CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 2 – 2014

ISSN 2340-860X

Cadernos de Dereito Actual

Nº 2 - 2014

COMISIÓN DE REDACCIÓN

Presidente de honor: **Luís Míguez Macho**, *decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.*

Director: **Rubén Miranda Gonçalves**, *Licenciado en Derecho. Doctorando en Derecho Administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela.*

Secretario: **Jose Martínez Fernández**. *Universidad de Santiago de Compostela.*

VOCALES

Fabiola Aboy García, *Graduada en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela;* **Estefanía Ramos Gómez**, *Licenciada en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela;* **Cristian Carbajales Neira**, *Graduado en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela.*

COMISIÓN CIENTÍFICA

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad de Santiago de Compostela.* **Luís Velasco Martínez**, *Universidad de Santiago de Compostela.* **Leonardo Pataccini**, *Universidad de Buenos Aires (Argentina).* **José María Miranda Boto**, *Universidad de Santiago de Compostela.* **Domenico d’Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia).* **Manuel Pérez Rodríguez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.* **Teresa Carballeira Rivera**, *Universidad de Santiago de Compostela.* **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.* **Yolanda Maneiro Vázquez**, *Universidad de Santiago de Compostela.* **Teresa Facal Fondo**, *Universidad de Santiago de Compostela.* **Alicia Villalba Sánchez**, *Universidad de Santiago de Compostela.* **Teresa Velasco Portero**, *Universidad Loyola de Andalucía.* **Daniel Sansó-Rubert Pascual**, *Universidad de Santiago de Compostela.* **Teresa Fajardo del Castillo**, *Universidad de Granada.* **Rafael García Pérez**, *Universidad de Santiago de Compostela.*

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción. Facultad de Derecho Avenida Dr. Ángel Echeverri s/n CP 15782 Campus Vida, Santiago de Compostela

Depósito Legal: C 2118-2013 **ISSN:** 2340-860X

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 2 – 2014

ISSN 2340-860X

SUMARIO

Artículos de investigación

<i>Análisis del sistema democrático español. De la transición a la crisis actual</i> Álvaro Rodríguez Núñez.....	9
<i>La nueva regulación del sector eléctrico</i> Carlos Lora González.....	23
<i>Estudios sobre la ley 30/2006, de 14 de diciembre. Ley de dependencia</i> Cristina Gonçalves M. y Juan Luis Pedrós B.....	41
<i>En atención ao bloque da constitucionalidade</i> Alejandro Villanueva Turnes.....	59
<i>Fecundación postmortem. Análisis jurídico de la regulación en España</i> Jacobo Cabido Iglesias.....	71
<i>La relación entre la burocracia y las políticas públicas</i> Andrea M ^a Martínez Damea.....	85
<i>La competencia desleal y el intrusismo en el mercado</i> Yenel Mallo Rodríguez.....	99
<i>Derecho al olvido. Jaque a Google en Europa</i> Víctor Seisdedos Potes.....	107
<i>O delito de tráfico de drogas</i> Bruno B. Castelo Vargas.....	125
<i>Evaluación y gestión del riesgo en adolescentes infractores</i> Lorena Maneiro y Olalla Cutrín.....	143
<i>La función pública desde el siglo XIX</i> Pablo Fernández García-Armero.....	161
Comentarios a sentencias	
<i>La consideración de los enlaces como actos de comunicación pública</i> Javier Torres López.....	177

ANÁLISIS DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO ESPAÑOL. DE LA TRANSICIÓN A LA CRISIS ACTUAL

ÁLVARO RODRÍGUEZ NÚÑEZ

Abogado y Doctor en Ciencia Política.
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: I.- Decisiones adoptadas en el proceso político de la transición. La partidocracia. La corrupción política. El consenso. El título VIII de la Constitución. II.- Situación actual. Crisis del sistema. Características del sistema de partidos español. Alea Jacta est? III.- Bibliografía.

Resumen: El presente estudio pretende analizar la realidad institucional y política del sistema democrático español. Está dividido en dos partes, con siete apartados. En la primera se exponen las críticas existentes a las decisiones adoptadas en el proceso político de la transición.

En la segunda parte, se exponen las causas de la actual crisis política e institucional de España.

Palabras clave: Democracia, partido político, corrupción, título VIII de la Constitución.

Abstract: This study aims to analyze the institutional and political reality of the Spanish democratic system. It is divided into two parts, with seven sections. The first one reviews existing decisions taken in the political process of transition which are discussed.

In the second part, the causes of the current political and institutional crisis in Spain are presented.

Keywords: Democracy, politics, corruption, title VIII of the Constitution.

I.- Decisiones adoptadas en el proceso político de la transición.

La partidocracia.

El Estado de Partidos (*Parteiinstaat*), fue impuesto por Estados Unidos a la Alemania derrotada¹ y fue el sistema que se adoptó en la II Restauración². Asimismo, en España se optó también por una Democracia procedimentalista y no por una Democracia militante. Así en Alemania, el artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn establece la ilegalidad e inconstitucionalidad de los partidos que pretendan eliminar el orden democrático liberal o la existencia de la República Alemana. Se

¹ Vid. NEGRO, D. "Desmitificación de la democracia", *Razón Española*, nº 183, 2014, pág. 30.

² Y la casi totalidad de los Estados occidentales son democracia partidocráticas. Vid LOPEZ DE LA FUENTE, G. "Pluralismo político y partidos políticos europeos", Editorial Comares, Granada, 2014, pág. 21. Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1981 de 2 de febrero.

establecen límites a las ideologías de los partidos. Pero en España, tanto en la LO 6/2002 de 27 de junio de Partidos Políticos, como la actual LO 8/2007 de 4 de julio de Financiación de Partidos Políticos, así como en la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1981 de 2 de febrero como la del Tribunal Supremo 2/1997 de 29 de noviembre, no se establecen límites sobre la ideología de los partidos, sino sobre su funcionamiento, que debe ser democrático, y no usar la violencia, aunque pretenda la destrucción del sistema o la eliminación de España. Y el adoptar esa vía tiene los costos que hoy se padecen ante el comportamiento de los nacionalistas.

Junto a lo anterior, destacados autores consideran que el Estado de Partidos o partitocracia sólo es periódicamente responsable ante el censo electoral, lo que en cierto modo, la empareja con las dictaduras^{3/4}. Así, desde el momento en que los partidos, nacidos precisamente para hacer soberano al pueblo, lo han sustituido, el pueblo soberano sigue siendo un término *ad quem*. De la soberanía de "uno" hemos pasado a la de "pocos", que en otro tiempo estaban constituidos por la aristocracia y la burguesía, y que hoy están formados por las oligarquías de los partidos⁵. Se considera que el partido político ha secuestrado la democracia, que ha pasado a considerarla como propia; la ha sustraído a todo control de la sociedad, y ha generalizado la corrupción⁶, perdiendo apoyo social⁷.

En 1977 desde la derecha política se indicaba la naturaleza potencial del sistema de partidos español, el camino que podía recorrer⁸. Desde esa perspectiva se considera en los inicios mismos del actual sistema democrático, que los partidos políticos son máquinas electorales para garantizar a determinados grupos de presión su presencia en el poder, siendo la oligarquización de los partidos políticos una tendencia irreversible, y que se observa en todos los países con sistemas partitocráticos, y especialmente, en la España surgida de la transición. En el ámbito político, la oligarquía partitocrática, secuestra la democracia y paraliza el

³ Vid. FERNÁNDEZ DE LA MORA, G. "La partitocracia", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, pág. 167.

⁴ Y cuando a la larga el pueblo, en opinión de R. Michels, abre los ojos a los crímenes contra el ideal democrático, cometidos por los líderes, lejos de reconocer el origen real del mal oligárquico, en la centralización del poder dentro del partido, a menudo consideran que el mejor medio para contrarrestar la oligarquía es intensificar esta misma centralización. Vid. MICHELS, R. "Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna", Vol I, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1976, pág. 188.

⁵ Vid. ZAMPETTI, PIER, L. "Democracia y poder de los partidos", Ediciones Iberoamericanas, Madrid, 1970, pág. 167. Para Dalmacio Negro, la democracia, que es el reino de la opinión, es normal que acaben prevaleciendo la voz de los ambiciosos, intrigantes, vagos, gente sin escrúpulos, demagogos o tarados. Esta realidad ya "le preocupó seriamente a Tocqueville con ocasión de la revolución de 1848 y es uno de los peligros más serios de la democracia política". Vid. NEGRO, D. "Desmitificación de la democracia", Op. Cit., pág. 38.

⁶ A los antagonismos o peleas de negocios dentro de la oligarquía partitocrática, se le llama, en una reducción absurda y extravagante, "política". Vid. SCHMITT, C. "El concepto de lo político", Alianza Editorial, Madrid, 2013, pág. 62 y 63.

⁷ Vid. LOPEZ DE LA FUENTE, G. "Pluralismo político y partidos políticos europeos", Op. Cit., pág. 21. Vid. MESQUIDA J. "Socialismo XXI. La izquierda del futuro", Planeta, Barcelona, 2014, pág. 12.

⁸ Vid. FERNÁNDEZ DE LA MORA, G. "La partitocracia", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.

progreso de la sociedad. Ningún partido se libra de la corrupción y de la ausencia de democracia interna⁹.

Se considera que un partido es una fracción de la clase política que se representa a sí misma en sus pretensiones de poder¹⁰. Si el ordenamiento constitucional establece el sufragio como técnica nominadora de los gobernantes, el partido, para no desaparecer, se ve limitado a convertirse en máquina electoral y, con el fin de captar votos, tratará de representar unos intereses más o menos generales. Todas las formas de escrutinio son puros arbitrios procesales que no traducen, sino que manipulan y, en definitiva, transforman los votos. Así los diputados elegidos no representan a los electores, como pretende la teoría demoliberal del mandato; se representan pues, a sí mismos, y eventualmente, a unos intereses de clase o grupo¹¹. Así, la partidocracia puede sustituir o desintegrar el Estado. Este era uno de los principales argumentos de Gonzalo Fernández de la Mora en contra del sistema de partidos políticos españoles y que en 1977 ya denunciaba¹². Por ello, con la unión de los vicios partidocráticos, el optar por un sistema de democracia procedimental, y la creación del Estado autonómico, ciertos autores afirman que "el sistema de partidos español está en crisis desde su mismo origen"¹³.

La corrupción política

En España la corrupción está plenamente instalada en el ámbito político. La crisis ha descubierto que la democracia está al servicio de las clases privilegiadas, y del poder financiero generando una crisis institucional y constitucional¹⁴. Un factor principal, causa y efecto de la misma, e impulsada por el sistema partidocrático, en donde los partidos se "han terminado convirtiéndose en la escuela de todas las corrupciones"¹⁵, es la pobreza relativa de la población y el nivel de analfabetismo funcional. Pobreza y analfabetismo, que las oligarquías partidocráticas mantienen y

⁹ Vid. MESQUIDA J. "Socialismo XXI. La izquierda del futuro", Op. Cit., pág. 50.

¹⁰ Vid. FERNÁNDEZ DE LA MORA, G. "La partidocracia", Op. Cit., pág. 167.

¹¹ Vid. FERNÁNDEZ DE LA MORA, G. "La partidocracia", Op. Cit., pág. 143-144.

José Vidal-Beneyto, en una entrevista publicada en el diario *El País*, comparando la situación actual con la del franquismo indicaba que "un somero análisis de la España actual y de su clase dirigente nos remite a los mismos nombres, los mismos bancos, las mismas familias. Y quizás, lo más grave, a los mismos modelos y los mismos valores. La democratización de la corrupción es la quiebra de la moral pública como su inevitable consecuencia". Considera este pensador que "con la representación convertida en un parangón de la voluntad de los partidos, hundidos en el sectarismo, y la política devorada por una desbordada cratofilia, transformada en mera lucha por el poder", concluyendo que "estamos empantanados en la corrupción". José Vidal-Beneyto, entrevista publicada en *El País*, domingo 1 de julio de 2007.

¹² Vid. FERNÁNDEZ DE LA MORA, G. "La partidocracia", Op. Cit., pág. 143 y ss. Vid. GONZÁLEZ QUIRÓS, J. L. "Los partidos y la política tras la Constitución de 1978", *Razón Española*, nº 176, 2012, págs. 287-311. Vid. GIMENEZ PÉREZ, F. "La crítica de la democracia", *Razón Española*, nº 152, 2002, págs 311-326.

¹³ Vid. MAROTO, M., ANDERICA, V., BALEATO, S, y ONGIL, M. "Qué hacemos con la financiación de los partidos políticos", AKAL, Madrid, 2013, pág. 15.

¹⁴Vid. MESQUIDA J. "Socialismo XXI. La izquierda del futuro", Op. Cit., pág. 22 y 60.

¹⁵ NIETO, A. "Corrupción en la España democrática", Ariel, Barcelona, 1997, Pág. 27.

alientan, dado que solo pretenden detentar el poder en las mejores condiciones para mantener su situación de dominio y plena soberanía. Por ello, la democracia es meramente procedimental pero no sustantiva.

En España las prácticas corruptas se centran en los municipios, diputaciones, y autonomías, por ello se afirma que la corrupción es generalizada¹⁶. Las causas de la corrupción en España para López Rodríguez, como ya indicamos anteriormente, son: 1º.- Un sistema político dominado por una partitocracia. 2º.- Altos porcentajes de pobreza relativa y/o absoluta¹⁷. 3º.- Un elevado analfabetismo absoluto y/o funcional y escasa cultura política¹⁸. 4º.- Un régimen democrático procedimental, pero vaciado de contenido; son las élites políticas, representantes de los partidos hegemónicos, las que únicas soberanas en el sistema¹⁹.

Juan Luis Cebrián en 1981 afirmaba que "asistimos hoy a uno de los fenómenos más graves, a mi juicio, de lo sucedido en la España democrática: el nuevo distanciamiento creado entre la España oficial y la real, entre la burocracia – incluida la de los partidos- y el ciudadano, el aparato y el pueblo"²⁰ y en donde "la corrupción está a la orden del día en la Administración Pública española, y soy consciente de la gravedad de esta afirmación"²¹. Para Dalmacio Negro, "los partidos políticos –la clave estructural del sistema-, la única distinción práctica entre ellos sería acaso entre opresores y depredadores"²².

El consenso

La Constitución se elaboró través del método denominado por los partidos políticos como *consenso*, procedimiento que, en opinión de Ferrán Gallego "*falsifica*

¹⁶ Ciertos autores consideran que "la relación de dependencia entre la financiación de las entidades locales y la contratación pública, la política urbanística y de promoción inmobiliaria, cuando no los vínculos con el blanqueo de capitales provenientes de actividades ilegales como el narcotráfico, ha sido una de las características de la España democrática". Vid. MAROTO, M., ANDERICA, V., BALEATO, S, y ONGIL, M. "Qué hacemos con la financiación de los partidos políticos", Op. Cit., pág. 10.

¹⁷ Para Dalmacio Negro España está depauperada, y desde la oligarquía dirigente, la están destruyendo como Nación Política, Histórica y Cultural. Vid. NEGRO, D. "Desmitificación de la democracia", Op. Cit. , pág. 38.

¹⁸ Es la propaganda y seducción efectiva, la que mantiene la existencia de una especie de "fe" en los partidos políticos. Para Pareto, eso es consecuencia de que "los hombres están tanto más seguros de sus creencias cuanto más ignorantes son, y la "masa", a pesar de los progresos de la instrucción obligatoria, sigue siendo bastante ignorante. Lo que explica la acogida entusiasta con que acogen las frivolidades, de las cuales sólo la pluma de un Luciano o de un Voltaire podrían hacer conocer dignamente su absurda necedad". Vid. PARETO, W. "Escritos sociológicos", Alianza Editorial, Madrid, 1987, pág. 136.

¹⁹ Vid. LOPEZ RODRIGUEZ, A. A. "Subvencionismo": una nueva categoría", RIPS, Vol. 13, núm. 1, 2014, 203-227, pags 4, 14, 20 y 22.

²⁰ CEBRIAN, J.L., "La España que bosteza. Apuntes para una historia crítica de la Transición", Editorial Taurus, Madrid, 1981, Pág. 34.

²¹ *Ibidem*, pág. 45.

²² Vid. NEGRO, D "San Mateo y España", Razón Española, Núm. 165, Enero-febrero 2011, pág. 52.

en las instituciones la voluntad expresada por los ciudadanos"²³. Opinión igualmente defendida por Dalmacio Negro, "el consenso político entre las oligarquías suplantó al consenso social existente al comienzo de la transición, y para penetrar en la sociedad, a fin de transformar ese consenso natural producto de la historia, ha hecho de la corrupción moral la clave del sistema establecido en orden a su perpetuación"²⁴. El consenso, para Juan Luis Cebrián, ya en 1981, otorgaba "a la Cámara una faz teatral y de farsa que en nada contribuye al fortalecimiento de las escasas creencias democráticas de nuestra población"²⁵.

Fue a través del consenso como al inicio de la democracia, la minoría dirigente "creó una inmensa clase política remunerada: antes, los presidentes de las cincuenta Diputaciones, los diputados provinciales, los alcaldes y los concejales de casi nueve mil ayuntamientos no percibían sueldo alguno; ahora, se han adjudicado pingües haberes y dietas, y en la mayoría de las corporaciones locales los sueldos absorben más de la mitad del presupuesto. De nueva planta se crearon los entes autonómicos, con centenares de ministros y directores generales, y casi dos docenas de Parlamentos regionales, acompañados de una densa maquinaria"²⁶.

El título VIII de la Constitución

Para el profesor Míguez Macho "el sistema autonómico supone un verdadero retroceso en el tiempo, en el que se junta las peores taras del Antiguo Régimen y del indigente régimen liberal decimonónico español. La única respuesta posible al mismo es la renacionalización de España a través de un nuevo pacto constitucional"²⁷ y "no ha servido para integrar a los nacionalistas vascos y catalanes en el régimen constitucional, y además por la deriva neocaciquil (...) ha extendido el problema nacionalista a otras regiones donde no existía o los nacionalistas eran una minoría insignificante, el balance final es que ha supuesto un completo e inapelable fracaso"²⁸.

En 1981, Juan Luis Cebrián también consideraba que el principal problema del sistema político español, "y quizá debamos reconocer ya a estas alturas que es el primero en prelación de interés y peligrosidad, es la ineficacia de la clase política - gobierno y oposición- a la hora de definir e instrumentar lo que la Constitución española denomina como Estado de las autonomías"²⁹, y al que definió como

²³ Vid. GALLEGO, F. "El mito de la transición", Editorial Crítica, Barcelona 2008. Pág. 659. La cursiva es del original.

²⁴ Vid. NEGRO, D. "San Mateo y España", Op. Cit., pág. 52.

²⁵ CEBRIAN, J.L., "La España que bosteza. Apuntes para una historia crítica de la Transición", Op. Cit., pág. 68. El consenso "consistió en que las cúpulas centristas y socialistas se ponían de acuerdo antes de los debates del Gabinete o del Parlamento, con lo que ambas instituciones quedaban reducidas a simples cámaras de resonancia, sobre todo, la de mejores condiciones acústicas, el hemiciclo de las Cortes"²⁵. FERNANDEZ DE LA MORA, G. "Los errores del cambio", Plaza & Janes, Barcelona, 1986, pág. 59.

²⁶ *Ibíd*em, pág. 220.

²⁷ MIGUEZ MACHO, L. "El fracaso histórico del Estado de las Autonomías", Razón Española, Núm, 143, Mayo-junio 2007, Pág. 311.

²⁸ *Ibíd*em, pág. 301.

²⁹ CEBRIAN, J.L., "La España que bosteza. Apuntes para una historia crítica de la Transición", Op. Cit., pág. 12.

"carnaval autonómico"³⁰. Apuntaba que "la amenaza de la multiplicación de la superestructura burocrática del estado con la de las autonomías, que al paso que vamos no han de sustituir a aquellas, es un serio peligro en el panorama de opresión de los ciudadanos por el aparato"³¹.

Gonzalo Fernández de la Mora, en el verano de 1979, afirmaba que "pronto veremos lo que acontecerá cuando se lancen las *nacionalidades* a la rebañita de los impuestos, de las nóminas, de las competencias y de las inversiones públicas. La proclamación de la plurinacionalidad de España y los equívocos constitucionales sobre las autonomías, en vez de corregir los desequilibrios y las tensiones regionales, los potencian donde no existían y los siembran en donde estaban ausentes. Una vez abierta la subasta de los localismos, ¿A dónde se llegará? Si, apenas iniciado el proceso, ya es mayor la conflictividad regional que en ningún otro momento de nuestro siglo, y está amenazada la unidad patria por organizaciones paramilitares, ¿Qué sucederá cuando se llegue hasta donde lo permita la interpretación extensiva de la ambigua y laxa Constitución de 1978?"³².

Para el profesor González Cuevas durante la transición "en realidad, el punto más polémico y debatido fue el de la organización territorial de la nación española, con la generalización del principio autonómico y la inclusión en el texto constitucional del término "nacionalidades". Se trataba, en el fondo, no solo de una reivindicación de los nacionalismos catalán y vasco; era, además, fruto de la estrategia rupturista de una izquierda presa, como respuesta al franquismo, de un profundo entusiasmo filonacionalista"³³.

En opinión de Luis de Velasco y José Antonio Gimbernat el fenómeno autonómico "es casi artificial y en parte responde a la formación y robustecimiento de burocracias autonómicas que a través de unos presupuestos y unas competencias crecientes van aumentando su poder local y clientela dando lugar a un proceso que se autoalimenta y que va creciendo con el apoyo de burguesía y clases medias regionales: Hay toda una red de intereses a favor de la autonomía local/regional cada vez más amplia. Como además juega entre los dos polos -el de los "históricos" y el de los "nuevos"- el principio de agravio comparativo y el de

³⁰ *Ibidem*, pág. 57.

³¹ *Ibidem*, pág. 59-60.

³² FERNANDEZ DE LA MORA, G, "Alta tensión", ABC, 7 de agosto de 1979.

³³ GONZALEZ CUEVAS, P.C., "Partitocracia y Secesión", Razón Española, Núm. 142, Marzo-abril 2007, pág. 152.

Juan Luis Cebrián afirmaba en 1981 afirmaba que "cuando llega la hora de aplicar la Constitución en el caso de las autonomías, se reconoce por todos que el título VIII no vale o está mal hecho, y las polémicas se dividen entre quienes quieren reformarlo y quienes quieren burlarlo, como ha sucedido a la postre". CEBRIAN, J.L., "La España que bosteza. Apuntes para una historia crítica de la Transición", Op. Cit., pág. 76

El concepto de nacionalidades para Fernández de la Mora, y el artículo 2 de la Constitución, "es un galimatías, en parte reiterativo, en parte contradictorio, y siempre nebuloso y confusionario. (...). La unidad nacional está en entredicho". FERNANDEZ DE LA MORA, G. "Los errores del cambio", Op. Cit., pág. 110.

Para Julián Marías "el más grave problema de España ha sido y es aún el problema regional". MARIAS, J. "La España Real", Espasa, Madrid 1998, pág. 729.

igualación en el nivel superior, el proceso inicia un camino que nadie parece saber cómo y dónde termina”³⁴.

Y en relación a ese entramado de intereses clientelares, red de favores, para Dalmacio Negro “por sí sola, la corrupción económica carecería de importancia: más grave es la corrupción política debida a la perversión de las instituciones, configurada para servir a una oligarquía; en realidad a una coalición de oligarquías camufladas, cuya pluralidad más o menos multiculturalistas le da una apariencia democrática al sistema: eso es lo que significa políticamente el estado de las autonomías”³⁵.

Consecuencia de todo ello, y del actual sistema electoral, los partidos nacionalistas son los árbitros de la política nacional; “cuyos votos se hacen decisivos para lograr mayorías parlamentarias, con lo que las grandes cuestiones de interés general están mediatizadas o condicionadas por los intereses autonómicos, que se convierten en contrapartidas de cualquier decisión nacional importante. Verdaderamente tenemos un estado singular en el mundo. En permanente equilibrio inestable”³⁶.

En opinión de Julián Marías (en 1998), en estos “núcleos políticos –que no son los más extremos ni explosivos- late la voluntad de desarticular la estructura nacional de España. Es decir, no se limitan a conseguir tales o cuales medidas que juzgan favorables a su región particular, sino que tienen obvio interés en manipular aquellas otras que consideran ajenas y de las que se sienten insolidarios. (...). Se trata de grupos minoritarios, pero con suficiente capacidad de control de partidos, asociaciones y medios de comunicación. Su influencia en la génesis del texto constitucional ha sido notoria y absolutamente desproporcionada a su importancia”³⁷. Para Dalmacio Negro, “la Nación española no es autónoma en el Estado de las autonomías: es propiedad de los partidos políticos con *ius utendi el abutendi*. Las diferencias que pueda haber entre ellos son meramente formales”³⁸.

II.- Situación actual

Crisis del sistema

Sectores políticos de la izquierda española señalan que se está rompiendo las bases del Régimen Constitucional de 1978, procediéndose desde la clase política dirigente a la marginación del electorado. Enmarcan esta análisis político, de ruptura de una etapa, a su entender, dentro de la actual crisis del capitalismo democrático, y considerando que el poder económico financiero rompió el contrato social y político de la transición, las bases del régimen Constitucional de 1978. Argumentan que la crisis en España es estructural, “orgánica”. Acusan al capital y a su clase política, en concreto a la socialdemocracia, de ser los culpables, al estar al

³⁴ VELASCO de, L. y GIMBERNAT, J. A., “La democracia Plana”, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pág. 98.

³⁵ NEGRO, D. “San Mateo y España”, Op. Cit., pág. 51.

³⁶ FUENTE, de la L., “La España de las Autonomías”, Razón Española, Núm. 95. Mayo de 1999, pág. 271.

³⁷ MARIAS, J. Op. Cit., pág. 456.

³⁸ NEGRO, D. “San Mateo y España”. Op. Cit., pág. 58.

servicio de los poderes económicos-financieros. Esta clase política, corrupta y subalterna a los poderes fácticos, dentro de su análisis político, son instrumentos para limitar los derechos y libertades públicas. Describen al PSOE como la alternancia del turno de gobierno de la restauración borbónica y oligárquica. Y definen el sistema político actual como Democracia "limitada" y "Oligárquica"³⁹. Ciertos autores afirman que las democracias europeas actuales se enfrentan a problemas similares de hace un siglo⁴⁰.

Para Josep Ramoneda es el poder económico quien coloca a sus representantes en los Gobiernos, saltándose el sufragio universal, para hacer un ropaje legal a sus intereses monetarios. En su opinión, la clase política está al servicio del capital. La culminación de este proceso, la legitimación y dominación del Estado por los poderes económicos, realizó su ratificación en el congreso socialista alemán de Bad Godesberg en 1959⁴¹. Insiste en que la crisis no es sólo económica, sino política, moral y cultural⁴². Para Luis de Velasco la actual crisis es la más grave desde la de 1929. Afirma que Wall Street es el dueño de la democracia americana, al estar aliados los partidos dominantes con las grandes corporaciones, dado que su financiación económica para las campañas electorales sale de las grandes empresas⁴³. Para Xavier Casals existen semejanzas entre la crisis de 1898 y la actual, sobre todo en la influencia de la política catalana en la estatal⁴⁴.

Características del sistema de partidos español

Se está asistiendo, a lo que se denomina como "congelamiento burocrático de las elites representativas", hecho favorecido por las posibilidades casi ilimitadas de permanencia de las elites y de acumulación de cargos por parte de las mismas. Dichas elites han contribuido a la generalización y a la consolidación de los vicios más nefastos de la profesionalización política y, a un desprestigio del trabajo de político nunca visto⁴⁵.

Otra consecuencia del sistema de partidos español, es la depauperación de la clase política. La mayoría de la elite gubernamental se devalúa en beneficio de unos cuantos prohombres, que son los líderes efectivos y potenciales. Los que nutren las candidaturas son disciplinados y suelen ser mediocres. Las consecuencias de ello, son graves. Así, la acumulación de poder en las manos de un número restringido de personas, da lugar a muchos abusos. El representante, orgulloso de su condición de

³⁹ Vid. MONEREO, M. "Sujeto Político, Proceso Constituyente y Ruptura Democrática. Por una salida republicana y socialista a la crisis del capitalismo español". *El Viejo Topo*, enero 2014, N° 312, págs. 9 a 15.

⁴⁰ Vid. CASALS, X. "El pueblo contra el parlamento. El nuevo populismo en España, 1989-2013", *Pasado & Presente*, Barcelona, 2013, Pág, 20.

⁴¹ Vid. RAMONEDA, J., "La izquierda necesaria. Contra el autoritarismo posdemocrático", RBA Libros, Barcelona, 2012, págs. 126, 84, 137 y 73.

⁴² *Ibídem*, págs. 86 y 87.

⁴³ Vid. VELASCO de, L., "No son sólo algunas manzanas podridas", Ediciones de Intervención Cultural/*El Viejo Topo*, Barcelona, 2010, Págs. 190, 180, 62 y 71. Vid. FERNANDEZ DE LA MORA, G., "El Estado de obras", Doncel, Madrid, 1976, pág, 102.

⁴⁴ Vid. CASALS, X. *Op. Cit.*, págs. 199 y 201.

⁴⁵ Vid. BLANCO VALDES, R. L., "Las conexiones políticas", Alianza Editorial, Madrid, 2001, pág, 33.

indispensable, se transforma con facilidad de servidor, en amo de su pueblo⁴⁶. La oligarquía del partido escoge generalmente a sus candidatos entre los sin grado⁴⁷, gentes que no tienen reputación personal⁴⁸ y gran docilidad⁴⁹. Y los líderes, son los actores de un espectáculo, vacío e irrelevante. Se trata de líderes políticos cuya representatividad parece tener más que ver con su capacidad para "representar" su propio liderazgo, como si de actores se tratase⁵⁰, como un perfil de una marca, y siempre elegida por la élite del partido⁵¹.

Desde el comienzo de la democracia, y como ya fue expuesto, se asiste a la expoliación del electorado. La soberanía ya no reside en el pueblo sino que ha pasado a los partidos políticos, a la oligarquía de los mismos, y de sus financiadores⁵². La expoliación del electorado tiene como efectos secundarios los fijados por Michels; la oligarquía nacida de la democracia está amenazada por dos peligros graves: la rebelión de las masas y la dictadura⁵³.

Se procede a la instrumentalización del parlamentario. El diputado vota lo que le ordenen, es un mandado. El sistema de elección, en listas cerradas y bloqueadas, designadas por la oligarquía del partido, impide que los diputados se salgan del guion preestablecido por la dirección del mismo⁵⁴. La primacía del partido político se ha consolidado gracias a la utilización de dos poderosos instrumentos de dominio sobre los parlamentarios, a través de los cuales se articula una férrea disciplina: sus

⁴⁶ Vid. MICHELS, R. "Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna", Vol I, Amorrortu Editores, Buenos Aires, pág. 188.

⁴⁷ Vid. RAMONEDA, J., Op. Cit., pág. 86.

⁴⁸ Vid. DUVERGER, M., "Los partidos políticos", Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pág. 227.

⁴⁹ Vid. GONZALEZ QUIROS, J. L., "Los partidos y la política tras la Constitución de 1978", Razón Española, Nº 176, Noviembre-Diciembre, 2012, pág. 291.

⁵⁰ Vid. OLIET PALA, A., "Liberalismo y democracia en crisis", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 224.

⁵¹ Vid. BARRAGAN MAJON, M., "La selección de candidatos a la Presidencia en el PP y el PSOE: Un reflejo de la oligarquía Partidaria", RIPS, Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas, Vol.11, Núm. 4. 2012, Universidad de Santiago de Compostela. Págs. 140 y 145.

⁵² Vid. VELASCO de, L., Op. Cit., pág. 170. Vid. RAMONEDA, J., Op. Cit., pág. 88.

⁵³ Vid. MICHELS, R. Op. Cit., pág.199.

Dentro del actual sistema oligárquico, en opinión del profesor Miguel Anxo Bastos Boubeta, la figura del cacique tradicional, desacreditado por las elites partidistas, resurge por su bondad (en comparación con las elites partidocráticas actuales), ya que los caciques obligan a los burócratas de los partidos a pactar las políticas que quieren que sean aprobadas, ya que el cacique basa su poder en la confianza mutua que existe entre él y sus conciudadanos. Los burócratas de partido, para dirigir, para alcanzar el poder, necesitan los votos, y para ello tienen que pactar con el cacique previamente las políticas, y si son lesivas para los ciudadanos, el cacique no se moviliza y el partido de turno se queda sin votos. Si los proyectos de la oligarquía del partido son contrarios a los intereses de los ciudadanos, el cacique cortocircuita a la oligarquía. Vid. BASTOS BOUBETA, M. A., "Eloxio do cacique galego", revista Arraianos, Nº VII, enero, 2008.

⁵⁴ Vid. FERNANDEZ DE LA MORA, G., "El Estado de obras", Op. Cit., pág. 102.

estatutos y la de los grupos parlamentarios⁵⁵. El menosprecio del partido por el diputado, llega al extremo de que firman, antes de su elección, una carta de dimisión sin fecha, para con ello garantizar la obediencia del diputado soberano⁵⁶.

Consecuencia de todo lo anterior, se produce una devaluación política de la cámara⁵⁷. El gobierno es la expresión de las cúpulas de los partidos, y por ello, de sus oligarquías. El debate parlamentario es una reproducción de lo acordado por la dirección de los partidos y por los grupos de presión que apoyan, y dirigen al mismo⁵⁸. El verdadero papel del parlamento es legitimar las decisiones adoptadas por las oligarquías. Se ha convertido en un centro privilegiado de emisión de propaganda político-electoral, en escaparate⁵⁹.

Asistimos a lo denominado como "legislación extraparlamentaria". Las leyes de envergadura se negocian, adoptan, y deciden, por las oligarquías políticas, económicas y financieras. Se aprueban atendiendo a los intereses de los grupos de presión que apoyan y financian al partido, y es la recompensa, o la causa, del apoyo económico suministrado al partido para alcanzar el poder⁶⁰. Las decisiones obedecen a la necesidad de repartir el botín entre los financiadores y colaboradores. Es un hecho aceptado que los partidos políticos han recibido, en un contexto de gran oscuridad, grandes sumas de dinero procedentes de fuentes privadas de financiación, legales, e ilegales⁶¹.

A raíz de todo ello, no es el gobierno el que está sometido al parlamento, sino que ambos están sometidos a las cúpulas oligarquías de los partidos gobernantes. Los gobiernos se convierten en delegados de sus dirigentes, adoptando las decisiones que previamente pactaron en el exterior del consejo de ministros. La división de poderes desaparece. El poder de decisión se concentra en la cúpula del partido y del gobierno⁶².

Nos encontramos ante un monologismo. Los parlamentos se reducen al lugar donde se registra la voluntad de la mayoría de los diputados disciplinados de los partidos⁶³. Los demás es propaganda para los medios de comunicación, que realizan, la autopresentación publicística de intereses particulares, de su sistema de creencias⁶⁴. En esta labor tiene una gran influencia la universidad⁶⁵. Se crean motivos de identificación con unos intereses privados, que se presentan e imponen

⁵⁵ Vid. PRESNO LINERAS, M. A., "Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia", Editorial Ariel, Barcelona, 2000, pág. 171. Vid. BARRAGAN MAJON, M., Op. Cit., pág. 136 y ss.

⁵⁶ Vid. DUVERGER, M. Op. Cit., pág. 226.

⁵⁷ Vid. GONZALEZ QUIROS, J. L., Op. Cit., págs. 298 y 299. Vid. FERNANDEZ DE LA MORA, G., "El Estado de obras", Op. Cit., pág. 103.

⁵⁸ Vid. GARCIA GIRALDEZ, T., "Curso de partidos políticos", Editorial AKAL, Madrid, 1997, pág. 157.

⁵⁹ Vid. OLIET PALA, A., Op. Cit., pág. 226.

⁶⁰ Vid. VELASCO de, L., Op. Cit., pág. 178.

⁶¹ Vid. BLANCO VALDES, R. L., Op. Cit., pág. 77.

⁶² Vid. MARTINEZ SOSPEDRA, M., "Introducción a los partidos políticos", Editorial Aries, Barcelona, 1996, pág. 292.

⁶³ Vid. FERNANDEZ DE LA MORA, G., "El Estado de obras", Op. Cit., pág. 103.

⁶⁴ Vid. VELASCO de, L., Op. Cit., pág. 183.

⁶⁵ Vid. RAMONEDA, J., Op. Cit., pág. 89.

como bases de un consenso generalizado⁶⁶. Carl Schmitt había señalado como el parlamento ha tendido a convertirse en lugar de encuentro de sujetos vinculados por el mandato de su partido, y de registros de decisiones ya tomadas. Los parlamentos han dejado de ser una asamblea de hombres prudentes, para convertirse en una tribuna pública desde la cual se exponen las decisiones ya adoptadas, a modo de reclamo publicitario⁶⁷.

Otra característica, es la hiperpolitización de la vida local. Los entes locales y su autonomía son anuladas por las oligarquías partidistas sometidas a los intereses de los financiadores locales⁶⁸. Los concejales tienen que atenerse a las órdenes de sus jefes "reales". Y los grandes partidos eliminan a los pequeños con medidas legales y sociales, como la propaganda, o el 5% que establece la ley electoral.

Por ello, ya indicábamos, la partidocracia sólo es, periódicamente, responsable ante el censo electoral, lo que, en cierto modo, la empareja con las dictaduras⁶⁹. Y cuando a la larga el pueblo abre los ojos a los crímenes contra el ideal democrático, cometidos por los líderes, lejos de reconocer el origen real del mal oligárquico, en la centralización del poder dentro del partido, a menudo consideran que el mejor medio para contrarrestar la oligarquía, es intensificar esta misma centralización⁷⁰. Así, desde el momento en que los partidos, nacidos precisamente para hacer soberano al pueblo, lo han sustituido, el pueblo soberano sigue siendo un término *ad quem*. De la soberanía de "uno" hemos pasado a la de esos "pocos", que en otro tiempo estaban constituidos por la aristocracia y la burguesía y que hoy están formados por las oligarquías de los partidos⁷¹.

Alea Jacta est?

Se puede considerar que el partido político ha secuestrado la democracia, que ha pasado a considerarla como propia, y la ha sustraído a todo control de la sociedad⁷². En el siglo pasado autores como Michels Robert denunciaban que no hay indicación alguna de que el poder de la oligarquía en la vida partidaria esté expuesto a desaparecer en un futuro próximo. Por la influencia que ejercen, la seguridad económica de sus puestos, así como el efecto "puerta giratoria" o

⁶⁶ Vid. OLIET PALA, A., Op. Cit., pág. 245.

⁶⁷ Vid. SCHMITT, C., "Teoría de la Constitución", Editorial Nacional, México, 1981. pág. 366 y ss.

⁶⁸ Vid. VELASCO de, L., Op. Cit., pág. 186 y 187.

⁶⁹ Vid. Vid. FERNÁNDEZ DE LA MORA, G. "La partidocracia", Op. Cit., pág. 167.

⁷⁰ Vid. MICHELS, R. Op. Cit., pág.188.

⁷¹Vid. ZAMPETTI, P. L, "Democracia y poder de los partidos", Ediciones Iberoamericanas, Madrid, 1970, pág. 167.

Para Dalmacio Negro, "dada la calidad de las clases dirigentes -¿los "nuevos bárbaros" de Toynbee?- la destrucción de las clases medias en que están empeñadas las oligarquías de la Unión Europea aprovechando la crisis cínicamente, quizá sea un designio. Pues destruir las clases medias es destruir las naciones, que se han ido formando y consolidando a medida que progresaban esas clases". Vid. NEGRO, D., "Desmitificación de la democracia", Op. Cit., pág. 43.

⁷² Vid. PORRAS NADALES, A. J., "El debate sobre la crisis de la representación política", Editorial Tecnos, Madrid. 1996, pág. 207.

“revolving door”⁷³, adquiere cada vez más poder de atracción sobre las masas, y estimulan la avaricia de los elementos más ambiciosos, por ingresar a la burocracia privilegiada de los partidos⁷⁴.

Como consecuencia de todas estas transformaciones en la constitución del Estado, han cambiado el concepto de soberanía, que venía siendo el principal elemento articulador, y legitimador, del estado democrático moderno, y algunos autores sostienen que el verdadero soberano ahora es el partido político⁷⁵ o los “lobbies”⁷⁶, al crear un sistema de escrutinio que no significa que gobiernen los más votados.

Así, en las elecciones británicas de febrero de 1974, los laboristas alcanzaron el poder, votados por el 37,2 por 100 de los ciudadanos. Los conservadores obtuvieron el 38,2 por ciento (300.000 votos más). Y los liberales el 20 por ciento, y solo el dos por 100 de los escaños. En definitiva, el sistema democrático procedimental partitocrático, en este caso, británico, impuso que el 37,2 por 100 tuviera la mayoría parlamentaria, frente a un 63% restante⁷⁷.

En las últimas elecciones legislativas españolas, el sistema democrático procedimental partitocrático, con una participación del 68.94% de los españoles, el Partido Popular (PP), obtuvo en el Congreso de los Diputados una considerable mayoría absoluta con 186 escaños, con un 44,63% de los votos. El Partido Socialista Obrero Español (PSOE) obtuvo 110 escaños, con un 28,76% de los votos. Izquierda Unida (IU) obtuvo 11 representantes con un 6,92% de los votos. Y Unión Progreso y Democracia (UPyD) con un apoyo popular del 4,70% de los votos, se convirtieron en 5 escaños. Adviértase que el 4,70% de los votos son 5 diputados, y el 44,63% son 186⁷⁸.

⁷³ Vid. VELASCO de, L., Op. Cit., pág. 184.

⁷⁴ Vid. MICHELS, R. Op. Cit., pág. 193.

En la actualidad, otros autores, como Roberto Blanco Valdés, indica que “algunos autores han creído adivinar que la hora final de los partidos puede haber llegado ya que, la crisis partidista en la que estamos hoy inmersos debería entenderse como el redoble de campanas anunciador del comienzo del proceso de progresiva desaparición de los viejos partidos nacidos con el siglo”. BLANCO VALDES, R. L., Op. Cit., pág. 35.

⁷⁵ Vid. GARCIA GIRALDEZ, T., Op. Cit., pág. 158.

⁷⁶ Vid. VELASCO de, L., Op. Cit., págs. 188 y 189.

⁷⁷ Vid. FERNANDEZ DE LA MORA, G., “El Estado de obras”, Op. Cit., pág. Pág. 101 y ss.

⁷⁸ Esta situación, se debe recordar, no es nueva en las democracias occidentales. Sus consecuencias son imprevisibles, y se deben tener presentes. Así, en las elecciones italianas de abril de 1924 los fascistas obtuvieron el 70% de los Diputados de la Cámara, 347 diputados. Concretamente, Mussolini y sus aliados (nacionalistas, liberales de la derecha y otros) lograron 374 escaños (de ellos, 275 fascistas) de una cámara de 535 diputados. La oposición, integrada por liberales independientes, populares, socialistas-reformistas, socialistas y comunistas, obtuvo 160 escaños. En términos de votos, la victoria fascista había obtenido algo más de cuatro millones de votos frente a los tres millones de la oposición. Pero la ley electoral, había dado al fascismo el total control del Parlamento.

En la época en que Winston Churchill era Ministro de Hacienda, las élites británicas, entre otras, apoyaron a Hitler para alcanzar el Poder, y hacer frente a la amenaza bolchevique. Vid. COMPTON MACKENZIE, E. M., “Mr. Roosevelt”, Ediciones Pegaso. Madrid. 1944. Pág. 190. Así, en las elecciones alemanas de marzo de 1933 el Partido Nacional-socialista obtuvo 288 diputados, el 44% del parlamento. El carisma sustituyó a la legalidad vigente. Para Max Weber el carisma “éste es un don perteneciente a ciertas personas (personalidades

Ante esta situación debemos recordar lo descrito por Winston Churchill a principios de los años treinta del siglo pasado, acerca del estado de las Democracias occidentales. Para el político británico, los parlamentos eran nulos para resolver los graves problemas económicos de la época, y alegaba que no representaban al sufragio universal. Definía la Democracia como incompetente, y a sus gobiernos como limitados y vulgares, incapaces de hacer frente a la amenaza de la época⁷⁹. Debemos preguntarnos hoy cual es la enfermedad actual del sistema democrático, y si el sistema partitocrático existente ayuda a su curación.

III. Bibliografía

- BARRAGAN MAJON, M., "La selección de candidatos a la Presidencia en el PP y el PSOE: Un reflejo de la oligarquía Partidaria", RIPS, Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas, Vol.11, Núm. 4. 2012, Universidad de Santiago de Compostela.
- BASTOS BOUBETA, M. A., "Eloxio do cacique galego", revista Arraianos, Nº VII, enero, 2008.
- BLANCO VALDES, R. L., "Las conexiones políticas", Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- CASALS, X. "El pueblo contra el parlamento. El nuevo populismo en España, 1989-2013", Pasado & Presente, Barcelona, 2013.
- CEBRIAN, J.L., "La España que bosteza. Apuntes para una historia crítica de la Transición", Editorial Taurus, Madrid, 1981.
- COMPTON MACKENZIE, E. M., "Mr. Roosevelt", Ediciones Pegaso. Madrid. 1944.
- DUVERGER, M., "Los partidos políticos", Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- FERNÁNDEZ DE LA MORA, G. Gonzalo Fernández de la Mora. "El Estado de obras", Doncel, Madrid, 1976.
- "La partitocracia", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.
 - "Alta tensión", ABC, 7 de agosto de 1979.
 - "Los errores del cambio", Plaza & Janes, Barcelona, 1986.
- FUENTE, de la L., "La España de las Autonomías", Razón Española, Núm. 95. Mayo de 1999.
- GALLEGO, F. "El mito de la transición", Editorial Crítica, Barcelona 2008.
- GARCIA GIRALDEZ, T., "Curso de partidos políticos", Editorial AKAL, Madrid, 1997.
- GIMENEZ PÉREZ, F. "La crítica de la democracia", Razón Española, nº 152, 2002.

carismáticas), cuya aura y capacidad de catalizar y concentrar una autoridad sobre sí misma y por sí misma, (y no como herederas de un linaje o por desempeñar un cargo, sacerdocio u oficio). Ello les permite innovar y transformar su entorno cultural, político y económico. Las personalidades carismáticas –que se hallan sobre todo en el ámbito político y en el religioso– son motores de transformación". Vid. GINER, S., "Carisma y Razón", Política y Sociedad, Revista de la Universidad Complutense, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Nº 22. Mayo-Agosto, 1996, Barcelona, pág. 14.

⁷⁹ Vid. WINSTON S. CHURCHIL, L. "Pensamientos y aventuras. Los libros de nuestro tiempo", Barcelona, 1943, pág. 278.

- GINER, S., "Carisma y Razón", Política y Sociedad, Revista de la Universidad Complutense, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Nº 22. Mayo-Agosto, 1996, Barcelona.
- GONZALEZ CUEVAS, P.C., "Partitocracia y Secesión", Razón Española, Núm. 142, Marzo-abril 2007.
- GONZALEZ QUIROS, J. L., "Los partidos y la política tras la Constitución de 1978", Razón Española, Nº 176, Noviembre-Diciembre, 2012.
- LOPEZ DE LA FUENTE, G. "Pluralismo político y partidos políticos europeos", Editorial Comares, Granada.
- LOPEZ RODRIGUEZ, A. A. "Subvencionismo": una nueva categoría", RIPS, Vol. 13, núm. 1, 2014, 203-227.
- MARIAS, J. "La España Real", Espasa, Madrid 1998.
- MAROTO, M., ANDERICA, V., BALEATO, S, y ONGIL, M. "Qué hacemos con la financiación de los partidos políticos", AKAL, Madrid, 2013.
- MARTINEZ SOSPEDRA, M., "Introducción a los partidos políticos", Editorial Aries, Barcelona, 1996.
- MESQUIDA J. "Socialismo XXI. La izquierda del futuro", Planeta, Barcelona, 2014.
- MICHELS, R. "Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna", Vol I, Amorrortu Editores, Buenos Aires.
- MIGUEZ MACHO, L. "El fracaso histórico del Estado de las Autonomías", Razón Española, Núm, 143, Mayo-junio 2007.
- MONEREO, M. "Sujeto Político, Proceso Constituyente y Ruptura Democrática. Por una salida republicana y socialista a la crisis del capitalismo español". El Viejo Topo, enero 2014, Nº. 312.
- NEGRO, D "San Mateo y España", Razón Española, Núm. 165, Enero-febrero 2011.
- "Desmitificación de la democracia", Razón Española, nº 183, 2014.
- NIETO, A. "Corrupción en la España democrática", Ariel, Barcelona, 1997.
- OLIET PALA, A., "Liberalismo y democracia en crisis", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- PARETO, W. "Escritos sociológicos", Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- PORRAS NADALES, A. J., "El debate sobre la crisis de la representación política", Editorial Tecnos, Madrid. 1996.
- PRESNO LINERAS, M. A., "Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia", Editorial Ariel, Barcelona, 2000.
- RAMONEDA, J., "La izquierda necesaria. Contra el autoritarismo posdemocrático", RBA Libros, Barcelona, 2012.
- SCHMITT, C., "Teoría de la Constitución", Editorial Nacional, México, 1981.
- "El concepto de lo político", Alianza Editorial, Madrid, 2013.
- VELASCO de, L., "No son sólo algunas manzanas podridas", Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2010.
- VELASCO de, L. y GIMBERNAT, J. A., "La democracia Plana", Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
- WINSTON S. CHURCHIL, L. "Pensamientos y aventuras. Los libros de nuestro tiempo", Barcelona, 1943.
- ZAMPETTI PIER, L. "Democracia y poder de los partidos", Ediciones Iberoamericanas, Madrid, 1970.

LA NUEVA REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

CARLOS LORA GONZÁLEZ

Estudiante del doble Grao en Derecho y ADE
Universidad de Valladolid

Sumario: I. Introducción. II. La regulación del sector eléctrico: antecedentes y régimen vigente. III. Descripción de las actividades destinadas al consumo de energía: a) generación; b) transporte; c) distribución; d) comercialización. Servicios de recarga energética. IV. Formas de retribución de las actividades que se desarrollan en el sector eléctrico: a) los precios regulados; b) los precios de mercado; c) los llamados «precios voluntarios» y las tarifas de último recurso. V. Situación actual del sector eléctrico y perspectivas de futuro. Conclusiones. VI. Bibliografía y fuentes.

Resumen: estudio de los antecedentes legislativos contemporáneos de la regulación del sector eléctrico en España hasta la normativa actualmente vigente. Análisis de la configuración legal de las cuatro principales actividades que configuran el sector eléctrico español (generación, transporte, distribución y comercialización) y de los sujetos que intervienen en las mismas. Examen de los precios referentes a la retribución de cada una de las actividades, distinguiendo entre precios regulados y libremente convenidos en el mercado. Estado actual del sector eléctrico y posibilidades de evolución ulterior.

Palabras clave: regulación, sector eléctrico, intervención pública, mercados regulados, liberalización, libre mercado, estatismo, electricidad.

Abstract: study of the contemporary legislative history of the regulation of the electricity sector in Spain from last Century to current law. Analyze of the legal structure of the four main activities which make up the electricity sector in Spain (generation, transmission, distribution and marketing) and subjects involved in them. Review of prices relating to the remuneration of each of the activities distinguishing between regulated and freely agreed in the market prices. Current status of the electricity sector and potential for further development.

Key words: regulations, electricity sector, public intervention, regulated markets, liberalization, free market, statism, electricity.

I. Introducción

El suministro de energía eléctrica se ha convertido en esencial para la simple supervivencia de las naciones. Todo lo que rodea la vida ordinaria de cualquier persona, desde el despertador que suena por la mañana hasta la luz que, desde la mesilla de noche, alumbrá nuestras lecturas nocturnas, tiene a la energía eléctrica como denominador común. Pero, ¿cómo llega hasta nosotros toda esa cantidad ingente de electricidad que, cada día, necesitamos para poder desarrollar las más simples rutinas vitales? ¿Cómo se organiza ese complejo sistema de producción y suministro desde el punto de vista jurídico? ¿Cómo se determinan los costes que implica el consumo de energía y cómo se determinan, entonces, los precios a los

que los consumidores tenemos que hacer frente para poder disfrutar de esa electricidad tan necesaria en nuestras vidas?

En primer lugar, el proceso de producción –entendiendo este término en un sentido amplio, pues para la concreta actividad de simple *creación* de energía eléctrica emplearemos, como más tarde señalaremos, el término «generación», a fin de ser congruentes con la terminología legal- no es, como en prácticamente ninguna actividad económica, desarrollada para satisfacer necesidades humanas, una actividad simple o aisladamente considerada, sino que se construye como un complejo sistema en el que participan múltiples agentes –o sujetos, siguiendo con la nomenclatura legal- que desarrollan diferentes actividades que abarcan desde la ya referida generación de energía eléctrica hasta su distribución a los consumidores finales. En consonancia con esta *concepción pluralista* del proceso productivo de energía, la retribución de que participan, por el desarrollo de cada una de sus actividades integrantes esos distintos agentes difiere en cuanto a su cálculo, pudiéndose agrupar, fundamentalmente, en dos grandes categorías, a saber: a) los precios regulados, normalmente para aquéllas actividades –ya adelantamos, distribución y transporte- que el legislador considera que se encuentran en una situación de monopolio natural; y b) los precios de mercado, para las actividades que pueden ser desarrolladas, nuevamente a juicio del legislador, en régimen de libre competencia –y que son, básicamente, la generación y la comercialización de la electricidad-. Estas retribuciones se completan con precios máximos, denominados en la Ley «precios voluntarios», que tienen por objetivo favorecer la posición de los pequeños consumidores frente a posibles situaciones de abuso por parte de las grandes comercializadoras.

Todo lo anterior, vaya por delante, es un resumen de los puntos que, fundamentalmente, trataremos en las líneas siguientes, según el planteamiento que hace el legislador en la regulación vigente. Dada su reciente promulgación –finales de diciembre de 2013- apenas existen opiniones doctrinales acerca de la indicada norma; menos aún hay jurisprudencia que interprete sus disposiciones. Por ello, circunscribiremos el análisis subsiguiente a los elementos que, objetivamente, proporciona el tenor literal de la Ley, leída a la luz tanto de su Exposición de Motivos (especialmente relevantes son sus números I y II para desentrañar la finalidad pretendida con muchas de las normas que incluye), así como sus antecedentes más próximos, a los que nos referiremos inmediatamente. Igualmente, aludiremos, a fin de arrojar luz sobre la concordancia de los fundamentos económicos que sustentan la regulación jurídica, a algún artículo aparecido en prensa, que pueda tener, a estos efectos, algún interés pedagógico.

II. La regulación del sector eléctrico: antecedentes y régimen vigente

Nuestro país no ha sido ajeno a la intervención que el Estado comenzó a tener en las economías liberales decimonónicas durante el primer tercio del siglo pasado –cuyo punto álgido se alcanzaría en Europa durante la época de entreguerras- uno de cuyos fines –si bien no el único- era garantizar el suministro de determinados servicios a su población, de manera que se alcanzaran unos progresivos estándares de nivel de vida y de desarrollo económico y social de la misma. El sector eléctrico no fue, desde luego, una excepción. Igualmente, durante las últimas décadas del mismo siglo las tendencias que apuntaban hacia una salida

progresiva del Estado de la vida económica de las naciones también ha tenido su reflejo en el campo de los servicios públicos, en general, y del sector eléctrico, en particular.

El antecedente inmediato más próximo que podemos encontrar de la actual regulación del sector eléctrico se corresponde con la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Junto a ella, encontramos un precedente mediato en la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, primera gran ley post-constitucional que se ocupa de la regulación jurídica del sector eléctrico de nuestro país, que pretendió completar la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, de Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional que, por otra parte, como indicó la propia Ley en su Exposición de Motivos (en adelante, EM), sólo suponía «reiterar, respecto de una parte del suministro, lo que ya había sido declarado sobre el conjunto en diversas normas legales». Antes de las citadas normas –dictadas, como a continuación se indicará, con diferente espíritu–, se ocuparon, entonces, del sistema eléctrico de España otras muchas disposiciones, de entre las cuales merecen ser citadas en este punto la Ley 10/1966, de 18 de marzo, de Expropiación Forzosa y Sanciones en Materia de Instalaciones Eléctricas, o el Decreto de 12 de abril de 1924, de especial relevancia al ser la primera norma que declara el suministro de energía eléctrica como servicio público.

