita la determinación de la filiación, si fuese necesaria; algo que, en principio, parecía difícil de conseguir, habida cuenta de las reticencias al respecto que se recogen en el Libro verde [vid. *Libro verde sobre obligaciones alimentarias*, presentado por la Comisión el 15 de abril de 2004, COM (2004) 254 final, p. 38].
- 28 Para los Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 las disposiciones relativas a las normas de conflicto de leyes aplicables son las previstas en dicho protocolo.
- 29 Artículo 17 (supresión del exequátur). El artículo 20 indica los documentos que deben presentar a efectos de la ejecución.

- 30 El reconocimiento en un Estado miembro de una resolución en materia de obligaciones de alimentos tiene como único objeto permitir el cobro del crédito alimenticio determinado en la resolución. No implica, en cambio, que dicho Estado miembro deba reconocer las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad que sean la base de la obligación de alimentos que dio origen a la resolución (artículo 22).
- 31 Además, según el artículo 36 1º, cuando una resolución deba ser reconocida, el solicitante podrá instar la adopción de medidas provisionales o cautelares, de conformidad con el Derecho del Estado miembro de ejecución, sin que sea necesario el otorgamiento de la ejecución conforme al artículo 30.
- 32 No obstante, dicho demandado debe solicitar tal reexamen en un plazo determinado (artículo 19 2º).
- 33 Según el último inciso del párrafo segundo del artículo 21, una resolución que tenga por efecto modificar una resolución *anterior* de obligación de alimentos debido a un cambio de circunstancias no se considerará una resolución incompatible en el sentido de lo dispuesto en el párrafo segundo. La norma tiene la finalidad de evitar que se prohíba en el Estado requerido la ejecución de resoluciones extranjeras modificadoras de una decisión de dicho Estado por considerar que ambas tienen el mismo objeto y causa.
- 34 De la redacción de precepto parece derivarse que el foro puede utilizarlo no sólo el acreedor, sino también el deudor demandante de los alimentos (por ejemplo, si solicita su reducción o extinción) zanjando la polémica al efecto. A favor, Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007, p. 174, siguiendo en este punto a la mayor parte de la doctrina alemana. En contra, Kropholler, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8ª ed., Heidelberg, Recht und Wissenschaft, 2004, marg. 56. Los redactores del *Libro verde sobre obligaciones de alimentos*, cit. pp. 15 y 34, parecen acogerse a la postura negativa, al menos en lo que se refiere a las demandas de modificación.
- 35 Para garantizar que el Convenio de La Haya de 2007 y el presente reglamento estén bien articulados, también se aplica esta regla a las resoluciones de un Estado tercero que sea parte de dicho convenio, en la medida en que este último esté en vigor entre el Estado miembro de que se trate y la Comunidad y cubra las mismas obligaciones alimenticias en ambos.
- 36 *DOUE* serie C n.º 242, de 7 de octubre de 2006.
- 37 Artículo 62 1º y 2º.
- 38 Artículo 62 3º y 4º.
- 39 Artículo 57 5º. Las solicitudes previstas en el artículo 56, apartado 1, letras a) y b), y en el apartado 2, letra a), solo irán acompañadas, según los casos, de los documentos enumerados en los artículos 20, 28 o 48 o del artículo 25 del Convenio de La Haya de 2007.
- 40 Artículo 58 3º y 4º.
- 41 En tal caso, dicha autoridad central informará con prontitud a la autoridad central requirente de los motivos de la denegación, utilizando el formulario cuyo modelo figura en el anexo IX.
- 42 “Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que proteja al ciudadano”, *DOUE* serie C n.º 115, de 4 de mayo de 2010. En el presente epígrafe, trataremos de resumir sus principales líneas y objetivos. *Vid.* también a este respecto la Decisión n.º 1149/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de septiembre de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico Justicia civil, integrado en el programa general Derechos fundamentales y justicia, *DOUE* serie L n.º 257, de 3 de octubre de 2007.
- 43 *Vid.* “Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo”, de 14 de octubre de 2009, COM (2009) 15 final.
- 44 Así ha sucedido con el Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (conocido como “Roma-III”).
- 45 *Vid.* “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones de las sociedades anónimas”, de 29 de enero de 2008, COM (2008) 26 final.
- 46 *Vid.* “Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un derecho contractual europeo para consumidores y empresas”, de 1 de julio de 2010, COM (2010) 348 final.
- 47 *Vid.* “Libro verde sobre eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores”, de 6 de marzo de 2008, COM (2008) 128 final.
- 48 *Vid.* la Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, *DOUE* serie L n.º 258, de 1 de octubre de 2009.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GRIEDER, H., "La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, 2010, p. 308-338, p. 309.
- ÁLVAREZ RUBIO, J. J., "El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del Espacio de libertad, seguridad y justicia", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 15, 2008, pp. 1-33, pp. 8-10.
- BIEBER, R., *Justice and Home Affairs in the European Union: the Development of the Third Pillar*, Bruselas, European Interuniversity Press, 1995.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam", *REDI*, vol. LI, 1999-II, pp. 383-426.
- BRIBOSIA, H., "Les coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice", *Revue du droit de l' Union européenne*, 2001, pp. 111-171.
- CLOOS, J., "Les coopérations renforcées", *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, n.º 441, 2000, pp. 512-515.
- EHLERMANN, C. D., "Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du Traité d'Amsterdam", *Rev. Marché unique européen*, 1997, 3, pp. 53-90.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea", *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, 4, D-195, pp. 1867-1881.
- FORCADA MIRANDA, F. J., "Los impulsos del Tratado de Lisboa a la cooperación judicial civil y la experiencia de los jueces españoles", *Deloitte News - Unión Europea*, 30 de abril de 2009, pp. 1-5.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "La racionalidad económica del Derecho internacional privado", *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 87-154.
- KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8ª ed., Heidelberg, Recht und Wissenschaft, 2004
- MIGUEL ASENSIO, P. de, "El derecho internacional privado tras el Tratado de Lisboa", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2009, pp. 755-757.
- VIRGÓS SORIANO, M., y Garcimartín Alférez, F. J., "Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado", *InDret*, n.º 254, 2004, pp. 1-20.
- VIRGÓS SORIANO, M., y Garcimartín Alférez F. J., *Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007.





# Breves apuntes sobre la tutela *ope legis*



Fecha de recepción \_[12.12.2011]

Fecha de aceptación \_[21.12.2011]

**&** **Resumen/Abstract:** *El sistema legal de protección al menor de edad actualmente en vigor regula la tutela ope legis, aquella que por ministerio de la ley asumirá automáticamente la entidad pública competente tras la declaración de desamparo del menor. En el presente artículo se pretende perfilar el régimen jurídico de esta institución como medida de protección a los menores en situación de conflicto social o familiar, siendo considerada por la doctrina mayoritaria como una tutela especial dada su propia idiosincrasia, pues, a pesar de las similitudes formales que presenta con el organismo tutelar regulado en los artículos 222-285 del Código Civil (C.C.), requiere una regulación específica.&*

**&** **Palabras clave:** menor de edad, protección, desamparo, tutela, acogimiento.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española (en adelante C.e.) de 1978, en el capítulo III del título I, donde se regulan los principios rectores de la política social y económica, recoge la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores concretamente en su artículo 39.

Se exige proteger al menor de edad desde una perspectiva jurídica, económica y social con independencia de su filiación y del estado civil de sus progenitores. Es, por tanto, un principio constitucional la protección de un sector de la sociedad especialmente vulnerable, como es el de los menores, y se pretende la superación de aquellas situaciones que supongan un perjuicio para su integridad física, psicológica o moral.

Las transformaciones sociales y culturales producidas en las últimas décadas han provocado un cambio significativo en la concepción del *status* jurídico de los menores, que han pasado de ser considerados como sujetos incapaces a su reconocimiento como auténticos titulares de derechos y con una progresiva capacidad para ejercerlos.

La promulgación sistemática de nuevas normas legales en el ordenamiento jurídico español es reflejo de esta realidad. Esta legislación precisa ha introducido importantes modificaciones en el sistema protector del menor de edad, a la vez que ha creado novedosas figuras. Entre ellas, cabe destacar la situación de desamparo, que permite la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente en supuestos de desprotección grave del menor, así como la guarda de los menores, ejerciéndose ambas mediante el acogimiento familiar o residencial.

Es indudable la trascendencia que la aprobación de la diversa normativa ha producido en esta materia y que pretende no sólo actuar frente a las situaciones de abandono del menor, sino también procurar su integración en un entorno idóneo que permita su necesario desarrollo evolutivo.

## 2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En el ordenamiento jurídico estatal dos son las normas fundamentales aprobadas en materia de protección de menores. Se promulgó, en primer lugar, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción<sup>1</sup>, que produjo una significativa renovación del régimen protector del menor de edad imperante hasta ese momento. Con posterioridad, la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>2</sup>, vigente en la actualidad, apuntaló este cambio normativo, subsanando ciertas deficiencias de la norma anterior.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, incorpora novedades significativas en relación con la adopción y otras formas de protección de menores. En orden a estas últimas, es necesario señalar la introducción de figuras jurídicas protectoras de nueva creación. Otras ya existían en el ámbito legislativo, pero son reformadas por la norma jurídica citada con distinto grado de profundidad. Sustituyó el concepto de abandono por el de desamparo, dotó de contenido jurídico a la tutela *ex lege*<sup>3</sup>, así como a la guarda administrativa, y concedió al acogimiento rango legal suficiente para ser incorporado en el Código Civil (en adelante C.C.).

Con posterioridad, se promulgó la actualmente en vigor Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Es de advertir que sigue el camino iniciado por la Ley 21/1987, pero, con un intento por parte del legislador de subsanar las deficiencias de aquélla y mejorar la técnica jurídica empleada. Como novedad, cabe destacar la introducción del concepto de riesgo. En referencia al concepto de desamparo, la mencionada Ley Orgánica 1/1996 mantiene la misma definición que su predecesora, pero se regula el procedimiento para su declaración. Introduce, también, modificaciones en el régimen de la tutela *ex lege* y de la guarda. En relación con el acogimiento, esta ley orgánica dispone su doble tipología: acogimiento familiar y residencial.

El 7 de julio de 2011 se aprobó el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia, que modifica de forma sustancial la normativa que regula el sistema jurídico de protección al menor, sin que hasta este momento se hayan iniciado los trámites parlamentarios para su aprobación. No obstante, parece conveniente resaltar brevemente sus puntos más significativos.

Como se recoge en la exposición de motivos del citado anteproyecto, los importantes cambios sociales producidos desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, exigen una mejora de los instrumentos de protección jurídica a la infancia. La presente Ley de Actualización pretende introducir las modificaciones necesarias para permitir el perfeccionamiento de las instituciones protectoras de los menores de edad, así como conseguir la unificación del sistema de protección al menor en el territorio estatal, postulándose como el marco de referencia jurídico de las legislaciones de las distintas Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.).

El anteproyecto consta de tres artículos que modifican las principales leyes que regulan las figuras para la protección de menores. El primer artículo modifica la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en el segundo se recogen las modificaciones que afectan al Código Civil y en el tercero las correspondientes a la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Son numerosas y novedosas las modificaciones que introduce este texto legal en la legislación de la protección del menor; al objeto del presente estudio, únicamente se hará mención a las que afectan a la tutela administrativa. En primer lugar, se dispone que cuando la entidad pública asuma la guarda o tutela de un menor, elaborará un plan individual de atención y se establecerán los objetivos y la previsión de las medidas de protección a adoptar respecto a ese menor. En el supuesto de que sea posible el retorno a la familia de origen, el órgano competente desarrollará un programa de reintegración familiar. Por otro lado, se establece que la guarda o tutela se ejercerán mediante la acogida familiar y sólo cuando no sea posible, o no conveniente para el menor, se formalizará el acogimiento residencial. Se incide de forma expresa sobre esta cuestión, al disponer que se priorizará de forma especial el acogimiento familiar para menores de seis años frente al residencial y, además, los menores de tres no ingresarán en centros de protección salvo que se acredite la imposibilidad de adoptar otra medida, porque se considera que estos niños necesitan un ambiente familiar para el adecuado desarrollo de su personalidad. Para paliar los efectos de los acogimientos residenciales prolongados o bien como ayuda o respiro temporal a la familia de acogida, la entidad pública podrá autorizar a los menores que estén en acogida familiar o residencial salidas de fines de semana o vacaciones con familias alternativas o instituciones adecuadas.

### 3. CONCEPTO DE DESAMPARO

Dispone el artículo 172.1 C.C. que, cuando el menor sea declarado en desamparo, corresponde a la entidad pública competente su tutela y la adopción de las medidas protectoras necesarias para su guarda. Se considera situación de desamparo *“la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*.

De la definición otorgada por el Código Civil se infiere la necesaria relación causal entre el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes legales de la guarda de los menores y la privación de la asistencia moral o material sufrida por el menor para proceder a declarar su desamparo.

En relación con el primer presupuesto, hay que señalar que la normativa vigente no especifica cuáles son esos deberes legales de protección cuyo no cumplimiento puede ser causante de una declaración de desamparo, considerando la doctrina mayoritaria que son los relativos al contenido personal de la patria potestad o tutela<sup>4</sup>, es decir, cuando se incumplen los deberes de velar, tener en su compañía, alimentar, educar y procurar una formación integral al menor. Este planteamiento es compartido por la jurisprudencia, como se pone de manifiesto en distintas resoluciones emitidas por los órganos judiciales; así, la SAP Granada de 24 de marzo de 2004<sup>5</sup> declara que *“(...) la experiencia nos enseña que las situaciones determinantes del desamparo son aquellas en que se ha comprobado que los niños carecían de los cuidados, materiales y afectivos, necesarios, siendo indicios de esa falta de atención, entre otros, la falta de higiene de los propios niños o del hogar familiar, la falta de asistencia regular al colegio, la mendicidad, el dejar solos a los niños en la vivienda y, desde luego, la existencia de malos tratos”*<sup>6</sup>.

Pero, como se dijo, se exige que la declaración de desamparo responda a una situación de hecho, es decir, aquella en la que el menor se encuentre desasistido moral o materialmente, no siendo procedente, por tanto, si alguna persona se ocupa de estos deberes aunque sus progenitores incumplan sus obligaciones o lo hagan defectuosamente<sup>7</sup>.

No obstante, esta circunstancia ha sido criticada por algunos autores porque entienden que en aquellos casos en los que los padres o tutores entreguen al menor a terceros (guarda de hecho), desatendiéndose completamente de ellos, la entidad pública no puede declararlos en desamparo. Las opiniones doctrinales son opuestas, considerando algunas que sí sería procedente la declaración de desamparo<sup>8</sup>, mientras que otro sector considera que en esta situación la Administración sólo puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o del juez competente los hechos, debiendo adoptar éstos las medidas necesarias<sup>9</sup>, sin perjuicio de lo estipulado en los artículos 228 y 303 C.C.

Por su parte, también el sector judicial determina la necesidad de que existan estas dos notas para declarar en desamparo a un menor; *“(...) una de ellas se caracteriza por la existencia de un resultado, la falta de asistencia moral o material del menor, de manera que puede afirmarse que no está debidamente atendido en sus necesidades mínimas en esos órdenes conforme a niveles común y socialmente exigibles. Otra es causal, que consiste en que esa situación sea consecuencia del incumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes de protección, regulados en los artículos 154 y 269 del Código Civil, y que comprenden esencialmente los deberes de alimentar al menor, velar por él, tenerlo en su*

compañía, educarlo, procurarle una formación integral. Cuando se da un incumplimiento o un inadecuado cumplimiento de estos deberes, voluntario o no, o incluso meramente negligente, provocando aquel resultado, esto es, que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material, puede afirmarse que se da la situación de desamparo, estando entonces la entidad pública encargada de la protección de los menores no sólo autorizada, sino legalmente obligada, a declararlo así asumiendo la tutela automática del menor en aras a su debida protección”<sup>10</sup>.

Por último, el Tribunal Constitucional<sup>11</sup> señala que la declaración de desamparo ha de estimarse siempre de forma restrictiva, siendo únicamente procedente cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos en el ejercicio de la guarda sobre los menores, pues, aunque es primordial y preferente el interés del menor, también lo son el derecho de los progenitores a tener consigo a su hijo, así como el derecho del propio menor a crecer en el seno de su familia de origen.

#### **4. CONCEPTO Y MODO DE EJERCICIO DE LA TUTELA *EX LEGE***

La tutela *ex lege* es una medida de protección al menor de edad en conflicto familiar y social introducida, como se dijo, por la Ley 21/1987, de 21 de noviembre, y regulada en la actualidad por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que ha modificado, entre otros, los artículos 172 C.C. y ss. Como se señaló, su formalización se produce de forma automática cuando el menor es declarado en desamparo, suspendiéndose las funciones inherentes a la patria potestad o tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial realizados por los padres y tutores siempre que sean beneficiosos para el menor, artículo 172 párrafo 3º C.C.

En relación con su ejercicio, dispone el artículo 173.3 C.C. que *“la guarda asumida [por la entidad pública] a solicitud de los padres o como función de la tutela por ministerio de la Ley se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial”*.

El precepto legal es expreso cuando determina que únicamente se delega el ejercicio de la tutela *ex lege*, manteniendo el órgano público la titularidad de la misma.

En referencia a las modalidades del acogimiento, hay que señalar que el acogimiento familiar supone la integración del menor en un núcleo familiar distinto al formado por sus progenitores y la formalización del acogimiento residencial determina el ingreso del menor en un centro asistencial.

#### **5. PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA *OPE LEGIS***

La entidad pública competente deberá asumir la tutela de un menor cuando constate que se encuentra en situación de desamparo. La información sobre este hecho puede ser suministrada por los ciudadanos, cualquier organismo o institución pública o privada o bien de oficio por el propio órgano competente en el ejercicio de sus funciones<sup>12</sup>, según se estipula en el artículo 13 LO 1/1996. En el momento en que tenga conocimiento de este hecho, deberá prestar inmediata atención al menor, como dispone el artículo 14 de la citada ley.

El procedimiento que debe instar el ente público para la constitución de la tutela *ex lege* se regula en el artículo 172.1.p.2º C.C. Declarado el desamparo del menor y asumida la tutela *ope legis*, el órgano administrativo deberá comunicar al fiscal y a los padres, tutores o guardadores, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, la resolución adoptada. Cuando

sea posible se informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a dicha actuación administrativa así como de sus efectos.

El apartado 6º del citado precepto dispone que las resoluciones que declaren el desamparo y la consiguiente asunción de la tutela *ex lege* por la entidad pública podrán ser recurridas ante la jurisdicción civil en el plazo y las condiciones establecidas en la LEC, sin necesidad de reclamación administrativa previa. En concreto, el artículo 780.1 LEC, modificado por la DF 2ª de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional<sup>13</sup> establece que el plazo para recurrir la declaración de desamparo será de 3 meses. La oposición debe basarse en que la misma es infundada por no ser ciertos los hechos que provocaron su declaración. La legitimidad para tal acción, *stricto sensu*, parece limitarse a los padres y tutores, debido a que la misma produce la suspensión de la patria potestad o tutela. No obstante, defiende la Fiscalía General del Estado la legitimación de esta acción en un sentido amplio, concediéndola a todos aquellos que tienen un derecho o interés legítimo: padres, tutores, familiares que hayan convivido con el menor, guardadores, fiscal...<sup>14</sup>.

Por otro lado, se recoge en el apartado 7º artículo 172 C.C. la acción de revocación sobre la declaración de desamparo por superación de las causas que lo justificaron. *“En el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad, pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.”*

Es preciso señalar que a través de esta acción no cabe cuestionar las circunstancias que dieron lugar al desamparo, sino que las mismas han sido superadas y los progenitores pueden desarrollar adecuadamente el ejercicio de los deberes de protección derivados de la patria potestad. La legitimidad para realizar esta acción es concedida únicamente a los padres no privados de la patria potestad, no pudiendo ser ejercitada por otros familiares<sup>15</sup>.

Parece que el legislador pretende otorgar a los progenitores una oportunidad para demostrar que han superado las causas que originaron el desamparo y que se encuentran en condiciones para asumir, de nuevo, la patria potestad. El plazo para su ejercicio es de dos años. En consonancia con esta premisa, entendemos que la entidad pública no debiera instar en este intervalo la formalización de ninguna medida definitiva (adopción o acogimiento familiar preadoptivo), pues, legalmente, no se considera irreversible el reagrupamiento familiar.

No obstante, y como señala la Circular<sup>16</sup>, este no debe ser un principio absoluto, pues en aquellos supuestos en que se constate la irreversibilidad de la situación de los padres para cuidar adecuadamente a sus hijos –entre otros, por enfermedades graves y crónicas, problemas de drogadicción...– no se debiera esperar el transcurso de los dos años para instar la constitución de la adopción o, en su caso, el acogimiento familiar preadoptivo.

En relación con si la revocación ha de presentarse primero ante la entidad pública o puede realizarse directamente ante el órgano judicial, parece que ambas opciones son posibles. Así, planteada en la vía administrativa, la resolución emitida puede ser recurrida judicialmente o bien cabe su pretensión directa ante la autoridad judicial, dado que el artículo 780.1 LEC dispone que no es necesaria la reclamación administrativa previa en materia de protección a menores.

## 6. NATURALEZA JURÍDICA

Como se dijo, el artículo 172.1 C.C. estipula que, tras la declaración de desamparo del menor, corresponde a la entidad pública su tutela, debiendo adoptar las medidas protectoras para su guarda. Por otro lado, el artículo 222.4º C.C. dispone que quedarán sujetos a tutela aquellos menores que se hallaren en situación de desamparo, aclarando el artículo 239 C.C. que la tutela de los menores desamparados corresponde a la entidad referida en el artículo 172 C.C.

La primera consideración que hay que realizar es que el primero de los artículos citados se encuadra en el capítulo dedicado a la adopción y otras formas de protección de menores, en tanto los dos últimos están emplazados en sede de tutela. Esta circunstancia, así como la insuficiente regulación de esta tutela administrativa, han provocado numerosas dudas sobre su naturaleza jurídica.

Al respecto existen diversas tesis<sup>17</sup>, que pueden sintetizarse en tres posturas:

- Tiene la misma naturaleza y contenido que la tutela ordinaria regulada en los artículos 222-285 C.C.
- No se considera una tutela como la regulada en el capítulo II del título X del libro primero del Código Civil, sino una figura híbrida con la misma denominación utilizada por el legislador para la protección de menores.
- Es una verdadera tutela aunque de naturaleza especial.

Esta última consideración parece ser la aceptada unánimemente por la doctrina<sup>18</sup>, al afirmar que se trata de una tutela especial pero a la que, con ciertas excepciones, se aplica el articulado que el Código Civil dedica a la tutela ordinaria<sup>19</sup>. Trataremos de realizar una aproximación a esta interpretación exponiendo las características de ambas:

Compatibilidad de la titularidad de la tutela *ex lege* con la patria potestad o tutela ordinaria, pero no con su ejercicio. Como dispone el artículo 172.1 p.3 C.C. *“la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él”*.

Esta disposición fue introducida por la LO 1/1996, de 15 de enero, superando la incertidumbre creada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que no establecía de forma expresa a quién correspondía el ejercicio de los deberes inherentes a la guarda y custodia del menor declarado en desamparo<sup>20</sup>.

Además, es una tutela automática<sup>21</sup> y administrativa<sup>22</sup>, en el sentido de que se atribuye a la entidad pública por disposición de la ley, sin que sea preceptiva la intervención judicial<sup>23</sup>. La declaración de desamparo es apreciada exclusivamente por el órgano público competente, produciéndose, en la generalidad de los supuestos, con carácter de urgencia para evitar mayores perjuicios al menor. No obstante, dispone el Código Civil la obligación del ente público de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal esta situación y notificarlo en forma legal a los padres, tutores o guardadores en un plazo de quince días.

Por el contrario, el nombramiento del tutor lo realiza un juez y presupone que el menor sea huérfano o sus padres hayan sido privados de la patria potestad; es decir, la titularidad de la tutela ordinaria y la patria potestad son mutuamente excluyentes.

La tutela *ex lege* es una medida de protección articulada únicamente para los menores que se encuentran en situación de desamparo. Además, su carácter es provisional o temporal<sup>24</sup>,

porque se mantiene durante el tiempo que perduran las causas que lo motivan. No es, por tanto, un mecanismo de protección definitiva, sino que es un paso previo a otras situaciones jurídicas de mayor estabilidad: la reunificación familiar si se supera la situación de desprotección, o la integración en una familia distinta a la biológica, con carácter provisional (acogimiento) o definitivo (adopción)<sup>25</sup>. En sentido inverso, la tutela ordinaria se instituye como una institución jurídica de protección de la persona del menor o incapacitado y de sus bienes de forma estable, bien hasta la mayoría de edad del tutelado o bien en caso de dictarse resolución judicial de finalización de la incapacitación o modificación, siendo sustituida la tutela por la curatela.

Se considera la tutela administrativa una medida subsidiaria<sup>26</sup> respecto a la ordinaria, pues, aunque el párrafo 1º artículo 239 C.C. determina que *“la tutela de los menores desamparados corresponde por la Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172”*, en el 2º punto del citado precepto se dispone que *“se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en beneficio para éste”*, de lo que se deduce que, si el menor no se encuentra bajo la patria potestad, se intentará promover en primer lugar la institución tutelar.

Con independencia de su desarrollo posterior, hay que apuntar que el ejercicio de ambas tutelas difiere de forma determinante, por cuanto en la tutela automática se delega en las personas seleccionadas por la entidad pública como acogedores o bien en el director del centro asistencial donde el menor sea internado, en tanto la tutela ordinaria debe ser ejercida de forma directa por la persona física o jurídica que asuma dicha función.

En otro sentido, y en relación con el régimen tutelar instaurado en el Código Civil, la doctrina ha determinado los artículos de la misma que pueden ser aplicados a la citada medida de protección.

En primer lugar, cabe decir que los requisitos exigidos para ser tutor recogidos en los artículos 241-245 C.C. no parecen ser aplicables a la entidad pública, con la excepción quizá del ap. 4º art. 244 C.C.<sup>27</sup>, por cuanto son presupuestos a aplicar a las personas físicas. En referencia a si cabe la remoción de la tutela automática por las causas establecidas en los artículos 247-250 C.C., existen posturas doctrinales que defienden que en el supuesto de inadecuado ejercicio por parte del órgano público de sus funciones tutelares, no cabría su remoción aunque sí se podría exigir responsabilidad a la Administración<sup>28</sup>; otro sector doctrinal, sin embargo, considera que, si la entidad pública incurre en causa de inhabilidad o incumple sus deberes, podría ser removida de su cargo<sup>29</sup>, planteamiento que nos parece más acertado.

No cabe la posibilidad de que el órgano público alegue las excusas recogidas en los artículos 251 a 258 C.C., que eximen del desempeño del organismo tutelar por cuanto tiene obligación de asumir la tutela del menor cuando se encuentre en situación de desamparo<sup>30</sup>. Tampoco se podrá exigir la constitución de fianza conforme a lo contemplado en los artículos 260 y 261 C.C.<sup>31</sup>, pero sí quedará obligada a realizar inventario de los bienes y derechos del menor como disponen los artículos 263-266 C.C., sin que, acaso, le sea aplicable el plazo recogido en el artículo 262 C.C.<sup>32</sup>.

Por otro lado y relativo a la posible retribución que el órgano competente pudiera percibir por el desarrollo de la función tutelar que los artículos 273, 274 y 275 C.C. reconocen al tutor ordinario, cierta doctrina<sup>33</sup> no lo considera descartable si las normas jurídico-administrativas

que regulan el carácter gratuito o retribuido de las prestaciones asistenciales así lo disponen, aunque no parece muy ajustada a derecho esta posibilidad por ser el Estado el garantista de la protección de menores a través de sus organismos correspondientes.

Por último, hay que señalar que sí se aplicarán las prohibiciones contempladas en el artículo 221 C.C. dado su carácter genérico; además, cuando finalice la tutela automática, el ente público deberá rendir cuentas de su actuación ante la autoridad judicial, en el plazo y la forma estipuladas en los artículos 279 a 285 C.C.

## **7. EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y DEBERES DURANTE LA TUTELA *EX LEGE***

La asunción por parte de la entidad pública de la tutela *ex lege* del menor supone que le sean atribuidas las facultades y obligaciones derivadas de su guarda. A pesar de la suspensión de las funciones inherentes a la patria potestad o tutela ordinaria que la declaración de desamparo provoca, no todos los derechos y obligaciones de los progenitores o tutores respecto de sus hijos o pupilos se extinguen. Además y dado que, como se dijo, el ejercicio de la tutela, que no su titularidad, se delega en los acogedores familiares o en el director del centro donde se interne al menor, se hace necesario determinar quién ejercerá los distintos derechos y deberes dimanantes de esta figura, así como su modo de ejecución.

### **7.1 Deberes.**

Distinguiremos entre los relativos al contenido personal, de gestión patrimonial y representación del menor.

#### *7.1.1. Obligaciones derivadas de la esfera personal del menor.*

De forma axiomática, cabe señalar que son las dispuestas en los artículos 154.1, 173.1 y 269.1 C.C.: velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, funciones que son encomendadas a los progenitores, acogedores y tutores, exceptuando en este último caso el deber de convivencia.

##### **7.1.1.1. Deber de velar por el menor.**

Esta función de velar por el menor de edad es asignada, como se sabe, a los padres y tutores en distintos artículos del Código Civil. Concretamente, el artículo 154 C.C., que regula el ejercicio de la patria potestad, incluye, como aspecto fundamental de la misma, la obligación que tienen los progenitores de velar por sus hijos. Es tan primordial este deber que sigue vigente a pesar de que los padres no ostenten la patria potestad o incluso en el supuesto de que queden excluidos de ella –artículos 110 y 111 C.C., respectivamente–. El artículo 269 C.C. exige asimismo que el tutor, en el ejercicio de la tutela, vele por su pupilo. La formalización del acogimiento familiar como modo de ejercicio de la guarda del menor presupone que los acogedores quedan obligados a amparar y cuidar al menor.

De lo expuesto se considera que, mientras el menor se encuentra acogido familiarmente, una pluralidad de agentes asume la obligación de velar por él. Inevitablemente, en este contexto pueden surgir conflictos, basados en la dificultad de conciliar los distintos deberes de vigilancia. Esta situación se resuelve por el reparto de funciones que la doctrina ha asignado a cada uno de los intervinientes. En primer lugar, la entidad pública, como órgano supervisor, ejercerá esta función vigilando el correcto funcionamiento del concreto acogimiento familiar. En otro plano, los progenitores, que no quedan eximidos de este deber en ningún caso –excepto si el menor es adoptado–, podrán ejercitar su facultad sometiendo

a control a aquellos que tienen competencia sobre su hijo<sup>34</sup>, pudiendo también participar en las decisiones que le afecten, así como denunciar fallos o deficiencias en el ejercicio de la medida protectora. Será preciso asimismo, que se interesen por él, preguntando por su salud, su estado anímico y físico, rendimiento escolar...<sup>35</sup>. La tarea de los acogedores se circunscribe al cuidado y protección diaria que deben otorgar al menor, pues el cumplimiento de sus funciones debe asimilarse formalmente al ejercicio de las relaciones paterno-filiales.

A modo de conclusión, se estima que los acogedores realizarán una vigilancia inmediata sobre el menor –bajo la supervisión de la entidad pública como responsable última–, caracterizándose como mediata la realizada por parte de sus padres o tutores<sup>36</sup>.

En el supuesto de que el menor sea ingresado en un centro, será el director del mismo el responsable de este deber que ejercerá a través de los profesionales que estén al cuidado directo de ese menor. Respecto a la obligación que en este caso tienen los padres o tutores y la entidad pública, nos remitimos a lo expuesto en las líneas anteriores.

#### 7.1.1.2. Deber de compañía.

El artículo 154 C.C. dispone la obligación de los progenitores de tener a sus hijos en su compañía, pero este deber de convivencia no se exige en sede de tutela, aunque el artículo 234 C.C. dispone que será beneficioso para el tutelado la integración en la familia del tutor. Por otro lado, los artículos 110 y 111 C.C. eximen a los padres de esta obligación cuando no ostenten la patria potestad o hayan sido excluidos de ella.

Por tanto, la asunción de la tutela automática por parte de la entidad pública supone la suspensión de esta obligación para los progenitores. Si se formaliza la medida del acogimiento familiar, el menor deberá convivir con sus acogedores para la consecución del objetivo de plena integración en el seno de la familia que lo acoge<sup>37</sup>. Por otro lado, el ingreso en un centro institucional desvirtúa en cierto sentido el contenido de este deber, al menos en el sentido de convivencia familiar, por cuanto el modo de funcionamiento de los mismos es en régimen de internado.

#### 7.1.1.3. Educarlo y proporcionarle una formación integral.

El derecho que a la educación tienen todos los españoles menores de edad se recoge en el artículo 27 CE. En equivalencia, es considerado por el Código Civil como una obligación de los padres hacia sus hijos, artículo 154.1º, y del tutor en referencia a su pupilo, artículo 269.2º. Cuando el menor se encuentra en una situación de acogimiento familiar o residencial se plantea, de nuevo, a quién corresponde el ejercicio del citado deber.

La convivencia obligatoria entre los acogedores y los acogidos que impone la normativa vigente en tanto dure la medida de acogimiento, comentada en el apartado anterior, implica que sobre aquéllos recaiga, en principio, el deber de educar al menor. Sin embargo, la doctrina que ha analizado esta cuestión señala que no son descartables los posibles pactos que se puedan establecer con los progenitores o tutores. En relación a esta materia, consideramos conveniente realizar las siguientes matizaciones. Compartimos el argumento jurídico expuesto por cierta doctrina<sup>38</sup> que afirma que la posibilidad de que los padres o tutores participen en la toma de decisiones o realicen indicaciones sobre el modelo educacional que deseen para sus hijos dependerá de la finalidad con la que se formalice el acogimiento familiar. Es decir, si se considera factible el retorno del menor a su núcleo de origen, parece adecuado incluir a los padres en el desarrollo del acogimiento y, siendo la educación uno de los pilares más importantes en la vida de un niño, sus opiniones y recomendaciones adquieren una trascendental importancia. En este contexto, entendemos

necesario que la educación del menor durante el acogimiento familiar no debe ser muy distinta a la recibida en su entorno, buscando el máximo consenso entre los progenitores y acogedores<sup>39</sup>. Por el contrario, en el supuesto de que la reinserción del menor en su núcleo familiar de origen haya sido descartada, en puridad parece aconsejable que los acogedores eduquen al menor según sus criterios, con la anuencia de la entidad pública.

En otro sentido, en los supuestos de internamiento residencial del menor, la educación que reciba será la consensuada entre el órgano público y la propia institución, siendo deseable la participación de los padres si las circunstancias lo permiten. Asimismo, los menores acogidos residencialmente serán objeto de un tratamiento educativo individualizado que tendrá en cuenta su situación personal y sociofamiliar. En cualquier caso, se pretende la integración del menor en el entorno social y la accesibilidad a los sistemas ordinarios educativos, por lo que se promoverá su escolarización en el centro correspondiente.

En otro orden, el término educar ha de interpretarse en una acepción amplia; con esta expresión la doctrina pretende significar que se deben ofrecer al menor todos los recursos para su completa formación con el fin de alcanzar una vida independiente en la sociedad<sup>40</sup>. En cualquier caso, los valores transmitidos tienen que ser conformes a los principios constitucionales y basados en el respeto a los derechos y libertades fundamentales que proclama nuestra Constitución<sup>41</sup>.

#### 7.1.1.4. Deber de alimentos.

Los progenitores, basándose en lo dispuesto en el artículo 154 C.C. y en tanto ejerzan la patria potestad sobre sus hijos menores de edad, imperativamente quedan obligados a prestarles alimentos. La trascendencia de esta obligación es tal que incluso la exclusión o no ostentación de la patria potestad no exime a los padres de su deber de alimentar y velar por sus hijos, artículos 110 y 111 C.C. Estos preceptos del Código Civil están en consonancia con lo dispuesto en el artículo 39.3 CE, que atribuye a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. En referencia al tutor, el artículo 269.1º C.C. dispone que procure alimentos a su tutelado. La doctrina ha incidido especialmente en la diferencia entre la obligación de prestar y procurar alimentos. Sistemáticamente, se entiende que el tutor –en cumplimiento de su obligación de procurar alimentos a su pupilo– no debe cargar con los gastos derivados de alimentarlo contra su propio patrimonio, sino con cargo al del tutelado, en caso de existir, o bien contra el de terceros obligados –personas a las que legalmente se exige la prestación de alimentos y, en último término, a la institución pública–. Por el contrario, la acción de prestar alimentos consistiría en satisfacerlos por cuenta del patrimonio del obligado<sup>42</sup>.

Dado que, como se sabe, el modo de ejercicio de la tutela *ex lege* del menor se realiza mediante el acogimiento familiar y el residencial, es preciso analizar quién queda obligado a alimentar al menor en cada supuesto.

Cuando el menor se encuentra en situación de acogimiento familiar, el artículo 173.1 C.C. impone al acogedor la obligación de alimentar al menor acogido. Como se señaló, los padres, aun en el supuesto de suspensión o privación de la patria potestad, mantienen intactas sus obligaciones alimenticias a favor de sus hijos, como se dispone en los artículos 110 y 111 C.C. En referencia al tutor o resto de parientes obligados, la inexistencia de precepto legal alguno que profile sus deberes cuando se insta una medida protectora de esta

índole ha determinado que ciertos autores defiendan el criterio jurídico de concederles un papel secundario y subsidiario en el deber de conceder alimentos al menor acogido<sup>43</sup>.

En virtud de lo manifestado, parece que los acogedores y los padres se perfilan, imperativamente, como alimentantes del menor. La entidad pública, como responsable en última instancia del acogido, también mantiene ciertas obligaciones en este sentido. La presencia de esta pluralidad de obligados ha provocado la elaboración de distintos postulados doctrinales que intentan clarificar quién y cómo se ejercerá este deber de alimentos, y que a continuación se expone brevemente.

Un sector de la doctrina considera que esta obligación será asumida de forma conjunta por los progenitores y los acogedores, aunque siguiendo un orden de prelación. En una primera aproximación, son distintos los autores que defienden que si los padres tienen suficientes recursos económicos, o el menor es titular de un patrimonio, los gastos derivados de alimentarlo serán con cargo a cualquiera de ellos. Únicamente en el supuesto de que se demuestre su insolvencia, el mantenimiento del menor será sufragado por los acogedores<sup>44</sup>. Sin embargo, contra esta tesis doctrinal, cabe señalar su casi nula aplicación práctica, por cuanto son escasas las ocasiones en las que los padres poseen medios económicos suficientes para atender a sus hijos en situación de acogimiento<sup>45</sup>, porque en general, las familias de origen de los acogidos constituyen las capas marginales de la sociedad.

En un sentido inverso, otra doctrina defiende que son los acogedores quienes han de alimentar efectivamente al menor con su propio peculio<sup>46</sup>. Sin embargo, este hecho no es óbice para que posteriormente puedan ejercer un derecho de reembolso contra el resto de los obligados. Cuando el menor esté sometido a tutela *ex lege*<sup>47</sup>, quedarán obligados a suministrarle alimentos los acogedores y los padres. La entidad pública, por su condición de tutora, sólo deberá procurar alimentos al tutelado, en consonancia con el artículo 269.1º C.C. En este supuesto, deberá reclamar a las personas legalmente obligadas a su prestación. En caso de obtenerlos, los acogedores podrán exigirle el reembolso de los gastos realizados. Pero si las acciones de la entidad pública no tienen éxito, será ella misma la que deba soportar estos gastos<sup>48</sup>.