Respecto a la Ley 49/1984, por seguir un orden cronológico en la breve pincelada que se quiere dar aquí de los antecedentes más próximos de la vigente regulación del sector eléctrico, tenía por objeto, como en su Preámbulo se indicaba, «superar los criterios individuales de las empresas en la explotación del sistema eléctrico, con criterios de optimización global», creando, a tal efecto, instrumentos, mecanismos e instituciones que permitan alcanzar el indicado objetivo.

Por otra parte, la Ley 54/1997 pretendía iniciar un proceso de liberalización progresiva del sector eléctrico, abriendo las redes a terceros, estableciendo un mercado organizado de negociación de energía y limitando la acción pública en el sistema eléctrico español. Concretamente, de las actividades que conforman el sistema, alas que nos hemos venido refiriendo arriba, la Ley pretendió liberalizar la generación de energía y su comercialización, liberalización que, desde el punto de vista económico, algunos autores han puesto en duda que se haya conseguido: la generación, porque más de la mitad de la potencia instalada desde la entrada en vigor de la Ley se ha hecho en *régimen especial*, esto es, mediante la concesión estatal de primas que distorsionan las rentabilidades proporcionadas por el mercado; y la comercialización, porque no se deja a los intermediarios energéticos coordinar la oferta y la demanda, con la consiguiente fijación de precios resultante de su libre concurrencia, al fijar el Gobierno el precio de la luz (hasta 2009) o el de algunas actividades de su producción (transporte y distribución, desde 2009)¹. Precisamente, el transporte y la distribución de la energía eléctrica no se ha visto en modo alguno afectado por el proceso *liberalizador* que se ha pretendido en las otras dos actividades, de suerte que siguen estando completamente intervenidos por los poderes públicos.

La Ley 54/1997 ha sido profusamente reformada en los últimos años, introduciendo notables cambios que provocaron una diversificación legislativa de la

¹ Tesis sostenida, por ejemplo, por J.R. RALLO en *El mito del libre mercado eléctrico español*, publicado en el diario *El Economista* el 15 de enero de 2014.

regulación del sector eléctrico -diversificación que ha puesto de manifiesto la necesidad de una nueva regulación unitaria de la materia, como después se indicará-. De entre estos cambios, destacan el RD-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, que se centró en la corrección y futura evitación del denominado *déficit de tarifa* (diferencia entre costes y precios de la producción de energía); el RD-Ley 1/2012, de 27 de enero, que ponía fin a las denominadas *primas a las renovables*, en el mismo sentido anterior de corregir el déficit de tarifa; el RD-Ley 13/2012, de 30 de marzo, que trata de corregir los precios de la distribución y del transporte, con idéntico ánimo; el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, corrigiendo los precios de generación y transporte, en similar dirección; el RD-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, en un mismo intento; la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, para introducir el principio de eficiencia medioambiental y la sostenibilidad del sistema, en la dirección apuntada por la Unión Europea; la Ley 17/2012, de 27 de diciembre (Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013) que reforma determinados aspectos del Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico, a la vez que trató de financiar los costes generados por las primas a las energías renovables; el RD-Ley 2/2013, de 1 de febrero, que modifica la actualización de los costes de producción de energía eléctrica; o el RD-Ley 9/2013, de 12 de julio, que vuelve a incidir en las primas a las renovables para seguir la senda de la corrección del déficit de tarifa.

En este contexto, se ha promulgado la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, que trata de integrar las principales novedades anteriores, al tiempo que actualiza la normativa de 1997 a fin de, como dice en su misma Exposición de Motivos, garantizar «el suministro eléctrico con los niveles necesarios de calidad y al mínimo coste posible, asegurar la sostenibilidad económica y financiera del sistema y permitir un nivel de competencia efectiva en el sector eléctrico, todo ello dentro de los principios de protección medioambiental de una sociedad moderna» (EM, II). En este sentido, las principales medidas introducidas por la Ley son, a título de mero ejemplo, las que se relacionan a continuación:

- a) El principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico como eje vertebrador de la nueva regulación, a fin de evitar la acumulación de nuevos déficit de tarifa. En relación con este punto, se modifica sustancialmente la articulación jurídica de los costes y los pagos del sistema, del modo que se detallará en los capítulos subsiguientes.
- b) Se clarifican las competencias de las distintas Administraciones que intervienen en la regulación del sistema, incorporando los criterios jurisprudenciales que se han establecido al efecto.
- c) Se modifica los regímenes retributivos de las actividades con retribución regulada, al tiempo que se trata de garantizar el principio de competencia efectiva en el sector eléctrico. De especial relevancia, en lo que a este aspecto se refiere, es el cambio de concepto que se adopta de la retribución de las energías renovables, basándola en su «necesaria participación en el mercado», pero diluyendo esta pretendida liberalización en unos complementos regulados, que permitan a las tecnologías incorporadas en la producción de energía mediante fuentes renovables

«competir en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado» (EM, II)².

- d) Se introduce una nueva normativa para tutelar a los consumidores, cuya medida más importante es el establecimiento del denominado *precio voluntario* que, en realidad, no es tal, pues consiste en un precio máximo, establecido por el Estado, que adultera nuevamente las relaciones de mercado entre la oferta (comercializadoras y distribuidoras) y la demanda (los consumidores), que distorsiona la pretendida liberalización del sistema eléctrico.

De todos estos puntos daremos cuenta en los capítulos subsiguientes, atendiendo a la regulación concreta que en la Ley se presenta para cada uno de ellos, en relación con cada actividad concreta que integra el sistema eléctrico.

III. Descripción de las actividades destinadas al consumo de energía

Como ya hemos indicado arriba, la producción de energía eléctrica, entendida en un sentido amplio –esto es, desde que se genera hasta que es disfrutada por el consumidor final- consta de distintas y sucesivas actividades que integran el sistema eléctrico. Principalmente, tales actividades son la generación de energía eléctrica –o producción en sentido estricto, esto es, el empleo de medios técnicos y científicos para obtenerla-, el transporte –la incorporación de la energía antes obtenida a la red eléctrica para ser trasladada a todos los puntos del país, la distribución –la adecuación de la energía a las instalaciones eléctricas de los consumidores finales, y su traslado desde la red de transporte hasta los lugares en que va a ser disfrutada- y la comercialización –las operaciones económicas destinadas al pago del precio correspondiente a la energía consumida por los destinatarios de la misma, y la remuneración de la energía producida a sus generadores, junto al sostenimiento de los costes del sistema de transporte y distribución que, como ya se ha dicho, son fijados por el Estado. Veamos más ampliamente cómo concibe la Ley cada una de estas actividades.

a) Generación.

La generación de energía eléctrica es la primera de las actividades a que se refiere el art. 1.2 de la Ley como integrante de nuestro sistema eléctrico. A ella se dedica el Título IV de la misma que, bajo la rúbrica «Producción de energía eléctrica», incluye el régimen jurídico por el que debe regirse esta actividad.

No ofrece la norma una definición legal de producción o generación de energía eléctrica, a diferencia de lo que sí hace con el sujeto que desarrolla esta actividad (el *productor*). En este sentido, el art. 6.1-a) de la Ley nos dice que los productores de energía eléctrica «son aquellas personas físicas o jurídicas que tienen la función de generar energía eléctrica, así como las de construir, operar y mantener las instalaciones de producción». De estos sujetos contempla la Ley también un amplio catálogo de derechos y obligaciones en su art. 26, incluyendo

² Nótese, en este sentido, que, a pesar de haberse suprimido ya las primas a las renovables, como se ha indicado *ut supra*, mediante el RD-Ley 1/2012, de 27 de enero, se sigue protegiendo la producción de energía eléctrica a través de fuentes renovables, con cargo, en definitiva, al consumidor final de energía eléctrica.

entre los primeros la libertad a la hora de escoger la fuente de energía a explotar y a la hora de contratar la venta, el acceso a las redes de transporte y distribución, así como las compensaciones económicas que les correspondan por su actividad; y entre las segundas, destacan el desarrollar eficazmente su función, aplicar la normativa vigente en materia de seguridad, permitir la labor inspectora de la Administración o cumplir las demás obligaciones que al efecto contempla la misma Ley.

Si no define la Ley qué entiende por generación de energía, no ofrece tampoco un concepto normativo del medio a través del cual se realiza tal actividad, al que alude el citado art. 6.1-a) cuando se refiere a «las instalaciones de producción». El art. 21 de la Ley establece el régimen jurídico al que debe de atenerse la puesta en marcha, modificaciones en la misma o cierre de estas instalaciones de producción, estableciendo para ello el régimen de autorización administrativa previa. Este régimen aparece detallado en el art. 53 de la misma Ley, desglosando esa genérica *autorización previa* en tres clases, según la actividad concreta que, en el marco de las instalaciones de generación de energía eléctrica, se va a desarrollar, a saber:

- a) Para la planificación de la creación de una nueva instalación, será preceptiva una autorización administrativa que deberá ser tramitada con el anteproyecto de la instalación y su evaluación de impacto ambiental, y que sólo podrá ser conseguida si el solicitante ha obtenido previamente los correspondientes permisos de acceso y conexión a las redes de transporte o distribución que correspondan.
- b) Para la construcción efectiva de nuevas instalaciones, la denominada *autorización de construcción*, que puede ser tramitada de manera consecutiva, coetánea o conjunta a la anterior.
- c) Para la explotación de la instalación ya construida, la *autorización de explotación*.

En lo que se refiere a modificaciones de instalaciones que se encuentran en funcionamiento, podrán existir determinadas *modificaciones no sustanciales* que estén exentas de autorización previa y de construcción, concepto que deberá ser concretado reglamentariamente (cfr. art. 53.2 de la Ley), mas no así de la autorización de explotación, que será exigible en todo caso. Además, para la transmisión y el cierre definitivo de las instalaciones de producción también se requerirá la correspondiente autorización administrativa.

Por otro lado, el art. 22 de la Ley contiene una remisión a la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, en adelante LA), para la solicitud de autorizaciones adicionales en el caso de instalaciones que impliquen aprovechamientos hidráulicos, estableciendo no obstante algunas normas de tipo procedimental para su obtención.

Por su parte, los arts. 23 y 24 de la Ley recogen la normativa referente a la oferta y demanda de la energía eléctrica generada, así como su contratación, imponiendo al productor la obligación de efectuar ofertas diarias, e introduciendo la figura del operador de mercado como intermediario con quien se debe contratar su venta. El operador de mercado aparece definido por los arts. 6.1-b) y 29 de la Ley como la sociedad mercantil que asume la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en el mercado diario de energía eléctrica. Su estatuto jurídico aparece profusamente detallado en el mismo art. 29 de la Ley. En general,

se consagra el principio de la libertad de mercado a la hora de pactar la compraventa de la energía generada por los productores (cfr. art. 24.1 de la Ley), sin perjuicio de las excepciones a que se refiere el art. 25 de la Ley, en las cuales son otros los parámetros que entran en juego. El art. 27, por último, se refiere a la retribución de la actividad de generación, sobre la que profundizaremos en el capítulo III.

b) Transporte.

Tampoco nos dice la ley qué es transportar la energía eléctrica en el Título VI («Transporte de energía eléctrica») pero, nuevamente, sí nos describe, en el art. 6.1-d), al sujeto que desarrolla la actividad de transporte, señalando que es «aquella sociedad mercantil que tiene la función de transportar energía eléctrica, así como construir, mantener y maniobrar las instalaciones del transporte» y demás funciones establecidas en la Ley. También el art. 36 recoge una extensa de relación de sus derechos (retribución adecuada y exigencia de adecuación técnica de las instalaciones) y obligaciones (algunas de las cuales son mantener el sistema, reponerlo en caso de fallo, ejecutar las órdenes de las Administraciones Públicas y facilitar su acción evaluadora o cumplir la normativa vigente al efecto).

No obstante esa definición de transportista, el legislador concibe esta actividad como una suerte de monopolio natural³, de manera que es el poder público el titular de toda la red de transporte de energía eléctrica, siendo la empresa pública Red Eléctrica de España, S.A., a quien la ley nombra *transportista único*, «desarrollando la actividad en régimen de exclusividad» en los términos que en la Ley se recogen (art. 34.1 y 2), permitiendo que sólo tras un riguroso control por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y de la Comunidad Autónoma que corresponda puedan existir «distribuidores de zona», que, en todo caso, habrán de asumir los mismos derechos y obligaciones que el transportista único. Para completar la intervención estatal en la actividad de transporte de energía eléctrica, el art. 35 de la Ley establece un sistema de autorizaciones para que el transportista pueda poner en funcionamiento o alterar alguna de las instalaciones destinadas a esta actividad, en los mismos términos que indicábamos en el epígrafe anterior.

c) Distribución.

Al contrario de lo que ocurría con las dos anteriores actividades, cuyo régimen hemos pincelado brevemente, el legislador sí que nos va a dar, ya dentro del Título VII («Distribución de energía eléctrica»), una definición de qué entender por distribución de energía eléctrica en el art. 38. Según este precepto, ha de entenderse por tal la actividad que «tiene por objeto la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte, o en su caso desde otras redes de distribución o desde la generación conectada a la propia red de distribución, hasta los puntos de consumo u otras redes de distribución en las adecuadas condiciones de calidad con el fin último de suministrarla a los consumidores». En otras palabras, podemos entender por distribución una actividad complementaria del transporte de

³ Algunos economistas señalan este punto, precisamente, como el error de partida en la regulación del mercado eléctrico, en el sentido que la calificación del transporte como monopolio natural es «erróneo», y a causa de ese error se desarrolla una regulación muy estrecha de la actividad, al tiempo que, consecuentemente, fija la retribución que ha de abonarse por este servicio (vid. J. R. RALLO, óp. Cit.).

energía eléctrica, de manera que éste tiene la función de circular la energía producida desde los puntos de generación por toda la red, generalmente a alta tensión, mientras que la distribución tendría por objeto el transportar, ya a baja tensión («inferior a 220 kV», y exceptuando, de entre estas, las que la Ley determinen que forman parte de la red de transporte: cfr. art. 38.2), desde esas redes de transporte hasta los pequeños consumidores.

Por su parte, el art. 6.1-e) de la Ley, igual que hacía con los anteriores sujetos partícipes en el sistema eléctrico, define quienes son los distribuidores, señalando que este operador se corresponde con «aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas de consumidores y usuarios, que tienen la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo» y demás funciones que señale la Ley. Precisamente, es el art. 40 de la misma el que contiene lo relativo al régimen de derechos (y, entre ellos, la relación de funciones que pueden desempeñar) y de obligaciones que corresponden a los distribuidores de energía eléctrica.

A pesar de la apertura que parece deducirse del tenor literal del anterior art. 6.1-e) a la hora de definir los distribuidores, la realidad es que, como una fase más del transporte (entendido en un sentido amplio) de energía eléctrica, esta fase de la producción de energía eléctrica sigue siendo considerada un monopolio natural por el legislador. De hecho, el art. 39.2 de la Ley, tras señalar la necesidad de las autorizaciones a que nos hemos referido *ut supra* para la creación o modificación de las instalaciones de distribución de energía eléctrica, señala que, si bien tales autorizaciones no concederán derechos exclusivos de uso, se otorgará atendiendo al «carácter del sistema de red única y monopolio natural, propio de la red eléctrica...»⁴. Esta constrictión rigurosa de la libertad de mercado para esta actividad se pone de manifiesto en otros extremos del régimen legal, como pueden o la decisión última sobre a qué empresa distribuidora corresponde el uso de una determinada instalación de transporte, como preceptúa el art. 39.3 y, en menor medida, la necesidad de inscripción en un registro administrativo ubicado en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de los distribuidores de energía eléctrica ex art. 38.6.

Por más decir, el régimen jurídico de la distribución de electricidad se complementa con la ya señalada necesidad de autorización para la creación o modificación de instalaciones de distribución, de manera similar y en análogas modalidades a las señaladas arriba para las otras actividades de la producción eléctrica. Puede representar alguna especialidad en esta materia lo relativo a las denominadas *líneas directas*, las cuales, de conformidad con el art. 42.1 se definen como «aquéllas que tengan por objeto el enlace directo de una instalación de producción con un consumidor», según las condiciones reglamentariamente establecidas. Estas líneas directas, entonces, diferencian en lo fundamental la actividad de distribución respecto del régimen general anteriormente descrito en que, si bien en ese régimen la distribución se concebía como una parte del transporte de energía eléctrica, en un sentido amplio considerado, no ocurre lo

⁴ Pueden ser traídas a este punto las críticas expuestas arriba (cfr. nota la pie 3) sobre la consideración de la actividad de transporte (y distribución) de energía como un monopolio natural y las consecuencias negativas que acarrea desde el punto de vista económico.

mismo ahora, cuando la distribución de electricidad va a acaparar la totalidad de ese transporte ampliamente entendido. Estas líneas directas, no obstante, siguen igualmente sometidas al fuerte régimen de autorizaciones existentes para las demás instalaciones de transporte y distribución eléctrica.

d) Comercialización. Servicios de recarga energética.

Debemos aclarar, antes de entrar en materia, que la relación que existe, en primer lugar, entre el «suministro» de energía eléctrica y su «comercialización» es una relación de género a especie, por cuanto el suministro de la misma puede hacerse a los consumidores bien a través de la participación directa de estos en el mercado, bien por mediación de empresas comercializadoras. Dicho lo cual, la Ley nos define el suministro de electricidad en su art. 43.1 como «la entrega de energía a través de las redes de transporte y distribución [a las que nos hemos referido en los dos epígrafes anteriores] mediante contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles», calidad que define el legislador en el art. 51.1 indicando que se entiende por tal «el conjunto de características, técnicas⁵ y de atención y relación con los consumidores y, en su caso, productores⁶, exigibles al suministro de electricidad de las empresas que realicen actividades destinadas al suministro eléctrico», que deberán ser medidas conforme a los indicadores individuales y colectivos, y valores objetivos que establezca el Consejo de Ministros en Real Decreto (cfr. párrafo cuarto del mismo apartado del art. 51). Igualmente, en el apartado 2 de ese mismo precepto se faculta al Gobierno para que, mediante Reglamento, establezca las características y continuidad mediante las cuales las empresas suministradoras deberán realizar esta actividad de la producción de electricidad que nos ocupa.

Para finalizar con este cuadro general relativo a las actividades de suministro y comercialización energética, hemos de referirnos a los sujetos que intervendrán en ellas, a saber: a) los consumidores; b) los comercializadores; y c) otros sujetos suministradores de energía eléctrica. Por lo que se refiere a los primeros de ellos – los consumidores-, los define el art. 6.1-g) de la Ley señalando que son «las personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo», añadiendo como especialidad que, quienes concurren en la anterior característica, unida al hecho de adquirir la energía directamente en el mercado –esto es, sin la intermediación de comercializadora alguna-, se denominarán Consumidores Directos de Mercado.

Los comercializadores, por su parte, y como señala la letra f) del art. 6.1 de la Ley, son «aquellas sociedades mercantiles, o sociedades cooperativas de consumidores y usuarios, que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional» en la manera que la propia Ley indica. Ahora bien, ya hemos señalado que es posible que los consumidores, en lugar de acudir a estas empresas comercializadoras para obtener energía eléctrica,

⁵ En relación a ellas, la calidad del suministro se refiere, según el párrafo segundo del art. 51.1, a «la continuidad, al número y duración de las interrupciones, así como a la calidad del producto».

⁶ Y en lo que a estas atañe, el párrafo tercero del mismo art. 51.1 indica que por calidad ha de entenderse el «conjunto de actuaciones de información, asesoramiento, estudios de acceso, conexión medida, contratación, facturación, comunicación y reclamación».

puedan participar directamente en el mercado, en cuyo caso, claro está, no adquirirán de comercializador alguno la energía sino que lo harán de otros sujetos suministradores, a los que se refiere el art. 44.1-c), en su regla segunda, con el nombre de «otros sujetos del mercado de producción» que, inmediatamente, identifica con «el distribuidor al que estén conectadas sus instalaciones [del Consumidor Directo de Mercado, entiéndase] o con el distribuidor de zona en caso de estar conectado [nuevamente, el Consumidor Directo de Mercado] a la red de transporte».

El régimen jurídico de las actividades de suministro y, como parte de ésta, de comercialización de energía eléctrica viene caracterizado por un amplio elenco de derechos y obligaciones de los consumidores, recogido en el art. 44, que se completa con un especial régimen para los denominados por la Ley *consumidores vulnerables*, caracterizados en el art. 45.1 como aquellos consumidores «que cumplen con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen», circunscritos en todo caso a las personas físicas en su vivienda habitual, y que serán definidos y regulados reglamentariamente. Quizá, esta amplia protección que se da en la Ley a los consumidores en esta actividad –que no aparece, como hemos visto, en ninguna otra– se debe al miedo del legislador de que, al liberalizar la actividad, pudieran verse desprotegidos y sometidos a abusos por parte de las grandes comercializadoras. También éstas, precisamente, tienen establecidos numerosos derechos y obligaciones en el art. 46 cuyo incumplimiento, además, las somete al régimen disciplinario establecido en el art. 47, que da lugar a un procedimiento sancionador que puede concluir con la retirada de la habilitación para actuar como comercializador a la empresa incumplidora.

Mención aparte merecen los arts. 49 y 50 que se refieren, sobre todo, a una declaración de principios, al señalar que las Administraciones Públicas podrán incentivar o adoptar medidas conducentes tanto a la obtención de una mejora en la gestión de la demanda como a la elaboración de planes de ahorro y eficiencia energética que permitan alcanzar tales objetivos en sus diferentes proyecciones⁷.

Por último, el art. 48 de la Ley se refiere a los denominados *servicios de recarga energética*, que el art. 1.2 de la misma identifica, erróneamente a nuestro juicio, como una actividad más destinada al suministro de energía eléctrica, independiente de la comercialización de la misma. Decimos que es un error su consideración como actividad distinta a la comercialización de la energía eléctrica por varias razones. Primeramente, la ubicación sistemática del precepto –en el Capítulo I («Suministro a los usuarios y gestión de la demanda eléctrica») del Título VIII («Suministro de energía eléctrica»)–, dentro del mismo paraguas que regula la

⁷ Estos objetivos, según el art. 50.1 de la Ley, fundamentalmente son: «a) Optimizar los rendimientos de los procesos de transformación de la energía, inherentes a sistemas productivos o de consumo. b) Analizar y controlar el desarrollo de proyectos de creación de plantas industriales de gran consumo de energía, según criterios de rentabilidad energética a nivel nacional. c) Mejorar el rendimiento o sustituir el tipo de combustible en empresas o sectores de alto consumo energético, a tenor de los intereses a nivel nacional. d) Mejorar la eficiencia energética de las medianas y grandes empresas de todos los sectores. e) Renovar los sistemas energéticos del parque de edificios residenciales y comerciales, para incrementar el ahorro de energía eléctrica y mejorar la eficiencia energética en las instalaciones térmicas, de climatización, ventilación, iluminación, ascensores y otras que utilicen energía eléctrica.

comercialización y otras formas de adquisición de la electricidad, ya apunta a que no es sino una modalidad o clase de ese suministro. Por otro lado, la propia naturaleza que la Ley atribuye a estos servicios, cuando dice en el art. 48.1 que consisten en «la entrega de energía a través de servicios de carga de vehículos y de baterías de almacenamiento en unas condiciones que permitan la carga de forma eficiente y a mínimo coste para el propio usuario, y para el sistema eléctrico», la configura más como una comercialización de segundo grado o una reventa de energía eléctrica que como una fase perfectamente delimitada del proceso de suministro. Sea como fuere, los sujetos que deben prestar estos servicios aparecen definidos en el art. 6.1-h), bajo la denominación de *gestores de cargas del sistema*, como «aquellas sociedades mercantiles que, siendo consumidores, están habilitados para la reventa de energía eléctrica para servicios de recarga energética» (nótese que, nuevamente, emplea el legislador el término *reventa*, apoyando así la tesis que hemos sostenido inmediatamente en cuanto a su errónea calificación como una actividad independiente del suministro de electricidad). A estos gestores de cargas del sistema, además, se les va a reconocer, ex art. 48.3, y en cuanto a consumidores, los derechos y obligaciones recogidos en el art. 44, y en cuanto a comercializadoras (otra vez, apoyando nuestra tesis) los de las reglas a), b), c) y d) del art. 46.2.

IV. Formas de retribución de las actividades que se desarrollan en el sector eléctrico

Junto al régimen jurídico que hemos descrito en el epígrafe anterior para las actividades de generación, transporte, distribución y suministro y comercialización de energía eléctrica, en lo referente, básicamente, a derechos y deberes de los sujetos que intervienen en las mismas y procedimientos sancionadores a aplicar por su incumplimiento, al régimen de autorizaciones y, en su caso, de control estatal de ellas, así como a controles de calidad y de sostenibilidad económica y financiera del sistema, se recogen determinadas reglas referentes a la remuneración de cada una de ellas en los Títulos correspondientes a las mismas, que han de ser no obstante leídas a la luz de las disposiciones contenidas en el Título III de la Ley («Sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico»), a lo que dedicaremos este capítulo.

Dada la clara barrera que puede trazarse, en cuanto a la clasificación de tales actividades, entre aquéllas que han sido liberalizadas –con mayor o menor éxito– por el legislador y aquéllas que siguen estando férreamente controladas por el poder público, y la proyección que, en consecuencia, tiene esto sobre la retribución de cada una de ellas –puesto que en un sistema libre, en principio, ésta se determina por el juego de la oferta y la demanda, mientras que en uno regulado, por decisión del Gobierno–, vamos a clasificar los sistemas de remuneración en precios regulados y en precios de mercado, según estemos ante una u otra situación. Concluiremos este punto con una breve referencia a los llamados «precios voluntarios».

No obstante, antes de comenzar el análisis de las retribuciones antedichas, debemos detenernos en el principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico que, con carácter general, se recoge en el art. 13 de la Ley. En efecto, en el apartado 1 del mencionado precepto se somete a «las

Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación» de la Ley, a los que ya nos hemos referido, aunque por separado, en el capítulo anterior, a este principio. Además, por tal se entenderá «la capacidad para satisfacer la totalidad de los costes del mismo», los cuales son los enumerados en los apartados 2 y 3 del mismo artículo 13⁸. En el apartado 4, por su parte, se señala la necesidad de evitar que se genere un nuevo déficit en el sistema, al decir que «los ingresos del sistema serán suficientes para satisfacer la totalidad de los costes del sistema eléctrico», de manera que toda medida que implique aumento de los costes del sistema o una disminución de sus ingresos necesitará de una correlativa disminución de otros costes o aumento de los ingresos (cfr. art. 13.5).

a) Los precios de mercado.

Como ya hemos apuntado *ut supra*, bajo este epígrafe no vamos a tratar retribuciones que estricta y exclusivamente se correspondan con el resultado del libre juego entre la oferta y la demanda, pues eso, en el sistema eléctrico español, no ocurre realmente para ninguna actividad. Es más: en todas ellas la retribución correspondiente contiene elementos determinados unilateralmente por el Estado. Nos referimos, entonces, a las retribuciones correspondientes a las actividades que no están absolutamente determinadas por el poder público, sino que este sólo concreta una parte, dejando a los mercados la determinación de la porción de retribución restante. Estas actividades ya hemos dicho que son la generación de energía y su comercialización y suministro.

La retribución de la actividad de generación de energía eléctrica –que el legislador, en este punto, denomina *producción*, entendiéndola restrictivamente– aparece en el art. 14.5 de la Ley. Así las cosas, tal precepto nos enumera los conceptos que deberán integrar la retribución de esta actividad, a saber:

- a) El precio resultante del equilibrio entre la oferta y la demanda de energía eléctrica ofertada en los mercados, considerando las pérdidas en que haya incurrido las redes y los costes derivados de las alteraciones del régimen normal de funcionamiento del sistema de ofertas. Este componente es, entonces, el que resulta del libre juego entre oferta y demanda.
- b) El precio de los servicios de ajuste del sistema necesarios para garantizar un suministro adecuado al consumidor, determinados éstos y aquél (regulando el precio) reglamentariamente.
- c) El precio del mecanismo de capacidad establecido por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (precio regulado, pues) a fin de dotar al sistema

⁸ A grandes rasgos, además de las retribuciones de todas las actividades que comprenden la producción de energía eléctrica, son también costes del sistema la denominada *compensación asociada a la moratoria nuclear* y la compensación destinada a financiar el Plan General de Residuos Radiactivos, la corrección del déficit de tarifa acumulado en el sistema durante las últimas décadas, los costes de gestión de los elementos del sistema y la tasa a abonar ante la CNMC. Por otro lado, como ingresos del sistema entiende la Ley los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución a que han de hacer frente consumidores y productores, cargos establecidos para el pago de aquéllos costes no cubiertos por ingresos, otros mecanismos financieros que normativamente se establezcan, las partidas de los Presupuestos Generales del Estado que tengan por objeto cubrir determinados costes del sistema y cualesquiera otros ingresos que una norma legal o reglamentaria determine.

de un margen de cobertura adecuado que incentive la disponibilidad de potencia gestionable.

- d) Un incremento adicional tanto para compensar la producción de energía eléctrica en los sistemas insulares, Ceuta y Melilla, así como para aquélla que tiene por objeto financiar las denominadas *primas a las energías renovables*.

Más libertad da el legislador, por el contrario, a la formación del precio de la comercialización de la energía eléctrica, pues en el apartado 10 del art. 14 se señala que «la retribución a la actividad de comercialización será la que libremente se pacte entre las partes», eso sí, sin perjuicio de lo establecido para la comercialización de referencia. Todo esto, vaya por delante, sin perjuicio de lo regulado con el –a nuestro juicio- desacertado nombre de «precios voluntarios», a los que nos referiremos en este mismo capítulo, *in fine*.

b) Los precios regulados.

Bajo este título abordaremos los criterios que recoge el legislador en la Ley a fin de determinar el precio de las actividades que los poderes públicos tienen intervenidas –esto es, el transporte y distribución de energía eléctrica-. En primer lugar, es el art. 14.8, en su párrafo segundo, se refiere a los principios y conceptos básicos, que el Gobierno deberá desarrollar reglamentariamente, que habrán de ser incluidos en la retribución a los transportistas y distribuidores, cuales son:

- a) El devengo y el cobro de la retribución generada por instalaciones de transporte y distribución puestas en funcionamiento un determinado año, no se iniciará hasta transcurridos dos años más.
- b) La retribución de la inversión se hará para aquellos activos en servicio no amortizados, tomando como base para su retribución financiera el valor neto de los mismos.
- c) La tasa a la que deba retribuirse la financiación del activo que tenga derecho a ella con cargo al sistema eléctrico de las empresas de transporte y distribución habrá de referenciarse al rendimiento del bono a diez años del Tesoro más el diferencial que sea adecuado.
- d) La retribución de los incentivos para la mejora de la disponibilidad de las instalaciones y para el cumplimiento de otros objetivos.
- e) La retribución de otras funciones reguladas que la Ley encomiende a los transportistas y distribuidores de energía eléctrica y los incentivos necesarios para la mejora del suministro, la reducción de las pérdidas, la lucha contra el fraude, la innovación tecnológica y otros objetivos.

También, de conformidad con lo establecido en el art. 14.9 de la Ley, deberá abonarse a los titulares o gestores de la red, según se determine reglamentariamente, los pagos por «acometidas, enganches, verificación y actuaciones sobre los equipos de control y medida derivados de decisiones de los usuarios, alquiler de aparatos de medida y realización de estudios de conexión y acceso a las redes», que sean utilizados por los sujetos del sistema, y que, en todo caso, no deben ser confundidos con los peajes o cargos señalados en las letras a) y b) del art. 13.2 de la Ley.

c) Los llamados «precios voluntarios» y las tarifas de último recurso.

Los «precios voluntarios» -cuya denominación, como ya hemos apuntado en las líneas precedentes, consideramos errónea, dado el contenido a que se refieren- no son más que precios máximos impuestos por el Estado en el mercado de la comercialización para los casos en los que los destinatarios de la energía eléctrica

son los consumidores que la Ley califica de «pequeños consumidores». En otras palabras, suponen un límite máximo por encima del cual no puede cobrarse la luz – en cuanto a la retribución de la comercialización se refiera el cobro-, aunque el precio determinado en el mercado, por el libre juego de la oferta y la demanda, sea superior. Dado su carácter, reduciéndolo a los clásicos instrumentos de política económica del *control de precios*, de medio de intervención por el Estado en la economía, parece un absurdo que su denominación haga referencia a un concepto – la voluntariedad, en cuanto a disposición a actuar libremente en el mercado- propio de las políticas que actúan en sentido contrario.

En cualquiera de los casos, los precios voluntarios los recoge la Ley en su art. 17, en cuyo apartado 1 los define al decir que «serán los precios máximos que podrán cobrar los comercializadores que (...) asuman las obligaciones de suministro de referencia, a aquellos consumidores que, de acuerdo con la normativa vigente, cumplan los requisitos para que les resulten de aplicación» (que se determinarán reglamentariamente). Continúa el precepto con un sorprendente mandato al Ejecutivo indicando que los precios que, en este concepto, fije, deberán de respetar el principio de suficiencia de ingresos y de aditividad, además de *no ocasionar distorsiones en la competencia*. Sin embargo, el establecimiento de un precio máximo por el Estado ya ocasiona, de por sí, una importante distorsión en la competencia.

Respecto de los componentes de los precios voluntarios, el art. 17.2 de la Ley los enumera de la forma que sigue:

- a) El coste de producción –en sentido estricto- de energía eléctrica, determinado –dice la Ley- «con base en mecanismos de mercado atendiendo al precio medio previsto en el mercado de producción durante el periodo que reglamentariamente se determine, y que será revisable de forma independiente al del resto»⁹ de sus componentes.
- b) Los peajes de acceso y cargo que correspondan.
- c) Los costes de comercialización que correspondan.

Paralelamente a los precios voluntarios, el legislador se refiere a las denominadas *tarifas de último recurso* –denominación bajo la que antes se incluían también los que hoy se llaman precios voluntarios-, entendiendo por tales aquellos precios, que deberán ser únicos para todo el territorio nacional, de aplicación a las siguientes categorías de consumidores por los comercializadores de referencia:

- a) Consumidores calificados como vulnerables, sin decir, sin embargo, la Ley qué ha de entenderse por tales, ni remitir la concreción de esta categoría a desarrollo reglamentario.
- b) Consumidores que, aun no reuniendo las condiciones para que se le aplique el precio voluntario, no dispongan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador en mercado libre, de manera transitoria.

Así las cosas, precios regulados y tarifas de último recurso son dos elementos que, en el marco de la tutela de aquellos consumidores que, desde la óptica del legislador, más vulnerables se encuentran en el mercado, condicionan la pretensión de libre mercado que se ha querido implementar con la Ley en la producción y la

⁹ Redacción dada, a pesar de lo joven de la Ley, por la Disposición Final 11ª de la Ley 2/2014, de 27 de marzo, que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios u otras leyes complementarias.

comercialización de la energía eléctrica, limitando la libre determinación de precios mediante el encuentro de la oferta y la demanda en los correspondientes mercados.

V. Situación actual del sector eléctrico y perspectivas de futuro. Conclusiones

A la luz de las explicaciones que hemos construido en los capítulos precedentes acerca de las actividades que integran el sistema de producción de energía eléctrica en España, y las formas de retribución de cada una de ellas –que, junto a otros conceptos, conforman el precio que, según los casos, ha de pagar el consumidor final- podemos establecer algunas conclusiones acerca de la actual regulación del mismo. En primer lugar, y en términos generales, podemos afirmar que la nueva Ley del Sector Eléctrico no ha logrado, no ya una liberalización completa del sector –pues esto pasaría por que tuviera lugar este fenómeno también las actividades de transporte y distribución, lo cual está en las antípodas de la normativa vigente-, sino una plena liberalización de las actividades de generación, por un lado, y de comercialización, por otro.

Por lo que a la actividad de generación de electricidad se refiere, no se ha alcanzado la libertad de mercado por motivos distintos. Por un lado, las retribuciones –precios- que han de pagar los demás sujetos del sistema que adquieren la energía producida en las distintas centrales no resulta única y exclusivamente –como hemos reiterado en los renglones precedentes- del libre juego de la oferta y la demanda, sino que su construcción económica está, en gran medida, predeterminado por la Ley, dejando un menor espacio, entonces, a los acuerdos convenidos entre productor y sujetos adquirentes en el mercado. Es cierto, no obstante, que se ha avanzado en este camino, limitando los costes predeterminados que deben ser cargados a la retribución a la generación, pero, aun así, manteniendo algunos de los mismos.

Además, la creación de centrales de generación eléctrica tampoco depende de manera exclusiva del comportamiento del mercado. En concreto, dentro del 59% de la potencia que fue instalada después de la entrada en vigor de la Ley 54/1997¹⁰, por la que se puso fin a la planificación estatal directa de los Planes Energéticos Nacionales, pretendiendo liberalizar la generación de energía, no todo se refiere a la creación de nuevas instalaciones al margen de la influencia estatal. Por el contrario, un 56% de esa potencia instalada desde 1998¹¹ se corresponde con las denominadas *centrales en régimen especial*, que son incentivadas por el Estado, concediendo primas –costeadas, después, como componente adicional a la retribución de mercado, por todos los consumidores de electricidad- que generan rentabilidades superiores a las que resultarían de una situación de libre mercado.

Por lo que se refiere a la actividad de comercialización, tampoco tiene lugar en un contexto de auténtica libertad de mercado. La razón fundamental radica que, en lugar de determinarse la remuneración de comercializadores y distribuidores según concuerden oferta y demanda de energía en cada momento, el Estado

¹⁰ Datos extraídos de *España tiene 107.615 MW de energía eléctrica y sólo necesita la mitad* (Javier GONZÁLEZ NAVARRO), publicado en el diario ABC el 20 de octubre de 2013, y de *El mito del libre mercado eléctrico español*, óp. Cit.

¹¹ Véase nota 10.

predetermina determinados costes que han de componer este precio para la comercialización de referencia, que distorsionan lo que resulte de la conjugación de oferta y demanda.

No obstante los fallos anteriores –que la nueva regulación no ha sabido corregir–, lo cierto es que, desde 1997, se han sentado las bases del camino de la liberalización energética española. Quizá, desde nuestro punto de vista, el reto ahora pueda ser concretado en dos direcciones. Por un lado, es necesario acabar con la influencia estatal en los mercados de generación y comercialización de electricidad, lo que pasa necesariamente por la abstención de los poderes públicos a la hora de incentivar con dinero de todos el establecimiento de instalaciones de producción energética, por un lado, y la fijación artificial de precios distorsionando la libre competencia. En relación con este último punto es necesario, sin embargo, tener en cuenta dos finalidades que se han perseguido con la medida, a saber, la protección de los consumidores y la tutela de las personas en riesgo de exclusión social. Por lo que a la protección de los consumidores se refiere, entendemos que, en la medida que ambas actividades pasen a regirse por las leyes del mercado, puede ser reconducida sin demasiados inconvenientes a la normativa general de defensa de los consumidores y usuarios¹². En relación con la tutela de las personas con menos recursos, quizá pueda plantearse la configuración de una suerte de ayuda que les permita, completando en mayor o menor medida la renta de que dispongan, adquirir la electricidad necesaria para desarrollar normalmente sus vidas a precios de mercado.

El segundo de los retos alude a la necesidad de replantear la configuración de las actividades de transporte y distribución de electricidad como monopolio natural. Es cierto que este planteamiento no está libre de polémica; sin embargo, no resulta especialmente descabellado pensar en redes de transporte de energía eléctrica propiedad de diferentes empresas que, mediante la creación de sus propias redes para ello (*v. gr.*, alquilando a los propietarios de los predios el espacio necesario para colocar los postes y para circular por encima de los mismos los cables de luz) que se configuren conforme a diferentes estructuras de costes, en continua competencia en el mercado a fin de ofrecer las mejores combinaciones de precio y calidad que satisfagan de un modo más eficaz las necesidades de los sujetos del sistema –consumidores o comercializadores– que adquieran la energía eléctrica.

VI. Bibliografía y fuentes

Ya anunciamos al comienzo del artículo la dificultad, dada la juventud de la nueva Ley que regula el sector eléctrico, de encontrar bibliografía sobre el tema, más allá de los artículos en prensa aparecidos estos últimos meses. Así las cosas, para la elaboración del mismo se han empleado los siguientes materiales:

GONZÁLEZ NAVARRO, Javier, *España tiene 107.615 MW de energía eléctrica y sólo necesita la mitad*, publicado en el diario ABC el 20 de octubre de 2013.

¹² Representada hoy en día, fundamentalmente, por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

RALLO, J.R., *Los efectos de nuestro no-mercado eléctrico*, publicado en el diario *El Economista* el 19 de diciembre de 2013.

RALLO, J.R., *El mito del libre mercado eléctrico español*, publicado en el diario *El Economista* el 15 de enero de 2014.

Decreto-Ley de 12 de abril de 1924.

Ley 10/1966, de 18 de marzo, de Expropiación Forzosa y Sanciones en Materia de Instalaciones Eléctricas.

Ley 49/1984, de 26 de diciembre, de Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional.

Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional.

Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

ESTUDIO SOBRE LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE. LEY DE DEPENDENCIA

CRISTINA GONÇALVES MIRANDA

JUAN LUIS PEDRÓS BASANTA

Diplomados en Enfermería

Universidad de Vigo

Sumario: 1. Origen y finalidad de la ley. 2. Conceptos: autonomía y dependencia. 3. Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia 3.1 Titulares del derecho. 3.2 Derechos de las personas en situación de dependencia 3.3 Obligaciones de las personas en situación de dependencia. 4. La administración pública y la dependencia. 4.1 Objetivos. 4.2 Niveles de protección del sistema 4.3 Consejo territorial de servicios sociales y del sistema para la autonomía y atención a la dependencia. 5. Prestaciones y servicios. 6. Valoración de la dependencia 7. Infracciones y sanciones. 8. Conclusión. 9. Bibliografía.

Resumen: El estudio que tenemos entre manos versa sobre la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Estamos ante uno de los aspectos más relevantes en cuanto a la política social de los Estados que, gracias a la Unión Europea, decidieron poner en marcha.

En este breve estudio abordaremos los aspectos que consideramos más relevantes de la ley, tales como: el origen y la finalidad de la ley, conceptos de autonomía y dependencia, derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia (titulares del derecho, derechos de las personas en situación de dependencia, obligaciones de los mismos), la relación entre la Administración Pública y la dependencia, centrándonos en sus objetivos, niveles de protección del sistema y el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, las prestaciones y servicios que se ofrecen, cómo se valora la dependencia por parte de la Administración y por último, un aspecto relativo a las infracciones y sanciones que prevé la ley.

Palabras clave: autonomía, dependencia, servicios, prestaciones, titulares del derecho.

Abstract: This essay deals with 39/2006 Law of Promotion of the Personal Autonomy and Dependant People Assistance, of December 14th. We are referring to one of the most relevant aspects of States' social policies, which were implemented due to the EU influence.

In this brief essay we will study the most essential aspects of this law, as these: origin and objective of the law, autonomy and dependence concept, rights and duties of dependent people, relationship between Public Administration and dependence, analyzing its objectives, system protective levels and the Territorial Council of the Social Services and the System of Autonomy and Dependence Attention, medical coverage guaranteed, dependence controls delivered by de Administration and, finally, the aspect related to stipulated faults and penalties.

Key words: autonomy, dependence, services, medical coverage, creditors.

1. Origen y finalidad de la ley

La ley objeto de estudio en este trabajo, aunque es del año 2006, tiene parte de su origen en el año 2002. En esa fecha, la Unión Europea fija los tres criterios que debían regir las políticas de los Estados miembros: "*universalidad, alta calidad y sostenibilidad en el tiempo de los sistemas que se implanten*"¹, reconociéndoseles, de manera efectiva, derechos a las personas en situación de dependencia que ya habían sido puestos en relieve por numerosos documentos y decisiones de organizaciones internacionales como por ejemplo la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la propia Unión Europea.

Cuando los países desarrollados regulan la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal, están poniendo en marcha uno de los aspectos más relevantes en cuanto se refiere a política social.

Así, con ello, lo que se busca es atender las necesidades de las personas que requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria ya que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad y no pueden alcanzar una mayor autonomía personal ni pueden ejercer plenamente sus derechos como ciudadanos.

En el caso español, que es el que nos interesa analizar, el origen de esta regulación proviene realmente del año 2003. Una vez que la Unión Europea marcaba el punto de inflexión hacia los criterios que debían regir las políticas de dependencia, el Estado español no podía quedar atrás y opta por regular dicho fenómeno. Así, en 2003, concretamente en octubre, se aprobó en el Pleno del Congreso de los Diputados la Renovación del Pacto de Toledo con una Recomendación Adicional tercera en la que se recogía: "*resulta por tanto necesario configurar un sistema integrado que aborde desde la perspectiva de globalidad del fenómeno de la dependencia y la Comisión considera necesaria una pronta regulación en la que se recoja la definición de dependencia, la situación actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas para su protección.*"²

En 1999 se realiza la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud en la que se aprecia que un 9% de la población española presenta alguna discapacidad o limitación que le ha causado, o puede llegar a causar, una dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidades de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades. Esta dependencia se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por el envejecimiento de la población española debido a la alta esperanza de vida³.

Por tanto, ¿qué es lo que realmente se busca con esta ley? La respuesta nos la da el artículo primero, cuando dispone que "*el objeto es regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en*

¹ Vid. Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

² Vid. Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

³ *Ibidem*.

*situación de dependencia, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en colaboración con las administraciones públicas*⁴.

Lo que se quiere establecer es un "derecho de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia que no requiere ni actividad profesional ni cotización previa alguna, y que, además, tiene al carácter de derecho "subjetivo" susceptible de ser exigido"⁵.

2. Conceptos: autonomía y dependencia

La ley, siguiendo el esquema de la normativa europea, en su artículo 2 nos aporta una serie de definiciones para entender mejor el concepto de autonomía y de dependencia.

Por lo que se refiere a la **autonomía**, se nos define como "la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria."⁶

Tal y como apunta la profesora MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE⁷, "son dos los aspectos sobre los que conviene llamar la atención en la definición de autonomía que da la LAPD: la equiparación conceptual entre las nociones de autonomía y de capacidad y la diferencia entre autonomía intelectual y autonomía física." Entiende la profesora que "la definición legal de autonomía no hace sino referirse a la capacidad para realizar una serie de acciones, o a la «aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo»", y que "la falta de autonomía debe equipararse a la falta de capacidad o a la incapacidad de carácter intelectual, que impida al sujeto tomar decisiones acerca de su vida, así como a incapacidad de carácter físico que impida a una persona valerse por sí misma para realizar materialmente los actos cotidianos de la vida, sin la ayuda de un tercero"

Por autonomía intelectual se refiere a la "capacidad que tiene una persona para tomar decisiones relativas a distintos aspectos de su vida. De esta forma, el legislador entiende que la persona que goza de autonomía tiene la suficiente capacidad para controlar, afrontar y tomar por propia iniciativa decisiones personales acerca de su vida"⁸.

A diferencia de la capacidad intelectual, la capacidad física "haría referencia a su autonomía para realizar por sí misma, sin necesidad de ayuda de terceras personas, por tanto, las actividades básicas de la vida diaria (...) Si goza de autonomía quien es capaz de tomar decisiones acerca de su modo de vida, lógico es que también se considere que tiene suficiente autonomía quien es capaz de realizar por sí mismo los actos o las "actividades básicas de la vida diaria", sin que precisa de un complemento de su capacidad manifestado a través de la ayuda de terceros"⁹

⁴ Art. 1 Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

⁵ ROQUETA BUJ, R. «El sistema para la autonomía y atención a la dependencia» P.73, AA.VV, La protección de la dependencia, Tirant lo Blanch, 2007

⁶ Artículo 2.1 Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

⁷ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. «Delimitación conceptual de la dependencia» P. 158 y ss, en AA.VV, Comentario Sistemático a la Ley de Dependencia, Thomson Aranzadi 2008.

⁸ *Ibidem.*, P. 159

⁹ *Ibidem.*, P.160.

La ley, en su artículo 2.2 entiende por **dependencia**: *"el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal."* Por tanto y de manera sucinta, podemos decir que la dependencia es una situación en la que necesitan ayuda de otra u otras personas para poder desenvolverse en la vida diaria.

Autores como MONTOYA MELGAR¹⁰ indican que *"a diferencia de lo que ocurre con la generalidad de las situaciones de incapacidad protegidas por la Seguridad Social, que se definen en orden a su incidencia sobre la capacidad laboral de que las padecen, la situación de dependencia regulada en la ley, atiende a otros parámetros: hay dependencia cuando la persona afectada por la incapacidad deja de ser autónoma y necesita ser atendida por terceros para poder subsistir"*

El propio precepto apunta las causas que determinan la situación de dependencia: *"la edad, enfermedad o discapacidad."*

En cuanto a la edad, es obvio que cuanto mayor es una persona más necesita la ayuda de los demás ya que se pierde autonomía. Ahora bien, conviene destacar que no sólo pueden ser dependientes las personas de edad avanzada, ya que los niños menores de edad también pueden encontrarse en una situación en la que necesiten la atención por parte de otra u otras personas. El legislador tiene en cuenta el factor de la edad y así lo deja reflejado en la Exposición de Motivos de la ley que estamos analizando, ya que *"los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. Por una parte, es necesario considerar el importante crecimiento de la población de más de 65 años."* La edad es, posiblemente, una de las causas que generan más dependencia, aunque no es la única.

Las otras causas que se apuntan en el concepto de dependencia son la *enfermedad* y la *discapacidad*. Como veíamos, no sólo la edad es causa de dependencia. Como señalamos anteriormente, en la Exposición de Motivos de la ley, se nos indica que *"los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral."* Es importante mencionar que con la Disposición adicional octava de la ley, se cambia el concepto de minusválido por personas con discapacidad.¹¹

3. Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia

3.1. Titulares del derecho

Antes de entrar en el análisis de los derechos que aparecen en la ley (artículo 4), consideramos que es mejor analizar quienes pueden ser sus titulares (artículo

¹⁰ MONTOYA MELGAR, A. (Dir.) <<Curso de Seguridad Social>>, P. 619 y ss, 3ª ed. Madrid, 2005

¹¹ ALONSO GARCÍA, B. <<El régimen jurídico de la protección del minusválido>> P. 47 y ss, Madrid, 1997

5). La ley que estamos analizando contempla que será titular del derecho los españoles¹² que cumplan los requisitos que se establecen en dicho precepto.

Así, en primer lugar, será titular del derecho la persona que esté *"en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos."* Al inicio de este trabajo ya explicamos lo que se entendía por dependencia, por lo que nos remitimos a la definición anterior. En cuanto a los grados, aunque será objeto de explicación más adelante, podemos ir avanzando que se reconocen tres grados: grado I (dependencia moderada), grado II (dependencia severa) y grado III (gran dependencia).

Otro de los requisitos, contemplado en la letra c) del artículo 5.1 es el de: *"Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia."* Con este requisito se está exigiendo una residencia mínima para evitar que cualquier ciudadano de otro Estado pueda beneficiarse *ipso facto*.

Tal y como apunta la profesora CHARRO BAENA¹³, *"Se trata de una exigencia generalizada en el ámbito de las prestaciones asistenciales y no contributivas que complementa a un eventual requisito sobre la nacionalidad, con la evidente finalidad de evitar posibles situaciones de fraude que, sin duda, se verían facilitadas si sólo se requiriese ostentar una nacionalidad (...) El periodo de residencia legalmente exigido, que se acreditará preferentemente mediante las certificaciones de los respectivos padrones municipales, aunque podrá utilizarse cualquiera de los medios admitidos en Derecho, habrá de referirse al momento anterior a la solicitud de la prestación y mantenerse con posterioridad a su reconocimiento"*

En el apartado b del artículo 5.1 se prevé el caso de que los dependientes sean los niños o niñas menores de 3 años. En este caso la ley nos remite a la disposición adicional decimotercera, en la cual se prevé, entre otras cosas, que: *"sin perjuicio de los servicios establecidos en los ámbitos educativo y sanitario, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia atenderá las necesidades de ayuda a domicilio y, en su caso, prestaciones económicas vinculadas y para cuidados en el entorno familiar a favor de los menores de 3 años acreditados en situación de dependencia."*

En el caso de los extranjeros que no tengan nacionalidad española, deberán regirse por lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen. Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales tal y como dispone el apartado 2 del artículo 5 de la ley.

¹² Aunque en el artículo aparece "españoles", creemos que la redacción no es del todo correcta, ya que por encima de esta ley se encuentra el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y según su artículo 12, "en el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad"

¹³ CHARRO BAENA, P. <<Titulares del Derecho>> P. 184, en AA.VV, Comentario Sistemático a la Ley de Dependencia, Thomson Aranzadi 2008

3.2. Derechos de las personas en situación de dependencia

Los derechos de las personas en situación de dependencia aparecen recogidos, al igual que las obligaciones, en el artículo 4 de la ley. Debemos apuntar que este listado de derechos no es cerrado, ya que las Comunidades Autónomas pueden completar dichos derechos en su legislación, algo que no han hecho aun pudiendo hacerlo.

En el apartado primero del artículo 4, se contempla que *"Las personas en situación de dependencia tendrán derecho, con independencia del lugar del territorio del Estado español donde residan, a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley, en los términos establecidos en la misma."* Con este derecho se apela al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

Ya en el apartado segundo, se nos muestra una lista de derechos. El primero de ellos es el derecho *"a disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad"*, derecho que como explica la profesora TARABINI-CASTELLANI¹⁴ *"con él se pretende asegurar que toda persona en situación de dependencia pueda acceder al SAAD¹⁵ sin que su vinculación administrativa a determinada Comunidad Autónoma pueda influir en ello."* Ahora bien, como destaca el profesor CABEZA PEREIRO¹⁶, *"la igualdad se restringe al acceso al Sistema pues no implica una identidad cualitativa y cuantitativa de los servicios en todas las Comunidades Autónomas, sino que lo que busca es garantizar un suelo mínimo de derechos con un núcleo indisponible en cualquier parte del territorio"*.

Otro de los derechos es el que aparece en el apartado 4.2 b, derecho *"a recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia."* Apuntan los profesores CABEZA PEREIRO y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ¹⁷ que aunque el dependiente ya tiene reconocido este derecho en base a la Constitución, la ley se refiere *"a los datos concretos de la específica situación de dependencia que sufra el interesado (...) aproximándose al derecho a la información clínica y a la autonomía individual del dependiente de manera análoga el derecho a la información según la regulación de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley Básica Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica."*

El tercero de los derechos, comprendido en el artículo 4.2 c es el derecho *"a ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la previa autorización, expresa y por escrito, de la persona en situación de dependencia o*

¹⁴ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. <<Los beneficiarios de los servicios y prestaciones de atención a la dependencia>> P.236 y ss, en AA.VV. "La situación de dependencia" (Coord. Remedios Roqueta Buj), Tirant lo Blanch tratados, Valencia 2009.

¹⁵ Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

¹⁶ CABEZA PEREIRO, J y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. <<Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia"> en AA.VV., Comentario sistemático de la Ley de Dependencia>>, P.197, Madrid, 2008.

¹⁷ *Ibíd*em, P. 203.

quien la represente". Este derecho está relacionado con el recogido en el artículo 4.2d, derecho a que sea respetada la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (Ley de Protección de Datos), ambos, en relación con el primero de ellos, son derechos relativos a la intimidad y a la protección de datos personales. Con el primero de ellos (artículo 4.2c), se deberá informar si los procedimientos que se le aplican al dependiente van a ser usados en algún proyecto docente o de investigación, circunstancia que llevaría aparejado el previo consentimiento del dependiente o de la persona o personas que le representen. Por lo que respecta al derecho siguiente, (artículo 4.2d), se refiere la ley a que debe respetarse la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de los datos del dependiente de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

En el apartado e), se regula el derecho *"a participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación."* Con este derecho lo que se busca es que los dependientes sean personas activas en la formulación de las políticas que afecten a su bienestar y no se conviertan en meros receptores de las ayudas que se le ofrecen. Como señalan los profesores CABEZA PEREIRO y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ¹⁸ *"se trata de un derecho orientado a la puesta en marcha de medidas que afecten al bienestar de las personas dependientes, que, (...) puede desarrollarse a título individual o colectivo."*

Por lo que respecta al derecho recogido en la letra f del artículo 4.2, derecho *"a decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno"*, podemos ligarlo al recogido en la letra g, derecho *"a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial"* ya que ambos son derechos referidos a la autonomía del dependiente. Ambos derechos buscan reconocer el *autogobierno* del dependiente.

Los derechos recogidos en los apartados h), i) y j) derecho *"al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio"*, derecho *"al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales"* y derecho a *"iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo. En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal"* respectivamente, son derechos que se refieren a la tutela judicial efectiva del dependiente, derecho reconocido también en la Constitución, en su artículo 24.

Por último, los dos derechos finales que se contemplan en el artículo 4.2 de la ley son los derechos relativos a *"la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley"* y el derecho *"a no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual"* ambos derechos buscan la igualdad de la persona dependiente para que no pueda ser discriminado por razón de su orientación o identidad sexual, edad, nacimiento, sexo, religión, raza etc., y para que garantizarle la igualdad de oportunidades.

¹⁸ Op. Cit., P. 200 y ss.

3.3. Obligaciones de las personas en situación de dependencia

Las obligaciones de las personas en situación de dependencia aparecen recogidas en el artículo 4.4 de la ley, a cuyo tenor: *"Las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las administraciones competentes para la valoración de su grado de dependencia, a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas y a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente"*

En primer lugar, debemos empezar diciendo que no es un catálogo de obligaciones exhaustivo. Como se puede apreciar *in fine*, aparece *"y a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente"*

La primera obligación es: *"suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las administraciones competentes para la valoración de su grado de dependencia"*, con ella se pretende que las personas dependientes que se beneficien de la ley, o sus representantes (si los tuvieran), tienen que informar a las administraciones públicas competentes todos los datos que éstas le requieran para valorar el grado de dependencia.

La segunda obligación que prevé dicho artículo es la de *"comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban"*, con esta obligación lo que se pretende es comprobar que las ayudas recibidas se justifiquen y además saber si son compatibles con otras que se estén percibiendo.¹⁹

Por último, la tercera obligación es la de: *"aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas"*, ya que las cantidades económicas que se destinen para la dependencia, sólo pueden ser destinadas para estos efectos. Sólo quien acredite la necesidad de la prestación económica podrá recibirla. De no cumplirse, como veremos más adelante, habrá una sanción específica que consistirá en la pérdida y devolución de la prestación económica en concreto.

4. La administración pública y la dependencia

Con esta ley, objeto de análisis, se crea el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, SAAD en adelante, haciendo uso de los artículos 49, 50 y 149.1.1ª de nuestra Carta Magna.

Tal y como se establece en la propia ley, el SAAD garantiza las condiciones básicas y el contenido común a que se refiere la presente Ley y, además, sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias. Se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios públicos y privados (artículo 6.2).

Además, está inspirado, según el artículo 3 de la ley, en:

"a) *El carácter público de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.*

¹⁹ MONTROYA MELGAR, A. <<La protección de las personas dependientes>>, P. 62, Thomson Civitas, Navarra, 2007.

- b) La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley.*
- c) La atención a las personas en situación de dependencia de forma integral e integrada.*
- d) La transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia.*
- e) La valoración de las necesidades de las personas, atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real.*
- f) La personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades.*
- g) El establecimiento de las medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental.*
- h) La promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible.*
- i) La permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida.*
- j) La calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia.*
- k) La participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen en los términos previstos en esta Ley.*
- l) La colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que se establecen en la presente Ley y en las correspondientes normas de las Comunidades Autónomas y las aplicables a las Entidades Locales.*
- m) La participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.*
- n) La participación del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.*
- ñ) La cooperación interadministrativa.*
- o) La integración de las prestaciones establecidas en esta Ley en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas, y el reconocimiento y garantía de su oferta mediante centros y servicios públicos o privados concertados.*
- p) La inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres.*
- q) Las personas en situación de gran dependencia serán atendidas de manera preferente.”*

4.1. Objetivos

El artículo 6.1 de la ley prevé que el SAAD debe cumplir una serie de objetivos: en primer lugar, “*garantizar las condiciones básicas y el contenido común a que se refiere la ley*”, en segundo lugar, servir de “*cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y protección a las personas en situación de dependencia*” en tercer lugar, optimizar

"los recursos públicos y privados disponibles", y contribuir "a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos."

4.2. Niveles de protección del sistema

Según el artículo 7 de la ley, existen tres niveles de protección del Sistema: "1 El nivel de protección mínimo establecido por la Administración General del Estado en aplicación del artículo 9. 2.º El nivel de protección que se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas a través de los Convenios previstos en el artículo 10. 3.º El nivel adicional de protección que pueda establecer cada Comunidad Autónoma."

Dado el carácter extenso normativo de este apartado, lo trataremos de una manera muy sucinta y clara.

El primer nivel es el nivel de **protección mínimo** establecido por la Administración General del Estado, común para todo el territorio nacional que busca garantizar una protección mínima y homogénea. Este nivel no está determinado en la propia ley, sino que se establecerá por parte del Gobierno, una vez que sea oído el Consejo Territorial del SAAD.

Los profesores GARCÍA HERRERO Y RAMÍREZ NAVARRO apuntan que el nivel mínimo de protección de la situación de dependencia deberá destinarse necesariamente a financiar las prestaciones de dependencia previstas en el programa individual de atención de cada beneficiario.²⁰

El segundo es el **nivel de protección** que se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas a través de los Convenios que se prevén en el artículo 10 de la LAPD. Estamos ante una colaboración interadministrativa entre la Administración General del Estado y la administración de las CC.AA y ésta se llevará a cabo, como bien se prevé en el apartado segundo del artículo 7, a través de Convenios en los que se fijarán los términos, objetivos, recursos, medios, financiación, condiciones etc., con los que posteriormente aplicarán los servicios y las prestaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la LAPD.

Por último, estaría el tercer nivel que es el **nivel adicional** de protección que pueda establecer cada Comunidad Autónoma.

4.3. Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia

Se crea como instrumento de cooperación para la articulación de los servicios sociales y la promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia. Dicho Consejo está adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

Las competencias que se le atribuyen son:
Acordar el marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley.

²⁰ GARCÍA HERRERO, G. Y RAMÍREZ NAVARRO. JM, «Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», P. 44, Zaragoza 2008.

Establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos en el art. 10.3 y 15

Acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas

Adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios

Adoptar criterios comunes de actuación y de evaluación del sistema

Facilitar la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes

Servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas.

En lo que atañe a la **Administración General del Estado**, y en relación con lo que hemos señalado en el apartado anterior, debemos destacar que el gobierno, oído el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, determinará el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado de su dependencia, como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia. La financiación en este apartado correrá a cargo de los Presupuestos Generales del Estado.

En relación a la **cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas**, ambas acordarán e marco de cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante los correspondientes Convenios entre la AGE y la Administración de las CCAA. Con estos convenios ambas administraciones acordarán los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones que se contemplan en la ley. En cuanto a la financiación, también se fijará en los Convenios la financiación que corresponda a cada Administración, sus términos y condiciones.

En relación a las **competencias de las Comunidades Autónomas**, tienen las siguientes competencias:

Planificar, ordenar, coordinar y dirigir en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia

Gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia

Establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria, creando, en su caso, los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención.

Inspeccionar y, en su caso, sancionar los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de los centros y servicios y respecto de los derechos de los beneficiarios

Evaluar periódicamente el funcionamiento del Sistema en su territorio respectivo.

Ahora bien, debemos tener en cuenta también lo que señaló el Tribunal Constitucional en la Sentencia 146/1986 de 25 de noviembre sobre conflictos de competencia promovidos por el gobierno de la Comunidad Autónoma gallega contra el Gobierno de la nación, en la que el máximo intérprete de la Carta Magna señala que: *"Se puede llegar así a unas primeras conclusiones: Las materias incluidas en las Resoluciones objeto de este conflicto «grosso modo» y sin entrar en este momento en análisis de detalle, deben ser incluidas dentro del campo de la Asistencia Social; la «Asistencia Social» es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma Gallega. No obstante, el Estado, en la medida que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global, puede intervenir*

al respecto, también mediante medidas de fomento, pero respetando las competencias propias de la Comunidad Autónoma.

Ello quiere decir que, una vez detectado un particular problema social que requiera intervenciones de Asistencia Social a nivel supraautonómico, el Estado podría intervenir, pero, debería tratar de respetar para ello, en lo posible, las competencias de las Comunidades afectadas, cuya participación, además, convendría tener en cuenta para precisar los términos en que ha de realizarse tal actividad (y existen instrumentos adecuados para conseguir una actividad cooperativa en la materia), aunque ello no pueda exigirse, sin embargo, en todos los casos."

Por lo que respecta a las **corporaciones locales** también tienen presencia y participarán en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia.

5. Prestaciones y servicios

Se encuentran recogidos en los artículos 17 a 20 y 21 a 25 de la ley respectivamente.

Prestaciones:

La ley hace referencia, en primer lugar, a los objetivos que se persiguen a la hora de abordar las prestaciones que podemos resumir en: atención y promoción de la autonomía personal e igualdad de oportunidades. A tenor del artículo 13, los objetivos que se persiguen son: *"la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal deberán orientarse a la consecución de una mejor calidad de vida y autonomía personal, en un marco de efectiva igualdad de oportunidades, de acuerdo con los siguientes objetivos: a) Facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que desee y sea posible y b) Proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad"*.

Será en el artículo 14 cuando la ley nos describe el doble carácter de las prestaciones, es decir, *"las prestaciones de atención a la dependencia podrán tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas e irán destinadas, por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria."*

Continúa señalando el apartado segundo que, *"los servicios del Catálogo del artículo 15 tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados."*

En el caso de que no pudiera ofrecerse ninguno de los servicios que se recogen en la ley, se prevé en el apartado tercero de este artículo 14 que la prestación sea económica y nos dice que ésta: *"irá destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el Programa Individual de Atención al que se refiere el artículo 29, debiendo ser prestado por una entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia"*, es decir, que la prestación económica no puede dedicarse a otro asunto que no sea la dependencia.

Nos sigue señalando la ley, que la prestación económica tendrá un carácter periódico y se reconoce siempre ²¹que no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, en función del grado de dependencia y también en función de la capacidad económica del beneficiario, siempre atendiendo al Convenio celebrado entre la AGE y la Comunidad Autónoma.

Por lo que respecta a la cuantía, el artículo 20 de la LAPD nos indica que se "acordará por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para su aprobación posterior por el Gobierno mediante Real Decreto." Este Real Decreto será el RD 614/2007, de 11 de mayo, por el que se establece el nivel mínimo de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia garantizado por la Administración General del Estado.

Dicho RD estableció un nivel mínimo y también un importe máximo. Sin ir más lejos, en el apartado segundo del artículo 3, el nivel mínimo de protección para cada beneficiario será el equivalente a la cantidad fijada para cada grado y nivel de dependencia que se determinen anualmente según el calendario de aplicación progresiva establecido en la disposición primera de la LAPD²².

Catálogo de servicios

Para conocer el catálogo de servicios, debemos fijarnos en el artículo 15 de la LAPD. Así, se nos dice que: "el Catálogo de servicios comprende los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia, en los términos que se especifican en este capítulo:

a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal; b) Servicio de Teleasistencia; c) Servicio de Ayuda a domicilio: (i) Atención de las necesidades del hogar, (ii) Cuidados personales; d) Servicio de Centro de Día y de Noche: (i) Centro de Día para mayores, (ii) Centro de Día para menores de 65 años, (iii) Centro de Día de atención especializada, (iv) Centro de Noche; e) Servicio de Atención Residencial: (i) Residencia de personas mayores en situación de dependencia, (ii) Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad."

A continuación haremos una sucinta explicación de cada uno de ellos:

Servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal

Tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas. Para ello se coordinará entre los servicios sociales y de salud, actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a personas mayores y personas con discapacidad.

Servicio de teleasistencia

Se pretende facilitar la asistencia a los beneficiarios mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información cuando se encuentren en situación de emergencia, inseguridad, soledad.

²¹ Vid. Artículo 17 LAPD.

²² SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., «Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre la promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia», P. 130, Thomson Aranzadi, 2007.

Servicio de ayuda a domicilio

Constituye el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia para atender sus necesidades de la vida diaria: servicios relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria o bien servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina etc.

Atención de las necesidades del hogar

Cuidados personales.

Servicio de centro de día y de noche

Se trata de ofrecer una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas dependientes para mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o cuidadores.

Centro de día para mayores

Centro de día para menores de 65 años

Centro de día de atención especializada

Centro de noche

Servicio de atención residencial

Se ofrece con ello un servicio continuado de carácter personal y sanitario. Se prestará en centros residenciales habilitados al efecto y puede tener un carácter permanente, o temporal.

Residencia de personas mayores en situación de dependencia

Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

6. La administración pública y la valoración de la dependencia

La situación de dependencia puede valorarse en varios grados según el baremo que aparece en el Anexo I del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril.

Grado I. Dependencia moderada (25-49 puntos): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

Grado II. Dependencia severa (50-74 puntos): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

Grado III. Gran dependencia (75-100 puntos): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

Siguiendo lo dispuesto en el RD indicado *ut supra*, para aplicar el baremo se siguen una serie de criterios:

La valoración se basa en la aplicación de un cuestionario y en la observación directa de la persona que se valora por parte de un profesional cualificado y con la formación adecuada en el BVD. En el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, así como en aquellas otras situaciones en que las personas puedan tener afectada su capacidad perceptivo-cognitiva, tales como la

sordoceguera y el daño cerebral, el cuestionario se aplicará en forma de entrevista en presencia de la persona a valorar y con la participación de persona que conozca debidamente la situación del solicitante.

La valoración se realizará teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva, y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas (Art. 27.5 de la Ley). Además, éstas, se deberán poner en relación con las barreras existentes en su entorno habitual.

El baremo debe ser aplicado en el entorno habitual de la persona, valorando las siguientes actividades y tareas del entorno habitual dentro y fuera del domicilio: Comer y beber; regulación de la micción/ defecación; lavarse las manos y lavarse la cara; desplazarse fuera del hogar. El resto de actividades y tareas del entorno habitual se corresponden con el domicilio habitual.

Se valora la necesidad de apoyo de otra persona en la actividad o tarea aunque la persona valorada lo esté recibiendo actualmente y con independencia de éste.

El baremo valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental (Art. 27.4 de la Ley), así como en aquellas otras situaciones en que las personas puedan tener afectada su capacidad perceptivo-cognitiva.

Para valorar la capacidad de la persona valorada para realizar por sí misma y de forma adecuada las tareas que se describen en el BVD debe tenerse en cuenta tanto su capacidad de ejecución física, como su capacidad mental y/o de iniciativa, siempre y cuando existan deficiencias permanentes (motrices, mentales, intelectuales, sensoriales o de otro tipo). En el caso de las patologías que cursan por brotes, la valoración se realizará en la situación basal del paciente, teniendo en cuenta la frecuencia, duración y gravedad de los brotes.

La valoración del desempeño de la persona valorada en las distintas tareas se enmarca en la valoración global de la actividad correspondiente. En aquellos casos en que las personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental, así como con afectaciones en su capacidad perceptivo-cognitiva, que son capaces de realizar las tareas de la actividad de un modo aislado, pero que requieren de apoyo y supervisión general para la realización, de un modo comprensivo, de la actividad en su conjunto se valorarán con falta de desempeño en todas las tareas de la actividad correspondiente.

El valorador identificará el nivel y los problemas de desempeño que tiene la persona valorada en las tareas que se incluyen en este formulario de acuerdo con los criterios de aplicación mencionados. Así mismo, señalará también el grado de apoyo de otra persona que requiere la persona valorada para llevar a cabo las tareas y actividades.

La valoración de actividades y tareas se realiza de acuerdo con los criterios de aplicabilidad que recoge la tabla de grupos de edad y de existencia de discapacidad intelectual o enfermedad mental (DI/EM) u otras situaciones en que las personas puedan tener afectada su capacidad perceptivo-cognitiva.

Cuando el valorador procede a valorar la dependencia, tiene en consideración *“las actividades de autocuidado, movilidad y tareas domésticas que se conceptualizan, de acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la*

*Discapacidad y la Salud (CIF, OMS 2001) Igualmente ha de ser valorada la actividad de tomar decisiones en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental u otras situaciones en las que personas puedan tener afectada su capacidad perceptivo-cognitiva.*²³ Sin ir más lejos, se valorarán, por ejemplo: comer, beber, regulación de la micción y defecación, actividad de lavarse, otros cuidados corporales, actividad de vestirse, mantenimiento de la salud, transferencias corporales, desplazarse dentro y fuera del hogar, realización de tareas domésticas, toma de decisiones etc.²⁴

Procedimiento:

Para que se reconozca la situación de dependencia y el derecho a las prestaciones del Sistema, tiene que iniciarse un procedimiento a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o, en su caso, quien ostente la represente.

El reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado. Esta resolución determinará los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado y nivel de dependencia.

7. Infracciones y sanciones

Consideramos que, una vez llegados al final de este breve estudio sobre la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, conviene traer a colación lo relativo a las sanciones e infracciones que contempla la ley en caso de que se incumpla lo que en ella se regula. Así, este apartado estaría regulado en el artículo 42 de la ley, éste nos indica que: "**1.** Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los mismos. **2.** Se consideran autores de las infracciones tipificadas por esta Ley quienes realicen los hechos por sí mismos, conjuntamente o a través de persona interpuesta. **3.** Tendrán también la consideración de autores quienes cooperen en su ejecución mediante una acción u omisión sin la cual la infracción no hubiese podido llevarse a cabo."

Por tanto vemos que no sólo se sancionará al que comete la infracción administrativa sino también al coautor. No podemos negar la inspiración del legislador en el Derecho Penal, como derecho sancionador de última *ratio*, cuando sanciona, en algunos aspectos, a los coautores.

En el artículo siguiente, 43, se establece una lista de actuaciones que llevan aparejada infracción. Así, a tenor del artículo 43, "*constituirá infracción: a) Dificultar o impedir el ejercicio de cualesquiera de los derechos reconocidos en esta Ley; b) Obstruir la acción de los servicios de inspección; c) Negar el suministro de información o proporcionar datos falsos; d) Aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquellas para las que se otorgan, y recibir ayudas, en especie o económicas, incompatibles con las prestaciones establecidas en la presente Ley; e) Incumplir las normas relativas a la autorización de apertura y funcionamiento y*

²³ MONEREO PÉREZ, J.L.,(Dir.) <<La protección jurídica de las situaciones de dependencia>>, P.138, Editorial , Comares, Granada 2007.

²⁴ *Ibíd.* P.139 a 148

de acreditación de centros de servicios de atención a personas en situación de dependencia (hay que traer a colación que en Galicia, el Decreto 143/20078, de 12 de xullo, regula el régimen de autorización y acreditación de los programas y de los centros de servicios sociales²⁵) f) *Tratar discriminatoriamente a las personas en situación de dependencia;* g) *Conculcar la dignidad de las personas en situación de dependencia;* h) *Generar daños o situaciones de riesgo para la integridad física o psíquica;* i) *Incumplir los requerimientos específicos que formulen las Administraciones Públicas competentes.*”

Las infracciones anteriores se clasificarán en leves, graves y muy graves, tal y como establece el artículo 44: *“de acuerdo con criterios de riesgo para la salud, gravedad de la alteración social producida por los hechos, cuantía del beneficio obtenido, intencionalidad, número de afectados y reincidencia.”*

Estaríamos ante una **infracción leve** (multa hasta 300 euros a los cuidadores y hasta treinta mil euros a los proveedores de servicios) *“cuando se hayan cometido por imprudencia o simple negligencia, y no comporten un perjuicio directo para las personas en situación de dependencia.”* **Grave**, (multa de trescientos a tres mil euros a los cuidadores; y de treinta mil uno a noventa mil euros a los proveedores de servicios) *“cuando comporten un perjuicio para las personas, o se hayan cometido con dolo o negligencia grave. También tendrán la consideración de graves, aquellas que comporten cualesquiera de las siguientes circunstancias: a) Reincidencia de falta leve; b) Negativa absoluta a facilitar información o a prestar colaboración a los servicios de inspección, así como el falseamiento de la información proporcionada a la Administración; c) Coacciones, amenazas, represalias o cualquier otra forma de presión ejercitada sobre las personas en situación de dependencia o sus familias.”* Por último, estaríamos ante una infracción **muy grave**, (multa de tres mil uno a seis mil euros a los cuidadores; y de noventa mil uno hasta un máximo de un millón euros a los proveedores de servicios) cuando se trate de una infracción grave *“siempre que concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) Que atenten gravemente contra los derechos fundamentales de la persona, b) Que se genere un grave perjuicio para las personas en situación de dependencia o para la Administración, c) Que supongan reincidencia de falta grave.”*

Las infracciones leves prescribirían al año, las graves a los tres años y las muy graves a los cuatro años, comenzando a contarse el plazo a partir del día que se haya cometido la infracción e interrumpiéndose por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador.

8. Conclusión

Finalizado el estudio sobre Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y por tanto, analizados los aspectos más relevantes, debemos mostrar nuestro desacuerdo a los recortes que se están haciendo por parte de los distintos gobiernos, tanto estatal como autonómicos.

Sería muy importante al igual que necesario que nuestros políticos recapacitasen sobre la dirección a la que nos están llevando, ya que el recorte en

²⁵ DOG do 31 de xullo de 2007

políticas sociales implica una merma de derechos, en este caso, los dependientes son quienes se ven afectados ya que necesitan ser cuidados y tratados dignamente.

La ley, al principio, fue todo un éxito y una revolución que, con el paso del tiempo, se vio el fraude al verse reducida la financiación considerablemente, por lo que, en la actualidad, no está resultando eficaz.

No resulta eficaz por diversos motivos, entre los que desde nuestro punto de vista podríamos destacar: falta de medios y financiación, legislación estricta y rígida, burocratización administrativa y lentitud en el procedimiento y por último, no puede ser eficaz porque este derecho se ampara en el ámbito económico, por lo que en época de crisis este derecho jamás puede hacerse efectivo ya que se depende de las posibilidades económicas del Estado de turno.

Por todo lo anterior, y para poner fin a este breve estudio, mostramos nuestra disconformidad con la actitud que se está llevando a cabo y hacemos un llamamiento a que se garantice una igualdad de derechos a todas las personas, ya sean dependientes o no.

9. Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, B. «El régimen jurídico de la protección del minusválido», Madrid, 1997.
- CABEZA PEREIRO, J y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. «Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia» en AA.VV., Comentario sistemático de la Ley de Dependencia», Navarra, 2008.
- CHARRO BAENA, P. «Titulares del Derecho», en AA.VV., Comentario Sistemático a la Ley de Dependencia, Navarra, 2008.
- GARCÍA HERRERO, G. Y RAMÍREZ NAVARRO. JM, «Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», Zaragoza 2008.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. «Delimitación conceptual de la dependencia» en AA.VV, Comentario Sistemático a la Ley de Dependencia, Navarra 2008.
- MONEREO PÉREZ, J.L.,(Dir.) «La protección jurídica de las situaciones de dependencia», Granada 2007.
- MONTOYA MELGAR, A. (Dir.) «Curso de Seguridad Social», 3ª ed. Madrid, 2005.
- MONTOYA MELGAR, A. (Dir.) «La protección de las personas dependientes», Navarra, 2007.
- ROQUETA BUJ, R. «El sistema para la autonomía y atención a la dependencia» AA.VV, La protección de la dependencia, Valencia, 2007
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., «Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre la promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia», Navarra, 2007.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. «Los beneficiarios de los servicios y prestaciones de atención a la dependencia», en AA.VV. «La situación de dependencia» (Coord. Remedios Roqueta Buj), Valencia 2009.

EN ATENCIÓN AO BLOQUE DA CONSTITUCIONALIDADE

ALEJANDRO VILLANUEVA TURNES
Doutorando en Dereito Constitucional
Universidade de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Orixe do Bloque da Constitucionalidade. 2. O Bloque da Constitucionalidade en España. 3. Perspectiva en Dereito Comparado: Italia, Colombia e Estados Unidos. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

Resumo: O Bloque da Constitucionalidade é unha figura que ten a súa orixe no dereito francés e que en España é utilizado cun matiz diferente. Ao longo deste estudo observárase a teoría do Bloque da Constitucionalidade orixinal, así como o seu papel en España, facendo unha breve reflexión da posición que ocupa no dereito comparado.

Palabras clave: Bloque da Constitucionalidade – Consello Constitucional Francés – Estatutos de Autonomía.

Abstract: The Block of Constitutionality is a figure which has its origin in French law and in Spain acquires a different significance. Along this study is observed the original Block of Constitutionality theory, his role in Spain with briefly referred his attitude in Comparative Law.

Key words: Block of Constitutionality – French Constitutional Council – Statute of Autonomy.

1. Orixe do Bloque da Constitucionalidade

O chamado Bloque da Constitucionalidade é un termo que ten a súa orixe en Francia, concretamente na Sentenza do Consello Constitucional de 16 de xullo de 1971. A tenor desta resolución, como a Constitución Francesa de 1958 facía referencia, no seu Preámbulo, á Constitución de 1946 e á Declaración de Dereitos do Home e do Cidadán de 1789, estas normas e principios tiñan que ser integradas á Constitución, adquirindo así valor constitucional e formando o chamado Bloque da Constitucionalidade¹. Isto significa que se tiñan que empregar para realizar os xuízos de constitucionalidade de normas xurídicas tachadas de inconstitucionais e á vez convertíanse en normas que os xuíces poden aplicar directamente e que o lexislador de quenda debe respectar. Na mesma Sentenza sinalábase que se a norma que se cuestiona era unha norma ordinaria, esta debía ser analizada engadindo a este bloque as normas orgánicas no seu aspecto procedimental².

¹ Actualmente, no mesmo Preámbulo, figura unha referencia a un terceiro texto, que é a Carta de Medio Ambiente de 2004, o cal segundo a doutrina francesa, forma igualmente parte do Bloque da Constitucionalidade.

² Hai que ter en conta que posteriormente, o Consello Constitucional sinalou que si se invalida unha lei ordinaria por modificar unha lei orgánica, o motivo polo cal se vai a anular

Dito isto, pódese afirmar, tal e como sinala a profesora Requejo Rodríguez, que o Bloque da Constitucionalidade orixinal «é o resultado dunha adición interpretativa que realiza a actual Constitución francesa, producíndose a absorción de contidos dispersos noutras normas situadas na súa mesmo plano. As normas básicas do bloque francés han tido, por tanto, unha existencia previa á Constitución en vigor e é esta, no Preámbulo, a que en virtude dunha remisión ao pasado, dálles vixencia, establecendo as condicións da súa integración no ordenamento»³.

En atención ao visto, unha definición válida do Bloque da Constitucionalidade sería «aquele conxunto de normas xurídicas que, xunto á Constitución, deben ser tidas en conta polo órgano ao que está atribuído o control de constitucionalidade para determinar a conformidade ou desconformidade das normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidade coa Constitución»⁴. O característico da definición que acaba de mencionarse é a palabra “deben”, xa que o órgano encargado de examinar si unha norma é conforme á Constitución, non pode decidir de forma arbitraria se desexa ou non facer ese xuízo tendo en conta as normas que forman o Bloque da Constitucionalidade, senón que é imperativo que se realice así.

Hai que ter presente que o Bloque da Constitucionalidade inspírase no Bloque de Legalidade⁵, que é un concepto utilizado no ámbito do dereito administrativo para expresar que os actos administrativos que podemos chamar singulares, sométense a todas as normas xurídicas de carácter xeral con independencia do rango que teñan.

2. O Bloque da Constitucionalidade en España

A pesar das diferenzas notables entre o ordenamento xurídico francés e o español, en España acolleuse a noción de Bloque da Constitucionalidade dende un momento moi próximo á aprobación da vixente Constitución Española de 1978. É necesario facer mención a que en España, non existe unha unanimidade no significado que adquire este espiñento concepto.

Segundo ao xurista Jesús Caldera Infante, en España, a doutrina relativa ao Bloque da Constitucionalidade adquire un matiz diferente, xa que o Tribunal Constitucional utilízaa «nalgúns momentos como conxunto de normas que se aplican ao caso en concreto, e noutras representa un grupo de normas que predominan sobre as demais en canto á delimitación de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas que compoñen a nación española»⁶. Tamén o profesor e ex maxistrado do Tribunal Constitucional Rubio Llorente pronunciouse en

esta lei ordinaria non é a violación dunha lei orgánica senón que ha de entenderse que se trata dunha violación da propia Constitución.

³ REQUEJO RODRÍGUEZ, P. “Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997, P. 26.

⁴ VV.AA., Enciclopedia Jurídica, Editorial Constantinos Stamatoulos, 2014.

⁵ DE CABO DE LA VEGA, A. “Nota sobre el bloque de constitucionalidad”, Jueces para la Democracia, 24, Pp. 61 - 62.

⁶ CALDERA INFANTE, J. E., “El Bloque de Constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales. Una aproximación al estudio de sus aportes desde el derecho procesal constitucional”, Tercer congreso colombiano de derecho procesal constitucional y segundo encuentro de la asociación mundial de justicia constitucional: Asociación colombiana de derecho procesal constitucional, Cali, 23 de maio de 2012.

relación con este asunto sinalando que «da literatura xurídica francesa tomouse só unha expresión que é aquí aplicada a unha realidade toto coelo diferente»⁷.

No que se refire ao Tribunal Constitucional Español propiamente dito, é na Sentenza 10/1982 onde se emprega por primeira vez o termo "Bloque da Constitucionalidade". Sen embargo, tal e como dixo o xa mencionado profesor Rubio Llorente, non é ata a Sentenza 29/1982 onde o mesmo Tribunal se pronunciará considerando ó bloque como «un conxunto de normas que nin están incluídas na Constitución nin delimitan competencia, pero cuxa infracción determina a inconstitucionalidade da lei sometida a exame»⁸. Nesta Sentenza xa podía apreciarse un matiz especial antes sinalado polo profesor, e é que en España non existe un Bloque da Constitucionalidade como o seu homólogo francés, no sentido de que a Constitución Española de 1978 non nomea outras normas coa intención de equiparalas a ela como ocorría por exemplo coa Declaración de Dereitos do Home e do Cidadán. O que si existe en España, como ben sinalou o Alto Tribunal na Sentenza á que acaba de facerse mención, é un Bloque da Constitucionalidade distinto. Quizá o máis razoable fose chamalo Bloque de control da constitucionalidade para evitar que se puidese pensar que o Bloque Español e Francés teñen o mesmo orixe.

En canto a descubrir as normas específicas que conforman o bloque, tal e como sinala o Doutor Arturo Hoyos⁹, o mesmo profesor Rubio Llorente considerou que o Bloque da Constitucionalidade no ordenamento xurídico español está formado, en primeiro lugar, pola Constitución Española de 1978, e en segundo lugar, polos Estatutos de Autonomía e outras normas que se refiren ás competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas, aínda que o propio profesor dixo que non existen elementos capaces de determinar exactamente o contido do devandito bloque¹⁰. Non obstante, se acudimos a outros autores, atopámonos con consideracións mais xenéricas como a de García de Enterría¹¹, quen considera que o Bloque da Constitucionalidade está constituído por normas que teñen a función de delimitar as competencias, e Ignacio de Otto, quen sinala

⁷ RUBIO LLORENTE, F. "El Bloque de Constitucionalidad", Revista Española de Derecho Constitucional, 27, Setembro – Decembro, 1989, P 19.

⁸ RUBIO LLORENTE, F. op. cit. P. 11.

⁹ HOYOS, A., "El control judicial y el Bloque de la Constitucionalidad en Panamá", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1991, P. 105.

¹⁰ Hay que tener en cuenta que «En ocasiones, también se han incorporado legislación básica o reglamentos de las asambleas parlamentarias, pero la jurisprudencia no ha sido consistente en esa inclusión. Sin embargo, la doctrina ha servido para que España supere la noción formalista que ha tenido la Constitución al poder contar con elementos más amplios para decidir la constitucionalidad de las leyes. Además, el bloque ha podido contribuir a delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, armonía que ha sido necesaria para consolidar la democracia española en cuanto a las diferencias de nacionalidades dentro de España». CALDERA INFANTE, J. E. "El Bloque de Constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales. Una aproximación al estudio de sus aportes desde el derecho procesal constitucional". Tercer congreso colombiano de derecho procesal constitucional y segundo encuentro de la asociación mundial de justicia constitucional: Asociación colombiana de derecho procesal constitucional, Cali, 23 de maio de 2012.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Estudios sobre Autonomías Territoriales", Civitas, 1985, P. 300.

que o Bloque está composto por todas aquelas normas que, en caso de infrinxilas, suporía a inconstitucionalidade dunha norma¹².

No caso de considerar que se trata dun Bloque de Constitucionalidade idéntico ao francés, iso suporía que os Estatutos de Autonomía¹³, serían normas que non poderían ser tachadas de inconstitucionais, cousa que é erróneo, proba do cal está a polémica Sentenza do Tribunal Constitucional 31/2010 en relación co Estatuto de Autonomía de Cataluña, na cal, o Tribunal declara inconstitucionais catorce preceptos e fai numerosas interpretacións conformes, rompendo así coa idea de que estas normas, que teñen múltiples peculiaridades formais, non poden ser obxecto de exame polo máximo intérprete da Constitución. O axuízamento do Estatuto de Autonomía catalán supuxo unha enorme polémica xa que, en atención a un sector doutrinal, a norma estatutaria non podía ser sometida a exame polo Alto Tribunal polas peculiaridades coas que conta, ou canto menos, era necesario que recibise un trato especial respecto doutras normas¹⁴. Esta idea pode verse en certa medida dentro da Sentenza, xa que o Tribunal tenta salvar todos os artigos que pode empregando a técnica da interpretación conforme no canto da declaración de inconstitucionalidade; sumado a isto pode observarse como non todas estas interpretacións conformes son levadas ao fallo, algo que carece de explicación fundamentada e que unicamente pode entenderse como certo respecto cara ao lexislador estatutario mesturado cunha gran influencia política xerada pola importancia do asunto.

Sen embargo, aínda no caso de considerar os Estatutos de Autonomía como normas equivalentes a unha constitución para o territorio da comunidade autónoma de que se trate, facendo una certa equiparación do sistema autonómico co sistema de estado federal, e aínda tendo en conta que se trata dunha norma sometida a referendo, isto non impediría ao Tribunal Constitucional declarar a súa inconstitucionalidade, xa que si viramos a vista ao dereito comparado, seguindo ao profesor Víctor Ferrelles Comella, no berce da Xustiza Constitucional, é dicir, en Estados Unidos, os xuíces víronse obrigados a pronunciarse nalgunha ocasión acerca da validez de normas saídas de procedementos de democracia directa, sen que haxa resultado estraño que dese pronunciamento proceda unha declaración de inconstitucionalidade e por tanto a nulidade da norma, como pode ser a Sentenza *Romers vs Evans*, 517 US 620 (1996), que declara a invalidez da reforma producida na Constitución de Colorado que fora aprobada en referendo¹⁵.

Unha mención especial require o establecido no art. 28 da LOTC, que di literalmente que «para apreciar a conformidade ou desconformidade coa Constitución dunha Lei, disposición ou acto con forza de Lei do Estado ou das Comunidades Autónomas, o Tribunal considerará, ademais dos preceptos

¹² DE OTTO, I. "Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes", Ariel, 1987, P. 94.

¹³ Non debe esquecerse que é a propia Constitución a que senta as bases para a creación dos Estatutos de Autonomía, primeiro no seu artigo 2, despois no Título VIII e finalmente en distintas Disposicións Transitorias, co cal non tería sentido que non puidesen ser recorridos.

¹⁴ É necesario recalcar que a postura deste sector doutrinal o que se fai referencia era claramente minoritaria, xa que a propia Lei Orgánica do Tribunal Constitucional especifica no seu artigo 27.2, que os Estatutos de Autonomía son normas susceptibles de ser recurridas.

¹⁵ FERRELLES COMELLA, V. "El Tribunal Constitucional ante el Estatuto", Revista Catalana de dret públic, Especial sentencia sobre el Estatuto, Pp. 75 - 76.

constitucionais, as Leis que, dentro do marco constitucional, ditáronse para delimitar as competencias do Estado e as diferentes Comunidades Autónomas ou para regular ou harmonizar o exercicio das competencias de estas». Isto implica que tanto as normas estatais como as autonómicas poden acompañar á Constitución na súa misión de xulgar a constitucionalidade dunha norma¹⁶. Precisamente este artigo da Lei Orgánica do Tribunal Constitucional utilízase por un gran número de xuristas españois para defender a existencia dun Bloque da Constitucionalidade en España, pero é precisamente neste fundamento no cal atopamos a gran diferenza co Bloque francés orixinal, e é que o artigo indica a utilización destas normas de forma potestativo e non obrigatorio¹⁷. En atención a este artigo, atopámonos con opinións doutriniais como a de Chofre Sirvent que considera que o artigo 28 da LOTC padece do vicio da inconstitucionalidade por contradicir o establecido no artigo 81 da Constitución¹⁸. Sirvent baséase en que atendendo ao establecido na LOTC, si unha lei ordinaria é contraria a unha lei orgánica, a lei ordinaria podería ser obxecto de exame por parte do Tribunal Constitucional, convertendo ao xuíz constitucional nun xuíz de legalidade, xa que o problema existente nese caso sería un problema de legalidade e non de constitucionalidade.

En canto a xurisprudencia do Tribunal Constitucional Español, foi recorrente o uso á terminoloxía do Bloque da Constitucionalidade. A continuación farase unha mención os casos mais relevantes¹⁹.

Tal e como se mencionou antes, a primeira referencia que se fai a esta figura é na Sentenza 10/1982. Neste caso, tratábase de resolver un recurso de inconstitucionalidade dunha norma local dentro da Comunidade Autónoma de Cataluña, concretamente da Lei da Generalitat de Cataluña que regulaba o Consello Asesor da Radio e Televisión Española dentro da Comunidade Autónoma. No recurso, presentado polo goberno estatal, pedíase a declaración de inconstitucionalidade por incorrer nunha invasión de competencias que lle corresponden ao goberno central²⁰. A xuízo do Tribunal, para resolver o recurso debíanse ter en conta non só a Constitución Española, senón tamén o Estatuto de Autonomía de Cataluña, que contiña unha previsión sobre este asunto no seu artigo 16.1, e tamén o Estatuto Xurídico de Radio Televisión Española, que se atopaba na Lei 4/1980. O ter que ter en conta estas tres normas, provoca que o Tribunal fale

¹⁶ É necesario engadir que tal e como sinala Flórez Turrado, nesta Sentenza, o Tribunal límitase a realizar a súa función interpretativa apelando unicamente á Constitución, contradicindo en certa medida o establecido neste artigo 28.1 LOTC. FLÓREZ TURRADO, F. J. "Hacia un Estado Autonomico Desconstitucionalizado", IVAP, 2012, P. 241.

¹⁷ De feito existen unha gran cantidade de sentenzas resoltas unicamente en base a Constitución Española sen facer mención a outras normas.

¹⁸ CHOFRE SIRVENT, J.F. "Significado y Función de las Leyes Orgánicas", Tecnos, 1994, P. 284 – 335.

¹⁹ A selección e pequena análise das sentenzas que seguen realizouse a tenor do estudo levado a cabo polo profesor Pablo Manili: MANILI, P. "El bloque de constitucionalidad", La Ley, 2003.

²⁰ O recurso tiña o seu fundamento no artigo 149.1.27 e 149.3 CE, que realizan unha atribución ao Estado da competencia exclusiva sobre as normas básicas do réxime de prensa, radio e televisión sen prexuízo das facultades que para o seu desenvolvemento e execución corresponden ás comunidades autónomas.

por primeira vez do Bloque da Constitucionalidade dicindo que «para interpretar debidamente a normativa aplicable ao caso, o 'bloque de constitucionalidade' que ha de servir de base para axuizar a lei impugnada, hai que partir do feito de que a constitución se remite con carácter xeral aos estatutos para que estes determinen as competencias autonómicas» (FJ 2). Tal e como se pode apreciar das palabras do propio Tribunal, o Bloque da Constitucionalidade neste caso, faría referencia á normativa que é aplicable ao caso concreto e non a unhas normas que van ter que ser utilizadas sempre para o control da constitucionalidade.

Apenas un mes e uns días despois de que se coñecese esta primeira resolución, podemos atopar unha segunda mención a este bloque noutra sentenza xa empregada anteriormente neste estudo, a cal é a Sentenza 26/1982. Nesta ocasión, o problema viña relacionado con decretos que outorgaban concesións para a instalación e o funcionamento de emisoras de radio de frecuencia modulada, decretos que foron emitidos pola mesma Comunidade Autónoma que na primeira sentenza, e que atopaban o seu fundamento na Lei que regulaba o Consello Asesor da Radio e Televisión Española dentro da Comunidade Autónoma. Nesta Sentenza, o Tribunal Constitucional volve empregar o termo de Bloque da Constitucionalidade no mesmo sentido que o fixo na primeira ocasión, pero cunha excepción, neste caso, só se consideran incluídos dentro de devandito Bloque, as normas da Constitución e do Estatuto de Autonomía, deixando a unha marxe a norma que establece o Estatuto Xurídico de Radio Televisión Española. Concretamente dise que «as competencias controvertidas no presente conflito fan referencia ao outorgamento de concesións de instalación e funcionamento de emisoras de radiodifusión en frecuencia modulada e á regulación do seu réxime de adxudicación, e o bloque de constitucionalidade que ha de servir de base para axuizar a titularidade de competencias está integrado polo art. 149.1.27 da Constitución e o art. 16.1 do Estatuto de Autonomía de Cataluña» (FJ2).

A terceira referencia que debe sinalarse respecto ao termo, é a Sentenza 39/1982. Na devandita sentenza cambiamos de panorama ao tratarse dun asunto relativo a outra comunidade Autónoma, concretamente, un asunto relativo ao País Vasco. O que se facía era impugnar o decreto 108/1981. O avogado do Estado puxo en xogo tanto preceptos da Constitución como preceptos do Estatuto de Autonomía do País Vasco para tentar demostrar a inconstitucionalidade da norma, pola súa banda, a Comunidade Autónoma, invocou diferentes preceptos do Estatuto para defender a validez da mesma á vez que sinalaba o vencemento do prazo para realizar a impugnación da norma. O Tribunal Constitucional dixo: «A indispoñibilidade das competencias e a nulidade de pleno dereito das normas contrarias aos preceptos constitucionais e dos que dentro do marco constitucional ditáronse para delimitar as competencias, consecuencia da prevalencia do aludido bloque constitucional, son razóns que desautorizan calquera alegación asentada sobre a idea de aquiescencia por non haberse exposto en tempo o conflito ou o recurso, con suxeición ao xogo dos prazos previstos no art. 62 ou no art. 33 de la LOTC» (FJ 3). Neste caso pode observarse como máis que normas que se utilizan no caso concreto, o Tribunal sitúa tanto á Constitución como ao Estatuto nun réxime de complementariedade, situándoas dentro dun marco constitucional similar.

A cuarta sentenza á que é necesario facer mención, atopámola ao ano seguinte, trátase da Sentenza 38/1983. Neste caso, o escenario cambia de forma radical, xa que se trata dun recurso de inconstitucionalidade respecto dun proxecto

de Lei orgánica que modificaría o réxime electoral que regulaba as eleccións locais. A formulación tivo o seu fundamento básico na normativa da Constitución Española, sinalando que as eleccións locais encadraríanse dentro do que a Carta Magna chama réxime local e que atopa regulación en distintas normas estatutarias. A diferenza respecto do tres sentencias anteriores nas que o Tribunal fixo mención ao Bloque da Constitucionalidade, atópase en que nesta ocasión di que «cabe considerar que o alcance e contido do "réxime electoral xeneral" segundo expresión do art. 81.1 da CE vén dado polo que resulta do bloque da constitucionalidade, formado de acordo co art. 28 da LOTC pola propia Constitución e os Estatutos de Autonomía» (FJ 3). En atención a isto, o Bloque estaría constituído en España por unha norma de rango legal e non pola Constitución.

En quinto lugar atopámonos coa Sentenza 76/1983. Nesta sentenza o Tribunal di que «polo que se refire á delimitación de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas, de acordo co que determina o art. 147.2 d), da Constitución son os Estatutos de Autonomía as normas chamadas a fixar "as competencias asumidas dentro do marco establecido na Constitución", articulándose así o sistema competencial mediante a Constitución e os Estatutos, nos que estes ocupan unha posición xerarquicamente subordinada a aquela. Con todo, diso non cabe deducir que toda lei estatal que pretenda delimitar competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas sexa inconstitucional por pretender exercer unha función reservada ao Estatuto. A reserva que a Constitución fai ao Estatuto nesta materia non é total ou absoluta; as Leis estatais poden cumprir nunhas ocasións unha función atributiva de competencias -Leis orgánicas de transferencia ou delegación- e noutras, unha función delimitadora do seu contido, como recoñeceu este Tribunal en reiteradas ocasións. Tal sucede cando a Constitución remite a unha Lei do Estado para precisar o alcance da competencia que as Comunidades Autónomas poden asumir, o que condiciona o alcance da posible asunción estatutaria de competencias -tal é o caso previsto no art. 149.1.29.^a, da Constitución- e o mesmo ocorre cando os Estatutos pechan o proceso de delimitación competencial remitindo ás prescricións dunha Lei estatal, en cuxo suposto o reenvío operado atribúe á Lei estatal a delimitación positiva do contido das competencias autonómicas. En tales casos a función de deslinde de competencias que a Lei estatal cumpre non se apoia nunha atribución xeral contida na Constitución, como ocorre no caso dos Estatutos, senón nunha atribución concreta e específica.» (FJ 4). O que fai o Tribunal é unha distinción xerárquica entre a Constitución e os Estatutos de Autonomía, situando a estes últimos como normas constitucionalmente secundarias. A partir disto, o Tribunal vai considerar que dentro do Bloque existen normas distintas polo que non se trata de algo homoxéneo. Ademais tamén entendeu que cada unha das normas integrantes do bloque podía ser anulada ou reformada de forma independente ao resto.

A sexta sentenza que ha de mencionarse, é a Sentenza 66/1985. Este caso trata a impugnación da Lei que se encarga de reformar a LOTC. Esta sentenza adquire unha importancia destacable xa que neste caso é a parte recorrente a que fai mención do Bloque da Constitucionalidade: «A aprobación polo Poder Lexislativo da proposición de Lei impugnada supuxo unha violación do principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos, recollido no art. 9.3 da Constitución, ao concluír nunha supresión do recurso previo de inconstitucionalidade que contraría o chamado "bloque de constitucionalidade" (art. 28 LOTC). Deste xeito, unha maioría

política ocasional veu a contrariar o disposto no art. 1 da Lei orgánica do propio Tribunal Constitucional (sometido só á Constitución e á presente Lei orgánica), quebrantando o acordo constitucional e propiciando unha reforma encuberta da Constitución, que haberá de privar as minorías das súas garantías. Ao mesmo tempo, esta mesma decisión lexislativa deixa sen salvagarda a todos os cidadáns contra actos inconstitucionais irreparables, co que vén, igualmente, a vulnerar a seguridade xurídica (art. 9.3 da Constitución)» (FJ 2).

Este argumento serviu para trazar unhas pinceladas dunha definición, establecendo o Tribunal que se trata dunha «noción complexa que fai referencia a un conxunto de disposicións utilizables como parámetro da lexitimidade constitucional das leis, pero non a contidos normativos concretos que non poidan ser modificados de acordo co procedemento previsto segundo a natureza de cada disposición» (FJ 1).

En sétimo lugar temos a Sentenza 137/1986. Neste caso trátase dun recurso de inconstitucionalidade contra a Lei 15/1983 da Comunidade Autónoma do País Vasco por entender que se invadían competencias estatais en materia de educación contidas na Constitución, o Estatuto de Autonomía e a Lei Orgánica do Estatuto dos Centros Escolares, «dado que o recurso de inconstitucionalidade ten por obxecto establecer a conformidade coa Constitución dunha determinada legalidade (e o seu mantemento dentro do ordenamento xurídico ou a súa expulsión del), cando o xuízo de constitucionalidade haxa de producirse polo contraste non só coa Constitución senón co chamado bloque da constitucionalidade, de acordo co que dispón o art. 28.1 da Lei Orgánica deste Tribunal ao falar de leis que dentro do marco constitucional ditáronse para delimitar as competencias do Estado e as diferentes Comunidades Autónomas, é claro que o tribunal haberá de considerar as leis vixentes e as bases materiais establecidas no momento de formularse o xuízo e ditarse sentenza. (...) A acomodación das previsións autonómicas ás así dispostas na Lei Orgánica non expresará en definitiva senón a necesaria uniformidade básica do réxime dos dereitos fundamentais no conxunto do ordenamento (art. 149.1.1) e así, por pór un exemplo, aquela normación autonómica non podería desvalorizar a intervención meramente "consultiva" un dereito de participación na decisión ou un poder para decidir, establecido na Lei Orgánica. Si podería modificar o réxime orgánico de adopción dos acordos ou ampliar a supostos análogos, previsións participativas presentes na norma estatal» (FJ 4). Neste caso a utilización do artigo 28 da Lei Orgánica do Tribunal Constitucional aparece como a disposición que serve para a creación do Bloque da Constitucionalidade.

En oitavo lugar, compre prestar atención á Sentenza 99/1987. Esta sentenza resolve un novo recurso de inconstitucionalidade presentado contra algúns artigos da Lei 30/1984 relativa á reforma da función pública estatal, «aínda que o art. 28.1 da nosa Lei Orgánica non menciona os Regulamentos Parlamentarios entre aquelas normas cuxa infracción pode carrexar a inconstitucionalidade da Lei, non é dubidoso que tanto pola invulnerabilidade de tales regras de procedemento fronte á acción do lexislador, como sobre todo polo carácter instrumental que esas regras teñen respecto dun dos valores superiores do noso ordenamento, o do pluralismo político (art. 1.1 CE) a inobservancia dos preceptos que regulan o procedemento lexislativo podería viciar de inconstitucionalidade a lei cando esa inobservancia altere de modo substancial o proceso de formación da vontade no seo das cámaras» (FJ 1). Nesta formulación realizada polo Tribunal, podemos observar como podería intuírse, sen

dicirse de forma explícita, a inclusión dentro do bloque dos denominados regulamentos das asembleas parlamentarias. Hai que aclarar que o profesor Rubio Llorente, criticou de forma moi dura esta idea. Con todo, unicamente nesta ocasión, o Tribunal fixo referencia a estas normas como posible parte do Bloque da Constitucionalidade, non atopando novas referencias á inclusión das mesmas con posterioridade. Así todo, un dos grandes problemas en España, é determinar si o que é considerado como lexislación básica, entraría dentro do mencionado Bloque. Estamos a referirnos a aqueles casos nos cales a Carta Magna dá competencia ao Estado para fixar a normativa básica, deixando en mans das Comunidades Autónomas o desenvolvemento desta lexislación básica. Esta cuestión é sumamente importante, xa que si considérase que esta lexislación básica si forma parte do Bloque da Constitucionalidade, en caso de existir unha contradición cun Estatuto de Autonomía, debería resolverse acudindo á norma común que sexa superior xerarquicamente, é dicir, a propia Constitución. Si doutra banda considérase que o Estatuto de Autonomía si forma parte do Bloque da Constitucionalidade, pero non o formaría a lexislación básica, prevalecería sempre o Estatuto sobre a lexislación básica.

En derradeiro termo é imprescindible facer unha referencia algo mais detallada á xa mencionada Sentenza 31/2010, relativa ao recurso de inconstitucionalidade promovido polos deputados do Partido Popular sobre o Estatuto de Autonomía de Cataluña. Nesta resolución tanto o avogado do Estado como organismos autonómicos fan referencia ao Bloque da Constitucionalidade. Esta Sentenza marca, tal e como se adiantou antes, a situación dos Estatutos de Autonomía como Leis Orgánicas, e polo tanto como normas subconstitucionais, pero cun gran valor dentro do ordenamento xurídico, pero que en calquera caso deben ser acordes co texto constitucional. Concretamente sinala o Tribunal que «a lei orgánica é, en definitiva, xerarquicamente inferior á Constitución e superior ás normas infralegais ditadas no ámbito da súa competencia propia» (FJ 3). Dentro desta Sentenza é destacable un dos votos particulares que fai referencia a figura obxecto do presente estudo, establecendo que «polo seu procedemento específico de reforma o EAC está dotado dunha rixidez moi especial, examinada en detalle, reservada exclusivamente ás Constitucións. Esa rixidez impide que as leis do Estado e as da propia Comunidade Autónoma modifíqueno sen seguir os seus ríxidos procedementos de reforma (...). Do mesmo xeito que todo o que tocaba o Rei Midas convertíase en ouro, todo o que os Estatutos tocan convértese en Estatuto (...). O problema é que o EAC, que posúe unha extensión desmesurada (...) e moito maior que a da propia CE, tócao todo; "petrifica" todo o que toca e, ao colocarse no bloque da constitucionalidade como unha norma imprevista e patóxena, ocupa o espazo que debe existir necesariamente entre todas as leis e a propia Constitución. O EAC, desta forma impide garantir a vida, a substantividade e a subsistencia da Constitución mesma» (Voto Particular Jorge Rodríguez Zapata Pérez). A tenor deste voto particular, pode observarse unha postura realmente interesante, a cal é compartida por un sector doutrinal, e a cal considera que o Estatuto de Autonomía foi demasiado lonxe, intentando regular mais do que lle correspondía realmente; e como non podía ser doutro xeito, a posición que ocupa a norma estatutaria dentro do Bloque da Constitucionalidade, non pode permitir que se poida saltar os límites establecidos pola propia Constitución.

3. Perspectiva en Dereito Comparado: Italia, Colombia e Estados Unidos

Unha vez visto os aspectos máis significativos desta figura constitucional dentro do ordenamento xurídico español, á vez que se analizou a súa orixe no ordenamento francés, resulta interesante proceder a comentar os aspectos máis significativos nalgúns ordenamentos xurídicos distintos.

Un dos países cos que compartimos grandes coincidencias desde o punto de vista constitucional é, como non podía ser doutra forma, Italia. Neste punto non ía ser diferente, xa que en devandito país tamén se integrou a figura do Bloque da Constitucionalidade. Deste xeito, neste país faise valer «ademais da Constitución, leis constitucionais que adquiren o rango constitucional como as normas de dereito internacional que esixen que o ordenamento interno debe adecuarse a elas, normas que regulan a Comunidade Europea, normas de tratados laterais que o lexislador non pode modificar unilateralmente, leis que regulan as relacións dos católicos cos practicantes doutras relixións, leis con principios fundamentais que crean competencias dos entes rexionais e normas contidas na lexislación delegada que circunscriben o poder lexislativo ao executivo»²¹.

No que se refire ao continente americano, unha das primeiras aparicións deste Bloque da Constitucionalidade tivo lugar en Colombia²², cando xa se atopaba en vigor a Constitución Colombiana de 1991. En Colombia, a aprobación da Constitución de 1991, supuxo que se realizasen remisións expresas a tratados internacionais relativos a Dereitos Humanos, e que eran ratificados por Colombia, de tal forma que se lles outorgaba supremacía constitucional e por iso pasaban a formar parte do Bloque da Constitucionalidade. A este respecto é imprescindible facer mención á Sentenza C -225/95, que ademais é a primeira vez que o Tribunal deste país utiliza esta figura²³. Nesta resolución, chégase a unha importante conclusión, e é que os tratados internacionais mencionados e a Carta Magna colombiana, atopábanse ao mesmo nivel xerárquico. Non obstante, hai que aclarar que esta idea xa estaba presente desde a aprobación da Constitución Colombiana de 1986. Xa neste momento falábase dunha situación xerárquica especial das normas internacionais dentro do ordenamento xurídico interno do país, con todo, dita posición non atopaba fundamento.

Así mesmo é imperativo examinar un caso como o de Estados Unidos, onde a contraposición á idea do Bloque da Constitucionalidade é notoria. En estados Unidos decidiuse prescindir da doutrina que envolve o Bloque da Constitucionalidade, xa

²¹ CLAROS PINILLA, M. "Bloque de Constitucionalidad", Ensayo, P. 5. Disponible en: <http://econstitucional.com/ensayos/Bloque%20de%20Constitucionalidad%20M.%20Claros.pdf>. Última consulta realizada o 20 de outubro de 2014.

²² RUEDA AGUILAR, D. "El bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano", P.4. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/88/Becarios_088.pdf. Última consulta realizada o 20 de outubro de 2014.