Con independencia de lo expuesto, conviene realizar la siguiente matización. La formalización del documento de acogimiento familiar impone que se determinen los derechos y deberes de las partes y, en particular, los relativos a la asunción de los gastos de manutención, educación y asistencia sanitaria. La interpretación doctrinal de esta premisa incide en la posibilidad de que las partes puedan celebrar acuerdos sobre el reparto del coste económico de estas partidas, con la única exigencia de que sean plasmados en el citado documento<sup>49</sup>. En virtud de este argumento jurídico, cabe afirmar que los sujetos intervinientes –padres, tutores, acogedores o entidad pública– podrán pactar quién asumirá estos importes, conforme a la libertad contractual que proclama el artículo 1255 C.C., siempre que los compromisos “no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

En cualquier caso, no dudamos que los acogedores han de alimentar de forma efectiva al menor. El legislador estatal es suficientemente explícito en este punto al “imponerles” esta obligación en el artículo 173.1 C.C. En función de la propia finalidad del acogimiento familiar<sup>50</sup>, así como a la decisión de los acogedores al respecto, podrán ser resarcidos mediante la compensación económica o bien renunciar a ella por un oficio de piedad o por causa humanitaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 1894 C.C.<sup>51</sup>.

En el supuesto de que el menor ingrese en un centro asistencial, las obligaciones derivadas de su guarda, que incluyen el deber de alimentos, serán asumidas por el director del citado centro, sin obviar la responsabilidad que la entidad pública mantiene sobre el menor por su condición de tutora legal. Al respecto, lo establecido en las líneas anteriores es plenamente aplicable. Dado que la titularidad de la institución de acogida puede ser pública o privada, la asunción de los gastos será en el primer supuesto asumida por la Administración y en el segundo por la propia entidad, sin perjuicio de las eventuales subvenciones que pudiera percibir.

### *7.1.2. Obligaciones derivadas de la esfera patrimonial y de representación del menor.*

Omite la legislación actual cualquier referencia sobre a quién se confiará la representación legal del menor y la administración de sus bienes cuando se encuentre en una situación de acogimiento. La única mención que al respecto hace el artículo 172.1 p.2º C.C. es que, tras la asunción de la tutela *ope legis* por la entidad pública y suspensión de los progenitores y tutores en sus funciones, sólo los actos de contenido patrimonial realizados por éstos y que se reputen beneficiosos para el menor serán considerados válidos. Este hecho, unido a la ausencia de capacidad plena de obrar de los menores de edad, obliga a que sean otros los sujetos que asuman la representación personal y, en su caso, la gestión del patrimonio del acogido. Será competente el órgano público cuando ostente la tutela legal sobre el menor<sup>52</sup>; no obstante, la doctrina acepta de forma unánime que ciertas facultades han de ser traspasadas a los acogedores para hacer practicable el acogimiento, fundamentalmente las referidas a su representación (decisiones de ámbito escolar, consentimientos en cuestiones médicas de urgencia o poco relevantes...)<sup>53</sup>.

Respecto a los deberes de administración del patrimonio, será preceptivo para la entidad pública hacer inventario de esos bienes –art. 262 C.C.–, depositar aquellos que a juicio de la autoridad judicial no deban quedar en su poder –art. 265 C.C.–, ejercer su administración con la diligencia de un buen padre de familia –art. 279 C.C.–, pedir autorización judicial para poder realizar ciertos actos –artículos 271.2,3 y 4, 272 y 273 C.C.– y, por supuesto, rendir cuenta general de su gestión al cesar en el desempeño de su cargo –artículos 279-285 C.C.–, todo ello sin perjuicio de la validez de la actuación de los padres o tutores en representación del menor en el orden patrimonial realizados y que sean beneficiosos para él<sup>54</sup>.

Por otro lado, el órgano público competente asumirá funciones de representación legal del menor, salvo en los actos que él pueda realizar por sí mismo. En concreto, serán aquellos relativos a los derechos de personalidad, como otorgar testamento si es mayor de catorce años –art. 663 C.C.–, salvo el ológrafo –668 C.C.–; adquirir la posesión –art. 443 C.C.–; aceptar donaciones, excepto las onerosas o condicionales –artículos 625 y 626 *a contrario sensu*–; contraer matrimonio a partir de catorce años con dispensa –art. 48 C.C.<sup>55</sup>.

## **7.2. Derechos.**

Por último, haremos una breve referencia a los derechos que las partes intervinientes mantienen sobre el menor.

### *2.1. Derecho de visita.*

En relación con los progenitores, subsiste el derecho de visita y de comunicación entre el menor y sus familiares, en tanto aquél se encuentre bajo la tutela de la Administración pública, salvo en el caso de ser adoptado o cuando así se acuerde por resolución judicial.

La regulación del derecho de relación entre padres e hijos se recoge en los artículos 160 y 161 C.C. El primero de ellos fue modificado inicialmente por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. La promulgación de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil, y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos<sup>56</sup>, introdujo, como importante novedad, el derecho al establecimiento de relaciones entre los menores y sus abuelos, parientes y allegados, configurando su redacción actual, así como la del artículo 161. La Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>57</sup> ha sustituido el término de padres –ante la posibilidad de adopción por parejas homosexuales– por el de progenitores.

En definitiva, el artículo 160 C.C. dispone que los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad sobre sus hijos, tienen derecho a relacionarse con ellos, excepto si son adoptados –consecuencia lógica por cuanto el artículo 178 C.C. establece la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior– o en los supuestos en que el juez así lo determine conforme al interés del menor.

Por lo que respecta a las relaciones personales entre el menor y sus familiares, la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, introdujo cambios significativos en la regulación de este derecho. La consideración sobre la importancia de la figura de los abuelos en el proceso evolutivo de los menores y las dificultades que se producían para su comunicación cuando alguno de los progenitores se oponía a ella propiciaron la necesidad de modificar los preceptos vigentes, dotando a este derecho de una mayor protección legal, así como de un reconocimiento específico<sup>58</sup>.

El ejercicio del derecho de visita cuando se ha formalizado el acogimiento familiar del menor presenta unas características definidas. Su configuración inicial queda reflejada en el artículo 161 C.C., en el que se establece el derecho que asiste a los progenitores, abuelos y demás parientes a establecer relaciones con el menor acogido.

El régimen de visitas en la situación de acogimiento se deberá plasmar en el oportuno documento de formalización, como recoge el artículo 173.3.a) C.C. Este derecho se mantendrá siempre que sea beneficioso para el menor en aplicación del principio legal de primacía del interés superior de éste. *A contrario sensu*, cuando la aplicación del referido derecho suponga algún perjuicio para él que perturbe su óptimo desarrollo, la entidad pública deberá restringir las relaciones con la familia de origen e incluso proceder a su suspensión<sup>59</sup>. En caso de oposición los familiares, en defensa de sus intereses, podrán recurrir a los tribunales, que acordarán lo adecuado para el interés del menor<sup>60</sup>. En consecuencia, y de acuerdo con los textos legales, el régimen de visitas será pactado en el documento de acogimiento familiar o, en caso contrario, se tendrá en cuenta lo dispuesto por el juez, en atención a las circunstancias e interés del menor<sup>61</sup>.

La insuficiente regulación legal del acogimiento residencial provoca que durante el ingreso del menor en un centro no se determine cómo se ejercerá el derecho de relación de éste con su familia. La entidad pública, tras el estudio de las condiciones familiares y personales del menor, y en anuencia con el director del centro, determinará el régimen de visitas adecuado a sus circunstancias o, al igual que en la acogida familiar, podrá ser determinado judicialmente.

## 2.2. Otros derechos.

En relación con los derechos de los acogedores familiares, cabe señalar que podrán ser beneficiarios de las deducciones fiscales pertinentes reguladas por el ordenamiento jurídico. Tienen la posibilidad, además, de disfrutar de períodos de baja por acogimiento de menores asimilables a las bajas por maternidad o adopción<sup>62</sup>, así como a cualquier tipo de ayuda que pueda ser concedida por los diferentes organismos<sup>63</sup>, contando, asimismo, con el apoyo y asistencia de la entidad pública en todo momento.

Respecto a los centros asistenciales, si la titularidad es pública, su presupuesto será asumido por la Administración; en el supuesto de ser una entidad privada colaboradora, recibirá las pertinentes subvenciones por cada menor internado.

Por otro lado y dada la coincidencia sustancial de las funciones desarrolladas por los acogedores con la patria potestad o tutela, parece razonable admitir que las potestades que el ordenamiento jurídico regula para el ejercicio de ambas se apliquen igualmente a la doble modalidad del acogimiento. Entienden numerosos autores que el normal desarrollo de la medida de acogimiento sería impracticable sin cierto grado de obediencia y respeto del acogido hacia los acogedores familiares o los funcionarios o empleados del centro en que sea internado<sup>64</sup>. Asimismo, estas personas podrán recabar el auxilio de la autoridad para el desarrollo de sus funciones<sup>65</sup>. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, a través de su DF1ª modificó, entre otros, el artículo 154 C.C., suprimiendo la facultad de los progenitores para, en el ejercicio de su potestad, corregir razonable y moderadamente a sus hijos.

## 8. EXTINCIÓN DE LA TUTELA EX LEGE

El Código Civil no determina los supuestos en los que finalizará la tutela automática. Parece que la desaparición de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de la situación de desamparo sería una causa de revocación de la tutela *ex lege*, dado que, en estos casos, se estima que los padres están en condiciones de recuperar la patria potestad de la que fueron privados o suspendidos<sup>66</sup>. De forma genérica, hay que señalar que la institución tutelar se extinguirá cuando se considere que el mantenimiento de la citada medida no es conveniente para el interés del menor.

Asimismo, se entiende que serán aplicables las causas extintivas establecidas en los artículos 276 y 277 C.C. referidas a la tutela ordinaria<sup>67</sup>, que son, entre otras, el cumplimiento de la mayoría de edad del tutelado, la concesión del beneficio de la mayor edad, su adopción...

## Notas

- 1 BOE de 17 de noviembre de 1987, n.º 275.
- 2 BOE de 17 de enero de 1996, n.º 15.
- 3 Tutela que asume la Administración por ministerio de la ley, es decir, no es necesaria resolución judicial para su constitución, y se concede de forma automática cuando el menor es declarado en desamparo.
- 4 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996. *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs: 169. LLEBARIA SAMPER, S. 1990. *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*. Barcelona: Bosch: 49.
- 5 Ponente JIMÉNEZ BURKHARDT, JUR. 2004, marg. 128284. Se expresan en el mismo sentido, entre otras, SAP de Pontevedra, de 27 de octubre de 2005, ponente DE MARTÍN VELÁZQUEZ, JUR., 2006, marg. 25040, SAP de Barcelona de 22 de noviembre de 2005, ponente BLASA NOBLEJAS NEGRILLO, JUR. 2006, marg. 48965, SAP de Valencia de 7 de junio de 2004, ponente DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA, AC. 2004, marg. 2236.
- 6 En el ámbito legislativo, entre otras, la Ley 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia, DOG de 13 julio 2011, n.º 134, regula en su art. 52 las situaciones de desamparo.
- 7 VALLADARES RASCÓN, E. 1990. "La tutela de menores en relación al concepto legal de desamparo", en *Centenario del Código Civil II*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2045-2049; DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999. "Tutela, curatela y guarda de menores", en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*. Universidad de Burgos: 104; VARGAS CABRERA, B. 1991. "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87", *ADC*, 1: 631-632.
- 8 RUIZ-RICO RUIZ, J. M. 1988. "La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores", *AC*, 1: 63.
- 9 PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. 1989. *La nueva adopción*. Madrid: Civitas: 86 y 87; IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 175 y ss. DE PABLO CONTRERAS, P. 1993. "Comentario al art. 172 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Madrid: Tecnos: 40 y ss. DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999, *ob. cit.*: 104.
- 10 SAP de Cantabria de 4 de febrero de 2003, ponente DE LA HOZ DE LA ESCALERA, AC, 2003, marg. 1345.
- 11 STC de 26 de septiembre de 1990, ponente LEGUINA VILLA, R.T.C. 1990, marg. 143. STC de 18 de octubre de 1993, ponente CRUZ VILLALÓN, R.T.C. 1993, marg. 298.
- 12 DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999, *ob. cit.*: 112.
- 13 BOE de 29 de diciembre de 2007, n.º 312.
- 14 Circular 1/2008, de 22 de diciembre, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado (*JUR* 2009/24418), p. 3.
- 15 Circular 1/2008, de la Fiscalía General del Estado..., p. 4.
- 16 Circular 1/2008, de la Fiscalía General del Estado..., p. 5.
- 17 HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995. "Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)", *AC*, 1: 39.
- 18 Así lo reconocen, entre otros, HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995, *ob. cit.*: 39. PILLADO MONTERO, A. 1987. "Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción". *R.D.P.*: 447.
- 19 VARGAS CABRERA, B. 1994. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Granada: Comares: 113-119; FELIU REY, M. I. 1989. *Comentarios a la ley de adopción*. Madrid: Tecnos: 25 y ss.; VALLADARES RASCÓN, E. 1990. *ob. cit.*: 52.; LINACERO DE LA FUENTE, M. 2001. *Protección jurídica del menor*. Madrid: Montecorvo: 232-242; FERRER VANRELL, M. P. 1993. "El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda", *ADC*: 177.
- 20 En ausencia de criterio legal, la doctrina científica sostenía posturas contradictorias sobre esta cuestión. Un importante sector doctrinal abogaba por la incompatibilidad de ambas. Así, ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J. 1987. "El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987", *RDP*: 757 y ss., determinaba que la asunción de la tutela por parte de la entidad pública, "presupone o bien la inexistencia de relación de patria potestad o bien, de existir ésta, su enervación siempre judicial". Sostenían el mismo argumento, entre otros, RUIZ-RICO RUIZ, J. M. 1988, *ob. cit.*: 65; LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 34 y ss.; VARGAS CABRERA, B. 1991. "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987", *ADC* 1: 652.  
Por otro lado, otros autores defendían la coexistencia de ambas: FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 179. DE PABLO CONTRERAS, P. 1993, *ob. cit.*: 37.
- 21 Entre otros, FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 177.
- 22 FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 177.
- 23 DE PABLO CONTRERAS, P. 1993, *ob. cit.*: 36 y ss.; VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 656.
- 24 RODRÍGUEZ SOL, L. 1993. "La protección y acogimiento de menores en el Derecho español", *La Ley*, 1: 1103.
- 25 Como señala HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995, *ob. cit.*: 36 y ss.
- 26 HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995, *ob. cit.*: 40. En el mismo sentido, PILLADO MONTERO, A. 1987, *ob. cit.*: 447 cuando afirma que "antes de atribuir *ope legis* esa tutela concreta a favor de una entidad pública habrá que determinar si las demás posibilidades legales para tutelar a ese menor (artículos 228 y 235 y concordantes del C.C.) están cegadas".
- 27 VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 663.

- 28 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 328.
- 29 VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 663.
- 30 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 328.
- 31 FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 177.
- 32 FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 180.
- 33 VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 663.
- 34 DÍEZ GARCÍA, H. 2004. *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: 99. Sigue sus postulados, GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M. 2008. "Comentario a los artículos 5-26 de la LDCG.", en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, coordinado por REBOLLEDO VARELA, A. L. Navarra: ed. Aranzadi: 133.
- 35 LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 201.
- 36 VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 641. RUIZ-RICO, RUIZ, J. M. 1988. "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)", AC, 1: 151, utiliza un símil para este desdoble; el mecanismo de velar por el menor entre acogedores y padres se asemejaría al caso de los progenitores divorciados, en el que el menor convive con uno de ellos pero el otro no pierde su facultad de velar por él, ni las demás obligaciones inherentes a la patria potestad.
- 37 Entre acogido y acogedor/es se debe establecer una relación personal de forma continuada, "que presupone la comunidad de vivienda", FELIU REY, M. I. 1989, *ob. cit.*: 73. También FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000. "Visión general del acogimiento familiar", AC, 5: 1692.
- 38 Entre otros, VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 154 y 155.
- 39 FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 208. GARCÍA CANTERO, G. 1992. "Notas sobre el acogimiento familiar", AC, 21: 314, también considera conveniente el acuerdo con los padres sobre la educación a recibir por sus hijos en acogimiento para evitar la "discontinuidad en la educación antes recibida", no supeditando únicamente esta premisa cuando se pretenda la reunificación familiar. Entiende asimismo, FELIU REY, M. I. 1989, *ob. cit.*: 75, que "la educación que el acogedor está obligado a dar al acogido ha de seguir las orientaciones y criterios que establezcan los padres".
- 40 FELIU REY, M. I.: 1989. *ob. cit.*: p. 73; HERAS FERNÁNDEZ, M. M. 2002. *El acogimiento convencional de menores, (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales). (Formularios)*. Madrid: Montecorvo: 239; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000, *ob. cit.*: 1693; MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991. *El acogimiento de menores*. Barcelona: ed. Bosch: 166; LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 222.
- 41 HERAS HERNÁNDEZ, M. M.: 2002, *ob. cit.*: 239.
- 42 GÓMEZ LAPLAZA, M. C. 1986. "Comentarios a los artículos 259 a 270 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela: Ley 51/1982, de 13 de julio de 1982 y Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983*, coordinado por AMORÓS GUARDIOLA, M., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO. Madrid: Tecnos: 510; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. 1989. *Derecho de familia*. Madrid: ed. Universidad de Madrid, Sección Publicaciones: 819. En líneas generales, estas teorías son reseñadas y adscritas por los autores LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 215-216; VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 152; RUIZ RICO-RUIZ, J. M. 1988, *ob. cit.*: 154.
- Sin embargo, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A. 1989. *El nuevo régimen de la familia. IV. Acogimiento y adopción*. Madrid: Civitas: 114, entiende que el tutor queda obligado a alimentar al menor contra su propio patrimonio.
- 43 En este sentido, DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 125. VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 152 y 153. En un plano opuesto se sitúa, PÉREZ ALVÁREZ, M. A. 1989, *ob. cit.*: 98, pues entiende que lo dispuesto en el art. 173.1 del C.C. no hace desaparecer las obligaciones alimenticias que el ordenamiento jurídico impone a otros sujetos, vía artículos 154, 269 y 142 C.C., sino que la interpretación de los artículos mencionados deber realizarse de forma conjunta.
- 44 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1987. "La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. L'acolliment", *Revista Jurídica de Catalunya 2*, vol. 86: 330; HERAS HERNÁNDEZ, M. M. 2002, *ob. cit.*: 265. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000, *ob. cit.*: 1690. VATTIER LAGARRIGUE, C. J. 1999. "Contribución al estudio del acogimiento", en *Instituciones protectoras del menor...*, *ob. cit.*: 159.
- 45 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1993, *ob. cit.*: 104; PÉREZ MARTÍN, A. J. 1998. *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. Comentarios, Texto legal, Casos prácticos, Jurisprudencia y Formularios*. Valladolid: Lex nova: 367.
- 46 Afirma, de forma categórica, la obligación que tienen los acogedores de alimentar al menor, DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 121-133. *Vid.*, asimismo, DÍEZ GARCÍA, H. 2004. "La pluralidad de alimentantes en el acogimiento familiar", en el *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia: 1249. También MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991, *ob. cit.*: 164-166; FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 210. GARCÍA CANTERO, G. 1992, *ob. cit.*: 314. No obstante, VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 152, matiza que el acogedor está directamente obligado a las prestaciones alimenticias con su propio patrimonio, pero que, junto a éste, concurren en este deber alimenticio los padres, aun privados de la patria potestad.
- 47 DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 124-127.
- 48 DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 126 y 127.
- 49 LINACERO DE LA FUENTE, M. 2001, *ob. cit.*: 295.
- 50 Las distintas modalidades de acogimiento familiar han sido configuradas en función de la finalidad a conseguir mediante la medida de protección: principalmente, la inserción en su familia de origen o, por el contrario, la adopción de otras medidas de protección más estables.
- 51 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1993, *ob. cit.*: 104; VATTIER LAGARRIGUE, C. J. 1999, *ob. cit.*: 158. GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M. 2008, *ob. cit.*: 134 y 135.

- 52 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1993, *ob. cit.*: 92. En el mismo sentido, GÓNZALEZ DE LOS SANTOS, M. 2008, *ob. cit.*: 132.
- 53 VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 163 y LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 222, estiman que son de aplicación las normas relativas a las guardas de hecho, reguladas en los artículos 303 y ss. En el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ, J. M. 1989. *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Granada: ed. Comares: 247. MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991, *ob. cit.*: 168. FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 207.
- 54 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 328 y ss.
- 55 CARRANCHO HERRERA, M. T. 1999. "La patria potestad. Contenido básico de la institución", en *Instituciones protectoras del menor...*, *ob. cit.*: 69 y 70.
- 56 BOE de 22 de noviembre de 2003, n.º 280.
- 57 Como se recoge en la propia exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre.
- 58 En relación con esta temática, vid., RIVERO FERNÁNDEZ, F. 1997. *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch.
- 59 En el AAP de Castellón de 22 de noviembre de 2007, ponente ALTARES MEDINA, P. J., JUR. 2008, marg. 119119, la abuela de una menor declarada en desamparo recurre la decisión del Juzgado de Primera Instancia que denegaba el régimen de visitas demandado por ella. Considera el Tribunal que, dada la imposibilidad de encontrar en la familia extensa de la menor el núcleo familiar adecuado en que la menor pueda integrarse debidamente, "las visitas no tienen ya sentido, y podrían redundar en perjuicio de la niña". En el mismo sentido, vid., AAP de Islas Baleares de 29 de octubre de 2007, ponente AGUILÓ MONJO, M. A., JUR. 2008, marg. 84677, SAP de Huesca de 16 de noviembre de 1993, ponente SERENA PUIG, S., AC. 1993, marg. 2241, AAP de Guadalajara de 21 de noviembre de 2003, ponente MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ, M.A., JUR. 2003, marg. 24034, SAP de Granada de 23 de febrero de 2005, ponente GALLOR ERENA, A., JUR. 2005, marg. 138731, AAP de Lugo de 7 de abril de 1998, ponente NEIRA MEDÍN, A., AC. 1998, marg. 4714; AAP de Málaga de 16 de marzo de 1999, ponente TORRES CUÉLLAR, M. J., AC. 1999, marg. 4996.
- 60 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 385.
- 61 Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, BOE de 6 de noviembre de 1999, n.º 266, modifica el art. 45.1d del RD/L1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE de 29 de marzo de 1995, n.º 75, determinando que se procederá a la suspensión del contrato de trabajo por "maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años".
- 62 En particular, las CC.AA. otorgan prestaciones económicas a las personas que adopten o acojan a menores.
- 63 En este sentido, vid., DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 138; VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 155; FELIU REY, M. I. 1989, *ob. cit.*: 75; LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 226; VALLADARES RASCÓN, E. 1988. "Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción", R. P. J. 9: 37; ARCE Y FLÓREZ, J. 1987, *ob. cit.*: 703; RUIZ RICO-RUIZ, J. M. 1989, *ob. cit.*: 246; RODRÍGUEZ SOL, L. 1993, *ob. cit.*: 1114; IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 384; HERAS HERNÁNDEZ, M. M. 2002, *ob. cit.*: 241; MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991, *ob. cit.*: 172; PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. 1989, *ob. cit.*: 144; GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M. 2008, *ob. cit.*: 131 y 132.
- 64 Cfr., DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 135; PÉREZ MARTÍN, A. J. 1998, *ob. cit.*: 293; LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 228; FELIU REY, M. I. 1989, *ob. cit.*: 75; VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 155; FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 209; RUIZ RICO-RUIZ, J. M. 1988, *ob. cit.*: p 157.
- 65 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 324 y ss.
- 66 VARGAS CABRERA, B., 1991, *ob. cit.*: 666.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J. 1987. "El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987", *RDP*: 743-784.
- CARRANCHO HERRERA, M. T. 1999. "La patria potestad. Contenido básico de la institución", *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*. Universidad de Burgos: 19-74.
- DE PABLO CONTRERAS, P. 1993. "Comentario al artículo 172 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, R. Madrid: Tecnos.
- DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999. "Tutela, curatela y guarda de menores", en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos: 79-126.
- DÍEZ GARCÍA, H.
- 2004. "La pluralidad de alimentantes en el acogimiento familiar", en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia: 1254-1260.
  - 2004. *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.
- 1987. "La tutela de menors a la LLei catalana 11/1985 de Juny de protecció de menors. L'acolliment", *Revista Jurídica de Catalunya 2*, vol. 86: 301-338.
  - 1993. "Comentario al artículo 173 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, R. Madrid: Tecnos: pp. 88-111.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000. "Visión general del acogimiento familiar", *AC*. 5: 1685-1695.
- FERRER VANRELL, M. P. 1993. "El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda", *ADC*: 163-218.
- GARCÍA CANTERO, G. 1992. "Notas sobre el acogimiento familiar", *AC*. 21: 305-318.
- GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M. 2008. "Comentario a los artículos 5-26 de la LDCCG", en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006*, de 14 de junio, coordinado por REBOLLEDO VARELA, A. L. Navarra: Aranzadi: 77-174.
- HERAS FERNÁNDEZ, M. M. 2002. *El acogimiento convencional de menores, (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales)*. (Formularios). Madrid: Montecorvo.
- HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995. "Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)", *AC*: 35-38.
- IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996. *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs.
- LLEBARIA SAMPER, S. 1990. *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*. Barcelona: Bosch.
- MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991. *El acogimiento de menores*. Barcelona: Bosch.
- PÉREZ ALVÁREZ, M. A. 1989. *La nueva adopción*. Madrid: Civitas.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. 1998. *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. Comentarios, Texto legal, Casos prácticos, Jurisprudencia y Formularios*. Valladolid: Lex Nova.
- PILLADO MONTERO, A. 1987. "Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción". *RDP*: 446-457.
- RIVERO FERNÁNDEZ, F. 1997. *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ SOL, L. 1993. "La protección y acogimiento de menores en el derecho español", *La Ley*: 1097-1116.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.
- 1988. "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores", *AC*, 1: 57-83.
  - 1988. "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)", *AC*. 1: 137-160.
  - 1989. *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Granada: Comares.
- VALLADARES RASCÓN, E.
- 1990. "La tutela de menores en relación al concepto legal de desamparo", en *Centenario del Código Civil II*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2045-2049.
  - 1988. "Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción", *RPJ*. 9: 29-62.

VARGAS CABRERA, B.

- 1991. "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87", *ADC*: 611-695.
- 1994. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia y legislación autonómica e internacional*. Granada: Comares.



MANUEL OCTAVIO DEL CAMPO VILLARES \_Universidad de A Coruña. moctadcv@udc.es  
FRANCISCO JESÚS FERREIRO SEOANE \_Universidad de Santiago de Compostela, Universidad de A  
Coruña. franciscojesus.ferreiro@usc f.ferreiro1@udc.es\_[79-106]

# El ICO: agente mediador en la conquista de los mercados internacionales. Una alternativa a la crisis



Fecha de recepción \_[31.10.2010]

Fecha de aceptación \_[21.12.2011]

**& Resumen/Abstract:** *Es un hecho que la mayor presencia empresarial en el exterior exige una financiación creciente debido tanto al mayor importe medio de los proyectos de inversión exterior como al componente creciente que en materia de I+D presentan. De esta manera, la financiación pública se convierte en una fuente imprescindible de crédito a la hora de acudir a los mercados extranjeros en condiciones de competitividad, y es en esa función crediticia donde el Instituto de Crédito Oficial juega un papel decisivo.*

*Es pues una condición de eficiencia económica que la política comercial llevada a cabo por el ICO sea lo más diferenciadora posible; sin este carácter, el alcance y los efectos de su financiación cara a impulsar la presencia de la empresa española en el exterior apenas se deja sentir.&*

**& Palabras clave:** financiación pública, crédito, tipos de interés, mediación financiera, inversión, comercio exterior.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el contexto económico actual de globalización y crisis, las empresas han de ver los mercados exteriores no sólo como una oportunidad para asegurar su desarrollo, sino incluso para asegurar su supervivencia. Una empresa que no sea capaz de ampliar su mercado o no crezca dentro del que ya tiene es susceptible no sólo de reducir su competitividad, sino también de comprometer su existencia, de ahí la necesidad de buscar nuevos mercados. Ello obliga a una mayor exigencia socio-productiva y a un incremento de la capacidad tecnológica para mantenerse en ese entorno global. Y es en esa búsqueda donde el sector público juega un papel clave, tanto en la promoción de los productos y marcas nacionales en el exterior, como dotando al sistema económico de un marco normativo y de confianza.

En dicho marco se sitúa el presente trabajo: el estudio de la eficacia de uno de los principales agentes públicos de nuestro sistema financiero en relación con la externalización del tejido productivo, el Instituto de Crédito Oficial (ICO), que, al respecto, actúa en una doble dirección: 1ª, facilita la apertura y difusión de la empresa nacional en el exterior y, 2ª, ofrece financiación pública para expandir al exterior nuestro sistema productivo.

Pero antes, para comprender la actuación del ICO, debemos conocer su naturaleza y función, lo que abordaremos enseguida. En un segundo punto relacionaremos las líneas básicas de financiación ICO, para, en un tercer apartado y conformando el núcleo del trabajo, desarrollar en clave funcional y financiera el alcance y la estructura de aquellas líneas cuyo fin es elevar la presencia de la empresa española en el mercado exterior. Finalmente se exponen los resultados y las conclusiones más destacados.

## 2. DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL ICO

### Evolución normativa

Aunque nuestro objeto no es otro que analizar la actuación del ICO cara a la internacionalización de la empresa nacional y el comercio exterior, antes es necesario enmarcar la acción del Instituto, describiendo su naturaleza, objeto y operativa.

Una entidad de crédito oficial es una estructura jurídico-administrativa similar a una sociedad anónima pero de capital estatal. El matiz está en la actividad ejercida y en la necesidad de dotarla de un estatuto jurídico y económico flexible; y la diferencia con el resto de entidades de crédito es que no desarrolla la actividad propiamente crediticia al no gozar de la facultad para captar fondos del público en forma de depósitos<sup>1</sup>.

El DL 28/7/70 destacó la urgencia de estudiar la rentabilidad de los proyectos financiados con fondos públicos, además de coordinarse con el resto del sector financiero, para lograr una eficiente distribución de los recursos, germen del ICO, que nace con la Ley 13/71, según reza en su presentación, donde se definen su dirección, funciones y principios. Estos últimos son: la coordinación y complementariedad con el crédito privado plasmado en la consecución de una distribución óptima de los recursos y una especial atención a las pymes con mayores dificultades para financiarse en los mercados de crédito.

Esta regulación se mantuvo con escasas variaciones hasta la Ley 12/95, si bien antes el artículo 127 de la Ley 33/87 configuró el Instituto como una entidad de derecho público y personalidad jurídica propia. En 1991 las entidades oficiales de crédito, el ICO y los cuatro bancos oficiales (Agrícola, Industrial, Hipotecario y Local) formaron uno de los mayores

grupos bancarios del sistema crediticio. La norma que rige hoy el ICO es la disposición adicional VI de la Ley 12/95, donde se regula su función y objeto, siendo una entidad pública empresarial, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda (MEH), con naturaleza de entidad de crédito y carácter de agencia financiera del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y regida por el principio de complementariedad, atendiendo en primer lugar las necesidades financieras que el sistema financiero privado no cubre (ICO, 2009).

Así, en sus estatutos aparece como fin principal “el sostén y promoción de la actividad económica que contribuya al crecimiento y mejora de la distribución de la riqueza nacional y, en especial, de la que por su trascendencia social lo merezca”; y, en segundo lugar, “actuar como ejecutor de determinadas políticas económicas siguiendo la línea marcada por el Consejo de Ministros, la comisión delegada de gobierno para asuntos económicos o el MEH”.

### Funcionalidad y principios de actuación

Dado que el ICO no cuenta con una red propia de oficinas, está obligado a buscar un soporte operativo con que ejecutar su función financiera. Este no es otro que las entidades financieras privadas (en adelante EEFF) y, por extensión, su unidad de negocio básica, la oficina abierta al público. Es ésta el canal de transmisión de la principal política del Instituto, la “*mediación financiera*”, mediante la cual *el ICO concede fondos*<sup>2</sup> al prestatario, *las EEFF, que los distribuirá a sus clientes* (empresas, particulares y otros) en condiciones de máxima competitividad en términos de precio (interés, comisiones, plazos).

Sin embargo, y pese a la magnanimidad de su función, su eficiencia, medida en clave de acceso al crédito para aquellas empresas que más sufren la falta de crédito, es algo que la actual crisis parece poner en una más que amplia sombra (el crédito concedido al sector privado por las cajas en el primer semestre de 2011 cayó un 3,6%, datos CECA), dada la escasa capacidad que parece observarse a la hora de exigirle a su principal colaborador, las EEFF, la concreción del circuito de mediación (García y Martínez, 2011)<sup>3</sup>, o, dicho de modo más sencillo, que el crédito llegue al destinatario final: microempresas y pymes sobre todo.

El acceso al crédito vive en un estado laberíntico tanto a nivel macroeconómico como en su aproximación a la unidad empresarial básica. Todos los días vemos en los medios de comunicación cómo los Estados no pueden financiar su deuda; el déficit público es medida ya no sólo de control, sino también de eficiencia. Conceptos antes sólo tratados en terminología de empresa privada, como el estudio de las fuentes de financiación o el ahorro de explotación recogido en la cuenta de pérdidas y ganancias, hoy son magnitudes públicas habituales, y ya no hablemos de la necesidad de reestructurar la Administración Pública, que de repente pasa a estar en boca ya no sólo de expertos, sino hasta del ciudadano de a pie. Todo ello hace más importante conocer *¿qué beneficio ofrece el ICO y cómo éste llega al agente productivo?* Cuestión de controvertida actualidad y que abordaremos de forma práctica en el caso que nos ocupa: la salida al exterior de nuestro sistema productivo.

### La doble faceta del ICO: agente financiero del Estado y banco de desarrollo

Como *agencia financiera del Estado*, el Instituto financia por mandato del Gobierno a afectados por razones de grave riesgo económico, catástrofes, reconversiones u otros supuestos de alto riesgo; el ICO actúa de salvavidas socioeconómico.

Como *banco de desarrollo* tiene una misión principal: prestar fondos a medio y largo plazo para financiar inversión productiva. Con estas operaciones de política económica o de

mercado el ICO apoya a las empresas mediante la creación y gestión de instrumentos de financiación y equilibrio financiero: *los créditos (líneas) de mediación* que, con la ayuda de las EEFF, permitirán a las empresas continuar, iniciar o reorientar su actividad en condiciones preferentes. Financiar la inversión productiva es prioridad del ICO, si bien, y dada la magnitud de la actual crisis, ha dejado de ser ésta su única función para convertirse en un amplio paraguas capaz de apagar fuegos allí donde la mecha prende día a día<sup>4</sup>.

Llegados a este punto y antes de presentar las principales líneas de actuación financiera del Instituto, debemos introducir dos conceptos básicos del quehacer diario del ICO sin los cuales sería imposible comprender su función mediadora: la *financiación concertada* y el *mecanismo de mediación*, ejes operativos de la acción financiera ejercida por el Instituto, y “usando” al efecto y como instrumento mediador al sector financiero privado, con quien concierta el grueso de la mediación; o, dicho de forma más práctica, quien le permite transferir los fondos públicos propiedad del Instituto al sector socio-productivo y demás.

### 3. LA FINANCIACIÓN CONCERTADA

Cuando se habla de financiar con fondos públicos al tejido socio-productivo, ello es algo susceptible de hacerse por dos vías: la subvención y la concertación. Subvención no es más que la entrega de una cantidad de dinero a fondo perdido y que puede o no estar condicionada en cuanto a su uso, hablando así de financiación condicionada frente a incondicionada en su destino, aunque será la financiación concertada la fórmula a través de la cual el ICO acerca su dotación presupuestaria al sistema socio-productivo y recogida ésta en cada una de sus líneas de financiación (Martín-Retortillo, 1994). Así pues y sin más dilación, pasamos a describir la “concertación financiera”.

El esquema expuesto en la figura 1 muestra el funcionamiento básico de la mediación financiera, entrelazando todos los agentes que participan en las operaciones concertadas, así como la relación mediante la cual éstos se entrelazan y que adopta como representación la de un flujo monetario circular entre todos los agentes implicados. Pero antes, y para llevar a cabo esta función, el ICO debe captar los recursos necesarios en los mercados financieros. Con este objetivo está autorizado a emitir bonos o títulos de deuda en los mercados<sup>5</sup>, siendo el dinero obtenido de quien los adquiere el que más tarde y mediante la “mediación” entrega a los bancos y cajas para que éstos ofrezcan al beneficiario final ese flujo de crédito, concluyendo con la devolución de fondos al ICO por las EEFF.

#### Relación entre el ICO y las EEFF [prestatario]

Cuando el ICO actúa a través de las líneas de mediación, el beneficiario final (empresa) solicita un crédito con fondos ICO en las EEFF que dentro del territorio nacional hubieran firmado un convenio de mediación con el Instituto, garantizando así su acción mediadora. El ICO firma convenios de colaboración con todas las EEFF del sistema financiero nacional para quienes no firmar estos convenios les supondría quedarse fuera del mercado del crédito (ICO, 2010)<sup>6</sup>, hecho que se agrava en una situación como la actual, en la que la liquidez financiera escasea y toda entidad crediticia trata de conceder créditos al más bajo coste posible<sup>7</sup>; los fondos de mediación son propiedad del ICO y no de las EEFF.

El prestatario (EEFF) oferta a sus clientes créditos con fondos ICO en las condiciones fijadas en el acuerdo de colaboración firmado, condiciones preferentes respecto a las que las EEFF aplicarían según su tarifa de precios habitual. A cambio de esa intermediación, el ICO abona

a la EF intermediaria lo que se denomina “margen de intermediación”, un porcentaje de interés fijo o variable, aplicado sobre el importe nominal de la operación.

Toda EF firma, pues, acuerdos de colaboración con el Instituto de forma regular y periódica. Es necesario mantener una posición institucional de colaboración con el poder público (Jiménez *et al.*, 2011), pues el perjuicio comercial (posición en el mercado) es elevado si nos quedamos al margen del principal circuito de financiación pública.

### Relación entre las EEFF y el cliente-empresa [beneficiario final]

El cliente (BF) solicita y tramita la financiación aprobada al amparo de las distintas líneas de mediación dirigiéndose a su entidad de crédito habitual, garantizándole ésta la accesibilidad al crédito dada la diversificación en clave de localización de su red de oficinas (Del Campo, 2004)<sup>8</sup>. El convenio establece que el ICO bonifica al cliente, a través de su entidad de crédito, aplicando un interés inferior al cobrado por la banca comercial (tipo privado), suponiendo ello un ahorro para el BF. Para identificar el importe de ese beneficio financiero asociado a una operación financiada con fondos ICO, debemos pues calcular la diferencia entre el interés devengado, aplicando el tipo de interés de referencia (mercado), y el realmente pagado (concertado). Ese ahorro financiero para una operación crediticia real se recoge de forma fiel en la tabla 2, aplicada ésta sobre un proyecto real.

El interés satisfecho por el cliente al firmar con su entidad de crédito una operación financiada con fondos del ICO se denomina interés de partida aplicado y consta del tipo cobrado por el ICO (de cesión) más el margen de intermediación que la EF tenga autorizado aplicar.