²³Non obstante, tal e como sinalan autores como Mónica Orango Olaya, un primeiro acercamento a temática aparece na Sentenza C-574-92, onde se estableceu que os convenios sobre dereito internacional humanitario teñen carácter prevalente sobre a lexislación nacional. ORANGO OLAYA, M. "El bloque de la Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana", Precedente 2004, p. 81.

que a maior parte da doutrina, considera que o Texto Constitucional é o que é, e non outras normas situadas á marxe do mesmo. Con todo, é preciso nomear e prestar especial atención á novena emenda da Constitución estadounidense, a cal sinala que «a enumeración de certos dereitos na Constitución non debe ser interpretada como unha negación ou rebaixa doutros dereitos que o pobo retén». En vista desta emenda, o feito de que un dereito non se atope enmarcado na Constitución, iso non pode supor unha exclusión do mesmo de forma necesaria²⁴. É necesario lembrar que esta emenda foi utilizada en distintas ocasións, concretamente, a partir de 1923, onde algúns maxistrados empregábanla para recoñecer o dereito a intimidade, o cal non se atopaba na Constitución.

4. Conclusión

Unha vez realizado esta aproximación sobre esta figura do Dereito Constitucional, podemos concluír que o Bloque da Constitucionalidade en España adquire distintas peculiaridades que non estaban presentes no Bloque orixinal. Entre estas peculiaridades podemos atoparnos cunha básica, a cal é que en Francia a orixe do Bloque da Constitucionalidade ten unha orixe que se sitúa na propia Constitución mentres que en España a orixe viría determinado por unha norma legal (a Lei Orgánica do Tribunal Constitucional) e da propia xurisprudencia constitucional.

Ao mesmo tempo, as normas estatutarias, forman parte deste Bloque da Constitucionalidade, pero seguen sendo normas que se sitúan a un nivel xerarquicamente inferior á Constitución Española, e por iso, non poden contradicila xa que esta é a norma superior do ordenamento xurídico.

Finalmente, son moitos os países que incorporaron no seu ordenamento a figura do Bloque da Constitucionalidade, dotándoa de gran notoriedade dentro da doutrina e xurisprudencia constitucionais, aínda que é certo que o ordenamento xurídico de cada país, introduciu esta figura de forma distinta e coas súas respectivas peculiaridades.

5. Bibliografía

CALDERA INFANTE, J. E., "El Bloque de Constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales. Una aproximación al estudio de sus aportes desde el derecho procesal constitucional", Tercer congreso colombiano de derecho procesal constitucional y segundo encuentro de la asociación mundial de justicia constitucional: Asociación colombiana de derecho procesal constitucional, Cali, 23 de maio de 2012.

CHOFRE SIRVENT, J. F. "Significado y Función de las Leyes Orgánicas", Tecnos, Madrid, 1994.

²⁴ Considerouse, tal e como sinala o profesor Rodrigo Uprimny, que esta emenda encerra a clausula dos chamados dereitos innominados. UPRIMNY, R. "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal", Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, P. 3. Disponível en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1Lectura3Bloque deConstitucionalidad.pdf>. Última consulta realizada o 20 de outubro de 2014.

- CLAROS PINILLA, M. "Bloque de Constitucionalidad", Ensayo. Disponible en: <http://econstitucional.com/ensayos/Bloque%20de%20Constitucionalidad%20M.%20Claros.pdf>. Última consulta realizada o 20 de outubro de 2014.
- DE CABO DE LA VEGA, A. "Nota sobre el bloque de constitucionalidad", *Jueces para la Democracia*, nº 24, pp. 58 – 64.
- DE OTTO, I. "Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes", Ariel, Barcelona, 1987.
- FERRELLES COMELLA, V. "El Tribunal Constitucional ante el Estatuto", *Revista Catalana de dret públic*, Especial sentencia sobre el Estatuto, pp. 74 – 78.
- FLÓREZ TURRADO, F. J. "Hacia un Estado Autonómico Desconstitucionalizado", IVAP, Oñati, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Estudios sobre Autonomías Territoriales", Civitas, Madrid, 1985.
- HOYOS, A. "El control judicial y el Bloque de la Constitucionalidad en Panamá", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1991, pp. 785 – 807.
- MANILLI, P. L. "El bloque de constitucionalidad", La Ley, 2003.
- ORANGO OLAYA, M. "El bloque de la Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana", *Precedente* 2004, pp. 80 – 102.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P. "Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997.
- RUBIO LLORENTE, F. "El Bloque de Constitucionalidad" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año nº 9, nº 27, 1989, pp. 9 – 38.
- RUEDA AGUILAR, D. "El bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano". Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/88/Becarios_088.pdf. Última Consulta realizada el 20 de outubro de 2014.
- UPRIMNY, R. "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal", Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2006. Disponible en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>. Última consulta realizada o 20 de outubro de 2014.
- VV.AA. *Enciclopedia Jurídica*, Editorial Constantinos Stamatoulos, Chipre, 2014.

FECUNDACIÓN *POST MORTEM*. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA REGULACIÓN EN ESPAÑA

JACOBO CABIDO IGLESIAS

Licenciado en Derecho UDC

Máster en Derecho Sanitario, Bioética y Derecho a la Salud en la UE.

Universidad de Granada

SUMARIO: I.-introducción; II.-fecundación *post mortem*; III.- la regulación de la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico español; III. I.- artículo 9 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; IV.-crítica, propuestas y conclusiones. V. Bibliografía.

Resumen: En esta estudio se analizan los principales aspectos legales de la regulación de la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico español. Las modificaciones legislativas con respecto a la primera norma reguladora de las técnicas de reproducción asistida, el cumplimiento de los requisitos legales exigidos así como los diferentes sujetos que pueden consentir, son solo algunos de los principales. Otro elemento que se ha tenido presente en la exposición, es la necesidad de dar entrada a la bioética para futuras modificaciones de la Ley.

Palabras clave: Fecundación *post mortem*, voluntad, consentimiento, reproducción asistida, artículo 9, bioética.

Abstract: This study analyses the main legal aspects of regulation of fertilization *post-mortem* in the Spanish legal system. The legislative amendments with respect to the first regulatory standard of assisted reproduction techniques, compliance with the legal requirements as well as different subjects which can consent, are just a few of the main. Another element that has been present in the exhibition, is the need to give input to the bioethics for future changes to the law.

Key words: Fertilization *post mortem*, will, assent, assisted reproduction, article 9, bioethics.

I.-Introducción

La década de los años 70 del siglo pasado, inaugura la sociedad de las nuevas posibilidades para lo que a priori tenían como objetivo atajar los problemas de esterilidad; esto se debe a la aparición de las técnicas de reproducción asistida. Todo ello propició una progresiva regulación de estas prácticas por parte de algunos ordenamientos, con diferencias sustanciales no sólo en cuanto al fondo de las mismas sino también en relación al rango normativo que a ellas se les otorgaba. Preceptos aislados; disposiciones legislativas específicas; normas de carácter administrativo; recomendaciones médicas; y otras como las resoluciones con origen en organismos autárquicos con competencias en el ámbito sanitario. Mientras en algunos casos se ordenaban la posible entrada de régimen sancionador, la mayoría se caracterizó por la ausencia de castigo alguno ante posibles incumplimientos. Tratamientos experimentales de fecundación, la posibilidad de que embriones no transferidos pudieran ser crioconservados para su posterior utilización o la inyección

intracitoplasmática de espermatozoides, son solo algunos de los hitos que marcaron un antes y un después para la evolución científica de la técnica.

Ya en la década de los años 80, se hace patente la necesidad u obligación social de proceder al debate de las técnicas de reproducción asistida con el objeto de encontrar el enfoque adecuado que el Derecho debería de aportar ante esta nueva situación que venía aconteciendo. En efecto, diferentes estados europeos crearon Comisiones Ad-Hoc para el debate multidisciplinar de esta realidad social *in crescendo*; el Informe Warnock para Reino Unido de 1982 y el Informe Palacios en España del año 1986, son solo algunos de los resultados de las conclusiones de citadas comisiones. Estos informes que en principio parecen dar respuesta a la nueva sociedad de finales del s.XX, van a tener su reflejo de forma progresiva en la aprobación por parte de los Estados de normas reguladoras de estas prácticas; proceso por cierto, que a nivel global no ha concluido. Legislaciones con diferentes puntos de vista plasmados en la letra de la norma, idóneas por tanto para provocar distorsiones internacionales con efectos realmente perniciosos.

La incursión de este tipo de técnicas en la realidad social de los diversos ordenamientos jurídicos, originó un intenso debate que necesitó -y precisará- un abordaje no solo jurídico o jurídico-social, sino también bioético. Esto trae causa no simplemente por los derechos que puedan verse implicados o incluso afectados, sino también por la relevancia que para estas prácticas adquieren factores o connotaciones como la religión, la ideología, la moral y otras como pueden ser los patrones culturales "vigentes" en cada lugar y en cada momento.

Con todo, es incuestionable la metamorfosis que ha supuesto la incursión de las técnicas de reproducción asistida en la sociedad moderna. El peligro,¹ el riesgo asumible, la incertidumbre, la unión entre Ciencia y Derecho son solo algunas de las aristas que sobresalen de la incidencia general de la tecnología y sus riesgos sobre las relaciones sociales y por supuesto, sobre el Derecho como ordenador de las mismas. Como señala Ulrich BECK, "el desarrollo de la industria y la tecnología nos ha conducido hacia la sociedad del riesgo"²

Figuras clásicas, instituciones tradicionales y conceptos como el de maternidad, paternidad o embarazo se han visto con ello "obligados" a adquirir nuevas connotaciones adaptadas a las necesidades de este último siglo. El principio de la realidad genética o biológica en materia de filiación, el "pater is quem sanguinis demonstrat" u otras máximas del Derecho romano como la que sigue, "Mater Semper certa est", se han visto ciertamente cuestionados y en algún caso, reformulados.

El cambio de roles, cuestiones relativas a la disociación entre lo biológico y lo genético y otras creaciones *ex novo* como la ampliación de los modelos de familia por ejemplo, han propiciado el tránsito-o al menos en parte- de la llamada verdad biológica a la nueva denominada como verdad volitiva. La voluntad como elemento nuclear de la nueva reproducción. El consentimiento.

Pues bien, el planteamiento ha ido todavía más allá; la metamorfosis o cambios que aludía, no solo se refieren al nacimiento de las técnicas de reproducción asistida y los cambios que ello provoca, sino a las formas de utilización de las mismas. Primero, la esterilidad era un problema para la creación de generación, sin embargo, esta fue subsanada por la tecnología reproductora; sin embargo, el nuevo paso supone la innecesidad de que los miembros de la pareja estén vivos, o dicho de otro modo, la obligación de que solo esté vivo uno de ellos.

En efecto, los avances tecnológicos de la ciencia, permiten que el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, no sea óbice para la existencia de *concepturus*. La ciencia posibilita la fecundación *post mortem* y el Derecho—al menos en nuestro país—la permite.

II.-Fecundación *post mortem*

El destino de los gametos y embriones humanos puede variar en función de la decisión personal del titular del material o en su caso por mutuo acuerdo de los miembros de una pareja o matrimonio; destinos como por ejemplo para uso propio o incluso para donación con fines reproductivos o de investigación. No obstante, puede ocurrir que este material biológico sea congelado para una posterior utilización; para su empleo *post-mortem*.

En efecto, la petición de inseminación por parte de una mujer con el material reproductor de su cónyuge o pareja premuerta, supone una realidad social cuya posibilidad además se puede verificar desde un punto de vista científico-técnico.

Supuestos como el del diagnóstico de una enfermedad grave o terminal, profesión con mucho riesgo u otros como la alteración sobrevenida que previsiblemente producirá esterilidad, son susceptibles de situarse como punto de partida para la aplicación de una futura técnica reproductiva con premorencia de alguno de los sujetos participantes.

En relación a la amplitud del término de fecundación *post mortem* y sobre los numerosos conceptos³ que pueden ser integrados en el mismo, hay divergencias doctrinales para advertirlo en uno u otro sentido en función del contenido que se le dote. Denominaciones⁴ como inseminación o transferencia *post mortem*, fecundación *post mortem* en sentido estricto u otras como la procreación artificial *post mortem*, son solo algunas, y no las únicas como tendremos la oportunidad de analizar, de las discrepancias doctrinales que obligan a la conceptualización del asunto de una manera precisa, coherente y exacta por parte de las legislaciones reguladoras de la materia.

Realizada esta anotación y desde una perspectiva genérica, podemos definir la fecundación *post mortem* como la deseada concepción de un hijo mediante el uso de alguna de las técnicas de reproducción asistida—de ordinario, a través de la inseminación artificial (en adelante, IA) o por fecundación *in vitro* (en adelante, FIV)—, pero con la singularidad de que la titularidad del material reproductor con el que va a ser fecundado el óvulo, pertenece a una persona fallecida.

Para no alejarnos del principal es importante indicar llegados a este punto, que en la legislación española sólo se hace referencia al “material reproductor del marido” y en ninguna ocasión al de la mujer gestante. En caso contrario, nos encontraríamos ante un supuesto de gestación por sustitución (la comúnmente conocida como “vientres de alquiler”) cuyo contrato, a diferencia de lo que ocurre en otros países, en nuestro ordenamiento jurídico sería nulo de pleno derecho (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo).

En la esfera del Derecho comparado, son muy pocos países los que como España han establecido regulación expresa de la materia. Este tipo de prácticas *post mortem* sugieren una serie de conflictos culturales, sociales y religiosos que superan a todas luces las fronteras estatales; ya en el IX Congreso Mundial de Derecho de Familia celebrado en la ciudad de Panamá en el año 1996, se aconsejó incluir en las

legislaciones nacionales la prohibición expresa de la fecundación **post mortem**. Por consiguiente, si hacemos un análisis comparado de las diferentes regulaciones nos encontraremos con ordenamientos jurídicos en donde la prohibición es taxativa, otros en donde la legislación aplicable es mucho más permisiva y países en donde como se ha dicho, todavía no existe normativa sobre la materia.

Singularmente los países más cercanos a nuestro entorno, no son precisamente arquetipos de permisividad en lo que a la regulación de la fecundación *post mortem* se refiere. Véase por ejemplo Francia, Portugal, Italia o Alemania. En Francia es obligación legal que para la inseminación o la transferencia de embriones, el hombre y la mujer que formen pareja estén vivos. En el mismo sentido, la legislación alemana prohíbe expresamente esta forma de aplicar las técnicas reproductivas. El ordenamiento jurídico alemán prevé además, la posibilidad de imposición de penas privativas de libertad al sujeto activo que realizare la acción de fecundar artificialmente y con conocimiento de causa bajo esta técnica de reproducción asistida. La inseminación *post mortem* está igualmente prohibida en Portugal, aun cuando el varón fallecido hubiese dejado su consentimiento por escrito. A pesar de la expresa prohibición que hace el Gobierno luso en su legislación aplicable de julio de 2006, sí que se establece una cautela pertinente a la filiación. La ley portuguesa determina que cuando la misma no fuese respetada y que de la inseminación *post mortem* naciese un niño, se presumirá la paternidad del donante de semen; con la única excepción de nuevo matrimonio o unión de hecho de la mujer con un hombre que haya prestado su consentimiento para la inseminación, en cuyo caso este atribuirá la paternidad. Italia también prohíbe expresamente la fecundación *post mortem*, pues dispone que ambos miembros de la pareja que accedan a las técnicas reproductivas tienen que estar vivos.

Otros países como Noruega y Canadá también prohíben esta clase de prácticas *post mortem*; si bien es cierto, que en el segundo de los casos sí que permite la transferencia de embriones creados *pre mortem*. Por lo que respecta a Suecia, se puede concluir que aun no siendo de manera expresa, se mantiene en la línea de los anteriores. En la legislación sobre reproducción asistida de Dinamarca por su parte, no se prevé la fecundación *post mortem* aunque sí que hay una clara tendencia hacia su flexibilización.

Bélgica, Australia y Reino Unido están instalados en la otra cara de la moneda. Se trata de países relativamente más permisivos y cercanos al espíritu de la legislación española; permiten de manera expresa la fecundación *post mortem* sometida eso sí en alguno de ellos, al cumplimiento de determinados requisitos. Estados Unidos por su configuración jurídico-política, carece de una norma unificada en la materia, lo cual hace que cada Estado dicte su propia regulación. En general, permiten prácticamente cualquier supuesto, requiriendo en algunos estados la conformidad previa al fallecimiento.

Finalmente, la peculiaridad de la regulación en América del Sur radica en que en la mayoría de países latinoamericanos se llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida aun sin contar con explícita normativa estatal; la denominada como *autorregulación*. Las excepciones a estas tendencias de desregulación son básicamente Costa Rica, en la dirección de las legislaciones europeas más restrictivas, Argentina, con una ley sobre técnicas de reproducción asistida de 2013 y discusión en torno a la pertinencia de las mismas así como de sus prácticas *post*

mortem en el momento de escribir estas líneas y Brasil, país que siguió de cerca la aprobación de la ley española de 1988.

Como podemos comprobar tras esta breve descripción, hay un manifiesto contraste normativo que divide territorios, en muchos de los casos inmediatos entre sí, fruto de la poca unanimidad que a priori sugiere el asunto. Por su parte, se colige que la regulación en España como ya he ido apuntando, tiene un marcado carácter permisivo que la diferencia sustancialmente de la mayor parte de los países ahora mencionados. Tal y como refiere la Exposición de Motivos de la vigente Ley española, nuestra normativa“(…) fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en países de nuestro entorno cultural y geográfico.”

III.- La regulación de la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico español

España permitió por primera vez la fecundación *pos mortem* en el año 1988. En la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico permite y regula expresamente este tipo de prácticas en el artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA).

Como era de esperar, a finales de la década de los años 80 la legalización de este tipo de prácticas suscitó una dura polémica en torno a su ubicación constitucional, por lo que se entendía iba en contra del artículo 39.3 de la Constitución española argumentando la falta de asistencia paterna que iba a soportar la generación así nacida. Sin embargo, la cuestión fue zanjada—al menos desde el punto de vista de su constitucionalidad— por la Sentencia del TC nº 116/1999 de 17 de junio, al señalar que es "(…) perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal(…)"⁵

Efectivamente, por todos es sabido que desde la aprobación de la Constitución Española en el año 1978, las relaciones sociales han experimentado profundos cambios originados a su vez por multitud de factores tanto sociales, religiosos como culturales. Entre otras, esto ha sido causa para una adecuación legislativa en los distintos ámbitos y en las diversas esferas por parte de los poderes públicos, con el objeto de dar respuesta a las nuevas necesidades. Sin embargo, la propia carta magna de finales de los años 70 del siglo pasado, ya preveía una serie de títulos competenciales (arts. 149.1, 8º, 15º y 16º CE) que con el transcurso de los años servirían al legislador para abordar, por lo que a este estudio respecta, normas reguladoras de las técnicas de reproducción asistida y de forma específica, para los supuestos de premoriencia del varón.

Precisamente, fruto de las carencias, requisitos y propuestas exhibidas por el conocido como Informe Palacios del año 1986, resultado a su vez del análisis realizado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados, surge la primera norma sobre técnicas de reproducción asistida en nuestro país. Es la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida que ya en su artículo 9 recogía la fecundación *post mortem* en los siguientes términos: "1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la

mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad. 4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.”

Esta disposición legislativa hoy derogada, ha dejado paso a la normativa vigente en materia de reproducción asistida mediante la LTRHA del año 2006 citada con anterioridad. En efecto y al igual que su predecesora, se dedica a la fecundación *post mortem* en su artículo 9 calificando esta situación como *Premoriencia del marido*. Una denominación muy discutible.

De forma complementaria, interesa incluir en el régimen jurídico actualmente aplicable al estado de la cuestión, el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

III. i.-Artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

El artículo 9 de la LTRHA regula como sigue la fecundación *post mortem* o *Premoriencia del marido*:

“1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.”

En un sucinto y comparativo análisis entre la actual LTRHA y su predecesora de finales de la década de los años 80, podemos concluir que ambas disposiciones

prevén el supuesto de *Premoriencia del marido*—aunque titulándolo así solo en la vigente norma—, que en las dos se exige la existencia de consentimiento el cual podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas y que tanto en la Ley del 88 como en la actual del año 2006 se hace referencia al “...varón no unido por vínculo matrimonial (...)”. Una regulación tanto en una como en otra, que apunta de forma expresa a la filiación de la generación resultante.

La vigente Ley modificó la norma que le antecede introduciendo como opción de soporte para el consentimiento del premuerto, además de los casos de autorización en escritura pública y testamento, el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, es decir, el de autorización a la esposa para que se someta a tratamiento, y el documento de instrucciones previas. De igual modo, se altera el plazo previamente establecido para el empleo de la técnica, pasando de seis a doce meses tras el fallecimiento del varón.

No obstante, la principal novedad se encuentra en la presunción del párrafo 2º del artículo 9.2; se trata de una presunción legal de consentimiento, para el caso de que el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de embriones constituidos previamente al fallecimiento del marido. La Ley impone para la validez y efectividad de este consentimiento presunto, la existencia de preembriones constituidos con anterioridad al óbito, teniendo en cuenta que a los efectos de la citada se entenderá por preembrión “(...) el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.” (art.1.2). A priori y por la dicción literal del precepto, parece que en esta presunción legal de consentimiento no tienen cabida los supuestos de relaciones *more uxorio* o parejas de hecho.

Veamos un poco más detenidamente los requisitos que expresamente dispone el precepto objeto de estudio; esto es, el consentimiento o autorización del varón, que este se preste en una determinada forma prevista y el cumplimiento del plazo de 12 meses entre el fallecimiento y la realización de la praxis fecundatoria. A lo que habrá que añadir evidentemente, la necesidad de muerte o declaración de fallecimiento del marido o varón premuerto.

Consentimiento

El primero de los requisitos formales exigidos por la LTRHA, planea sobre la existencia de una voluntad real plasmada por escrito en alguno de los soportes indicados en la misma; el consentimiento previo del fallecido. La figura del consentimiento se incardina así como elemento nuclear de este tipo de relaciones, a la vez que acredita su propia existencia. El consentimiento de los miembros de la pareja ha de ser libre, expreso y voluntario, exceptuándose la ausencia del mismo en caso de violación. Se trata de la conformidad libre, voluntaria y consciente exigida de igual modo en otros sectores del Derecho y del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la validez del consentimiento de la mujer futura gestante, además de ser mayor de edad y con plena capacidad de obrar, este deberá de haber sido otorgado de forma libre, consciente, expresa y siempre por escrito (art.6.1 LTRHA). Con el cumplimiento de los anteriores mandatos, informada tanto de las probabilidades de éxito como de los riesgos y habiendo aceptado la aplicación de estas técnicas con anterioridad a su inicio, la ley presume que la mujer ha prestado

este consentimiento (art.3.1 LTRHA). Además, si estuviera casada, se exigirá de igual modo el consentimiento del cónyuge (art.6.3 LTRHA).

En términos generales, estas exigencias son las que la LTRHA ordena para el acceso de cualquier mujer a una técnica de reproducción asistida. Sin embargo para el supuesto que nos ocupa, el artículo 9 de la norma añade un nuevo requisito; el consentimiento del cónyuge o pareja premuerto. A priori, lo que se deduce de la literalidad del título del precepto, es que este tipo de fecundación solo cabe en su forma homóloga; esto es, con gametos provenientes del marido o pareja. Sin embargo, en el apartado tercero del artículo 9 se da cabida de forma expresa a las relaciones de more uxorio o pareja de hecho, estableciendo que también podrá ser parte en este tipo de utilización de tecnología reproductiva "...el varón no unido por vínculo matrimonial". Ergo, el cónyuge casado firmará su consentimiento para la fecundación respecto a su mujer, mientras que el varón de la pareja de hecho lo hará con respecto a una mujer específica y determinada. Autores como LLEDÓ YAGÜE entienden que la aplicación de técnicas reproductivas post mortem, no será posible para el varón que esté casado y separado de su mujer respecto a la pareja con la que conviva.⁶

Además y como ya se ha hecho notar, la vigente LTRHA introduce la figura del consentimiento presunto con las peculiaridades anteriormente descritas para "(...) cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.". No basta por lo tanto con que se haya iniciado el tratamiento, sino que exige que existan preembriones antes del fallecimiento del marido. Sin embargo, el llevar a la praxis reproductora este tipo de presunción podría entrar en colisión con otra de las disposiciones legales que también son de aplicación en la materia. Así las cosas, tanto el artículo 7.2b) como el artículo 12.1b) del RD 413/1996, de 1 de marzo referidos a la criopreservación del semen el primero, y de los preembriones vivos sobrantes de una FIV el segundo, obligan a la existencia de expreso consentimiento en caso de fallecimiento del varón. En efecto, se prohíbe la fecundación de la pareja cuando para estos supuestos no exista consentimiento expreso y por escrito del varón fallecido.

Forma del Consentimiento

Se trata de un consentimiento formal en tanto en cuanto para que el mismo sea válido y despliegue sus efectos, tendrá que ser expresado por escrito en alguno de los soportes legalmente establecidos. Todo ello con excepción de la presunción del párrafo segundo del artículo 9.2 LTRHA.

En consecuencia, para que el material reproductor del varón premuerto pueda ser utilizado para la fecundación, el consentimiento del fallecido habrá de ser previamente expresado bien en algún tipo de disposición testamentaria, bien en documento público o en el de instrucciones previas, bien en el documento mencionado en el art. 6.3 relativo a los usuarios de las técnicas de reproducción asistida en general. Combinación de varios tipos de posibilidades formales, tanto a través de escritos públicos como privados.

El consentimiento, por ser un acto personalísimo será revocable en cualquier momento anterior al inicio de las prácticas previstas en el artículo 9 de la LTRHA.

Plazo

Por último, el apartado segundo del artículo 9 de la LTRHA indica que el material reproductor del varón podrá ser implantado en la mujer en el plazo de los 12 meses siguientes al fallecimiento del sujeto. Aumentando como ya se ha dicho, en seis meses con respecto a la regulación precedente.

En consecuencia y según la dicción literal del precepto objeto de análisis, cumplidos los requisitos formales previamente descritos, la generación resultante de las técnicas de reproducción asistida *post mortem* "(...) producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial". Lo que supone, la atribución *iure et de iure* de la condición de hijo o hija matrimonial a los que la doctrina ha venido denominando como hijos *superpóstumos*.⁷ *Contrario sensu*, el incumplimiento de los mismos anularía el vínculo filiativo paterno con sus correspondientes derechos sucesorios pero no la filiación materna; esto parece indicar que el espíritu de la norma busca la asimilación a la regulación de los hijos póstumos. Todo ello con excepción de la novedosa previsión del consentimiento presunto. Además, con respecto a la filiación paterna del varón de la pareja de hecho que como ya se ha advertido se le ofrece la posibilidad de acceder a este tipo de técnica *post mortem*, será su consentimiento para el acceso a las mismas el que sirva "(...) como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad."

En este sentido, se puede deducir que nos encontramos ante los requisitos de la filiación derivada del empleo *post mortem* de alguna de las técnicas de reproducción asistida previstas en la LTRHA; de tal manera, que todo parece indicar que la filiación de la generación resultante vendrá determinada por lo previsto en el artículo 9.2 LTRHA sin que tenga que entrar a efecto la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil.

En consonancia con esta línea argumentativa, la posición de este análisis es que que la ley no impide la fecundación *post mortem*, sino que establece un conjunto de formalismos cuya aceptación o rechazo actuarán como *conditio sine qua non* para con la futura filiación así como para con los derechos sucesorios del *concepturus*.⁸

En todo caso y aunque se entiendan superadas⁹ determinadas críticas o posturas relativas a estos extremos y en especial por lo que al vínculo de filiación paterna y derechos sucesorios se refiere, lo cierto es que no existe unidad de criterio ni claridad legislativa.¹⁰

IV.-Crítica, propuestas y conclusiones

Por la incidencia en la esfera derechos sumamente sensibles, en los valores más personales y en definitiva, en el orden social previamente establecido, se trata de un asunto este de la fecundación *post mortem*, que genera debate y posiciones muy encontradas. Desde el mismo instante en el que este tipo de prácticas encierra planteamientos éticos de gran calado y que consecuentemente reflejan la inexistencia de una respuesta social unívoca, considero imprescindible dar una posición privilegiada a la acuciante necesidad de previo debate Bioético a la decisión jurídica y legislativa que en su caso se adopte.

Dicho esto y posicionado en cuanto al tipo de abordaje de posibles reformas o nuevas disposiciones al respecto, voy a intentar aportar una serie de propuestas a

modo de hipótesis de *lege ferenda* en determinados aspectos que entiendo, debieran modificarse o al menos, dotar de mayor claridad.

A priori, hay que partir de la base de la posibilidad técnica y científica de estas prácticas. Es decir, desde un punto de vista científico, es posible llevar a cabo una fecundación o fertilización *post mortem*; cuestión, por otro lado, que queda acreditada por la realidad social de este siglo no solo en nuestro país sino que en todo el mundo: la obligación del Derecho no es otra que entrar a regular las relaciones sociales que dimanen de la tecnología reproductiva.

En dicha irrupción jurídica, considero inevitable el admitir que el elemento nuclear del s. XXI no solamente en lo que a fecundación con material genético del premuerto se refiere, sino en relación a las prácticas de reproducción asistida en general, así como a cualquier práctica relativa a la libertad y al desarrollo¹¹ de la personalidad individual, va a ser la voluntad. La prioridad del elemento volitivo.

Determinadas instituciones, son eso, instituciones jurídicas creadas en su momento por el Derecho para abordar, insisto en su momento, determinadas situaciones sociales; y por lo tanto, susceptibles de cambio cuando así la sociedad lo requiera. Este *mutatis mutandis* no quiere decir, añadido, la eliminación *per se* sino más bien, la convivencia pacífica de las distintas modalidades.

Admitida la necesidad de dar entrada al Derecho para regular y regularizar en la medida de lo posible así como condicionar la realización de las mismas al cumplimiento de determinados requisitos diferenciando el uso del abuso, el siguiente paso es precisamente ese, regular y analizar lo legislado para abordar posibles necesidades de modificación.

Tal y como he venido analizando a lo largo de la presente exposición, el legislador español ha optado por incluir la premoriencia a los efectos de fecundación asistida en el artículo 9 de la LTRHA. España regula este supuesto y además lo hace en una de las legislaciones pioneras en la materia; es por tanto legal y además constitucional.⁵

Esto no es óbice para admitir la carencia de determinados aspectos que obedecen en algunos supuestos entre otras muchas, a una mala técnica legislativa. Así por ejemplo se explicaría la distinción que de modo continuo se hace en el precepto entre "marido", "varón" y "varón no unido por vínculo matrimonial". Fíjense, mientras que en el párrafo primero del apartado segundo del artículo 9 establece que "...el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento...", el apartado primero se refiere de la siguiente manera: "...se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón." Inseguridad Jurídica que se acentúa al advertir la ausencia de exigencias sobre la edad del varón así como el número de fecundaciones *post mortem* que puedan ser realizadas por la misma persona en el plazo legalmente establecido.

De igual modo, es verdaderamente llamativo lo que establece el artículo 11.3 LTRHA cuando determina que "la crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuado para la práctica de la técnica de la reproducción asistida." Ergo, a la luz del mismo, podría llevarse a cabo una fecundación *post mortem* si así es autorizado por el equipo médico. Sin embargo, el silencio del legislador en cuanto a los efectos de filiación es manifiesto ya que según el requisito

del artículo 9, no podrán ser superados para ello los 12 meses. De nuevo, inseguridad jurídica.

Lo mismo ocurre para la revocación del consentimiento emitido; sería adecuado aclarar si la voluntad para anular la pretensión de fecundación *post mortem* posterior cabe en otro tipo de soporte—sea público o privado— con relación al previamente empleado.

Lo comentado hasta el momento se refiere a algunos de los aspectos que entiendo debieran ser corregidos de la letra de la norma.

Sin embargo y sin tratar de restarle ningún ápice de importancia a los anteriores, creo que otras cuestiones vigentes relativas a lo examinado ya se sitúan en un terreno de complicado encaje, o al menos tedioso, en la sociedad actual. Se trata de una serie de elementos o categorías previstas—o ausentes—en la norma, que ya no son admisibles en la sociedad de este siglo, pero sobre todo, desde mi punto de vista, no lo son por la contravención que suponen para con la aplicación del principio del interés superior del niño.

Así las cosas, considero adecuado la eliminación del primer punto del artículo 9. Esto es, o se permite la fecundación *post mortem* con sus correspondientes controles y cautelas y consecuentemente genera la filiación correspondiente del *concepturus*, o se prohíbe expresamente y se evita lo que a mi modo ver en algunos supuestos, supone sancionar al más indefenso, al menor. Pero de nada sirve un precepto en donde no se prohíbe pero se advierte que de hacerlo sin la aplicación de determinados requisitos, “no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido (...)”. A quien hay que proteger es al que no se puede defender; al contrario, no podrá ser sancionable quien no ha hecho nada para merecerlo.

Si continuamos haciendo un recorrido por la norma o al menos en una interpretación literal de la misma, se concluye que el artículo 9 de la LTRHA hace referencia solo a la fertilización homóloga *post mortem*; pero, ¿qué ocurre con la heteróloga? Partiendo de la base, en principio aceptada, que entre otras cuestiones estas prácticas se llevan a cabo para formalizar un proyecto de pareja, o damos prioridad a la voluntad (como parece que sí lo hace la legislación en el resto de las técnicas de reproducción) o por el contrario la dejamos de lado. ¿Por qué no puede ser material reproductor de un donante? ¿Qué ocurre por ejemplo si el marido es infértil? En vida por su parte, a través de la IAD sí que se permite. ¿Se ha seguido algún criterio para esta redacción legislativa? Podemos presumir que en este supuesto y a diferencia de lo que ocurre con el resto de lo previsto, no se le da prioridad ni a los problemas de infertilidad, ni a la *voluntas*. Cuando parece que en el resto de técnicas hemos dejado atrás la verdad biológica para conseguir de una manera libre una verdad voluntaria, parece que la moral personal ha sucumbido siendo plasmada así en la normativa. En este sentido, creo que sería necesario replantearse la dicción literal con el objeto de dar acceso a la fecundación *post mortem* heteróloga.

Otra cuestión que desde mi punto de vista puede llevar a error, se sitúa en relación a lo que—de nuevo— la literalidad del precepto establece para con las parejas *more uxorio*. Es en el párrafo segundo en donde se introdujo la gran novedad en el año 2006, la presunción legal del consentimiento; sin embargo y a estos efectos, sólo habla del marido y no del “...varón no unido por vínculo matrimonial...” como sí se

refiere en el siguiente apartado-art.9.3-. Aunque la gran mayoría de la Doctrina entiende incluido en el supuesto de la presunción legal de consentimiento también a este último, considero que no estaría de más dejarlo claro y evitarnos problemas de litigios e inseguridad jurídica. Tal y como también genera sus tensiones doctrinales en otros ámbitos del Derecho, creo que habría que observar la posibilidad de regular en algún sentido la figura del consentimiento presunto, a los efectos de resolver los problemas del binomio ausencia de consentimiento expreso y presencia de voluntad, o al menos, matizar las presunciones. Se podría introducir algún filtro para intentar resolver ese "caso por caso" a donde la literalidad de una norma no puede llegar. Piénsese por ejemplo en articular el establecimiento de un comité bioético u órgano colegiado que emitiera informe en los supuestos en donde no sea clara la entrada de la presunción del consentimiento. Un informe que sería preceptivo y que modularía y apoyaría al órgano judicial en su toma de decisión. Otra opción para minimizar posibles conflictos podría ser la que de *lege ferenda* propuso la Audiencia Provincial de Valladolid en un Auto del año 2007, en relación con la obligada disposición al respecto en el documento de acceso a las técnicas previsto en el artículo 6.3 LTRHA.¹²

De lo contrario, podría producirse la disparatada situación de que mientras las familias materna y paterna del ya niño o niña, reconocen la paternidad del varón premuerto, el Estado la rechace o incluso la ignore. ¿Cuál extremo inferior se le atribuye en estos supuestos al supremo interés del menor? Se puede sancionar al centro que ha permitido la fecundación en este sentido, se puede sancionar incluso a la madre—lo cual ya es muy discutible—pero a quien no se puede sancionar en ningún caso es al indefenso, al menor.

Por último y en ligazón con lo justo precedente y ya desde una perspectiva amplia, reflexión no solo acomodable a la fecundación *post mortem* sino que extensible para con las técnicas de reproducción humana asistida en general, sostengo como muy conveniente el establecimiento expreso dentro del Código Civil, de lo que la mayoría de la doctrina ha venido denominando como "el tercer tipo de filiación".

Es decir, el establecimiento definitivo de un título dedicado a la filiación de la generación resultante de las técnicas de reproducción asistida en general, y por lo que a este análisis interesa, para con la generación nacida de la técnica reproductiva *post mortem*. De igual modo, el establecimiento expreso del régimen de derechos sucesorios del *concepturus*.

Esto supondría su regulación de manera autónoma dejando de una forma clara y sistemática efectivamente el régimen jurídico aplicable con sus condiciones, excepciones y toda la estructura que resultare precisa para una mayor seguridad jurídica de todas las partes implicadas.

En definitiva, prevención y compensación en buena forma por quien tiene capacidad para ello, sobre todas estas cuestiones relacionadas con la voluntad, en último término, procreacional, por un lado ayudará a solventar en gran medida conflictos que ya se están produciendo y por otro, actuaremos desde un punto de vista preventivo-a mi juicio- esencial. En estos terrenos de lo biológico y lo tecnológico, lo extraño es el estancamiento; así el estado de la cuestión, ni el Derecho ni la Bioética pueden actuar tal que compartimentos estancos en las relaciones sociales que nacen de forma continua, ni mucho menos, posicionarse como muros de contención frente a estas.

Una reforma legislativa que adopte el espíritu de la prioridad del elemento volitivo— con los matices y filtros necesarios—serviría entre otras para reforzar todo tipo de vínculos existentes, protegiendo positivamente aquellos más débiles. Procediendo para ello si fuere necesario a la conceptualización *ex novo* de determinados nociones y figuras que de no hacerlo, sería idóneo para provocar que las prácticas se volvieran totalmente arbitrarias al dejar en el terreno de la inseguridad jurídica e incluso de la mercantilización, y por lo tanto desamparados, a determinados grupos de población.

Como corolario y reiterando el inicio de mi argumentación, todo ello exige un debate ético, jurídico, de carácter multidisciplinar y abstraído de todo prejuicio, en donde a mi modo de entenderlo, va a resultar fundamental la presencia de la bioética. Hay espacios a los que el Derecho—o al menos en solitario— no puede llegar, y hay que ser conscientes de esto.

V. Bibliografía

- GÁMIZ SANFELIU, M. "Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida", *Actualidad civil*, Nº 10, 2009.
- JIMENEZ MUÑOZ, F.J. "Fecundación *Post Mortem*", en *La Reproducción Asistida y su régimen jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2012, pág. 79 y ss.
- LAMM, E. "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida" *Revista de Bioética y Derecho*, [online]. 2012, Nº. 24, P.76-91.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. "Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem", *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Nº6, 1994, P. 109-142.
- LLEDÓ YAGÜE, F.; MONJE BALMASEDA, O. y OCHOA MARIETA, C. "Artículo 9. Premoriencia del marido", en *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, P. 123-156.
- PÉREZ GALLARDO, L.B. "Inseminación artificial y transferencia de preembriones "post mortem" procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana (algunas glosas al artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de España)", *Revista General de legislación y jurisdicción*, Nº.4, 2007, P.605-630.
- ZURRIARÁIN, R.G. "Técnicas de Reproducción Humana Asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado", *Cuadernos de bioética*, Vol.22, Nº75, 2011, P.201-214.

LA RELACIÓN ENTRE LA BUROCRACIA Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

ANDREA MARÍA MARTÍNEZ DAMEA
Doutoranda en Ciencia Política
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto de "Burocracia": a. Max Weber, b. Ludwig Von Mises, c. Otras aportaciones teóricas. 3. Concepto de "Políticas Públicas". 4. Políticas Públicas y Burocracia: a. La política de la Burocracia, b. El gobierno burocrático, c. Figura central de la burocracia: El Burócrata. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

Resumen: Burocracia y Políticas Públicas, a priori, no parece que sean términos que estén relacionados directamente debido a que la burocracia es referida al conjunto de funcionarios que conforman la Administración Pública y las Políticas Públicas son las decisiones públicas que llevan a cabo los miembros del gobierno, es decir, los representantes políticos. Sin embargo, en el proceso de elaboración de esas políticas hay presentes esos empleados públicos que son los que manejan información importante y valiosa para el gobierno que puede determinar la puesta en marcha o no de las políticas públicas, independientemente de si son buenas o malas políticas. La relación entre ambos conceptos va más allá de lo que se piensa.

Palabras Clave: Burocracia, Políticas Públicas, Estado.

Abstract: Bureaucracy and Public Policy, a priori, doesn't seem to be terms that are directly related because the bureaucracy is referred to all officials who make up the Public Administration and Public Policy are public decisions holding members of the government, i.e., political representatives. However, in the process of developing these policies are present these are public employees who handle important and valuable information for the government that can determine the implementation or not of public policy, regardless of whether they are good or bad policy. The relationship between the two goes beyond what you think.

Key Words: Bureaucracy, Public Policy, State.

1) Introducción

Los términos de "Burocracia" y "Políticas Públicas" son dos conceptos que están interrelacionados, sobre todo en el proceso de elaboración de las políticas públicas. Tal es así, que es la misma Burocracia la que lleva a cabo las políticas públicas e incluso las elabora previamente, con toda una connotación ideológica clara.

Trataré de explicar la relación entre estos dos conceptos, las distintas acepciones que algunos pensadores dan del concepto de "Burocracia" (concepto interesante para su estudio) con las visiones incluidas de algunos pensadores que han escrito sobre, no sólo la Burocracia, sino también de la gestión burocrática.

2) Concepto de "Burocracia"

Si cogemos la palabra "Burocracia" suena como un ente abstracto porque "Burocracia" no es un elemento concreto que podamos tocar o sentir, este término es referido a un colectivo específico que comparten unas características comunes, un modo de trabajo, con un modelo de organización, actualmente, jerárquico, etc.

A nivel popular, la Burocracia está relacionada con la clase política, con los que ejecutan las políticas públicas y no se refieren a ese gran número de funcionarios que hay en todas las administraciones públicas que son los que llevan a cabo los trámites, procesos, etc. de cualquier acto legislativo llevado a cabo por los gobernantes.

Cuando hablamos de Burocracia, los ciudadanos lo relacionan siempre con la clase política. Actualmente, los ciudadanos no se equivocan ya que no hay una separación entre los políticos y la administración, que es donde los funcionarios ejercen sus funciones.

A mediados del siglo XVIII, el término "Burocracia" fue desarrollado para la designación del grupo de funcionarios que ejercieran sus funciones dentro de la nueva administración que se estaba conformando en aquella época debido a la reconversión administrativa ocurrida en los países europeos, pasando de las monarquías absolutistas al establecimiento del Estado moderno y de sus principales actores. A partir del siglo XIX, diversos teóricos establecieron sus teorías, como por ejemplo Saint-Simon y Marx, sobre la configuración de una administración en favor de los ciudadanos acabando con los privilegios de la clase dirigente y estableciendo un nuevo modelo donde el principal actor fuera el ciudadano y no un grupo de personas con privilegios especiales sobre los demás que tomarán las decisiones que afecten, por entero, a la sociedad.

Uno de los estudiosos contemporáneos que se dedicó al tema de la burocracia y las políticas públicas fue B. Guy Peters. En su libro *La política de la Burocracia*¹ hace (entre otros temas que trata su libro) una distinción entre Burocracia y Administración, porque normalmente son conceptos que llevan a confusión y a engaño y se piensa que son la misma cosa, cuando realmente no lo son, describe ambos conceptos de la siguiente manera. La Administración, según Peters, la describe de dos maneras: la primera manera es referida en cuanto a las funciones de la Administración, es decir, el proceso de aplicación de reglas y la segunda manera, que Peters utiliza para definir la Administración es como estructura gubernamental. En esta segunda definición, Peters hace referencia a las funciones meramente políticas y económicas y no encarna ninguna concepción a las funciones administrativas. En cuanto al término de Burocracia, estrictamente utiliza esta definición:

*Las organizaciones que tienen una estructura de administración piramidal, que aplican reglas universales e impersonales para mantener la estructura de autoridad, y que subrayan los aspectos no discrecionales de la administración*².

¹PETERS, B. G. "La política de la Burocracia", México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. Pág. 67-85.

²PETERS, B. G. "La política de la Burocracia", México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. Pág. 69.

Dada esta definición de Burocracia que presenta Peters, se puede ver que recoge muchas de las características del concepto de Max Weber sobre la Burocracia. Más que una definición de la Burocracia, como órgano institucional o como parte integral de lo que es la función pública, es más bien una descripción de la estructura burocrática, de cómo se compone, etc. Niskanen si ofrece una "definición" de la Burocracia:

Las burocracias son organizaciones no lucrativas, es decir, sin afán de lucro que al menos una parte de la burocracia está financiada por una asignación periódica o por una subvención³.

En la literatura sobre la burocracia, siempre se ha dividido este tema en dos perspectivas⁴, la perspectiva macro y la perspectiva micro. En la perspectiva macro se ve a la Burocracia como un fenómeno organizativo, mientras que en la perspectiva micro se ve la Burocracia desde el punto de vista de los individuos, es decir, de los funcionarios que trabajan en la función pública.

Peters, en su obra, refleja bajo mi punto de vista todos los puntos no sólo de la Burocracia tanto en la perspectiva macro como en la perspectiva micro, sino que también hace referencia a varios puntos sobre el sector público, que es al fin y al cabo en donde la Burocracia pública ejerce su poder.

A lo largo del tiempo, los gobiernos van adquiriendo mayor poder y mayor tamaño debido a su expansión, no sólo político, sino también por la creación de nuevas instituciones políticas o administraciones. Este tendente crecimiento⁵ no sólo del Estado, sino de la Administración pública conlleva a un aumento no sólo de la cantidad funcionarios que trabajen en la función pública sino que también deben de crear nuevas estructuras organizativas, con nuevas funciones, etc para poder así justificarlas ante los ciudadanos. Y el problema no es sólo la cantidad excesiva de funcionarios, que cada vez va a peor, sino que esos puestos de trabajo que se crean son puestos fijos⁶ en la Administración y eso conlleva a un posible estancamiento de los trámites administrativos, sino que a lo largo del tiempo los mismos funcionarios acaban por estancarse ellos mismos y como no corren ningún peligro de perder su puesto de trabajo de olvidarse incluso de ejercer su propia función pública dentro de la Administración.

Otra cuestión fundamental, no sólo en la Burocracia pública, sino también en el Gobierno en general es la cuestión de los presupuestos. Para poder llevar a cabo las políticas de un gobierno, independientemente el color político del gobierno, es necesario un requisito fundamental que es destinar una cierta cantidad de dinero para poder llevarlas a cabo. El problema es cuando, las distintas administraciones o sectores de la función pública empiezan a exigir al Gobierno central más dinero, por el simple de que el dinero que se las ha transferido no han sabido gestionarlo de una manera eficaz y de manera responsable. Y también la existencia de unos

³ CARNIS, L A.H. "The economic theory of Bureaucracy: Insights from the Niskanian Model and The Misesian approach" The Quartely Journal of Austrian Economics, 12, no. 3 (2009). Pág. 61

⁴ BASTOS BOUBETA, M. A. "Burocracia, burocratización e reforma Administrativa". Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, D.L. 1998. Pág. 22

⁵PETERS, B. G. "La política de la Burocracia", México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999 Pág. 87-122.

⁶PETERS, B. G. "La política de la Burocracia", México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999 Pág. 181-237.

presupuestos⁷ en la función pública es una manera de expresión del poder político, es decir, se tiene la idea de que un gobierno para que ejerza sus políticas, sobre todo la política económica, y garantizar el famoso Estado de Bienestar tienen que tener dinero en las arcas públicas y a esto va relacionado con la eficacia y eficiencia que es una idea promulgada y aceptada en la opinión pública en la actualidad. También, en la actualidad, se tiene la idea de que es el Estado quien proporciona los recursos y también que pueden satisfacer las necesidades de los ciudadanos, pero se olvidan de que es el Mercado quien hace una óptima satisfacción de las necesidades de los consumidores. Rothbard, en uno de sus últimos trabajos⁸, comenta esta idea de que es el Mercado quien debe proporcionar y satisfacer las necesidades de los ciudadanos, debido a que la Burocracia lo único que busca es su propio beneficio personal. De acuerdo, con Rothbard, en la Burocracia en general no existe ningún incentivo que sirva para que los burócratas sean más eficientes a la hora de ejecutar sus funciones en la función pública ya que sus ingresos totales provienen de los ingresos coercitivos que el Estado consigue a través de los ciudadanos, en cambio en el ámbito empresarial, los empresarios son lo más eficientes posibles en servir las demandas de los consumidores y no utilizan medios coercitivos para la obtención de ganancias.

a. Max Weber.

Max Weber fue un filósofo, economista, jurista, historiador, politólogo y sociólogo alemán, aunque Weber es considerado uno de los padres de la sociología nunca se vio como tal, sino como un historiador. Tiene múltiples estudios en los campos de la sociología de la religión, del gobierno y de la economía.

La parte del estudio de Max Weber que nos interesa destacar, es la de la llamada "Tipo ideal de Burocracia" de Weber. Diseña su tipo ideal de Burocracia, basándose en 6 principios, los cuales caracteriza hoy en día la Administración Pública y que así queda reflejado en la legislación⁹ que rige los principios de la Administración, por ejemplo, en el caso de España:

1. **Estructura jerárquica formal:** en la burocracia diseñada por Max Weber, establece que la Burocracia debe estar estructurada de una manera jerarquizada para evitar la desorganización y que los escalones más bajos de la estructura burocrática sepan a quienes acudir en el caso de algún problema. En este punto, podemos destacar la justificación que ofrece Rothbard¹⁰: Rothbard dice que una burocracia es necesariamente jerárquica por dos motivos:

- a. Por la Ley de Hierro de la Oligarquía¹¹

⁷PETERS, B. G. "La política de la Burocracia", México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. Pág. 397-443.

⁸ROTHBARD, M. N. "Bureaucracy and The civil service in the United States" Journal of Libertarian Studies.1995.

⁹Los principios de la Administración Pública en España están regidos en la Constitución Española de 1978, en la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común y en la ley 6/1997, de 14 de Abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (AGE).

¹⁰ROTHBARD, M. "The Structure and Goals of Bureaucracy" Bureaucracy and civil service in the United States. Pág. 9-16

¹¹ Fue desarrollada por Robert Michels, (sociólogo alemán especializado en el comportamiento político de las élites intelectuales) Esta ley se basa en tres principios:

- b. Y por una idea comentada anteriormente, por el crecimiento de la propia estructura burocrática.
2. La administración burocrática tiene unas **reglas** que tienen que seguir todos los funcionarios.
3. Cada persona que trabaje en la función pública, tiene asignado una función o un papel determinado que debe ejercer, es decir, **una especialización del trabajo**.
4. **Objetivo de la Burocracia:** debido al establecimiento de una organización jerárquica en la Administración Pública como método de ordenación interna, existe la tendencia del favorecimiento a los altos cargos a la hora de ejecutar cualquier decisión o política pública y siempre dentro del departamento u oficina donde se lleve a cabo.
5. **Igualdad entre los funcionarios.** Con el término "igualdad", Weber quiere decir que cualquier funcionario puede aspirar a cualquier cargo, si saben cómo conseguirlo.
6. **Contratación con base en calificaciones técnicas:** La persona que supere unas oposiciones para acceder a un cargo en la administración pública debe de tener una serie de conocimientos previos.

Aunque Weber desarrolló este "tipo ideal de Burocracia", la realidad es otra. La realidad es que la Burocracia tiene problemas difíciles de erradicar, y como en cualquier tipo de organización, de corrupción, nepotismo, etc. Sin embargo, se está viendo un claro crecimiento, no sólo de la Burocracia, sino también del Sector Público en general debido a la creencia de que cuanto más presencia de lo público haya en la sociedad, cuanto más intervención pública haya, mejor se solucionan los diversos problemas de la ciudadanía y habrá un mejor funcionamiento de las instituciones y de las diversas organizaciones, tanto públicas como privadas, que configuran el sistema visión tomada por parte de los actores públicos y por una parte de la ciudadanía, pero la otra visión que hay es que cuanto más papel y función tenga el Sector Pública habrá más entorpecimiento y más dificultades para llevar a cabo cualquier proyecto que beneficie a la sociedad, tanto si lo lleva a cabo un solo individuo que si lo lleva un colectivo que no comulgue con el ideario general, incluso el propio Max Weber admite que no puede existir un modelo ideal de burocracia y que puede degenerar en los problemas que actualmente imperan en la Administración Pública en España debido a su configuración.

a. Cuanto más grandes se hacen las organizaciones, más se burocratizan, ya que, por una parte se especializan; y, por otra, deben tomar decisiones cada vez más complejas y de una manera más rápida.

b. Se desarrolla una dicotomía entre eficiencia y democracia interna; de modo que para que la organización sea eficiente necesita un liderazgo fuerte, en detrimento de una menor democracia interna.

c. La propia psicología de las masas hace deseable el liderazgo, puesto que son apáticas, etc.

En el caso de las Burocracias, el primer principio es el característico de las burocracias actuales.

b. Ludwig Von Mises.

Ludwig Von Mises¹² es uno de los mejores economistas de toda la historia del pensamiento económico que supo hacer una buena defensa del mercado libre y fue un muy buen crítico del Estado y de la acción intervencionista¹³ del Estado en la economía. En este trabajo, cabe destacar una de sus grandes obras que se titula "Burocracia (1944)".

El capitalismo es aquel sistema económico de cooperación social y división del trabajo que está basado en la propiedad privada de los medios de producción, bajo una libertad económica y empresarial. La empresa privada es una de las características claves del capitalismo, es decir, sin propiedad privada, sin empresas privadas, etc. No existe capitalismo. Mises en su libro demuestra, cómo se configura el sistema económico compatible (capitalismo) con el mercado, y como la interferencia del Estado en la economía distorsiona completamente cada una de las características del Capitalismo, y en concreto se centra en la Burocracia.

También en su libro, hace referencia a un término concreto que es el "Cálculo Económico"¹⁴. Concretamente, el cálculo económico¹⁵ es compatible en una economía de mercado, bajo un sistema socialista no: es compatible en una economía de mercado porque toda planificación y diseño de proyectos empresariales está basado en los precios de mercado, y también está basado en las valoraciones subjetivas de los bienes de consumo por parte de los consumidores. Esto en una comunidad socialista¹⁶, es imposible de llevar a cabo ya que sería el Estado quien poseería los medios de producción y producirían los bienes de consumo que a juicio del propio Estado serían necesarios y convenientes para la sociedad, sin contar con la opinión pública.

Otro punto que Mises expone en su libro, es la Gestión Burocrática¹⁷. El modelo de gobierno compatible con la gestión burocrática es la democracia, concuerdo con Mises en todo su pensamiento pero en este caso concreto, es demostrable (como muchas otras cuestiones de su pensamiento económico) de que la gestión burocrática es compatible con la democracia ya que en un sistema dictatorial quien dicta las leyes, y demás decisiones es la figura única del dictador o mandatario. Según cuenta Mises, que se afirmaba de que la gestión burocrática no era compatible con un gobierno democrático, esto lo considera Mises como una

¹² Fue un economista austríaco que tuvo influencia en el movimiento libertario en pro del mercado libre y en la Escuela Austríaca de Economía.

¹³ MISES, L V. "Crítica del Intervencionismo". Unión Editorial, 2001. P 383.

¹⁴ MISES, L V. "Economic Calculation" Chapter. 1 Profit Management. Bureaucracy NEW HAVEN

YALE UNIVERSITY PRESS, 1944. Pág. 22- 31: Método de cálculo y computo en la planificación de nuevos proyectos y evaluar los usos de la operación de aquellos recursos que ya se estén trabajando.

¹⁵ MISES, L V. "El cálculo económico en el sistema socialista".

¹⁶ HUERTA DE SOTO, J. "El debate en torno a la imposibilidad del cálculo económico en el socialismo" Socialismo, cálculo económico y función empresarial. 2001. Pág. 27-30

¹⁷ MISES, L V. "Chapter. 2. Bureaucratic Management". Bureaucracy. NEW HAVEN YALE UNIVERSITY PRESS, 1944. Pág. 40-56

falacia. La gestión burocrática es compatible con la democracia¹⁸ por los dos principios básicos que la configuran:

1. La primacía de la ley
2. El presupuesto

Con respecto a la primacía de la ley, Mises se refiere a que ningún cargo de la función pública tiene el derecho de interferir en cualquier tipo de asunto de un individuo o grupo de individuos en concreto. La ley tiene otra función que es el limitar la acción de los gobiernos sobre los ciudadanos.

Y con respecto al segundo principio de configuración de la democracia, el presupuesto, Mises expone que el objetivo de un gobierno democrático es el bienestar público y aquí es donde entra la cuestión del Presupuesto. El presupuesto se ha conceptualizado y definido en diversas formas, en concreto destacar dos definiciones importantes:

Fritz Neumark: *el presupuesto es un resumen sistemático y cifrado, confeccionado en periodos regulares, de las previsiones de gastos (en principio obligatorias para el poder ejecutivo) y de las estimaciones de ingresos previstos para cubrir dichos gastos.*

Wildavsky (1997): *A Budget is a prediction. A budget contains words and figures that propose expenditures for certain objects and purposes. The words describe types of expenditures (salaries, equipment, travel) or purposes (preventing war, improving mental health, providing low-income housing), and the figures are attached to each item.*

En las democracias actuales, cada año se sacan unos presupuestos generales del Estado donde aparecen las partidas presupuestarias que supuestamente son las "inversiones" que el Estado hace para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, es lo que se denomina con el famoso término del "Estado del Bienestar". Mises, concluye diciendo que la gestión burocrática contiene estas dos características y que únicamente es compatible con la democracia. Pero la gestión burocrática no tiene libertad absoluta para hacer y deshacer a su antojo, también se tiene que someter a las reglas y a cumplirlas, y esa tarea es encomendada al Burócrata, figura que comentaremos al final del trabajo.

Como última idea a comentar en este punto, Mises compara la gestión burocrática en la empresa pública y en la empresa privada, más bien explica ambas características. La gestión burocrática en la empresa pública, explica Mises, la idea que comentábamos al principio que el cálculo económico es incompatible con un sistema de planificación central o sistema socialista, debido a que las empresas pública son propiedad única y exclusivamente del Estado¹⁹. En cambio, en un sistema capitalista la llamada gestión burocrática no daría lugar debido a la existencia de precios de mercado, propiedad privada de los medios de producción, etc. El problema que hay en la actualidad, por ejemplo en España, existe una mezcla de ambos sistemas lo que en economía se llama "Sistema Mixto" que conlleva la convivencia del sector privado con el sector público y viceversa. El problema es que el Estado establece una normativa y unos procedimientos

¹⁸ MISES, L. V. "Bureaucracy within a democracy" Chapter 2. Bureaucratic Management. Bureaucracy. NEW HAVEN YALE UNIVERSITY PRESS, 1944. Pág. 41-44.

¹⁹BASTOS BOUBETA, M. A. "¿Puede la intervención estatal ser justificada científicamente?" Procesos de Mercado, Vol. 2, nº 1, 2005. Pág. 11-52.

administrativos que hace que sea como una especie de interferencia del Estado en la economía y sobre todo en la creación de empresas, y al final lo que acaba por pasar es que un sistema acaban anulando al otro. Esta frase de Mises resume todo lo dicho: "*The issue is always the same: the government or the market. There is no third solution*".

c. Otras aportaciones teóricas

Hubo otros teóricos que tocaron el tema de la Burocracia, desde sus respectivas visiones ideológicas. Entre ellos, destacar a Niskanen²⁰, Gordon Tullock²¹, Murray N. Rothbard²² (comentado anteriormente), etc.

La perspectiva de Niskanen sobre la Burocracia, es que la Burocracia aparece como respuesta a los fallos del mercado. Laurent A.H. Carnis, en un artículo del *The Quarterly Journal of Austrian Economics* titulado "*The economic theory of Bureaucracy: Insights from the Niskanian model and the Misesian approach*" compara la perspectiva de Niskanen con la perspectiva de Ludwig Von Mises. En la visión de Niskanen, la Burocracia aparece como respuesta a los fallos del Mercado, y a la "incapacidad" del Mercado para la asignación eficiente de ciertos bienes y servicios, Mises no está de acuerdo. Mises dice que si es el Estado quien proporciona esos bienes y servicios distorsiona lo que es la llamada Economía de Mercado y para Mises la Burocracia significa la ineficiencia de esta asignación debido a la intervención estatal en la economía.

Niskanen no sólo comenta el tema de la asignación de recursos, sino que también trata el tema que es el control de la Burocracia. Peters dedica en su libro²³ a tratar la visión de Niskanen y su solución a este problema. Una idea que comente anteriormente, es que no sólo en las agencias burocráticas sino en cualquier administración pública una vez que el estado central cede una cierta cantidad de fondos más adelante exigen al gobierno central más fondos, eso es lo que comenta que pasa Niskanen con las burocracias públicas. En las burocracias públicas, los jefes de las mismas son los que tienen el control sobre una cantidad de dinero eso unido a que controlan la información y la capacidad de ocultar ciertos costes de gran magnitud es lo que hace que luego exijan más fondos, la solución que propone Niskanen es la creación de un modelo que se acerque al modelo que hay en el mercado, en el sentido de la creación de varias oficinas o agencias burocráticas que compitan en una misma área para dar un mejor servicio a los ciudadanos. Pero este modelo que propone Niskanen no es fácil de aplicar en la actualidad, ya que no

²⁰Fue un economista americano. Fue uno de los artífices del programa económico del presidente Ronald Reagan y por sus contribuciones a la teoría de la elección pública. También fue presidente del Cato Institute.

²¹Es un economista y profesor jubilado de Derecho y Economía. Es conocido por su trabajo sobre su teoría de la elección pública y la aplicación del pensamiento económico a las cuestiones políticas.

²²Fue un economista, historiador y teórico político estadounidense perteneciente a la Escuela Austríaca de Economía, que contribuyó a definir el moderno liberalismo de corte libertario (libertarismo) y popularizó una forma de anarquismo de propiedad privada y libre mercado al que lo conceptualizó como "Anarcocapitalismo". Es el único de la Escuela Austríaca que posee una teoría del Estado más o menos elaborada de corte anarquista.

²³ PETERS, B. G. "La política de la Burocracia". México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. Pág. 100-102.

se pueden crear organizaciones de la nada y sin una justificación previa sobre todo por el tema de la captación de fondos públicos. Es lo que comenté al principio con la expansión del Estado, hoy en día se crean más y más instituciones y administraciones pero tienen que justificar la creación de tales instituciones y por supuesto, que se lo puedan permitir económicamente hablando.

3) Concepto de "Políticas Públicas"

En el campo de las políticas públicas, varios estudiosos ofrecen múltiples connotaciones sobre el concepto de "política pública". Gloria Regonini, en un trabajo titulado *El estudio de las Políticas Públicas*, en una primera parte recoge algunas definiciones de varios estudiosos en este campo:

Lasswell y Kaplan (1950): *Una política es un programa proyectado de valores, fines y prácticas.*

Lindblom (1959-1986): *"Policy Making": es un proceso de aproximaciones sucesivas a un objetivo deseado donde incluso éste se halla sometido a continuas reconsideraciones.*

Healo (1972-1982): *Una política pública no es un fenómeno objetivo dotado de un perfil evidente y bien definido.*

Sharpf (1978): *La primera tarea del investigador es de tipo casi hermenéutico y consiste en delimitar qué soluciones a qué problemas se hallan asociadas en un contexto determinado, a la intervención pública en un determinado sector.*

Dye (1975), Bachrach y Baratz (1963): *Todo lo que los gobiernos deciden hacer o no hacer constituye una política pública.*

Por otro lado, **Meny y Thoenig (1992)** en su libro *Las políticas públicas* establecen también una definición conceptual sobre este término: *Una política pública es el resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental. Un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o un espacio geográfico. Se le atribuye las siguientes características: Un contenido, Un programa, Orientación normativa, Coerción y Competencia social.*

La definición o definiciones que mejor encajaría actualmente y por lo que popularmente se conoce como "política pública" concuerda más, las definiciones de Lasswell y Kaplan y de Dye, Bachrach y Baratz. Por un lado las políticas son decisiones que el gobierno toma (como dicen Dye, Bachrach y Baratz) pero también esas decisiones llevan por detrás unos valores y unos fines que también depende del color político o de la ideología (Lasswell y Kaplan).

También a la "política pública" se le puede atribuir esta definición:

La política pública es pues un juego de poder entre múltiples actores, de sus coaliciones y de cómo permitan actuar las reglas del juego y el marco institucional existente²⁴

Concuerdo totalmente, con esta definición de "política pública" ya que no sólo se trata de la decisión en sí, sino que muchas veces los gobiernos tienen que llegar a acuerdos con otros actores implicados en la elaboración e implementación de las

²⁴ BASTOS BOUBETA, M. A. "Análisis de las políticas públicas. Concepto. Clases: políticas reactivas y anticipativas. Los actores intervinientes en los procesos de elaboración y aplicación de políticas públicas". Las administraciones públicas y sus nuevas técnicas de gestión: especial relevancia al ámbito local. Escuela de Negocios de Galicia, 2001. Pág. 3-11.

políticas públicas y por supuesto depende del marco institucional que exista en el país, los procesos reglamentados, etc.

4) Políticas Públicas y Burocracia

En este último punto del trabajo, vamos a tratar de comprender y explicar qué política ejerce la Burocracia, vamos a tratar qué es y las críticas que se le hace a la figura central de la Burocracia, y por último el gobierno burocrático.

a. La política de la Burocracia²⁵.

La burocracia en frente a un gobierno, es un actor meramente institucional, es decir no es decisivo en la toma de decisiones pero puede serlo para que el ejecutivo pueda formular sus políticas, ya que la burocracia contiene información esencial para los políticos.

Sería interesante comentar el enfoque que tenía Woodrow Wilson²⁶, que desarrolló antes de comenzar su carrera política hacia la presidencia de los EEUU. Wilson argumentó a favor de una separación entre la política y la administración porque consideraba que la elaboración de las políticas públicas debe estar separada de los grupos de interés, ciudadanos, etc porque tuvo el convencimiento de que la sociedad estaría de esta forma mejor servida.

b. El gobierno burocrático²⁷.

En un gobierno, independientemente el nivel (local, autonómico o estatal) los políticos deben de tener los conocimientos necesarios e imprescindibles para llevar a cabo las políticas y saber qué hacer en la toma de decisiones. Este es el caso de un gobierno burocrático.

El gobierno burocrático²⁸ debe cumplir una serie de criterios antes de que se considere que la Burocracia tiene la capacidad suficiente como para garantizar un gobierno viable para la sociedad.

Estos criterios son 6 principios:

1. **Ideología de la Oficina:** la Burocracia, a distinción de un por ejemplo un partido político que gana unos comicios y en la organización política lleve consigo una ideología, en el caso de la Burocracia no es así. Y no es así porque, en una burocracia conviven funcionarios de distintas ideologías. Hay dos tipos de versiones que comentan este principio que debe cumplir la

²⁵PETERS, B. G "La política de la Burocracia". México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999 Pág. 342-395; BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo. "Burocracia, burocratización e reforma administrativa". Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, D.L. 1998. Pág. 156-170.

²⁶ Vigésimo octavo presidente de los Estados Unidos. En su obra Estudio de la Administración Pública (1887), explicó que la Política (procesos electorales, campañas, candidatos, etc.) no debía intervenir ni influenciar en los funcionarios que trabajan en la Administración Pública (elaboración de políticas públicas, puestas en marcha de las mismas, calidad, etc.).

²⁷ PETERS, B. G. La política de la Burocracia. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. Pág. 344-365; BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo. Burocracia, burocratización e reforma administrativa. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, D.L. 1998. Pág. 163-167.

²⁸ PETERS, B. G. "The problem of Bureaucratic Government" The Journal of Politics. Vol. 43. No. 1 (1981) Pág. 56-82.

Burocracia. La "versión blanda" consiste en la creación de un programa que se base en ideas favorecidas a la burocracia, gracias a la familiaridad con las mismas. En cambio, la "versión dura" de la burocracia trata que en esta versión los funcionarios son o se vuelven expertos en ciertas materias del área política que conlleve al desarrollo de ideas vinculadas a mejorar la elaboración de las políticas.

2. **Disponibilidad de medios funcionales:** la burocracia no puede llevar a cabo los proyectos que quieran porque pueden ser incompatibles con los procedimientos administrativos que estén en un momento determinado regulado por ley, incluso si la burocracia llegara a tener un procedimiento propio podría ponerse en contra.
3. **Competencia entre agencias:** en este principio, destacar dos tipos de competencias. En primer lugar, se destaca la competencia por el acceso a un puesto superior y en segundo lugar, hay otro tipo de competencia que tiene que ver con la financiación, o presupuesto, que en este tipo de competencia entre agencias la burocracia intentará conseguir los mayores fondos posibles para su agencia burocrática.
4. **La ocupación de los puestos:** si la burocracia pretende o quiere ser un actor fundamental e imprescindible en la elaboración de las políticas públicas, los funciones deben ocupar los puestos más importantes para que la burocracia llegue a ese punto; además de conseguir un número bastante alto de funcionarios que tengan un puesto de responsabilidad para tener una representación lo suficientemente fuerte para ser considerados dentro del proceso de elaboración de las políticas públicas.
5. **La posesión de capacidades gerenciales:** el solo tener conocimientos teóricos no es suficiente para poder llevar a cabo una gestión lo suficientemente óptima, también hay que poseer o tener desarrollados ciertas capacidades para llevar o más bien dirigir un departamento y saber dirigirlo eficientemente, lo que pasa en las burocracias es que no todos los funcionarios tienen esas capacidades gerenciales.
6. **La prioridad otorgada a la ejecución de las políticas:** al tener elaboradas las políticas públicas tienes que tener seguro de tener el apoyo suficiente como para sacarlas adelante, no es un proceso sencillo todo lo contrario y hace falta un cierto consenso para después confrontaciones desde otros puntos ideológicos, no sólo partidistas sino también con los agentes sociales y económicos.

c. **Figura central de la Burocracia: El burócrata.**

El burócrata es el actor clave a la hora de la elaboración de las políticas públicas por lo que decíamos antes, que en la burocracia se concentran varios recursos que, no siempre, pero que a un gobierno le son necesarios²⁹. Ludwig Von

²⁹ BASTOS BOUBETA, M. A. "Análisis de las políticas públicas. Concepto. Clases: políticas reactivas y anticipativas. Los actores intervinientes en los procesos de elaboración y aplicación de políticas públicas". Las administraciones públicas y sus nuevas técnicas de gestión: especial relevancia al ámbito local. Escuela de Negocios de Galicia, 2001. Pág. 3-11.

Mises, en su libro *Bureaucracy*, trata la figura del burócrata³⁰, junto con el funcionario, como un hombre seleccionado para la aplicación de las leyes del Estado³¹. El burócrata³² no es sólo un empleado del gobierno, sino que también forma parte de la ciudadanía como uno más, es decir, también ejerce su derecho al voto, paga sus impuestos, etc. Pero es un ciudadano más sin embargo, Mises³³ dice que al ser una persona que trabaja en el gobierno tiene más ansias que los demás ciudadanos en obtener más beneficio.

"No reform could transform a public office into a sort of private Enterprise" Ludwig Von Mises.

Llewellyn H. Rockwell, en un capítulo del libro *The economics of Liberty*³⁴, hace una crítica a los burócratas. Hace una crítica de la burocracia, sobre todo menciona un pequeño detalle que me llama la atención y que estoy que dice que un sistema burocrático puede surgir gradualmente bajo cada forma de política y hace de cada forma de gobierno, un gobierno despótico. También hace referencia a las opiniones de Lord Acton, Richard Simpson, Franz Oppenheimer y por supuesto Ludwig Von Mises de la Burocracia.

Lord Acton y Richard Simpson, por ejemplo dicen que nunca estaremos seguros de la burocracia. Y Oppenheimer, que la burocracia está a cargo de los fondos del estado, que se supone que debe ser retirado de las luchas económicas de los intereses en conflicto y que tienen su propia estructura de incentivos internos, que no tiene nada que ver con el avance del bien público, pero sólo en la posición relativa de la burocracia.

5) Conclusión

El entramado burocrático que impera en la Administración Pública, en la actualidad, hace que cualquier tipo de transacción o tramitación, tanto por parte del gobierno y agentes públicos y por los miembros conformantes de la sociedad civil a nivel individual y colectivo, hace que se planteen cuestiones importantes sobre si es necesario o no la reducción del papel, organismo y estructura de la Administración, si es necesario o no incrementar o decrementar su intervención en la resolución de los asuntos públicos, etc. todas estas cuestiones siempre salen a la luz cuando existe una crisis institucional y política y siempre la solución que se encuentra es la misma: incrementar más el papel del Sector Público por entero en la sociedad con nuevas leyes, con nuevas normativas que respaldan y justifican su intervención. Y esto está relacionado con el papel relacionado con la relación de la burocracia y las

³⁰ MISES, L. V. The philosophy of Bureaucratism. Chapter 5. The social and political implications of Bureaucratization. *Bureaucracy*. NEW HAVEN YALE UNIVERSITY PRESS, 1944. Pág. 74-76.

³¹ En opinión de Mises, El estado es la única institución con derecho a aplicar la coerción y la compulsión y la de infringir daño a los individuos. (Pág. 76) *Bureaucracy*.

³² REIS, E. P. "Burócratas y políticos en la política brasileña actual" *Revista Internacional de Ciencias Sociales. Actores de las políticas públicas*. 1990. Pág 21-32.

³³ MISES, L. V. The bureaucrat as a voter. Chapter 5. *Bureaucracy*. NEW HAVEN YALE UNIVERSITY PRESS, 1944. Pág. 80.

³⁴ ROCKWELL, L. H. Chapter 3. Unmasking the Bureaucrats. *The economics of Liberty*. Ludwig Von Mises Institute, 1990. Pág. 119-157.

políticas públicas, cada día el papel burocrático es más grande y se está mezclando con la clase política debido a la interferencia de los representantes políticos con sus respectivas ideologías, cuando realmente la política no debería interferir en los asuntos de la Administración ya que la politización de lo público lleva a malos entendimientos entre ambos actores debido a que son interdependientes unos de otros en la elaboración de las políticas públicas.

6) Bibliografía

- ABERBACH, J. D. DERLIEN, H-U. MAYNTZ, R. ROCKMAN, B.A. "Altos funcionarios federales de Estados Unidos y Alemania. Actitudes tecnocráticas y políticas". *Revista Internacional de Ciencias Sociales*. Vol. XLII, num. 1. 1990.
- ANDERSON, W. P. "Mises versus Weber on Bureaucracy and Sociological Method" *Journal of Libertarian Studies*. Vol. 18, num. 1. 2004.
- BASTOS BOUBETA, M. A. "Análisis de las políticas públicas: concepto. Clases: políticas reactivas y anticipativas. Los actores intervinientes en los procesos de elaboración y aplicación de políticas públicas" *Las administraciones públicas y sus nuevas técnicas de gestión: especial relevancia al ámbito local*. Escuela de Negocios de Galicia, 2001.
- BASTOS BOUBETA, M.A. "¿puede la intervención estatal ser justificada científicamente? Una crítica" *Procesos de Mercado*, Vol. 2, nº 1, 2005.
- BASTOS BOUBETA, M.A. "Burocracia, Burocratización e reforma administrativa: unha análise dos procesos de institucionalización burocráticos e das súas consecuencias na política pública". 1998.
- BASTOS BOUBETA, M. A. "Las políticas públicas y sus diferentes etapas". *Las administraciones públicas y sus nuevas técnicas de gestión: especial referencia al ámbito local*. Escuela de Negocios de Galicia, 2001.
- CARNIS, L. A.H. "The economic Theory of Bureaucracy: Insights from the Niskanian model and the miseian approach" *The Quartely Journal of Austrian Economics*. Vol. 12, num. 3, 2009.
- CARNIS, L. A.H. "New Perspectives on the economic approach to Bureaucracy" *The Quartely Journal of Austrian Economics*. Vol. 13, num. 2, 2010.
- GOODIN, R. y KLINGEMANN, H-D. "Parte VII. POLÍTICAS PÚBLICAS Y ADMINISTRACIÓN" *Nuevo Manual de Ciencia Política*. Vol. I. 2001.
- HUERTA DE SOTO, J. "Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial". Unión Editorial: 2001.
- JAIN, R. B. "El papel de la burocracia en la elaboración y la ejecución de la política en India". *Revista Internacional de Ciencias Sociales*. Vol. XLII, num. 1. 1990.
- KAMENKA, E, BROWN, R, KRYGIER, M y ERH-SOON TAY, A. "La Burocracia. Trayectoria de un concepto". Fondo de Cultura Económica. 1981
- KAUFMAN, H. "¿Son las organizaciones del gobierno inmortales? Puede que sí, puede que no". *Teoría de la Organización*, Vol. II.
- KLIJIN, E-H. "Las redes de Políticas Públicas: Una visión de Conjunto". *La gobernanza de hoy: 10 textos de referencia*.
- KLINJ, E.H. "Redes de políticas públicas: Una visión General". 45 p.
- LINDBLOM, C. "Cómo adecuar la política en el análisis de las políticas públicas" *Gestión y Política Pública*. Vol. VI, núm. 2. 1997.
- LIPSKY, M. "Los empleados de base en la elaboración de políticas públicas" *Lecturas de Gestión Pública*.

- MENDIETA VILLORIA, M. "El papel de la burocracia en la transición y consolidación de la democracia española: primera aproximación" *Revista española de Ciencia Política*. Vol. 1, num. 3.
- MENY, Y. y THOENIG, J-C. "Las políticas públicas". Barcelona, Ariel. 1992.
- MISES, L. "Bureaucracy". New Haven Yale University Press. 1944.
- MISES, L. *Crítica del Intervencionismo*. Unión Editorial. 2001.
- OLA, R. F. "Un perfil de alto funcionario en Nigeria". *Revista Internacional de Ciencias Sociales*. Vol. XLII, num. 1. 1990.
- OSZLAK, O. "Burocracia estatal: Política y políticas públicas" *Revista de Reflexión y Análisis Político*. Vol XI, num. 11. 2006.
- OTT, M. "Bureaucratic incentives, social efficiency, and the conflict in federal land policy" *Cato Journal*. Vol. 1, núm. 2. 1981.
- PETERS, G.B. "La política de la Burocracia". México D.F: Fondo de Cultura Económica. 1999.
- PETERS, G.B. "The policy capacity of government" *Canadian centre for Management Development*. 1996.
- PETERS, G.B. "The problema of Bureaucratic Government" *The journal of Politics*. Vol. 43, No. 1. 1981.
- REGONINI, G. "El estudio de las políticas públicas". *Documentación Administrativa*. nº 224-225. (Octubre 1990-marzo 1991).
- REIS, E. P. "Burócratas y políticos en la política brasileña actual". *Revista Internacional de Ciencias Sociales*. Vol. XLII, num. 1. 1990.
- ROCKWELL, L H. "Chapter 3. Unmasking the Bureaucrats". *The economics of Liberty*. Ludwig Von Mises Institute, 1990.
- ROTHBARD, M. N. "Bureaucracy and the civil service in the united states" *Journal of libertarian studies*. 1995.
- ROTHBARD, M. N. "Praxeology, Value Judgements and Public Policy" *The Logic of Action One*. 1997.
- STUART MILL, J. "Considerations on Representative Government". *The Pennsylvania State University*, 2004.
- SUBIRATS, J. "El papel de la burocracia en el proceso de determinación e implementación de las políticas públicas" *Análisis de Políticas Públicas y Eficiencia de la Administración*. Madrid, 1992.
- TIETJE, L. and CRESAP, S. "Is lookism unjust? The ethics of Aesthetics and Public Policy implications" *Journal of Libertarian Studies*. Vol. 19, nº 2. 2005.
- VAN METER, D. S. y VAN HORN, C. E. "El proceso de implementación de las políticas. Un marco conceptual" 97-146 pp.
- WARNER, B. E. "John Stuart Mill's Theory of Bureaucracy within Representative Government: Balancing Competence and Participation". *Public Administration Review*. Vol. 61, num. 4. 2001.
- WEBER, M. "¿Qué es la Burocracia?" *Libros Tauro*.
- WILDAVSKY, A. "The new politics of the budgetary process. New York: Longman. 1997.
- WILLIAMSON, O E. "Markets, hierachies, and the modern corporation" *Journal of Economic Behavior and Organization*. 17. 1992.
- ZIGORRAGA, J. A. "La construcción Burocrática del estado liberal español (1833-1854): Un banco de datos para el estudio del personal administrativo y la génesis de la sociedad civil"

LA COMPETENCIA DESLEAL Y EL INTRUSISMO EN EL MERCADO

YENEL MALLO RODRÍGUEZ
Estudiante del Grado en Derecho
Universidad de León

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Qué es la competencia desleal y dónde se regula?. 3. El intrusismo en el mercado. 4. Surgimiento del intrusismo en el mercado. 5. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). 6. Casos destacables sobre Competencia Desleal. 7. Conclusión.

Resumen: Hoy en día abundan los casos de competencia desleal y de intrusismo en los mercados, casos que han llegado al Tribunal Supremo e incluso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por su relevancia para el mercado tanto nacional como internacional. La situación se ha agravado en los últimos años, y es por eso por lo que será el objeto del presente artículo.

Palabras clave: Competencia desleal, intrusismo en el mercado, libertado de mercado, libre competencia.

Abstract: Nowadays, there are cases of unfair competition and intrusion into the markets, this cases than have reached the Supreme Court and even the European Court of Justice because they are relevant to the national and international market. In the last years the situation has worsened, and for this reason this is the object of this article.

Kew words: Unfair competition, intrusion into the market, free market competition.

1. Introducción

Actualmente abundan los casos de competencia desleal y de intrusismo en el mercado.

Muchos pueden pensar que se debe a la crisis que desde hace años causa estragos en la sociedad, la necesidad de disminuir los precios, hacer ofertas, pero otros quizás lo vean como oportunismo; ven la ocasión y la aprovechan. En estas líneas intentaré explicar lo que es considerado como competencia desleal e intrusismo en los mercados y pondré ejemplos de estos fenómenos. Asimismo, motivaré por qué abundan cada vez más estos casos en la actualidad.

2. ¿Qué es la competencia desleal y dónde se regula?

La competencia desleal hace referencia a todas las relaciones que se puedan llegar a producir en mercado y tenga importancia capital.

Hasta el año 1988 con la publicación de la ley de Marcas y de publicidad no había un derecho de la competencia regulado como tal, aunque sí había normas que en ocasiones se aplicaban pero que contenían supuestos marginales del Derecho Mercantil y únicamente regulaba las relaciones entre los comerciales. Estas normas se consideraron poco efectivas al no tener sanciones ante las prácticas desleales.

Actualmente en nuestro país tenemos la **ley 3/1991 de Enero, de Competencia Desleal** (en adelante LCD) con la que se pone fin a la incertidumbre que existía en la protección del mercado, siendo ésta un cauce para el correcto funcionamiento de las actividades de mercado.

Otro detonante que impulsó la creación de la LCD fueron los distintos valores constitucionales (libertad de empresa, derechos de los consumidores...) y los principios de derecho europeo que obligan al legislador a elaborar una nueva normativa.

A partir de este momento se obtiene por primera vez un sistema eficaz que impone sanciones a todo aquel que incumpla las normas.

De todo lo dicho se deduce que la finalidad de la norma es proteger la competencia de todos aquellos que participan en el mercado: empresarios, comerciantes, consumidores y fabricantes. Es por ello que se prohíben los actos de competencia desleal y la publicidad ilícita.

-Actos de competencia desleal

Son aquellos que se dan dentro del mercado y tienen una finalidad concurrencial, entendida respecto de aquellos actos cuando se muestren objetivamente idóneos para promover o asegurar la difusión en el mercado de prestaciones propias o de un tercero.

Se reputarían como actos de competencia desleal cualquier comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe (confianza de que todas las partes que intervienen en el mercado actúen o deben de actuar con buena fe, no perjudicando a las partes y respetando la legalidad).

Existe una sentencia del Tribunal Supremo en la que se trata un caso de adquisición de la titularidad de una marca que previamente había sido registrada por otro. El registro fue adquirido "con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal contractual". Concretamente se trata de despacho profesional que utilizaba un signo que tenía buena posición en ese foro porque se trataba de un nombre comercial muy semejante al de la parte demandante; se produce un aprovechamiento desleal del prestigio y de la posición alcanzada por el demandante. En el caso había mala fe, habiendo obstaculizado el normal aprovechamiento de la posición por parte de quien la había alcanzado tras años de actividad profesional.

-Diligencia o prestigio profesional

Nivel de competencia y cuidados por parte de los empresarios conforme a prácticas honestas del mercado. No existiría diligencia en caso de que se distorsionara significativamente el comportamiento de un consumidor destinatario de la práctica.

-Comportamiento económico del consumidor

Todas las decisiones tomadas por los consumidores: la selección de una oferta u oferente, la contratación de un bien o servicio, el pago del precio y la conservación del bien o servicio (si para el mantenimiento del bien es necesario algún accesorio que haga incrementar el precio de éste).

Sería desleal:

-Cualquier conducta por parte del empresario con falsa información.

-Si aun siendo veraz la información, por el contenido o presentación se induce a error a los destinatarios.

-Cualquier alteración en el comportamiento económico del destinatario.

-Omisiones engañosas; la ocultación de información al consumidor.

-Las prácticas agresivas; cualquier comportamiento que conlleve acoso, amenazas, coacciones, influencia indebida... al estar limitando la libertad de decisión de los consumidores y afectando a la intimidad personal del consumidor, teniendo esta situación un efecto directo en el mercado.

-Actos de comparación siempre que afecten a la libre competencia y protección de los consumidores puesto que la regla general es que la comparación pública, incluida la publicidad comparativa, está permitida siempre que cumpla unos requisitos concretos: (1) los bienes y servicios deberán tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades, (2) la comparación se hará de modo objetivo entre uno o más características esenciales del producto representativas del producto (por ejemplo el precio), (3) entre productos de la misma denominación (ej. Denominación de origen), (4) no podrán compararse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de productos, marcas o nombre comercial protegido, (5) la comparación no podrá tener como finalidad engañar, denigrar o explotar la reputación ajena.

A este respecto, existe un anuncio de agua mineral Bezoya que ha sido censurado por ser una publicidad engañosa. Autocontrol, organismo encargado de supervisar los contenidos de los mensajes publicitarios, ha resuelto que el Grupo Leche Pascual ha incurrido en una práctica comparativa denigrantes para los competidores, puesto que se han incluido conceptos excluyentes que inducen a pensar que otras marcas pueden ser perjudiciales para los consumidores. En el anuncio se cita "no todas las aguas son iguales", afirmación ante la cual este organismo determine que no existe relación entre el agua Bezoya con mineralización débil y el hecho de sentirse mejor, por lo que le da la razón a la compañía Font Vella y a Lanjarón.¹

-Actos de imitación de prestaciones o iniciativas empresariales. No caben las imitaciones si existe un derecho de exclusividad reconocido por la ley, ni cuando la imitación genere la asociación de los consumidores a la prestación hasta tal punto que se duda quién lo fabrica y de que empresario es. No cabría una imitación que comporte un indebido aprovechamiento de la reputación o del esfuerzo ajeno.

Con la imitación se estaría produciendo una conducta confusionista, cuyo resultado sería idear la imitación para generar en el consumidor un error de asociación; sería una conducta intencionada.

Para considerarse ésta desleal (no debemos olvidar el principio general de que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho exclusivo que esté amparado por la ley), deben darse distintos supuestos:

- Que sea confusionista para el consumidor, de tal manera que se genere en el consumidor el riesgo de asociar el producto.
- Si se aprovecha indebidamente el esfuerzo ajeno.
- Si se aprovecha la reputación ajena.
- Si se realizan imitaciones sistemáticas para ser un obstáculo a la competencia.

¹ Artículo sobre el agua mineral Bezoya: "Bezoya obligada por AutoControl a retirar su última campaña publicitaria". <http://www.marketing4food.com/bezoya-obligada-por-autocontrol-retirar-su-ultima-campana-publicitaria/>

Se ha tratado en la Audiencia Provincial de Alicante un caso sobre la comercialización de las galletas "Morenazos" en un envase prácticamente idéntico al de las galletas Oreo, lo que supone que el público establezca una similitud; se está aprovechando la notoriedad de la marca pero siendo de fabricación, comercialización, almacenaje y exportación distintos. Otro caso similar sería el de las galletas "Chips Ahoy!" y "Cookies", siendo la primera una marca española registrada, y utilizándose para crear confusión entre ambas y generar más ventas.²

-Violación de secretos

Está absolutamente prohibido divulgar secretos industriales si se ha accedido legítimamente pero se tenía el deber de reserva, si se accede a ellos ilegítimamente y si se tiene acceso mediante espionaje.

-Prácticas comerciales en relación con consumidores y usuarios

Serían aquellas prácticas de engaño por confusión, es decir, si hay riesgo de que el consumidor asocie el bien o una marca registrada, nombres comerciales... Otra práctica comercial sería aquella sobre los códigos de conductas o un distintivo de calidad.

3. El intrusismo en el mercado

El intrusismo en el mercado es una vertiente de la competencia desleal o una práctica de ésta. Supone adentrarse en el mercado de manera ilícita, sin los permisos exigidos a comercios legales. Existen varios ejemplos actuales de esta práctica cada vez más habitual como puede ser el caso de Sevilla y la venta de aceituna manzanilla y la gordal desde el año 2006. Se ha percibido una bajada de ventas que oscila desde 99,60 millones de euros a 65,70 millones de euros en la aceituna manzanilla, y de 18 millones de euros a 11 millones de euros en la aceituna gordal. La conclusión es que se están vendiendo otras variedades de peor calidad. Esta situación en caso de ser permanente supondría la desaparición del producto. Sin embargo, para evitar tal final se ha creado la APAS "Asociación para la Promoción de la Aceituna Sevillana".³

4. Surgimiento del intrusismo en el mercado

He creído conveniente incluir un apartado exclusivamente sobre el intrusismo en el mercado por la fuerza que en los últimos años está teniendo este fenómeno en los mercados.

Dada la situación económica del país, se demandan menos servicios y se consume menos; hay inestabilidad que se va acentuada por el intrusismo y el escaso apoyo de las administraciones públicas contra la competencia desleal.

Un caso reciente en el que se ve el intrusismo es el tratado por el Conepa "Federación de Empresarios Profesionales de Automoción", dada la irrupción de talleres que no cumplen muchas de las obligaciones legalmente establecidas, y por trabajadores en paro o personas con ciertas necesidades que incluso reparan los

² AP Alicante (Sección 8ª), sentencia núm. 297/2013 de 5 julio.

³ "La APAS nace para acabar con el intrusismo en el mercado de la aceituna manzanilla y gordal". <http://arahalinformacion.com/la-apas-nace-para-acabar-con-el-intrusismo-en-el-mercado-de-la-aceituna-manzanilla-gordal>

vehículos en plena calle. Tanta es la importancia de esta situación que Conepa ha hecho llegar a la Comisión Europea el caso con el único fin de erradicar el aumento del intrusismo en los talleres. Han mantenido la necesidad de una garantía de libre mercado.⁴

5. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es una unidad que se encarga de preservar y garantizar la libre competencia y regula todos los mercados y sectores productivos de la economía española para proteger a los consumidores. La Ley de Defensa de la Competencia atribuye a la CNMC diversas funciones en materia de competencia. Es un organismo público con personalidad jurídica propia, independiente del Gobierno y sometido al control parlamentario. Comenzó a funcionar el 7 de octubre de 2013. Tiene su sede en España, Alicante.

El organigrama se compone por un Presidente, una Vicepresidenta, ocho Consejeros, seis Directores, distintos Subdirectores dentro de cada dirección (Energía, Promoción de la Competencia, Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, Transportes y Sector Postal, Competencia, Sistemas de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones y Recursos Humanos y Gestión Económica. Asimismo, existen dos salas denominadas de la Competencia y de la Supervisión Reguladora.⁵

6. Casos destacables sobre Competencia Desleal

Desde el año 2008 se ha agravado la situación del mercado al abundar los casos de Competencia desleal, año en el que se registraron más de 550 casos. Esta situación se da tanto en el sector servicios (donde se recogen el 70% de las denuncias), en el comercio (20% denuncias) y en la construcción y fabricación de productos (10% denuncias). Son escenarios comunes las ventas sin una licencia en regla o tan siquiera sin licencia, no estar dado de alta, fabricar productos sin autorización, etc... Es decir, se dan diversas irregularidades que además de perjudicar la situación en el mercado, también es negativo para la seguridad de los consumidores. Se denomina "economía sumergida", que se da en tiempos de crisis.⁶

He querido centrar este artículo en uno de los temas donde más se aprecia el daño de la competencia desleal y el intrusismo: en las marcas.

Se han dado casos con mucha repercusión y que son conocidos por el hombre de a pie. Uno de esos casos es el de la nueva marca "Equivalenza", demandada por Puig que ha ganado el juicio sobre competencia desleal. Se trató en la Audiencia Provincial de Alicante, que dictó finalmente sentencia firme a favor de Puig,

⁴ Conepa: Federación Española de Empresarios Profesionales de Automoción. "Inestabilidad y aumento del intrusismo, principales consecuencias de la crisis según Conepa": <http://www.conepa.org/noticias/noticias-conepa.asp?id=16>

⁵ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. <http://www.cnmc.es/es-es/inicio.aspx>

⁶ "La competencia desleal aumenta en época de crisis y origina más de 550 denuncias al año".

<http://www.huelvainformacion.es/article/huelva/298158/la/competencia/desleal/aumenta/epoca/crisis/y/origena/mas/denuncias/ano.html>

compañía catalana que se vio afectada por la publicación por Equivalenza de perfumes que se denominan equivalentes a otros perfumes de reconocido prestigio. El daño aparecía tanto en la publicidad como en las "tablas de equivalencias"; en los folletos donde había referencias numéricas de las fragancias de equivalenza y las marcas originales. La Audiencia lo define como un caso de "aprovechamiento indebido de su prestigio y es constitutivo de actos de competencia desleal, en la modalidad de publicidad comparativa no leal", pese a que la parte demandada afirmaba que la línea de actuación "ha sido clara en relación a la promoción de la propia marca sin utilizar el nombre ni imagen de las marcas ajenas".⁷

Otras fuentes, como el Economista hacen publicaciones sobre la copia de etiquetas, denominándola la mayor competencia desleal.

Esta situación la sufren las marcas que con tanto esfuerzo han surgido en los mercados y se han mantenido, al ser aceptadas por los consumidores. Ahora, después de todo el dinero invertido, de las campañas publicitarias y de la creación de nuevos productos, se encuentran con la competencia de las conocidas como "marcas blancas". De ello hablaba el presidente de la asociación de grandes marcas "Promarca", Ignacio Larracochea, que ve esta copia de etiquetas como una gran competencia, asegurando que estas nuevas prácticas confunden a los consumidores y asegura que "uno de cada dos se lleva productos que no quería". Es evidente que ante tales situaciones las marcas denuncian pero unas veces consiguen frenar la distribución y otras no, y hay que tener en cuenta según afirma "el daño económico causado por un producto copiado es mucho menos que si el distribuidor, por la denuncia, quita todas tus referencias de la tienda, que en algunos casos puede representar del 10 al 25% de las ventas. Por ello, en 20 años no ha habido ninguna noticia".

Este ambiente solo hace que empeorar puesto que aunque el año empezó bien con un poco de crecimiento, en los últimos meses ha disminuido; "no hay crecimiento por ningún lado", asegura. Y todo ello sin olvidar que la industria alimentaria es la que mejor ha soportado la crisis.⁸

Por último, me referiré a un caso que ha tenido mucha repercusión y es el de la conocida marca "Donuts" que ha llegado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como todos sabréis, un "donuts" es un bollo en forma de rosquilla azucarado. Este producto ha sido creado por la conocida marca Panrico. El conflicto se derivó tras conocerse que otra marca estaba comercializando bollos en forma de rosquilla denominados "Doughnuts", es decir, el bollo frito cubierto de azúcar o chocolate que Panrico tenía registrado como marca.

El Tribunal ha fallado a favor de la parte demandante (la empresa de Panrico), al entender que principalmente la palabra Doughnuts carece de distintivo y produce un efecto de bloqueo en el mercado, puesto que los ciudadanos españoles al escuchar este vocablo inglés no lo distinguirían del reconocido y registrado "Donuts".

⁷ "Puig gana una demanda contra Equivalenza por competencia desleal". <http://www.europapress.es/economia/noticia-economia-empresas-puig-gana-demanda-contra-equivalenza-competencia-desleal-20140918114157.html>

⁸ "La copia de etiquetas, la mayor competencia desleal". <http://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/6111682/09/14/La-copia-de-etiquetas-la-mayor-competencia-desleal.html#.Kku8aOv8GOcWs9q>

Además del nombre, el segundo problema es la similitud a la vista de ambos productos (como he explicado, ambos tienen la forma de rosquilla y son bollería frita o bien cubierta de chocolate o de azúcar).

La sentencia, por lo tanto, asegura que el hecho de que se continuara comercializando las rosquillas sería perjudicial para la marca de Panrico al entender que existe una clara similitud entre ambos productos y sus nombres; crearía confusión en el consumidor que además podrían creer que ambos productos están relacionados, y generar de esta manera más ventas para la marca "Doughnuts" dado el prestigio que ha cultivado Donuts en el país.⁹

7. Conclusión

Tras la explicación de los fenómenos de competencia desleal e intrusismo en los mercados, además de haber traído a colación diversos casos trascendentales en la comunidad, es importante realizar una valoración.

Comenzaré por recordar que nuestro sistema económico se configura por un núcleo de la empresa y el mercado, es decir, por la libertad económica. Todo ello ha de tenerse en cuenta sin olvidar que la actividad económica debe regularse y controlarse por los poderes públicos siempre para "promover el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida"¹⁰; debe de haber un equilibrio en el desarrollo de la economía.

Nos encontramos en un sistema socio-económico que debe ser amparado y protegido frente a las conductas que lo perturban gravemente, puesto que un correcto funcionamiento de este sistema supone un régimen de convivencia y de actividad tanto pública como económica estable y adecuada, acorde con la sociedad actual y sus necesidades. Sin embargo, estas conductas ilícitas e incluso corruptas no hacen más que hacer naufragar el sistema.

Ante la evidente intrusión de situaciones ilícitas en el mercado, creo que se debería de reaccionar con rapidez, para evitar un mayor perjuicio de los que han llegado al mercado, han competido y lo más importante, que cumplen las normas establecidas para el correcto funcionamiento y desarrollo de su actividad.

Con esto no quiero decir que se permita alcanzar a las empresas el monopolio en el mercado, pero que se respete a las que funcionan de acuerdo a lo establecido legalmente y que se permita la entrada de nuevas empresas al mercado, siempre y cuando se ajusten a la realidad económica y no intenten aprovecharse del prestigio de otras empresas, que no abusen ni dañen.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fecha 19 de junio del año 2014.

¹⁰ Preámbulo de la Constitución Española

DERECHO AL OLVIDO. JAQUE A GOOGLE EN EUROPA

Víctor Seisdedos Potes

Licenciado en Derecho. Universidad de León

Máster en Derecho de las Telecomunicaciones. Universidad Carlos III

Sumario: 1. Planteamiento inicial. Análisis del concepto y su régimen jurídico. 2. La génesis de un derecho ya existente. 3. Ejercicio de diversos tipos de acciones. 4. STJUE de 13 de mayo de 2014 (Caso Google Spain SL, Google Inc. vs AEPD y Mario Costeja). 5. Derecho al olvido frente a otros derechos. 6. Conclusiones, críticas y recomendaciones para el futuro.

Resumen: Se trata de analizar el concepto de "Derecho al olvido" siempre bajo la perspectiva de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Asimismo se analizará los límites de este nuevo derecho así como la confrontación con otros derechos.

Palabras clave: Derecho al olvido. STJUE 13 de mayo de 2014. Internet. Indexación, Derecho de cancelación y oposición. Google. Caso Costeja, AEPD vs Google. Protección de datos personales. LOPD.

Abstract: This is to analyze the concept of "Right to be Forgotten" always from the perspective of STJUE of May 13, 2014. The limits of this new law as well as the comparison with other rights will be analyzed.

Key words: right to be forgotten; indexing; STJUE May 13, 2014; Google vs AEPD; Cancellation right; Right of opposition.

1. Planteamiento inicial. Análisis del concepto y su régimen jurídico

Antes de comenzar, me gustaría que hiciéramos un ejercicio telemático. Vamos a buscar en Google "Premios España" y lo vamos a comparar con otro país europeo, por ejemplo Alemania; es decir, vamos a escribir primero "premios España" y posteriormente "premios Alemania". Si lo han hecho (que espero que de verdad sí) podrán comprobar como cuando escribimos "premios España" anecdóticamente sólo nos vinculan a premios a título interno o nacional pero no a nada de índole internacional, sin embargo cuando escribimos "premios Alemania" la primera entrada versa sobre un listado de premios nobel germanos.

Os estaréis cuestionando el porqué de este párrafo, pues bien, la explicación no es otra que el trabajo de la Abogacía del Estado y de la Agencia Española de Protección de Datos (en lo sucesivo AEPD) en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo STJUE) con fecha 13 de mayo de 2014, es

digno de aparecer entre las más altas menciones internacionales. España es gracias a este Sentencia un referente a nivel Europeo en lo que respecta a la Protección de Datos.

La legislación aplicable en España sobre la protección de datos es la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) con su reglamento de desarrollo (el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal – en lo sucesivo RLOPD), pero ello no es más que una transposición 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 (en lo sucesivo Directiva 95/46).

La LOPD lleva vigente ya en España casi 15 años (su fecha de vigencia data de un 14 de enero del año 2000, y la Directiva 95/46 se firmó el 24 de octubre de 1995). Esta cuestión no es baladí. Pese a que la normativa de protección de datos lleva más de un decenio con nosotros, es ahora cuando existe una explosión de la protección a través del denominado derecho al olvido (que, a mi juicio, - y me consta que la AEPD es de la misma opinión - es un concepto inexacto, que no abarca la trascendencia de esta cuestión).

Pero exactamente, qué es el derecho al olvido. Este derecho no es más que la demanda de afectados reclamando protección frente a lesiones de derechos producidos por la difusión de datos personales que el afectado no desea que sean conocidos, y todo ello procesado, propagado y accesible a través de motores de búsqueda (por ejemplo, Google, Bing, Ask, entre otros). Resulta totalmente obligado aquí definir lo que entendemos por datos de carácter personal. Pues bien, es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables (artículo 3 de la LOPD). Es decir, ha de existir una vinculación entre la información aportada (por ejemplo DNI, NIE, nombre, apellidos, etc.) y la persona en concreto; sin esta vinculación lógica y causal, no es posible hablar de datos de carácter personal.

Es necesario aquí hacer alusión a tres conceptos claves (que nos serán de gran utilidad en lo sucesivo de este artículo) y asimismo distinguir las partes que se podrían verse inmersas en una eventual reclamación por derecho al olvido.

En primer lugar, es necesario hacer alusión a tres conceptos: (1) memoria digital; (2) Internet y (3) motores de búsqueda. La memoria digital no es más que el almacenamiento de datos a través de infraestructuras telemáticas (Internet), sin embargo la memoria digital solo encuentra obstáculos para su profunda implantación encontrándose desamparada normativamente¹. (2) Internet: el actual Director de TIC en el Congreso de los Diputados (Javier de Andrés Blasco) lo define

¹ Criado, Miguel: "La memoria digital en España no hay quien la reglamente". Diario Digital de El Confidencial

como "un sistema global de información que: está relacionado lógicamente por un único espacio global de direcciones basado en el protocolo IP o en sus extensiones; es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP o sus extensiones y/o otros protocolos compatibles con IP; proporciona, usa o hace accesible, de manera pública o privada, servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras relacionadas", pero luego aclara todo estos conceptos técnicos y da una segunda explicación "también podríamos decir que Internet es una red que une ordenadores de todo el mundo y que permite el acceso a cualquiera de ellos, con la posibilidad de obtener e intercambiar información de manera muy sencilla"², y simplificando aún más, internet permite conectar ordenadores, y por ende, navegar por un entramado de web's. Finalmente el tercer concepto es el de (3) motores de búsqueda (o buscadores): los motores de búsqueda son servicios informáticos prestados como una página web que ostentan la capacidad de localizar la información y hacerla accesible. En la actualidad el cuasimonopolio lo ostenta Google. En las últimas estadísticas publicadas (por ejemplo, las realizadas por el portal GreenLight) Google es líder indiscutible en todos los países del mundo salvo en China (Baidu), Japón (Yahoo) y Rusia (Yandex)³, por lo que podemos concluir sin ningún género de duda, que Internet sin google es casi inconcebible y que Google sin Internet... pues no existiría ipero lo crearían! Sarcasmos aparte, me gustaría centrarme en España (siendo uno de los países junto con Alemania y Francia donde la diferencia de utilización es más notable). El 97% de los españoles utilizamos Google (y sino Bing que a fin de cuentas no es más que el motor de búsqueda predefinido por Microsoft); esto es, casi toda España es googlera, y entrar en internet es sinónimo de entrar en Google (aunque aclaro que ni de lejos lo es).

La conexión de estos tres conceptos (memoria digital, internet y buscadores) puede ser confusa pero tiene su explicación lógica y razonada. La suma de los tres, provocan una difusión y accesibilidad universal a la información, y por ende, a la información de carácter personal. Si no existiera dicha difusión y accesibilidad, datos personales caerían per se (por sí mismos) al "olvido", pero dada la universalidad que el conjunto de estos tres conceptos tiene provoca que la información personal se propague, y ello taxativamente tenga que conectarse con lesiones de derechos (y aquí sobre todo nos preocupa los de índole de carácter personal).

No son pocos los casos reales que podrían plantearse sobre vulneraciones del tratamiento de datos de carácter personal. Os preguntaría y haríais bien si hasta esta Sentencia (que posteriormente analizaremos) no existía una aplicación de la normativa de protección de datos. Sí existía pero Google no la aplicaba, y no la

² Blasco, de Andrés Javier: "*Principios de Derecho a Internet*". Epígrafe 1. Páginas 1 y 2

³ Estadísticas del portal GrenLight sobre utilización de los principales motores de búsqueda: <http://kont.pro/blog/wp-content/uploads/2010/12/motores-de-busqueda-alrededor-del-mundo.png>

aplicaba en base a una no aplicación del derecho internacional privado. El razonamiento que seguía Google hasta la esta Sentencia no era otro que la no aplicación del derecho español (ni europeo) dado que su sede matriz no se ostenta en España ni en Europa, sino en Estados Unidos.

En vinculación a esta idea, muy acertadamente Víctor Salgado (abogado) explica que el derecho a la privacidad (en Estados Unidos) es literalmente, "the right to be let alone", es decir, "el derecho a estar solo" o, más libremente, "el derecho a que me dejen en paz" (...) Por el contrario, para un europeo la privacidad es algo muy distinto. Dado que nuestra legislación reconoce y protege ya todos estos aspectos mediante el derecho a la intimidad, la privacidad ha surgido como una esfera de protección más amplia. Dicha esfera abarca todos los datos que cualquier entidad tenga sobre un ciudadano, y no solamente los estrictamente privados. En Europa, por tanto, el derecho a la privacidad no es otra cosa que el derecho que protege a las personas físicas en relación al tratamiento de sus datos por parte de terceros o, dicho de otro modo, el derecho a la protección de datos de carácter personal". Me parece totalmente correcta la explicación que este jurista realiza⁴. Es por ello, que las legislaciones estadounidense y española son muy distintas y la primera más favorable (dado que no tienen una LOPD al uso)⁵, y de ahí que Google Inc. no quisiera aplicar la legislación española (o dicho de otra forma Google Inc. con domicilio social en Montanview -Estados Unidos- no quisiera ser Google Spain con sede en Madrid).

Una vez aclarado estos tres conceptos, es necesario indicar cuáles son las partes que juegan en el panorama de la protección de datos de carácter personal para poder ejercer el derecho al olvido. En primer lugar, cabe partir de una página web, organismo público, persona física o jurídica, o cualquier otro tipo de plataformas contiene una serie de contenidos el cual tiene datos de carácter personal. Aquí podría darse dos situaciones (más anecdóticas que prácticas) si está dado de alta el/los fichero/s en la AEPD. Estén o no dados de alta dichos ficheros (que sería lo legalmente exigible) lo que sí existe es una vulneración o un mal tratamiento de éstos. En segundo lugar existe una persona cuyos datos de carácter personal están siendo vulnerados, que reclamaría ante la AEPD un mal uso de dichos datos).

Y finalmente, podríamos ostentar un tercer elemento que solo se daría ante plataformas informáticas y páginas web, que son los motores de búsqueda. Los motores de búsqueda (luego lo veremos más en detalle) indexan la información (es

⁴ Salgado, Víctor: "De la nube de ceniza a la nube de datos". Diario Digital de La Voz de Galicia. <http://blogs.lavozdegalicia.es/victorsalgado/2010/04/20/de-la-nube-de-ceniza-a-la-nube-de-datos-europa-bloqueada/>

⁵ Salgado, Víctor: "¿Una LOPD para América?" Diario Digital de La Voz de Galicia: <http://blogs.lavozdegalicia.es/victorsalgado/2010/05/06/una-lopd-para-america/>

decir, utilizan lo que se denomina arañas o robots de búsqueda de información para hacer un listado de todo ello en sus servidores

En la Sentencia que sirve de explicación a todo este trabajo (STJUE 13 de mayo de 2014) juega en primer lugar, el afectado (Sr. Costeja González), en segundo lugar, el motor de búsqueda (en este caso Google), la página web en la que estaban publicados los datos de índole personal (un portal digital de información – La Vanguardia) y será discutible si el hosting o almacenamiento de la página web tiene o no una responsabilidad ante este supuesto (u otros de análogas características), pero como ya he avanzado, todos estos temas los desmenuzaremos más adelante.

2. La génesis de un derecho ya existente

Uno de los errores más comunes sobre esta cuestión es decir que el derecho al olvido se trata de un nuevo derecho surgido a partir de la STJUE. Esto es total y absolutamente erróneo y necesita ser matizado. El derecho al olvido es la proyección en internet de derechos ya existentes, porque tanto la LOPD (artículo 13 a 19) como la Directiva 95/46 (artículo 12 a 14) ya regulaban los derechos de supresión o cancelación (artículo 12 de la Directiva 95/46 y artículo 16 LOPD) y el derecho de oposición (artículo 12 de la Directiva y artículo 17 LOPD). Por lo tanto no es un derecho surgido por mandato del TJUE (luego explicaremos el quiz de la sentencia y porqué su importancia). Lo único que el derecho al olvido es revolucionario es en la desvinculación de los enlaces de la lista de resultados con el nombre en concreto.

Centrándonos en la normativa española, la LOPD (y por ende la AEPD) identifica lo que se conoce como derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición). A efectos de lo que estamos tratando nos interesa los dos últimos (cancelación y oposición), porque el derecho de acceso no es más que la solicitud para obtener información sobre el tratamiento de los datos personales (artículo 15 LOPD); y el derecho de rectificación es la modificación de los datos por parte del responsable del fichero donde están incluso los datos de carácter personal, cuando la información es errónea, incompleta o inexacta (artículo 16 LOPD).

Aclarado este punto es necesario centrarnos en los derechos de cancelación y oposición. A priori podríamos concebirlos como un único derecho, pero no debemos caer en ese error. Son derechos totalmente independientes entre sí (artículo 24.1 RLOPD). El derecho de cancelación es uno de los derechos que la LOPD reconoce a los ciudadanos para la defensa de su privacidad. La cancelación supone la eliminación de datos de carácter personal, ya sea por un uso excesivo, erróneo o simplemente porque el afectado no desea continuar que sus datos personales estén siendo tratados en un fichero concreto por el responsable de éste. El ejercicio del derecho de cancelación es personalísimo (artículo 23 RLOPD), es decir, que generalmente (salvo excepciones) podrá solicitarlo la persona interesada, quién deberá dirigirse a la empresa u organismo público que sabe o presume que tiene

sus datos, indicando a qué datos se refiere, y aportando al efecto la documentación que lo justifique. Cabe aclarar que el artículo 23.2 RLOPD también permite la figura del representante legal (casos de incapacidad y minoría de edad) y del representante voluntario. El no cumplimiento de este requisito será causa de denegación de facto. El procedimiento se basa en una obligación de respuesta por parte del responsable del fichero (aunque no existan ni indicios ni pruebas contra una vulneración de los datos personales) y siempre en un plazo máximo de diez días. Ante hipotéticos supuestos de silencio por parte del responsable o ante una contestación insatisfactoria, se podría solicitar tutela ante la AEPD. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas, transcurrido el cual deberá procederse a la cancelación⁶. Asimismo todo ello tiene una excepción: la ley. Si una ley habilita la conservación de los datos ante cumplimientos contractuales se podrían conservar en el plazo legalmente establecido.