Por otra parte, la financiación ICO debe ser compatible con el resto de ayudas recibidas de: comunidades autónomas, otras administraciones y resto de organismos públicos para el proyecto sujeto a financiación ICO, ajustándose a los límites fijados al respecto por la UE<sup>9</sup>. Profundizando en esta relación a tres bandas: ICO-EEFF-BF, y vigilada por la UE, la responsabilidad en el buen fin del proyecto financiado no recae en el ICO, aun siendo el propietario de los fondos. Lo habitual es que el ICO aporte la financiación y el riesgo de impago lo asuma el prestatario; por ello, éste se responsabiliza del cumplimiento de todos los requerimientos del acuerdo firmado (ICO, 2009).

### Configuración administrativa y funcional de la mediación, ICO-EEFF-BF

El proceso de mediación y concertación financiera llevado a cabo por el ICO se inicia a la firma del convenio financiero entre el ICO y las EEFF (bancos o cajas), cuando se fija el importe destinado para el año en curso y el objeto financiable. En el contrato firmado se detallan todas las características<sup>10</sup> de las operaciones financieras (instrumentación) concedidas al amparo del mismo, así como el tipo de proyectos objeto de financiación (materialización). Las operaciones se instrumentalizan en un contrato formalizado entre el prestatario (EEFF) y el beneficiario que reúna los requisitos exigidos. El ICO ofrece al prestatario una línea de crédito hasta un límite basándose en el riesgo capaz de contraer cada entidad y el uso dado a la línea en el año anterior.

Profundizando en el proceso de captación y cesión, la disposición de fondos se produce entre la firma del contrato y el cierre del ejercicio económico o el agotamiento de los fondos si éste es anterior al período de disposición. El ICO desde la primera semana de dicho período oferta quincenalmente fondos a las EEFF a través de comunicación oficial publicada en su

intranet, junto a los tipos aplicados para la quincena. Concluida la quincena, todas las entidades de crédito solicitarán al ICO los fondos correspondientes al importe de las operaciones ICO formalizadas en la quincena. Completada la solicitud, el ICO, a los 5 días, desembolsa el importe solicitado. El proceso concluirá con la devolución de fondos al ICO a medida que las operaciones firmadas entre EEFF y BF se amortizan.

#### 4. LA ACTIVIDAD MEDIADORA DEL ICO ANTE LA CRISIS

Antes de relacionar las líneas de mediación del ICO vigentes y analizar las dirigidas a impulsar y fomentar la presencia de la empresa española en el exterior, debemos, para entender la trascendencia de la acción financiera del ICO, presentar el macroacuerdo de colaboración, firmado entre el ICO y las EEFF, para financiar las necesidades de autónomos, empresas y distintas entidades, tanto públicas como privadas, en el bienio 2009-2010, ampliado en 2011, momento que, dada la crisis reinante, hizo que las líneas de mediación crecieran de forma exponencial en sólo tres años, cumpliéndose la máxima:



Con este macroacuerdo tuvo lugar una ampliación, reestructuración y diversificación de las principales líneas de financiación, configurándose la actuación del ICO bajo las siguientes líneas básicas (ICO Directo, 2011)<sup>11</sup>: ICO Inversión Nacional; ICO Emprendedores; ICO Liquidez; ICO Promotor; ICO Internacional; la puesta en marcha del Facilitador Financiero y, sobre todo, la nueva línea “Economía Sostenible” en 2010.

Las novedades del nuevo acuerdo firmado en 2009 tuvieron por objeto ampliar la acción del ICO ante la crisis: más beneficiarios y proyectos. La tabla 1 resume las novedades técnicas más relevantes emanadas del acuerdo firmado por el ICO con las EEFF en 2009 extendido a 2010 y 2011, mostrando cómo se amplían todas las variables definitorias de la mediación y plasmando las líneas maestras seguidas por el Instituto ante la crisis:

- Ampliar la ayuda financiera al total de la inversión (100% del proyecto inversor) sin criterio selectivo o de rentabilidad económica alguna; se financia la inversión usada, de reposición y hasta el IVA<sup>12</sup>.
- Adecuarse a la urgencia financiera ampliando los beneficiarios de todas las líneas, llegando en 2011 hasta las AAPP, las ONG y fundaciones, cuya actividad es más bien “escasamente” productiva en el sentido tradicional del término.
- La naturaleza en clave de inversión también se expande, así como los gastos vinculados a ésta, llegando a admitirse la financiación de parte del gasto corriente en algunas líneas, vehículos para uso particular y hasta ciertos consumos, como la adquisición de equipamiento informático.
- Reconocimiento de que la salida a la crisis no será ni a corto ni a medio plazo, por lo que se amplían indiscriminadamente plazos y carencia<sup>13</sup>, en ocasiones con criterios de difícil comprensión dada la naturaleza de la inversión proyectada o la forma de amortizar la deuda contraída.

## 5. VOLUMEN Y LÍNEAS DE FINANCIACIÓN 2010-2011

En la configuración de las líneas de financiación ICO 2010/2011 se incorporaron sucesivas modificaciones y ampliaciones en las condiciones financieras, beneficiarios o proyectos financiados<sup>14</sup>. Esto hizo que el peso de la mediación concedida por el ICO en 2010 se dirigiese hacia las líneas de inversión nacional, emprendedores y liquidez, y, sobre todo, a la recién estrenada y presentada como la panacea económica, la línea ICO Economía Sostenible en 2010, en 2011 Inversión Sostenible<sup>15</sup>, y que en el fondo no es sino un convenio con cabida para todo tipo de inversiones y beneficiarios, alternativa para ampliar los proyectos a financiar.

A continuación se presentan aquellas líneas de mediación definidas como básicas, adoptando como referencia al respecto la oferta de mediación ICO 2011.

*Línea Inversión Nacional*, con ella el ICO apoya y financia proyectos de inversión de autónomos, pymes y resto de empresas y, desde el presente ejercicio, también de AAPP, entes públicos, fundaciones y ONG que realicen inversiones productivas no sostenibles en territorio nacional. Los elementos financiados por la línea ICO Inversión Nacional en 2011 son: activos fijos productivos nuevos o de segunda mano no sostenibles, vehículos para cualquier uso de precio no superior a 30.000 euros, compra de empresas o el IVA.

En el tipo de interés aplicado hay dos opciones, fijo o variable, según cotización oficial ICO, y con un diferencial máximo del 1,50%; plazos de amortización desde los 3 hasta los 20 años<sup>16</sup>.

*Línea ICO-Liquidez*, con esta nueva línea (2009) el ICO pone fondos a disposición de autónomos, microempresas, pymes y resto de empresas "solventes" hasta la crisis y que ésta les hizo empeorar sus estados financieros. Su objeto principal es por lo tanto atender el ciclo de explotación, la necesidad de liquidez y afrontar su gasto corriente. También en 2011 amplió sus beneficiarios a entidades públicas, fundaciones y ONG<sup>17</sup>. Es, pues, una financiación exclusiva de la crisis, incluso admite la reestructuración de pasivos como objeto financiado. Hay que decir que los efectos de la crisis en nuestro tejido productivo convirtieron, en sólo dos años de vida, esta línea en la segunda tanto por número de operaciones (23,5% en 2009 y 35,5% en 2010) como por importe (el 30,2% y el 37,6%) respectivamente.

El interés dependerá de la modalidad de financiación escogida:

- Modalidad A: Fondos aportados al 50% entre el ICO y las EEFF, siendo el tipo aplicado la media aritmética entre el tipo de los fondos aportados por el ICO y el de los aportados por las EEFF más sus márgenes.
- Modalidad B: Tipo fijo o variable (Euribor 6 meses), hasta un margen del 2%. Modalidad referida a operaciones en que toda la financiación la aporta el ICO.

Los plazos de amortización están comprendidos entre uno y siete años, y hasta dos años de carencia de principal. En 2009 el plazo máximo de amortización era de cinco años ( $\Delta$  del 40%).

La *Línea ICO-Internacional* impulsa la presencia de las empresas españolas en el exterior, financiando esa inversión exterior en condiciones preferentes, como veremos más tarde. Son, pues, beneficiarios de esta línea: autónomos, pymes y el resto de empresas españolas, si bien, y como el resto de líneas básicas de mediación ICO 2011, sus ventajas se extendieron hasta las AAPP, las fundaciones y las ONG; eso sí, han de responder en todo caso a un proyecto inversor en el exterior. Son inversiones financiadas: la compra de activos fijos productivos nuevos y de segunda mano para el ejercicio de la actividad principal, la creación de empresas (financiable un 20% de circulante) en el exterior e IVA.

La *Línea ICO-Vivienda* tiene como objeto impulsar el mercado del alquiler, creando una bolsa nacional de viviendas en alquiler. Por ello, se dirige a empresas con domicilio fiscal y social en España titulares de inversiones inmobiliarias, financiando la vivienda construida y terminada en condiciones de habitabilidad y destinada a régimen de alquiler como vivienda habitual. El importe de la financiación concedida se destinará a cancelar en todo o en parte el préstamo promotor formalizado previamente en la entidad de crédito.

El *Fondo de Economía Sostenible* supone la “gran” novedad en la función de mediación del ICO; implantado en 2010, su alcance está, por tanto, por descubrir. Esta línea se configuró como la propuesta política estrella en materia de financiación de cuantas ejecuta el ICO, una suerte de panacea económica y social, la sostenibilidad<sup>18</sup>, la cual soportaría todo y ejercería de dinamizador económico. En la práctica, no es sino un convenio global de amplia cabida tanto por tipología de la inversión financiable como por el tipo de beneficiario.

Son beneficiarios de esta nueva línea los mismos que en las anteriores y los que acometan proyectos de inversión definidos como sostenibles, entendiendo como proyectos sostenibles aquellos que incluyan nuevos procesos de producción, nuevos productos o servicios, nuevos sistemas de dirección o negocio que impliquen un más eficiente uso de los recursos o la reducción del impacto medioambiental. Se ha desarrollado una guía al efecto, la cual está integrada por los siguientes sectores objetivo (ICO, 2010):

- Área medioambiental: eficiencia energética, tratamiento y gestión de residuos, del agua, energías renovables, rehabilitación de viviendas, barrios y áreas rurales.
- Área de conocimiento e innovación: salud y biotecnología, energía y cambio climático, construcción sostenible, agroalimentación de calidad, tecnologías de la información y comunicación, nanociencia y nanotecnología.
- Área social: atención a los mayores, dependientes, profesionalizar el servicio asistencial, apoyo a la conciliación y responsabilidad social cooperativa.

Hasta aquí las líneas de financiación consideradas básicas en la tarea de mediación del ICO para 2011. Pero además de estas líneas principales, el ICO cuenta con otras de carácter más específico o sectorial entre las que se encuentran:

La *línea ICO-ICEX*, cuyo objeto es facilitar un ágil y barato crédito a las empresas que ejecuten acciones de difusión, implantación y promoción comercial de la marca nacional en el exterior<sup>19</sup>; se financian el 100% de los gastos, si bien éstos se ajustarán a los siguientes límites: para Pymes hasta 125.000 euros por cliente y año; para los programas de ICME<sup>20</sup> el máximo financiable será de 500.000 euros; y para los PIPE<sup>21</sup>, de 250.000 o 500.000 euros según programa. Junto a la línea ICO-Internacional, el convenio ICEX será objeto de un tratamiento específico posterior.

Visto lo que hace y cómo se ajusta el ICO a la situación del momento, a continuación abordaremos el núcleo de nuestro trabajo, *la acción medidora del ICO cara a conseguir una mayor presencia de la empresa española en el exterior*, profundizando para ello en su estructura, viendo el efecto de ésta en un caso práctico (Villareal y Landeta, 2010), sorteando el engranaje operativo sobre el que se asienta la mediación financiera referida en nuestro caso al ICO-Internacionalización, midiendo y revelando con ello el beneficio económico obtenido de esta financiación pública, valorando éste con la finalidad de elevar la presencia exterior de nuestro sistema productivo, ¿alternativa a la crisis si fuera el caso?

## 6. FINANCIACIÓN EXTERIOR DEL BF CON FONDOS PÚBLICOS (ICO)

El objeto de centrar el estudio en las líneas ICO dirigidas al mercado exterior no es otro que conocer e interpretar una alternativa de salida a la crisis para muchas empresas que obtienen ventajas competitivas en el hecho de abrir y ampliar su actividad al exterior, ICO (2011)<sup>22</sup>. La deslocalización y diversidad de los mercados es vista no sólo como una oportunidad de crecimiento, sino de supervivencia.

De hecho, la historia económica sobre la externalización de la empresa española se repite; en épocas de recesión interna nuestro tejido empresarial busca fuera el negocio que no encuentra en casa. Muestra de esa efervescencia exportadora es que en el primer semestre de 2010 España fue el país “más” dinámico en exportación de los llamados grandes de la UE, 2 puntos porcentuales en aptitud exportadora sobre la zona euro y una variación interanual 6/09 vs 6/10 de 3,2 puntos superior al contexto europeo y de 3 sobre Francia y Alemania.

La empresa española busca la oportunidad exterior, lo que se traduce en un aumento de nuestras exportaciones. No hay que olvidar que de septiembre de 2009 a abril de 2010 la demanda privada interna cayó sin cesar. A ello se une la recuperación en 2010 de nuestros principales clientes: Francia y Alemania. Así, nuestro volumen medio de actividad exterior “X-M” creció un 15,8% de 2009 a 2010<sup>23</sup>. Esta búsqueda de nuevas alternativas de negocio por parte del sistema productivo nacional se recoge también en la evolución de la tasa de variación interanual a precios corrientes de nuestras “X”, que en los cuatro trimestres de 2010 y en el primero de 2011 presenta los siguientes valores: 10,1%; 14,0%; 13,6%; 15,1% y 17,3% (datos INE). Así, dadas las escasas expectativas de que la demanda interna<sup>24</sup> cambie de tendencia, es clave y necesario identificar con criterios de optimización y eficiencia si la venta y colocación del producto nacional fuera de nuestras fronteras cuenta con mercados en donde se pueda mejorar nuestra actual posición.

## 7. EL ICO EN LOS MERCADOS INTERNACIONALES

### ICO-Internacionalización

El objeto de la línea “ICO-Internacionalización de la empresa española” no es otro que facilitar apoyo financiero a la expansión e inversión exterior de la misma, si bien y como venimos repitiendo, en 2011 y dada la delicada situación financiera nacional, se ampliaron los beneficiarios más allá del ámbito productivo y privado. Sus clientes son, pues, empresas y entidades de capital nacional (mayoritario), con o sin establecimiento permanente en el exterior y, eso sí, que acometan en todo caso un proyecto de inversión fuera del territorio nacional. Se trata de financiación, además, bajo unas condiciones preferentes para el beneficiario final.

El convenio recoge todas las características tanto técnicas como financieras de las operaciones financiadas (instrumentación), así como la tipología de los proyectos financiados (materialización) y que podrán formalizarse bajo la modalidad de préstamo o *leasing*. Son considerados como proyectos preferentes de esta línea: equipamiento, plataformas logísticas o redes de comercialización que comprendan tanto la adquisición de activos productivos nuevos como de segunda mano, la compra de participaciones en empresas residentes en el extranjero y la creación de empresas en el exterior. Se permite financiar desde el año 2010 el 100% de la inversión más IVA y hasta 10 millones de euros/cliente.

Así pues, las políticas de I+D e innovación gozan aquí de una máxima atención, junto al hecho de que la inversión dirigida a facilitar la salida a nuevos mercados va acompañada por término medio de una superior capacidad productiva, inducida ésta sobre la base de un mayor contenido en clave I+D y que tiene su reflejo en un superior importe medio de las operaciones de inversión exterior financiadas con fondos ICO, como veremos.

En 2011, y como novedad, se fijaron dos tramos para formalizar operaciones de esta línea basándose en su importe, lo que condicionó el tipo de interés aplicado. Hasta dos millones de euros, las operaciones se formalizan en el tramo I, y, de superar esta cifra, se formalizarán dos operaciones: una hasta los dos millones, aplicándole el tipo de interés del tramo I, y el resto se acogerá al tramo II a un tipo superior. Tipo de interés del tramo I: *Euribor ICO (6M)+1,15%*; para el tramo II: y hasta esos ocho millones adicionales, *Euribor ICO (6M)+1,50%*.

Pasamos ahora a mostrar la formación del tipo de interés aplicado al cliente, pues, como veremos, es el precio financiero aplicado a la inversión financiable (González 1992; Hernández *et al.*, 2005) la característica financiera en la que radica la ventaja de acogerse a la financiación con fondos ICO, como se puede comprobar en la tabla 2, referida en su contenido a un proyecto real. El ICO comunica quincenalmente a las EEF el *tipo de partida aplicado al cliente final*, el cual se obtiene a partir de: 1º) *el margen o coste de cesión*, tipo que el ICO cobra al beneficiario final, y 2º) *el margen de intermediación*, diferencia entre el tipo aplicado al cliente y el de cesión.

$$\text{Tipo de cesión} + \text{Margen de intermediación} = \text{Tipo de interés aplicado al cliente}$$

El tipo de interés que el ICO permite aplicar a la entidad intermediaria sobre los fondos dispuestos por el beneficiario final o *tipo de cesión* es, por regla general, el máximo permitido, según acuerdo tácito entre las distintas entidades (Penedo, 2004):

$$\text{Tipo de cesión} = \text{Tipo de partida para el cliente} - \text{Margen de intermediación}$$

Contexto metodológico empleado en la financiación comparada desarrollada.

Para identificar verazmente el beneficio económico que al beneficiario final le suponen las condiciones financieras a través de las cuales adquiere los fondos ICO, es preciso fijar un marco de referencia al efecto, y esto no es otra cosa que lo que tendría que pagar por ese mismo crédito en el sistema financiero privado. Con este objetivo hemos realizado un análisis de campo proyectado sobre una operación de inversión cierta, donde es posible medir ese "ahorro" financiero obtenido con la financiación ICO-Internacional frente al empleo de fondos privados, ahorro visualizado en un descenso de las cuotas pagadas por el crédito solicitado. A continuación presentamos de forma esquematizada la formulación que rige la concertación financiera llevada a cabo por el ICO comparada con lo que sería una financiación a tipos de interés privados o de mercado; el resultado figura en la tabla 2.

1. Cálculo de las cuotas ICO-Internacionalización obtenidas a través del simulador icodirecto.com y donde el tipo de interés ICO aplicado ( $Ti_{ICO}$ ) se conforma a partir de:

- Tipo de Ref<sup>a</sup> ICO =  $TRf_{ICO}^a$  = Euribor (RT) sin redondeo a la fecha de formalización.
- Coste de adquisición de fondos, fijado por el ICO para cada línea = Caf
- Diferencial aplicado, donde el máximo aplicable lo fija el ICO =  $Dif^a$

$$[1] Ti_{ICO} = a + b + c = TRf_{ICO}^a + Caf + Dif^a$$

2. Tipo preferente aplicado por el sistema financiero privado, fijo y variable.

-  $Timf_{pref.}$  Obtenido a través de la encuesta efectuada a personal directivo de las EEFF seleccionadas: Santander, BBVA, La Caixa, NCG y Pastor. Tipo fijado como porcentaje referenciado al interés marcado por el Banco Central Europeo y adaptado a la política comercial del momento en cada entidad.

-  $Timv_{pref.}$  Establecido también a través de la encuesta efectuada, siendo el tipo de interés base ( $Ti_{base}$ ) utilizado la media aritmética del Euribor (RT) con redondeo de los tipos aplicados en la quincena de referencia,

$$Ti_{base} = \text{Med} (\text{Eur}(\text{RT})_{1q} + \dots + \text{Eur}(\text{RT})_{nq}) / n; \quad n = \text{días hábiles de la quincena.}$$

Al tipo base le añadimos el diferencial medio preferente aplicado por las distintas EEFF,

$Dif^a_{pref.}$

$$[2a] \quad Timf_{pref.} = TFijo (B_{Eur}, P_{ComerEF})$$

$$[2b] \quad Timv_{pref.} = Ti_{base} + Dif^a_{pref.}$$

3. Tipo estándar aplicado por el sistema financiero privado.

-  $Timf_{est.}$  Tarifa de precios publicada por las EEFF, adaptada a la política comercial de la entidad y la política recomendada al respecto a nivel nacional por el Banco de España.

-  $Timv_{est.}$  Tarifa de precios publicada por las EEFF, siendo el tipo base utilizado para las operaciones a tipo variable la media aritmética del Euribor (RT) con redondeo de los tipos aplicados para la quincena de referencia,

Al tipo base se le añadirá la media del diferencial publicado por las EEFF,  $Dif^a_{est.}$

$$[3a] \quad Timf_{est} = TFijo (B_{Eur}, P_{ComerEF} + P_{B\text{España}})$$

$$[3b] \quad Timv_{pref.} = Ti_{base} + Dif^a_{est}$$

Mientras que los supuestos de partida empleados en el ejemplo desarrollado son:

- Importe del proyecto: 100.000 euros.
- Mercado preferente, el que en su operativa las EEFF aplican a sus clientes más rentables, según encuesta. Tipos preferentes aplicados: fijo  $\rightarrow$  6,75%; variable  $\rightarrow$  Euribor (12M) + 3,75%. Comisión 2,25%.
- Mercado estándar, el que figura en el cuadro de tarifas aplicable al cliente que entre por la puerta. Tipos estándar aplicados: fijo  $\rightarrow$  9,0%; variable  $\rightarrow$  Euribor (12M) + 6,75%. Comisión 3,0%.
- Plazos, los establecidos para el ICO-Internacionalización.
- Quincena empleada, la comprendida entre el 1/8/2011 y el 12/8/2011, siendo el Euribor de referencia empleado la media aritmética de éste (12M) en la quincena.

Los resultados (tabla 2) son concluyentes: en todos los tramos de amortización considerados el tipo de interés privado resultante supone una cuota de amortización netamente superior a la derivada de la operación financiada con fondos públicos, a lo que se une la no aplicabilidad de comisión de apertura en el caso de la financiación ICO.

En la comparativa ICO vs tarifa de tipos estándar del sector financiero, aquellos aplicados a un cliente "nuevo" que acaba de entrar por la puerta, estos últimos son manifiestamente

abusivos para acometer esa inversión en el exterior; la inversión con fondos privados refleja un coste financiero extremo (González, 1992; Villareal y Landeta, 2010). Mientras que en el caso de condiciones preferentes, si bien el coste diferencial se reduce, para ninguno de los plazos temporales reconocidos mejora la financiación privada el coste financiero derivado de la financiación pública considerada.

Teniendo en cuenta el único supuesto en el que ambas financiaciones son equivalentes (tipo fijo y 240 meses), cabe preguntar ¿qué entidad financiera daría una operación con fondos propios a un tipo de interés fijo y a un plazo tan elevado? La respuesta es fácil: ninguna, y menos en un estado como el actual caracterizado por una escasa liquidez y alta morosidad; además está la baja rentabilidad de esa operación a tipo fijo. Las diferencias recogidas en la tabla 2 muestran el ahorro obtenido en toda la vida de la operación<sup>25</sup> según plazo, el cual, y para la operación financiada y un plazo de 10 años, incluyendo la comisión de apertura, es el siguiente: mercado preferente, 5,6% (f) y 6% (v); y mercado estándar, 20,6% (f) y 25,1% (v).

La ventaja financiera de la financiación con fondos ICO es más que significativa, a lo que se une su máxima flexibilidad en términos de plazos de amortización y/o carencia (López y Romero, 1998). En una situación económica como la actual no cabe entender la inversión productiva en general al margen del circuito financiero que ofrece el ICO<sup>26</sup>.

Así pues, por una parte, podemos caracterizar esta línea como amplia y diversificada en su caracterización financiera: beneficiarios, proyectos elegibles, tipos de interés y, sobre todo, en lo que hace referencia a plazos de amortización y carencia. Pero, por otra, carente de cualquier elemento financiero o institucional que la dote de un contenido diferencial respecto al resto de líneas básicas de mediación “interior” del ICO. Todas ellas forman parte de un único paquete financiero ajustado a la necesidad del momento, sin que se entrevea una apuesta seria por la externalización de nuestro sistema productivo.

Pero, además, esta financiación pública exterior cuenta con un elemento añadido y apenas considerado y que no es otro que el hecho de tratarse de la línea de mediación que en la práctica más se especializó en financiar una actividad económica cuyo contenido en términos I+D<sup>27</sup> supera la media del resto de líneas ICO. Las tablas 3 y 4 muestran el uso de los fondos ICO internacional en términos de CNAE a la cual se destinan y el importe medio de las operaciones que financia, donde la muy superior cifra muestra tanto una mayor inversión como un mayor desarrollo y capacidad productiva del objeto financiado.

En el caso de la orientación de los fondos ICO-Internacional solicitados (tabla 3), en la combinación de las actividades de metalúrgica, servicios empresariales e inmobiliarios, maquinaria y equipos, electrónica, material de transporte, energía, electricidad, agua y gas, es decir, aquellas susceptibles por término medio de emplear un superior contenido tecnológico, vemos cómo el diferencial observado respecto a la línea Pymes<sup>28</sup> período 2006-09 es un 26,6% superior, con datos del trienio 2006-08, y, aunque cae (24,1%), todavía mantiene un claro diferencial positivo del 20,2% en el bienio 2009-10.

Profundizando en el desglose sectorial recogido en la tabla 3, hay que destacar el diferencial positivo que presenta la actividad de maquinaria, equipamiento, electrónica y transporte, que de forma sostenida se revela como actividad de inversión exterior. Los servicios inmobiliarios y empresariales en el bienio 2009-10, cuando la actual crisis empezó a hacer estragos especialmente en el ámbito de la construcción, incrementaron su diferencial un 58,8%, siendo la segunda actividad que más volvió la vista hacia el mercado exterior,

reflejo de la necesidad de buscar nuevas oportunidades de negocio<sup>29</sup> donde la demanda es más flexible y diversificada. Además, la fusión de la actividad primaria y la agroindustria pasa de un diferencial negativo en la demanda de fondos ICO-Internacional respecto al Pymes de -0,3 puntos a otro positivo de +5,1. El sector primario ve en el exterior oportunidades de las que el mercado interno carece; el sector vitivinícola y de carne son los mejores ejemplos.

Por tanto, si consideramos como clave a la hora de impulsar y fomentar aquellas políticas basadas en un alto contenido I+D el acceso regular a unos fondos ya no sólo de propiedad pública, sino y por encima de todo, susceptibles de un coste financiero muy inferior al crédito privado, los fondos ICO deben jugar un papel cualitativamente relevante<sup>30</sup>.

Los datos de la tabla 4 refrendan en términos de inversión media financiada con fondos ICO esa mayor complejidad y desarrollo de la inversión dirigida a su implantación en el exterior, factor puesto de relieve a través del diferencial observado sobre la media de una operación de inversión financiada con fondos ICO<sup>31</sup> en el conjunto del período 2006-10, siendo la variación media de los 5 años nada menos que del 943,5%; la cifra lo dice todo.

Por este motivo, las condiciones preferentes de esta línea (interés, plazos, comisiones, etc.) jugarán un papel trascendente en la financiación de I+D en nuestro país. Sin embargo, tanto la cifra como la dimensión de los fondos ICO solicitados cara a la búsqueda de salidas comerciales en el exterior y recogidas en las tablas 5 y 6 no responden a una orientación cierta al desarrollo e innovación, ni por supuesto refrendan una política dirigida a la localización de nuevos mercados o alternativas de negocio en el exterior ante la contracción de la demanda interna y la saturación de mercados básicos hasta la fecha.

Concluimos que la difusión y diferenciación del beneficio financiero de la financiación ICO exterior no parecen las más adecuadas. Así pues, cuestión a abordar y planteada como objeto de investigación es la necesidad de dotar esta línea de un mayor poder diferenciador y de una comercialización distinta al resto de líneas básicas del Instituto. ¿Será ello capaz de elevar la demanda de fondos para inversión exterior de nuestro sistema productivo?

## 8. ICO-ICEX. COMERCIO EXTERIOR

El ICEX (Instituto Español de Comercio Exterior) y el ICO mantuvieron hasta 2010 un acuerdo que permitía la puesta a disposición de las empresas de una línea de financiación, "Aprendiendo a Exportar", que facilitaba la obtención de fondos en condiciones preferentes para compensar el coste que supone invertir en el exterior, incluyendo cualquier acción de promoción comercial y facilitando la salida al exterior de nuestras empresas. Se financia todo el gasto necesario para acometer la salida al exterior de las empresas elegibles al ajustarse su proyecto a la "Guía de Inversiones y Gastos elegibles" del ICEX. Completan la lista de beneficiarios las empresas pertenecientes al Club PIPE o que tengan aprobado un proyecto de internacionalización, implantación comercial y marca en el exterior. También podrán beneficiarse empresas que participen en programas análogos de las comunidades autónomas.

Hasta 2010, el ICO-ICEX, como el resto de líneas ICO, se instrumentalizaba a partir del esquema tradicional de concertación, *"el beneficiario presenta en su entidad financiera un proyecto de exportación y expansión comercial en el exterior; una vez que ésta aprueba y firma la operación, solicita los fondos al ICO, ajustándose la operación formalizada a un tipo de interés y unas condiciones preferentes fijadas por el Instituto, siendo la subvención implícita al interés aplicado el beneficio para el exportador"*.

Esas condiciones preferentes en 2010 eran las siguientes:

- Tipo de interés para el cliente: variable, según cotización oficial ICO y equivalente al Euribor (6M) + 0,50%. Hasta 2008 el interés aplicado al cliente era nada menos que el 0%.
- Plazos de amortización: 3 o 5 años sin carencia.
- Amortizaciones anticipadas, totales o parciales libres.

Sin embargo, y pese a las excepcionales condiciones de esta línea, su dimensión y resultados dejaron bastante que desear<sup>32</sup>. En cuanto a su dimensión, esta línea contó en 2009 con apenas un presupuesto de 100 millones de euros, reducido a 70 millones en 2010, ascendiendo de nuevo en 2011 hasta los 100 millones de euros. Pero lo más preocupante es el uso dado a la línea, puesto que éste ni tan siquiera alcanzó un tercio de la dotación en 2009 y 2010<sup>33</sup>.

Lo anterior justifica que esta línea, a diferencia del resto de convenios de mediación ICO 2011, experimentase una sustancial transformación, que, como veremos, ha supuesto un importante cambio de estrategia operativa y financiera. Así, en 2011 el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a través del ICEX, la Compañía Española de Reafianzamiento (CERSA), el ICO y la Confederación Española de Sociedades de Garantía Recíproca (CESGAR), firman un acuerdo al objeto de impulsar la salida al exterior de la empresa española, modificando para ello las reglas de acceso a la financiación de los proyectos viables de internacionalización empresarial, adoptando como nueva referencia financiera y operativa las condiciones y marco establecido en la línea ICO-Liquidez 2011.

Las solicitudes al amparo de esta línea se presentarán en cualquier banco o caja adheridos a la línea ICO-Liquidez para su evaluación, que, una vez analizadas, las remitirán a las Sociedades de Garantía Recíproca (SGR) correspondientes para el estudio de su participación mediante el aval necesario que cubrirá parte del riesgo.

Hasta 2010, la línea ICO-ICEX actuaba bonificando en parte o todo (financiación al 0%) el interés al que bancos y cajas concedían sus créditos a las pymes que querían exportar o implantarse en el exterior, viendo cómo aún así la disposición de la línea era irrelevante (un tercio tanto en 2009 como en 2010). Algo falla si con una financiación al 0% o al Euribor apenas se presentan proyectos financiables. Cabe preguntarse: ¿la línea ICO-ICEX era lo suficientemente comercializada tanto por las entidades de crédito como por el propio Instituto?, ¿cabe argumentar que se trata de una financiación desconocida?

Era por tanto urgente buscar una estrategia de actuación diferente. Por esto, desde el presente ejercicio la actuación financiera al respecto pasa a centrarse en avalar hasta un 75% (50% el ICO y 25% SGR) el riesgo que presentan estas operaciones de comercio exterior, facilitando que los fondos, en este caso ya no de propiedad pública, fluyan a las empresas con una mayor facilidad al reducirse el riesgo de impago para el prestatario.

La diferencia financiera y estratégica radica pues en que las bonificaciones del ICEX se utilizan para reasignar el riesgo de la operación a través de las SGR, lo que supone un cambio de estrategia total. Hasta 2010 la operativa se fundamentó en la bonificación al tipo de interés satisfecho por la pyme que trata de implantarse en el exterior y firma un contrato subsidiario con su entidad al amparo de la línea ICO-ICEX, siendo el riesgo de impago asumido por esta última. Este acuerdo se perfila como el cambio estructural más relevante en la mediación ICO, aunque todavía es pronto para ver sus efectos. A continuación desgranamos las características de los créditos firmados bajo este nuevo acuerdo.

En cuanto al tipo de interés aplicado al cliente, es idéntico al aplicado en el ICO, liquidez vista con anterioridad, distinguiendo al respecto dos modalidades:

- Modalidad A: financiación y riesgo compartidos al 50% entre el ICO y la EF. El ICO por su 50% asume la totalidad del riesgo, mientras que el riesgo de los fondos aportados por la EF se reparte al 50% entre ésta y una SGR. Así pues, el riesgo de morosidad asumido por la EF es un cuarto de los fondos del proyecto, siendo el tipo aplicado al cliente → Tipo de partida (F/V) + 2,50% ó 3,00%
- Modalidad B: toda la financiación la aporta el ICO y el riesgo de inicio lo asume la EF. Si bien, a través del acuerdo firmado, ese riesgo se compartirá al 50% entre la EF y la SGR; el riesgo de la entidad es entonces por la mitad de los fondos, siendo el tipo aplicado al cliente → Tipo de partida (F/V) + 2,0%.

## 9. CONCLUSIONES

El objeto de la línea ICO-Internacional evolucionó de lo específico a lo genérico en 2011: conceder financiación a toda entidad que acometa un proyecto de inversión en el exterior, lo que se traduce en una ampliación por omisión del objeto del convenio. En el caso de la Línea ICO-ICEX, la generalidad define su objeto: financiar proyectos viables de promoción exterior; el ICO ablanda su exigencia en términos de elegibilidad. Ahora bien, como vimos, esta generalidad del objeto financiado es parte de las medidas anticrisis adoptadas por el Gobierno y canalizadas por el ICO conducentes a impulsar la inversión empresarial de forma genérica, sin seguir ningún criterio de eficiencia económica (tabla 2).

Pero es en la concreción de la inversión financiable en donde aparecen las mayores novedades. Así, para el ICO-Internacional y también por omisión son financiables desde 2010: la adquisición de activos usados, turismos a precio inferior a los 30.000 euros, admitiéndose toda inversión si contribuye a la actividad principal con tal de que aparezca el interés exterior. Mientras que, al financiar el gasto exterior vía ICEX, pasamos de la genérica definición de “financiar cualquier gasto que facilite la salida de la empresa española al exterior” a otra si cabe más ambigua: “financiar proyectos viables de internacionalización”. En esta línea de extensión de la financiación pública cara al exterior se sitúan otras medidas tales como:

- Financiar inversión de reposición o la adquisición de turismos sin considerar su uso; cabe financiar el “Mercedes” del director de la empresa para uso particular.
- Financiar el IVA; finamente subsidiar el pago de impuestos con fondos públicos.

Siendo todas ellas políticas de aplicación general por parte del Gobierno a cualquier actuación ejercida por el Instituto a través de su acción de mediación, los cambios observados en las dos líneas estudiadas no son más que la continuidad de la respuesta generalista del Gobierno a la crisis. En esta línea de ampliar el volumen financiable se encuentra también la evolución del límite financiable sobre el total de la inversión o factura:

- En el ICO-Internacional pasa del 70% en 2002 al 80% en el periodo 2006-09, para en 2010 alcanzar el 100% de la factura presentada más el IVA sujeto.
- En 2009 el ICEX amplió la financiación al 100% desde el 80% hasta ese año.

Una de las características en donde mejor se aprecia ese interés teórico, que no práctico, por la externalización es en la evolución de los plazos de amortización, los cuales se amplían tanto al corto como al largo plazo. Desde una amortización a 3 años sin carencia hasta 20 años sin o con 3 de carencia, evolución similar a la de las líneas de Inversión Nacional y

Economía Sostenible. En el caso del ICO-ICEX, el plazo de amortización hasta 2008 era de 3 años sin carencia, ampliándose en el bienio 2009-10 a 5 años. En 2011, al subrogarse a las características del ICO liquidez, el plazo crece hasta los 7 años y 2 de carencia.

Como medida general, el ICO amplió todas las variables que definen el alcance y extensión de cada línea mediadora, y, en este sentido, los convenios cara al exterior no podían ser menos, ampliando sus beneficiarios, objeto financiable, porcentaje e importe a financiar por cliente, bonificaciones al tipo de interés, plazos de amortización y carencia.

Eso sí, todo formando parte de una respuesta global, que no selectiva, ante un contexto más que difícil intentando impulsar la inversión productiva y ya no sólo en clave de crédito, sino incluso de confianza. La crisis y la convulsión financiera de los tres últimos años, así como la inestabilidad internacional, hicieron que el grifo del crédito sufriese un drástico recorte, siendo los primeros en notar sus consecuencias los de mayor dificultad a la hora de acceder al crédito: autónomos, microempresas y pymes. Ante esto, al sector público no le cabe otra cosa que adoptar medidas "urgentes" para que el crédito fluya, y entre ellas sobresale la política de mediación del ICO.

Sin embargo, tal y como hemos tratado de reflejar, la acción del ICO no se dirigió hacia el comercio exterior y la presencia de nuestra empresa en el exterior (tabla 6) como alternativa a la crisis. Toda empresa que decida invertir en el exterior se beneficiará de la mediación financiera del ICO, pero no porque la internacionalización o la necesidad de buscar nuevos mercados para nuestras empresas representen un objetivo de política sectorial del Gobierno (Jiménez *et al.*, 2011; Melle, 2001). La máxima de la eficiencia y rentabilidad no es criterio de segmentación del ICO ante la crisis. Sus principales áreas de actuación se sitúan en las líneas dirigidas a refinanciar empresas y/o proyectos que debido a la crisis se encuentren en un débil estado financiero, así como abarcar la mayor cantidad posible de inversión sea cual sea su origen (INFO 2009; ICO 2011). Viendo la evolución reciente de las "líneas de mediación" del ICO, podemos afirmar que la crisis condicionó y delimitó la actuación del Instituto como agente financiador del sistema socio-productivo.

Por este motivo, la actuación del ICO a la hora de financiar inversión exterior es, a la vez que poco apreciada, casi desconocida; su peso sobre el balance "X-M" es inferior al 1% en 2010. Y para atestiguar dicha afirmación nada mejor que ver las cifras recogidas en las tablas 6 y 7. La primera muestra las operaciones e importe de fondos ICO solicitados en el período 2006-2010 en las dos líneas analizadas; en ningún año alcanza el 3% y eso a pesar de la crítica situación de la economía nacional en el bienio 2009-2010. La evolución de los fondos cedidos por el ICO para financiar actividades de inversión y promoción en el exterior se mantiene en cifras absolutas irrelevantes hasta el año 2009, y, si bien en 2010 crecen esos fondos un 91,1%, en valor relativo ven reducir su peso a consecuencia de que la labor de mediación interna para atender necesidades propias de la crisis absorbió porcentualmente un volumen mayor de la dotación financiera del Instituto.

La tabla 6 muestra la dimensión de las dos líneas de vocación exterior analizadas sobre el total de líneas ICO en 2009 y 2010, dándonos como resultado en 2009 una mediación del exterior del 0,18% en número de operaciones y del 1,5% en importe, porcentajes que, aunque crecen en 2010, son irrelevantes. El efecto, por tanto, de la mediación ICO en aras a impulsar la presencia de la empresa española no existe, siendo preocupante el caso de la línea ICO-Internacional, pues ésta goza de una estabilidad dentro de lo que es el conjunto de la actuación del ICO, formando parte de las llamadas líneas básicas de mediación ICO.