Por otro lado, el derecho de oposición tiene las mismas características que el anterior (carácter personalísimo, mismo procedimiento de reclamación, y mismas garantías de tutela), sin embargo dista mucho de ser un derecho análogo al anterior. El derecho de oposición es una garantía a que no se lleve a cabo el tratamiento de los datos personales o al cese a los mismos. Aquí hay que añadir que muchos tratamientos de datos de carácter personal no requieren la autorización del interesado (que como norma general establece el artículo 6 LOPD), como por ejemplo la publicación en tabloneros de anuncios de las notas de calificaciones en una Universidad (Disposición adicional vigésimo primera)⁷. En estos casos no se requiere un consentimiento del afectado porque una ley lo habilita o porque existe un motivo legítimo y fundado para tal fin. Es en estos supuestos donde se habilita y en la práctica más se utiliza este derecho de oposición.

Por todo ello, vemos que el derecho al olvido no es un nombre que la prensa y (también) la jurisprudencia ha utilizado para referirse a lo que hasta la sentencia eran los derechos de oposición y cancelación de los datos personales contra el responsable de un fichero.

⁶ Derecho de cancelación: Página web de la Agencia Española de Protección de Datos (canal al ciudadano):

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derechos/principales_derchos/cancelacion-ides-idphp.php

⁷ Disposición Adicional Vigésimo primera, punto tercero, de la LO 4/2007 de Universidades: “no será preciso el consentimiento de los estudiantes para la publicación de los resultados de las pruebas relacionadas con la evaluación de sus conocimientos y competencias ni de los actos que resulten necesarios para la adecuada realización y seguimiento de dicha evaluación”

3. Ejercicio de diversos tipos de acciones

Al comienzo de este artículo hacíamos alusión a que podrían existir diversas partes ante la reclamación del derecho al olvido. Considero que para dar una explicación con el caso más relevante hasta el momento (el caso Costeja y la AEPD vs Google – STJUE de 13 de mayo de 2013) es necesario poder identificar las partes que existen ante una reclamación ante un portal web (página web).

En un primer nivel, actualmente podríamos ejercitar reclamaciones frente al editor. El editor es quien publica en su página web la información que contiene datos de carácter personal, es decir, es todo web máster que decide subir por sí mismo o por mandato de un tercero a una página web el contenido con datos personales. Estas publicaciones podrían considerarse legítimas o ilegítimas. La diferencia está lógicamente en la legalidad y exactitud de los datos. Ante casos de publicaciones ilegítimas cabría un derecho de supresión, mientras que ante publicaciones legítimas se articularían ante un derecho de rectificación y/o un protocolo de exclusión.

En un segundo nivel nos encontraríamos con un ejercicio frente al buscador. El motor de búsqueda tiene la finalidad de indexar la información, es decir, de vincular la página web (cuyo contenido ya ostenta la información de carácter personal) con terceros que solicitan a través de dicho buscador el conocimiento (o no) de dicha información. Aquí no hablaríamos de publicación sino de divulgación. Esta divulgación, nuevamente, puede ser legítima o ilegítima. La divulgación legítima, hasta ahora se venía estableciendo una desestimación de todas las reclamaciones, en base a que el buscador no es responsable del contenido almacenado en la web, sino que únicamente su función o papel es el de conector entre web y usuario, no es el motor de búsqueda el que decide cuál es el contenido de la web, sino que su función única y exclusiva es dar respuesta a la petición del usuario. Como concluiré más adelante, y aunque sea una opinión contraria a la de la AEPD y la Abogacía del Estado, este razonamiento es lógico y más que fundado, porque a fin de cuentas un motor de búsqueda no decide cuál es el contenido de una web, ni decide cuáles son los datos personales que ostenta dicha noticia o información. Por otro lado, cabe identificar una divulgación ilegítima: aquí cabría un derecho de supresión para así eliminar de la lista de resultados de búsquedas datos que no deberían ser conocidos por terceros.

Podríamos distinguir dos posiciones que se han mantenido y que se pueden identificar con la posición de cada parte. Por un lado la de eximir a los motores de búsqueda y repercutir únicamente sobre los editores (posición Google) y la argumentación para establecer una responsabilidad total de todas las partes afectadas (posición AEPD). Según Google (y por ende el resto de los motores de búsqueda) los motores de búsqueda no realizan tratamiento de datos individuales, sino globales. Este tratamiento no se realiza a gusto de una persona encargada sino de una actividad automática realizada por las arañas encargadas de la indexación

de contenidos. Según ellos (y ahí lo esencial de la Sentencia, que en el siguiente punto detallaré) no se aplica al Derecho Europeo, y por ende el Derecho Español, sino al Derecho estadounidense al tener allí su domicilio social en base a sus estatutos sociales. Y por último los derechos explicados (cancelación y oposición) no se han de ejercitar frente al motor de búsqueda sino al editor de la página web en concreto. Esta argumentación la refuerzan con diversos protocolos de exclusión que se pueden incluir en el lenguaje html de la web (se puede incluir protocolos de "no - index", y "robot.txt"; es decir que una página web tiene fórmulas informáticas para no salir en un listado de resultados.

Por su parte, la posición contraria (posición de la AEPD), establecen que la actividad del buscador es puramente tratamiento de datos ya que recopila datos personales. El gestor del buscador es responsable del tratamiento ya que determina los medios y formas siendo un tratamiento distinto al del editor. Para la AEPD, y a mi juicio es lo lógico, sí se aplicaría el derecho europeo en base a que las búsquedas se realizan a través de una página web cuya sede está situada en España y cuyo resultado final está teniendo efectos vinculantes en España y ante ciudadanos situados físicamente en España (que no tienen por qué ser precisamente españoles). Un argumento importante que sostiene la AEPD es que el afectado puede ejercer los derechos de supresión y oposición frente al buscador sin necesidad de dirigirse al editor dado que se trata de procedimientos distintos ya que los parámetros que vimos antes pueden ser entre el editor y el buscador contradictorios, es decir, que la publicación en el buscador tenga carácter ilícito y en el editor sea un tratamiento lícito. Es un caso difícil en la práctica pero no descartable.

4. STJUE de 13 de mayo de 2014 (Caso Google Spain SL, Google Inc. vs AEPD y Mario Costeja)

Sin lugar a dudas si hay una sentencia que ha puesto en boga la protección de datos y el derecho al olvido es esta. Considero que esto no es un análisis sobre esta sentencia sino que este artículo viene a explicar la dimensión de la figura del derecho al olvido, pero hablar del derecho al olvido es hablar inequívocamente de esta sentencia. El caso Costeja es un supuesto aparentemente sencillo pero con una gran argumentación jurídica.

Mario Costeja, gallego, abogado y experto calígrafo. Hace 16 años sufrió un embargo. Siguiendo el procedimiento administrativo, la subasta del inmueble embargado fue publicada en el BOE y en el período "La Vanguardia" siguiendo la publicidad exigida legalmente. Google indexó la información de tal forma que si cualquier persona (previa a la sentencia) ponía su nombre (Mario Costeja) se le vinculaba con un embargo. Se saldó la deuda (dejó de ser deudor), pero según Google él seguía siendo una persona morosa. Él mismo explicaba en El País: "para

Google sigo siendo deudor y casado”⁸ cuando en realidad está divorciado y sus deudas saldadas.

En el año 2009 reclamó a Google el derecho de supresión de sus datos, por tratarse de datos inexactos en la actualidad (pero sí ciertos en el pasado). Google desestimó la reclamación. Pero el Sr. Costeja encontró un importante aliado en España: la AEPD. Este organismo le dio la razón y plantearon nuevamente la cuestión recurriendo ante la Audiencia Nacional y ésta delegando diversas cuestiones al TJUE. Y la Sentencia con fecha 13 de mayo vino a contestar todas y cada una de ellas.

En todo el proceso hay que poner el foco en tres bloques: (1) si es de aplicación la normativa de protección de datos de la Unión Europea (en lo sucesivo UE) ante un organismo cuya sede social está en Estados Unidos pero con sedes en Europa (en nuestro caso España); (2) hay que cuestionarse la naturaleza de la actividad de los buscadores, es decir, responder a qué sucede con el tratamiento de los datos, así como quién y bajo qué circunstancias se es responsable del mismo, y (3) el alcance de los derechos de supresión y oposición.

La posición de Google a lo largo del proceso no se vio alterada a lo ya explicado. El razonamiento jurídico versaba en una no aplicación del derecho europeo dado que la sede matriz no se encontraba en ningún país de Europa sino en Estados Unidos. Y se eximían cualquier responsabilidad respecto al tratamiento de datos dado que es una actividad automática y en sí misma la indexación de información no realiza un tratamiento de datos de forma individual sino un tratamiento colectivo de toda la red.

El posicionamiento que mantuvieron el Sr. Costeja, la AEPD y la Abogacía del Estado fueron muy de la mano y sin verse casi alterados en su proceso. Para comprobar este razonamiento, cabe fijarse en las conclusiones del Abogado del Estado (25 de junio de 2013 ante la Audiencia Nacional – en lo sucesivo AN). El Abogado General indicaba que la Directiva sí es aplicable a Google dado que tiene establecimientos vinculados a su actividad en Europa (y más precisamente en el caso que estaban defendiendo que es España). Nuevamente sostuvo que la actividad del motor de búsqueda sí se ha de considerar como tratamiento de datos, e indica que determina fines y medios (posicionamiento en la STJUE), pero añade el matiz de que el proveedor de servicios no es responsable en sentido directo, y se aventuró a ir más allá mostrando que el derecho de cancelación y oposición no confieren un derecho a dirigirse al buscador para que no indexe la información, sino es un derecho posterior ante datos ya existentes. Es decir, establece un reconocimiento al “derecho al olvido” en el sentido de que los derechos de cancelación y oposición se ejercen frente al buscador, y el buscador debe eliminar

⁸ Obelleiro Paola: “Desayuno con Mario Costeja”. Diario Digital El País: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/21/actualidad/1363889407_114848.html

los enlaces de los resultados de las búsquedas realizados por el nombre de las personas. Este matiz es muy importante porque a mi juicio se trata de una de las limitaciones claras que tiene este derecho. Y por último, indica que si no se atiende las solicitudes de estos derechos, se podrá acudir a la autoridad central para que se protejan sus derechos.

Toda esta argumentación se vio apoyada por un artículo esencial que es el artículo 7.f de la Directiva 95/46, que indica que los Estados miembros dispondrán del tratamiento de datos que pudieran afectarles si es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección, es decir, que jamás un tratamiento de datos podría vulnerar derechos de carácter personal.

Ello encuentra su eco en la STJUE (en el numeral 80) donde se establece que un tratamiento de datos personales efectuado por un motor de búsqueda puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, y permite a través de dicho tratamiento de datos que cualquier internauta mediante la lista de resultados de información relativa a esta persona que afecta a una multitud de aspectos de su vida privada, que sin dicho motor no se habría interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente.

Queda fuera de todo género de duda que en la mayoría de los casos la información se consigue gracias a los motores de búsqueda. La facilidad con la que actualmente obtenemos la información se debe a los buscadores, y dan un acceso importante sobre información personal.

Ante ello, ¿qué se debe hacer? ¿Nos vetamos intelectualmente en defensa de los derechos de carácter personal para así garantizar la intimidad? ¿Y qué sucede, entonces, con personas de renombre que sus datos se indexan por los buscadores sin ningún tipo de defensa? ¿Ellos tienen derecho al olvido? Aquí habría que buscar el justo equilibrio entre los derechos a la vida privada y el interés público de acceso a la información. Más adelante hablaremos sobre la confrontación del derecho al olvido con otros derechos que se encuentran intrínsecamente conectados, pero ahora bastará con dejar de manifiesto que es necesario hacer un juicio de valor entre vida privada y acceso a la información. Respecto a las personas de renombre, aquí es esencial que destaquemos un tercer aspecto que es el del interés público. Según la doctrina del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC) indica que el conocimiento de las personas públicas es algo que es importante o relevante para la formación de la opinión pública o que afecta al conjunto de los ciudadanos o a la vida económica o política del país. Y así no constituye interés público relatar las relaciones afectivas de una persona (Sentencia TC 83/2002, de 22 de abril) o el

mostrar el cuerpo de una actriz en top-less (Sentencias TC 19/2014, de 10 de febrero, caso Melani Olivares, o TS 518/2012, de 24 de julio, caso Elsa Pataky), por poner dos ejemplos habituales⁹. Es decir, el interés público es el concepto que hay que analizar para averiguar si una información puede tener una protección legal o no.

Retomando el tema principal, cabría preguntarse cómo se ha de realizar dicha ponderación y cuál de los derechos debería prevalecer. Pues bien, a mi juicio, los derechos de la vida y de protección de datos deberían prevalecer frente al interés económico que pudiese tener google en indexar la información (considero que esto no requiere ninguna explicación, ya que si nuestro ordenamiento jurídico prevalece el interés económico frente a la protección de datos personales, no viviríamos en ninguna democracia conocida), y también habría de prevalecer frente al interés de internautas en acceder a la información por ese cauce (a mi juicio Google no puede convertirse en una autovía de información, ya que si una persona por su propia voluntad quiere y desea facilitar en su portal web su información me parece legítimo, ahora bien, el poner un nombre personal y que te salga un listado de resultados con todos tus datos me parece excesivo. Pero, aunque esta no sea la opinión de la mayoría, considero que aquí la responsabilidad no es exclusiva del motor de búsqueda, aquí hay una auténtica responsabilidad solidaria con el editor de la página web, porque tanta culpa tiene el buscador que conecta al internauta con la información personal de una persona, como el editor que decide subirla a su portal web en busca de visitas que le aporten ganancias económicas). Y esta ponderación no ha de hacerse únicamente comparando qué derecho ha de prevalecer, sino también valorar el factor tiempo y ateniendo a la naturaleza de la información. En primer lugar, el factor tiempo es vital. No es lo mismo que una información esté circulando por la web unos meses a que esté durante años, por lo que este juicio de valor tendrá que analizar caso a caso el tiempo que la información está indexada. Y en segundo lugar, hay que atender a la naturaleza de la información. No toda la información es igual de relevante ni causa las mismas vulneraciones. Hay datos personales que requieren una especial protección y así lo establece el artículo 7 LOPD (véase la religión, la condición sexual, ideología, entre otros), y la naturaleza de esta información también deberá ponerse en perspectiva con el interés público ya analizado.

Pero centrándonos más en la Sentencia, ¿qué vino a indicar esta de novedoso para afianzar un concepto como el "derecho al olvido? La STJUE respaldó la tesis de la AEPD. Esta sentencia clarifica definitivamente el régimen de responsabilidades de los buscadores. Esta Sentencia concluyó que la actividad de los motores de

⁹ Fayos Gardó Antonio: "¿Tienen las personas públicas derecho a la intimidad?" Número 35 de la Revista de los estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación (COMEIN): <http://www.uoc.edu/divulgacio/comein/es/numero35/articles/Article-Antonio-Fayos-Gardo.html>

búsqueda constituye un tratamiento de datos de carácter personal del que es responsable el propio motor, ya que es el que determina fines y los medios de la actividad de los datos. Indica que el artículo 2 letras b y d de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que la actividad de un motor de búsqueda consiste en hallar información publicada o puesta en internet por terceros, almacenarla temporalmente y ponerla en disposición de internautas, y ello se ha de considerar como tratamiento de datos. Inequívocamente es un razonamiento lógico porque siguiendo la definición del artículo 3.c de la LOPD, un tratamiento de datos son todas aquellas operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias. Por otro lado, considera responsable a dicho gestor dado que es éste el que determina los fines y los medios del tratamiento de datos personales (artículo 2.d Directiva 95/46 y artículo 3.d LOPD).

La segunda conclusión a la que llega es que las personas tienen derecho a solicitar del motor de búsqueda la eliminación de la información aunque esta no hubiese sido eliminada por el editor, pudiendo siempre ante el silencio acudir a la AEPD. La Sentencia analiza el artículo 12 b y 14 a de la Directiva 95/46 en el sentido de que para respetar los derechos personales, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona a vínculos de páginas web (de terceros) que contienen información a dicha persona.

Una tercera conclusión y que para mí es la más esencial, es la que el tratamiento de datos por parte de los motores de búsqueda está sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea¹⁰. A mi juicio este es el punto esencial y que más relevancia tiene esta sentencia, no porque lo anterior no sea importante, sino porque toda la argumentación jurídica no se sostendría de no aplicarse el derecho europeo. La Sentencia concluye que cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filiar destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de ese Estado miembro, se ha de aplicar la normativa de tal país. Esto resulta esencial, ya que aunque la empresa Google no tenga su matriz en España, está ejerciendo su actividad en nuestro país, pero no estaba siendo regulado por nuestra normativa. El gran acierto del Tribunal es poder disociar donde se encuentra la sede principal y donde está produciendo los resultados. A mi juicio si la sentencia hubiera dictaminado la no aplicación del

¹⁰ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD): nota de prensa con fecha 14 de mayo de 2013: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2014/notas_prensa/com_mon/may_14/NP_STJUE_derecho_olvido.pdf

derecho europeo, nos encontraríamos ante una auténtica inseguridad jurídica, ya que ello hubiese creado un precedente y cantidad de empresas seguirían este razonamiento, es decir, creo una empresa donde la regulación de mi sector sea ínfima o muy satisfactoria para mi y establezco allí mi sede matriz o principal, y a partir de allí distribuyo actividad por todo el mundo sin necesidad de me legislen en el país donde yo estoy realizando la actividad y por ende obteniendo un rendimiento económico.

5. Derecho al olvido frente a otros derechos

Establecido el concepto y viendo su máximo referente jurisprudencial, es esencial conectar con otros derechos que podrían verse afectados por su aplicación y por ello establecer los límites que todo derecho ha de ostentar.

En primer lugar resulta esencial indicar que el derecho al olvido no es un derecho absoluto tiene una serie de límites que ningún derecho puede pasar. La aplicación del derecho al olvido no significa que se materialice el borrado de los datos. Esto es otro punto que me gustaría desmentir. El derecho al olvido no elimina datos de carácter personal de ninguna página web, el derecho al olvido lo que hace es dejar de indexar o conectar al internauta con datos personales. Puede resultar muy abstracta la explicación, pero así es. Veamos un ejemplo gráfico: un internauta X decide buscarme en Google (pone "Víctor Seisdedos Potes"), pero en el primer enlace que han salido de la lista de resultado hay una noticia de que hace años me dedicaba al contrabando y estuve en la cárcel en reiteradas ocasiones. Tal vez mi vida haya cambiado, haya pagado mis errores en la cárcel y ahora quiero seguir adelante con una nueva vida, pues probablemente no podría si X en vez de un internauta anónimo es el Director de Recursos Humanos de una empresa a la que yo intento acceder. Y aquí se ejercita el derecho al olvido, a dejar de conectar datos personales con personas con nombre y apellidos concretos.

El derecho al olvido se podría conectar con el derecho a la intimidad o a la privacidad. Nadie tiene que conocer mi vida salvo yo o quien yo decida que lo haga. Y eso es cierto. Todo internauta ha de tener el derecho a poder controlar su reputación on line, y poder eliminar o editar aquello que hayan propagado de él. Sin embargo, podría encontrar con un derecho de frente que es la libertad de expresión. ¿Se eliminará toda información que sea dañina para el afectado? A mi juicio, volveríamos a la tesis anterior, habría que ponderar. No todo es información relevante, ni todo tiene la misma naturaleza, y aún menos debemos primar el interés económico de un portal web sobre una información totalmente personal, y aún menos debemos permitir que la libertad de expresión de una persona difame información (que aun siendo cierta) solo va a provocar ganancias económicas para una parte y perjuicios personales para la otra.

Asimismo se podría conectar el derecho al olvido con el derecho al honor. El derecho al honor es el derecho que toda persona tiene a su buena imagen, nombre

y reputación, de tal forma que todos tenemos derecho a que se nos respete, dentro de nuestra esfera personal cualquiera que sea nuestra trayectoria vital, siendo un derecho único e irrenunciable propio de todo ser humano¹¹. Según el artículo 18 CE y la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, reconoce el derecho al honor tanto a personas físicas como a personas jurídicas.

En conexión a lo que estamos tratando el derecho al olvido se podría activar como una vulneración del derecho al honor, es decir, cuando alguien esté difamando nuestro honor a través de una información a través de una página web, el afectado podría ejercitar el derecho al olvido para dejar de indexar la información (sobre Google) y derecho de cancelación sobre el editor web. Existe una doble esfera, que a mi juicio resulta idónea.

Sin embargo aquí hay un punto anecdótico que a mi juicio se modificará al paso del tiempo, y es respecto a las personas jurídicas. Una persona física tiene derecho al honor y también se le reconoce el derecho al olvido como forma de desvincular los enlaces sobre la información, y por último se le reconoce todos los derechos ARCO. Seguridad jurídica plena. Pero no es así con una persona jurídica. A las personas jurídicas sí se les reconoce el derecho al honor como medio de protección de su reputación, pero no el derecho al olvido. A mi juicio resultan paradójicas y casi contradictorias estas dos ideas. El honor es un garante de la imagen personal y de la reputación empresarial que una persona jurídica quiere tener, y una de las formas de materializar esa protección es a través de la indexación del listado de resultado con el internauta (derecho al olvido), pero actualmente no se les reconoce este derecho.

Me gustaría poner un ejemplo: la Sentencia de 23 de febrero de 2012 del Juzgado de Primera Instancia de Ampostera (Tarragona). En este caso un pequeño camping tuvo la desgracia en 1978 de sufrir una explosión y fallecer 243 personas. Se reclamó la indexación de información pero fue desestimada en base a que el algoritmo utilizado tiene carácter neutral. Es más, las personas jurídicas no pueden obtener olvido a través de la protección /derechos de cancelación y oposición dado que la LOPD solo es aplicable a personas físicas. Únicamente podrían estimarse estas reclamaciones si vulnera al derecho al honor pero no si lo que se pretende es la eliminación del rastro web.

El derecho al honor en las personas jurídicas opera en el sentido de buena reputación y buen prestigio. No obstante este también es un derecho limitado por la libertad de expresión e información (artículo 20 CE). En conclusión las personas jurídicas deben acudir a normativa específica para así iniciar acciones y poder salvaguardar su reputación online (la normativa legal sería: Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de Protección al honor – para la defensa en intromisiones ilegítimas

¹¹ Definición Derecho al Honor. Web Jurídico: <http://www.webjuridico.net/hoi/hoi02.htm>

tanto físico como online -; Ley Orgánica 2/1984 de 25 de marzo sobre el derecho de rectificación – ante información falsa, se exige la modificación así como la réplica -; Código Penal – a través de la calumnia e injuria-; Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal – manifestaciones con mala fe en el mercado para desmejorar la competencia- ; Ley 17/2001 de 7 de diciembre de Marcas – ante casos fraudulentos de dominios – y la Ley 34/2002 de 11 de Junio de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico – para determinar la responsabilidad de prestadores de servicios de alojamientos de datos con contenidos que vulneran al derecho al honor de una empresa).

Una de mis recomendaciones claras para el futuro no es otra que el reconocimiento del derecho al olvido a las personas jurídicas ya que una persona jurídica puede verse en igual (o incluso en mayor) medida afectada por una serie de entradas sobre su empresa.

Aquí muchos críticos intentarán vincularlo con el derecho al interés público dado que ha de prevalecer el interés público sobre la información personal. Pues a mi juicio no es así. Una persona jurídica que ha tenido en el pasado una serie de complicaciones pero que en la actualidad solo le provocan inconvenientes para crecer como empresa y además cumple con toda la normativa vigente establecida, con el mantenimiento de la vinculación de las entradas y el nombre de la persona jurídica lo único que hacemos es dañar su reputación empresarial y hacemos que su volumen de negocio sea menor por cuestiones pasadas que nada podrían tener en el presente, pero insto (y siempre lo haré) a ir caso por caso y siempre haciendo juicios de valor sobre qué ha de primar.

6. Conclusiones, críticas y recomendaciones para el futuro

Como podéis haber leído, el derecho al olvido tiene una proyección increíblemente extensa y se puede vincular con muchos puntos, que en este artículo se han intentado tocar. Mi conclusión es que el derecho al olvido ha abierto una puerta muy importante en materia de protección de datos. Muchos ciudadanos hasta la STJUE de 13 de mayo estaban desamparados frente a Google. Google es (sin lugar a dudas) el gigante de internet y poco o nada parecía que le importaban los internautas, sin embargo, la justicia (ahora) está parcialmente de nuestra parte.

A mi juicio este derecho es un niño todavía. Le queda madurar y adaptarse a una realidad futura imparables. No hay ningún género de duda que aún hay cuestiones que no están reguladas y sin lugar a dudas en un futuro sí lo estarán. Aun así, no son pocos los detractores que tiene este derecho. Hay algunas críticas que sí comparto y otras no. Las principales son las que indican que el derecho al

olvido es un atentado contra la libertad de expresión (a mi juicio no)¹²; insta a la censura en internet dicen otros (a mi juicio tampoco); un tercer grupo indica que impide el libre acceso a la información (parcialmente de acuerdo, pero siempre ha de primar la protección personal de cosas erróneas e inexactas, tiene que romperse la dinámica de que google sea la biografía del mundo) y una última crítica que yo he leído es sobre la insuficiente consideración de la libertad de expresión e información (en realidad el derecho al olvido no es un derecho que elimine información, sino que deja de conectarla).

Mi crítica personal sobre el derecho al olvido (unida a lo de las personas jurídicas) no es otra que la no eliminación de los datos. El derecho al olvido no elimina por sí mismo datos, la STJUE no ha eliminado la página en la que La Vanguardia publica la subasta del Sr. Costeja. Podéis hacer la prueba¹³. Es decir, el derecho al olvido no borra nada, solo deja de conectar información personal con el nombre de la persona que se está buscando.

En sí mismo el derecho al olvido solo es un derecho a que los enlaces (donde se encuentra la información personal) no figuren en los resultados de búsquedas realizados con el nombre del afectado. Y diréis ¿y esto nos protege? Pues sinceramente no. La información sigue estando allí (a no ser que ejercitéis otros derechos de cancelación u oposición pero ya no frente a Google sino ante el responsable del fichero)

Las páginas web tienen la obligación de eliminar el contenido que vulnere derechos de carácter personal siempre que tengan un conocimiento efectivo (¿y cuándo tienen conocimiento efectivo? En eso hay que estar a lo que digan las pruebas en el caso concreto, pero las páginas web están obligadas a tener una dirección de contacto para poder contactar con ello ante eventuales reclamaciones. En sí mismo el conocimiento efectivo se)

Yo creo que debería ir más allá este derecho y debería unificarse el proceso. No tiene por qué haber dos reclamaciones indistintas, una frente a Google y otra frente al editor, sino una única frente a Google y que sea extensible al editor. A mi juicio, el gran responsable de la indexación de datos es el editor no Google. Yo como editor web soy quien decido qué subir o no subir a mi página web, pero lógicamente es Google la que conecta internautas con la información concreta, pero soy yo como editor web el que ostento el contenido y decido el fin de dicha información.

A fin de cuentas ambos son responsables de la vulneración de datos personales. En esta ecuación podríamos incluir el hosting o almacenamiento de la web: hay voces que dicen que sí porque al fin y al cabo son ellos los que almacenan

¹² Pérez David: "El español deshonrado que puso en jaque a la libertad de expresión". Diario Digital El confidencial: <http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2013/02/27/el-espanol-deshonrado-que-puso-en-jaque-la-libertad-de-expresion-de-google-4352/>

¹³ Aquí tenéis el enlace de la página exacta del Período la Vanguardia con fecha 19/1/1998 en donde se muestra la subasta del Sr. Costeja: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1998/01/19/pagina-23/33842001/pdf.html>

la información personal aunque yo sea su creador y google el medio para encontrarla; pero eso ya es hilar muy fino y hacer un efecto demasiado extensible a esto. El hosting es un servicio de almacenamiento que no se inmiscuye en la información. "Ya Víctor, pero Google en principio tampoco", diréis y estaríais siendo correctos y yo muy demagogo. La diferencia existente está en el rendimiento económico. Google obtiene ganancias gracias a las entradas y al tráfico web, gana dinero a través de entradas en las que haya datos personales, y el hosting no. El hosting es rentable en base a un almacenamiento de información, es decir, un hosting no deja de ser el disco duro de tu ordenador desde el cual se permite subir tu página web, pero el hosting no obtiene beneficios en base al contenido, Google sí.

Y un último punto a tener muy en cuenta, es la gran difusión que ha tenido el Caso Costeja. Parece totalmente contradictorio que justamente lo que deseara este hombre era la eliminación de la información de un embargo, y ahora todo el sector especializado, periódicos, conferenciantes, etc. están hablando de su embargo. La señora Streisand estará orgullosa de él.

O DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

BRUNO BERNARDO CASTELO VARGAS
Estudante do Grao en Dereito
Universidade de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Evolución histórica. 2. Análise xurídico-penal do delito de tráfico de drogas. 3. O ben xurídico protexido: a saúde pública. 4. Natureza xurídica: o tráfico de drogas como delito de perigo abstracto. 5. Obxecto material. 6. Tipo básico: conduta típica. 7. Tipo básico: tipo subxectivo. 8. Tipo básico: penalidade. 9. As cualificacións de primeiro grao: o artigo 369 do Código Penal. 10. O artigo 369 bis do Código Penal. 11. As cualificacións de segundo grao: o artigo 370 do Código Penal. 12. A procura da frustración do proceso produtivo: o delito de tráfico de precursores do artigo 371 do Código Penal. 13. As inhabilitacións especiais e absolutas en materia de narcotráfico (artigo 372 C.P.). 14. Os actos de participación intentada: o artigo 373 C.P. 15. O comiso no delito de tráfico de drogas (artigo 374 C.P.). 16. A reincidencia internacional: o artigo 375 do C.P. 17. A atenuación da pena para colaboradores e drogodependentes: o artigo 376 C.P. 18. As consecuencias económicas do delito de tráfico de drogas: os artigos 377 e 378. 19. O eterno debate: legalización ou prohibición?. 20. Bibliografía.

Resumo: Para abordar o estudo do delito de tráfico de drogas este artigo comeza cunha breve introdución de carácter histórico, para logo analizar o aspecto xurídico-penal do fenómeno e, por último, facer referencia ó perpetuo debate acerca da súa liberalización normativa.

Palabras clave: Tráfico de drogas, evolución histórica, configuración legal, legalización.

Abstract: This paper starts its study of drug trafficking with a brief historical introduction, and later it analyzes its legal implications, ending with a reference to the eternal discussion about its legalization.

Key words: Drug trafficking, historical evolution, legal regulation, legalization.

1. Evolución histórica

O tráfico de estupefacientes é sen dúbida un dos problemas máis acuciantes da sociedade contemporánea, non só polo tremendo dano que provoca ós drogodependentes senón tamén pola ameaza que representa para a saúde pública. A dependencia das drogas é, hoxe en día, un dos factores criminóxicos máis relevantes, e o negocio do narcotráfico é un dos máis proveitosos do mercado negro.

Porén, este fenómeno non foi sempre abordado pola sociedade dende unha perspectiva de control institucional, pois naceu ligado ó mundo da feiticaría e o místico. O profesor Beltrán Ballester¹ remonta ós textos de Plinio e Estrabón as

¹ BELTRÁN BALLESTER, E. "El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española" en V.V.A.A. (Manuel Cobo del Rosal, coord.), "Delitos contra

primeiras probas documentais do emprego recreativo das substancias psicotrópicas no noso país, uso que dataría de época prerromana. Tamén se empregaban estes compostos en cerimonias de adiviñación, que perdurarían ó longo da época visigoda a pesar dos mellores esforzos do cristianismo por erradicalas por consideralas pagás; intentos que se materializarían na reprobación de tales prácticas polo Concilio XVII de Toledo e o Liber Iudiciorum.

Durante a Idade Media a atribución de propiedades máxicas a certos produtos vexetais non desapareceu, sendo utilizada, en palabras de Beltrán Ballester² por "mans desaprensivas que, pretendendo explotar a ignorancia das xentes, se aproveitaron deles para, prometendo milagrosas curacións, logros de praceres inconfesables, males ós inimigos e mil alburgadas máis, conseguir do vulgo pingües beneficios". A persecución que se desatou contra estas prácticas se basearía máis no seu carácter herético que nos prexuízos que as substancias en si causaban á saúde.

Na Idade Moderna, o misticismo relacionado con drogas alucinógenas seguiu moi vivo, enriquecéndose aínda máis coas novas substancias importadas das Américas.

É na Idade Contemporánea cando se empeza a enfocar o fenómeno das drogas dun modo científico, pois a luz da Ilustración contribuíu notablemente a despexar as brumas da feiticaría e a superstición. A pesar dos coñecementos empíricos obtidos ó longo do século XIX acerca da natureza e os efectos de tan nocivas sustancias "se comproba unha total ausencia de reaccións sociais, tanto por parte do poder público como por parte da opinión pública"³. A regulación administrativa decimonónica centrouse máis ben na prevención do intrusismo profesional, como demostran as Ordenanzas de Farmacia de 1800 e 1860.

O Código Penal de 1822 non penaba o delito de tráfico de drogas tal e como o entendemos hoxe en día, se ben castigaba o despacho de medicinas e fármacos sen receita no seu artigo 366, no marco dos delitos contra a saúde pública. Non é ata o Código de 1848 cando, en palabras da Dra. Molina Mansilla⁴, se describe unha "acción típica parcialmente comparable coa contida no art. 368 do Código Penal de 1995" nos artigos 246, 247 e 249. O 246 introduce o concepto de "substancia nociva para a saúde", terminoloxía que sería utilizada polos sucesivos Códigos decimonónicos. Encontramos xa nestas primeiras regulacións unha certa indefinición ó respecto do obxecto material do delito, característica que pervivirá ata a actual redacción do Código Penal. Os textos de 1850 e 1870 non modificarían a tipificación do delito.

Como pode verse, a ofensa castigada na lexislación penal decimonónica non era tanto un ilícito de tráfico de drogas como un xenérico contra a saúde pública, pois se enfocaba máis ós "estragos" que puidera causar a distribución das substancias e

la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes" Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, 1977, P. 29.

²*Íbidem*, P. 32.

³ PRIETO RODRÍGUEZ, J.I. "El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español", Ed. Aranzadi, 1993, P. 19.

⁴ MOLINA MANSILLA, M^a del C. "Evolución de la normativa española en materia de tráfico de drogas durante el siglo XIX" en "Anuario de la Facultad de Derecho", publicación electrónica, 2006, P. 188.

foi previsto como unha forma de deter o intrusismo profesional e as malas prácticas no ámbito da Farmacia, non considerándose na época o tráfico de estupefacientes unha ameaza específica e grave contra a saúde pública.

O Código Penal de 1928 non aportou senón meros retoques de carácter penolóxico á regulación anterior, se ben introduciu unha agravante para o caso de que o tráfico tivese como obxecto drogas tóxicas ou estupefacientes (art. 558, parágrafo 2º), agravante que foi omitida no Código de 1932 e reintroducida de novo no de 1944.

A reforma do mesmo efectuada en 1963 introduciu a novidade da falsificación ou adulteración de medicamentos. Non é senón ata a Lei 44/1971 cando aparece, como consecuencia da ratificación por parte de España da Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, unha redacción do tipo penal máis aproximada á vixente hoxe en día, introducíndose a conduta típica de cultivo, elaboración e tráfico. A reforma de 1971 buscaba criminalizar todo o ciclo de produción e distribución das substancias obxecto deste artigo, o cal se convertería en característica típica da política criminal española actual respecto ó tráfico de drogas. Innovou tamén esta reforma na introdución da persecución penal a aqueles "que doutro modo promovan, favorezan o facilitaren o uso"⁵, que aínda se mantén.

O 25 de xuño de 1983 aprobouse unha nova reforma deste precepto, principalmente porque este adoecía de falta de certeza, ó recoller un marco penal desproporcionadamente amplo deixando un excesivo arbitrio ó xulgador, e de proporcionalidade, ó non ter en conta a nocividade da substancia obxecto do delito nin a condición de adicto do suxeito activo.

A xuízo de Arana Berastegui⁶, "as características principais da reforma de 1983 foron: unha delimitación máis adecuada das condutas prohibidas, diferenciación entre substancias que causen grave dano á saúde e as que non, determinación legal das agravantes e a incorporación dos psicotrópicos como obxecto material del delito".

O 24 de marzo de 1988 aprobaríase unha nova reforma do 344 C.P., que ampliou o tipo penal e introduciu por fin a combinación de pena de privación de liberdade e de oferta de tratamento para os drogodependentes.

Só catro anos despois, en 1992, reformaríase de novo este precepto por influencia da Convención de Viena de 1988 e da Directiva comunitaria 308/91, introducindo a figura do tráfico de precursores.

Co Código de 1995 tipificación do delito que estamos a tratar trasladouse ó artigo 368, no que se atopa agora. Aproveitou o lexislador para ampliar notablemente as penas asociadas ó tráfico de drogas, de tal modo que "nos supostos de agravantes de segundo grao a pena pode chegar a superar, nalgúns casos, os vinte anos"⁷. Aínda que foi unha reforma de claro carácter represivo, o Código fíxose eco da realidade referente ós terribles efectos psicolóxicos que a adicción pode desencadear no drogodependente, previndo a eximente por intoxicación de drogas, estupefacientes ou substancias psicotrópicas. Tamén, para axudar a desmantelar as organizacións crimiais creou o atenuante por delación.

⁵ Artigo 368 da LO 10/1995, do 5 de novembro.

⁶ ARANA BERASTEGUI, X. "Drogas, legislaciones y alternativas", Ed. Gakoa, 2012, P. 109 e 110.

⁷ ARANA BERASTEGUI, X., *op. cit.* P.139.

Na reforma de 2003 incidírase na rehabilitación do toxicómano coa actualización do artigo 87 C.P. e se engadirían novas agravantes, como a exhibición de armas, e iniciouse a persecución das persoas xurídicas que servían como tapadeira para as operacións dos narcotraficantes.

No ano 2010 reformaríase por última vez o Código Penal en materia de tráfico de drogas, modificación que significou unha mellor determinación do marco penal e que veu imposta polas esixencias de Unión Europea.

2. Análise xurídico-penal do delito de tráfico de drogas

No apartado anterior puidemos ver como o fenómeno do narcotráfico foi paulatinamente gañando protagonismo na política criminal do noso país, e sempre en termos de represión, aínda que recentemente intuíanse resquicios de humanidade respecto á terrible situación dos drogodependentes. Muñoz Conde tacha de "represiva" a configuración do Código Penal nesta materia, afirmando que "incide fundamentalmente nas clases sociais marxinais, que se ven abocadas a recorrer ó tráfico a pequena escala como alternativa á pobreza"⁸.

A necesidade de abarcar un espectro de condutas amplísimo, referido a unha case inesgotable cantidade de substancias cualificables como "droga" que teñen efectos moi diversos sobre a saúde humana, dota á regulación penal dunha ambigüidade excesiva, a tal punto que a sitúa na fronteira do principio de legalidade. Esta indefinición da conduta punible deu lugar a feroces debates doutriniais e numerosas interpretacións xurisprudenciais, e é considerada como un dos maiores problemas da redacción actual do tipo.

3. O ben xurídico protexido: a saúde pública

Dende unha perspectiva sistemática, os artigos 368 e ss. atópanse no Capítulo III do Título XVII do Libro II do Código Penal, o que os coloca en sede de delitos contra a saúde pública e dentro dos delitos contra a seguridade colectiva.

A saúde pública é un concepto de difícil determinación, que se traduce na "existencia de determinadas condicións que favorezan o benestar social", entendéndose como "algo máis que a suma da saúde persoal de cada un"⁹ (Sequeros Sazatornil, 2000, cfr. páx. 54) e que se recolle no artigo 43 da Constitución, cuxo apartado 2 se erixe en fundamento último da prohibición penal nesta materia. Os danos que causa a droga non afectan só ós drogodependentes, senón que producen tamén outros fenómenos colaterais. Así, en palabras de Sánchez Tomás¹⁰, produce un "impacto económico sobre os sistemas asistenciais sanitarios, (...) risco para o conxunto social e para persoas non implicadas no consumo destas substancias" e "asociación doutros problemas sanitarios individuais e xerais para determinados patróns de consumo, como a vía parenteral, que

⁸ MUÑOZ CONDE, F. "Derecho Penal, parte especial", Ed. Tirant lo Blanch, 2013, P. 618.

⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, F. "El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico", Ed. La Ley, 2000, P. 54.

¹⁰ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. "Derecho de las drogas y las drogodependencias, Ed. FAD (Fundación de Ayuda contra la Drogadicción), 2002, P. 47.

supoñen unha das principais causas da transmisión de enfermidades como a hepatitis B e o sida.”

Aínda que hoxe en día a doutrina acepta pacificamente que o delito obxecto de este traballo ataca á saúde pública certos autores avogaron no seu momento por considerar a liberdade como ben xurídico protexido, aducindo que o síndrome de abstinencia nubla a vontade do dependente e anula a súa liberdade. Porén, como explica Prieto Rodríguez¹¹ “efectos tan intensos só son predicables respecto a aquelas substancias que crean dependencia física ou drogadicción, (...) e non respecto a toda substancia incluíble no concepto de droga”.

Tamén houbo correntes doutrinarias que procuraron o fundamento da persecución do tráfico de drogas nos intereses fiscais do Estado, por considerarse que as drogas teñen carácter de bens ou produtos estancos (art. 1.1 da Lei Orgánica 7/1982), se ben, como di o autor antes citado¹² “o artigo 344 C.P. (hoxe 368) non protexe os intereses fiscais ou o dereito de intervención do Estado, aínda que evidentemente reforza seu cumprimento. Aquela protección a dispensa precisamente unha lexislación específica”.

A seguridade colectiva tamén debe ser rexeitada como fundamento único da regulación penal en materia de drogas, xa que, aínda que é palmario que algunhas substancias provocan nos seus consumidores comportamentos incontrolables e perigosos, non todas as drogas teñen eses efectos, o que obrigaría, en boa aplicación do principio de lesividade, a excluír ditos preparados da persecución estatal.

4. Natureza xurídica: o tráfico de drogas como delito de perigo abstracto

O tráfico de drogas é un delito de perigo abstracto, dado que o obxectivo da tipificación de condutas contrarias á saúde pública é “protexer ó colectivo social dun mal potencial”¹³. Por iso adiantase a barreira de protección, resultando que o delito que estamos a tratar sexa de consumación anticipada. Para ese adiantamento da protección requírense, en opinión de Molina Mansilla¹⁴ “dúas circunstancias: a finalidade de difusión (...) e que a substancia teña aptitude obxectiva para danar a saúde, en función da cantidade e do grao de pureza”.

O feito de que sexa unha ofensa de consumación anticipada non impide que se admita a tentativa “cando o suxeito intentou acadar a tenencia destinada ó tráfico realizando accións próximas á súa obtención, se dita tenencia non se logra por razóns alleas á vontade do autor”.¹⁵

5. Obxecto material

Para comprender o artigo 368 é necesario determinar primeiro o obxecto material do delito, é dicir, dar sentido xurídico-penal inequívoco á expresión que emprega o lexislador: “droga tóxicas, estupefacientes ou substancias psicotrópicas”. A Lei

¹¹ PRIETO RODRÍGUEZ, J.I. *op. cit.*, P. 217.

¹² *Ibidem*, P. 218.

¹³ SEQUEROS SAZATORNIL, F. *op. cit.*, P. 70.

¹⁴ MOLINA MANSILLA, M^a del C. “El delito de narcotráfico”, Ed. Bosch, 2008, P. 44.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.*, sobre a STS 362/2001, de 6 de maio, P.624.

penal non da resposta clarificadora algunha, "o que xera unha gran inseguridade xurídica respecto á carencia de criterios seguros que definan este concepto a efectos penais, por non falar da falta de distinción entre substancias que causan grave dano á saúde e as que non o causan"¹⁶. Muñoz Conde¹⁷ propugna a creación legal dun "concepto penal de droga", á par que lembra a necesidade de evitar "o automatismo con que se considera reiteradamente que algunhas substancias teñen este carácter (de droga tóxica ou estupefaciente) simplemente pola súa inclusión nos Convenios internacionais, sen ter en conta as particularidades do caso concreto nin o ben xurídico protexido neste delito". O mesmo autor resalta a necesidade de dito concepto¹⁸ "á hora de interpretar cales son as substancias que causan grave dano á saúde e cales non".

Granados Pérez¹⁹ interpreta que para determinar o concepto de "droga" o Código Penal realiza unha "remisión ás normas do ordenamento xurídico internacional representado, substancialmente, polo Convenio Único de Nacións Unidas, feito en Nova York o 30 de marzo de 1961, sobre estupefacientes, que os define como aquelas substancias naturais ou sintéticas incluídas nas Listas Anexas ó citado Convenio e ó Convenio sobre substancias psicotrópicas, feito en Viena o 21 de febreiro de 1971."

6. Tipo básico: conduta típica

O artigo 368 C.P. castiga "ós que executen actos de cultivo, elaboración ou tráfico, ou de outro modo promovan, favorezan ou faciliten o consumo ilegal de drogas tóxicas (...) ou as posúan para aqueles fins". A xuízo de Muñoz Conde²⁰ esta redacción amplía "desmesuradamente" o ámbito dos comportamentos prohibidos. Na mesma liña, Arana Berastegui²¹ critica a expresión "ou de outro modo" pola "ampliación desmesurada do tipo penal" que leva a cabo. Molina Mansilla²² considera que "a redacción do precepto fai que o tipo penal sexa extraordinariamente aberto".

Tal amplitude á hora de fixar a conduta punible arroxa serias dúbidas sobre o respecto do principio de tipicidade por parte da redacción actual do artigo 368 C.P., aínda que é comprensible dende unha perspectiva teleolóxica, ó ser necesaria unha certa amplitude normativa para poder perseguir a totalidade das condutas englobadas nese abominable negocio que é o narcotráfico.

A pesar de que o obxectivo da ambigüidade é aumentar a eficacia da represión penal das condutas favorecedoras do consumo de drogas, Muñoz Conde tilda de contraproducente tal omnicomprensividade por considerar que devén nunha "maior permisibilidade social de comportamentos en si típicos, pero que son frecuentes en moitas zonas das grandes cidades sen que se produzan intervencións importantes da policía, salvo en casos de redadas espectaculares (...), que producen máis un

¹⁶ MOLINA MANSILLA, M^a del C. *op. cit.*, P. 46.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.*, P. 620.

¹⁸ *Íbidem*, P. 621.

¹⁹ GRANADOS PÉREZ, C. "Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas", Ed. La Ley, 2007, P. 29.

²⁰ MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.*, P. 619.

²¹ ARANA BERASTEGUI, X. *op. cit.*, P. 138.

²² MOLINA MANSILLA, M^a del C. *op. cit.* P. 71

efecto propagandístico da actuación policial que unha diminución efectiva do problema"²³ Pero non todas as voces doutrinais critican esta redacción ampla. Sequeros Sazatornil²⁴ considéraa "acertada", pois "dificilmente calquera actividade humana con proxección exterior pode eludir o seu radio de comprensión".

Sánchez Tomás²⁵ interpreta a conduta típica como un conxunto de actos que orbitan en torno a un "núcleo central" que é "a promoción, favorecemento ou facilitación do consumo ilegal, sendo os actos de cultivo, elaboración ou tráfico formas de levar a cabo este núcleo". Tal reflexión parece acertada, pois a saúde pública non se ve afectada meramente polo cultivo ou a obtención de drogas tóxicas senón polo destino destas ó consumo, adiantándose a barreira de protección pola natureza do tráfico de drogas como delito de perigo potencial.

Para delimitar o ámbito de aplicación do precepto penal, este autor considera que a expresión "de outro modo" ²⁶ debe comprender só as condutas de relevancia semellante á dos actos de cultivo, elaboración ou tráfico.

A efectos de ordenar todas estas condutas, moi numerosas e diversas, Molina Mansilla fainas coincidir coas fases dun proceso produtivo, que comezaría coa obtención do produto (cultivo e preparación) e finalizaría coa súa comercialización. Neste proceso, analizando unha STS de 3 de abril de 1997, a citada autora descobre "dúas fases no proceso do tráfico ilegal de drogas (...) fase interna, na que se realizan os procedementos de cultivo, integrados por unha serie de actividades de carácter agrícola, e procesos de elaboración, que contén un conxunto de actividades de carácter industrial, consistentes na extracción de sustancias tóxicas ou na síntese das mesmas nun laboratorio" e "fase externa, de posta en circulación no mercado dos produtos elaborados"²⁷.

Os actos de cultivo coincidirían coa plantación e a recolección das plantas das que se obteñen as sustancias tóxicas, mentres que os de elaboración comprenderían as condutas de transformación das materias primas para a obtención do produto comercializable. Os actos de tráfico son os destinados á comercialización, incluíndose a doazón no seu ámbito pero quedando fóra do mesmo o consumo "en grupo". Os actos de difusión van máis aló, pois non só buscan facer circular a droga senón "ampliar o seu mercado", é dicir, promover, facilitar ou favorecer o consumo de sustancias tóxicas ampliando o número de consumidores e o seu volume de consumo.

A "posesión con aqueles fins" á que fai referencia o artigo 368 C.P. determínase casuisticamente en función da cantidade de droga en poder do sospeitoso, en relación cos seus medios económicos e co consumo medio por persoa, e tamén coa forma da posesión, sendo a xurisprudencia a que establece as cantidades que se utilizan como baremo. A esixencia dun elemento intencional respecto á posesión ten o obxectivo de facer efectiva a atipicidade do consumo propio, xa que dificilmente poderá un adicto consumir se é castigado pola mera posesión da substancia.

²³ MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.*, P. 623.

²⁴ SEQUEROS SAZATORNIL, F. *op. cit.*, P. 96.

²⁵ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. *op.cit.*, P. 115.

²⁶ *Íbidem*, P. 116.

²⁷ MOLINA MANSILLA, M^a del C. *op. cit.*, P. 75.

7. Tipo básico: tipo subxectivo

Partindo da base de que non está prevista a comisión por imprudencia, hai que determinar como debe impregnar o dolo as condutas típicas para que os actos nelas previstos sexan punibles. Di Sequeros Sazatornil que é necesario "que concorran no suxeito infractor dous elementos consubstanciais na comisión do delito. Primeiro: a conciencia non viciada do carácter nocivo da substancia obxecto de tráfico; segundo: a intención de promover, favorecer ou facilitar o consumo ilegal de terceiros alleos á acción que se desenvolve."²⁸ No mesmo sentido, Rodríguez Núñez ve necesario que todas as condutas tipificadas polo artigo 368 estean presididas polo "ánimo de executar actos que favorezan ou faciliten o consumo de terceiros".²⁹

A STS 1379/2004, de 24 de novembro, declara que "o delito contra a saúde pública do artigo 368 do Código Penal esixe para a súa existencia un elemento subxectivo consistente no coñecemento de que o que constitúe o obxecto material da acción típica é precisamente droga".

8. Tipo básico: penalidade

Á hora de impoñer a pena do tipo básico o Código distingue en función do obxecto material do delito: se a substancia causa grave dano á saúde impoñeráse unha pena de prisión de tres a seis anos, con multa do tanto ó triplo do valor da droga, mentres que se se trata dun produto menos nocivo o castigo redúcese a un marco de entre un e tres anos de privación de liberdade e unha multa do tanto ó duplo.

Na reforma de 2010 introduciuse a posibilidade de que os tribunais poidan impoñer a pena inferior en grao ás sinaladas en función da escasa entidade dos feitos e da situación persoal do culpable, modificación moi necesaria por motivos de xustiza material e que permite unha alternativa á dureza das penas previstas e unha mellor concreción do castigo en atención á gravidade relativa da conduta en concreto respecto da pléiade de actos que conforma o tipo penal. Tal moderación da pena non poderá levarse a cabo se concorren as circunstancias dos artigos 369 e 370.

9. As cualificacións de primeiro grao: o artigo 369 do Código Penal

O artigo 369 C.P. prevé oito circunstancias agravantes da responsabilidade penal, que resultan na aplicación da pena superior en grao á prevista para o tipo básico e que Muñoz Conde clasifica en cinco grupos³⁰:

1. Por razón do suxeito activo: Pertencen a este grupo as previsións dos apartados 1º e 2º do artigo que estamos a tratar, é dicir, que o culpable fose "autoridade, funcionario público, facultativo, traballador social, docente ou educador" e realizase a acción típica no exercicio das súas

²⁸ SEQUEROS SAZATORNIL, F. *op. cit.*, P. 92 e 93.

²⁹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. "Tráfico ilegal de drogas", dentro do capítulo "Delitos contra la salud pública" en V.V.A.A. (Lamarca Pérez, Carmen coord.) "Derecho Penal, parte especial", Ed. Colex, 2011, P. 558.

³⁰ MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.*, P. 626 a 628.

funcións e que o delinciente participase en actividades organizadas, respectivamente. Ditas organizacións non son só as ilegais, a xuízo de Rodríguez Núñez³¹, o que permitiría incluír “a utilización de empresas con actividade legal”. Tal interpretación choca co criterio da Fiscalía Xeral do Estado, que require que dita organización sexa ilícita³². A esixencia de ilicitude provoca problemas de redundancia respecto ó apartado 369 bis, en opinión de Muñoz Conde³³.

2. Por razón do suxeito pasivo: O apartado 4º é o único integrante desta categoría, e prevé a circunstancia de que o obxecto do delito se facilite a menores, diminuídos psíquicos ou a persoas en proceso de deshabitación. Esta circunstancia poderá aplicarse non só a quen realice a entrega material senón tamén ós seus provedores se pode probarse que coñecían o destino da droga.

3. Por razón do lugar: Os apartados 3º e 7º. O primeiro agrava a pena se a difusión da droga se produce en establecementos abertos ó público polos responsables ou empregados dos mesmos, mentres que o segundo castiga especialmente facer circular a droga en centros docentes, edificios militares, establecementos penitenciarios ou centros de desintoxicación ou nas súas proximidades. No primeiro caso o desvalor da conduta vese agravado polo “uso fraudulento do local cuxa apertura foi autorizada para actividades legais”³⁴, mentres que no segundo atoparíase na vulneración da especial protección das persoas que neles se congregan.

4. Por razón do propio obxecto material da conduta. A Lei recolle o suposto de adulteración que incrementa o risco para a saúde (apartado 6º) e o caso no que a cantidade de xénero sexa “de notoria importancia” (apartado 5º). A expresión de “notoria importancia” fai referencia a un concepto xurídico indeterminado “que debe ser fixado a través da interpretación xudicial, sen que exista unha regra ou criterio ríxido aplicable a calquera suposto, co conseguinte descoido do principio de legalidade”³⁵.

5. Por último, atoparíamos no apartado 8º unha circunstancia referida ó modo de execución da conduta: o emprego da violencia ou a exhibición de armas.

³¹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *op. cit.*, P. 551.

³² Circular FXE 2/2005, de 31 de marzo, apartado I.3.

³³ MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.*, P. 629.

³⁴ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. *op. cit.*, P. 551.

³⁵ ORTS BERENGUER, E. Apartado “Delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas” dentro do capítulo “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en V.V.A.A. (Vives Antón, Tomás S. coord.) “Derecho penal, parte especial”, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, P. 613.

10. O artigo 369 bis do Código Penal

Introducido na reforma de 2010, prevé o caso de que o culpable cometa o delito no seo dunha organización delictiva, o que, como xa se dixo antes, resulta redundante respecto á política do Ministerio Fiscal en relación co apartado 2º do artigo 369.

Introduce unha pena autónoma, que para os casos no que o obxecto do delito provoque graves danos á saúde se move nun marco de entre nove a doce anos de privación de liberdade e multa do tanto ó cuádruplo e para os casos nos que a substancia non sexa tan nociva, nun de catro anos e seis meses a dez anos de cárcere e a mesma multa.

O segundo parágrafo do texto castiga especialmente ós xefes de ditas organizacións, previndo para eles as penas superiores en grao ás do parágrafo anterior.

Muñoz Conde critica ferozmente esta modificación, xa que considera "sen dúbida excesiva, sobre todo para as drogas que non causan grave dano á saúde" a agravación das penas, facendo fincapé no establecemento dunha pena autónoma que "non só non parte das penas recollidas no tipo básico, senón que ademais, ó independizarse das cualificacións recollidas no artigo 369, permite que estas funcionen como agravantes no artigo 369 bis".³⁶

Orts Berenguer atopa o fundamento deste precepto, tras analizar a xurisprudencia na materia, na "maior da capacidade de ataque ó ben xurídico que representa" e "nas maiores posibilidades de pervivencia do propósito criminal".³⁷

11. As cualificacións de segundo grao: o artigo 370 do Código Penal

As condutas previstas neste artigo supoñen un incremento das penas do artigo 368 en un ou dous graos.

O apartado 1º procura protexer especialmente ós menores de 18 anos e ós diminuídos psíquicos que sexan utilizados para cometer o delito, fundándose o maior desvalor da conduta, por un lado, na especial vulnerabilidade das persoas que conforman ditos grupos e, por outro, no obstáculo que para a acción da Xustiza representa o emprego delas como instrumento de comisión do ilícito.

O apartado 2º volve a castigar ós xefes das organizacións que se recollen no apartado 2º do artigo 369. De novo atopamos unha certa redundancia punitiva, pois, se como afirma a Fiscalía ditas organizacións son as mesmas que as do artigo 369 bis... que sentido ten prever unha agravación para os seus xefes cando xa o fai o artigo introducido pola LO 5/2010?

O apartado 3ª fai referencia ás operacións de narcotráfico que revistan "extrema gravidade", aclarando que é o caso cando a cantidade das substancias obxecto das mesmas excedan notoriamente da considerada como "de notoria importancia" (concepto aínda menos claro se cabe que o introducido no apartado 5º do artigo 369), cando para a conclusión das citadas operacións se empreguen aeronaves ou embarcacións como medio de transporte específico ou se simulen operacións de comercio exterior e cando sexan levadas a cabo por redes de narcotráfico de

³⁶ MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.*, P. 629.

³⁷ ORTS BERENGUER, E. *op. cit.*, P. 615.

carácter internacional. Tamén se inclúen neste apartado os casos en que se dean tres ou máis circunstancias do artigo 369.

No caso de que concorran as circunstancias do apartado 2º ou do 3º impoñerase unha multa do tanto ó triplo ós responsables do ilícito penal.

12. A procura da frustración do proceso produtivo: o delito de tráfico de precursores do artigo 371 do Código Penal

Para comprender a dimensión da persecución penal do narcotráfico é inevitable facer unha breve referencia ó delito de tráfico de precursores, que está intimamente ligado a aquel e non é senón un adianto máis das barreiras de protección da saúde pública, levado a cabo co obxectivo de entorpecer na medida do posible o proceso de fabricación da droga. Considéranse precursores químicos a "toda unha serie de substancias químicas que son necesarias para a elaboración das drogas tóxicas, estupefacientes e psicotrópicos"³⁸.

A regulación como delito autónomo do que *a priori* sería unha serie de actos de "pre-execución" vén dada, en palabras de Sequeros Sazatornil³⁹, "en razón dos fins perseguidos" polo lexislador en materia de drogas, que dotan de transcendencia penal a actos que en principio xa están regulados administrativamente. A diferenza entre o ámbito de actuación dos dous ordenamentos, porén, é nítida: "a normativa administrativa oriéntase a establecer obrigas para os suxeitos implicados nos procesos de elaboración e comercialización destas substancias, co fin de que se asegure o seu destino industrial lícito; a normativa penal sancionaría o efectivo desvío desas substancias á elaboración ilegal das drogas"⁴⁰.

O adianto das barreiras punitivas acompáñase dunha serie de fortes controis administrativos sobre os posuidores de precursores, moitos dos cales son tamén empregados como materias primas para fármacos legais e outros produtos químicos. Tal fiscalización administrativa ten diversas manifestacións, como a necesidade de licenza para manipular e transportar estes produtos, de inscrición nun rexistro público, de etiquetar de forma precisa e estandarizada a mercadoría... A mera infracción desas obrigas administrativas non é constitutiva de delito de tráfico de precursores, senón que para a apreciación desta ofensa é precisa a constatación de que o infractor tiña a vontade de empregar os produtos na elaboración de substancias prohibidas. Ese elemento volitivo recóllese explicitamente no artigo 371.

Ó igual que no caso do delito de tráfico de drogas, o obxecto material non se atopa definido na Lei, sendo necesario acudir "ós cadros I e II da Convención de Nacións Unidas, feita en Viena o 20 de decembro de 1988" atendendo tamén "ós outros produtos que se adicionen ó mesmo ou se inclúan en futuros Convenios da mesma natureza ratificados por España"⁴¹ para determinar que substancias están controladas polo artigo en cuestión. Hai que destacar que non só se pena a posesión de substancias, senón tamén a dos equipos empregados para a súa produción ou transformación, os cales tamén están recollidos nos citados cadros.

³⁸ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. *op. cit.* P. 134.

³⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, F. *op. cit.* P. 262 e 263.

⁴⁰ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. *op. cit.*, P. 134

⁴¹ Artigo 317 do Código Penal.

A conduta típica consiste en fabricar, transportar, distribuír, posuír ou comerciar con precursores químicos a sabendas de que se van a empregar para cultivar, producir ou fabricar drogas tóxicas, substancias psicotrópicas ou estupefacientes, sendo castigado este ilícito con penas de prisión de tres a seis anos e multa do tanto ao triplo do valor dos xéneros ou efectos.

Se o culpable pertence a unha organización criminal destinada ó tráfico de precursores imponse-lle a pena na súa metade superior, ou a pena superior en grao se é un dos xefes, administradores ou encargados da mesma.

13. As inhabilitacións especiais e absolutas en materia de narcotráfico (artigo 372 C.P.)

Este artigo prevé un castigo adicional para os empresarios, intermediarios financeiros, facultativos, funcionarios públicos, traballadores sociais, docentes, educadores e axentes da autoridade que cometan delitos do Capítulo III no exercicio dos seus cargos.

O segundo parágrafo explica que persoas son consideradas "facultativos" a efectos deste artigo. A pena consiste, para todos os suxeitos previstos no parágrafo primeiro, en "inhabilitación especial para emprego ou cargo público, profesión, industria ou comercio, de tres a dez anos". Para os axentes da autoridade é de inhabilitación absoluta de dez a vinte anos. Estas sancións se engaden a maiores das previstas para a conduta típica do delito en cuestión.

A agravación fundaméntase no feito de que "o autor veu favorecida a comisión do delito polo seu oficio ou profesión".⁴² Se a profesión non ten que ver co delito non cabe a imposición das penas do artigo 372 .

14. Os actos de participación intentada: o artigo 373 C.P.

A provocación, a conspiración e proposición para comete-los delitos previstos nos artigos 368 a 372 se castiga coa pena inferior nun ou dous graos á prevista para a acción típica.

15. O comiso no delito de tráfico de drogas (artigo 374 C.P.)

Este artigo busca frustrar a futura repetición do delito: por un lado, destruindo os medios e instrumentos necesarios para a comisión do mesmo, e, por outro, incautando as ganancias procedentes del. Regula ademais aspectos procesuais como a "cadea de custodia da droga incautada".

O seu alcance é descrito por Molina Mansilla⁴³, tralo estudo de varias sentenzas, como "omnicomprensivo". Deste modo, o artigo 374 C.P. daría lugar á incautación non só da droga en si senón tamén dos precursores químicos, dos equipos materiais obxecto do delito do artigo 371, dos bens, medios e instrumentos que serviran para a preparación ou execución do delito e das ganancias obtidas deste.

⁴² STS de 11 de outubro de 1990.

⁴³ MOLINA MANSILLA, M^a Del C. *op. cit.*, P. 239 e 240.

Deste artigo hai que destacar o seu apartado 3º, que permite o comiso das ganancias aínda que fosen transmitidas, sendo posible que os xuíces acorden en sentenza a nulidade dos negocios xurídicos polos que se tivera transmitido, gravado ou modificado a súa titularidade real. Muñoz Conde⁴⁴ considera de difícil aplicación este apartado por mor da "transformación xurídica da titularidade e o respecto dos dereitos de terceiros non responsables do delito, así como as dificultades para probar que determinados bens ou negocios proceden destas ganancias".

16. A reincidencia internacional: o artigo 375 do C.P.

As sentenzas dos tribunais estranxeiros teranse en conta á hora de valora-la reincidencia do reo, salvo que o antecedente penal teña sido cancelado ou poida selo de acordo co noso Dereito. A previsión lexislativa, que segue a tradición dos delitos de fabricación de moeda e dos relativos á prostitución, é tremendamente acertada dado o carácter internacional do mercado da droga. A situación particular de España, milenaria ponte entre Europa e África e encrucillada entre o Océano Atlántico e o *Mare Nostrum*, fai singularmente importante a coordinación dos nosos esforzos cos dos tribunais dos demais Estados co obxectivo de perseguir de forma eficiente a lacra do narcotráfico.

17. A atenuación da pena para colaboradores e drogodependentes: o artigo 376 C.P.

O precepto que estamos a tratar establece dúas medidas de política criminal que teñen como obxectivo premiar o cese das actividades delictivas por parte do reo:

O primeiro apartado atenúa a pena para os delincentes que, formando parte dunha organización dedicada ao narcotráfico, abandonan voluntariamente ditas actividades e colaboran activamente para frustra-la comisión do ilícito ou as actividades do grupo, ou axudan a conseguir probas decisivas contra os seus antigos camaradas. Explica Sánchez Tomás que a referencia a que as probas sexan decisivas "non é a que sexan determinantes no proceso xudicial, o que queda fóra do control, senón á identificación e captura dos outros participantes".⁴⁵

O segundo refírese ós casos nos que o traficante é tamén consumidor e acredita suficientemente que finalizou con éxito un tratamento de desintoxicación. Esta atenuante, que ten como fin favorecer a rehabilitación do reo e premiar os seus esforzos por saír do mundo da droga, non é de aplicación se a cantidade de material por cuxo tráfico foi condenado era de notoria importancia ou extrema gravidade. Está concibida para "o que se chamou o delincente funcional, isto é, aquel que trafica para consumir."⁴⁶ Precisamente por este motivo, Molina Mansilla considérao, facéndose eco doutras posicións doutrinarias, "inaplicable na práctica" porque este tipo de delitos a pequena escala se tramita polos denominados xuízos rápidos, o que fai "moi difícil que o suxeito poida acreditar fehacientemente a súa deshabitación antes da ocorrencia da sentenza".⁴⁷

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.*, P. 633 e 634.

⁴⁵ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. *op.cit.*, P. 129.

⁴⁶ STS de 25 de xuño de 2007.

⁴⁷ MOLINA MANSILLA, M^a Del C. *op.cit.*, P. 260.

18. As consecuencias económicas do delito de tráfico de drogas: os artigos 377 e 378

O primeiro destes preceptos explica a determinación das penas de multa das que tantas veces se falou neste artigo. O seu montante sería o valor final da droga no mercado, que é o estimado pola Oficina Central Nacional de Estupefacientes (OCNE) no informe semestral que elabora en colaboración coa Delegación do Goberno para o Plan Nacional sobre Drogas, ou, no seu caso, a ganancia que obtivo o reo ou que puidera ter obtido. Muñoz Conde explica esta configuración da pena como "unha confiscación ou privación das vantaxes económicas conseguidas ilícitamente".⁴⁸

O segundo dos artigos obxecto deste apartado é o referido á distribución dos pagos a satisfacer co importe da responsabilidade civil derivada do delito. A orde de prelación é a seguinte:

1. Reparación do dano causado e indemnización de prexuízos.
2. Indemnización dos gastos que realizase o Estado para perseguir e castigar o delito cometido polo reo.
3. Multa nacida do ilícito.
4. Costas do acusador particular ou privado cando así se impoña na sentenza.
5. Demais costas procesuais, incluso as de defensa do procesado, sen preferencia entre os interesados.

19. O eterno debate: legalización ou prohibición?

Nun artigo que ten como tema o tráfico de estupefacientes é imposible obviar a gran pregunta: debería legalizarse o comercio de drogas? A cuestión fixo correr ríos de tinta dentro e fóra dos círculos académicos, e o ano pasado cobrou novo vigor coa admisión da comercialización do cannabis para uso recreativo en Uruguai.

En palabras de Sánchez Tomás, "a principal polémica preséntase na diversidade de obxectivos: por un lado, a total erradicación das drogas -a cruzada contra as drogas- e, por outro, o seu redimensionamento a través da asunción dunha convivencia coas drogas dentro duns marxes de custos sociais asumibles".⁴⁹

Así, os partidarios da prohibición penal absoluta entenden que o único camiño a seguir é o refinamento das políticas persecutorias, mentres que os seus adversarios entenden a política prohibicionista como un fracaso, esixindo alternativas máis eficaces e que impliquen unha menor marxinalización social dos consumidores.

Os defensores da política restritiva en materia de drogas aducen motivos de corte sanitario (non en van o delito de tráfico de drogas ten como finalidade a protección da saúde pública), económico, ético-social e de seguridade.

Así, considérase o consumo de drogas como un hábito prexudicial, non só para a saúde individual senón tamén para a da colectividade, que, a longo prazo, pode danar seriamente a produtividade dun país. Neste sentido basta recordar os estragos que no século XIX causou o consumo descontrolado de opiáceos entre a

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, F. *op. cit.*, P. 635.

⁴⁹ SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. *op. cit.*, P. 43.

poboación china. Os motivos éticos non se vinculan só á moral de determinadas relixións⁵⁰ senón tamén a filosofías laicas, como demostra a preocupación que, xa no século XIX, aflixía os membros do movemento obreiro respecto ó impedimento que representaba para a loita de clases o uso recreativo e evasivo dos estupefacientes por parte dos asalariados.

En canto á seguridade pública, cómpre lembrar as afirmacións dos estudosos que entendían dito ben xurídico como fundamento da persecución penal do narcotráfico. A este respecto, porén, non se poden considerar as organizacións criminais que se dedican a estas actividades, posto que a súa existencia non debe tanto ó consumo de drogas como á prohibición deste.

No bando dos partidarios da despenalización atopamos a aqueles que critican a ineficacia da persecución do mercadeo de substancias prohibidas, a exclusión social que provoca e o compoñente moralizante que a impregna⁵¹. Non son tampouco infrecuentes as voces que claman contra a arbitrariedade da interdicción dalgunhas substancias cuxa nocividade é discutida nos círculos científicos, opoñéndoa á autorización da distribución de substancias manifestamente velenosas como o tabaco ou o alcol, considerándoa unha grave incongruencia normativa. Hai incluso tendencias que entenden que a prohibición do consumo das substancias obxecto do presente traballo é unha manifestación intolerable de paternalismo estatal.

Visto este brevísimo resumo das dúas posturas, parece que o máis prudente é optar por unha vía intermedia, pois ningunha das dúas tendencias debe ser rexeitada de plano. Se ben o problema das drogas é unha seria ameaza para a saúde pública, tamén é certo que non todas as substancias recollidas nos Convenios a afectan da mesma maneira, polo que sería aconsellable debater a procedencia da ilegalización de cada unha delas en base a este criterio.

Partindo da base de que a saúde individual é patrimonio inalienable de cada persoa, e de que o Estado non debe arrogarse facultade de decisión algunha ó respecto, o motivo lóxico de persecución do narcotráfico sería o risco que cada substancia en particular presenta para a saúde pública, obrigando a discriminar entre as drogas máis danosas para o conxunto de cidadáns e as relativamente inocuas co emprego para elo de criterios unicamente científicos.

Pero, aínda que a configuración actual do delito de tráfico de drogas signifique que este ten como obxectivo protexer o ben xurídico "saúde pública", non hai que perder de vista que as substancias máis aditivas son tan perigosas para a liberdade individual como para a saúde, como reconece o propio lexislador coa contemplación da atenuante do artigo 21.2 C.P. Nese sentido, cómpre examinar se unha determinada substancia é tan aditiva como para xustificar a súa interdicción en base á anulación da vontade do suxeito que acompaña ó síndrome de abstinencia. Aínda

⁵⁰ Arana Berastegui vincula á "gran influencia dos grupos relixiosos puritanos" nos Estados Unidos de América o impulso da persecución internacional do tráfico de drogas que tivo lugar a principios do século XX, do cal o citado país foi o principal impulsor. Para máis información, *op. cit.*, P. 29.

⁵¹ Arana Berastegui, citando a Jervis, explica que nas tendencias prohibicionistas conviven un "rexeitamento irracional e virtuoso" e "outro compoñente psicolóxico, aparentemente máis liberal e tolerante, pero que, en realidade, desemboca nos mesmos resultados: os do paternalismo humanitario". *Op. cit.*, P. 305.

que este razoamento poida ser tildado de paternalista, o certo é que a capacidade de decisión das persoas acerca da súa saúde individual ten como requisito indispensable que o seu xuízo non se atope turbado, condición que evidentemente se incumpre nos casos das substancias obxecto do citado precepto. Por este motivo, o Dereito non debe tolerar a comercialización de substancias que, a maiores de ser prexudiciais para a saúde, *obrigan* ós seus consumidores a administrarse dose tras dose.

Non hai que esquecer, ademais, que o mercado negro da droga xera importantes riscos para a seguridade pública, e que a despenalización controlada⁵² das substancias menos danosas para a saúde pública e a liberdade individual significaría un grandísimo golpe ós intereses económicos desas mafias, co conseguinte descenso da criminalidade.

En definitiva, a decisión de que substancias autorizar e cales perseguir debe ser tomada, con criterios exclusivamente científicos, en base ó seu grao de ameaza para a sanidade pública (non para a individual, pois esa é patrimonio de cada un) e, sobre todo, ó seu factor de adicción, pois nun Estado social e democrático de Dereito a liberdade individual é un dos valores cardinais.

20. Bibliografía

- BELTRÁN BALLESTER, E. "El tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en la legislación histórica española" en V.V.A.A. (Manuel Cobo del Rosal, coord.), "Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes" Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, 1977. ISBN: 84-370-0021-1.
- PRIETO RODRÍGUEZ, J.I. "El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español", Ed. Aranzadi, 1993, ISBN 84-7016-797-9.
- MOLINA MANSILLA, M^a del C. "Evolución de la normativa española en materia de tráfico de drogas durante el siglo XIX" en "Anuario de la Facultad de Derecho", publicación electrónica, 2006, ISSN-e 1697-5723, ISSN 1888-3214.
- ARANA BERAATEGUI, X. "Drogas, legislaciones y alternativas", Ed. Gakoa, 2012, ISBN 978-84-96993-33-4.
- MUÑOZ CONDE, F. "Derecho Penal, parte especial", Ed. Tirant lo Blanch, 2013, ISBN 978-84-9053-444-1.
- SEQUEROS SAZATORNIL, F. "El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico", Ed. La Ley, 2000 ISBN 84-7695-721-1.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. "Derecho de las drogas y las drogodependencias, Ed. FAD (Fundación de Ayuda contra la Drogadicción), 2002, Depósito Legal M-46769-2002.

⁵² Sánchez Tomás distingue entre "despenalización", é dicir, que a distribución das substancias non se persiga penalmente senón que se someta a unha serie de controis administrativos como os medicamentos, o alcol e o tabaco, e "liberalización", ou eliminación de todo tipo de control institucional. *Op. cit.*, P. 44.

- MOLINA MANSILLA, M^a del C. "El delito de narcotráfico", Ed. Bosch, 2008, ISBN 978-84-9790-392-9.
- GRANADOS PÉREZ, C. "Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de tráfico de drogas", Ed. La Ley, 2007, ISBN 978-84-9725-735-0.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. "Tráfico ilegal de drogas", dentro do capítulo "Delitos contra la salud pública" en V.V.A.A. (Lamarca Pérez, Carmen coord.) "Derecho Penal, parte especial", Ed. Colex, 2011, ISBN 978-84-8342-303-5.
- ORTS BERENGUER, E. Apartado "Delitos relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas" dentro do capítulo "Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública", en V.V.A.A. (Vives Antón, Tomás S. coord.) "Derecho penal, parte especial", Ed. Tirant lo Blanch, 2010, ISBN 978-84-9876-955-5.

EVALUACIÓN Y GESTIÓN DEL RIESGO EN ADOLESCENTES INFRACTORES

LORENA MANEIRO BOO – OLALLA CUTRÍN MOSTEIRO
Doctorandas en Psicología del Trabajo y las Organizaciones
Jurídica-Forense y del Consumidor y Usuario
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Conducta desviada y delincuencia juvenil. 2. Valoración del riesgo de violencia y predicción de la conducta delictiva. 3. Valoración del riesgo en adolescentes infractores (VRAI). 3.1. Historia previa de actos antisociales. 3.2. Familia. 3.3. Escuela. 3.4. Grupo de iguales. 3.5. Comunidad. 3.6. Factores individuales. 3.7. Otros factores de riesgo relevantes. 3.8. Factores de protección. 4. Evaluación del riesgo e intervenciones eficaces. 5. Conclusión.

Resumen: En las últimas décadas ha cobrado importancia la evaluación del riesgo de violencia basada en un modelo de juicio clínico estructurado, cuya importancia radica en la utilización de guías e instrumentos empíricamente validados que faciliten la valoración y gestión del riesgo. En la comunidad autónoma de Galicia ha sido desarrollado un protocolo de Valoración del riesgo en adolescentes infractores (VRAI), con el fin de evaluar la probabilidad de ocurrencia de una determinada conducta antisocial a partir de una serie de factores de riesgo. Una vez realizada la valoración, el riesgo podrá ser gestionado con el fin de prevenir consecuencias negativas futuras. El presente trabajo proporciona una visión descriptiva acerca de este instrumento, de los factores que lo componen, así como las implicaciones para una intervención eficaz que de él se derivan.

Palabras clave: valoración de riesgo, gestión de riesgo, adolescencia, conducta antisocial

Abstract: Violence risk assessment based on a model of structured clinical judgment has become more important over the last few decades. This importance lies in the use of empirically validated guidelines and tools that facilitate the assessment and management of risk. In the autonomous community of Galicia, a young offender's risk assessment protocol (VRAI) has been developed in order to evaluate the probability of occurrence of a given antisocial behavior from a number of risk factors. Once the assessment has been made, the risk can be managed in order to prevent future negative consequences. This paper provides a descriptive view of this instrument, the factors involved, and the implications for effective intervention that derive from it.

Keywords: risk assessment, risk management, adolescence, antisocial behavior.

1. Conducta desviada y delincuencia juvenil

La conducta antisocial y la delincuencia han sido durante décadas objeto de estudio de numerosos investigadores en el campo de la Psicología, al tratarse de un problema que afecta de forma cotidiana a las sociedades de todo el mundo. No obstante, el interés y la preocupación aumentan cuando son los menores

específicamente los que llevan a cabo las conductas desviadas. GARRIDO¹ entiende por "desviación" toda aquella conducta, idea o atributo que ofende o perturba a los miembros de una sociedad; es por tanto un concepto relativo, que varía de un contexto a otro. La conducta delictiva se considera una forma de desviación, ya que se tipifica como tal y se prohíbe en las leyes penales de una sociedad. Este mismo autor define al delincuente juvenil como "aquella persona que no posee la mayoría de edad penal y que comete un hecho que está castigado por las leyes. La sociedad, por este motivo, no le impone un castigo, sino una medida de reforma, ya que se supone falta de la capacidad de discernimiento ante los modos de actuar legales e ilegales. La infracción punible es cualquiera de las consideradas como delitos en el caso de los adultos y, usualmente, también ciertas conductas o estados que impliquen una vida irregular"². Por tanto, puede entenderse la conducta delictiva como aquellos actos antisociales que ponen al actor en riesgo de convertirse en foco de atención de los profesionales de la justicia penal y juvenil³.

Habitualmente se utilizan datos oficiales para justificar o hacer referencia a la presencia de delincuencia en un contexto determinado. Sin embargo, este hecho plantea un problema con respecto a la denominada "cifra negra" de la delincuencia, es decir, aquellos delitos no conocidos por las autoridades y por tanto ausentes en las estadísticas oficiales⁴. Las cifras oficiales sobre delincuencia sólo incluyen delitos que son denunciados, suponiendo ello una grave limitación a la hora de estudiar el fenómeno de la delincuencia. Algunos estudios sugieren que la magnitud de la cifra negra es aproximadamente diez o veinte veces mayor que la reflejada en las estadísticas oficiales⁵. Por tanto, si queremos conocer el impacto real del fenómeno en la sociedad deberemos tener en consideración la magnitud total del problema, así como determinadas características psicológicas y sociológicas de los jóvenes implicados en conductas desviadas y de los contextos en los que éstas se llevan a cabo.

Debido a estas razones, se ha planteado la necesidad de desarrollar e incorporar en el campo de la investigación sobre delincuencia otros métodos alternativos de recogida de información, que complementen las estadísticas oficiales y faciliten la profundización en el conocimiento de las conductas delictivas de los jóvenes. Este es precisamente el objetivo que se pretende alcanzar mediante la utilización del método de autoinforme⁶. El método del autoinforme supone que la información recabada hará referencia a la conducta "admitida" por los jóvenes a través de preguntas directas sobre su propia conducta antisocial y las variables contextuales que influyen en la misma. De este modo, se facilita la construcción de una visión real acerca del fenómeno delictual juvenil. Además, la utilidad y

¹ GARRIDO GENOVÉS, V. "Delincuencia juvenil. Orígenes, prevención y tratamiento". Madrid: Alhambra, 1986.

² GARRIDO GENOVÉS, op. cit., pp. 11

³ ANDREWS, D.A., y BONTA, J. "The psychology of criminal conduct". Newark, NJ: LexisNexis. 2006.

⁴ BIRKBECK, C. "Tres enfoques necesarios para la criminología", Capítulo Criminológico, 32, 2004, 393-411.

⁵ RECHEA, C., BARBERET, R., MONTAÑÉS, J., y ARROYO, L. "La delincuencia juvenil en España: Autoinforme de los jóvenes". Madrid: Ministerio de Justicia. 1995.

⁶ RECHEA, op. cit., pp. 8.

veracidad del método del autoinforme han sido comprobadas empíricamente, siendo este sistema de recogida de datos avalado por la comunidad científica.

2. Valoración del riesgo de violencia y predicción de la conducta delictiva

En los últimos años se han desarrollado nuevas técnicas para predecir la conducta violenta basadas en tres elementos principales: a) un mejor conocimiento de la naturaleza y procesos que producen la violencia, b) la sustitución del término "peligrosidad" por el de "riesgo de violencia", y c) el desarrollo de protocolos e instrumentos de uso profesional para la valoración del riesgo de violencia⁷.

Una de las primeras dificultades para el estudio de la violencia es su delimitación conceptual, siendo muy frecuente encontrar bajo la etiqueta de violencia, erróneamente, fenómenos distintos tales como agresividad, impulsividad o delincuencia. Además, el concepto de violencia puede entenderse como acción o comportamiento y como disposición, capacidad o atributo psicológico. Ambas connotaciones deben diferenciarse claramente ya que los determinantes de una acción y los de una disposición son distintos. A nivel global podríamos decir que la violencia es una conducta compleja, heterogénea, intencionada, infrecuente y multicausal. No obstante, para predecir la conducta violenta no necesitamos conocer sus causas eficaces, sino qué factores de riesgo están asociados con ella y, al respecto, han sido varios los estudios que han demostrado que cada tipo de violencia tiene sus factores de riesgo y protección asociados de forma específica⁸.

En un principio la predicción de la conducta violenta se basaba en la valoración de la peligrosidad del sujeto desde una perspectiva clínica no estructurada. La peligrosidad ha sido definida como la propensión de una persona a cometer actos violentos, y categorizada a nivel legal como el riesgo de cometer delitos graves por parte de un sujeto⁹. No obstante, la peligrosidad es una variable discreta, estática y genérica que lleva a tomar decisiones del tipo todo/nada en el pronóstico, guiadas únicamente por el juicio clínico del profesional. Por ello, se ha considerado pertinente sustituir el concepto de "peligrosidad" por el de "riesgo de violencia", ya que éste último es un constructo continuo, variable y específico, que permite tomar decisiones graduadas de pronóstico futuro de violencia^{10 11}. Comienza con este cambio de paradigma una segunda etapa en la valoración del riesgo sustentada en los procedimientos actuariales.

El procedimiento actuarial basa la valoración del riesgo en la utilización de instrumentos objetivos que cuantifican el riesgo de violencia, y ponderan la importancia de la información obtenida utilizando reglas matemáticas empíricamente sustentadas. Así, el riesgo podría entenderse como: "un peligro que puede acontecer con una cierta probabilidad en el futuro y del que no comprendemos totalmente sus causas o éstas no se pueden controlar de forma

⁷ ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO, S. "Predicción de la violencia: Entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia", *Papeles del Psicólogo*, 28, 2007, 157-173.

⁸ ANDRÉS-PUEYO y REDONDO, op. cit., pp. 157-173.

⁹ ANDRÉS PUEYO, A., y ECHEBURÚA, E. "Valoración del riesgo de violencia: Instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación", *Psicothema*, 22, 2010, 403-409.

¹⁰ ANDRÉS-PUEYO y ECHEBURÚA, op. cit., pp. 403-409.

¹¹ ANDRÉS-PUEYO y REDONO, op. cit., pp. 157-173.

absoluta"¹². Por ende, por factor de riesgo se entendería toda aquella característica (ya sea ésta personal, familiar, grupal, social...) cuya presencia aumenta la probabilidad de que se produzca un determinado fenómeno. Es decir, en el caso que nos ocupa, un factor de riesgo sería toda aquella variable que sitúa al joven, en cierta medida, en una posición de vulnerabilidad hacia el desarrollo de conductas antisociales o delictivas^{13 14}.

Sin embargo, para entender el concepto de factor de riesgo se necesitan una serie de matizaciones. En primer lugar, el factor de riesgo conlleva una concepción probabilística, no determinista; esto es, la presencia de factores de riesgo no implica necesariamente que el sujeto vaya a desarrollar la conducta problema, sino que éste tendrá una mayor probabilidad de manifestarla en comparación con individuos que no están bajo la influencia de dichos factores. En segundo lugar, los factores de riesgo son descriptivos, es decir, dan cuenta de la relación existente entre ciertas variables de riesgo y la conducta problema en un momento determinado. No obstante, no se puede establecer en base a los mismos una relación de causalidad de la conducta problema. Además, se ha sugerido que tales factores interactúan y se influyen mutuamente¹⁵, por lo que ningún factor por sí solo permite predecir adecuadamente la conducta problema. Por último, se ha planteado que los factores de riesgo tienen efectos acumulativos¹⁶; ello implica que la exposición continuada a un factor de riesgo incrementa la probabilidad de desarrollar la conducta problema en mayor medida que si el sujeto solo se ve expuesto al mismo en un momento puntual.

Se debe precisar, además, que los diferentes factores de riesgo tienen distintos mecanismos de influencia sobre la conducta. Así, algunos factores ejercen su influencia de manera directa sobre la conducta problema: el refuerzo positivo de la conducta antisocial por parte de los iguales desviados, aumentará la probabilidad de que el adolescente manifieste dicha conducta, quizás sin la necesidad de ningún otro mecanismo intermedio. En otros casos, los factores inciden sobre la conducta problema de un modo indirecto, mediando el efecto de otros factores. Por ejemplo, las malas relaciones familiares pueden no incidir directamente sobre la conducta antisocial, pero pueden dar lugar a que el joven pase más tiempo fuera del hogar, incrementándose así la probabilidad de vinculación con amigos problemáticos; siendo la integración en un grupo desviado el factor próximo o directo de la conducta anti-normativa del adolescente. Por último, la influencia que ejercen los factores de riesgo puede ser condicional, aumentando la vulnerabilidad del individuo ante la exposición a otros factores; unas habilidades sociales deficientes podrían facilitar el desarrollo de conductas antisociales, no debido a que induzcan dicho comportamiento per se, sino porque unas inadecuadas habilidades sociales hacen al sujeto más vulnerable ante la presión o influencia del grupo de iguales.

¹² *Ibidem*, pp. 164.

¹³ ANDREWS Y BONTA, *op. cit.*, pp. 47.

¹⁴ LUENGO, M. A., GÓMEZ-FRAGUELA, J. A., GARRA, A., ROMERO, E., y LENCE PEREIRO, M. "La prevención del consumo de drogas y la conducta antisocial en la escuela: análisis y evaluación de un programa". Madrid: Ministerio de Educación y Cultura, 1999.

¹⁵ BARRACA, J. y ARTOLA, T. "La inadaptación social desde un enfoque operativo", *EduPsykhé Revista de Psicología y Psicopedagogía*, 5, 2006, 53-72.

¹⁶ LUENGO ET AL, *op. cit.*

La evidencia empírica diferencia entre aquellos factores estáticos o históricos, que han acontecido en el pasado y no pueden ser modificables por el sujeto (p.ej. maltrato infantil, historia de violencia previa); y los factores dinámicos, que son susceptibles de variaciones significativas a lo largo del tiempo (p.ej. actitudes anti-normativas, capacidad de autocontrol)¹⁷. No obstante, debe tenerse en cuenta también la existencia de factores que mitigan el impacto de los factores de riesgo y que salvaguardan al sujeto de su influencia, reduciendo la probabilidad de implicación en actividades delictivas futuras. Son los denominados factores de protección y hacen referencia a diversas variables como apoyo prosocial o capacidad de superación de los problemas¹⁸.

La aplicación del conocimiento de los factores de riesgo asociados a la violencia es el fundamento de la valoración del riesgo¹⁹. Así, las técnicas de predicción de la violencia constituyen procedimientos que tienen como objetivo la estimación de la probabilidad de ocurrencia del comportamiento violento en el futuro. Sin embargo, la valoración del riesgo no debería basarse en una evaluación puntual, sino que debería ser reevaluada periódicamente en función de las nuevas circunstancias, para dotar así a la predicción de un carácter dinámico que permita gestionar el riesgo de una forma variable en el tiempo según las distintas circunstancias cambiantes²⁰.

Tras el auge de la perspectiva actuarial se ha considerado que para llevar a cabo la estimación del riesgo de violencia de un modo más completo y apropiado, la valoración debería estar basada en un procedimiento que integre aspectos propios de la valoración clínica (como la evaluación clínica estructurada y toma de decisión final) y de la actuarial (como la recogida e inclusión de datos predictores empíricamente verificados). Esta sería la valoración basada en el denominado juicio clínico estructurado²¹, que se lleva a cabo con la ayuda de las guías de valoración del riesgo, basadas en la investigación clínica y en los estudios epidemiológicos. No obstante, este procedimiento requiere protocolizar el proceso de evaluación y adiestrar adecuadamente a los profesionales.

En suma, lo más significativo en la labor de predicción es analizar los factores de riesgo, tanto estáticos como dinámicos, asociados empíricamente a la violencia y contrastados clínicamente en un protocolo a modo de guía de valoración del riesgo. Existen guías de valoración de riesgo mediante las que se analizan los factores asociados tanto a la violencia de forma genérica (e.g. la *Assessing Risk for Violence* o HCR-20; o la *Psychopathy Checklist-Revised* o PCL-R), como a ciertos tipos de violencia específica (e.g. la *Spousal Assault Risk Assessment Guide* o SARA, para la valoración de la violencia contra la pareja; o la *Structured Assessment of Violence Risk in Youth* o SAVRY, para la valoración de la violencia juvenil).

¹⁷ ANDREWS y BONTA, op. cit., pp. 48.

¹⁸ HAWKINS, J. D., HERRENKOHL, T., FARRINGTON, D. P., BREWER, D., CATALANO, R. F., y HARACHI, T. W. "A review of predictors of youth violence". En, *Serious and violent juvenile offenders: Risks factors and successful interventions*, R. Loeber, y D. P. Farrington (Eds.), 1998, pp. 106-146.

¹⁹ ANDRÉS-PUEYO y REDONDO, op. cit., pp. 157-173.

²⁰ ANDRÉS-PUEYO y ECHEBURÚA, op. cit., pp. 403-409.

²¹ *Ibidem*, pp. 403-409.

En el presente trabajo se llevará a cabo una revisión sobre el primer protocolo de valoración del riesgo en adolescentes en la comunidad autónoma gallega, conocido como *Valoración del Riesgo en Adolescentes Infractores* o VRAI²².

3. Valoración del riesgo en adolescentes infractores (VRAI)

El protocolo de *Valoración del Riesgo en Adolescentes Infractores* (VRAI)²³ surgió en el año 2008 como una iniciativa entre la Fundación Camiña Social y la Unidad de Investigación en Prevención de Problemas de Conducta (UDIPRE) de la Universidad de Santiago de Compostela. Este protocolo pretende ser una herramienta útil de valoración del riesgo en aquellos menores que acceden al sistema de justicia en nuestra comunidad.

Puesto que el objetivo es evaluar la presencia de determinados factores de riesgo en una muestra de adolescentes infractores, se solicitó la colaboración de diversos centros de menores de Galicia, tanto de Reforma como de Protección. La recogida de información para la validación del protocolo se llevó a cabo mediante una aplicación informatizada del VRAI. Para su correcta implementación, el personal técnico de cada centro debía acceder al protocolo electrónico mediante una clave personalizada para mantener el anonimato del joven y la confidencialidad de los datos, y responder una serie de cuestiones acerca de la historia de cada menor. Esta información era obtenida a partir de datos de archivo y entrevistas individuales previamente realizadas. A continuación, y utilizando la misma clave que su técnico supervisor, los menores debían cumplimentar el protocolo de forma individual, a través del método de autoinforme. Una vez terminado el proceso, se obtenía un perfil de cada sujeto en función de la presencia o ausencia de los factores de riesgo y de protección analizados.

La importancia del VRAI radica principalmente en la justificación teórica de todos y cada uno de los factores que lo componen. Estos factores son agrupados en base a su carácter estático o dinámico, resultando en una clasificación de factores históricos, psicosociales, individuales y de protección. La inclusión de dichos factores en el instrumento se sustenta en base a trabajos que previamente han encontrado cierta relación entre cada uno de ellos y la conducta antisocial o delictiva llevada a cabo por adolescentes. A continuación se expone una breve descripción de cada uno de estos factores, así como cierta evidencia empírica hallada en cuanto a su relación con la conducta antisocial en la adolescencia.

3.1. Historia previa de actos antisociales

Este factor evalúa la presencia de actos violentos del joven en el pasado, entendiendo el acto violento como "una agresión o un acto de violencia física que es suficientemente grave para causar daño a otra persona o personas (como cortes, morados, rotura de huesos, muerte, etc.) sin importar si efectivamente hay daño resultante; cualquier acto forzoso de agresión sexual; o una amenaza contra otra persona que se ha proferido sosteniendo un arma". Además de la presencia, se tendrá en cuenta el número total y la severidad de los actos violentos. Asimismo, se

²² LUENGO, M. A., SOBRAL, J., GÓMEZ-FRAGUELA, J. A., VILLAR, P., MARZOA, J. A., CASTRO, E., y GONZÁLEZ, B. "Protocolo de avaliación de risco no sistema de menores e mozos/as", Proyecto de investigación, Universidad de Santiago de Compostela, 2009.

²³ Ibidem

contempla la presencia de otros actos delictivos no violentos (robo, hurto, conducta contra normas, vandalismo, allanamiento, drogas y otros delitos).

Un amplio cuerpo de investigación muestra que los jóvenes con historia de conducta antisocial en el pasado tienen una mayor probabilidad de implicarse en actividades similares en la adolescencia y adultez^{24 25}. Sin embargo, parecen existir diferencias en cuanto a la tipología conductual previa con respecto a las consecuencias antisociales encontradas. Los sujetos con una historia de conductas más agresivas y violentas tendrán consecuencias delictivas más graves y persistentes, en comparación con aquellos que únicamente evidencian conductas antisociales no violentas^{26 27}. No obstante, también se ha planteado la posibilidad de que la manifestación de conductas antisociales más encubiertas pudiera progresar hasta dar paso a conductas más agresivas y violentas²⁸.

A su vez, el VRAI proporciona información sobre el inicio temprano de los problemas de conducta de los jóvenes, específicamente si las infracciones cometidas por los menores han tenido comienzo antes de los diez años. Según MOFFIT²⁹, a diferencia de los chicos que inician su carrera antisocial en la adolescencia, los niños delincuentes de inicio temprano presentan en su comportamiento antisocial mayor continuidad temporal, mayor estabilidad contextual y mayor variabilidad en su repertorio de conductas antisociales.

3.2. Familia

La familia es uno de los grupos más destacados dentro de las clasificaciones internacionales sobre factores de riesgo³⁰. Específicamente, las relaciones agresivas o violentas entre los miembros de una familia, tanto entre los progenitores o cuidadores como de éstos hacia otro miembro de la familia, pueden tener un impacto negativo en los menores que conviven en estos hogares. El protocolo VRAI evalúa tanto la violencia física como la violencia psicológica acontecida entre los padres/cuidadores o de éstos hacia alguno de los hermanos del menor

La presencia de violencia en el hogar es considerada como un factor de riesgo debido a los numerosos problemas que padecen los menores expuestos. Algunos estudios de meta-análisis han evidenciado consecuencias de origen externalizante (conductas disruptivas y agresivas, rabietas, violencia, etc.) en aquellos jóvenes que habían sido expuestos a violencia doméstica en la infancia^{31 32 33}. Además,

²⁴ BORUM, R., y VERHAAGEN, D. "Assessing and managing violence risk in juveniles". New York, NY: Guilford Press, 2006.

²⁵ LOEBER, R. "Development and risk factors of juvenile antisocial behavior and delinquency", *Clinical Psychology Review*, 10, 1990, pp. 1-41.

²⁶ LOEBER, R., y HAY, D. "Key issues in the development of aggression and violence from childhood to early adulthood", *Annual Review of Psychology*, 48, 1997, pp. 371-410.

²⁷ MOFFITT, T. E. "Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: A developmental taxonomy", *Psychological Review*, 100, 1993, pp. 674.

²⁸ PATTERSON, G. R., y YOERGER, K. "Intraindividual growth in covert antisocial behaviour: A necessary precursor to chronic juvenile and adult arrests?" *Criminal Behaviour and Mental Health*, 9, 1999, pp. 24-38.

²⁹ MOFFIT, op. cit., pp. 674.

³⁰ FARRINGTON, D. P. "Childhood origins of antisocial behavior", *Clinical Psychology & Psychotherapy*, 12, 2005, pp. 177-190.

³¹ EVANS, S. E., DAVIES, C., y DILILLO, D. "Exposure to domestic violence: A meta-analysis of child and adolescent outcomes", *Aggression and Violent Behavior*, 13, 2008, pp. 131-140.

tendrán una mayor probabilidad de llevar a cabo conductas antisociales y delictivas en la adolescencia^{34 35}.

Dentro del apartado de violencia familiar se encuentra también la victimización directa o maltrato infantil, que se conceptualiza en base a cuatro tipologías de conductas anti-normativas ejercidas por los progenitores o cuidadores hacia los menores. De este modo, el VRAI contempla la presencia de malos tratos físicos y psicológicos, abuso sexual y negligencia en la infancia. Sin embargo, la mayoría de estudios en el campo de investigación sobre esta temática centran su atención únicamente en la presencia de maltrato físico. Los hallazgos muestran que este tipo de maltrato en la infancia incrementa la probabilidad de llevar a cabo conductas antisociales, agresivas y delictivas en la adolescencia^{36 37}. Debido a la escasez de estudios sobre el abuso sexual, la negligencia y el maltrato psicológico, resulta de vital importancia analizar los efectos que cada uno de estos tipos de victimización ejerce sobre las conductas anti-normativas de los adolescentes.

A pesar de la creencia generalizada acerca de la gran magnitud de la delincuencia, se trata de un fenómeno relativamente poco frecuente que se concentra en un número limitado de familias. Algunos estudios señalan que aproximadamente el 10% de las familias explican más del 50% de los delitos criminales, atribuyendo la diferencia entre ambos porcentajes a la influencia genética y social³⁸. Debido a la aparente transmisión intergeneracional de la conducta antisocial, la historia delictiva de los padres o cuidadores ha sido tenida en cuenta como un posible factor de riesgo en la aparición de conductas problema en la adolescencia. El VRAI recoge información acerca de la estancia en prisión del padre, la madre y los hermanos del/a joven, así como sobre otro tipo de conductas ilegales que no hayan dado como resultado una condena.

Los hallazgos encontrados en el campo de investigación evidencian una fuerte influencia de las condenas o estancias en prisión parentales sobre la conducta

³² KITZMANN, K. M., GAYLORD, N. K., HOLT, A. R., y KENNY, E. D. "Child witnesses to domestic violence: A meta-analytic review", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 71, 2003, pp. 339.

³³ WOLFE, D. A., CROOKS, C. V., LEE, V., MCINTYRE-SMITH, A., y JAFFE, P. G. "The effects of children's exposure to domestic violence: A meta-analysis and critique", *Clinical Child and Family Psychology Review*, 6, 2003, 171-187.

³⁴ MRUG, S., y WINDLE, M. "Bidirectional influences of violence exposure and adjustment in early adolescence: Externalizing behaviors and school connectedness", *Journal of Abnormal Child Psychology*, 37, 2009, pp. 611-623.

³⁵ WEAVER, C. M., BORKOWSKI, J. G., y WHITMAN, T. L. "Violence breeds violence: Childhood exposure and adolescent conduct problems", *Journal of Community Psychology*, 36, 2008, pp. 96-112.

³⁶ HERRERA, V. M., y MCCLOSKEY, L. A. "Gender differences in the risk for delinquency among youth exposed to family violence", *Child Abuse & Neglect*, 25, 2001, pp. 1037-1051

³⁷ PARK, A., SMITH, C., y IRELAND, T. "Equivalent harm? The relative roles of maltreatment and exposure to intimate partner violence in antisocial outcomes for young adults", *Children and Youth Services Review*, 34, 2012, pp. 962-972.

³⁸ MOFFITT, T. E. "The new look of behavioral genetics in developmental psychopathology: Geneenvironment interplay in antisocial behaviors", *Psychological Bulletin*, 131, 2005, pp. 533-554.

criminal de los adolescentes³⁹. MURRAY, FARRINGTON Y SEKOL⁴⁰ llevaron a cabo un meta-análisis en el que confirmaron la asociación positiva significativa entre el encarcelamiento parental y la conducta antisocial de los jóvenes. Por su parte, BESEMER⁴¹ observa en su estudio que el número de condenas de los padres influye significativamente en el índice de infracciones cometidas por los adolescentes. Pese a la importancia del encarcelamiento parental, ha sido postulado que el comportamiento criminal de los padres o cuidadores, aún no habiendo permanecido en prisión, es también un potente factor de riesgo para la aparición de conductas antisociales⁴².

Otro de los factores familiares evaluados en el VRAI hace referencia a la separación temprana de los cuidadores. Este factor evalúa la posible separación física entre el menor y sus padres o cuidadores durante la infancia, así como la duración de esta separación y la apertura de expedientes por parte del servicio de protección/tutela de menores. BOWLBY⁴³ justifica la influencia de la separación temprana de los padres sobre los problemas de ajuste psicosociales en los menores a partir de su Teoría del apego. Según esta teoría, los niños establecen vínculos afectivos con sus progenitores desde el nacimiento, resultando en una proximidad física y emocional que, en caso de romperse, generará en el menor un sentimiento de ansiedad y frustración. Estas emociones negativas influirán a su vez en el desarrollo de conductas desadaptativas en la adolescencia. De forma específica, se ha encontrado que la separación temprana de los cuidadores favorece la aparición de conductas antisociales en los jóvenes⁴⁴, especialmente si éstos habían sido internados en centros de menores antes de los doce años⁴⁵.

Uno de los factores que más ha llamado la atención de los investigadores en los últimos años es el referente a las prácticas que los padres utilizan con respecto a la crianza de sus hijos. El VRAI analiza la calidad de las relaciones filio-parentales establecidas, así como determinadas variables como el conflicto, la supervisión y el apoyo, que caracterizan al entorno familiar de cada menor. Los resultados encontrados en diversas investigaciones muestran que un elevado nivel de conflicto intra-familiar se asocia de forma significativa con el incremento de las conductas antisociales y delictivas de los adolescentes⁴⁶. Por el contrario, un déficit en la

³⁹ FARRINGTON, D. P., COID, J. W., y MURRAY, J. "Family factors in the intergenerational transmission of offending", *Criminal Behaviour and Mental Health*, 19, 2009, pp. 109-124.

⁴⁰ MURRAY, J., FARRINGTON, D. P., y SEKOL, I. "Children's antisocial behavior, mental health, drug use, and educational performance after parental incarceration: A systematic review and meta-analysis". *Psychological Bulletin*, 138, 2012, pp. 175-210.

⁴¹ BESEMER, S. "The impact of timing and frequency of parental criminal behaviour and risk factors on offspring offending", *Psychology, Crime & Law*, 20, 2014, pp. 78-99.

⁴² FARRINGTON, D. P., op. cit., pp. 177-190.

⁴³ BOWLBY, J. "A secure base: Parent-child attachment and healthy human development".. New York, NY, US: Basic Books, New York, NY, 1988.

⁴⁴ HAWKINS ET AL, op. cit., pp. 106-146.

⁴⁵ HAAS, H., FARRINGTON, D. P., KILLIAS, M., Y SATTAR, G. "The impact of different family configurations on delinquency", *British Journal of Criminology*, 44, 2004, pp. 520-532.

⁴⁶ KRISHNAKUMAR, A., Y BUEHLER, C. "Interparental conflict and parenting behaviors: A meta-analytic review", *Family Relations*, 49, 2000, pp. 25-44.

supervisión y el apoyo por parte de los cuidadores se relacionan con más problemas de conducta, incluyendo violencia y delincuencia⁴⁷.

3.3. Escuela

Otro de los grupos al que hacen alusión gran parte de las clasificaciones internacionales sobre factores de riesgo es el referente al ámbito escolar en general y al rendimiento académico en particular. A través del protocolo VRAI se obtiene información acerca del nivel de escolarización de los jóvenes, su rendimiento medio y si han repetido curso alguna vez. El bajo rendimiento escolar ha sido frecuentemente relacionado con el desarrollo de conductas antisociales en la adolescencia⁴⁸. Diversos estudios han evidenciado una relación significativa negativa entre el rendimiento académico y la aparición de conductas agresivas y violentas en los jóvenes⁴⁹. Asimismo, el bajo rendimiento escolar y logro académico se han asociado con la presencia de conductas antisociales no violentas, como el consumo de sustancias ilegales⁵⁰.

No obstante, otro aspecto fuertemente relacionado con el desarrollo de problemas de conducta es la falta de vinculación con la institución escolar. Este factor se refiere al grado de absentismo escolar, así como la falta de interés y motivación por los estudios. Los hallazgos contemplados en diversos estudios evidencian una asociación significativa entre el déficit en la implicación con el sistema educativo y el aumento de conductas antisociales y delictivas en la adolescencia⁵¹.

3.4. Grupo de iguales

La influencia que el grupo de iguales desviados ejerce sobre la conducta de los jóvenes es uno de los factores de riesgo más fuertemente relacionado con la conducta antisocial juvenil⁵². El VRAI evalúa la presencia de conductas delictivas en el círculo de amistades del joven y tiene en cuenta la cantidad de amigos que se implican en actividades anti-normativas, así como la tipología antisocial que caracteriza sus actividades y conductas.

Parece existir una mayor probabilidad de que los adolescentes que llevan a cabo conductas violentas y delictivas formen parte de un grupo de iguales también

⁴⁷ HOEVE, M., DUBAS, J. S., EICHELSHEIM, V. I., VAN DER LAAN, PETER H, SMEENK, W., Y GERRIS, J. R. "The relationship between parenting and delinquency: A meta-analysis", *Journal of Abnormal Child Psychology*, 37, 2009, pp. 749-775.

⁴⁸ LIPSEY, M. W., Y DERZON, J. H. "Predictors of violent or serious delinquency in adolescence and early adulthood: A synthesis of longitudinal research" En *Serious and violent juvenile offenders: Risks factors and successful interventions*, R. Loeber y D. P. Farrington (Eds.), Thousand Oaks, CA: Sage Publications, pp. 86-105.

⁴⁹ HAWKINS ET AL, op. cit.

⁵⁰ LATVALA, A., ROSE, R. J., PULKKINEN, L., DICK, D. M., KORHONEN, T., y KAPRIO, J. "Drinking, smoking, and educational achievement: Cross-lagged associations from adolescence to adulthood", *Drug and Alcohol Dependence*, 137, 2014, pp. 106-113.

⁵¹ HENRY, K. L., KNIGHT, K. E., y THORBERRY, T. P. "School disengagement as a predictor of dropout, delinquency, and problem substance use during adolescence and early adulthood", *Journal of Youth and Adolescence*, 41, 2012, pp. 156-166.

⁵² LIPSEY y DERZON, op. cit., pp. 86-105.

desviados⁵³. Además, el hecho de implicarse con amigos antisociales favorece la aparición no solo de conductas agresivas y violentas, sino también de conductas antisociales más encubiertas. Se ha hipotetizado que esta relación podría estar influida por la intensidad y la estabilidad de la asociación con los iguales⁵⁴, sin embargo, algunos estudios han postulado que no sería tanto el tiempo que los jóvenes pasan con estos iguales, sino la proporción de amigos desviados dentro del grupo, la que favorecería la aparición de conductas antisociales⁵⁵.

Existe también la posibilidad de que el menor haya sido rechazado o marginado en la infancia por sus compañeros. En este caso, el evaluador debe contemplar si este hecho se ha producido antes de que el menor cumpliera los diez años. Algunos estudios han planteado que el sentimiento generado a partir del rechazo por parte de los iguales en la infancia temprana podría influir de forma significativa en la aparición de conductas problemáticas en la adolescencia⁵⁶. Se ha contemplado que el rechazo por parte del grupo de iguales podría ser el paso previo a la vinculación con iguales desviados, influyendo a su vez en la aparición de la conducta antisocial⁵⁷.

3.5. Comunidad

El entorno en el que crecen y se socializan los menores parece tener cierta influencia sobre las actitudes y conductas que éstos llevarán a cabo en un futuro. De este modo, residir en un barrio pobre, con fácil acceso a las drogas, donde la violencia y la delincuencia están presentes prácticamente a diario, puede afectar al desarrollo de conductas anti-normativas en los jóvenes. El VRAI evalúa la presencia de estas características marginales en el vecindario de origen del menor.

La variable contextual clásicamente más analizada en relación con la marginalidad social ha sido el estatus socio-económico o la clase social. En general se ha encontrado que aquellos jóvenes que conviven en barrios caracterizados por un bajo nivel socio-económico, en los que la concentración de recursos es limitada, tendrán una tendencia mayor a desarrollar conductas agresivas y violentas en la

⁵³ HENRY, D. B., TOLAN, P., y GORMAN-SMITH, D. "Longitudinal family and peer group effects on violence and nonviolent delinquency", *Journal of Clinical Child Psychology*, 30, 2001, pp. 172-186.

⁵⁴ LAURSEN, B., HAFEN, C. A., KERR, M., y STATTIN, H. "Friend influence over adolescent problem behaviors as a function of relative peer acceptance: To be liked is to be emulated", *Journal of Abnormal Psychology*, 121, 2012, pp. 88-94.

⁵⁵ HAYNIE, D. L. "Friendship networks and delinquency: The relative nature of peer delinquency", *Journal of Quantitative Criminology*, 18, 2002, pp. 99-134.

⁵⁶ DODGE, K. A., LANSFORD, J. E., BURKS, V. S., BATES, J. E., PETTIT, G. S., FONTAINE, R., y PRICE, J. M. "Peer rejection and social information processing factors in the development of aggressive behavior problems in children", *Child Development*, 74, 2003, pp. 374-393.

⁵⁷ VITARO, F., PEDERSEN, S., Y BRENDGEN, M. "Children's disruptiveness, peer rejection, friends' deviance, and delinquent behaviors: A process-oriented approach", *Development and Psychopathology*, 19, 2007, pp. 433-453.

adolescencia⁵⁸. Además, se ha observado que los jóvenes delincuentes que regresan a barrios desfavorecidos o marginales tenderán a reincidir en mayor medida⁵⁹.

3.6. Factores individuales

Los factores individuales hacen referencia a todas aquellas características temperamentales, cognitivas y de personalidad que definen a un sujeto. Se engloban variables como la impulsividad, empatía, actitudes hacia la violencia, hostilidad, narcisismo, problemas de concentración e hiperactividad o consumo de sustancias. Este grupo de factores pertenecen a la categoría de factores dinámicos, es decir, son susceptibles de variaciones significativas a lo largo del tiempo.