Las cifras recogidas muestran la necesidad y urgencia de llevar a cabo un cambio de estrategia a la hora de dar a conocer la financiación ICO, más barata, como vimos, cuando de un proyecto de inversión y comercialización en el exterior se trata; la estrategia seguida por el ICO en la financiación interior no sirve cuando se trata de salir al mercado exterior.

La actividad exportadora española se asienta en la iniciativa privada y en la acción pública de carácter promocional: apoyar la presencia de nuestras empresas en ferias o exposiciones internacionales o misiones comerciales. Por contra, la acción financiera destinando fondos públicos para maximizar la inversión exterior apenas es relevante.

Por lo tanto, la actuación del ICO para maximizar la importancia y el alcance de su política de fomento e impulso a la presencia productiva de nuestro sistema productivo en el exterior debe experimentar un cambio radical tanto en la forma en que se transmite hacia el tejido empresarial como en lo que respecta a los criterios y formas en que ese flujo financiero llega al sistema productivo, diferenciándose de las reglas que aplica el ICO en las líneas de mediación nacional. En este sentido, el cambio de estrategia<sup>34</sup> observado para el ICO-ICEX en 2011 puede ser un punto de inflexión a tener en cuenta, viendo sus resultados en términos de disposición de los fondos aprobados para esta línea.

La caracterización observada en la acción mediadora del ICO cara a impulsar la presencia de la producción nacional en el exterior es capaz de mermar y diluir el beneficio financiero que supone acudir a la financiación de la inversión exterior con fondos ICO, como vimos, siendo dicha caracterización común a la que el Instituto lleva a cabo en materia de financiación para el resto de líneas dirigidas a atender la demanda de bienes y servicios nacional, cuando la naturaleza, dimensión y contenido tecnológico de la inversión exterior en nada se parecen a la demanda interna (tablas 3 y 4).

En 2010 el porcentaje de operaciones es, pues, del 0,27% y en importe el 2,2%; al objeto de ofrecer una referencia válida al respecto y según datos facilitados por el propio Instituto, en 2004 las operaciones firmadas para financiar inversión en el exterior por el ICO representaban el 0,14%, ascendiendo las mismas en importe al 1,67%; la dimensión y evolución de las cifras lo dicen todo. Es necesario modificar y actualizar la forma de hacer llegar la actuación del ICO si queremos que la efectividad de su apoyo financiero sea al menos la deseada para impulsar la presencia de la empresa española en el exterior<sup>35</sup>.

En este sentido, hay que decir que la publicidad y comunicación que emplea el ICO a la hora de divulgar su acción mediadora no mudó en los últimos años tanto a nivel de publicidad (prensa, carteles, folletos) como de campañas de imagen (televisión, presentaciones y seminarios), o la canalizada a través de las EEFF colaboradoras. De hecho, la difusión y promoción del ICO apenas si se siente más allá del bis a bis entre la entidad prestataria (banco o caja) y el beneficiario final y la campaña anual de anuncios televisivos. A pesar de lo dicho, cabe destacar un hecho significativo no exento de valor, como es la sencillez expositiva de la web de comunicación empleada por el Instituto. Si bien y pese a ello, es la acción de los directivos de las entidades de crédito colaboradoras ofertando esta financiación pública la fuerza que mueve el flujo de fondos propiedad del ICO hasta el beneficiario final.

Queremos concluir introduciendo una serie de medidas que consideramos que optimizarían la eficiencia y la rentabilidad de los fondos ICO, basándonos en la idea de que la actuación del ICO no tiene por qué limitarse a la concesión directa o indirecta de fondos públicos, y en este sentido presentamos las siguientes alternativas de actuación:

Facilitar la elaboración de estudios de mercado capaces de identificar alternativas de negocio ciertas y estables tanto en clave de mercado interior como exterior, siendo el propio Instituto un aval de calidad acerca de la rigurosidad y valía de estos estudios.

Establecer una política de comercialización y marketing proactiva a través de la cual el ICO gane proximidad cara al sistema productivo. A tal efecto, sería oportuna una programación estable de presentaciones a asociaciones empresariales, cámaras de comercio, colectivos sectoriales, siendo el propio ICO quien debe protagonizar esa actuación.

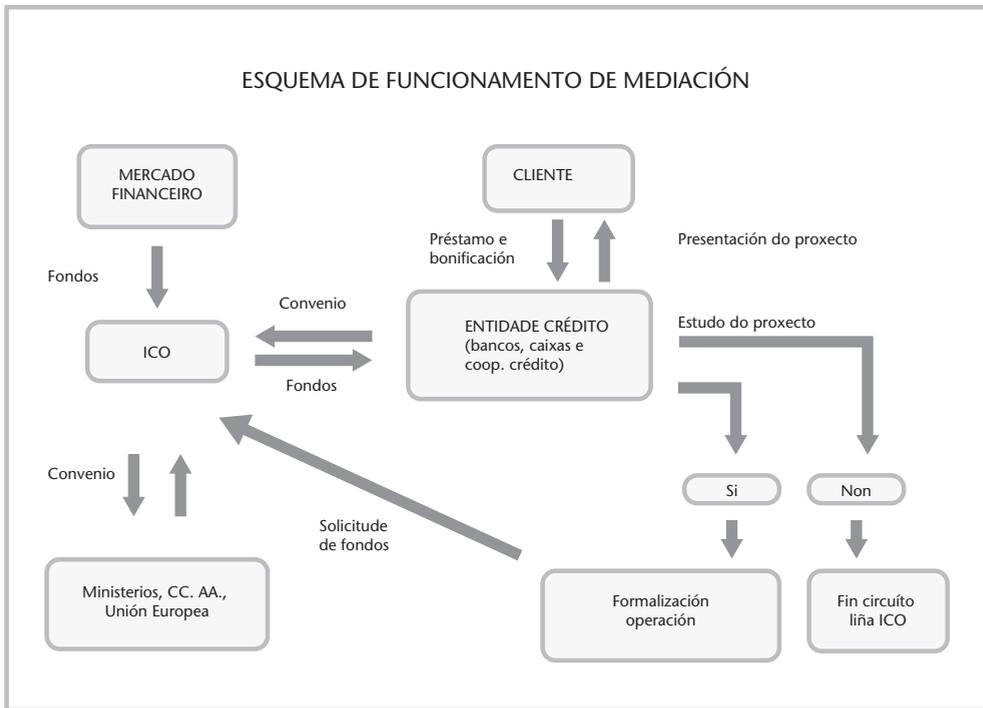
Analizar el valor añadido de todas las políticas (líneas) de mediación cuyo objeto no es precisamente productivo, valorando la reducción y hasta la eliminación de las mismas. La política seguida en los últimos años de disgregación de las principales líneas de mediación no ha facilitado la operatividad de la concertación financiera, precisamente cuando es más necesaria; es más, incluso en ocasiones es origen de disfunciones y errores en el planteamiento de los proyectos presentados<sup>36</sup>.

La concertación financiera en el ámbito público no es exclusiva del ICO, sino que todas las comunidades autónomas cuentan con un organismo competente en materia económica y que de alguna manera se comporta como una réplica del ICO a nivel autonómico. La coherencia y la colaboración entre estos organismos autonómicos y el Instituto es una necesidad. La promoción del producto nacional en el exterior no es exclusiva del Estado, sino que, como Estado descentralizado que somos, las comunidades autónomas e incluso la Administración local llevan a cabo actuaciones en este sentido. Sin embargo, esto que en teoría debería tener un efecto positivo, en ocasiones, produce lo contrario: autonomías y hasta entes locales crean imágenes paralelas, impidiendo crear una imagen común, haciendo más difícil entrar en ciertos mercados y ello pese a tener productos de una buena relación calidad-precio<sup>37</sup>. En este punto, el ICO debe ejercer un papel directriz e impedir las deseconomías creadas.

El sistema básico a través del cual se ejecuta la política de subsidiación financiera, la subvención al tipo de interés junto a la exención de comisiones, si bien dota a la actuación del ICO de una homogeneidad, no tiene por qué ser en todos los casos la mejor de las alternativas a la hora de hacer llegar el beneficio de la financiación pública al sistema productivo. Es necesario poner en valor y plantear otras alternativas financieras tal y como vimos en el caso del ICO-ICEX 2011. Si el sistema financiero es cautivo de su estado de inestabilidad, deben estudiarse otras alternativas que garanticen el flujo de dinero público y que el ICO está deseando que lleguen a su destino. En este sentido, una política a considerar es la llevada a cabo por distintas agencias de desarrollo autonómicas<sup>38</sup>, quienes subvencionan a mayores la financiación ICO, concediendo a titulares de operaciones acogidas a ciertas líneas de mediación de éste una subvención añadida directa.

Si, como parece, la línea seguida en cuanto a la extensión de los beneficiarios de la acción del ICO es la de incluir dentro de los mismos a las AAPP, fundaciones y ONG, la actuación exigida en materia de control y seguimiento por parte del ICO acerca del destino y finalidad de los fondos "prestados" a éstas no sólo debe ser igual de rigurosa que con el sector productivo privado, sino más, puesto que el incumplimiento de las deudas públicas es un menoscabo con unos efectos añadidos extraordinarios<sup>39</sup>. Si los fondos ICO concedidos a AAPP y organismos públicos tienen por objeto pagar las deudas contraídas por éstos con sus proveedores, el Instituto debe requerir de forma inmediata copia de la factura pagada y detallada.

**Figura 1. Esquema de funcionamiento de mediación**



Fuente: Elaboración propia e ICO 2009

**Tabla 1. Novidades en la gestión de la mediación financiera ICO. 2009-2011**

**Normativa de gestión**

Elevar hasta el 100% la inversión financiable con fondos públicos
Financiar el IVA, o impuesto análogo vinculado a la inversión reconocida
Incluir como financiables activos usados
Ampliar el plazo de amortización hasta 15 y 20 años, y hasta 3 en el caso de la carencia
Financiar la adquisición de empresas
Financiar hasta un precio de 30.000 euros la compra de turismos para uso particular
Ampliar beneficiarios: AAPP, entes públicos, fundaciones, ONG y asociaciones privadas

Fuente: Elaboración propia y marco de novedades ICO 2009-2011.

**Tabla 2. Comparativa de cuotas y ganancia resultante de financiar un proyecto de inversión exterior con fondos ICO-Internacional vs condiciones del sector financiero privado en euros.**

Año/mes	ICO-Internacional		Mercado Preferente		Mercado Estándar		Gan. ICO/pre		Gan. ICO/Est	
	1.Fijo	1.Var	2a.Fijo	2b.Var	3a.Fijo	3b.Var	Fijo-Var.	Fijo-Var.	Fijo-Var.	Fijo-Var.
3/36	3.016	3.014	3.076	3.051	3.180	3.177	2.160	1.332	5.904	5.868
5/60	1.915	1.905	1.968	1.937	2.076	2.073	3.180	1.920	9.660	10.080
7/84	1.455	1.431	1.497	1.463	1.609	1.606	3.528	2.688	12.936	14.700
10/120	1.120	1.079	1.148	1.110	1.267	1.263	3.360	3.720	17.640	22.080
12/144	995	944	1.015	975	1.138	1.135	2.880	4.464	20.592	27.504
15/180	874	811	885	843	1.014	1.010	1.980	5.760	25.200	35.820
20/240	760	681	760	714	900	896	0	7.920	33.600	51.600
Comis.	0	0	2.250	2.250	3.000	3.000	-	-	-	-

Fuente: Elaboración propia (2011).

**Tabla 3. Orientación de los fondos canalizados a través de la Línea ICO-Internacional hacia actividades de I+D (% comparado ICO-Pymes)**

Actividad	ICO Pyms	ICO-inter.	ICO-inter.	Diferenciales	
	2006-09 (1)	2006-08 (2)	2009-10 (3)	(2)-(1)	(3)- (1)
Transp. alm. y comun.	16,8 %	2,7 %	2,7 %	-14,1%	-14,1%
Comercio y rep. veh.	15,9 %	11,9 %	9,9 %	-4,0%	-6,0%
Téxtil, papel, química	11,2 %	13,5 %	13,9 %	2,3%	2,7%
Construcción	10,3 %	3,7 %	2,6 %	-6,6%	-7,7%
Metales y miner. no met.	9,3 %	18,9 %	12,1 %	9,6%	2,8%
Act. inm. y serv. empr.	7,1 %	11,9 %	14,8 %	4,8%	7,6%
Maq. equ. elec. mat. trans.	6,6 %	18,4 %	15,4 %	11,8%	8,8%
Agric. gan. y pesca	6,0 %	4,3 %	7,0 %	-1,7%	1,0%
Ind. agroalimentaria	5,4 %	6,8 %	9,5 %	1,4%	4,1%
Hostelería	5,0 %	0,1 %	1,2 %	-4,9%	-3,8%
Otros servicios	4,0 %	4,5 %	7,0 %	0,5%	3,0%
Industria extractiva	2,0 %	2,7 %	2,6 %	0,7%	0,6%
Energía eléc., gas y agua	0,3 %	0,7 %	1,3 %	0,4%	1,0%
<b>Total</b>	<b>100 %</b>	<b>100 %</b>	<b>100 %</b>		

Fuente: Presentaciones anuales líneas ICO y web de gestión del ICO. www.Banc@ico.es

**Tabla 4. Importe medio (miles de euros) Operaciones ICO-Mediación 2006-2010**

Año	ICO-Internacional	ICO-Inversión	ICO Emprendedores	ICO Crec. Empr.s/	Media Anual	%Var. Med/año
2010	754.900	67.300	9.100	825.900	79.200	853,2%
2009	774.600	67.800	31.700	772.400	54.400	1.323,9%
2008	728.200	71.800	40.700	820.700	78.400	828,8%
2007	650.100	65.100	38.100	748.000	68.000	856,0%
2006	593.300	61.400	35.900	632.000	62.300	855,5%

Fuente: Elaboración propia y [www.ico.es](http://www.ico.es)

**Tabla 5. Fondos cedidos por el ICO 2006-2010 a través de las líneas ICO-internacional + ICEX**

Año	Millones €	% s/total mediación ICO	% var. interanual
2010	436,2	1,9 %	91,1 %
2009	228,2	1,5 %	23,3 %
2008	185,1	2,5 %	36,7 %
2007	135,4	1,6 %	-20,5 %
2006	170,2	1,8 %	

Fuente: [www.ico.es](http://www.ico.es).

**Nota.** % s/total mediación ICO es el peso de ambas líneas sobre el total de las líneas de mediación anual distribuidos por el ICO.

**Tabls 6. Distribución de líneas de mediación 2010/2009, por n.º e importe**

**Figura 1. Esquema de funcionamiento de mediación**

Fuente: Elaboración propia e ICO 2009

Línea	2010				2009			
	N.º oper.	% oper.	Imp. mill. €	% imp.	N.º oper.	% oper.	Imp. mill. €	% imp.
Econ. Sostenible	5.753	1,9%	1.223,5	6,2%	NP	NP	NP	NP
Inv. Nacional-Pyme	117.135	39,6%	7.867,2	40,1%	76.230	21,1%	5.168,4	34,3%
Emprendedores	2.560	0,9%	98,1	0,5%	1.992	0,6%	63,2	0,4%
Crec. Empresarial	NP	NP	NP	NP	1.055	0,3%	814,9	5,4%
Internacionalización	549	0,2%	414,4	2,1%	257	0,1%	199,1	1,3%
Liquidez	105.051	35,5%	7.376,7	37,6%	84.764	23,5%	4.552,7	30,2%
Vive+Autobuses	13.638	4,6%	156,9	0,8%	71.321	19,8%	725,0	4,8%
Turismo	NP	NP	NP	NP	3.478	1,0%	1.000,0	6,6%
Plan Avanza	41.864	14,1%	313,9	1,6%	100.474	27,8%	534,5	3,5%
Vivienda	1.211	0,4%	1.471,4	7,5%	553	0,2%	1.130,1	7,5%
Renta Universidad	5.128	1,7%	78,5	0,4%	4.747	1,3%	72,6	0,5%
ICO Moratoria	1.169	0,4%	7,9	0,1%	12.469	3,5%	84,1	0,5%
Transporte	NP	NP	NP	NP	1.505	0,4%	85,0	0,6%
ICO-ICEX	260	0,1%	21,8	0,1%	380	0,1%	29,2	0,2%
ICO-Future	1.139	0,4%	392,4	3,9%	1.331	0,4%	502,2	3,3%
Otras líneas	416	0,1%	196,2	1,0%	207	0,1%	128,3	0,9%
<b>TOTAL</b>	<b>295.773</b>			<b>19.618,9</b>		<b>360.763</b>		<b>15.089,4</b>

Fuente: Instituto de Crédito Oficial, [www.ico.es](http://www.ico.es)

## Notas

---

- 1 El ordenamiento jurídico español considera entidades de crédito a las empresas cuya actividad habitual se base en la captación de fondos del público en forma de depósitos, préstamos, cesión temporal de activos financieros que comportan la obligación de restitución, empleando tales fondos en la concesión de créditos.
- 2 Actuando el ICO previa dotación de fondos públicos, donde el importe lo fija el Gobierno actuando mediante compensación al tipo de interés como norma (Del Campo, 2007).
- 3 La actuación del ICO en clave de acceso al crédito queda apenas por encima del Capital Riesgo y, en algún caso, equiparable a los *business angels*, inversores dispuestos a aportar capital y experiencia para la puesta en marcha del proyecto; la eficacia de los fondos suministrados por el ICO al sistema productivo es inferior a su valor nominal.
- 4 En 2011 parte de las AAPP, fundaciones y ONG son “clientes” del Instituto, convirtiéndose ello en una constante, por lo que podemos ver en los últimos tiempos: Línea-ICO para Entidades Locales 2011 y el ICO como vía para aliviar las cuentas de las comunidades autónomas (28/7/2011).
- 5 Disposición adicional 6ª de la Ley 12/1995. Apartado 2º letra c: la captación de fondos en los mercados internacionales o nacionales mediante la emisión y colocación de certificados, pagarés, bonos, obligaciones o, en general, cualquier valor que reconozca o cree una deuda dentro de los límites que fije la ley de PGE.
- 6 El 65% del crédito que en 2010 dieron las EEFF en España fue con fondos de titularidad pública.
- 7 Ranking de las 10 EEFF que más fondos ICO solicitaron en 2010: Santander, BBVA, Caixa, Sabadell, Popular, Caja Madrid, Bancaja, CAM, Pastor y Catalunya Caixa. [www.Banc@ico.es](http://www.Banc@ico.es).
- 8 Cuestión a reconsiderar en estos momentos, pues la reestructuración del sector financiero y en especial de las cajas de ahorro, más implantadas en el medio rural y semiurbano, reduce la accesibilidad geográfica del crédito público.
- 9 Las ayudas inferiores a 200.000 euros se eximen de la obligación de notificación a la CE. Reglamento (CE) nº 1998/06 de la Comisión, de 15/12/06, relativo a la aplicación de los art. 87 y 88 del Tratado a las ayudas de mínimos. En el art. 88 del Tratado constitutivo de la CE se enuncia la obligación de notificar las ayudas estatales a la CE para ver si son compatibles con el mercado común.
- 10 Características como: beneficiarios, inversión financiable, importe financiable por cliente y proyecto, destino de la inversión, tipo de interés, interés moratorio, margen de intermediación, plazos de amortización y carencia, comisiones o condiciones para amortizar anticipadamente.
- 11 Las líneas ICO 2011 tienen como objetivos: favorecer el desarrollo de las inversiones sostenibles, potenciar el crecimiento empresarial, impulsar la internacionalización y mejorar la competitividad de nuestras empresas.
- 12 Considerando que el IVA no es sino la principal fuente de ingresos impositivos indirectos, al financiar mediante fondos ICO la inversión bruta (inversión + IVA), lo que se está haciendo es financiar con dinero público un impuesto, nada menos.
- 13 Ampliación que en muchos casos supera el 100% de los plazos admitidos no hace más de dos años.
- 14 Si bien y en opinión de las EEFF consultadas dichas modificaciones han sido un elemento de inestabilidad y confusión a la hora de encuadrar cada proyecto.
- 15 La economía sostenible entendida fundamentada en tres pilares básicos: crecimiento económico, equilibrio social y sostenibilidad respecto al medio ambiente, “el gran paraguas de la financiación pública”.
- 16 Esta variedad de plazos es uno de los puntos en los que mejor se ve el efecto de la crisis sobre las condiciones aplicadas a las líneas de mediación ICO; en 2010 el plazo era de 12 años, en un año creció un 66,6%.
- 17 La extensión de los beneficios de esta línea de crédito al sector público y a las entidades privadas de carácter no productivo es otro de los puntos donde mejor se aprecia el alcance de la actual crisis (ICO, 2010).
- 18 Una economía sostenible será aquella entendida sobre la base de tres pilares fundamentales: el crecimiento económico, el equilibrio social y el respeto al medio ambiente (ICO, 2010).
- 19 A esta línea pueden acceder las empresas beneficiarias en 2009 y 2010 de un plan de empresa individual del ICEX (Plan de Promoción Exterior o Programa de Apoyo a la Inversión en el Exterior), y las participantes en los programas de iniciación a la promoción exterior y APEX (Aprendiendo a Exportar).
- 20 ICME: Implantación Comercial y de Marca en el Exterior: línea de apoyo a las marcas españolas, a la difusión de la innovación, la internacionalización del diseño, moda, establecimiento en el exterior y la creación de consorcios en origen.
- 21 PIPE: Programas de Implantación Productiva en el Exterior.
- 22 El sector exterior y la demanda de bienes y servicios de los no residentes son un factor decisivo para una sólida salida de la actual recesión, y es en esa expansión exterior donde el ICO ofrece una ventaja competitiva financiera significativa.
- 23 Fuente: ICEX, estadísticas de comercio exterior.
- 24 Estimación de crecimiento del PIB nacional y zona euro en el período 2011-2015.
- 25 El cuadro no incluye el beneficio debido a la exención de la comisión de apertura por el ICO.
- 26 Según fuentes del propio ICO, a junio de 2011 el 37,5% de las operaciones de inversión solicitadas al sistema financiero en su conjunto eran financiadas en todo o en parte con fondos ICO.  
Actividades identificadas como de innovación y cambio tecnológico: telecomunicaciones, ingeniería, electrónica, tecnología de precisión, industria farmacéutica, química, informática, ofimática y tecnología espacial. Además, y si el proyecto financiado con fondos

- ICO-Internacional incluye inversión en activos inmateriales tecnológicos destinados a innovación y modernización de las pymes, es objetivo prioritario.
- 27 La línea ICO-Pymes es la que el tiempo identifica como el núcleo de la mediación ICO, siendo la línea por excelencia dirigida a facilitar los fondos necesarios para atender la demanda interna de inversión.
  - 28 La Federación de Asociaciones de Proveedores Gallegos de la Construcción, en la búsqueda de soluciones para reducir los efectos de la crisis, mantiene encuentros con representantes de las principales ferias del ámbito de la construcción, CONSTRUMAT y EXPOMATEC, al objeto de colaborar en la interrelación de las empresas del sector generando nuevas oportunidades de negocio especialmente internacional.
  - 29 El ICO enumera como sectores de máxima vocación internacional y arrastre en términos de desarrollo y creación de valor añadido: energía y medio ambiente, bienes de equipo, ingeniería y arquitectura, TIC, transporte e infraestructuras (ICO, 2009).
  - 30 La media anual se ha obtenido a partir de la suma ponderada de los importes medios financiados por cada una de las líneas de mediación ICO vigentes en cada uno de los años considerados.
  - 31 Tal y como recoge el propio ICEX en su web, al presentar esta nueva iniciativa financiera.
  - 32 De las que sólo se realizaron disposiciones por un importe de 29,16 millones en 2009 y 21,8 en 2010, reflejo de la escasa efectividad observada hasta la fecha para esta línea, web para las EEFF en Banc@ico.es.
  - 33 Avalar y/o compartir el riesgo de impago frente a la subvención o bonificación en el tipo de interés.
  - 34 Efectividad que debe exigírsele a todas las líneas de mediación ICO, y más hoy, cuando la falta de crédito es vista como principal explicación a la falta de reacción y escasez de espíritu emprendedor de nuestro sistema productivo.
  - 35 Aportación obtenida a raíz de las entrevistas mantenidas con directivos de las EEFF utilizadas en la confección del estudio de mercado presentado acerca de la rentabilidad de una operación financiada con fondos ICO-Internacional, respecto a la financiación para inversión en condiciones de mercado.
  - 36 No debemos perder de vista el hecho de que el eje en materia de consumo se desplaza hacia Asia, mercado mucho más hermético y con normativas reguladoras en materia de consumo muy estrictas, por lo que allanar el aterrizaje de nuestros productos por parte del sector público es aún más que trascendente.
  - 37 ICF-Crédit en Cataluña, IGAPE en Galicia, ADE en Castilla y León, los cuales mantienen líneas de subsidiación financiera para titulares de operaciones financiadas con fondos ICO en el año anterior.
  - 38 Si las instituciones públicas no cumplen sus compromisos, ¿por qué lo ha de hacer el sector privado?, quien, por otra parte, es el que paga los impuestos, principal fuente de ingreso al presupuesto público.

## BIBLIOGRAFÍA

- BEVAN, A. A.; Estrin, S. (2004): "The determinants of Foreign direct Investment into European transition economies", *Journal of Comparative Economics*, n.º 32, pp. 775-787.
- BOE n.º 114. Ministerio de la Presidencia, pp. 10738; Real Decreto 706/99, de 30 de abril, de adaptación del ICO a la Ley 6/97.
- BOE n.º 194, de 11 de agosto de 2010, sec. III, otras disposiciones, MEH. 13015. Resolución de 22 de julio de 2010, del Instituto de Crédito Oficial, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2009.
- COMÍN, F.; MARTÍN, P. (1991): Historia de la empresa pública en España. Madrid: Espasa.
- DEL CAMPO, M. O. (2004): "Gestión y tramitación de la Financiación Pública Aplicada al ámbito empresarial de referencia: el tejido socio-productivo de Galicia". Seminario de gestión y desarrollo de la financiación pública concertada. Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE). A Coruña.
- DEL CAMPO, M. O. (2007): "La financiación concertada. La actuación financiera en la gestión pública". Conferencia impartida en el Máster en Gestión y Políticas Públicas. Diciembre 2007. Universidad de A Coruña.
- DURÁN, J. J. (2002): "Estrategias de localización y ventajas competitivas de la empresa multinacional española", *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 799.
- Folleto informativo de las líneas ICO de mediación financiera, 2005-2011. "La mejor financiación está muy cerca de ti". Resumen publicitario puesto a disposición de las entidades financieras colaboradoras con el ICO. En sitio web: <http://icodirecto.es>.
- GARCÍA, J. G. y MARTÍNEZ, P. (2011): *En busca de financiación. El ecosistema de inversores y emprendedores*. Ed. A Coruña: Netbiblo, Consejo Social Universidade de A Coruña.
  - GONZÁLEZ, V. T. (1992): *Análisis de las operaciones financieras, bancarias y bursátiles*. Ed. Madrid: Ciencias Sociales, S.A.
  - GUILLÉN, M.; GARCÍA, E. (2007): "La expansión internacional de la empresa española: una nueva base de datos sistemática", *Información Comercial Española. Revista de Economía*, n.º 839, nov.-dic. 2009, pp. 23-34.
  - HERNÁNDEZ, G. y MARTÍNEZ, P. (2005): "Incidencia del número de relaciones bancarias en el endeudamiento de la pyme y sus determinantes", *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXXIV, n.º 124, pp. 14- 43.
  - IGAPE (1997): "Programas de apoio á expansión exterior da empresa galega", *Revista Galicia en Clave Económica*. Consello Galego de Economistas, Caixa Galicia, n.º 3, junio, pp. 193-196.
  - INFO (2009): Instituto de Fomento a la Región de Murcia. Programa de ayuda a la internacionalización de la empresa con fondos procedentes del ICO.
  - Instituto de Crédito Oficial (2009): *Informe anual. Resumen de la memoria de actividad. Memoria anual y memoria RC*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda.
  - Instituto de Crédito Oficial (2010): Líneas ICO 2010. Presentación Comunidad Valenciana, 03/05/2010. Valencia.
  - Instituto de Crédito Oficial (2011): Acuerdo de Colaboración ICO-ICEX en el marco de la Línea Liquidez. Presentación oficial, 01/02/2011. Madrid.
  - JIMÉNEZ, A.; DURÁN, J. J.; DE LA FUENTE, J. M. (2011): "El riesgo político como determinante de la estrategia de localización de las empresas", *Investigaciones Europeas en Dirección y Economía de la Empresa*. AEDEM, vol. 20, n.º 1, pp. 123-142.
  - LARRÁN, M.; GARCÍA-BORBOLLA, A; GINER, Y. (2010): "Factores determinantes del racionamiento del crédito a las pymes: un estudio empírico en Andalucía", *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*. AEDEM, vol. 16, n.º 2, pp. 63-82.
  - LEÓN-ALFONSO, S.; FERRÍN, M. (2007): "A atribución de responsabilidades sobre as políticas públicas nun sistema de goberno multinivel", *Administración & Cidadanía, Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 2, n.º 1, pp. 49-75.
  - Ley 13/71, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial. BOE de 21 de junio de 1971, n.º 147, p. 10061-10064.
  - Ley 33/87, de 23 de diciembre, los PGE para 1988. Art. 127, Instituto de Crédito Oficial. BOE n.º 109 pp. 37822.
  - Ley 12/95, de 28 de diciembre. Disposición adicional sexta acerca del Instituto de Crédito Oficial. BOE n.º 312, p. 37519.
  - LÓPEZ, J.; ROMERO, M. (1998): "Racionamiento del crédito y política de inversión en el ámbito de la pequeña y mediana empresa", *VI Foro de Finanzas*.

- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1994): "Reflexiones sobre la nueva Ordenación del Crédito Oficial: Hacia el establecimiento de una Banca Pública". Coordinador Antonio Polo Díez. Ed. Ley-Actualidad.
- MELLE, M. (2001): "Características diferenciales de la financiación entre las pymes y las grandes empresas españolas", *Papeles de Economía Española*, n.º 89-90, pp. 140-159.
- PENEDO, N. (2004): "Programas de apoyo y mejora de la competitividad: una necesidad social". *Seminario de gestión y desarrollo de la Financiación Pública concertada*. Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE). A Coruña.
- RODRÍGUEZ, L.; Calvo A.; Parejo, J. A.; Cuervo A. (2008): "Manual del Sistema Financiero Español". Editorial Ariel Economía. 21ª edición actualizada.
- SANTISO, J. (2007): "La internacionalización de las empresas españolas: hitos y retos", *Información Comercial Española*. Revista de Economía, n.º 839, nov.-dic. 2009, pp. 89-102.
- SOUTO, M. (2006): "Avaliación de políticas: unha revisión crítica das definicións, deseños e métodos", *Administración & Cidadanía, Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 1, n.º 1, pp. 173-202.
- VILLAREAL, O.; Landeta, J. (2010): "Estudio de casos como metodología de investigación científica en dirección y economía de la empresa. Una aplicación a la internacionalización", *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*. AEDEM, vol. 16, n.º 3, pp.31-52.

Páginas web: [www.icex.es](http://www.icex.es); [www.icfinances.com](http://www.icfinances.com); [www.ico.es](http://www.ico.es); [www.Banc@ico.es](mailto:www.Banc@ico.es); [www.igape.es](http://www.igape.es); [www.icodirecto.es](http://www.icodirecto.es)



LIC. ROSA ELVIRA CAMPOS ÁLVAREZ \_M. A. Licenciatura en Administración y Gestión de Pequeñas y Medianas Empresas, Universidad Politécnica de Zacatecas; Fresnillo, Zacatecas; camposre@upz.edu.mx

JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ \_M. B. A.; Ph. D. Centro Universitario de Ciencias Económico Administrativas Universidad de Guadalajara  
jvargas2006@gmail.com, jgvh0811@yahoo.com \_[107-126]

# Futuros empresarios: jóvenes zacatecanos y sus habilidades emprendedoras



Fecha de recepción \_[28.11.2011]

Fecha de aceptación \_[21.12.2011]

**& Resumen/Abstract:** *Este trabajo tiene como objetivo comparar la efectividad en el desarrollo de las habilidades emprendedoras de los jóvenes basándose en los programas de fomento emprendedor de las universidades públicas en Zacatecas, Fresnillo y Guadalupe. En la actualidad, existen varias universidades que ofrecen programas de fomento emprendedor, bajo el supuesto de que influyen de manera positiva en el desarrollo de las habilidades emprendedoras de los jóvenes. La investigación en su primera etapa es de tipo documental exploratoria y, en su segunda etapa, experimental, con la aplicación de tests a los participantes de los cursos para después, mediante una investigación correlacional, analizar las variables propuestas y los resultados.&*

**& Palabras clave:** Emprendedurismo, habilidades emprendedoras, programas de fomento emprendedor.

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se han realizado una serie de estudios referentes a los temas relacionados con la creación, el desarrollo, la evolución y la durabilidad de las empresas. Este tema ha llegado a las instituciones de educación superior (IES), en las que en los últimos años se ha producido un cambio, encontrándonos hoy en día con modelos de enseñanza que no se limitan a la formación de empleados y que están empezando a formar profesionales emprendedores que inicien y creen sus propias empresas (Didrikson, Arteaga y Campos, 2004). Tal es el auge de estos nuevos modelos, que en México ya es normal el uso del término, en las IES, de desarrollo de emprendedores, y éste ha dejado de ser exclusivo de algunas universidades.

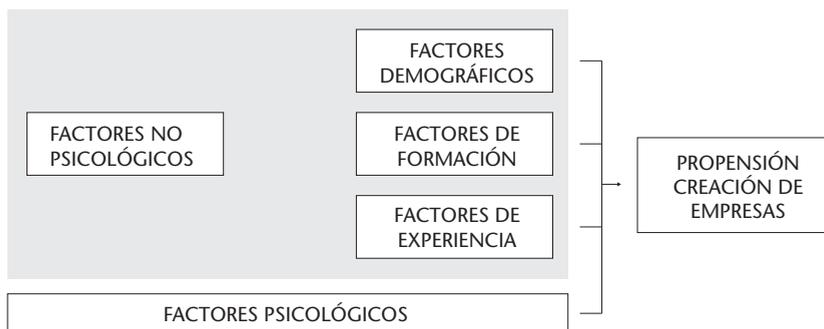
Estos avances o cambios de los modelos de enseñanza, al incorporar el emprendedurismo en las IES, han hecho resaltar un término que resulta importante si se pretende que los jóvenes universitarios creen empresas: las habilidades del emprendedor. En la presente investigación se analiza la eficiencia que tienen los programas de emprendedurismo que ofrecen algunas IES en el desarrollo de las habilidades emprendedoras de sus alumnos.

Esta investigación consta de cinco secciones. En la primera se describe el problema y se plantean la justificación, la delimitación, las hipótesis y los objetivos de la investigación. En la segunda se expone el marco teórico de los programas de fomento al emprendedurismo. En la tercera sección se expone el marco teórico del desarrollo de las habilidades de los emprendedores. En la cuarta se analiza el marco contextual de las universidades zacatecas ubicadas en los tres municipios más poblados del Estado: Fresnillo, Zacatecas y Guadalupe. Finalmente, en la quinta sección se establece la metodología utilizada para dar soporte a la investigación y que garantiza la veracidad de los resultados.

## 2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Hoy en día las IES ofrecen cursos y programas para el desarrollo de emprendedores. A pesar de estas herramientas, existen diversos factores que intervienen en el desarrollo de los emprendedores, entre los cuales se mencionan los sociales, los demográficos, los psicológicos, de experiencia y de formación.

Figura 1. Modelo de los rasgos personales y la propensión a la creación de empresas.



Fuente: Shane (2003).

Por este motivo, aunque las IES ofrezcan estas herramientas, se tiene que analizar la efectividad en el desarrollo de las habilidades emprendedoras de los jóvenes universitarios, ya que los índices de emprendedurismo de México no son tan altos como en otros países; con este análisis, se pretenden obtener las características de éxito de los programas más eficientes en el desarrollo de habilidades emprendedoras.

### 3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Con los resultados de esta investigación, se analiza la efectividad que tienen los diferentes programas de desarrollo de emprendedores (PDE) de las IES en la zona centro del estado de Zacatecas, para poder definir los factores determinantes de desarrollo de las habilidades emprendedoras de los jóvenes universitarios zacatecanos. La pregunta de investigación es: ¿cuál es la efectividad en el desarrollo de las habilidades emprendedoras de los jóvenes basándose en los programas de fomento emprendedor de las universidades públicas en Zacatecas, Guadalupe y Fresnillo?

### 4. JUSTIFICACIÓN

Al estudiar la efectividad de los PDE en las IES públicas de las ciudades de Zacatecas, Fresnillo y Guadalupe, se pueden definir los factores determinantes para el desarrollo de habilidades emprendedoras de los jóvenes, tendiendo así las bases para el desarrollo o implementación de metodologías más eficaces. En este punto se considera que los resultados de la investigación pueden apoyar de manera importante no solamente el ámbito académico, sino también el entorno económico, considerando que un eficaz desarrollo de habilidades emprendedoras de los jóvenes repercute en un mejor desarrollo económico del entorno (Crissien, 2006).

### 5. HIPÓTESIS

Variable independiente  $X_0 \rightarrow$  programas universitarios de fomento emprendedor

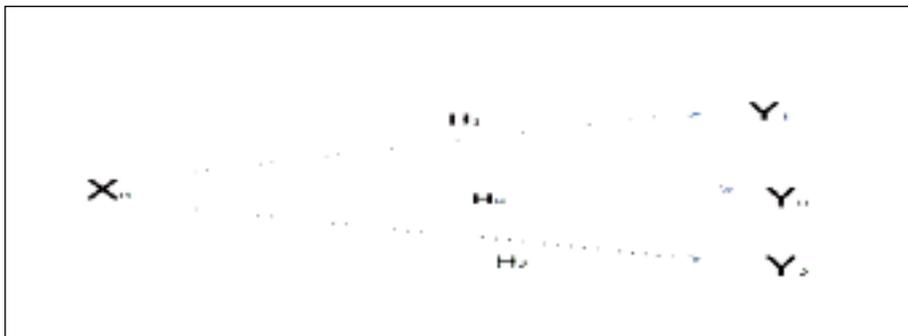
Variable dependiente  $Y_0 \rightarrow$  desarrollo de las habilidades emprendedoras de los jóvenes

**Cuadro 1. Descripción de las variables de investigación**

Variable	Descripción	Indicadores
X	Programas universitarios de fomento emprendedor.	Número de alumnos participantes.
Y	Desarrollo de habilidades emprendedoras de los jóvenes	Nivel de habilidades emprendedoras en los alumnos. Cantidad de empresarios egresados/número de alumnos que han realizado el programa. Cantidad de egresados trabajando en áreas directivas o gerenciales.

Fuente: elaboración propia.

**Figura 2. Constructo de la relación de variables**



**Fuente:** Elaboración propia.

**A. Hipótesis general**

$X_0 \longrightarrow Y_0$

Los programas de fomento emprendedor influyen de manera positiva en el desarrollo de las habilidades emprendedoras de los jóvenes.

**B. Hipótesis específicas**

$X_0 \longrightarrow Y_1$

H1: Los programas de fomento emprendedor influyen de manera positiva en la creación de empresas.

$X_0 \longrightarrow Y_2$

H2: Los programas de fomento emprendedor influyen de manera positiva en que los egresados obtengan trabajo en puestos directivos o gerenciales.

## **6. OBJETIVOS**

**A. Objetivo general**

Comparar la efectividad en el desarrollo de las habilidades emprendedoras de los jóvenes basándose en los programas de fomento emprendedor de las universidades públicas en Zacatecas, Fresnillo y Guadalupe.

**B. Objetivos específicos**

Comparar el número de empresas creadas por egresados que hayan realizado el programa de fomento emprendedor en las universidades públicas de Zacatecas, Fresnillo y Guadalupe.

Comparar el número de alumnos trabajando en puestos directivos o gerenciales que hayan realizado el programa de fomento emprendedor en las universidades públicas de Zacatecas, Fresnillo y Guadalupe.

## 7. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LOS PROGRAMAS UNIVERSITARIOS DE FOMENTO EMPRENDEDOR

Es importante conocer los conceptos y las principales teorías en torno a los programas de desarrollo emprendedor, por lo que se presenta a continuación, primeramente, el concepto de emprendedor y el desarrollo del uso de este término a través de la historia, para continuar presentando el desarrollo o evolución de los programas educativos sobre emprendedurismo, así como las principales líneas de los PDE.

### A. Cronología y concepto de emprendedor

La palabra emprendedor proviene de la raíz latina *prendere*, que significa “coger”. Para diversos autores, entre ellos Martínez (2008), la palabra emprendedor proviene del francés *entrepreneur*, que significa “acometer”; sin embargo, el concepto de emprendedor se ha ido modificando a través del tiempo. En 1755, Cantillón señala al emprendedor como una persona que es capaz de asumir riesgos para obtener beneficios en el futuro.

Más adelante, Jean-Baptiste Say, en 1803, presenta al emprendedor como la persona que dirige una empresa, es decir, como un empresario (Drucker, 2006). Schumpeter (1984) menciona que el emprendedor es el innovador que ayuda al crecimiento económico transformando una innovación (producto, proceso, procedimiento, etc.) en un producto práctico; así mismo, lo define como una persona que reúne recursos, organiza talentos y proporciona liderazgo para obtener un éxito comercial. Para Carland, citado por Galan (1994), la diferencia entre emprendedor y propietario de una pequeña empresa es que el primero crea una empresa con el fin de hacerla crecer y para que dé beneficios, utilizando conceptos y técnicas de dirección estratégica, mientras que los propietarios de pequeñas empresas crean empresas para un beneficio personal. Entre los conceptos modernos podemos señalar a Lerma *et al.* (2007), que señala al emprendedor como “el hombre o mujer que se encuentre en el proceso de la creación de una micro, pequeña o mediana empresa, a partir de una idea o proyecto de negocio y que sea resultado de un programa emprendedor” (Lerma *et al.*, 2007, 368).

Un concepto que no se puede omitir es el de aquellas personas que están dentro de las organizaciones ya establecidas y que se encargan de identificar oportunidades, organizar los recursos necesarios y llevar a la práctica una idea innovadora, a los que Osz (2010) define como *intrapreneurs*.

### B. Concepto de los programas de desarrollo de emprendedores (PDE)

Los cursos para el desarrollo de empresas en las universidades tienen su inicio en 1947, en la Escuela de Negocios de Harvard (Katz, 2003). En la década de los setenta se desarrollaron programas para emprendedores en al menos dieciséis universidades de EUA, que se siguieron desarrollando hasta tener en 1999 ciento setenta universidades americanas con programas de emprendedurismo (Jones y English, 2004). Para Lerma *et al.* (2007) el programa emprendedor consiste en implementar, integrar y llevar a la práctica los conocimientos adquiridos por los estudiantes de diversas carreras con el fin de generar soluciones innovadoras que les permitan tener éxito en el mundo de los negocios y que sean el cimiento para la creación de empresas.

### C. Líneas en los modelos en la formación de emprendedores

En la actualidad persiste la pregunta: ¿realmente podremos enseñar a los estudiantes a ser empresarios? Aronsson (2004) y Kirby (2004) encontraron evidencia empírica que demuestra que la adquisición de conocimientos sobre creación de empresas puede ser un factor que influya en el desarrollo de las habilidades emprendedoras. Por una parte, Aronsson (2004) señala que el espíritu emprendedor puede ser alentado a través de la enseñanza. Por otra, Kirby (2004) afirma que las capacidades empresariales no sólo son innatas, sino que también pueden ser adquiridas a través del aprendizaje.

En resumen, para estos autores las habilidades para ser un emprendedor se pueden fomentar. Así, ser un emprendedor no depende únicamente de características genéticas relativas a los individuos. De hecho, Galloway y Brown (2002), mediante un estudio empírico, observaron que alumnos que optaron por, al menos, un curso de creación de empresas dieron muestra de iniciar un negocio en los años posteriores. Por lo tanto, podemos considerar que entre los efectos de la formación para la creación de empresas se encuentran los siguientes:

- construir y transferir conocimientos teóricos;
- desarrollar habilidades, conocimientos, intenciones y actitudes hacia la creación de empresas.

## 8. PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LOS MODELOS DE LOS PDE

Martínez (2008) hace referencia a dos principales teorías sobre los PDE: por un lado, los programas enfocados al desarrollo y crecimiento de las empresas, y, por otro, los programas orientados al desarrollo de la motivación, las actitudes y los comportamientos de los empresarios, llamando a estas últimas competencias emprendedoras, viéndolas como una estrategia para desarrollar un cambio estructural y conductual dentro y fuera de las organizaciones. Por otro lado, menciona, dentro de un enfoque institucional para la creación de empresas, las siguientes teorías:

### A. Teoría de la marginación

Se señala que la marginación es un detonante para volverse empresario, enfocándose a alumnos con una situación laboral poco estable.

### B. Teoría del rol

Menciona que existen regiones que son más propensas a desarrollar emprendedores que otras, analizando la posibilidad de implementar PDE únicos por región.

### C. Teoría de las redes

Destaca la importancia de las redes sociales en la creación de empresas. Estas redes sociales se entienden como los lazos existentes entre los diferentes sectores que se involucran en la creación de empresas: amigos, familiares, clientes, inversionistas, proveedores, entre otros.

## 9. RESULTADOS EMPÍRICOS SOBRE LOS PDE

Se han organizado revistas especializadas en la creación de empresas y se han realizado diversos estudios en temas de emprendedurismo, entre los cuales podemos mencionar:

- Desarrollo de modelos que miden la calidad de los programas ofrecidos por las distintas universidades en el mundo (Vesper y Gartner, 1997).

- Medición del impacto que la formación para la creación de empresas posee en el desarrollo regional; analizan la situación actual de los países que han incluido programas que fomentan la creación de empresas (Iyigun y Owen, 1999).
- Medición del impacto que la formación en creación de empresas ha tenido en otras disciplinas impartidas en escuelas de negocios (Hynes, 1996; Finkle y Deeds, 2001; Markman, Phan, Malkin y Gianodis, 2005).
- Estudios de los efectos de la formación en las actitudes e intenciones de los estudiantes hacia la creación de empresas (Clouse, 1990; Peterman y Kennedy, 2003).
- Análisis de los diferentes programas de fomento emprendedor existentes (McMullan y Gillin, 1998; Brush, Duhaime, Gartner, Stewart, Katz, Hitts, Álvarez, Mayer y Venkataraman, 2004; Finkle, Kutatko y Goldsby, 2006).
- Analizar e identificar el contenido más importante en estos programas (DeTienne y Chandler, 2009).

A continuación se presenta un resumen con la información de las principales IES que cuentan con un programa de emprendedores reconocido nacionalmente:

**Cuadro 2. Principales PDE en IES mexicanas**

<b>IES</b>	<b>Área</b>	<b>Objetivo</b>
<b>UNAM</b>	Centro UNAM	Que el alumno aprenda a desarrollar una cultura empresarial tanto de innovación como de comercialización de productos y servicios, para la creación y promoción de empresas mexicanas que permitan, mediante bases tecnológicas, propiciar su nacimiento y desarrollo competitivo, acorde con las necesidades del país.
<b>ITESM</b>	Emprendetec	Desarrollar una plataforma de modalidad emprendedora en todas sus carreras en donde el alumno puede cursar la educación superior o alguna especialidad, con materias en las que le brinden los conocimientos básicos para que al egresar abra su propia empresa.
<b>IPN</b>	CIEBT	Estimular la capacidad empresarial de los participantes y la aplicación de nuevas tecnologías para crear nuevos productos que se adapten a los cambios del mercado y apoyar proyectos de innovación y desarrollo tecnológico que se orienten a la modernización de la planta productiva del país, desde la fase precomercial hasta la integración de estas empresas en el mercado formal.
<b>ITAM</b>	Asociación de empresas ITAM	Se forma con la idea de sembrar la semilla, de fomentar la filosofía y el espíritu emprendedor a través de experiencias vivenciales.

**Fuente:** Elaboración propia adaptado de Quevedo, González, Martínez y Acosta (2008).

## 10. MODELO TEÓRICO CONCEPTUAL PROPUESTO

Una vez analizado el marco descrito anteriormente, se concluye que un emprendedor es la persona que genera el cambio, desde los inicios del uso de este vocablo para referirse a personas que asumen riesgos, empresarias, innovadoras, entre otras; desde mi punto de vista, un emprendedor es la persona que cambia el rumbo y las circunstancias de su entorno satisfaciendo de manera diferente las necesidades de sus clientes, proveedores, empleados, socios y competencia, implicando no solamente a los que crean empresas, sino también a todos aquellos que como parte de ellas generan mejoras. Hoy en día, las IES han detectado la necesidad de formar, además de a empleados, a profesionistas emprendedores que impacten en su entorno, vinculando así a las IES con su entorno; el emprendedor desarrolla este impacto en diferentes indicadores:

- Como creador de empresas: genera empleo, impuestos, ingresos, activa el ciclo económico, desarrolla productos y servicios necesarios para su entorno, etc.
- Como directivo que forme parte de alguna empresa: desarrolla herramientas que mejoran y aumentan el nivel de productividad y competitividad de la organización.
- Por todo lo anterior, al hablar de emprendedores, se hace referencia tanto a los empresarios como también a todos aquellos empleados capaces de lograr mejoras significativas en sus centros laborales, ayudando a aumentar su competitividad.

Existen diversas teorías para la formación de emprendedores: algunas apoyan la hipótesis de que los emprendedores se pueden formar a través de las escuelas; otras apoyan la hipótesis de que los emprendedores nacen, es decir, que son factores externos, que no tienen que ver con aspectos académicos, los que llevan a una persona a ser emprendedora. Existen también teorías que nos dicen que un emprendedor nace y/o se hace, las cuales se toman como base para esta investigación: por lo analizado y la experiencia que se tiene, los emprendedores cuentan con características que se van formando a través de su vida diaria y cotidiana, a través de diversas experiencias. Asimismo, se comparte la idea que dice que hay factores que detonan en algún momento el espíritu emprendedor, pero también tiene que ver el aspecto académico en esta formación de habilidades emprendedoras, y es aquí en donde se centra la investigación para analizar y determinar las características de los programas que desarrollan con mayor efectividad las habilidades emprendedoras de los jóvenes.

Hoy en día, la mayoría de los PDE se centran, o su objetivo final se basa, en la creación de empresas. Son muy pocos los estudios que se tienen acerca de los PDE que motivan a ser empleados de cambio, enfocándose solamente y relacionando la palabra emprendedor con la de empresario. Sin embargo, para los fines de este trabajo resulta de vital importancia analizar los dos conceptos: por un lado, a los empresarios y, por otro, y no menos importante, la formación de empleados emprendedores, empleados que están generando cambio positivo y significativo en las organizaciones. Ambos conceptos son importantes en el impulso del desarrollo económico regional, y muy poca importancia se les ha dado a los *intrapreneurs*.

## **11. MARCO CONCEPTUAL DE LAS HABILIDADES EMPRENDEDORAS**

Para hablar de habilidades emprendedoras, se tiene que entender el marco de la cultura empresarial, por lo que cito a continuación tres definiciones de este concepto:

Para Pumpin (1988) la cultura empresarial abarca el conjunto de opiniones, normas y valores que se desarrollan dentro de una empresa y que caracterizan el comportamiento de los directivos y del personal en su conjunto. Vargas (2007) menciona que la cultura empresarial proporciona el marco de referencia de valores que moldean las actividades productivas y utilitarias, y opina también que es la que “proporciona el esquema valorativo que establece el sentido de un sistema de relaciones entre las características de las organizaciones llamadas empresas y las de sus principales actores, empresarios y administradores”. Para Babor (2007), la cultura empresarial es “la proclividad de hacer negocios o la tendencia a generar o fomentar un espíritu emprendedor en las personas”, concepto que se relaciona mejor para efectos de esta investigación; para poder generar este espíritu emprendedor es necesario revisar las características o habilidades que los emprendedores deben tener.

Las habilidades emprendedoras se relacionan con las características de un empresario. Así, Gilder (1984) describe a los empresarios como personas que son capaces de aprender, que persiguen sus objetivos a pesar de fracasos y frustraciones y, finalmente, que obtienen el éxito a través de romper viejos patrones y crear su propio nuevo orden. Para Schumpeter (1984), los emprendedores son la parte creativa e innovadora no solamente en la creación de empresas, sino en la creación de nuevas formas de producción, de administración, de generar productos, entre otras.

## **12. PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE EL DESARROLLO DE LAS HABILIDADES EMPRENDEDORAS**

En su tesis doctoral, Martínez (2008) nos presenta un resumen de las diferentes teorías que se han tomado en cuenta para el desarrollo de las habilidades de emprendedurismo, hablando desde la teoría de Schumpeter, que, aunque sus estudios sobre las características del emprendedor son limitados, es el primero en desarrollarlas para que las retomen varios autores. Entre ellos Mark Blaug, a quien se le considera el pionero en estudios de emprendedurismo en el enfoque económico y quien ofrece un análisis sobre la historia de las teorías de emprendedurismo en el que menciona que las primeras obras se desarrollan en el siglo XVII, destacando las aportaciones de Castillón y Say.

Llega a la conclusión, después de un análisis de varios autores, de que el empresario cuenta con tres funciones básicas: aportación al capital, administración y poder de decisión. Analiza también a los autores Herbert y Link, los cuales mencionan que un emprendedor asume riesgos derivados de la incertidumbre, es innovador, adopta decisiones, es un líder industrial y organiza y coordina recursos económicos.

### **13. RESULTADOS EMPÍRICOS SOBRE LAS HABILIDADES EMPRENDEDORAS**

Existen diferentes estudios acerca de las habilidades emprendedoras, desde su definición hasta el impacto de algunos cursos o programas en el desarrollo de estas habilidades. Uno de los estudios analizados es el de Alcaraz (2004), en el cual hace mención a Timmons (1985), citado por Kao (1989), donde señala que el emprendedor es una persona con características muy particulares, entre ellas:

- Total compromiso, determinación y perseverancia
- Capacidad para alcanzar metas
- Orientación a las metas y oportunidades
- Iniciativa y responsabilidad
- Persistencia en la solución de problemas
- Realismo
- Con autoconfianza
- Altos niveles de energía
- Buscador de retroalimentación
- Con un control interno alto
- Tomador de riesgos calculados
- Baja necesidad de estatus y poder
- Íntegro y confiable
- Tolerante al cambio

Alcaraz (2004), después de una revisión de más de cincuenta autores, que a su vez citan a otros ciento cincuenta, selecciona las diez características de éxito de los emprendedores, con mayor mención en la revisión de literatura, las cuales son:

- Creatividad
- Iniciativa
- Autoconfianza (confianza en sí mismo)
- Energía y capacidad de trabajo
- Perseverancia
- Liderazgo
- Aceptación del riesgo
- Necesidad de logro
- Tolerancia al cambio
- Manejo de problemas

### **14. MODELO TEÓRICO CONCEPTUAL PROPUESTO**

Para el análisis de las habilidades emprendedoras, se pretende hacer un cuestionario propio, basado en algunos de otros autores, que nos enmarquen y diferencien las habilidades que puedan ser desarrolladas por un PDE y aquellas que se van desarrollando por factores externos al académico. Como primera referencia, se toma el perfil del emprendedor de Alcaraz (2004), el cual analiza las diez características citadas en el apartado anterior.

## 15. MARCO CONTEXTUAL. LOCALIZACIÓN GEOGRÁFICA DE ZACATECAS

Zacatecas es uno de los 31 estados que, junto con el Distrito Federal, conforman las 32 entidades federativas de México.

Figura 3. Localización del estado de Zacatecas



Fuente: México template.svg

La zona metropolitana Zacatecas-Guadalupe es la más poblada del Estado, con 298.167 habitantes. Le sigue Fresnillo, con 213.139 habitantes; Río Grande, con 62.693 habitantes; Sombrerete, con 61.188 habitantes, y Jerez, con 57.610 habitantes (2010). Por este motivo, en esta investigación se toman las tres zonas más pobladas: Zacatecas, Guadalupe y Fresnillo:

Figura 4. Principales municipios de Zacatecas



Fuente: Elaboración propia.

## 16. EDUCACIÓN EN ZACATECAS

A continuación se presenta la distribución en educación en México y en el estado de Zacatecas, en referencia a cada nivel educativo:

**Cuadro 3. Nivel educativo en la población de 15 años y más en México y Zacatecas**

Entidad federativa	Población de 15 y más años	Sin instrucción	Primaria incompleta	Primaria completa	Secundaria incompleta	Secundaria completa	Media superior	Superior
<b>2000</b>								
Estados Unidos Mexicanos	82,862,538.00	30.2	34	19.3	5.3	18.9	18.7	10.9
Zacatecas	853,116.00	9.1	28.3	23.2	5.4	15.5	10.8	7.5
<b>2005</b>								
Estados Unidos Mexicanos	88,800,564.00	8.8	14.3	17.7	4.7	21.7	18.9	13.6
Zacatecas	900,857.00	7.5	22.0	20.0	4.9	22	12.9	9.8
<b>2010</b>								
Estados Unidos Mexicanos	98,423,336.00	7.2	12.6	16	5.2	22.3	19.3	16.9
Zacatecas	1,021,476.00	6.3	18.7	18.2	6	24.3	14	12.3

**Fuente:** Elaboración propia basada en información de INEGI.

En los tres municipios citados para esta investigación se encuentran las siguientes IES:

**Públicas:**

- Universidad Autónoma de Zacatecas (UAZ)
- Instituto Tecnológico de Zacatecas (ITZ)
- Instituto Tecnológico Superior de Fresnillo (ITSF)
- Universidad Pedagógica Nacional (UPN)
- Universidad Politécnica de Zacatecas (UPZ)
- Universidad Tecnológica del Estado de Zacatecas (UTEZ)
- Instituto Politécnico Nacional (IPN)

**Privadas:**

- Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM)
- Universidad Autónoma de Durango (UAD)
- Universidad Interamericana para el Desarrollo (UNID)
- Universidad Autónoma de Fresnillo (UAF)
- Universidad del Desarrollo Profesional (UNIDEP)
- Universidad Víctor Frankl
- Universidad Sierra Madre
- Instituto Universitario de Posgrados en Alta Dirección (IUPAD)
- Universidad del Norte de México (UNM)
- Universidad de la Veracruz (UNIVER)
- Universidad de Tolosa
- Instituto de Graduados en Administración (IGA)

## 17. HISTORIA SOBRE EL EMPRENDEDURISMO EN ZACATECAS

Primer trabajo de investigación, obtener datos de las IES.

## 18. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

### A. Tipo de investigación

La investigación en su primera etapa es de tipo documental exploratoria; en ella se tiene previsto recolectar información de las IES de Fresnillo, Zacatecas y Guadalupe. Su segunda etapa es descriptiva experimental, así como la aplicación de los test a los participantes de los cursos para después, mediante una investigación correlacional, analizar las variables propuestas y los resultados.

### B. Diseño de la investigación

**Cuadro 4. Diseño de la investigación**

Variable	Descripción	Indicadores	Instrumentos	Itesm
X	Programas universitarios de fomento emprendedor.	Número de alumnos participantes.	Listas de inscripción de alumnos en el curso.	Número de alumnos inscritos.
Y	Desarrollo de habilidades emprendedoras de los jóvenes. Cantidad de empresarios (exalumnos)/ número de alumnos que han realizado el programa. Cantidad de egresados trabajando en niveles directivos o gerenciales/total de egresados.	Nivel de habilidades emprendedoras nos alumnos. Registros de vinculación de empresas creadas por exalumnos. Registro de vinculación de empleos de egresados.	Test inventario del perfil emprendedor. Número de empresas creadas por exalumnos. Número de egresados trabajando en niveles directivos o gerenciales.	Cualificación.

**Fuente:** elaboración propia.

### C. Instrumentos de investigación

Uno de los cuestionarios que se utilizarán para medir el desarrollo de las habilidades emprendedoras es el cuestionario del "Inventario del perfil emprendedor" (Alcaraz, 2004), que se aplicará a los alumnos antes de entrar al programa de fomento al desarrollo emprendedor y al finalizar éste, que se encuentra en la sección de anexos.

#### D. Determinación del tamaño de la muestra

Se utilizará el muestreo aleatorio simple, con un nivel de confianza del 95%, que se aplicará en los alumnos que cursen los PDE en las universidades seleccionadas.

### 19. ANÁLISIS PRELIMINAR

El desarrollo de emprendedores es un aspecto que se ve influido por diferentes factores: culturales, geográficos, personales, psicológicos y académicos, entre otros. Actualmente, las IES se están convirtiendo en un plan detonador de la cultura emprendedora; cada vez son más las IES que toman el desarrollo emprendedor como parte de su promoción. Si bien los PDE son uno de los factores que ayudan al impulso del emprendedurismo en los jóvenes universitarios, la efectividad que tienen en el desarrollo de las habilidades emprendedoras depende de las características con las que cuentan los PDE; por un lado, existen programas que desarrollan estas habilidades durante varias materias de la carrera profesional, por otro, existen programas donde solamente se lleva la materia de “desarrollo emprendedor” o alguna similar.

La aportación de esta primera parte de la investigación se enfoca a éstos últimos programas, en los que se orienta el desarrollo de emprendedores a una sola materia; diversas IES dan por hecho que, por impartir la materia de “Desarrollo de emprendedores”, “Evaluación y desarrollo de proyectos de inversión” o alguna otra similar, cumplen con un PDE. El efectivo desarrollo de emprendedores va más allá de ofrecer una materia o de desarrollar un proyecto productivo o de inversión, aspecto que se confunde hoy en día.

Se tiene la creencia de que desarrollar un proyecto de inversión o productivo es ser emprendedor, y no es así; aunque bien es parte del conocimiento de los emprendedores que son empresarios, no es parte vital para los *intrapreneurs* o “empleados emprendedores” que laboran en empresas y que ayudan al desarrollo de procedimientos o procesos internos que transforman las empresas en empresas competitivas. El desarrollo de emprendedores tiene que ir enfocado al desarrollo mismo de las habilidades emprendedoras, tales como: la creatividad, el liderazgo, el trabajo de equipo, el ser proactivo, entre otras, y estas habilidades es imposible desarrollarlas en una sola materia o con el simple hecho de llevar a cabo un proyecto de inversión.

Las IES que pretendan preparar emprendedores tendrán que incorporar el desarrollo de habilidades empresariales en sus diversas materias, incluso desde las materias “técnicas”, y no ofrecerlas exclusivamente durante la materia donde se desarrolla un proyecto de inversión. Esto quizá sea una de las grandes diferencias con las IES privadas que identificamos como verdaderas desarrolladoras de emprendedores, porque estas últimas se encuentran en un desarrollo de habilidades empresariales de manera constante durante toda la vida académica de sus estudiantes, sin importar el tipo de profesión que se esté cursando; así se garantiza que, sin importar la ingeniería o licenciatura, sus egresados cuenten con un buen desarrollo de habilidades emprendedoras, permitiéndoles incorporarse a la vida laboral ya sea como empresarios o como empleados en niveles directivos o gerenciales.

## 20. CONCLUSIONES

Un emprendedor es la persona que cambia el rumbo y las circunstancias de su entorno, satisfaciendo de manera diferente a lo común las necesidades de su entorno, tanto de sus clientes como de sus proveedores, empleados, socios y competencia, término que implica no solamente a los que crean empresas (empresarios), sino también a todos aquellos que, como parte de ellas, generan mejoras que las llevan a ser más competitivas.

El desarrollo de emprendedores es un modelo que cada vez se aplica con mayor frecuencia en las IES. En ellas se refleja un cambio, puesto que comienzan a dejar de formar solamente empleados para dar inicio a la formación de profesionistas con capacidades emprendedoras. Bajo este esquema se encuentran IES que aplican modelos o PDE durante toda la carrera o bien PDE que los aplican en una o solamente algunas materias; del mismo modo, existen PDE que se ofrecen como cursos opcionales para los estudiantes que lo requieran. Sin embargo, la efectividad que tienen los PDE no ha sido ampliamente medida; por lo menos en el estado de Zacatecas no se tienen indicadores o datos que demuestren su eficiencia, y tampoco existen estudios para comparar la eficiencia entre los diferentes PDE, razón por la cual se pretende hacer un análisis de los PDE y de su efectividad en las IES de los principales municipios del Estado: Zacatecas, Fresnillo y Guadalupe, siendo estos tres municipios los que mayor número de IES tienen en el Estado.

La efectividad se valora en tres rubros que, desde mi punto de vista, son indicadores clave para comprobar si un PDE está dando resultados:

- El desarrollo de habilidades emprendedoras de los participantes, midiendo su grado de creatividad, iniciativa, autoconfianza, energía y capacidad de trabajo, perseverancia, liderazgo, aceptación del riesgo, necesidad de logro, tolerancia al cambio y manejo de problemas, en un transcurso de tiempo determinado, se evalúa al inicio del PDE y al término del mismo para medir el grado de desarrollo.
- El número de empresas que han sido creadas por alumnos o exalumnos de dichas universidades. La creación de empresas es un indicador para cualquier programa de emprendedores, es su objetivo o su meta; tal es el caso, que para la Secretaría de Economía sus indicadores para las incubadoras de empresas son el número de empresas creadas y el número de empleos generados.
- El número de intrapreneurs que esos programas han desarrollado, es decir, el número de exalumnos que se encuentran trabajando en niveles directivos dentro de las organizaciones. Este es uno de los indicadores que se ha dejado de lado al hablar de emprendedurismo. Sin embargo, por la experiencia personal, no toda la efectividad de un PDE tiene que ser reflejada en la creación de empresas, sino también en la generación de empleados que ayuden a las empresas existentes a crecer y a ser más competitivas.

Con estos indicadores, podemos comprobar el grado de efectividad que tienen los PDE, desde diferentes perspectivas, para poder compararlos y analizar sus características.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCARAZ, R. (2004): *Análisis de la contribución del curso sello: Desarrollo de Emprendedores (OR 00802), en el desarrollo de las características básicas del perfil del emprendedor, de los alumnos del Tecnológico de Monterrey*. Memorias RIEEE. ITESM. Recuperado de: <https://www.icesi.edu.co/ciela/antiores/Papers/edem/9.pdf>
- ARONSSON, M. (2004): Education Matters-But Does Entrepreneurship Education? An interview with David Birch. *Academy of Management Learning & Education*, 3 (3), pp. 289-193.
- BABOR, S. J. (2007): El concepto de cultura empresarial desde un abordaje antropológico. *Revista Científica de UCES*, 11(2), 38-61.
- BRUSH, C. G.; DUHAIME, I. M.; Gartner, W. B.; Stewart, A.; Katz, J. A.; Hitt, M. A.; Álvarez, S. A.; Meyer, G. D. y Venkataraman, S. (2003): "Doctoral Education in the Field of Entrepreneurship". *Journal of Management*, 29 (3), pp. 309-331.
- CARSRUD, A. L. (1991): "Entrepreneurship and Enterprise Formation: A Brief Perspective on the Infrastructure in Europe". *Entrepreneurship: Theory and Practice*, 15, pp. 69-75.
- CLOUSE, V. G. H. (1990): A controlled experiment relating entrepreneurial education to students' start-up decisions. *Journal of Small Business Management*, 28 (2), pp. 45-53.
- CRISSEN, J. (2006): "Espíritu empresarial como estrategia de competitividad y desarrollo económico". *Revista-Escuela de Administración de Negocios*, 57, pp. 103-117.
- DETIENNE, D. y CHANDLER, G. (2004): "Opportunity Identification and its Role in the Entrepreneurial Classroom: a Pedagogical Approach and Empirical Test". *Academy of Management Learning and Education*, 3 (3), pp. 242-257.
- DÍAZ, J.; URBANO, D. y HERNÁNDEZ, R. (2005): "Teoría Económica Institucional y Creación de Empresas". *Investigaciones Europeas de dirección y economía de la empresa*, 11(3), pp. 209-230.
- DIDRIKSON, A.; ARTEAGA, C. y CAMPOS, G. (2004): *Retos y Paradigmas: el futuro de la Educación superior en México*. México: Plaza y Valdés.
- DRUCKER, P. (2006): "Más allá de la Revolución de la Información". *Harvard Deusto Business Review*. 12, pp. 6-16.
- FINKLE, T. A. y DEEDS, D. (2001): "Trends in the Market for Entrepreneurship Faculty". *Journal of Business Venturing*, 16 (6), pp. 613-630.
- FINKLE, T. A.; KURATKO, D. F. y GOLDSBY, M. G. (2006): "An Examination of Entrepreneurship Centers in the United States: A National Survey". *Journal of Small Business Management*, 44 (2), pp. 184-206.
- GALAN, F. (1994): *La creación de empresas en el sector servicios como estrategia del desarrollo regional: El papel del emprendedor*. IV Congreso de Economía Regional de Castilla y León. Burgos Comunicaciones, pp. 537-549.
- GEM (2006): GEM 2006 results. Recuperado el 30 de agosto de 2011 desde [http://www.gemconsortium.org/about.aspx?page=global\\_reports\\_2006](http://www.gemconsortium.org/about.aspx?page=global_reports_2006)
- GILDER (1984): *The spirit of the enterprise*. Penguin Books Ltd.
- HYNES, B. (1996): "Entrepreneurship Education and Training, Introducing Entrepreneurship into Non-Business Disciplines". *Journal of European Industrial Training*, 20 (8), pp. 10-17.
- IYIGUN, M. F. y OWEN, A. L. (1999): "Entrepreneurs, Professionals, and Growth". *Journal of Economic Growth*, 4 (2), pp. 213-232.
- JONES, C. y ENGLISH, J. (2004): "A Contemporary Approach to Entrepreneurship Education". *Education and Training*, 8 (9), pp. 416-423.
- KAO, J. (1989): *Entrepreneurship, Creativity and Organization*. EUA. Prentice Hall.
- KATZ, J. A. (2003): "The Chronology and Intellectual Trajectory of American Entrepreneurship Education: 1876-1999". *Journal of Business Venturing*, 18(2), pp. 283-300.
- KIRBY, D. A. (2004): "Entrepreneurship Education: Can Business Schools Meet the Challenge?" *Education and Training*, 46(8), pp. 510-519.
- LERMA, A.; MARTÍN, M.; CASTRO, A.; FLORES, M.; MARTÍNEZ, H.; MERCADO, M.; MORALES, A.; OLIVARES, A.; RANGEL, M.; RAYA, M. y VALDÉS, L. (2007): *Liderazgo emprendedor: Cómo ser un emprendedor de éxito y no morir en el intento*. México: Thomson.
- MARKMAN, G.; PHAN, P.; BALKIN, D. y GIANIODIS, P. (2005): Entrepreneurship and University-Based Technology Transfer. *Journal of Business Venturing*, 20, pp. 241-263.
- MARTÍNEZ, F. (2008): *Análisis de competencias emprendedoras del alumnado de las escuelas Taller y Casas de Andalucía*. (Tesis Doctoral): Universidad de Granada, España.

- MCMULLAN, W. E. y GILLIN, L. M. (1998): "Industrial Viewpoint - Entrepreneurship Education - Developing Technological Start-Up Entrepreneurs: A Case Study of a Graduate Entrepreneurship Programme at Swinburne University". *Technovation*, 18, pp. 275-286.
- OSZ, E. (2010): *Intrapreneurship: Desarrollando el espíritu emprendedor dentro de la organización*. Buenos Aires: Fómhar Ediciones.
- PETERMAN, N. E. y KENNEDY, J. (2003): "Enterprise Education: Influencing Students' Perceptions of Entrepreneurship". *Entrepreneurship Theory and Practice*, 28(2), pp. 129-144.
- PUNPIN, C. (1988): Cultura Empresarial. *Conferencias y trabajos de investigación del instituto de dirección y organización de empresas*. Recuperado de <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/3329/5900906366.pdf?sequence=1>
- QUEVEDO, L.; GONZÁLEZ, C.; MARTÍNEZ, A. y ACOSTA, I. (2008): La integración de un Programa Emprendedor en el marco del nuevo modelo curricular de la Facultad de Contaduría y Administración de UASLP. *V Encuentro Nacional de Investigación Educativa*. Recuperado de <http://www.upn25b.edu.mx/AE%2001/Quevedo%20Monjaras%20Luz%20%20Maria.pdf>
- SHANE, S. (2003): *A General Theory of Entrepreneurship- The Individual Opportunity Nexus*. USA: Edward Elgar Editores.
- SCHUMPETER, J. A. (1984): *Capitalismo, socialismo y democracia*. Brasil: Zahar Editores.
- TIMMONS, J. et al. (1985): *New Venture Creation*, Ed. Irwin, USA.
- VARGAS HERNÁNDEZ, J. (2007): *La cultura cracia organizacional en México*, Edición electrónica gratuita. Texto completo en [www.eumed.net/libros/2007b/](http://www.eumed.net/libros/2007b/) 301.
- VESPER, K. H. y GARTNER, W. B. (1997): Measuring Progress in Entrepreneurship Education. *Journal of Business Venturing*, 12(5), pp. 403-421.





# Democratización, representación, transparencia y equidad electoral. Debate acerca de la reforma política en Argentina



Fecha de recepción \_[02.12.2011]

Fecha de aceptación \_[21.12.2011]

**&** **Resumo/Abstract:** *En el presente trabajo se analiza la Ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral, sancionada en Argentina, considerando los cuatro objetivos implicados en el título de esta norma.*

*Aquí se realiza una lectura crítica de esta Ley de Reforma Política, orientando el foco no en las dificultades concretas respecto de su cumplimiento efectivo, sino en los fundamentos teóricos que han guiado el objetivo reformador. Finalmente, se procurará mostrar que mediante la implementación de estas reglas se termina promoviendo la fragmentación partidaria, la merma en la consistencia interna de las organizaciones y la pérdida de relevancia de los partidos políticos en la escena electoral.&*

**&** **Palabras clave:** Democratización, representación política, transparencia, equidad electoral, Argentina



## 1. INTRODUCCIÓN

A fines del año 2009, en Argentina fue aprobada la Ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral (Nro. 26.571) –la reforma de la legislación electoral más completa y abarcativa sancionada en los 28 años de democracia (Tullio, 2010)– instaurada teóricamente con el objeto de avanzar en la dirección de fortalecer a los partidos, devolverles su centralidad en la escena política y, al mismo tiempo, reensamblar el nexo entre representantes y representados.

En efecto, tal como está implícito en su nombre, con esta ley de reforma político-electoral se pretendía alcanzar los siguientes objetivos fundamentales:

- **Democratización:**  
Para lograr este propósito se estableció, como sistema de selección de precandidatos, la normativa de primarias abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) a las que deben someterse todos los postulantes que quieran competir en los comicios nacionales, con sufragio universal obligatorio para la totalidad de los ciudadanos registrados en el padrón electoral nacional y con carácter vinculante y eliminatorio para todos los partidos, a realizarse en una fecha fija, en los mismos recintos, con similares papeletas y con las mismas autoridades de mesa que en los comicios generales (art. 19, cap. I). Las PASO sustituyen a cualquier otro método orgánico de designación de candidaturas utilizado por cada partido (que, generalmente, implican la sumisión a las resoluciones de las élites o se asocian a componendas espurias entre facciones minoritarias), con lo cual, teóricamente, se garantiza que la decisión sobre qué candidatos disputan los cargos públicos se origine en la voluntad soberana de la ciudadanía nacional.
- **Representación política:**  
Otra de las finalidades de esta ley ha sido reducir el número de partidos que entraban en la lid electoral, para lo cual se incorporaron barreras relativamente altas en la fase inicial<sup>1</sup> y requisitos más exigentes para la conformación de un partido político y para la conservación de su personería jurídica<sup>2</sup>. Así, se intentaba promover que las agrupaciones mayoritarias absorbieran en su interior a las líneas de fractura de las que habían surgido los partidos pequeños (Gallo, 2008), cuyas orientaciones podrían quedar representadas por las facciones que compitieran en las primarias abiertas. De este modo, se procuraba contener el fraccionamiento y mitigar la proliferación innecesaria de fuerzas políticas, ordenando la dinámica del sistema partidario.
- **Transparencia:**  
A partir de la sanción de esta normativa de reforma política, la entidad selectora –o *selectorate* (Rahat y Hazan, 2001)– y fiscalizadora dentro de los partidos pasa a ser la ciudadanía en su conjunto, inscrita en el registro electoral del país. Para ello, la ley contempla la informatización e incorporación de medidas de reconocimiento biométrico para los padrones, la modernización documental del enrolamiento de los votantes y la definición de la cartografía electoral (Tullio, 2010). En efecto, este argumento tiene anclaje en un precepto muy difundido teóricamente, según el cual se sostiene que la lógica que rige en el sistema democrático debe aplicarse a las cuestiones internas de los partidos políticos, acogiendo reglas explícitas y abiertas para la competencia en el seno de las organizaciones (Zovatto, 2001), proporcionando transparencia y modernización a las estructuras de la formación partidaria.

### Equidad electoral:

Otro de los objetivos de esta ley era que todos los partidos que compitieran electoralmente tuvieran las mismas chances, gozando de ecuanimidad en el acceso y manejo de recursos disponibles (art. 61, cap. IV bis). La adopción de las PASO, supuestamente, estaría destinada a generar una situación de igualdad no discriminatoria en el punto de partida, tanto para las fuerzas políticas que compiten como para los electores que deben pronunciarse en ellas. Esto, junto a las modificaciones en el financiamiento y la publicidad en campañas, permitiría, en teoría, un mayor protagonismo ciudadano en la selección de las candidaturas y una mayor igualdad en la difusión de las propuestas, garantizando equidad y proporcionalidad a los partidos políticos que participan en la contienda (Abal Medina, 2009).

Ahora bien, dicho esto, esbozaremos una pregunta de investigación, formulada esquemáticamente del siguiente modo: cuáles han sido los efectos reales de la aplicación de esta nueva ley electoral sobre el funcionamiento político institucional, considerando los cuatro ejes recién mencionados, que han guiado el objetivo reformador. Todo esto, teniendo presente la línea argumentativa que la respaldaba, que apuntaba a señalar que la plasmación legal de esta flamante herramienta y su acatamiento regular podrían propiciar el inicio de un proceso circular virtuoso para la restauración de la representatividad de los partidos.

Empero, en este trabajo, proponemos una lectura crítica de la Ley Nro. 26.571 y, luego de evaluar su impacto real durante su estreno efectivo en agosto de 2011, colegiremos que en esta primera experiencia no se han concretado satisfactoriamente los presuntos beneficios de estas normativas, en términos de *democratización*, *representación*, *transparencia* y *equidad*.

## 2. RELEVANCIA Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

En la medida en que la competencia entre partidos es un aspecto fundamental del funcionamiento de las instituciones democráticas, estimamos propicio analizar los efectos de la nueva legislación argentina –que modifica los procedimientos que regulan los comicios y procura redefinir las vías de acceso al poder, y que posee gran magnitud y alcance– en su primera aplicación fáctica. Al mismo tiempo, consideramos que el tema es particularmente relevante, vigente y actual, dado el crecimiento que está teniendo la incorporación de mecanismos selectivos con participación ciudadana, a escala planetaria. Además del caso emblemático de Estados Unidos, países de América Latina, y también de Europa, han tendido crecientemente a adoptar procedimientos similares (Abal Medina, 2009). En efecto, el sistema de PASO está inspirado netamente en el régimen de internas abiertas que rige en el Uruguay desde 1996<sup>3</sup> y actualmente está siendo considerado por el Jurado Nacional Electoral de Perú, como marco para una posible enmienda, al tiempo que en Colombia, Ecuador, Honduras y Costa Rica también se utilizan mecanismos con ciertas características análogas<sup>4</sup>.

## 3. HIPÓTESIS DE TRABAJO

Frente a la pregunta de investigación planteada más arriba, se propondrá la siguiente hipótesis: el empleo de las nuevas disposiciones normativas –que será nuestra variable independiente– podría tener repercusiones (mínimamente) favorables sólo si alcanzara un umbral básico elemental de aceptabilidad (es decir, un *mínimum* admisible) en cuanto a: *democratización* (interna de cada una de las fuerzas partidarias más relevantes), *representación política* (y racionalización del sistema partidario), *transparencia* (en los modos de selección de

candidaturas) y *equidad electoral* (en la competencia, desde las primarias hasta la consagración del ganador final), los cuales obrarán de variables dependientes en esta indagación. Por el contrario, si no se cumplen tales cometidos, entenderemos que la implementación de esta reforma no contribuye al propósito buscado.

Como objetivo de máxima, las PASO permitirían evitar la influencia de los aparatos partidarios en el proceso de selección de candidatos y, tras su utilización, resultarían ungidos los postulantes más aceptados por la opinión pública (y, al mismo tiempo, más representativos de las posturas de los partidos o coaliciones existentes). También debería incrementarse el potencial coalicional de las fuerzas partidarias que entran en la competición, con un consiguiente realineamiento de aquellas pertenecientes a una misma familia de preferencias.

A la vez, tras la estabilización y permanencia en el tiempo de las nuevas prácticas institucionales, debería llegarse a conformar un campo fluido entre los extremos del espectro político, con una matriz partidaria de pocas agrupaciones relevantes, unificadas y homogéneas (con dirigentes situados en posiciones ideológicas y programáticas congruentes, y con canales internos democráticos y transparentes mediante los cuales se estimulara la participación activa y el involucramiento de adherentes y de ciudadanos de a pie).

De todos modos, el ajuste a estos cánones no es una tarea sencilla de alcanzar: como los objetivos originarios de la reforma operan en direcciones opuestas, entendemos que es muy improbable que, con una misma metodología, se consiga reducir el número de partidos, fortaleciéndolos por dentro y, simultáneamente, se logre sanearlos, abrirlos y acercarlos a la ciudadanía común; todo esto aplacando las asimetrías entre ellos y brindándoles condiciones igualitarias de competencia. Por eso, consideramos que las probabilidades de que se origine tal convergencia de circunstancias peculiares son mucho más bajas que las de encontrarlos con contextos adversos.

En lo que sigue, intentaremos determinar si en esta primera aplicación de la Ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral se ha producido algún avance en la dirección de las cuatro metas reformistas perseguidas.

#### **4. ANÁLISIS DE LOS COMICIOS PRESIDENCIALES DE 2011 EN ARGENTINA**

¿Se han cumplido los cuatro requisitos mencionados?

Aquí evaluaremos los cuatro aspectos previamente citados e intentaremos aplicarlos al análisis del caso argentino, con las particularidades del contexto de utilización.

- Democratización:

Recalquemos, ante todo, que la democracia interna partidaria, como concepto, comprende todo el conjunto de disposiciones normativas y medidas políticas tendientes a garantizar que tres elementos sustantivos (1. la línea y programas partidarios, 2. las autoridades internas y 3. los candidatos a puestos de representación popular) sean acordes y correspondientes con la voluntad mayoritaria de los miembros que componen el *demos* del partido (afiliados y militantes), quienes deben gozar de ciertos derechos y atribuciones que los distinguen de quienes no pertenecen a la organización (Hernández Valle, 2002). A su vez, un partido internamente democrático es aquel que estatuye la alternativa de que cualquiera de los miembros de ese *demos* pueda acceder a la postulación para cargos públicos, de acuerdo con la racionalidad de sus propios criterios (Garrido, 2002: 102) y sin discriminación hacia ningún grupo

minoritario o sector subrepresentado (Freidenberg, 2005: 95), lo que también supone la existencia de opciones para la promoción de nuevos cuadros (Alcántara Sáez, 2002). Según la nueva ley argentina, la elección de autoridades partidarias debe realizarse periódicamente de conformidad con lo establecido en sus cartas orgánicas, pero la selección de candidatos ha de efectuarse mediante las PASO (art. 19<sup>º</sup>). En otras palabras, respecto del primer (y fundamental) elemento de la democracia interna, no se estipula nada en la letra de la ley; al segundo se lo deja exclusivamente en manos del partido, y al tercero se lo exterioriza, expulsándolo hacia afuera de los límites partidarios. Así, el argumento de que esta normativa legal produce efectos democratizadores podría mantenerse (aunque únicamente en lo concerniente al tercer factor) si, y sólo si, las fuerzas políticas que la acogen estuvieran desprovistas de aquella última característica; es decir, sólo puede admitirse esta situación distorsiva según la cual la ciudadanía común sustituye al *demos* partidario, en caso de que este último efectivamente careciera de incidencia en la nominación de los postulantes partidistas.

**Tabla 1: Partidos y mecanismos de selección de candidatos:**

<b>Partido</b>	<b>Mecanismo de selección anterior</b>	<b>Sobre quién recaía la decisión</b>
Frente para la Victoria (FPV)	Designación cupular	Sector partidario minoritario
Unión Cívica Radical (UCR)	Internas cerradas	<i>Demos</i>
Peronismo Federal (PF)	Internas cerradas	<i>Demos</i>
Partido Socialista (PS)	Internas cerradas	<i>Demos</i>
Coalición Cívica (CC)	Designación cupular	Sector partidario minoritario
Partido Obrero (PO)	Congresos con participación de bases	<i>Demos</i>
Partido de los Trabajadores Socialistas (PTS)	Congresos con participación de bases	<i>Demos</i>

**Fuente:** elaboración propia sobre la base de estatutos partidarios.

Observamos que la mayor parte de los partidos que componían el arco político nacional utilizaban mecanismos democráticos internos para la selección de sus candidatos. Inclusive, hay que aclarar que la utilización de procedimientos designativos de selección (aquellos en los que no participa el *demos* del partido) puede promover acuerdos intrapartidarios y reducir los costos internos de la decisión (Nelson, 1999), resolviendo de un modo menos traumático los conflictos intestinos (Freidenberg, 2009: 279), con lo cual, un mejoramiento respecto del tercer componente de la democratización puede implicar correlativamente un retroceso en términos de flexibilidad procedimental y/o un incremento de los conflictos de integridad partidaria.

De cualquier modo, hay que mencionar que en el caso aquí estudiado, todas las fuerzas políticas que compitieron en las primarias abiertas de 2011, paradójicamente, terminaron presentando precandidaturas presidenciales únicas. Así, en la medida en que en las PASO no se produjo una selección de los candidatos, la ciudadanía no sustituyó al *demos* partidario en su función selectiva, incumpléndose con la finalidad básica de este instrumento electoral.

- **Representación política:**  
Teóricamente, la nueva legislación promueve que los agrupamientos menores, que no alcancen el umbral requerido legalmente para pasar a la elección general, se sumen a otras fuerzas políticas afines (art. 8), propulsando la reducción del número de participantes y la presencia de partidos fuertes, estables y con arraigo societal (Astarita, 2009).  
Sin embargo, según la ley, los sectores partidarios o subpartidarios que resultaran derrotados de las PASO quedan impedidos para integrar la fórmula presidencial de cara a la elección general nacional (art. 6), lo cual, o bien promueve primarias divisivas (Pomares, 2011), dificultando que se armonicen las posiciones dirigenciales después de la compulsa, o, alternativamente, desincentiva la competencia interna, al no generar beneficios subalternos ni compensatorios para los perdedores. Por ello, la opción de unir fuerzas entre partidos pasa a ser un recurso de *última ratio* –sólo para aquellos que carezcan de apoyo para mantener su caudal–, fomentando el establecimiento de alianzas forzadas y antinaturales, rubricadas con fines puramente electorales.  
Veamos cómo ha sido la naturaleza de las coaliciones conformadas para competir en las primarias:

**Tabla 2: Partidos y alianzas conformadas:**

<b>Coalición</b>	<b>Partidos socios principales</b>	<b>Familia de partidos</b>
<b>FPV</b>	Partido Justicialista	Populista
	Partido para la Victoria	<i>Catch all</i>
	Frente Renovador de Salta	Conservador
<b>Unión para el Desarrollo Social (UDESOS)</b>	UCR	Radical/socialdemócrata
	Unión PRO	Populista-Neoliberal
<b>Frente Popular (FP)</b>	Partido Justicialista	Populista
	PF	Populista conservador
	PRO (en algunas pcias.)	Neoconservador
<b>Frente Amplio Progresista (FAP)</b>	PS	Socialista moderado
	GEN	Radical-socialista
<b>Compromiso Federal (CF)</b>	Libres del Sur	Socialista
	Partido Justicialista	Populista
	PF	Populista conservador
<b>CC</b>	PRO (en algunas pcias.)	Neoconservador
	ARI	Socialdemócrata
<b>Frente de Izquierda y de los Trabajadores (FIT)</b>	Unión por Todos	Liberal
	PO	Socialista revolucionario
	PTS	Socialista revolucionario

Fuente: elaboración propia.

Dadas las mencionadas restricciones incorporadas, los partidos tradicionales (el Radicalismo y el Peronismo no kirchnerista) se vieron obligados a desistir de sus estrategias primigenias. Originariamente, la UCR iba a formar una alianza con el Socialismo, mientras que el Peronismo Federal se iba a presentar unificado. Pero, finalmente, estos grupos políticos prefirieron no competir con quienes compartían el mismo nicho en el electorado y, alternativamente, optaron por someterse a un proceso de negociación, evitando el costo de participar en las PASO, establecidas como un juego a todo o nada (Novaro, 2011). No obstante, esta pérdida de aliados naturales tuvo consecuencias negativas para ambas fuerzas tradicionales: los radicales optaron por establecer un pacto contra natura e insostenible con un grupo proveniente de la derecha empresarial de origen peronista, y el sector peronista desgajado del oficialismo experimentó cismas y disensiones internas, presentándose dividido. Paradójicamente, pese a que las alianzas celebradas antes de las PASO demostraron ser sumamente infructuosas luego de las mismas, éstas debieron –por ley– mantenerse inalteradas hasta las elecciones generales.

Con respecto a los partidos secundarios, personalistas y con posiciones de poder geográficamente delimitadas<sup>6</sup>, sus líderes consideraron más fructífero desertar de la contienda nacional, compitiendo dentro de sus reductos locales, donde se sabían fornidos<sup>7</sup>. Empero, la decisión de esos dirigentes terminó perjudicando significativamente a sus fuerzas partidarias de origen, al dejarlas descabezadas de cara a los comicios nacionales<sup>8</sup>.

Así, observamos que, tras las PASO, lo que se ganó en términos de reducción numérica de participantes (que tampoco fue tan significativo<sup>9</sup>) se malogró al no haberse establecido un criterio relevante y sustantivo<sup>10</sup> conforme al cual efectuarse la racionalización y ordenación del sistema partidario (Gallo, 2011).

- **Transparencia:**

Se sostiene que la implantación del sistema de primarias abiertas partidarias legitima la mediación representativa de los partidos políticos, al tiempo que posibilita que se establezcan nuevos peajes democráticos y que se desapodere a las cúpulas minoritarias de la función selectiva (Blanco Valdés, 1996: 31), transparentando las vías de acceso al poder. No obstante, como se vio, el abanico de alternativas distintas “al dedo” de la cúpula partidaria es amplio (Pomares, 2011), incluyendo la opción de convenciones y congresos nacionales con representantes de la militancia, internas cerradas exclusivas para los afiliados, etc., permitiendo que se lleve a cabo un proceso transparente de decisión, efectuada por el *demos* partidario. Sin embargo, se adujo que, en este contexto (caracterizado por la merma de la militancia activa y participante y la existencia de una desactualización y una adulteración en los registros de afiliados partidarios), sólo la realización de elecciones internas de todos los partidos el mismo día, con padrones comunes, otorgaría la transparencia y credibilidad indispensables en un auténtico régimen democrático (Haro, 2003: 3). Así, se argumentó que la incorporación de las PASO facilitaría que los votantes con preferencias definidas sufragaran en el partido al que pertenecían y que los independientes participaran en la primaria de alguna de las fuerzas políticas entre las cuales estuvieran indecisos, eligiendo, de entre los diversos postulantes, al candidato más próximo a su preferencia (Gallo, 2007).

Empero, la casuística indica que para lograr ese cometido se requiere que los ciudadanos exhiban cierto nivel de conocimiento e implicación en la política, que les permita discernir qué se elige en cada una de las instancias sucesivas de votación (Gallo, 2011), y que, a la vez, los partidos con más posibilidades de imponerse en la elección general posean más simpatizantes entusiastas, con preferencias consolidadas hacia ellos, que detractores opositoristas, dispuestos a torpedear sus candidaturas más plausibles, lo cual terminaría produciendo sesgos en la representación.

Por el contrario, en la Argentina, la mayoría de los votantes que técnicamente se consideran independientes no se interesan por la política y, además, suelen ser refractarios a alguna/s de las fuerzas políticas existentes<sup>11</sup>, con lo cual, al obligarlos a participar en un ámbito que no sólo no les concierne, sino que les provoca animadversión, es factible que éstos sufraguen por motivaciones estratégicas e instrumentalistas. En el otro extremo, encontramos la situación que efectivamente se dio aquí: como los partidos llegaron a las PASO con las candidaturas asignadas, la voluntad de los ciudadanos comunes careció de incidencia en la resolución de las mismas y, paralelamente, la tarea nominatoria recayó sobre los sectores subpartidarios con poder interno, cuya transparencia se ponía en cuestionamiento. A su vez, la participación obligatoria en una compulsa en la que no había nada en juego derivó en que los electores no interpretaran adecuadamente cuál era su rol en esta instancia, actuando como si se tratara de una elección general dilucidatoria<sup>12</sup>.

Para cerrar este punto, hay que mencionar que el desarrollo de las PASO estuvo signado por denuncias de fraude, constatación de errores significativos, adulteración de actas y telegramas, etc., en el escrutinio final<sup>13</sup>, con lo cual, contrariamente a su objetivo, en su estreno, este proceso eleccionario no se llevó a cabo con las condiciones de transparencia electoral exigidas.

- Equidad electoral:

En relación con este punto, se introdujo la cláusula de que solamente fuera el Estado el que contratara espacios de propaganda durante las campañas, distribuyéndolos entre las distintas entidades partidarias registradas (Astarita, 2009). Sin embargo, la equidad en la competencia no se reduce al modo en el que cada uno de los participantes transmite públicamente sus propuestas, sino que también se vincula con el nivel de convocatoria despertado, lo cual tiene que ver con el potencial participativo de los ciudadanos y con las características de las contiendas. Es decir, para garantizar cierta equidad en la competencia, por un lado, las internas de todos los partidos (o, al menos, las de los más relevantes) deberían ostentar un nivel de competitividad y conflictividad semejante<sup>14</sup> (Gallo, 2011).

Pero, de cualquier modo, en un sistema con reelección presidencial consecutiva (como el argentino), con las PASO se genera una competencia sumamente asimétrica, mediante la cual se echan por tierra los beneficios obtenidos con la regulación propagandística. Es decir, el presidente incumbente como tal (y no en su calidad de candidato o precandidato) puede disponer discrecionalmente de ciertos recursos estatales, a los cuales sus pares no tienen acceso, al tiempo que prescinde de la publicidad propiamente dicha, en tanto que no tiene que 'hacerse conocer', sino que es evaluado retrospectivamente, sobre la base del desempeño gubernamental del primer período (Carey y Polga-Hecimovich, 2007: 20).

Así, teniendo en cuenta que todas las fuerzas políticas deben transitar indefectiblemente por las PASO, las agrupaciones opositoras se ven forzadas a presentar precandidatos para que comparezcan en una misma instancia electoral preliminar, compitiendo de igual a igual con el titular del principal cargo del sistema institucional nacional.

En el caso analizado, el partido de gobierno –que, por entonces, concitaba el mayor nivel de apoyo popular<sup>15</sup>– postuló como candidata única a la mandataria incumbente<sup>16</sup>. En estas circunstancias, es comprensible que los dirigentes menos viables de los partidos menos viables hayan optado racionalmente por un retiro prudente (Cox, 1997: 196), evitando pagar el costo personal de poner el cuerpo por su partido. Por eso, todos los otros partidos resolvieron no presentar más de un candidato en las PASO, lo que hubiese tenido un efecto multiplicador respecto de su división interior (Tonelli, 2011).

**Tabla 3: Resultados electorales 2011 (primarias y generales):**

Precandidato/candidato	Elecciones primarias 2011	Elecciones generales 2011
C. F. Kirchner* (FPV)	50,24%	53,96%
R. Alfonsín (UDESOS)	12,2%	11,15%
E. Duhalde (FP)	12,12%	5,89%
H. Binner (FAP)	10,18%	16,87%
A. R. Saá (CF)	8,17%	7,98%
E. Carrió (CC)	3,22%	1,84%
J. Altamira (FIT)	2,46%	2,31%
A. Argumedo (Proyecto Sur)	0,89%	Inhabilitados
S. Pastore (MAV)	0,30%	Inhabilitados
J. Bonacci (PCP)	0,23%	Inhabilitados

\* Presidenta incumbente.

Fuente: elaboración propia sobre la base de <http://www.elecciones2011.gob.ar>

Tal como se observa, tras las primarias emergió un escenario sumamente desbalanceado, con un oficialismo robustecido, prácticamente plebiscitado en las urnas y una pléyade de fuerzas opositoras pequeñas e inviables. Además, la contundencia e irreversibilidad de los guarismos de las PASO –destinadas a operar como un testeo prospectivo previo a los comicios generales– terminó quitando significación a la elección nacional subsiguiente.

Esto da la pauta de que la aplicación de esta regla electoral en un país con reelección inmediata puede ocasionar, desde el momento inicial, asimetrías entre los contrincantes, con corolarios negativos sobre la competitividad y la equidad electoral.

## 5. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Aquí hemos analizado la normativa electoral aplicada por primera vez en la Argentina, considerando sus finalidades principales, implicadas en la denominación misma de la ley. Aclaremos, desde ya, que las conclusiones son provisorias y de alcance limitado, en tanto que se trata de una primera experiencia, sin antecedentes inmediatamente comparables.

En primer lugar, expusimos que sólo podía haber democracia interna en partidos cuyo *demos* tuviera protagonismo y capacidad de decisión. A la vez, si bien el candidato partidario electo debe poseer flexibilidad y moderación para capturar al electorado medio, también tiene que ser capaz de comportarse de un modo compatible con los lineamientos y principios sustentados por el partido. Como observamos, es más plausible que se consiga nominar a un postulante con esas características a través de mecanismos internos partidarios que mediante la metodología selectiva impuesta por la nueva ley.

Al mismo tiempo, vimos que las coaliciones forjadas para esta ocasión han sido estrictamente electorales y programáticas, careciendo –por principio– del primer e indispensable requerimiento de democracia interna partidaria, que es, justamente, la conformación de una línea política unitaria compartida por los miembros del *demos* partidista.

Paralelamente, en la medida en que la efectiva nominación de los candidatos de todos los partidos estuvo en manos de los actores más gravitantes de sus respectivas estructuras, entendemos que, en su primera aplicación, este mecanismo no ha producido efectos positivos en ninguna de las fuerzas políticas participantes: en aquellas en las que la selección recaía previamente en el *demos*, se tornó innecesaria la instancia de las PASO, y en las demás, se preservaron las fallas de los procesos electorales anteriores, dominados por los aparatos y recursos económicos de los sectores internos más poderosos.

Finalizando este punto, señalamos que la ley de PASO entra en contradicción con la idea misma de democracia interna partidaria, en la medida en que la existencia de una regulación de los órganos del poder público sobre el funcionamiento y autoorganización interna afecta a la libertad y a la propia autodeterminación de los partidos, que deberían ser los únicos con potestad para ejercer sus actividades de conformidad con su conveniencia política en su seno y a su costo (Salvatierra, 2002).

Con respecto al criterio de la representación, se sostenía que en las PASO se produciría una ordenación de la oferta electoral, derivando en un sistema racionalizado, con pocos y fuertes partidos. Sin embargo, en este caso, como se vio, los agrupamientos principales, lejos de fortalecerse, se dividieron, fraccionando su ya exiguo apoyo (como el Peronismo no oficialista), o se tornaron mucho más *catch all* e incongruentes (como el Radicalismo), perdiendo el respaldo de seguidores fieles (Gallo, 2011), al tiempo que los partidos pequeños que respaldaban a un candidato con poder local directamente optaron por la no participación interna, lo cual tuvo efectos negativos sobre su performance electoral general. Así, pudimos advertir que, ante la imposibilidad legal de que se altere la composición o el orden en la fórmula presentada en las PASO, se reducen los incentivos para concertar y llegar a compromisos intrapartidarios. Por eso, las alternativas desplegadas en ellas no han reflejado una pluralidad programática de fondo, sino que, por el contrario, expresaron el oportunismo electoralista generado por la inédita normativa; instando a la ambigüedad y a la disminución del rol de los partidos en el marco de la competición política.

Así, constatamos que el incremento de instancias electorales no facilita ni estimula la manifestación de las preferencias de los votantes, sino que más bien tiende a producir un aumento de la confusión y una reducción del interés ciudadano en la definición de la compulsa real.

Consiguientemente, pese al argumento de que esta ley contribuiría a que los partidos se tornaran más representativos, adaptándose a circunstancias externas cambiantes, vimos que –al menos en su primera aplicación– ésta ha resultado perjudicial para la institucionalización

partidaria y no ha contribuido a la apropiada representación de un electorado fragmentado en sus preferencias.

Paralelamente, el precepto de que las primarias abiertas obligatorias favorecían la transparencia estaba fundamentado en dos premisas concatenadas: según la primera, la depuración del registro de electores (es decir, la delimitación rigurosa y adecuada del *selectorate*) conllevaría la oxigenación de las vías de acceso al poder; y con relación a la segunda, la participación de independientes en la determinación de las candidaturas, al sustituir a la capacidad movilizadora de los aparatos partidarios, permitiría lograr la consagración de los postulantes más acordes con las preferencias de la ciudadanía común.

Sin embargo, vimos que en la realidad, con la incorporación de esta normativa, el rol de los electores se limitó a refractar a candidatos ya designados por algún mecanismo partidario, manteniendo las tendencias centralistas dentro de los partidos y el comportamiento oligárquico de las cúpulas dirigenciales partidistas.

En efecto, las PASO terminaron adoptando el carácter, la morfología y el *status* de la elección nacional definitoria, lo cual trajo aparejado que los comicios generales (celebrados tan sólo 10 semanas más tarde) se convirtieran en los más intrascendentes de la historia democrática del país (*El Estadista*, 2011). Evidentemente, la obligatoriedad del voto interno no fortaleció los vínculos afectivos hacia los partidos ni incrementó el interés ciudadano en las actividades organizativas, sino que más bien provocó una disminución de los incentivos para incorporarse como adherentes partidarios<sup>17</sup> y una acentuación de las actitudes abúlicas en los votantes.

Respecto de la consecución del objetivo de la equidad electoral, vimos que éste estaba atado al requisito anterior de la representación proporcional de las fuerzas participantes<sup>18</sup>. Efectivamente, las distorsiones producidas durante las PASO afectaron a las probabilidades de los partidos en orden a su posicionamiento futuro.

La más significativa de ellas ha sido la combinación entre el empleo del mecanismo de primarias abiertas obligatorias y la presencia del factor *incumbent* en la competencia preliminar. En sistemas con reelección presidencial inmediata, el campo electoral suele instaurarse en torno al eje *apoyo-oposición al gobierno* y, como regla general, el incumbente se asegura la exclusividad del favor de quienes resaltan el primer término de este binomio dicotómico (Gallo, 2008). Así, desde las PASO, el presidente de turno se coloca en una posición polarizadora, sumamente desventajosa para sus competidores, tanto externos como internos, disminuyendo notoriamente los incentivos de entrada a la liza electoral. En el caso desarrollado, hemos constatado cómo estos elementos provocaron desequilibrios en la competición, no sólo por la falta de ecuanimidad y simetría en la cantidad y tipo de recursos públicos del que pudo hacer uso cada uno de los postulantes, sino por el impacto que tuvo la mera introducción de la variable *incumbent* sobre la dinámica de la competencia y la concreción de estrategias por parte de todos los actores con voluntad participativa y vocación de poder.

En síntesis, a raíz de todo lo expuesto, resaltamos que uno de los inconvenientes de la reciente reforma ha radicado en que con ella se buscó democratizar y fortalecer a los partidos, pero partiendo de un diagnóstico desacertado sobre la situación de los partidos políticos argentinos (tanto en lo referente a su organización interna como a su rol en el marco general de las instituciones democráticas). Al mismo tiempo, se procuró ordenar el sistema partidario sin un criterio claro y de ordenación, con lo cual se terminó reemplazando la estructura de

oportunidades vigente por otra que también ha incentivado comportamientos especulativos, poco transparentes y distorsivos.

Paradójicamente, para resolver los problemas de transparencia e inequidad que afectaban a las estructuras partidarias, se acudió al escrutinio de ciudadanos desinteresados y desconocedores de la política, a quienes se les hizo participar de una elección en la que todo lo importante ya había sido resuelto previamente puertas adentro. A su vez, la presentación de un único candidato por agrupamiento otorgó centralidad a los candidatos individuales (recalcando las asimetrías en el peso propio de cada uno de ellos) y derivó en que el eje partidario perdiera terreno frente al criterio personalista en la configuración del voto.

En este contexto, concluimos que, si bien no tenemos elementos para realizar un pronóstico adecuado sobre cómo será la evolución en la implementación consecutiva de la nueva legislación político-electoral argentina, lo que sí estamos en condiciones de afirmar es que, en su primera aplicación, ésta ha tendido a promover la inconsistencia interna partidaria, la personalización de la competencia, la banalización de la participación ciudadana en la vida cívica y la pérdida de relevancia de los partidos políticos en la escena electoral.

## Notas

---

- 1 La norma estipula que los partidos políticos deben alcanzar en las PASO un piso mínimo de 1,5% de los votos válidamente emitidos para postular candidatos a cargos electivos (art. 45, cap. VII).
- 2 Para que a una agrupación política se le reconozca su personería jurídico-política, debe contar con un número de afiliados permanentes (hasta entonces eran adherentes) no menor al 4% del total de los inscriptos en el registro electoral del distrito correspondiente (art. 2).
- 3 Aunque allí son simultáneas y obligatorias, pero no son compulsivas para los ciudadanos.
- 4 A su vez, la legislación sobre financiamiento político se ha inspirado en los casos de Brasil, Ecuador, Chile y México, y tiene puntos de contacto con los de Reino Unido, España, Portugal y Francia (Tullio, 2010).
- 5 Modificatorio de Ley Orgánica de Partidos Políticos.
- 6 Cabe señalar que la Argentina es un Estado multinivel –con unidades estatales de órdenes inferiores (Escolar, 2010), que a su vez se constituyen en bastiones de sectores con poder territorializado– a diferencia de otros casos latinoamericanos (donde el único premio significativo es la obtención de la Presidencia de la Nación).
- 7 Este fue el caso de Mauricio Macri (PRO), hasta entonces el dirigente opositor mejor posicionado, y de Pino Solanas (Proyecto Sur), quienes contendieron por la jefatura de gobierno capitalina (instancia en la cual triunfó el primero), celebrada un mes y medio antes de las PASO.
- 8 Los partidos que no alcanzaron el 1,5% a nivel presidencial tuvieron que presentar listas truncas o mutiladas (sólo para las categorías en las que habían logrado el piso).
- 9 Se pasó de 656 a 532 partidos nacionales, provinciales y de distrito (Astarita, 2009).
- 10 Léase, partidario, ideológico, programático, etc.
- 11 El 74,4% de los argentinos se autocataloga como distante o muy distante respecto de alguna de las fuerzas políticas que conforman el sistema partidario nacional (cálculos propios, utilizando una tabla de contingencia, basada en una versión multidimensional del modelo de Michigan, se midió la proximidad o cercanía de los ciudadanos argentinos hacia los partidos existentes).
- 12 Según datos extraídos de diversos análisis, hasta dos semanas antes de las PASO, más del 50% de la población desconocía de su existencia (Gallo, 2011).
- 13 Léase <http://www.argentinaelecciones.com/noticia-errores- elecciones-primarias- 1155.html>.
- 14 Es necesario que cada primaria cuente con al menos dos precandidatos competitivos, con un cercano nivel de aceptación pública. Si no, el centro de gravedad de la disputa se desplaza hacia los partidos que presenten al menos dos candidatos con chances parejas y perfiles diferenciados (Gallo, 2011).
- 15 Hasta entonces, todos los encuestadores le pronosticaban al menos 40% de apoyo, muy lejos de los demás participantes (Gallo, 2011).
- 16 Como suele suceder, un mandatario exitoso es el candidato nato e indiscutido del partido oficialista.
- 17 Dado que lo que antes requería de una mera adhesión hoy supone un complejo acto de afiliación (Gallo, 2011).
- 18 Cabe remarcar también que existe una tensión entre este objetivo reformista y el anterior, ya que las normas que favorecen la equidad suelen ser más restrictivas, incentivando la opacidad de los partidos para eludirlas; mientras que reglas más laxas permiten una mayor transparencia sobre los gastos, pero resultan altamente inequitativas (Astarita, 2009).

## BIBLIOGRAFÍA

- Abal Medina, J. 2009. "Los partidos pequeños saldrán fortalecidos", en <http://www.argentinaelections.com>. 11-03-2011.
- Alcántara Sáez, M. 2002. "Experimentos de democracia interna. Las primarias de partidos en América Latina", Working Paper, en <http://www.nd.edu/~kellogg/WPS/293.pdf>. 30-10-2011.
- Alcántara Sáez, M. y F. Freidenberg. 2003. (coord.). *Partidos políticos de América Latina. Cono Sur*, México DF: FCE.
- Anduiza, E. y A. Bosch. 2004. *Comportamiento político y electoral*, Barcelona: Ariel.
- Astarita, M. 2009. "El Proyecto atiende una cuestión central como es la excesiva fragmentación de nuestro sistema partidario" en <http://argentinaelections.com>. 30-10-2011.
- Blanco Valdés, R. 1996. "Ley de bronce, partidos de hojalata (crisis de los partidos y legitimidad democrática en la frontera del fin de siglo)", en Porras Nadales, A. *El debate sobre la crisis de la representación política*. Madrid: Tecnos.
- Carey, J. y J. Polga Hecimovich. 2004. "Primary Elections and candidate strenght in Latin America". En <http://www.darmouth.edu/jcarey>, 21-04-2011.
- Carey, J. y J. Polga Hecimovich. 2007. "The primary elections 'bonus' in Latin America" en <http://polisci.fsu.edu/research/documents/C&PH%20April%202007.pdf>, 21-04-2011.
- Cavarozzi, M. y J. Abal Medina. 2002. *El asedio a la política*, Rosario: Homo Sapiens.
- Colomer, J. 2000. "Las elecciones primarias presidenciales en América Latina y sus consecuencias políticas", trabajo presentado en el Congreso LASA, Miami.
- Cornejo, C. 2009. "Sistema de primarias de Santa Fe" en <http://argentinaelections.com/> 23-03-2011.
- Cox, G. 1997. *La coordinación estratégica de los sistemas electorales del mundo*. Barcelona: Gedisa.
- Cruz, F. 2009. "Sobre formas y reformas políticas" en [www.politicargentina.com](http://www.politicargentina.com), 08-09-2011.
- Cheresky, I. 1999. "Elecciones internas de la Alianza: aparatos partidarios y ciudadanía independiente", en *Instituto de Investigaciones Gino Germani*, DT N° 13.
- De Luca, M. 2003. "Political Recruitment of Presidents and Governors in the Argentine Party-Centered System", Working Paper for *Pathways to Power Political Recruitment in Latin America*, Winston- Salem: Graylyn International Center, Wake Forest University.
- Downs, A. 1973. *Teoría Económica de la Democracia*, Madrid: Aguilar.
- Epstein, L. 1986. *Political parties in the American Mold*. Madison: U. of Wisconsin Press.
- Escolar, M. 2010. "La política de la reforma: notas sobre el sistema de partidos y la gobernanza electoral", ponencia presentada en Santo Domingo, Republica Dominicana, pp. 51-81.
- Freidenberg, F. 2009. "¿Qué es la democracia interna? Una propuesta de redefinición conceptual" *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, México DF: UNAM, pp. 277-295.
- Freidenberg, F. 2003. "Selección de candidatos y democracia interna en los partidos de América Latina", Biblioteca de la Reforma Política, N° 1, Lima: International IDEA.
- Gallagher, M. y M. Marsh (Ed.). 1988. *Candidate Selection in Comparative Perspective. The Secret Garden of Politics*. London: Sage Publications.
- Gallo, A. 2011. "Impacto de las nuevas normativas electorales en Argentina. Discusión y análisis de la Ley de Reforma Política 26.571" (en prensa).
- Gallo, A. 2008. "Internas Abiertas Simultáneas y Obligatorias. La Derogación de la Ley 25.611 y el Emblemático Caso de Uruguay" *Revista Postdata*. N° 13, Buenos Aires, pp. 103-143.
- Gallo, A. 2007. "Representatividad Partidaria y Nominación de Candidatos. Análisis de Internas Abiertas Presidenciales en América Latina". Doc. de trabajo n.º 170. Buenos Aires: U. de Belgrano.
- Gallo, A. 2005. "Mecanismos de selección partidaria y legitimidad de las candidaturas. El debate en Latinoamérica" en *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas (RIPS)*. Vol. 4, n.º 2, Santiago de Compostela, pp. 277-289.
- Garrido, R. 2002. "Una propuesta para el establecimiento de bases constitucionales mínimas que garanticen el desarrollo democrático de los procesos internos de elección de candidatos de los partidos políticos" en <http://www.bibliojuridica.org/libros>. 18-08-2011.
- Haro, R. 2002. "Elecciones primarias abiertas. Aportes para una mayor democratización del sistema político", en Haro, R. *Constitución, poder y control*. México DF: Universidad Autónoma de México.
- Kitschelt, H. 1989. *The logic of Party Formation*. Nueva York: Cornell University Press.

- Michels, R. 1979. *Los partidos políticos*, Buenos Aires: Amorrortu.
- Morales, M. 2005. "Elecciones Primarias: Análisis desde la teoría de juegos y aproximaciones a modelos estadísticos explicativos" *Agenda Pública*, Año IV - N° 7.
- Muñoz, R. 2003. "El proceso circular de las internas abiertas, obligatorias y simultáneas" en Muñoz, R. (comp.). *Crisis de Representación y reforma política*, Río Cuarto: CEPRI.
- Mustapic, A. M. (2002): "Ventajas y desventajas de las internas abiertas", Seminario de Reforma Política, Rosario.
- Mutti, G. 2005. "Las elecciones internas abiertas y obligatorias en la provincia de Santa Fe". Presentado en el Congreso de la SAAP.
- Nelson, S. 1999. "Partidos Políticos y Candidatos" en *Índice de Integridad Electoral*. En <http://www.aceproject.org/main/espanol/ei/eif01.htm>, 29-04-2011.
- Novaro, M. 2011. "La decantación de las candidaturas opositoras", en <http://tn.com.ar>, 31-08-2011.
- Orozco Henríquez, J. 2003. "La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional", VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en Sevilla.
- Panebianco, A. 1990. *Modelos de Partido*. Madrid: Alianza Universidad.
- Pierce, N. 1999. "Elecciones Primarias en Estados Unidos". En <http://www.pri.org.mx>. 27-05-2011.
- Pomares J. 2011. "PASO o no PASO, esa no es la cuestión" en [www.clarin.com/opinion](http://www.clarin.com/opinion), 13-09-2011.
- Rahat, G. y R. Hazan. 2001. "Candidate Selection Methods: An analytical framework", *Party Politics* Vol. 7, (3), London: Sage Publications.
- Sartori, G. 2003. *Ingeniería constitucional comparada*. México DF: FCE.
- Siavelis, P. y S. Morgenstern (eds.) 2008. *Pathways to Power. Political Recruitment and Candidate Selection in Latin America*. Pennsylvania: Penn State University Press.
- Spota, A. 1990. "Elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias" *Revista La Ley*, 6 y 7 de agosto.
- Tonelli L. 2011. "Los P.A.S.O. por arriba" en [www.escenariosalternativos.org](http://www.escenariosalternativos.org), 22-09-2011.
- Tullio, A. 2010. "Reforma Política en Argentina: un modelo para armar" en *Mundo Electoral*, Año 3, n.º 8, Panamá.
- Vargas M., R. 1998. "Las reformas institucionales de los partidos políticos. Su relevancia para la gobernabilidad democrática" En <http://www.iigov.org/id/attachment>. 27-04-2011.
- Ware, A. 1996. *Political Parties and Party Systems*, New York: Oxford University Press.
- Zovatto, D. 2001. "La reforma político-electoral en América Latina: evolución, situación actual y tendencias; 1978-2000" *Revista CLAD Reforma y democracia*. N°. 21, Caracas.
- Constitución Nacional de la República Argentina.
- Ley 26571 y Decreto 2004/2009. *Partidos Políticos. Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral*, versión HTML: <http://209.85.229.132/search?q=cache:aBTqn-QL6CgJ:www.cpcesla.org.ar/doc/boletin/417/,21-09-2011>.
- Fallo Salvatierra, en <http://www.observatorioelectoral.org/biblioteca/?bookID=18>, 05-06-2011.
- <http://www.argentinaelecciones.com>, 31-10-2011.
- <http://www.elecciones2011.gob.ar>, 13-10-2011.
- [www.elestadista.com.ar](http://www.elestadista.com.ar) 21-10-2011.





ENITH PINEDO BRAVO \_Becaria de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo. Doctorado Estado de Derecho y Buen Gobierno – Universidad de Salamanca \_[145-160]

# Indígenas en Perú y Bolivia. Medidas estatales para promover su representación política



Fecha de recepción \_[09.12.2011]

Fecha de aceptación \_[21.12.2011]

**&** **Resumen/Abstract:** *Cuando se dice que todas las personas deben poder participar, directamente o a través de sus representantes, en la toma de las decisiones que les afectan, gana importancia el rol del Estado Democrático de Derecho. Pero cuando esas personas han sido relegadas históricamente de la vida nacional, como los indígenas, entonces el papel de ese Estado resulta esencial, siendo deber suyo promover dicha representación. Este artículo repasa brevemente las medidas que en Perú y Bolivia han sido adoptadas con tal finalidad, advirtiéndose que, mientras la actuación del Estado peruano ha sido limitada, cuando no restrictiva, la del Estado boliviano ha logrado un gran alcance, a pesar de algunas deficiencias en su aplicación, lo cual demuestra que también en este punto hay enormes diferencias en el tratamiento del tema indígena entre ambos países.&*

**&** **Palabras clave:** circunscripciones electorales, cuotas de participación electoral, autoidentificación, indígena, campesino.



## 1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, durante la década de los noventa se produjo la irrupción de importantes movilizaciones indígenas en varios países de América Latina, siendo las de Bolivia y Ecuador, por su impacto, las más importantes en América del Sur. Como es sabido también, estos países andinos comparten algo de su historia por haber sido sus actuales territorios parte del Imperio de los Incas, cuyo centro de poder se encontraba en Cusco, actual departamento de Perú. Lógicamente, este tercer país también tiene una historia común con aquellos otros dos, y entre los tres reúnen el mayor número de indígenas de la región.

En efecto, de acuerdo con el último Censo Poblacional de Bolivia, llevado a cabo en 2001<sup>1</sup>, el porcentaje de la población que se autoidentificaba<sup>2</sup> como indígena o con algún pueblo originario superaba el 60% del total, lo cual ascendía entonces a más de 5 millones de personas. En el caso de Ecuador, divulgados los resultados del último Censo de Población y Vivienda, realizado durante los meses de noviembre y diciembre de 2010, se tiene que el 7% de la población total (algo menos de 14 millones y medio de personas) se autoidentificó como indígena, esto es, poco más de un millón de personas, proporción menor a la alcanzada por la población que se autoidentificó como afrodescendiente, la cual representó un 7,2% del total. En ambos países, como es de advertir, la cuestión de la autoidentificación fue esencial para definir los resultados.

Recordando que el Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, tiene como elementos esenciales para la definición de indígena la autoidentificación<sup>3</sup> y la descendencia de poblaciones que habitaban el país respectivo antes del inicio del proceso de conquista, colonización o de la formación de los Estados actuales, hay que precisar que los censos peruanos no han tomado en cuenta en absoluto ninguno de estos dos elementos para el registro de datos. Además, la persistente distinción que en Perú se da entre “nativo” y “campesino”, considerando sólo al primero como indígena para casi todos los efectos jurídicos, dio lugar a que en los Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda, no se haya contabilizado a *todos* los indígenas peruanos, al considerarse como tales únicamente a los indígenas de la selva en tanto “nativos”. Así, según el indicado censo, los “nativos” peruanos representan apenas poco más del 1% del total de la población peruana, es decir, aproximadamente 330.000 personas. Estos resultados, incompletos, son, por tanto, poco válidos.

El principal caso de estudio en la tesis doctoral que venimos trabajando –de la cual extraemos algunos datos para el presente artículo– es el peruano, teniendo entre nuestros objetivos analizar las diferencias que lo distancian tanto de Bolivia, a pesar de tener una historia muy cercana y sus indígenas un origen, si no común, también muy cercano. Se obvia en el trabajo a Ecuador porque, a efectos de enfocarnos en un tema específico, decidimos centrarnos en el de la representación política a través de medidas de acción positiva para cargos de elección popular, es decir, medidas estatales que mediante la diferenciación buscan promover la igualdad efectiva de los indígenas, en tanto colectivo históricamente discriminado, a fin de que tengan la posibilidad real de ocupar dichos cargos. Y es que en Perú y en Bolivia –con, además, tan similares culturas–, tal tipo de medidas han sido establecidas: mientras en Bolivia existen circunscripciones electorales especiales para las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en Perú hay cuotas de participación en las listas de candidatos para los “campesinos, nativos y originarios” –aunque en la práctica se

haya aplicado básicamente sólo a los segundos, siempre siguiendo la lógica de la referida distinción, la cual sólo refleja discriminación-. La diferencia: que mientras en el primero de los países citados dichas circunscripciones han sido establecidas para aplicarse a las elecciones a la Asamblea Legislativa Plurinacional –como se ha denominado constitucionalmente a lo que tradicionalmente se conoce como Cámara de Diputados–, en el segundo de ellos han sido diseñadas únicamente para las elecciones a los Consejos Regionales y Municipios provinciales.

El estudio de por qué en Perú no se han generado los movimientos indígenas que sí se han dado en el resto de la región, de por qué el Estado peruano persiste en discriminar a este colectivo a pesar de ser parte en instrumentos internacionales sobre sus derechos, o de por qué, en general, la propia autoidentificación indígena es débil cuando no inexistente, son materia de recientes trabajos que atraviesan principalmente la historia del país, la antropología y la sociología, no definiéndose aún una respuesta consensuada. No es materia de la tesis ni mucho menos de este artículo adentrarnos en los campos de dichas áreas porque, además, no constituye parte de su objeto de estudio, el cual, al fin y al cabo, tiene como eje evaluar la posibilidad de que en un país con el crecimiento económico más alto y sostenido de América Latina en la última década se implementen medidas sobre el tema a favor de este colectivo tan infravalorado. Medidas como las desarrolladas en Bolivia, por ejemplo. Sin embargo, por razones de espacio y por su propia naturaleza, en este documento nos limitaremos a describir dichas medidas y, en cierto grado, a analizar la regulación aplicable.

## 2. LAS CIRCUNSCRIPCIONES INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINAS DE BOLIVIA

Como se sabe, una circunscripción electoral específica, como puede ser la indígena, es el conjunto de electores –exclusivamente indígenas para nuestro supuesto– de cuyos votos se obtendrán los resultados para la distribución de escaños a ser ocupados únicamente por sus representantes, asegurándose un número fijo de puestos en las instancias de que se trate. ¿Es una acción afirmativa? Sí. En los términos de Giménez Gluck (Giménez Gluck, 1999: 76 y ss.), se trataría de una *acción positiva moderada*, pues no afectaría directamente a terceros –como sí podría producirse en el caso de los sistemas de cuotas– toda vez que, a las ya existentes circunscripciones electorales establecidas para el resto de la población, se añadiría una o más específicas, siendo que en las primeras los no-indígenas seguirían votando por los candidatos de su preferencia sin introducirse en las listas integrantes de este otro colectivo. Pudiendo sostenerse, sin embargo, que, al diseñarse circunscripciones específicamente indígenas que aseguran ya un resultado, al ser independientes de las demás circunscripciones electorales, difícilmente podría considerarse como una acción positiva puesto que, siendo propio de ésta los bienes escasos, éstos simplemente no existen en la medida en que ya hay reservado un número de puestos para este colectivo; cabe indicar que tomamos como premisa general de las acciones afirmativas la búsqueda de la igualdad efectiva, de modo que, si bien este tipo de circunscripciones podría reflejar principalmente una actividad promocional del Estado, ello se hace sobre la base de la búsqueda de igualdad de oportunidades.

No evaluándose el contexto en que se tomó la decisión de redactar la actual Constitución boliviana ni el del correspondiente proceso constituyente, debe indicarse que, aprobada por referéndum en enero de 2009, su artículo 2 sirve como sustento del nuevo sistema normativo

de dicho país, que tiene como centro de referencia a los “indígenas originario campesinos”<sup>4</sup>. Dicho artículo señala que, por su existencia precolonial y el dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado. Aunque no se menciona expresamente a las circunscripciones como parte de su contenido, desde que sí se habla de autonomía y de autogobierno es lógico que ellas se consideren bajo este manto regulador general, pues de lo que se trata en el fondo es de asegurar que sean las propias personas que forman parte del colectivo indígena quienes, entre otras cosas, lo representen en el manejo de la cosa pública.

Pues bien, el artículo 146.VII de la Constitución boliviana establece que las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, en adelante CEIOC, se regirán por el principio de densidad poblacional en cada departamento, no debiendo trascender sus límites. Indica además que serán establecidas solamente en el área rural y en aquellos departamentos en los que los pueblos y naciones indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional. Finalmente señala que el órgano electoral determinará las circunscripciones especiales.

Al respecto, dos comentarios. El primero tiene que ver con la densidad poblacional, que constituye la pauta para determinar a los grupos destinatarios de la norma: minorías numéricas en los departamentos de que se trate. Éste ha sido uno de los elementos que más llamó nuestra atención, pues obvia la consideración de minorías para los colectivos discriminados en los que la cuestión numérica no tiene mayor repercusión –veamos el ejemplo de las mujeres–, excluyendo la norma constitucional de su ámbito de aplicación a los aymaras y quechuas, grupos indígenas históricamente discriminados pero que constituyen mayoría numérica en el país. Puede pensarse que la razón de esta disposición constitucional radica en la dificultad de definir circunscripciones cuando la población de que se trate se encuentra muy dispersa en el territorio estatal precisamente por ser mayoritaria. En tal virtud, lógico parece enfocarse en grupos más pequeños y focalizados que además pueden tener menos posibilidades reales de que alguno de sus candidatos resulte elegido en un proceso de la naturaleza de la Asamblea Plurinacional, cosa que en teoría no sucedería con los aymaras y quechuas. Estudiar y analizar las exposiciones de motivos de los acuerdos de las comisiones que integraron la Asamblea Constituyente es de gran interés para la tesis.

El segundo comentario que surge se vincula a la visión departamental de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, es decir, la consideración de que su ubicación se encuentra perfectamente delimitada territorialmente y necesariamente adscrita a un departamento, pasando por alto que, por su condición, no siempre es así, y obviando fenómenos como el de la migración. Ahora bien, llama también la atención que, a pesar de lo dispuesto por este artículo 146.VII, el artículo 147.III establezca que no deberá considerarse como criterio condicional para la determinación de las CEIOC la continuidad geográfica, y no sólo eso, señala que tampoco debe tenerse por tal la densidad poblacional. ¿Contradicciones? Aparentemente sí. Sin embargo, no pudiendo en este espacio analizarlas con detenimiento, es necesario indicar que en la práctica se ha privilegiado lo dispuesto por esta segunda norma.

Esta nueva Constitución, aprobada en enero de 2009, ordenaba que en diciembre de ese mismo año se llevaran a cabo las elecciones a la nueva Asamblea Legislativa Plurinacional, y para elegir presidente y vicepresidente de la República, ordenando también la emisión de un nuevo régimen electoral para tal efecto, el cual se concretó en la Ley del Régimen Electoral

Transitorio, emitida tres meses después y cuyo principal objetivo era poner en aplicación las nuevas figuras creadas. En tal sentido, dicha ley transitoria estableció siete CEIOC en los nueve departamentos del país, lo cual no significaba que en dos de ellos no hubiera poblaciones indígenas, sino que las ubicadas allí no representaban una minoría numérica poblacional respecto del total departamental. De esta manera, quedaron fuera de las disposiciones de la Constitución Chuquisaca y Potosí, este último territorio histórico indígena. ¿Irónico? Sea como fuere, de los 130 escaños de la Asamblea Legislativa Plurinacional, solamente 7 correspondían a CEIOC, correspondiendo los demás a los escaños uninominales (70) y plurinominales (53).

¿Cómo se determinaron las CEIOC? La Constitución encargó tal tarea al órgano electoral, el cual, a través de la aún existente Corte Nacional Electoral (en adelante CNE), debía tomar en cuenta las disposiciones contenidas en el artículo 146.III y las normas contenidas en la ley transitoria; esto es, debía considerar la información del último censo, así como los datos oficiales sobre las Tierras Comunitarias de Origen –las famosas TCO– que maneja el Instituto Nacional de Reforma Agraria, en adelante INRA. Y es que hay que resaltar un dato que recién mencionamos: en Bolivia hay un censo, sí, de personas indígenas, pero –al igual que en Perú– no existe un registro, lista o algo similar de los pueblos y/o naciones indígenas. De este modo, en la práctica, la determinación de las CEIOC estuvo a cargo del Parlamento que aún se hallaba en funciones.

Sobre las TCO cabe decir que se trata de tierras colectivas ancestrales, con modalidad de propiedad agraria, reconocidas por la Constitución de 2004 y en las cuales los pueblos y comunidades indígenas desarrollan sistemas de organización económica, social y cultural comunitarios. Destacando que las TCO constituyen la base fundamental de la estructuración del proceso de consolidación de las autonomías<sup>5</sup> que está desarrollándose en el país, y por tanto, de sustento esencial para el consecuente autogobierno, en lo que a nuestro tema concierne es de apuntar que, al servir también de referente para la definición de las CEIOC, resulta de interés cómo la CNE tomó en cuenta la información manejada por una entidad del Ejecutivo de la naturaleza del INRA. De hecho, de acuerdo con la información proporcionada por la Dirección de Geografía Electoral de la CNE, al tener el INRA sus competencias centrales en la titulación de tierras, poca fue la información considerada, más aun si no necesariamente habitan en ellas todas las poblaciones indígenas.

Aunque el estudio detallado viene siendo desarrollado con la tesis, puede indicarse aquí que, debido a la poca utilidad de la información del INRA para la tarea que le correspondía cumplir a la CNE, ésta, más que fijar límites geográficos para las CEIOC, sugirió la conformación de asientos electorales indígenas en los departamentos que por ley debían contar con una. A tal efecto, se valió de la información con la que cuenta el Ministerio de Desarrollo Rural y de Tierras, definiendo los asientos –entiéndase como lugares de votación– en los cuales los indígenas debían inscribirse con antelación para poder votar como parte de las CEIOC. Y la definición de los asientos se basó en los resultados del trabajo de campo de los funcionarios de la CNE en los siete departamentos, el cual consistía, entre otras cosas, en acudir a las comunidades para fijar por consenso los lugares que para los indígenas resultaban más accesibles.

No nos explayaremos más en el caso boliviano. Basta añadir a lo expuesto que la definitiva Ley del Régimen Electoral, emitida en junio de 2010, ratifica mediante su artículo 57 la distribución de escaños para la Asamblea Legislativa Plurinacional que había sido definida por

la ley transitoria, agregando para su determinación la necesidad de recurrir a la información de los Territorios Indígena Originario Campesinos –los TIOC–, de las comunidades indígena originario campesinas y de los municipios con presencia de pueblos indígena originario campesinos, sirviendo de referentes en la configuración de las CEIOC. Formaliza además el procedimiento de consulta con las organizaciones indígenas para la determinación de los asientos electorales.

Antes de repasar el caso peruano, hay que destacar que las normas legales bolivianas sobre la participación política de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en los procesos electorales no se agotan en la regulación de las CEIOC, pues su participación también ha sido considerada según sus modos y costumbres<sup>6</sup> en, por ejemplo, la elaboración de las listas de candidatos, habiéndose obviado ya desde el año 2004 la exigencia de que ella se diera necesariamente a través de partidos políticos. Un seguidor teórico del sistema de partidos podría cuestionar regulaciones como ésta, pero no puede negarse que, a la luz de la realidad de países como Bolivia, tal tipo de normas resultan indispensables para evitar el aislamiento de los indígenas de la participación de la vida política del Estado, producto, en buena parte, precisamente del comportamiento de dichas organizaciones políticas.

Aunque con algunas deficiencias de regulación –contradicciones al menos aparentes, por ejemplo–, en la interpretación, o ya en la aplicación –lo que es frecuente cuando por primera vez se pone algo en práctica–, queda claro que Bolivia no sólo es referente en lo que a reconocimiento y desarrollo efectivo del autogobierno indígena concierne, sino en estos otros aspectos que buscan promover la igualdad de oportunidades en la representación política del colectivo en su conjunto, hasta hace poco mínimamente expresada a pesar de constituir la mayoría numérica de la población nacional.

### 3. LA CUOTA “NATIVA” EN LAS LISTAS DE CANDIDATOS DE PERÚ

En un anterior artículo nuestro (Pinedo, 2010) se desarrolló este tema a propósito de su condición de acción afirmativa y, más estrictamente, como medida de discriminación inversa. En él se describieron las características de la regulación peruana aplicable, las deficiencias en la comprensión e interpretación de “nativo” e incluso manifestamos nuestra inclinación por el establecimiento de circunscripciones electorales específicas para los indígenas a fin de no sólo promover sino asegurar su representación política en el Congreso. Si bien partimos de la regulación de la Constitución política y de las leyes electorales, nuestra atención recayó en la Resolución n.º 1235-2006-JNE, por la que se aprobó el Reglamento de Inscripción de Miembros de Comunidades Nativas para las Elecciones Regionales y Municipales 2006, dado que era el Jurado Nacional de Elecciones (en adelante JNE), la entidad que debía desarrollar aquellas normas. Recordemos que el artículo 191 de la Constitución Política dispone que la ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de “*comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios*” (la cursiva es nuestra) en los consejos regionales y concejos municipales provinciales, porcentaje que las leyes electorales han fijado en no menos del 15% en las listas respectivas.

En el presente artículo la atención recaerá nuevamente en el JNE, con la diferencia de que, en virtud de las recientes elecciones regionales y municipales de octubre de 2010, dictó una nueva normativa centrada en un nuevo reglamento de inscripciones de candidatos, el cual fue complementado importantemente por una posterior resolución.

Antes de entrar en ello, destacamos que en abril de 2010 se llevaron a cabo las elecciones para presidente y vicepresidentes de la República, así como las elecciones para congresistas, advirtiéndose una vez más la casi ausencia de candidatos indígenas para ambas instancias y, peor aún, de elegidos<sup>7</sup>. No existiendo medidas para promover su representación en el Congreso –que es además unicameral–, esta situación también se explica porque de acuerdo con la Ley Orgánica de Elecciones, la votación popular se da por listas cerradas con voto preferencial, de modo que uno de los efectos es personalizar la candidatura y, por tanto, la campaña electoral, poniendo en desventaja a quien no tuviera los recursos para una competencia de este tipo, que no implica necesariamente menos esfuerzo por realizarse bajo las reglas del distrito múltiple. Además, la Ley de Partidos Políticos obliga a los candidatos a congresistas a postularse mediante dichas organizaciones, al tratarse de un proceso electoral de alcance nacional, lo cual, sumado a la inexistencia de cuotas para las listas de las elecciones internas, hace que la designación discrecional de parte de las cabezas dirigenciales constituya la posibilidad real de los indígenas de ser incluidos en las listas definitivas. Éstos son sólo algunos de los varios escollos que tendría que pasar un indígena si pretende ser candidato al Congreso, no estando demás resaltar que, en virtud de las características de la regulación, y en general de las del país, aquel que logre ser candidato muy probablemente no se encontraría respaldado por la base del colectivo indígena ni mucho menos poseería un discurso propiamente tal. Si a esto se agrega que las normas que regulan esta cuota excluyen de su ámbito de aplicación no sólo a las elecciones al Congreso –como ya se precisó–, sino además a las de los concejos municipales distritales, instancias de gobierno más cercanas a ellos que los consejos regionales y los concejos municipales provinciales a los cuales sí se aplica, tenemos entonces el abismo diferencial que existe frente a Bolivia en esta materia y en cualquier otra que tenga que ver con afianzamiento y promoción de los derechos de los indígenas.

La palabra *nativo* es colocada entre comillas porque, tal como fuera indicado en nuestro artículo anterior, en Perú existe la costumbre social y legal de distinguir a éste del *campesino*, atribuyéndose la condición de indígena solamente al primero en tanto indígena de la selva, y adjudicándose al segundo una categoría de clase que sólo cuando resulta útil termina siendo la etiqueta legal del indígena de la sierra y de la costa, aunque principalmente de la sierra. Habiéndose convertido dicha distinción en “oficial”, tal como se indicó entonces y reiteramos ahora, ella es discriminatoria, cuando no absurda. Indígena, nativo u originario son sinónimos. Y, en tal sentido, de acuerdo con los datos extraoficiales registrados por algunas entidades estatales, el colectivo en conjunto podría alcanzar alrededor del 40% de la población total peruana, es decir, más o menos 11 millones de personas, lo cual incluso convertiría al país como el de mayor población indígena de América del Sur.

La primera diferencia a destacar entre la anterior y la actual normativa electoral es que, mientras en el proceso electoral de 2006 se dictó un reglamento especial para la inscripción de candidaturas de los “nativos”, en 2010 las disposiciones sobre dicha fase del proceso fueron reunidas en un reglamento general de inscripciones, aprobado por Resolución n.º 247-2010-JNE, de 15 de abril de 2010, incluyendo en él las referidas a la inscripción de candidatos “nativos”.

La segunda diferencia, que consideramos esencial, consiste en que, mientras en el reglamento de 2006 se definía a la *comunidad nativa* como “aquel pueblo o comunidad peruana de naturaleza tribal de origen prehispánico o desarrollo independiente a éste,

proveniente o asentado en las regiones de la selva y ceja de selva del territorio nacional, cuyos miembros mantienen una identidad común por vínculos culturales distintos o independientes a los de la colectividad nacional, oficial o mayoritaria...”, en el nuevo reglamento se definen las *comunidades nativas y pueblos originarios* como “agrupaciones humanas con identidad y organización propias, reconocidas por el Estado peruano, que participan en el proceso electoral a través de sus representantes en aquellos lugares que el Jurado Nacional de Elecciones determine.” Podría pensarse a simple vista que la primera definición –de la cual no nos ocupamos en nuestro artículo anterior– es más completa y, por tanto, más útil que la segunda, a pesar de que ambas provienen de una entidad eminentemente electoral a la que no debería exigírsele fijarlas por corresponder a temas ajenos a sus competencias. Reconociendo el interés y necesidad de la institución de contar con alguna –ante su inexistencia por la histórica desidia de las entidades a las que sí les compete fijarlas–, es de precisar, sin embargo, que ambas definiciones son incompletas, e incluso la primera contiene conceptos erróneos.

En efecto, la primera definición incluye a grupos tribales, cuando se sabe que dicho término se atribuye básicamente a las comunidades afro, en tanto que, a diferencia de los pueblos indígenas, su presencia en otros continentes –y por supuesto en América y, por tanto, en Perú– no hubiera sido posible si no hubieran sido traídos durante el régimen colonial: no fueron ni descendían de un pueblo que ocupase una región peruana antes de la colonia como ocurre con los indígenas (aunque sí hayan ocupado una antes de la formación del actual Estado). Ya los tribunales supranacionales, incluyendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del Caso Aloeboetoe y otros de 1991) habían reconocido tal diferencia en virtud de los tratados internacionales sobre la materia.

Asimismo, como es de apreciarse, aquella primera definición ratificó expresamente la distinción geográfica que se hace respecto de la ubicación de los indígenas en Perú –literalidad que raras veces se encuentra en las normas peruanas–, indicando que las comunidades nativas se localizan en las regiones de la selva y ceja de selva, y agregando que se trataba de grupos que “mantienen una identidad común por vínculos culturales distintos o independientes a los de la colectividad nacional, oficial o mayoritaria”, de modo que, más allá de la generalidad de la referencia sobre sus características, lo que cabe destacar es el reconocimiento de que dichos grupos se distinguen frente a una sociedad oficial o mayoritaria en virtud de las cuales se definen precisamente como minoría.

En el caso de la definición del segundo reglamento, al sólo identificar a las comunidades nativas y pueblos originarios como agrupaciones humanas con identidad y organización propias, genera una idea de vaguedad tal que no disminuye por el hecho de que se añada que son reconocidas por el Estado –una fundación también es una agrupación humana reconocida por el Estado–. Es más, tal como está consignada esta definición, no parece advertirse una diferencia esencial con, por ejemplo, los partidos políticos. La similitud, empero, que existe en este punto entre ambos reglamentos es que ninguno incluyó la definición de comunidad campesina, y ello quizás porque no consideraron para ésta la aplicación de la cuota<sup>8</sup>. ¿Por qué? Podría pensarse que tanto en 2006 como en 2010 se tomó como referencia solamente lo dispuesto por las leyes electorales regionales y municipales, que no incluyen textualmente dentro de los destinatarios de la cuota a las comunidades campesinas. Pero sucede que el artículo 191 de la Constitución, modificado en el año 2005, introdujo justamente a dichas comunidades en su ámbito de aplicación, de modo que, si bien

aquellas leyes, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional, no fueron –y siguen sin ser– actualizadas, debió aplicarse el principio de supremacía de la Constitución, al ser el JNE, en materia electoral, también una entidad jurisdiccional. Advirtiendo las responsabilidades y la recurrente ineficiencia de los organismos estatales peruanos competentes, lo realmente importante es comprobar que, en virtud de esas leyes y de ese reglamento, *no se reguló* la participación de las comunidades campesinas –entiéndanse éstas a efectos de la comprensión peruana como indígenas principalmente de la sierra– en el proceso de elecciones del año 2006, lo cual conllevó su *no participación* en cuanto tales, y, en consecuencia, se vulneraron irremediablemente sus derechos. Este hecho nos deja sorprendidos, por decir lo menos.

Siguiendo con el segundo reglamento, cabe señalar que también presenta entre sus definiciones a la correspondiente a las cuotas electorales, indicando sobre ellas que se trata de “porcentajes establecidos en la ley para asegurar la participación de colectivos históricamente excluidos de los procesos electorales. En nuestro ordenamiento jurídico se tienen tres cuotas electorales: las de género, de jóvenes, y de comunidades nativas y pueblos originarios”. Repetimos que, más allá de la interpretación sobre “nativo”, las normas hablan de “pueblos originarios”, por lo que no tendrían por qué haber sido excluidos los indígenas de la sierra o de la costa del alcance de toda la normativa peruana sobre el tema, más si en esta misma definición se hace referencia a la situación de exclusión histórica como característica de los grupos a los cuales busca aplicársele. Ello sin contar, por supuesto, con la obviedad de la aplicación del texto del artículo 191 de la Constitución sobre las comunidades campesinas.

En esta definición se indica también que las cuotas tienen como fin *asegurar* la participación de dichos grupos, cosa que en sentido estricto resulta cierta, toda vez que basta con que sean incluidos en las listas de candidatos para que, cumpliendo la cuota, se entienda que ya hay una participación asegurada. Pero como sabemos, la finalidad de las cuotas electorales, en general, no consiste sólo en asegurar la participación, sino también en asegurar la elección de los grupos a los cuales se destina, situación que en Perú no se produce porque no existen mandatos de posición, de modo que, como se precisó en nuestro artículo anterior, el cumplimiento de la cuota ha sido un “saludo a la bandera” toda vez que en la práctica las organizaciones políticas consignan a los “nativos” (y a las mujeres y jóvenes) al final de las listas de candidatos. La situación era peor antes de la vigencia de la Ley n.º 29470 de diciembre de 2009 –que modificó la Ley de Elecciones Regionales–, pues regía hasta entonces la votación por listas cerradas y bloqueadas, lo cual reducía enormemente las posibilidades de que ellos resultaran elegidos, sin tomar en cuenta que también antes podía resultar elegido como representante de una provincia alguien que no tuviera ninguna relación con ella. Con la Ley n.º 29470 rigen ahora para el proceso electoral regional las listas cerradas pero no bloqueadas, aumentando las posibilidades de que cualquier candidato –“nativo” o no– sea elegido, independientemente de su ubicación en la lista. Por supuesto, entra aquí nuevamente el problema de la competencia personalizada de la que hablamos para el supuesto de las elecciones para congresistas, pero no deja de reconocerse que esta modificación aminora las dificultades de los “nativos” de ser elegidos. Ahora bien, las reglas no han sido modificadas para el caso de las elecciones municipales, por lo que el problema que generan las listas cerradas y bloqueadas para las cuotas se mantiene.

Pasando a otro punto, mientras el reglamento de 2006 (artículo 6) establecía que ante la ausencia de certificado o de un *registro oficial* era suficiente para la inscripción de la

candidatura la presentación de una *declaración de conciencia de la persona sobre su identidad nativa*, sin señalar qué tipo de certificado era el aludido, ni quién o qué entidad debía emitirlo –quizás justamente ante la falta de certeza de cuántas y cuáles son esas comunidades–, el actual reglamento (artículo 21) establece que, para postularse como candidato “nativo”, debe tal condición ser acreditada por el jefe o representante de la comunidad nativa, por escrito o de manera presencial ante un juez de paz que elabore una declaración formal, requiriéndose que tal representatividad sea refrendada por la Dirección Regional Agraria o el órgano que determine el Gobierno Regional respectivo, ante los cuales deben estar reconocidas previamente dichas comunidades nativas o *pueblos originarios*. Como vemos, la alternativa de acreditación de “nativo” mediante una declaración de conciencia ha sido eliminada, documento éste que, aunque podía cumplir con las normas sobre la autoidentificación para la definición de un indígena, como las contenidas en el Convenio n.º 169 de la OIT, en situaciones como la inscripción de candidatos no parece conveniente que sea el único medio para probarlo. El mayor obstáculo, empero, es que los gobiernos regionales manejan información incompleta de estas comunidades, como todas las entidades estatales que por sus competencias están relacionadas con el tema<sup>9</sup>.

No obstante todo lo expuesto, la diferencia más importante que hemos encontrado entre la anterior normativa y la nueva se encuentra en una resolución emitida dos meses después del segundo reglamento, la n.º 370-2010-JNE, la cual, modificándolo, precisa que la cuota *también comprende a las comunidades campesinas*. En virtud de ello, se añade el número de consejeros regionales que pasan a integrar los gobiernos regionales de dos departamentos de la costa peruana, Ica y Moquegua, sin hacer lo propio con el número de regidores de los concejos municipales provinciales, a pesar de ser éstas entidades a las que también se aplica la cuota.

La más destacada anotación que surge de esta nueva norma tiene que ver con la inclusión en el alcance de la cuota a las comunidades que siempre fueron excluidas: las campesinas. Parece que recién se ha advertido que la Constitución reconoce la aplicación de la cuota también a estas comunidades, siendo incluidas mediante la mera modificación de un reglamento. Es más, recurriendo a los fundamentos de esta resolución, encontramos que en ellos se manifiesta que “la cuota electoral debe ser entendida como aquella que comprende, de manera indistinta, a las comunidades nativas y a los pueblos originarios, *que a su vez incluyen a las comunidades campesinas*. De esa manera, *bastará que en una determinada circunscripción electoral exista alguno de estos grupos sociales (comunidades nativas, campesinas y pueblos originarios)*, para que *surja en el presente órgano electoral la exigencia de prever la cuota electoral del 15% de representación*” (la cursiva es nuestra). Con tal orden de cosas, se tiene entonces que, para el JNE, las comunidades campesinas están incluidas en las comunidades nativas y pueblos originarios. Eso, pues, es erróneo. Agregamos que no se comprende por qué la adición de cargos sólo implicó a (dos) consejos regionales y no a concejos municipales provinciales, si se supone que basta, como dice este fundamento, que se compruebe la existencia de estas comunidades en su territorio para que la cuota sea aplicada.

En definitiva, no quedan claras dos cuestiones básicas: si las comunidades campesinas son consideradas como parte de las comunidades nativas o de los pueblos originarios –sin que se les entienda entonces como sinónimos–, y si realmente el JNE considera que la cuota debe aplicarse donde se halle cualquiera de esos “tres” grupos. En cuanto a lo primero, parece que

no se tiene la precisión de determinar a qué se denomina comunidad nativa, a qué comunidad campesina, y a qué pueblo originario, notándose sin embargo que el JNE se aleja de la costumbre de considerar que las comunidades campesinas sólo se ubican en la sierra, al reconocer a una costeña<sup>10</sup>. Y en cuanto a lo segundo, al agregar el JNE solamente dos provincias a la lista de ellas en las que la cuota se aplica, asume que sólo dos de las 195 provincias de todo el país tienen comunidades campesinas. La resolución menciona que tal determinación se basa en la información del Instituto Nacional de Estadística e Informática –encargado de realizar los censos de población– y del Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA), pero ya hemos visto cómo la primera institución desarrolló el censo: obviando a los “campesinos” de la sierra y de la costa del país. Basarse entonces en los datos del censo es pues absolutamente inútil. En cuanto al INDEPA, baste con decir que considerando, sí, entre los indígenas, también a los que se encuentran ubicados en la sierra y en la costa, la información que maneja difícilmente puede considerarse útil en tanto que sólo reúne la de algunas otras entidades, entre ellas del INEI, sin seguir algún criterio unificado. No debe olvidarse, de otro lado, que en el reglamento de inscripciones de candidaturas de 2010, el JNE reconoce a los órganos de los gobiernos regionales como aquellos que validarían la acreditación de los candidatos “nativos”, por lo que pudo hacer lo mismo para el caso de las comunidades campesinas.

De todo esto, lo único que sí parece indudable es que no se tiene claro cuáles, dónde y cuántos son los indígenas en Perú, sean etiquetados como “nativos”, “campesinos”, o incluso, “originarios”, ni tampoco cómo regular las disposiciones constitucionales. Ni qué decir del diseño de políticas públicas.

Son varias las explicaciones de lo que acontece –y no acontece– en Perú, pero en nuestra opinión, dos de las principales son, por un lado, la enraizada discriminación social contra los indígenas<sup>11</sup>, insertada también en los agentes estatales que, por ejemplo, aun teniendo como parte del ordenamiento jurídico nacional a instrumentos como el Convenio n.º 169 de la OIT, hacen caso omiso de sus disposiciones, sin además, ningún intento por sistematizar y concordar la normativa dispersa que se encuentra vigente, interpretando ciertas normas en sentido restrictivo y otras literalmente. Por el otro, la profunda falta de autoidentificación de los propios indígenas, esencialmente en los de la sierra y costa peruanas, cuestión que explicaría, entre otras cosas, cómo, a pesar de la omisión de regular la cuota para “comunidades campesinas” cuando la Constitución reconoce tal derecho, no se efectuó ningún reclamo. Lamentablemente ambas situaciones se interrelacionan y terminan sustentando la estructura social sobre la cual sigue desarrollándose el país.

## Notas

---

- 1 De acuerdo con la legislación boliviana, los censos de población deben llevarse a cabo cada diez años; de modo que, en principio, debería haberse realizado uno más durante el año 2011. No obstante, el presidente Evo Morales anunció que dicho censo sería llevado a cabo durante el año 2012.
- 2 Cabe aclarar que el documento del censo precisa que este porcentaje corresponde a personas autoidentificadas *mayores de 15 años de edad*.
- 3 Aunque en el caso de Ecuador se determinó que la autoidentificación era fijada por costumbres y cultura, por lo que no se corresponde completamente con lo recogido por el Convenio n.º 169.
- 4 La Constitución hace referencia expresa a “naciones y pueblos indígena originario campesinos” y tal como lo han señalado diversos autores, entre ellos Xavier Albó, esa comprensión no debe asumirse como divisible pues, teniendo las palabras y los conceptos una inevitable carga valorativa, no hace más que mostrar cómo cada grupo se reconoce a sí mismo, existiendo siempre como base, claro está, la idea de indígena. Sobre la afirmación –que seguimos– de que el lenguaje, más que reflejar realidades, las construye, en tanto las palabras reflejan convenciones, sugerimos leer ECKERT, Penelope. Variation, convention and social meaning (Stanford University). *Paper* presentado en la Annual Meeting of the Linguistics Society of America, Oakland, CA, USA, 7 de enero de 2005. Accesible en línea en <<http://www.justinecassell.com/discourse09/readings/EckertLSA2005.pdf>>, fecha de consulta: 29 de abril de 2011.
- 5 Precisando además que estas autonomías no son más que la concreción del reconocimiento que los últimos instrumentos internacionales sobre indígenas han dado, fundamentalmente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General en septiembre de 2007, que reconoce que dichos pueblos “tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.
- 6 No obstante, una de las críticas con sustento que puede hacerse –y de hecho han sido formuladas– es que en la práctica, la Corte Nacional Electoral –denominada ahora Tribunal Supremo Electoral– no cumplió las normas que ordenan tomar en cuenta las costumbres de estos pueblos en lo que respecta a asuntos de elección de representantes –entiéndase, candidatos a asambleístas– canalizándose fundamentalmente su participación, nuevamente, a través de partidos políticos.
- 7 Proclamados los resultados de la elección congresal por el Jurado Nacional de Elecciones, mediante la Resolución n.º 474-2011-JNE, de 1 de junio de 2011, de los ciento treinta representantes que conforman el Congreso peruano, sólo uno es indígena (amazónico): Eduardo Nayap Kinin, representante del departamento de Amazonas.
- 8 Aunque eso parece quedar “corregido” con la interpretación efectuada con la Resolución n.º 370-2010-JNE, como se verá más adelante.
- 9 Se obvia aquí que, para el goce de derechos de los pueblos indígenas, es irrelevante su registro.
- 10 Con la nueva interpretación, mediante la Resolución n.º 370-2010-JNE se agregaron dos provincias en las que se aplicó la cuota, siendo una de esas provincias, Ica, netamente costeña.
- 11 Una reciente muestra de ello ha podido apreciarse en toda su plenitud a raíz del triunfo, el 5 de junio del presente año, del candidato a la Presidencia de la República, Ollanta Humala Tasso, de ascendencia quechua e italiana, y de tendencia izquierdista. Ver nota en *El Mundo* (edición *on line*), 8 de junio de 2011 <http://www.elmundo.es/america/2011/06/08/noticias/1307560178.html>

## BIBLIOGRAFÍA

- ECKERT, P. (2005): *Variation, convention and social meaning* (Stanford University). Paper presentado en la Annual Meeting of the Linguistics Society of America, Oakland, CA, USA, 7 de enero de 2005. Accesible en línea en <http://www.justinecassell.com/discourse09/readings/EckertLSA2005.pdf>, fecha de consulta: 29 de abril de 2011.
- GIMÉNEZ GLÜCK, D. (1999): *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2001): *Censo Nacional de Población y Vivienda*. Accesible en línea en [http://www.ine.gob.bo:8082/censo/make\\_table.jsp?query=poblacion\\_06](http://www.ine.gob.bo:8082/censo/make_table.jsp?query=poblacion_06), fecha de consulta: 23 de mayo de 2011.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (2007): *II Censo de las Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana*. Accesible en línea en [http://censos.inei.gob.pe/Censos2007/PagCensos\\_ResultadosComunidadesIndigenas1.asp](http://censos.inei.gob.pe/Censos2007/PagCensos_ResultadosComunidadesIndigenas1.asp) fecha de consulta: 23 de mayo de 2011.
- JURADO NACIONAL DE ELECCIONES (2010): *Compendio de Legislación Electoral*. Lima: JNE.
- PINEDO BRAVO, E. (2010): "Las cuotas electorales como medidas de discriminación inversa. Algunas notas sobre la denominada cuota nativa en Perú", *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 9 (1): 161-174.





J.H.H. WEILER\_Cátedra Jean Monnet, Facultad de Derecho de la New York University (NYU)  
\_[161-174]

# On the Political and Legal DNA of the Union and the Current European Crisis



Reception date \_[27.05.2011]  
Acceptance date \_[27.05.2011]



## 1. EUROPE, THE CURRENT CIRCUMSTANCES

This is an interesting time to be reflecting on the European construct. Europe is at a nadir which one cannot remember for many decades and which, various brave or pompous or self-serving statements notwithstanding, the Treaty of Lisbon has not been able to redress. The surface manifestations of crisis are with us every day on the front pages: The Euro crisis and discord over Libya being the most current.

Beneath this surface, at the structural level, lurk more profound and long term signs of enduring challenge and even dysfunction and malaise.

First, internally, there is the persistent, chronic, troubling Democracy Deficit, which cannot be talked away. Then there is a deeper legitimacy crisis, whereby the citizens' growing indifference is turning to hostility and the ability of Europe to act as a political mobilizing force seems not only spent, but even reversed. Finally, on the world arena, Lisbon notwithstanding, there is the equally persistent, chronic and troubling failure of Europe to translate its economic might into hard political power and the enduring (and in my view irresponsible) abdication of a serious commitment to security, leaving the field as it has for decades to a weakened and less and less engaged America.

I hope, first, to link these enduring problems to the political and legal culture of Europe rather than to some Institutional failure. In turn, I wish to link that culture to some of the founding moments of the Union reflected in foundational documents. In what follows I will first elaborate somewhat on the three aspects of the European circumstance identified above, and then turn to an exploration of those early moments.

The manifestations of the so-called democracy deficit are persistent and no endless repetition of the powers of the European Parliament will remove them. In essence it is the inability of the Union to develop structures and processes which adequately replicate or, 'translate,' at the Union level even the imperfect habits of governmental control, parliamentary accountability and administrative responsibility that are practiced with different modalities in the various Member States. In essence, the two primordial features of any functioning democracy are missing – the grand principles of accountability and representation.

As regards accountability, even the basic condition of representative democracy that at election time the citizens '...can throw the scoundrels out' – that is replace the Government – does not operate in Europe. The form of European governance, governance without Government is, and will remain for considerable time, perhaps forever such that there is no "Government" to throw out. Dismissing the Commission by Parliament (or approving the appointment of the Commission President) is not quite the same, not even remotely so. Startlingly, political accountability of Europe is surprisingly weak. There have been some spectacular political failures of European governance. The embarrassing Copenhagen climate fiasco; the weak (at best) realization of the much touted Lisbon Agenda (aka Lisbon Strategy or Lisbon Process), the very story of the defunct "Constitution" to mention but three. It is hard to point in these instances to any measure of political accountability, of someone paying a political price as would be the case in national politics. In fact it is difficult to point to a single instance of accountability for political failure as distinct from personal accountability for misconduct in the annals of European integration. This is not, decidedly not, a story of corruption or malfeasance. My argument is that this failure is

rooted in the very structure of European governance. It is not designed for political accountability.

In similar vein, it is impossible to link in any meaningful way the results of elections to the European Parliament to the performance of the Political Groups within the preceding parliamentary session, in the way that is part of the mainstay of political accountability within the Member States. Structurally, dissatisfaction with "Europe" when it exists has no channel to affect, at the European level, the agents of European governance.

Likewise, at the most primitive level of democracy, there is simply no moment in the civic calendar of Europe where the citizen can influence directly the outcome of any policy choice facing the Community and Union in the way that citizens can when choosing between parties which offer sharply distinct programs at the national level. The political colour of the European Parliament only very weakly gets translated into the legislative and administrative output of the Union. The Political Deficit, to use the felicitous phrase of Renaud Dehousse is at the core of the Democracy Deficit. The Commission, by its self-understanding linked to its very ontology, cannot be 'partisan' in a right-left sense, neither can the Council, by virtue of the haphazard political nature of its composition. Democracy normally must have some meaningful mechanism for expression of voter preference predicated on choice among options, typically informed by stronger or weaker ideological orientation. That is an indispensable component of politics. Democracy without Politics is an oxymoron.

Thus the two most primordial norms of democracy, the principle of accountability and the principle of representation are compromised in the very structure and process of the Union.

The second manifestation of the current European circumstance evident in a continued slide in the legitimacy and mobilizing force of the European construct and its institutions. I pass over for now some of the uglier manifestations of European 'solidarity' both at governmental and popular level as regards the Euro-crisis or the near abandonment of Italy to deal with the influx of migrants from North Africa as if this was an Italian problem and not a problem for Europe as a whole. I look instead at two deeper and longer-term trends. The first is the extraordinary decline in voter participation in elections for the European Parliament. In Europe as a whole the rate of participation is below 45 per cent, with several countries, notably in the East, with a rate below 30 per cent. The correct comparison is, of course, with political elections to national parliaments where the numbers are considerably higher. What is striking about these figures is that the decline coincides with a continuous shift in powers to the European Parliament, which today is a veritable co-legislator with the Council. The more powers the European Parliament, supposedly the *Vox Populi*, has gained, the greater popular indifference to it seems to have developed.

No less consequential is a seemingly contagious spread of 'Anti-Europeanism' in national politics. What was once in the province of fringe parties on the far right and left has inched its way to more central political forces. The "Question of Europe" as a central issue in political discourse was for long regarded as an 'English disease.' There is a growing contagion in Member States in North and South, East and West, where political capital is to be made among non-fringe parties by anti-European advocacy. The spill-over effect of this phenomenon is the shift of mainstream parties in this direction as a way of countering the gains at their flanks. If we are surprised by this it is only because we seem to have air brushed out of our historical consciousness the rejection of the so-called European Constitution, an

understandable amnesia since it represented a defeat of the collective political class in Europe by the *vox populi*, albeit not speaking through, but instead giving a slap in the face to, the European Institutions.

The final feature of the current circumstance is a manifestation of an equally persistent and at times embarrassing European lack of both capacity and resolve (and a lack of resolve to have capacity) to defend and protect the values it professes to hold most dear. It is only the same propensity for amnesia which enables us to avoid this problem – to look in our collective mirror without at least some measure of shame. In the 1990s, in the heart of Europe, not even 500 kms from Rome, for the second time in the same century, Europe allowed that which one had vowed would never be allowed to happen again, something the European Construct was meant to guarantee would never happen again: The genocide (so qualified by the World Court) of a non-Christian religious minority. And then, when finally the endless talking came to an end and the resolve was found to prevent the Bosnian humanitarian catastrophe from repeating itself in Kosovo, Europe discovered that it did not possess the capacity to realize its resolve. Once again, the “cavalry” from across the Atlantic had to be called in. Europe alone could not plan, target, let alone execute, this relatively simple operation.

Bosnia points, in my eyes, to a deeper facet of the political failure. The Srebrenica incident where Dutch soldiers allowed worst atrocity of that war to take place without any attempt to intervene and put a stop to it. These could have been Italian or British soldiers or soldiers from any other of our Member States. And these immobile soldiers were, like all of us, firm believers in human rights, solidarity and all the other values we profess. Their values were in place but evidently they lacked the virtues necessary to vindicate such. They lacked the courage that is born from a conviction that some things, like preventing a mass slaughter of the innocent for the simple reason that they do not share your faith, is worth killing for and dying for. They were the product of a culture in which it would appear that nothing is worth dying for or killing for, and if it is, it should be others who do the dying and killing. If anyone wants to entertain the illusion that Kosovo was an aberration, we now have Libya with a repetition of at least part of the Kosovar pathology: without massive American military involvement, Europe, let us be clear, would have simply been unable to undertake any action in so-called *Mare Nostrum*.

It is not only a question of arms. All the Lisbon efforts to strengthen and give coherence to the international manifestation of European Union were showed up in their embarrassing poverty. Not only was it the expected absenteeism from the Libyan crisis management of the European Presidents and “Foreign Minister” with the usual Member State leaders taking front and back seat, but even at this intergovernmental level Europe was seen to be fragmented and fractured with the world treated to a divided vote among the very pillars of European integration within the Security Council.

## **2. EUROPE AS POLITICAL ‘MESSIANISM’**

The critique of the democracy deficit of the Union has itself been subjected to two types of critique itself. The first has simply contested the reality of the democracy deficit by essentially claiming that wrong criteria have been applied to the Union. The lines of debate are well known. For what it is worth, I have staked my position above. But I am more interested in the second type of critique which implicitly is based on the distinction between

democracy and legitimacy. Since the Union, not being a State, cannot replicate or adequately translate the habits and practices of Statal democratic governance, its legitimacy may be found elsewhere.

In analyzing the legitimacy (and mobilizing force) of the European Union, in particular against the background of its persistent democracy deficit, political and social science has long used the distinction between process legitimacy and outcome legitimacy (aka input/output, process/result etc). The legitimacy of the Union more generally and the Commission more specifically, even if suffering from deficiencies in the state democratic sense, are said to rest on the results achieved – in the economic, social and, ultimately, political realms. The idea harkens back to the most classic functionalist and neo-functionalist theories.

I do not want to take issue with the implied normativity of this position, a latter day *Panem et circenses* approach to democracy, which at some level at least could be considered quite troubling. It is with its empirical reality that I want to take some issue. I do not think that outcome legitimacy explains all or perhaps even most of the mobilizing force of the European construct. Instead, I would argue, that at the conceptual level there is a third type of legitimation which, in my view, played for a long time a much larger role than is currently acknowledged. In fact, in my view, it has been decisive to the legitimacy of Europe and to the positive response of both the political class and citizens at large. I will also argue that it is a key to a crucial element in the Union's political culture. It is a legitimacy rooted in the '*politically messianic*'.

In political 'messianism', the justification for action and its mobilizing force, derive not from process, as in classical democracy, or from result and success, but from the ideal pursued, the destiny to be achieved, the 'Promised Land' waiting at the end of the road. Indeed, in messianic visions the end always trumps the means.

Mark Mazower, in his brilliant and original history and historiography of 20th-century Europe,<sup>1</sup> insightfully shows how the Europe of monarchs and emperors which entered World War I was often rooted in a political messianic narrative in various states (in Germany, and Italy, and Russia and even Britain and France). It then oscillated after the War towards new democratic orders, that is to process legitimacy, which then oscillated back into new forms of political messianism in fascism and communism. At the tale is usually told, after World War II Europe of the West, was said to oscillate back to democracy and process legitimacy. It is here that I want to point to an interesting quirk, not often noted.

On the one hand, the Western states, which were later to become the member states of the European Union, became resolutely democratic, their patriotism rooted in their new constitutional values, narratives of glory abandoned and even ridiculed, and messianic notions of the State losing all appeal. Famously, former empires, once defended with repression and blood, were now abandoned with zeal.

And yet, their common venture, European integration, was in my reading a political messianic venture *par excellence*, the messianic becoming a central features of its original and enduring political culture. The mobilizing force and principle legitimating feature was the vision offered, the dream dreamt, the promise of a better future. It is this feature which explains not only the persistent mobilizing force (especially among elites and youth) but also key structural and institutional choices made. It will also give more depth to explanations of the current circumstance of Europe.

### 3. THE SCHUMAN DECLARATION AS A MANIFESTO OF POLITICAL MESSIANISM

The Schuman declaration is somewhat akin to Europe's "Declaration of Independence" in its combination of vision and blueprint. Notably, much of its text found its way into the preamble of the Treaty of Paris, the substance of which was informed by its ideas. It is interesting to re-read the declaration through the conceptual prism of political messianism. The hallmarks are easily detected as we would expect in its constitutive, magisterial document. It is manifest in what is in the Declaration and, no less importantly, in what is not therein. *Nota bene*: European integration is nothing like its European messianic predecessors – that of monarchies and empire and later fascism and communism. It is liberal and noble, but politically messianic it is nonetheless.

The messianic feature is notable in both its rhetoric and substance. Note, first, the language used – ceremonial and "sermonial" with plenty of pathos (and bathos).

*World peace cannot be safeguarded without the making of creative efforts proportionate to the dangers which threaten it...*

*The contribution which an organised and living Europe can bring to civilization is indispensable ...*

*...a first step in the federation of Europe [which] will change the destinies of those regions which have long been devoted to the manufacture of munitions of war...*

*[A]ny war between France and Germany becomes not merely unthinkable, but materially impossible.*

*This production will be offered to the world as a whole without distinction or exception...*

*[I]t may be the leaven from which may grow a wider and deeper community between countries long opposed to one another by sanguinary divisions.*

It is grand, inspiring, Churchillian one might even say with a tad of irony. Some old habits, such as the White Man's Burden and the missionary tradition, die hard:

*With increased resources Europe will be able to pursue the achievement of one of its essential tasks, namely, the development of the African continent.*

But it is not just the rhetoric. The substance itself is messianic: A compelling vision which has animated generations of European idealists where the 'ever closer union among the people of Europe', with peace and prosperity an icing on the cake, constituting the beckoning promised land.

It is worth exploring further the mobilizing force of this new plan for Europe. At the level of the surface language it is its straight forward pragmatic objective of consolidating peace and reconstructing European prosperity. But there is much more within the deep structure of the Plan.

Peace, at all times an attractive desideratum, would have had its appeal in purely utilitarian terms. But it is readily apparent that in the historical context in which the Schumann Plan was put forward the notion of peace as an ideal probes a far deeper stratum than simple Swords into Ploughshares, Sitting under ones' Vines and Fig Trees, Lambs and Wolves — the classic Biblical metaphor for peace. The dilemma posed was an acute example of the alleged tension between Grace and Justice which has taxed philosophers and

theologians through the ages — from William of Ockham (pre-modern), Friedrich Nietzsche (modernist) and the repugnant but profound Martin Heidegger (post-modern).

These were, after all, the early 50s with the horrors of War still fresh in the mind and, in particular, the memory of the unspeakable savagery of German occupation. It would take many years for the hatred in countries such as The Netherlands, Denmark or France to subside fully. The idea, then, in 1950, of a Community of Equals as providing the structural underpinning for long term peace among yesteryears enemies, represented more than the wise counsel of experienced statesmen.

It managed to tap into the two civilizational pillars of Europe: The Enlightenment and the heritage of the French Revolution and the European Christian tradition.

Liberty was already achieved with the defeat of Nazi Germany – and Germans (like their Austrian bretheren-in-crime) embraced with zeal the notion that they, too, were liberated from National Socialism. But here was a Project, encapsulated in the Schuman Declaration, which added to the transnational level both Equality and Fraternity. The Versailles version of Peace was to take yesteryear’s enemy, diminish him and keep his neck firmly under one’s heel. Here, instead was a vision in which yesteryear’s enemy was regarded as an equal – Germany was to be treated as a full and equal partner in the venture – and engaged in a fraternal inter-dependent lock that, indeed, the thought of resolving future disputes would become unthinkable. This was, in fact, the project of the enlightenment taken to the international level as the misogynist Kant himself had dreamt. To embrace the Schuman Plan was to tap into one of the most powerful idealistic seams in Europe’s civilizational mines.

The Schuman Plan was also a call for forgiveness, a challenge to overcome an understandable hatred. In that particular historical context the Schumannian notion of Peace resonated with, was evocative of, the distinct teaching, imagery and values of the Christian call for forgiving one’s enemies, for Love, for Grace – values so recently consecrated in their wholesale breach. The Schuman plan was in this sense, evocative of both Confession and Expiation, an redolent with the Christian belief in the power of repentance and renewal and the ultimate goodness of humankind. This evocation is not particularly astonishing given the personal backgrounds of the Founding Fathers — Adenauer, De Gaspari, Schumann, Monnet himself – all seriously committed Catholics.

The mobilizing force, especially among elites, the Political Classes who felt more directly responsible for the calamities of which Europe was just exiting, is not surprising given the remarkable subterranean appeal to the two most potent visions of the idyllic “Kingdom” — the humanist and religious combined in one Project.<sup>2</sup>

It is the messianic model which explains (in part) why for so long the Union could operate without a veritable commitment to the principles it demanded of its aspiring members – democracy and human rights. Aspirant States had to become members of the European Convention of Human Rights, but the Union itself did not. They had to prove their democratic credentials, but the Union itself did not – two anomalies which hardly raised eyebrows.

Note however, that its messianic features are reflected not only in the flowery rhetoric. In its original and unedited version the declaration is quite elaborate in operational detail. But you will find neither the word democracy, nor human rights. It’s a ‘Lets-Just-Do-It’ type of programme animated by great idealism (and a goodly measure of good old state interest, as a whole generation of historians such as Alan Milward and Charles Maier among others have

demonstrated). The European double helix has from its inception been Commission and Council: an international (supposedly) a-political transnational administration/executive (the Commission) collaborating not, as we habitually say, with the member states (Council) but with the governments, the executive branch of the member states, which for years and years had a forum that escaped in day-to-day matters the scrutiny of any parliament, European or national. Democracy is simply not part of the original vision of European integration.

This observation is hardly shocking or even radical. Is it altogether fanciful to tell the narrative of Europe as one in which 'doers and believers' (notably the most original of its institutions, the Commission, coupled with an empowered executive branch of the member states in the guise of the Council and COREPER), an elitist (if well-paid) vanguard, were the self-appointed leaders from whom grudgingly, over decades, power had to be arrested by the European Parliament? And even the European Parliament has been a strange *vox populi*. For hasn't it been, for most of its life, a champion of European integration, so that to the extent that, inevitably, when the Union created fears (only natural in such a radical transformation of European politics) the European Parliament did not feel the place citizens would go to express those fears and concerns?

#### 4. LAW AND THE RULE OF LAW

The horrors of WWII but also of the six years leading to it within Germany provoked a conceptual reconsideration of the ideal of the rule of law. One may take as an example the degradation and dispossession of the Jews within Germany in the first eight years of the regime prior to their deportation and mass murder. There were of course violent and lawless episodes such as Krystalnacht in 1938 which saw the burning and looting of most synagogues and in which the government was complicit by commission (incitement and encouragement) and omission (failure to prosecute the perpetrators.) But what is striking is the exceptional nature of this episode. For the most part, degradation and dispossession were orderly, systematic, following a legal and, hence, lawful path. The exclusion of Jews from public life was effected by the infamous Nuremberg Law of 1935 which contained elaborate legal definitions and mechanisms. The disposal of Jewish property followed a similar path of legality. Similar legal structures, including courts and judicial procedures were put in place to enforce even the most invidious features of the regime. Enemies, real and imagined, were not hunted down by clandestine death squads or simply "disappeared." They were arrested, tried and then, lawfully, executed. The quiet chilling horror of legalized and bureaucratized discrimination, humiliation and death is captured by a marvelous book, *One Life*, by Tom Lampert<sup>3</sup> which presents some episodes captured through extrapolation from official files and the strength of which is the very absence of blood and gore. In effect the process was achieved through, and with full respect for, the "rule of law."

It is this reality which, already in the context of the Nuremberg Trials, provoked a conceptual reassessment. Since the rule of law was considered as one of the assets of liberal democracies, one could not grace German practice in those years with that appellation. Put differently, one had to move away from a formalist entirely positivist (even Kelsenian) notion of the rule of law and replace it with one which would, for example, incorporate the source and procedure of authority and authorship of the legal rules and procedures, as essential components into an understanding of the rule of law. A legal regime not validated in

democratic practices and not respecting human rights would not qualify as a manifestation of the rule of law.

We may return now to the analysis of the Schuman Declaration and the early foundations of European integration. We have already noted the conspicuous lexical and substantive absence of democracy and human rights from the original rhetoric and structures. Equally conspicuous is the heavy reliance on law and legal institutions. The Treaty of Paris – with its explicit reference to supranationalism — represents a radical and unprecedented exercise in the legalization of a transnational regime, far exceeding the already innovation of the ECHR. It involves institutions of governance, of transnational administration, of adjudication and enforcement. The political project of European integration was to be realized by an economic program (Coal and Steel Community, European Economic Community) effectuated through and by the rule of law. Over the years one has celebrated that audacious and fateful choice. Notably, giving such centrality to a judicial organ, enabled the European Court of Justice and the law it administered, to play in later years, years of political stagnation, the decisive role it played in the construction of European integration.

Electing to place such pronounced reliance on the law and legal institutions for the achievement of their political and economic project was not only an audacious but also a prudentially wise choice. Transnational legality helps prevent free riding and provides stability and continuity to any *acquis* even in periods of political instability and wavering commitment. Famously, once the constitutional revolution was effectuated through the introduction of direct effect, transnational legality harnessed individuals, pursuing their personal interests as a powerful agent of compliance by Member States with their Treaty obligations.

But, inevitably, it also meant an account of the principle of the rule of law which was old school: formalist, self-referential and self-legitimizing. Why should I obey? Either — because it is “The Law” or because it is in the service of the self-legitimizing messianic dream. Indeed, I would argue, that political messianic projects by their very nature go hand in hand with a formalist, self-referential concept of the rule of law.

It should not need saying that here, too, it is not my intention to argue any substantive similarity with the national socialist regime. The European integration project is as noble as national socialism was vile. But I am arguing that the European construct represents an interesting structural and conceptual continuity.

## 5. DEFENDING VALUES

The second story, brief and rude, is usually considered a historical curiosity, but it, too, had a profound effect on the political culture of the Union and European Integration. I refer to the saga of the European Defence Community. A Treaty was actually signed in May 1952 but failed, by a relatively small number of votes, to be ratified in the French Parliament in May 1954 and the project was abandoned.

What is most striking about this historical event is that the governments were actually able to agree among themselves on a treaty concerning this most hallowed of “sovereign” core. It made huge sense. Quite apart from the fact that, history notwithstanding, a war among the partners of the Union was an unreal possibility, this would be a very symbolic and concrete step to make it unthinkable. But even more importantly, in the face of an external threat, and the ambiguity of American patronage, this project which at one and the same

time brought about considerable savings whilst at the same time enhancing the defense capabilities of Europe jointly and severally.

My contention is that this ‘childhood’ trauma has had profound effects, not just material but principally political and cultural. It became part of European faith that defense, security and military matters had to be kept separate from the European construct – in a ‘it is not politically feasible, it is not politically desirable’ unholy alliance of arguments. It has bred amazing pathologies, not least wasteful replications of the defense efforts of the Member States coupled with a total reliance on American force. If America has become the ‘policeman of the world’, it is in part because Europe allowed it to become so – since when in trouble Europe itself would call not its own police but 911. Paradoxically, the failure to cooperate has also weakened each state individually, since the magnitude of expense simply removed certain projects from national agendas.

Even worse, Europe failed to develop, slowly and painfully, the habits of cooperation, consensus-building, etc. in this field which remained outside the European construct. Like its democratization, it had to graft alien bodies – European Political Cooperation, Third Pillar, Common Defense and Security, et cetera.

Worst of all, it developed a whole new rationalization which was grafted on to the original political messianic project – the ‘civilian power’ – in a questionable attempt to justify the failure of its own early project. Here there has been a veritable spill over also into national politics. Reasonable people can debate the extent of any existential threat to Europe. But there can be no debate that at times, unless one is a pacifist (a comfortable luxury when your friendly neighbour is not), the only way to prevent the worst kind of trampling on the most hallowed values might require decisive use of force. The consequences of this failure are to be found in the graveyards of Bosnia, Darfur and elsewhere.

## 6. END GAME

The political messianic and its concomitant corollary in a central but formal conception of the rule of law were offered not only for the sake of conceptual clarification but also as an explanation of the formidable success of European integration. They produced a culture of praxis, achievement, ever expanding agendas. Given the noble dimensions of European integration one ought to see and acknowledge their virtuous facets.

But that is only part of the story. They also explain some of the story of decline in European legitimacy and mobilizing pull which is so obvious in the current circumstance. Part of the very phenomenology of political messianism is that it always collapses as a mechanism for mobilization and legitimation. It obviously collapses when the messianic project fails. When the revolution does not come.

But interestingly, and more germane to the narrative of European Integration, even when successful it sows its seeds of collapse. At one level the collapse is inevitable, part of the very phenomenology of messianic project. Reality is always more complicated, challenging, banal and ultimately less satisfying than the dream which preceded it. The result is not only absence of mobilization and legitimation, but actual rancor. The original Promised Land, Canaan, was a very different proposition, challenging and hostile, to the dream which preceded it. Independent India, or Kenya, or even the USA were very different to the dreams which preceded them and their like. Individually this is the story of many a marriage and love affair. Just as paradise becomes such, only when lost, The land itself, always falls short of the

promise. It is part of the ontology of the messianic. The emblematic manifestation of this in the context of European integration is the difference between the 868 inspiring words of the Schumann dream and the 154,183 very real words of the (defunct) European Constitution.

But in the case of Europe, there are additional contingent factors which the collapse of the messianic narrative as a mobilizing and legitimizing factor. At one level Europe is a victim of its own success. The passage of time coupled with the consolidation of peace, the internalization of the alternative inter-state discourse which Europe presented, has been so successful that to new generations of Europeans, both the pragmatic and idealist appeal of the Schuman vision seem simply incomprehensible. The reality against which their appeal was so powerful – the age old enmity between France and Germany and all that — is no longer a living memory, a live civilizational wire, a wonderful state of affairs in some considerable measure also owed to the European constructs.

At another level, much has changed in societal mores. Europe in large part has become a post-Christian society, and the profound commitment to the individual and his or her rights, relentlessly (and in many respects laudably) placing the individual in the center of political attention, has contributed to the emergence of the self-centered individuals. Social mobilization in Europe is at strongest when the direct interest of the individual or at stake and at their weakest when it requires tending to the needs of the other, as the recent Euro crisis, immigrant crisis and other such instances will readily attest. So part of the explanation of the loss of mobilizing force of the Schuman Vision is in the fact that what it offers either seems irrelevant or does not appeal to the very different idealistic sensibility of contemporary European society.

The result is that if political messianism is not rapidly anchored in the legitimation that comes from popular ownership, it rapidly becomes alienating and, like the Golem, turns on its creators.

Democracy was not part of the original DNA of European Integration. It still feels like a foreign implant. With the collapse of its original political messianism, the alienation we are now witnessing is only to be expected. And the formal rule of law only serves to augment the alienation. There are no easy fixes to these problems. That is the nature of problems which are not rooted in institutional arrangements but are a reflection of what has become part of a deep-seated political and legal culture.

## Notes

---

- 1 Mark Mazower, *Dark Continent –Europe’s Twentieth Century* (London: Allen Lane, 1998)
- 2 One should add that the transnational reach of the Schuman plan served, as one would expect, a powerful internal interest the discussion of which even today meets with resistance. The challenge of “fraternity” and the need for forgiveness, love and grace was even more pressing internally than internationally. For each one of the original Member States was seriously compromised internally. In post war Germany, to put it bluntly, neither State nor society could function if all those complicit in National Socialism were to be excluded. In the other five, though ostensibly and in real sense victims of German aggression, important social forces became complicit and were morally compromised. This was obviously true of fascist Italy and Vichy France. But even the little Luxembourg contributed one of the most criminally notorious units to the German army and Belgium distinguished itself as the country with the highest number of indigenous volunteers to the occupying German forces. The betrayal of Anna Frank and her family by their good Dutch neighbors was not an exception but emblematic of Dutch society and government who tidily handed over their entire Jewish citizenry for deportation and death. If one were to forgive and embrace the external enemy, turn one’s back to the past and put one’s faith in a better future, how much more so, how much easier, to do the same within one’s own nation, society even family.
- 3 T. Lampert, *One Life*, Houghton Mifflin Harcourt 2004



# Summary

J. H. H. WEILER [7-20]

*On the Political and Legal DNA of the Union and the Current European Crisis*

- &

ROMÁN RODRÍGUEZ GONZÁLEZ [21-36]

*Crisis opportunities. Debate on restructuring territorial administration*

*The current crisis has opened a discussion on the opportunity to undertake restructuring processes in the different layers of government in Spain. Different political, business and social actors are considering the opportunity to undertake the restructuring of the municipal (local) level of government, the creation of new bodies of supra-municipal governance, the abolition or in-depth restructuring of the provincial governments, etc. In this arena, one of the ongoing discussions is the opportunity of amalgamating different municipalities in order to cut their overall figure, adapting them to the current spatial structure of the country, and attempting to achieve a more effective and efficient public management model. The current analysis lays on the need of undertaking functional reforms channelled into making up the services that municipalities (as public bodies) provide to citizens. The proposal is based on the maintenance of the current municipal map as soon as municipalities are indisputably perceived as territorial identity units and constitute cornerstones of political and social identification. However, the proposal suggests an amalgamation of public municipal services into a supra-municipal scheme.*

**Keywords:** Territorial administration, merging municipalities, supra-municipalism.

- &

MIGUEL-ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ \_[37-56]

**Article 81 of the Treaty of the functioning of the EU**

*Judicial cooperation in civil matters involves a huge challenge for the administration of justice in the European Union. On this basis, the Lisbon Treaty introduced the new text of Article 81 in the Fundamental Charter of the European Union, which will determine the creation of the European Community private international law as a mechanism for achieving such cooperation, within the general framework of liberty, security and justice space (ELS); Espace de Liberté, Sécurité et Justice). In the first place, this paper puts forward the genesis of that space; secondly, the differences and similarities between the new regulation that the Lisbon Treaty provides on this point compared to its immediate precedent, i.e. the Amsterdam Treaty; thirdly, it analyses the basic principle for presiding the whole system, in other words, what is known as "mutual recognition"; in fourth place, it addresses the general lines of judicial cooperation in civil matters through a specific instrument, Regulation (EC) 4/2009; and it concludes with a panorama of future perspectives in the sector.*

**Keywords:** European Union, Lisbon Treaty, cooperation in civil matters, mutual recognition, community law.

- &

LYDIA NORIEGA RODRÍGUEZ \_[57-78]

**Brief notes on guardianship ope legis**

*The legal system of protection to the minor nowadays in effect regulates the guardianship ope legis, that one that through of the law will assume automatically the public competent organization after the declaration of abandonment of the minor. In the present article one tries to outline the juridical regime of this institution as protection measure to the minors in situation of social or familiar conflict, being thought by the majority doctrine as a special given guardianship his own idiosyncrasy so in spite of the formal similarities that he presents with the tutelary organism regulated in the arts. 222-285 C.C., it needs a specific regulation.*

**Keywords:** minor, protection, abandonment, guardianship, fostering.

- &

MANUEL OCTAVIO DEL CAMPO VILLARES,  
FRANCISCO JESÚS FERREIRO SEOANE \_[79-106]

**ICO: Mediating agent in the conquest of the international markets. An alternative to the crisis.**

*It is a fact that this major managerial presence in the exterior demands an increasing financing due to the major average amount of the projects of exterior investment as the increasing component that as for development and investigation present. It is for it that, the public financing turns into an indispensable source of credit at the moment of coming to the foreign markets in conditions of competitiveness and to be in this credit function where the Institute of Official Credit (ICO) plays a decisive paper.*

*It is so, a condition of economic efficiency that the politics of marketing carried out by the ICO is the most distinctive possibly, without it the scope and the effects of his financing facing stimulates the presence of the Spanish company in the exterior scarcely if it is left to feel.*

**Keywords:** public financing, credit, interest rates, financial mediation, investment, external trade.

- &

ROSA ELVIRA CAMPOS ÁLVAREZ, JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ \_[107-126]

**Future businessmen: young men and women from Zacatecan and their enterprising skills**

*The paper aims to compare the effectiveness in the development of entrepreneurial skills of young people based on entrepreneurial development programs of public universities in Zacatecas, Fresnillo and Guadalupe. Today there are several universities that offer Entrepreneur Development Programs, under the assumption that they positively influence the development of entrepreneurial skills of young people. Research in the first stage is exploratory, and the second stage is experimental with the application of the tests to*

those courses' participants, and then after a co-relational research the variables suggested and the results are analyzed.

**Keywords:** Entrepreneurship, entrepreneur abilities, entrepreneur development programs.

JEL: L26, M14, I35

- &

ADRIANA GALLO \_[127-144]

**Democratization, political representation, transparency and electoral equity. Discussion of the new political reform in Argentina**

*In the present work we analyze the new law, enacted in Argentina, of Democratization of Political Representation, Transparency and Electoral Equity, considering the four objectives referred to by name. Our critical reading of the law of political reform, directs the focus, not to the difficulties of its effective implementation, but to the theoretical foundations which have guided the reform objective. Finally, we will seek to show that the implementation of these rules tends to promote partisan fragmentation, the decrease in the internal consistency of the organizations and the loss of relevance of political parties in the electoral scene.*

**Keywords:** Democratization, political representation, transparency, electoral equity, Argentina

- &

ENITH PINEDO BRAVO \_[145-160]

**Indigenous people in Peru and Bolivia. State policies to promote their political representation.**

*When we say that all people must have the possibility of participate, directly or through their representatives, in decision making that affect them, the role of the Democratic State of Law becomes important. But when those people have been historically relegated from national life, as indigenous people, then the state role becomes essential, and it is its duty to promote such representation. This article briefly reviews the policies that have been adopted in Peru and Bolivia with such purpose, concluding that while the*

*Peruvian State action has been limited, if not restrictive, the Bolivian State action has got a great reach, in spite of some deficiencies in implementation, which demonstrates that in the indigenous issue, this subject also presents big differences between both countries.*

**Keywords:** Electoral districts, electoral quotes, self-identification, indigenous, peasant.

- &

J. H. H. WEILER \_[161-174]

**On the Political and Legal DNA of the Union and the Current European Crisis**

- &

## Normas de publicación

**1\_** Las propuestas de colaboración con la revista *Administración & Ciudadanía* se remitirán como archivo adjunto en un mensaje de correo electrónico a la siguiente dirección:

**AC.egap@xunta.es**

Además, el/la autor/a o autores/as enviarán el original en un disco compacto en soporte informático Microsoft Word, así como dos copias impresas firmadas a la siguiente dirección:

**Secretaría de la revista *Administración & Ciudadanía*  
Escola Galega de Administración Pública  
Rúa de Madrid, 2-4  
E-15707 Santiago de Compostela**

**2\_** El disco compacto remitido por correo postal debe contener un único archivo o documento con el texto de la propuesta de colaboración.

**3\_** No serán aceptadas propuestas de colaboración enviadas por fax o correo postal sin que vayan acompañadas del correspondiente soporte electrónico.

**4\_** Los trabajos enviados deben cumplir las siguientes condiciones:

- a. ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones;
- b. estar redactados en gallego, español, inglés, francés, portugués o italiano;
- c. poseer una extensión mínima de 30 000 caracteres y máxima de 45 000 en el caso de los artículos (incluidas notas y referencias bibliográficas), y entre 3000 y 10 000 caracteres en el caso de las reseñaciones.

**5\_** Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deben incluir, por este orden:

- a. un título con su correspondiente traducción al inglés de no ser esta la lengua empleada en la redacción del trabajo;
- b. nombre, apellidos y afiliación institucional del/la autor/a o autores/as;
- c. un resumen (de un máximo de 150 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción a inglés de no ser esta la lengua utilizada en la redacción del trabajo;
- d. una relación de cinco palabras clave que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, así como su traducción a inglés de no ser esta la lengua empleada en su redacción;
- e. el cuerpo principal del texto;
- f. la bibliografía;
- g. las tablas, los diagramas y los cuadros (máximo 7 en total).

**6\_** Los trabajos deben ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo referente al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos formales:

- a. Las notas figurarán a pie de página.
- b. Las citas en el texto indicarán autoría, año de publicación y, en su caso, página(s) entre paréntesis. Por ejemplo, (Peters, 2002: 123).

En caso de que se citen varias obras de idéntica autoría publicadas en el mismo año, la indicación del año estará acompañada de una letra del alfabeto (comenzando por la «a»), que distinga cada una de las obras del mismo año.

- c. La bibliografía debe contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; de tratarse de una serie, se indicarán el título y el número del volumen o la parte correspondiente).

Sugerimos acompañar, en la medida de lo posible, este modelo de presentación (en orden alfabético por el apellido) de acuerdo con el sistema Harvard:

- Libros:  
Alesina *et al.* 1997. *Political Cycles and the Macroeconomy*. Cambridge: MIT Press.
  - Capítulos de libro:  
Castles, F. G. 1982. «Politics and Public Policy», en F. G. Castles (ed.). *The Impact of Parties. Politics and Policies in Democratic Capitalist States*. Londres: Sage.
  - Artículos de revistas:  
Peters, G. y Pierre, J. 1998. «Governance without Government? Rethinking Public Administration», *Journal of Public Administration*, 8 (2): 223-243.
  - Documentos no publicados:  
Benítez, J. 2006. Aproximación a la participación ciudadana. México. Agencia Federal de Administración Pública, *Mimeo*.
  - d. Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deben indicar la URL respectiva y la fecha de consulta (día-mes-año). Por ejemplo, [http://www.un.org/base/publicad/pages/innovat\\_a.html](http://www.un.org/base/publicad/pages/innovat_a.html), 15-03-2006.
- 7\_** Las reseñaciones deberán incluir, además de los datos de identificación del/la autor/a o autores/as, autoría, título, editorial, lugar y fecha de la obra reseñada.
- 8\_** Todos los trabajos deben ser presentados mecanografiados con doble espacio, con formato de fuente Times New Roman, tamaño 12; ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo referente al estilo; e incluir una indicación de la dirección postal de la persona remitente.

---

### **Evaluación de los trabajos\_**

El Consejo de Redacción de *Administración & Ciudadanía* someterá a una evaluación anónima por parte de pares externos, expertos en el área científica a la que pertenezca el material recibido, todas las propuestas de colaboración enviadas a la Secretaría de la revista.

Se desarrollarán dos procesos de evaluación por año.

Los trabajos recibidos hasta el día 15 de junio serán evaluados para el número 2 del volumen de la revista del año en curso, que verá la luz en el mes de diciembre; mientras que los trabajos recibidos entre el 16 de junio y el 15 de diciembre, ambos inclusive, se incluirán en el proceso de evaluación anónima correspondiente al número 1 del volumen del año siguiente, que saldrá de la imprenta en el mes de junio.

### **Derechos de autoría\_**

Una vez el Consejo de Redacción acepte publicar cualquier material (artículo o reseña) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país son transferidos a la Escola Galega de Administración Pública (EGAP).



Deseo que me envíen la revista **administración & ciudadanía.**

a partir del número 1 y hasta nuevo aviso.

el número / los números \_\_\_\_\_

en gallego

en castellano

Nombre y apellidos \_\_\_\_\_

Entidad \_\_\_\_\_

DNI / NIF \_\_\_\_\_

Dirección \_\_\_\_\_

Población \_\_\_\_\_

Pais \_\_\_\_\_ Código postal \_\_\_\_\_

Teléfono \_\_\_\_\_ Telefax \_\_\_\_\_

Correo electrónico \_\_\_\_\_

Fecha \_\_\_\_ \_ Firma \_\_\_\_\_

## Boletín de suscripción

[sólo versión impresa]

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

**administración &  
ciudadanía.**

### Enviar a:

#### **Editorial EGARTORRE, S.L.**

C/ Primavera 2 - Nave 31  
Polígono industrial El Malvar  
28500 Arganda del Rey  
(Madrid)

#### **Editorial GALAXIA, S.A.**

Reconquista 1  
36201 Vigo (Pontevedra)

☎ 91 872 93 90 / 91 871 93 99  
e-mail: [egartorre@egartorre.com](mailto:egartorre@egartorre.com)  
<http://www.egartorre.com>

☎ 986 43 21 00 / 986 22 32 05  
e-mail: [galaxia@editorialgalaxia.es](mailto:galaxia@editorialgalaxia.es)  
<http://www.editorialgalaxia.es>

\_ *Administración & Ciudadanía* está disponible en formato impreso y electrónico en lengua gallega y castellana.  
Asimismo, dispone de una versión en lengua inglesa editada en formato electrónico.  
\_ Para mayor información sobre la publicación, visite el portal web de la EGAP en: <http://www.egap.xunta.es>

	Suscripción anual 3 números	Número suelta	Forma de pago
PUBLICACIÓN IMPRESA	<b>Particulares</b>  72,00 € + gastos de envío según la tarifa vigente	<b>Particulares</b>  26,00 € + gastos de envío según la tarifa vigente	<input type="radio"/> Transferencia a la cuenta <input type="radio"/> Contra reembolso <input type="radio"/> Cheque a nombre de la editorial <input type="radio"/> Giro postal <input type="radio"/> Domiciliación bancaria
	<b>Instituciones</b>  108,00 € + gastos de envío según la tarifa vigente	<b>Instituciones</b>  36,00 € + gastos de envío según la tarifa vigente	

#### Domiciliación bancaria

Fecha: \_\_\_\_\_ Banco o caja: \_\_\_\_\_

Número: \_\_\_\_\_ Dirección de la agencia: \_\_\_\_\_

Población: \_\_\_\_\_

País: \_\_\_\_\_ Número de cuenta: \_\_\_\_\_

**Estimados señores:**

Ruego que, hasta nuevo aviso, liberen los recibos que les presente le \_\_\_\_\_ con cargo a mi cuenta antes mencionada, en concepto de suscripción a la revista **Administración & Ciudadanía**.

FRIMA

Titular: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Población: \_\_\_\_\_ Código postal: \_\_\_\_\_



administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

administración & cidadanía.

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

administración & cidadanía.

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública.



XUNTA DE GALICIA  
CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA,  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS E  
XUSTIZA



Escola Galega de  
Administración  
Pública