La impulsividad es un concepto estrechamente vinculado a la búsqueda de sensaciones y experiencias variadas, innovadoras e intensas. Se trata de una característica temperamental que hace referencia a la "intensidad en las reacciones"⁶⁰. Ha sido vinculado constantemente con la asunción de riesgos y las conductas antisociales y delictivas, ya que los sujetos actúan sin pensar y sin tener en cuenta las consecuencias que de ello se derivan. La impulsividad está estrechamente ligada al constructo conformado por el déficit de atención y la hiperactividad, caracterizado por un déficit en el control de la atención, inquietud motora y conductas impulsivas. Diversos estudios evidencian relación entre todas las medidas de este constructo y la conducta antisocial adolescente, incluyendo consumo de sustancias y encarcelamientos⁶¹.

Por su parte, la empatía ha sido definida como la habilidad para entender y compartir el estado emocional de los otros⁶². A diferencia de la impulsividad, un alto nivel de empatía se asocia con una mayor protección frente a las conductas problemáticas, mientras que un bajo nivel se relaciona con mayores conductas antisociales y delictivas en la adolescencia⁶³. Se trata de un concepto multidimensional donde se diferencia, por un lado, la empatía afectiva, definida como la capacidad para compartir el estado emocional y experimentar sentimientos similares a los de la otra persona; y, por otro, la empatía cognitiva, es decir, la habilidad para comprender los sentimientos y emociones de otras personas⁶⁴. La empatía es uno de los conceptos básicos definitorios del factor afectivo de la

⁵⁸ PARDINI, D. A., LOEBER, R., FARRINGTON, D. P., y STOUTHAMER-LOEBER, M. "Identifying direct protective factors for nonviolence", *American Journal of Preventive Medicine*, 43, 2012, pp. 28-40.

⁵⁹ KUBRIN, C. E., y STEWART, E. A. "Predicting who reoffends: The neglected role of neighborhood context in recidivism studies", *Criminology*, 44, 2006, pp. 165-197.

⁶⁰ ANDREWS y BONTA, op. cit., pp. 174.

⁶¹ BIHLAR MULD, B., JOKINEN, J., BÖLTE, S., y HIRVIKOSKI, T. "Attention deficit/hyperactivity disorders with co-existing substance use disorder is characterized by early antisocial behaviour and poor cognitive skills", *BMC Psychiatry*, 13, 2013, pp. 336-347.

⁶² COHEN, D., y STRAYER, J. "Empathy in conduct-disordered and comparison youth", *Developmental Psychology*, 32, 1996, pp. 988.

⁶³ JOLLIFFE, D., y FARRINGTON, D. P. "Empathy and offending: A systematic review and meta-analysis", *Aggression and Violent Behavior*, 9, 2004, pp. 441-476.

⁶⁴ VAN LANGEN, M. A. M., WISSINK, I. B., VAN VUGT, E. S., VAN DER STOUWE, T., y STAMS, G. J. J. M. "The relation between empathy and offending: A meta-analysis", *Aggression and Violent Behavior*, 19, 2014, pp. 179-189.

psicopatía que se caracteriza por la dureza emocional⁶⁵. La revisión llevada a cabo por FRICK Y WHITE⁶⁶ puso de manifiesto que un estilo interpersonal caracterizado por la dureza emocional (p.ej. ausencia de sentimientos de culpa, falta de empatía o insensibilidad hacia los demás) define a un grupo específico de jóvenes con un patrón particularmente severo, agresivo y estable de conductas antisociales.

Dentro de las características de personalidad se incluye también el narcisismo. Este factor se caracteriza por un alto sentido de grandiosidad, una demanda constante de atención y reconocimiento y una desconsideración hacia las necesidades y reacciones de los demás. El narcisismo, principalmente su componente desadaptativo, se asocia fuertemente con diferentes problemas de conducta en la infancia y adolescencia, incluyendo agresión proactiva y reactiva, conductas violentas y delincuencia⁶⁷.

El VRAI evalúa también determinadas características cognitivas asociadas a las conductas anti-normativas. Una de las más estudiadas hace referencia a las actitudes favorables a la violencia, es decir, todas aquellas actitudes o creencias que están a favor de la agresión o delincuencia como medio de actuación y solución de problemas. Las actitudes negativas pueden favorecer la distorsión de la realidad, aumentando la tendencia a percibir conductas hostiles y amenazantes en otras personas, así como una intencionalidad y provocación implícita en esos actos. Además, la presencia de actitudes favorables a la agresión incrementa el riesgo de violencia y delincuencia en la adolescencia⁶⁸.

Se ha planteado también que los problemas en la gestión de la ira conducen a la manifestación de conductas agresivas y violentas como respuesta catalizadora a este estado anímico. Irritarse con facilidad, no poder controlar los arrebatos de furia o mostrar conductas hostiles y agresivas hacia las personas u objetos, son algunos de los aspectos analizados en este instrumento. Según la evidencia empírica, una baja tolerancia a la frustración asociada con altos niveles de ira y hostilidad interpersonal favorecerá el desarrollo de conductas agresivas y antisociales en la adolescencia, así como una mayor persistencia en estas conductas⁶⁹.

Por otro lado, se ha analizado la influencia del estrés percibido y de la capacidad de afrontamiento de las dificultades como posible factor de riesgo de la conducta antisocial de los jóvenes. Pese a que una gran parte de los estudios evalúan los efectos de determinadas situaciones estresantes en la infancia, como maltrato infantil u otras situaciones traumáticas, sobre el correcto desarrollo psicosocial de los menores, ha sido planteado que no sería la vivencia de tales

⁶⁵ FRICK, P., y HARE, R. "The psychopathy screening device", Toronto: Multi-Health Systems, 2001.

⁶⁶ FRICK, P. J., y WHITE, S. F. "Research review: The importance of callous-unemotional traits for developmental models of aggressive and antisocial behavior", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 49, 2008, pp. 359-375.

⁶⁷ BARRY, C. T., y ANSEL, L. L. "Assessment of youth narcissism". Hoboken, NJ, US: John Wiley & Sons Inc, Hoboken, NJ, 2011.

⁶⁸ BEYERS, J. M., LOEBER, R., WIKSTRÖM, P. H., y STOUTHAMER-LOEBER, M. "What predicts adolescent violence in better-off neighborhoods?" *Journal of Abnormal Child Psychology*, 29, 2001, pp. 369-381.

⁶⁹ MASCHI, T., y BRADLEY, C. "Exploring the moderating influence of delinquent peers on the link between trauma, anger, and violence among male youth: Implications for social work practice", *Child & Adolescent Social Work Journal*, 25, 2008, pp. 125-138.

situaciones estresantes sino la percepción que los menores tienen sobre ellas, la que influirá en la aparición de futuros problemas de conducta. Asimismo, las estrategias que el joven utiliza en el afrontamiento de las situaciones estresantes pueden modular los efectos que éstas tendrán sobre su funcionamiento psicosocial. SHEK Y TANG⁷⁰ observaron que los jóvenes caracterizados por altos índices de estrés percibido mostraron más signos de violencia en la adolescencia. Además, aquellos que llevaron a cabo un estilo de afrontamiento desadaptativo-evitador tuvieron significativamente más problemas de conducta⁷¹.

Por último, el VRAI incluye dentro de los factores individuales los problemas de los jóvenes con el consumo de sustancias ilegales como factor de riesgo de aparición de futuros problemas de conducta. Evalúa diferentes tipos de sustancias, entre los que se encuentra el consumo de tabaco, alcohol, marihuana, cocaína, opiáceos u otras drogas. Los hallazgos encontrados en diversos estudios muestran al respecto que gran parte de los delincuentes violentos son consumidores de sustancias⁷², y que los adolescentes delincuentes que son consumidores reinciden en mayor medida que los no consumidores⁷³.

3.7. Otros factores de riesgo relevantes

A través del protocolo se recoge información, por un lado, sobre la existencia de incumplimiento de medidas o sentencias judiciales previas por parte de los adolescentes. Asimismo, se obtiene información sobre la falta de colaboración de los menores en intervenciones de tratamiento anteriores (tanto en régimen cerrado, como en régimen ambulatorio o régimen abierto). Por colaboración con la intervención se entiende la motivación por participar, el reconocimiento de los riesgos, las expectativas de cambio o la adherencia al programa de tratamiento.

Ha sido encontrado que uno de los predictores más fuertes de reincidencia grave y violenta en jóvenes delincuentes era la presencia de problemas de conducta durante el tratamiento y las intervenciones a las que habían sido asignados⁷⁴. El meta-análisis de LANDENBERGER Y LIPSEY⁷⁵ ha constatado que la existencia de intentos previos de tratamiento se relacionan significativamente con la reducción de la reincidencia delictiva.

Otro de los factores incluidos en el protocolo es el que tiene que ver con la falta de apoyo prosocial y de intereses en actividades de ocio y diversión. Se ha

⁷⁰ SHEK, D. T. L., y TANG, V. "Violent behavior in chinese adolescents with an economic disadvantage. Psychological, family and interpersonal correlates", *International Journal of Adolescent Medicine and Health*, 15, 2003, pp. 219-233

⁷¹ COMPAS, B. E., CONNOR-SMITH, J. K., SALTZMAN, H., THOMSEN, A. H., y WADSWORTH, M. E. "Coping with stress during childhood and adolescence: Problems, progress, and potential in theory and research", *Psychological Bulletin*, 127, 2001, pp. 87-127

⁷² BOLES, S. M., y MIOTTO, K. "Substance abuse and violence: A review of the literature", *Aggression and Violent Behavior*, 8, 2003, pp. 155-174.

⁷³ STOOLMILLER, M., y BLECHMAN, E. A. "Substance use is a robust predictor of adolescent recidivism", *Criminal Justice and Behavior*, 32, 2005, pp. 302-328.

⁷⁴ MULDER, E., BRAND, E., BULLENS, R., y VAN MARLE, H. "A classification of risk factors in serious juvenile offenders and the relation between patterns of risk factors and recidivism", *Criminal Behaviour and Mental Health*, 20, 2010, pp. 23-28.

⁷⁵ LANDENBERGER, N. A., y LIPSEY, M. W. "The positive effects of cognitive-behavioral programs for offenders: A meta-analysis of factors associated with effective treatment", *Journal of Experimental Criminology*, 1, 2005, pp. 451-476.

planteado que una falta de implicación en actividades prosociales lúdicas junto con una implicación en actividades no productivas (e.g.: salidas nocturnas, asistencia repetida a bares, pubs y discotecas) se relaciona significativamente con el desarrollo de conductas desviadas, como el consumo de sustancias⁷⁶. Asimismo, una carencia de lazos afectivos con adultos prosociales favorece la presencia de este tipo de conductas⁷⁷.

3.8. Factores de protección

Los factores de protección son considerados como aquellas características de las personas y de las circunstancias que les rodean que están asociadas con una reducción del riesgo de implicación en actividades criminales o antisociales⁷⁸. Los factores de protección recogidos en el VRAI hacen referencia a la implicación prosocial, apoyo social fuerte, compromiso escolar o laboral y características de resiliencia de los menores.

Los lazos que el joven establece con contextos convencionales prosociales son indispensables para inhibir la aparición o compensar la presencia de conductas desviadas. Las relaciones interpersonales estables y positivas que el menor mantiene tanto dentro como fuera del entorno familiar, favorecen la prevención de la aparición de conductas desadaptativas en la adolescencia⁷⁹. Por tanto, tanto el apoyo familiar como el apoyo social son protectores de la conducta antisocial siempre y cuando este apoyo sea positivo y estable. Asimismo, la vinculación positiva con el trabajo y los compañeros de escuela se ha relacionado con una menor implicación en conductas desviadas⁸⁰.

Por último, dentro de los factores de protección destaca el concepto de resiliencia. Este término se define como un patrón de adaptación positiva ante la existencia de adversidades pasadas o presentes⁸¹, conformado por características individuales y por características del entorno en el que vive el individuo⁸². Implica, por tanto, un proceso de superación y afrontamiento adecuado de las dificultades presentes en el entorno, así como una evitación de las trayectorias negativas asociadas a actividades y conductas de riesgo. La evidencia empírica sugiere que los menores más resilientes tendrán una probabilidad menor de implicarse en

⁷⁶ MUÑOZ-RIVAS, M., y GRAÑA, J. L. "Influencia del grupo de iguales y satisfacción con la ocupación del tiempo libre". En Factores de riesgo en psicopatología del desarrollo, L. Ezpeleta (Ed.), Barcelona: Masson, pp. 389-409.

⁷⁷ HAWKINS ET AL, op. cit., pp. 106-146.

⁷⁸ ANDREWS y BONTA, op. cit., pp. 48.

⁷⁹ BENDER, D., y LÖSEL, F. "Protective and risk effects of peer relations and social support on antisocial behaviour in adolescents from multi-problem milieus", *Journal of Adolescence*, 20, 1997, pp. 661- 678.

⁸⁰ SHANTZ, A., ALFES, K., TRUSS, C., y SOANE, E. "The role of employee engagement in the relationship between job design and task performance, citizenship and deviant behaviours", *The International Journal of Human Resource Management*, 24, 2013, pp. 2608-2627.

⁸¹ WRIGHT, M. O., y MASTEN, A. S. "Resilience processes in development: Fostering positive adaptation in the context of adversity". En *Handbook of resilience in children*, S. Goldstein, y R. B. Brooks (Eds.), New York, NY: Kluwer Academic/Plenum Publishers, 2005, pp. 17-37.

⁸² KAPLAN, H. B. "Understanding the concept of resilience". En *Handbook of resilience in children*, S. Goldstein y R. B. Brooks (Eds.), New York, NY: Kluwer Academic/Plenum Publishers, 2005, pp. 39-47.

conductas antisociales y delictivas en la adolescencia, aun estando presentes determinados factores de riesgo⁸³.

4. Evaluación del riesgo e intervenciones eficaces

Los programas de intervención con adolescentes infractores deben centrar sus actuaciones en la modificación de los factores predictores de la delincuencia. Debe tenerse en cuenta que los delincuentes con un riesgo alto de reincidencia no presentarán las mismas necesidades que los delincuentes de riesgo bajo o moderado, por lo que las intervenciones necesariamente han de ser diferentes. Los tratamientos más intensivos irán dirigidos a los delincuentes de alto riesgo, mientras que los individuos de bajo riesgo serán más apropiados para la realización de intervenciones en la comunidad, centrados en aspectos específicos relacionados con los factores riesgo presentes.

Según la evidencia empírica, los programas de intervención que alcanzan niveles mayores de reducción de reincidencia son aquellos que: a) centran sus actuaciones en la modificación de los factores de riesgo presentes; b) emplean tratamientos cognitivo-conductuales; y c) son dirigidos fundamentalmente a los delincuentes de alto riesgo. Estos aspectos han sido puestos de manifiesto en uno de los modelos más influyentes en el campo de investigación, el modelo de Riesgo-Necesidades-Respuesta⁸⁴. Este modelo plantea que la intervención debe estar centrada en el cambio de los factores predictores de la delincuencia. Dicho cambio debe centrarse principalmente en los factores dinámicos o "necesidades criminógenas", como cogniciones, actitudes o grupo de amigos, puesto que tales factores son susceptibles de variaciones y cambios a lo largo del tiempo.

Por otro lado, los tratamientos que han demostrado mayor eficacia en la reducción de la reincidencia son aquellos basados en un modelo cognitivo-conductual y de carácter intensivo. Estos programas de intervención se adaptan a las necesidades de cada delincuente mediante la utilización de técnicas como el modelado o el role-playing, basados en la teoría del aprendizaje social. Asimismo, se emplean técnicas de re-estructuración cognitiva y reforzamiento, mayoritariamente de carácter positivo.

Algunos factores que ayudan a incrementar la eficacia de los programas de tratamiento implican la realización de dichas intervenciones en la comunidad, el seguimiento de los delincuentes tras haber finalizado el programa y un empleo de profesionales preparados que se adecúen al tratamiento y a las necesidades del delincuente. Además, aquellos programas que se dirigen al fomento de la competencia personal y social del adolescente son los que obtienen resultados más prometedores.

5. Conclusión

El protocolo de *Valoración del Riesgo en Adolescentes Infractores* (VRAI) tiene implicaciones relevantes dentro del campo de la prevención y la intervención social, tales como la importancia en la elaboración e implementación de programas de

⁸³ BARTOL, C. R. "Resilience and antisocial behavior". En *Current perspectives in forensic psychology and criminal justice*, C. R. Bartol y A. M. Bartol (Eds.), Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2006, pp. 79-92.

⁸⁴ ANDREWS Y BONTA, op. cit., pp. 47.

prevención específicos según los rasgos individuales de cada joven y las características del entorno en el que viven. La aplicación en la práctica profesional de este tipo de evidencia facilitaría el cumplimiento de los principios de riesgo, de necesidad y de respuesta necesarios para implementar intervenciones eficaces en la prevención del desarrollo y el mantenimiento de comportamientos antisociales en la adolescencia.

LA FUNCIÓN PÚBLICA DESDE EL SIGLO XIX

PABLO FERNÁNDEZ GARCÍA-ARMERO
Abogado ICA Coruña

Sumario: 1. Contexto histórico. 2. Los Estatutos generales. 3. La función pública desde la Constitución Española de 1978. 4. La función pública de la Unión Europea. 5. Situación actual. 6. Bibliografía.

Resumen: La función pública española ha experimentado una serie de cambios a lo largo de su historia fruto de los continuos cambios políticos. Desde el siglo XIX los diversos Estatutos que han regulado la función pública en nuestro país han aportado diversas soluciones pero todavía siguen existiendo problemas históricos que no se han resuelto. En el siglo XX ha surgido una función pública de ámbito europeo.

Palabras clave: Función pública, Estatutos generales, sistema de botín, Constitución Española, Unión Europea.

Abstract: The Spanish public function has experienced a series of changes along his history fruit of the continuous political changes. From the 19th century the diverse Statutes that have regulated the public function in our country have contributed diverse solutions but still follow existing historical problems that have not resolved. In the 20th century has arisen a public function of European field.

Key words: Public function, General Statutes, spoil system, Spanish Constitution, European Union.

1. Contexto histórico

El siglo XVIII finalizó con la caída del sistema denominado como Antiguo Régimen gracias a la Revolución francesa de 1789, dando paso al Estado liberal y a la Edad Contemporánea, lo que implica la trascendencia de este fenómeno, el cual cruzó fronteras para asentarse en la mentalidad de los países europeos.

Es por ello que el comienzo del siglo XIX supuso en España la crisis del Antiguo Régimen, agudizada por la Guerra de la Independencia Española contra la Francia de Napoleón Bonaparte, que finalizó en 1814 con la restauración de la monarquía borbónica en el reinado de Fernando VII.

Es en este contexto donde nace la Constitución de Cádiz de 1812, surgida para reivindicar frente al ejército invasor francés la independencia española. No obstante, en los últimos años los historiadores no se ponen de acuerdo en lo referente al verdadero alcance de las transformaciones operadas en las Cortes de Cádiz. Así, la mayor parte de los historiadores califican estas reformas como revolucionarias, puesto que terminan con las bases sobre las que se sustentaba el Antiguo Régimen.

Por el contrario, otros autores afirman que en España no se puede hablar de una auténtica revolución, habida cuenta de que esta Constitución puede considerarse como ambigua, moderada e inadecuada para el país en ese momento¹.

Conviene tener presente que desde la Constitución de 1812 hasta la vigente de 1978 ha habido diversas Constituciones, fruto de los vaivenes políticos e históricos propios de nuestro país, tales como, entre otros, guerras civiles o golpes de estado. Debe reconocerse a nuestra historia constitucional el haber influido en la actual norma fundamental².

Del mismo modo y dentro del ámbito de la función pública, no deben obviarse las aportaciones de los países de nuestro entorno y su evolución histórica, sin las cuales no se entendería la actual función pública española. Buena prueba de ello es el artículo 23 de nuestra vigente Constitución, que hunde sus raíces en el artículo 6 de la francesa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

2. Los Estatutos generales

La historia de la función pública española pone de manifiesto dos aspectos que es importante reseñar, su marcada influencia francesa y el hecho de considerar como el primer estatuto general el promulgado por Bravo Murillo en 1852.

Con respecto al origen francés esta contribución no se ciñe al aspecto histórico ya mencionado y derivado de la caída del Antiguo Régimen, sino que se amplía a su función pública, la cual se convierte en un referente para otros países europeos. Cabe señalar que la función pública española también se nutre de la experiencia de otros países, pero el influjo francés es innegable. En este sentido es necesario aludir al hecho de que la profesionalización de los funcionarios se produjo con la Constitución Napoleónica del año VIII.

En relación a la situación del funcionariado español antes del primer Estatuto General de 1852, debe tenerse presente que existían unos cuerpos heterogéneos de funcionarios creados ad hoc para desempeñar un trabajo y que sobre esta base operaba su regulación. Es por ello que no puede hablarse de un estatuto general como se concibe en la actualidad; esto es, una regulación unitaria para todos los servidores públicos³.

En 1827 se aprobó el Estatuto de López Ballesteros⁴, cuyo contenido se limitó a regular en principio a los empleados públicos de la Real Hacienda, por lo que tampoco tiene la consideración de estatuto general. No obstante, su relevancia estriba en que introduce el mérito como principio de ingreso y de ascenso en la función pública.

¹ Vid. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. "Historia del derecho I. Instituciones político-administrativas", Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 835.

² Vid. ALZAGA VILLAAMIL, O. "La experiencia del constitucionalismo histórico español", en VV.AA., Derecho Político Español según la Constitución de 1978, Vol I: Constitución y fuentes del Derecho, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 5ª ed., 2011, pp. 212-214.

³ Vid. PARADA VÁZQUEZ, R. "Evolución histórica de la función pública", en PARADA VÁZQUEZ, Ramón y FUENTETAJA PASTOR, Jesús, Derecho de la Función Pública, Ed. Open Ediciones Universitarias, 2013, pp. 83-90.

⁴ López Ballesteros fue nombrado Ministro de Hacienda 6 días en 1822 y repitió para el mismo cargo 9 años desde 1823 en la denominada "ominosa década". Estableció las nuevas bases de la economía del país y solventó el problema de la deuda pública.

El Estatuto de Bravo Murillo⁵ de 1852 se considera el primer estatuto general. En éste se aprecian avances en la profesionalización de la administración pública consistentes en una definición y profundización del mencionado principio del mérito y capacidad, así como del sistema de carrera. Buena prueba de ello lo constata la práctica totalidad del articulado de este Real Decreto de 1852.

Conviene señalar, a modo de ejemplo, diversos artículos del mencionado texto legal que ponen de manifiesto las innovadoras reformas, tales como: el artículo 1⁶, el artículo 13⁷, el artículo 19⁸ o el artículo 22⁹.

No obstante, este Estatuto de Bravo Murillo no fue la solución a todos los problemas de la función pública de la época¹⁰, puesto que obvió temas importantes como la estabilidad en el empleo. Es un texto innovador y que ha influido en posteriores regulaciones de la función pública pero quedó desvirtuado a la hora de llevarlo a la práctica, llegando a propiciar el establecimiento de diversos mecanismos para evitar su aplicación, como la formación de cuerpos especiales en la administración.

En 1866 tuvo lugar la aprobación mediante Real Decreto del Estatuto de O`Donnell¹¹, recibiendo el título de "Reglamento orgánico de las carreras civiles de

⁵ Bravo Murillo tuvo diversos cargos en una época en la que los gobiernos era inestables debido a su escasa duración. Fue Ministro de Gracia y Justicia; Ministro de Comercio, Instrucción y Obras Públicas; Ministro de Hacienda; Ministro de Marina; Presidente del Consejo de Ministros de España en 1851 hasta el año 1852 y Presidente del Congreso de los Diputados en 1858.

⁶ Art. 1: "Los empleados de la Administración activa del Estado, salvas las excepciones que se expresarán después, se dividirán en las categorías siguientes:

- 1.^a Jefes superiores.
- 2.^a Jefes de Administración.
- 3.^a Jefes de Negociado.
- 4.^a Oficiales.
- 5.^a Aspirantes a Oficial".

⁷ Art. 13: "Para ser aspirante a Oficial, con sueldo o sin él, se requiere, además de las otras cualidades y circunstancias que exija la índole particular de las respectivas funciones:

- 1.^o Tener diez y seis años cumplidos.
- 2.^o Acreditar buena conducta moral.

3.^o Tener título académico o diploma que presuponga estudios y la conveniente preparación, o haber obtenido certificación favorable en examen público".

⁸ Art. 19: "Las plazas de Oficial en su primer ingreso se proveerán por oposición, y para ser admitido a ella será preciso que el interesado haya sido aprobado de aspirante o que haya obtenido título o diploma de capacidad, con arreglo al párrafo 3.^o del artículo 13".

⁹ Art. 22: "Para ingresar en cualquiera de las dos categorías primeras se necesita haber servido al menos cuatro años en la inferior inmediata".

¹⁰ La inestabilidad política de la época no es óbice para que se promulguen una serie de normas tendentes a regular los distintos campos del derecho, como: el Código Penal de 1848, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la Ley del Notariado de 1862 y la Ley Hipotecaria de 1863.

¹¹ O`Donnell ostentó diversos cargos a raíz de la Revolución de 1854 que él mismo dirigió. Fue Ministro de la Guerra; Ministro de Ultramar; Ministro de Estado; Ministro de Marina; Presidente del Consejo de Ministros de España en tres ocasiones, en 1856, en 1858 hasta 1863 (excepcionalmente largo para la época) y de 1865 a 1866.

la Administración pública". El artículo 1 de este Real Decreto es prácticamente idéntico al citado artículo 1 del Estatuto de Bravo Murillo de 1852. Además, éste hace hincapié en el principio del mérito para el ingreso y el ascenso en la función pública.

La novedad de este Real Decreto de 1866 es que reconoció la estabilidad en el empleo, si bien con unas ciertas limitaciones. Resulta paradigmático el indistinto uso a lo largo de esta norma de las palabras funcionarios y empleados¹². Su escaso período de vigencia no le resta importancia ni desluce la calidad técnica con la que fue redactado.

El siguiente Estatuto General se promulgará medio siglo después y lo hará bajo el nombre de la Ley de Bases de los Funcionarios del Estado de 22 de julio de 1918. La explicación a esta demora en la nueva regulación de la función pública en España se explica, en parte, por el contexto histórico de continuos cambios, algunos de ellos estructurales, en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX, dificultando que se pueda legislar eficazmente¹³.

La principal consecuencia del sistema político consistente en la rotación en el gobierno entre liberales y conservadores fue el correlativo intercambio de los empleados afines a esos partidos, lo cual nos remite a un problema de raíz liberal que se ha extendido por países y períodos denominado *spoils system* o sistema de botín. Nuestro país no es ajeno a este fenómeno y provoca situaciones en las que se conculcan los principios de mérito y de capacidad.

El liberalismo clásico entendía que un funcionariado inamovible entrañaba el riesgo de apropiarse del poder, por lo que la solución pasaba por no vincular al personal de manera permanente. Ahora bien, esta defensa legal comenzó a utilizarse para despojar de sus puestos de trabajo a los funcionarios de ideología contraria y, en consecuencia, premiar a los propios partidarios con esos puestos. De este modo, los empleos públicos pasan a ser una conquista de los vencedores¹⁴.

¹² Vid. a modo de ejemplo el artículo 2 que alude a "empleados de la primera categoría"; mientras que el artículo 8 versa sobre "funcionarios de la primera categoría".

¹³ Dos años después de promulgarse el Estatuto de O`Donnell se produce la Revolución de 1868 o La Gloriosa, que terminó con el exilio de Isabel II en París. En 1870 es proclamado rey Amadeo de Saboya hasta su abdicación en 1873, año en el que se proclama la Primera República Española. A finales de 1874 tiene lugar la Restauración borbónica en la figura de Alfonso XII, cuya prematura muerte provoca la regencia de María Cristina de Austria hasta que su hijo Alfonso XIII accede al trono.

En esta época emergen las figuras de Cánovas como líder del Partido Conservador y Sagasta como líder del Partido Liberal, que tienen como objetivo dotar de estabilidad a las instituciones mediante un sistema en el que ambos partidos se sucedían en el poder, si bien vuelven a existir en esta época un elevado número de gobiernos que focalizan sus políticas en mantener el sistema que había sido restaurado y en hacer frente a los problemas sociales y económicos.

La crisis de 1917 es considerada en España como una crisis del sistema de la restauración e hizo peligrar el gobierno del país.

¹⁴ Vid. PARADA VÁZQUEZ, R. "Modelos comparados de función pública", en PARADA VÁZQUEZ, Ramón y FUENTETAJA PASTOR, Jesús, *Derecho de la Función Pública*, Ed. Open Ediciones Universitarias, 2013, p. 52.

Las leyes que se aprobaron afectaban a los empleados de ciertos ministerios pero adolecían de una aplicación general, razón por la cual se hacía necesario un instrumento normativo que tuviera vocación de regulación unitaria.

El mencionado Estatuto de 1918 se aprobó bajo el Gobierno de Antonio Maura¹⁵. En este texto legal se aprecian influencias de los referidos estatutos del siglo XIX, si bien con algún matiz que se debe reseñar. El artículo 1¹⁶ se diferencia de los respectivos artículos anteriormente aludidos del Estatuto de 1852 y del Estatuto de 1866, en que reduce las categorías a cuatro y que éstas se dividen cada una en tres clases, lo que supone un orden jerárquico de doce grados.

Además, se fijan en este artículo de apertura los salarios a percibir por los funcionarios, lo que pone de manifiesto la importancia de esta cuestión, que pretende solucionar el problema de las mínimas actualizaciones de estas retribuciones y que venían lastrando el poder adquisitivo de los empleados públicos.

En este Estatuto de 1918 se reafirma la estabilidad en el empleo y se reconoce el asociacionismo funcional¹⁷, concepto éste que dista del contenido que tiene actualmente. A pesar de lo novedoso de estas reformas este texto es mejorable, puesto que no crea unos órganos administrativos centrales que gestionen el personal. Del mismo modo es criticable la cuestión de que no se

¹⁵ Antonio Maura fue Ministro de Gracia y Justicia; Ministro de la Gobernación y Ministro de Ultramar. Ostentó el cargo de presidente del Consejo de Ministros de España en cinco ocasiones, lo que pone de manifiesto la inestabilidad política de esos años.

¹⁶ Base 1.^a: "La Administración civil del Estado estará a cargo de personal técnico y auxiliar.

Los funcionarios técnicos se clasificarán en tres categorías y cada una de éstas se compondrá de las clases y gozará de las dotaciones que se expresan a continuación:

Jefes de Administración de primera clase, con 12.000 pesetas.

Idem íd. de segunda íd., 10.000.

Jefes de Negociado de primera íd., 8.000.

Idem íd. de segunda íd., 7.000.

Idem íd. de tercera íd., 6.000.

Oficiales de Administración de primera íd., 5.000.

Idem íd. de segunda íd., 4.000.

Idem íd. de tercera íd., 3.000.

Los funcionarios auxiliares constituirán una sola categoría, distribuida en las siguientes clases y dotaciones:

Auxiliares de primera clase, con 2.500 pesetas.

Idem de segunda ídem, 2.000.

Idem de tercera ídem, 1.500".

¹⁷ Base 10.^a: "Los funcionarios públicos podrán asociarse con arreglo a la Constitución y a las leyes, gozando a tales efectos de plena personalidad jurídica.

Cualquier Asociación, agrupación o representación colectiva de funcionarios dependientes de un Ministerio o de varios, aunque tenga por objeto un legítimo interés o el auxilio y el beneficio mutuo de los que la compongan, y no obste al buen servicio del Estado, necesitará formarse o subsistir la aprobación expresa del Ministro o los Ministros respectivos. Constituirá desobediencia grave el hecho de pertenecer a tales Asociaciones o agrupaciones, contraviniendo a la negativa ministerial de aprobación o a la orden ministerial de disolverlas.

El Gobierno dará cuenta a las Cortes de la orden ministerial en que se decrete la disolución de cualquiera Asociación de funcionarios".

ejecutaron todas las previsiones legislativas mediante el correspondiente desarrollo reglamentario.

Ahora bien, el hecho de que estuviera en vigor hasta 1964 obedece a tres motivos que pueden concurrir de forma individual o conjuntamente, la corrección formal de la Ley de Bases, la situación de profundos cambios políticos que sufre España a partir de su promulgación y la falta de interés en elaborar una nueva norma¹⁸.

Debe tenerse presente que durante su vigencia se hizo patente una separación entre los cuerpos generales y especiales, lo que impidió homogeneizar la función pública. De la misma manera, pueden apreciarse distorsiones en su aplicación práctica que desvirtúan su contenido y sus objetivos.

La Ley de Bases de Funcionarios de 1963, cuyo texto articulado lo constituye el Decreto de 7 de febrero de 1964, reformó aspectos fundamentales de la función pública, entre los que destacan los siguientes: se incorporó la figura del funcionario generalista o interdepartamental para los cuerpos generales o administrativos; se centralizó la gestión funcional; desapareció la jerarquización de todos los cuerpos, lo que contribuyó a incrementar la discrecionalidad política en la burocracia; se introdujo la separación de funciones administrativas y facultativas; se admitieron otras formas de vinculación del personal con la Administración distintas de la relación funcional, con lo que se rompió la exclusividad del sistema de función pública; y se implantó como norma la libre designación.

Es evidente que algunas de estas medidas constituyen un retroceso en los logros alcanzados por los anteriores estatutos y remiten a prácticas que solo disfrazan el citado sistema del *spoils system*, el cual ha estado siempre presente en nuestro ordenamiento de una u otra manera.

3. La función pública desde la Constitución Española de 1978

La Constitución de 1978 regula la función pública a lo largo de su articulado, pero no existe en ésta un modelo constitucional de función pública *stricto sensu*. Así, deben mencionarse los siguientes artículos: el 149.1.18¹⁹, el 103²⁰ y el 23.2²¹.

¹⁸ Las Dictaduras de Primo de Rivera y de Dámaso Berenguer bajo el reinado de Alfonso XIII no consiguieron frenar los problemas endémicos del país, a los que hubo de sumarse la Gran Depresión de 1929 que vino a acrecentar los problemas derivados de la posguerra tras la Primera Guerra Mundial.

El monarca hubo de exiliarse al ser proclamada la Segunda República Española en 1931, contra la cual se levantó un golpe de Estado que dio lugar a la Guerra Civil Española, a cuyo fin se instauró una Dictadura que se perpetuó hasta el año 1975.

¹⁹ Art. 149.1.18: "Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas".

²⁰ Art. 103: "1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

La interpretación de la igualdad a la que se refiere el art. 23.2 de la Constitución ha de ser complementada con lo dispuesto por el principio de igualdad establecido en el artículo 14 del mismo texto legal²². Este derecho de acceso a funciones y cargos públicos posee un doble contenido, uno relativo a los cargos públicos elegidos por los ciudadanos y otro referido al acceso a la función pública en general.

Respecto del segundo debe tenerse presente que la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, da respuesta al mandato constitucional. En ésta se recogen los principios básicos que deben dirigir la actividad de la administración estatal, tales como: el servicio, la objetividad, la eficacia, la generalidad, la jerarquía, la descentralización y la coordinación²³.

Nuestro ordenamiento jurídico está contemplado para los ciudadanos españoles. No obstante, el artículo 13 de la Constitución Española²⁴ regula la situación de los extranjeros y su apartado primero fue objeto de desarrollo por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha sido varias veces modificada, la última vez por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre²⁵.

El desempeño de las funciones y cargos públicos a los que alude el artículo 23.2 de la Constitución se restringe a los ciudadanos españoles. Sin embargo, esta limitación no se aplica a los ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea, que disfrutan de un régimen especial.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.

3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

²¹ Art. 23.2: “Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

²² Art. 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

²³ Vid. GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, María Victoria. “Derechos y libertades en la Constitución Española de 1978”, Ed. Sanz y Torres, Madrid, 2011, pp. 408-409.

²⁴ Art. 13: “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

²⁵ El apartado 2 del artículo 13 fue la primera reforma de la Constitución para adecuarla al Tratado de Maastrich.

Los artículos 39.4²⁶ y 45²⁷ del TCE recogen excepciones a ciertos principios básicos en los que se fundamenta el ordenamiento europeo en el ámbito de la libre circulación de personas, servicios y capitales. Éstas operan en lo concerniente a los empleos en la Administración pública. Sin embargo, la jurisprudencia del TJCE ha matizado el contenido del mencionado articulado, considerando que el empleo en el sector público está sometido a las normas de la libre circulación, siempre que no implique una participación efectiva en el ejercicio de la autoridad pública o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado²⁸.

La adaptación del ordenamiento español al europeo se produjo mediante la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea²⁹.

Estas disposiciones ponen de manifiesto la importancia del derecho emanado de las instituciones europeas y la necesidad de ser traspuesto por los estados miembros en aras de su soberanía, para tratar de lograr una mayor uniformidad en la aplicación de las normas³⁰.

Desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 han proliferado leyes estatales que regulan diversos aspectos referentes a la función pública española, entre las que cabe destacar las siguientes: la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones

²⁶ Art. 39.4: "Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública". Este artículo aborda la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad Europea.

²⁷ Art. 45: "Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo".

²⁸ Vid. Sentencias de 17 de diciembre de 1980 y de 26 de mayo de 1982.

²⁹ Art.1: "1. Los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea podrán acceder en idénticas condiciones que los españoles a la función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y a los demás sectores de la función pública a los que, según el derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

2. El Gobierno o, en su caso, los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas determinarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos, a los que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, podrán acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea.

3. En todo caso, los puestos de trabajo de los sectores a que hace referencia el apartado 1 de este artículo, que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas, quedan reservados a los funcionarios con nacionalidad española, correspondiendo a cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, la determinación concreta de dichos puestos".

³⁰ Vid. ABARCA JUNCO, A. P. "Derechos y libertades de los extranjeros en España", en ABARCA JUNCO, Ana Paloma; ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MARTÍN DÉGANO, Isidoro; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina; El extranjero en el Derecho español, Ed. Dykinson, 2012, pp. 40-42.

Públicas, cuyo contenido versa acerca de la simultaneidad de empleos y pensiones en el sector público, así como de las compatibilidades con el ejercicio privado; la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, que supone una laboralización de ésta y la admisión de un régimen paralelo de contratación laboral; la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley de medidas para la reforma de la Función Pública, que obedece a la declaración contraria a nuestra norma fundamental que efectuó el Tribunal sobre la Ley 30/1984; o la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo.

Del mismo modo conviene señalar que también se han dictado en esta materia una gran variedad de normas en el ámbito autonómico, lo que unido a la legislación comunitaria provoca una cantidad ingente de regulaciones que complica cualquier tipo de relación que tenga que ver con los empleados públicos. Ahora bien, esta situación es una más de las consecuencias de la falta de una delimitación competencial más exhaustiva entre las comunidades autónomas, el estado y las organizaciones supranacionales.

4. La función pública de la Unión Europea

Constituye una de las ramas más importantes del derecho administrativo de la Unión Europea, a pesar de que entre el proceso de integración europea y la aparición de una administración europea sistemática y eficiente había pasado mucho tiempo. De hecho, su importancia radica en que ha trascendido el ámbito del empleo público para convertirse en un referente en el derecho emanado por el legislador europeo

No debe obviarse el hecho de que en Europa se ha producido una significativa reducción de la actividad que venían prestando las administraciones públicas debido al fenómeno de la liberalización³¹. Cuestión que no es baladí ya que se ignora si este proceso ha concluido y se desconoce su alcance real.

Los orígenes de la regulación de la función pública europea se sitúan en el Estatuto de funcionarios de la CECA que fue aprobado el 28 de enero de 1956 y entró en vigor el 1 de julio, así como en el Estatuto de funcionarios de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica que se aprobó el 18 de diciembre de 1961. Ambas normas fueron derogadas por el Reglamento nº 259/68 del Consejo de fecha 29 de febrero de 1968, el cual establece el Estatuto de funcionarios de la Unión Europea, cuya importancia radica en que es el texto vigente.

El derecho de la función pública europea se encuentra sometido a una serie de principios cuyo objetivo fundamental es garantizar la legalidad de su actuación ante los ciudadanos. Además, estos principios también son importantes por el hecho de que sirven de guía a los estados miembros de la Unión Europea a la hora de regular cuestiones relativas a sus respectivas funciones públicas. Del mismo modo,

³¹ Vid. MONTERO PASCUAL, Juan José. "Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 19.

son innegables las contribuciones de los países miembros a la formación de esta rama del derecho³².

Así, el principio de igualdad se recoge en distintas vertientes que van desde su carácter general de norma jurídica superior hasta la igualdad en las retribuciones. Sin embargo, la jurisprudencia admite la posibilidad de la existencia de una discriminación que pueda estar justificada.

El principio de proporcionalidad alude a que los actos de la administración europea para alcanzar el fin pretendido no deben sobrepasar los límites de lo apropiado y necesario. Es por ello que cuando existe la posibilidad de elegir entre diversas medidas apropiadas, habrá de optarse por la menos traumática.

El respeto de los derechos adquiridos significa que la derogación con efecto retroactivo de una disposición legal que haya conferido derechos subjetivos o ventajas similares, es contraria a los principios generales del derecho.

El derecho de defensa se materializa en una serie de garantías en el marco del procedimiento sancionador, si bien no limitan su ámbito de actuación a éste. Entre las mismas se encuentran la existencia de un plazo razonable para preparar la defensa, el conocimiento exacto de los hechos y circunstancias que hubieran sido cometidos o la asistencia de abogado.

El principio de protección de la confianza legítima pretende proteger a cualquier particular frente a los cambios bruscos en el seno de una administración, la cual le ha hecho concebir esperanzas fundadas, seguridades concretas o garantías precisas. La confianza entre el particular y la administración debe ser recíproca para un buen funcionamiento de la administración pública.

El principio de seguridad jurídica exige que todo acto administrativo que produzca actos jurídicos debe ser claro y su notificado, de ahí que este principio entronque con el principio de legalidad y con la publicación de las normas.

El principio de buena administración impone una serie de actuaciones tendentes a aplicar una norma diligentemente, lo que es compatible con ponderar la situación particular con el interés general. De hecho, también se le conoce como principio de sana gestión.

El Estatuto vigente de 1968 se ha adaptado a las transformaciones que se han ido produciendo en la órbita de la función pública europea, siendo reformado mediante Reglamento nº 723/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas.

Esta norma se sujeta a los principios de mérito³³ y de carrera. A éstos se une la creación de la Oficina de Selección del Personal de las Comunidades Europeas, que es un órgano interinstitucional especializado en la función pública; así como el

³² Vid. FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. "Derecho Administrativo Europeo", Ed. Civitas, Pamplona, 2014, pp. 289-322.

³³ Vid. Preámbulo del Estatuto de 22 de marzo de 2004: "Se ha hecho patente la necesidad de consolidar el principio de carrera profesional basada en el mérito, vinculando más estrechamente rendimiento y retribución mediante una mayor incentivación del rendimiento profesional a través de la introducción de cambios estructurales en el sistema de carreras, y garantizando al mismo tiempo la equivalencia de los perfiles de carrera medios entre la antigua y la nueva estructura, en consonancia con el cuadro de efectivos y en el respeto de la disciplina presupuestaria".

elevado nivel de exigencia para acceder y ascender en la función pública de la Unión Europea. Todo ello confluye en un sistema moderno y eficaz que tampoco está exento de problemas, como los derivados del hecho de que no exista un reconocimiento expreso del derecho de huelga a pesar de que se reconoce el derecho de asociación de los funcionarios.

5. Situación actual

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado³⁴, pretendió recoger en un único texto legal los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público. No obstante, la reforma mermó las competencias del estado en materia de función pública en favor de las comunidades autónomas.

Esta norma contiene una serie de previsiones en las que no se fija un marco común de actuación, por lo que se desvirtúa la vocación unificadora que ésta propugnaba a pesar de ser legislada como una norma básica y provocando desigualdades entre los funcionarios en función de la administración para la que trabajen.

Este Estatuto Básico del Empleado Público del año 2007 trató de solucionar problemas que venía lastrando la función pública durante su historia, pero el resultado no solo fue el esperado, sino que surgieron nuevos problemas y coyunturas que ponen de manifiesto la necesidad de dictar una norma realmente efectiva y común para todos los funcionarios al servicio de los poderes públicos.

Una de las cuestiones que más controversias suscitan en la actualidad es el número de empleados públicos y su distribución. Es evidente que existen, de una parte, administraciones públicas en las que hace falta personal y, por otra parte, administraciones públicas en las que sobra. La solución parece sencilla, recolocar los empleados públicos prescindibles en puestos de trabajo donde son necesarios, pero esta posibilidad se antoja imposible por varias razones, siendo la más importante la imposibilidad de encontrar una figura homogénea de funcionario que pueda trabajar en cualquier lugar de la administración pública.

En los últimos años se está planteando en nuestro país un proceso de reducción de funcionarios gracias a la amortización de plazas, al no cubrirse las vacantes que van quedando en las distintas administraciones. Se están dando pasos encaminados a reducir personal con contrato laboral fijo, tal y como tipifica la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral³⁵.

Esta norma enlaza con uno de los problemas más importantes que ha tenido la función pública a lo largo de los últimos años y que consiste en el fenómeno de la laboralización de la función pública. El Estatuto Básico del Empleado de 2007 intentó atajar esta situación pero se limitó a la invención del término "empleado público".

Sin embargo, pervive un problema histórico de la función pública de proyección mundial y que los sucesivos estatutos españoles trataron de paliar. El *spoils system* lleva décadas conculcando los principios de mérito y de capacidad a

³⁴ Vid. Artículo 1.1: "El presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación".

³⁵ Vid. Disposición adicional vigésima.

pesar de los intentos de distintos legisladores por terminar con tan perniciosa práctica.

Estos principios llevan instaurados en nuestro país desde tiempos inmemoriales pero desde el siglo XIX siempre han existido formas legales que los han pervertido. Esto entronca con la idiosincrasia y la historia de nuestro país, pues la permanencia de este sistema que atenta contra la igualdad es fruto de fenómenos tan dispares como la politización de la función pública o la ausencia de una regulación eficiente que delimite esta materia y evite subterfugios legales que atentan contra nuestros principios constitucionales³⁶.

El *spoils system* se manifiesta actualmente en que muchos ámbitos de la función pública son dirigidos por personas nombradas y removidas discrecionalmente en función de motivos políticos. También se aprecian vestigios del sistema de botín en el personal eventual.

Sin embargo, los problemas de la función pública también surgen en la jurisdicción contencioso-administrativa. Buena muestra de ello lo da la aplicación a la hora de establecer la competencia de los juzgados y tribunales de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Resulta problemático el tratamiento dispar que la Ley da a cuestiones de personal, y en especial a las más graves y trascendentes, las cuales afectan al nacimiento y extinción de la condición de funcionario público de carrera.

La competencia de esta materia está atribuida a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, lo que supone la ausencia de una doble instancia procesal, lo que parece ilógico para este tipo de cuestiones máxime cuando para las menos relevantes sí se admite la segunda instancia³⁷.

Esta situación procesal pone de manifiesto la necesidad de una reforma integral del sistema de función pública que sea capaz de solucionar de una vez los problemas históricos que lleva arrastrando nuestro país y pueda hacer frente a los contratiempos que vayan surgiendo.

El Estatuto Básico del Empleado Público del año 2007 ha fracasado en sus contenidos y en su ámbito de aplicación, ya que muchas de sus disposiciones no han podido ser desarrolladas. El Estatuto de Bravo Murillo de 1852 fue concebido en una época donde la inestabilidad política era la nota dominante. Los posteriores estatutos también fueron alumbrados en momentos históricos complejos. De ahí que puedan entenderse sus errores o sus períodos de vigencia, que lo mismo eran breves o muy amplios, provocando en este supuesto de larga duración una distorsión de la norma porque en algunos casos albergaba una regulación paralela y en otros un silencio legislativo que impedía ir adaptándola a las necesidades surgidas con el paso del tiempo.

Lo afirmado para estos Estatutos Generales históricos difícilmente se puede adaptar a la realidad de un país que lleva unas décadas anclado en una democracia con gobiernos estables y con una Constitución de la que apenas se discute. Por lo

³⁶ Vid. FUENTETAJA PASTOR, J. "Regulación, organización y gestión del empleo público en tiempos de crisis", en VV.AA (GONZÁLEZ RABANAL, M. coord.), Organización y gestión pública eficiente ante la crisis, Ed. Universitas, Madrid, 2013, pp. 193-213.

³⁷ Vid. RUIZ RISUEÑO, Francisco. "El proceso contencioso-administrativo", Ed. Colex, Madrid, 9ª ed., 2012, pp. 176-178.

tanto, es inconcebible que se vuelva a promulgar una norma como el Estatuto Básico del Empleado Público del año 2007, que además de no resolver una buena parte de los problemas, los ha creado, suponiendo un retroceso sin precedentes en nuestra historia reciente.

Debe discutirse la forma más adecuada de reformar la función pública española. Para ello se deberá decidir entre tomar como referencia un modelo concreto de función pública, uno que recoja varios referentes o no elegir ninguna de las opciones anteriores, innovando en la elaboración de esta rama del derecho, lo que podría traer entre otras consecuencias la reestructuración de todo el sistema de función pública.

En todo caso, lo que sí se puede constatar es que sobre esta materia seguirán operando, en mayor o menor medida, diversas legislaciones fruto del reparto competencial entre el estado, las comunidades autónomas y la Unión Europea. Por ello es de justicia reconocer la dificultad de legislar en esta situación.

Lo que sí urge, sobre todo en el ámbito nacional, es regular correctamente todas las disposiciones que se refieran a los principios de mérito y de capacidad para evitar que éstos sigan siendo incumplidos sistemáticamente, lo que sin duda redundará en el buen funcionamiento de las administraciones públicas. Quizá sería un buen comienzo para reformular el derecho de la función pública y para uniformizar todos aquellos derechos sobre los que esta rama tiene influencia.

6. Bibliografía

ABARCA JUNCO, Ana Paloma; ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MARTÍN DÉGANO, Isidoro; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. "El extranjero en el Derecho español", Ed. Dykinson, 2012.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio; REVIRIEGO PICÓN, Fernando; SALVADOR MARTÍNEZ, María. "Derecho Político Español según la Constitución de 1978, Vol I: Constitución y fuentes del Derecho", Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 5ª ed., 2011.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. "Derecho Administrativo Europeo", Ed. Civitas, Pamplona, 2014.

GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, María Victoria. "Derechos y libertades en la Constitución Española de 1978", Ed. Sanz y Torres, Madrid, 2011.

GONZÁLEZ RABANAL, Miryam de la Concepción. "Organización y gestión pública eficiente ante la crisis, Ed. Universitas", Madrid, 2013.

MONTERO PASCUAL, Juan José. "Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón y FUENTETAJA PASTOR, Jesús. "Derecho de la Función Pública", Ed. Open Ediciones Universitarias, 2013.

RUIZ RISUEÑO, Francisco. "El proceso contencioso-administrativo", Ed. Colex, Madrid, 9ª ed., 2012.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José. "Historia del derecho I. Instituciones político-administrativas", Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

COMENTARIOS
DE
SENTENCIAS

LA CONSIDERACIÓN DE LOS ENLACES COMO ACTOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 en el asunto C-466/12 [Caso Svensson]).

JAVIER TORRES LÓPEZ

Licenciado en Derecho

Máster en Propiedad Intelectual, Industrial y Nuevas Tecnologías

Universidad Autónoma de Madrid.

Sumario: 1. Hechos. 2. Fundamentos de Derecho. 3. Comentario 4. Bibliografía.

Resumen: El TJUE emitió el pasado 13 de febrero de 2014 la sentencia en el asunto Svensson, en la que acepta que el establecimiento de un enlace en Internet sobre los que se puede pulsar y que conduzca a obras protegidas que se encuentran disponibles libremente en otro sitio web supone un acto de puesta a disposición del público, derecho reconocido en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (DASSI). El TJUE considera que el facilitar enlaces que conducen a obras protegidas debe calificarse como un acto de puesta a disposición si bien, matiza, es necesario que dicha comunicación se dirija a un público nuevo, esto es, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial.

Palabras clave: Enlaces, comunicación pública, puesta a disposición del público, propiedad intelectual.

Abstract: The Court of Justice of the European Union, in its judgment of 13 February 2014, accepts that the provision of hyperlink on the Internet of clickable links to works freely available on another website constitute an act of communication to the public, according to Article 3 (1) of Directive 2001/29 EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. The EUCJ judge provide links to protected works available must be interpreted as an act of communication to the public, but is necessary that a communication must also be directed at a new public, that is to say, at a public that was not taken into account by the copyright holders when authorised the initial communication to the public.

Key words: Links, communication to the public, making available to the public, copyright.

1. Hechos.

El litigio que origina el pronunciamiento del TJUE surge a raíz de la demanda interpuesta por un grupo de periodistas del diario Göteborgs-Posten donde

publicaban artículos de prensa, tanto en versión impresa como digital, pudiendo consultar los citados artículos libremente en el sitio web que el periódico tiene en Internet. La parte demandada, Retriever Sverige, gestiona una página de Internet que facilita a sus suscriptores listas de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a los artículos realizados por los demandantes y publicados en la web del diario. Los demandantes presentaron una demanda contra Retriever Sverige ante el Tribunal de Primera Instancia de Estocolmo (Suecia), alegando que la sociedad demandada había vulnerado su derecho exclusivo a poner a disposición del público las obras al no contar con autorización alguna para la explotación de los artículos alojados en el sitio web principal.

El Tribunal de Primera Instancia de Estocolmo falló en favor de los demandados mediante sentencia de 11 de junio de 2010. Los demandantes apelaron la sentencia ante el Tribunal de apelación de Svea (Suecia). En el recurso de apelación los demandantes alegan que la actividad enjuiciada vulnera su derecho de puesta a disposición del público ya que gracias a los servicios ofertados por Retriever Sverige los clientes de ésta podían acceder a sus obras. Por su parte, Retriever Sverige defiende que elaborar listas de enlaces de Internet que redirijan hacia obras puestas a disposición del público en otros sitios web de Internet no vulnera los derechos de autor de los demandantes. Defiende la demandada que la actividad realizada no supone una transmisión de obras protegidas por derechos de autor, ya que la actividad llevada a cabo por la misma se limita a indicar a los suscriptores las páginas web donde se alojaban los contenidos que les interesan.

El Tribunal de Svea decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE cuatro cuestiones prejudiciales en los siguientes términos:

- 1) Si una persona distinta del titular del derecho de propiedad intelectual de una determinada obra ofrece en su página de Internet un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a esa obra, ¿realiza una comunicación al público de esa obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva [2001/29]?
- 2) ¿Influye en la apreciación de la primera cuestión que la obra a la que conduce el enlace se encuentre en una página de Internet a la que puede acceder cualquier persona sin restricciones o cuyo acceso esté limitado de algún modo?
- 3) A la hora de apreciar la primera cuestión, ¿debe realizarse una distinción según que la obra, una vez que el usuario ha pulsado sobre el enlace, se presente en otra página de Internet o se presente de modo que parezca que se encuentra en la misma página de Internet?
- 4) ¿Están facultados los Estados miembros para otorgar al autor una protección más amplia de su derecho exclusivo permitiendo que la comunicación al público comprenda más actos que los derivados del artículo 3, apartado 1, de la Directiva [2001/29]?

Las cuestiones prejudiciales fueron planteadas por el Tribunal de apelación de Svea el 18 de septiembre de 2012 y recibidas por el TJUE el 18 de octubre de 2012. Presentaron observaciones las partes en el procedimiento principal, los gobiernos francés, italiano, británico y la Comisión Europea, fijándose la vista oral el 7 de noviembre de 2013. Como particularidad, el Tribunal decidió que el asunto se juzgara sin las conclusiones del Abogado General¹.

¹ Esta posibilidad se encuentra recogida en el art. 20.V del Estatuto del TJUE el cual recoge que "si considera que el asunto no plantea ninguna cuestión de derecho nueva, el Tribunal

2. Fundamentos de derecho

El Tribunal decide en su sentencia acumular las tres primeras cuestiones prejudiciales que se le plantean. Para dar respuesta a dichas cuestiones, el TJUE recuerda que el concepto de comunicación al público implica la existencia de dos elementos acumulativos: la comunicación de la obra y que dicha comunicación se realice a un público.

En referencia al primero de los elementos, la existencia de un acto de comunicación, señala que el concepto debe interpretarse de manera extensiva con el objetivo de garantizar la protección de los derechos de los titulares. La existencia de un acto de comunicación se produce siempre que la obra se pone a disposición de un público pudiendo éste acceder a la obra, sin necesidad de que dichas personas hagan uso o no de dicha posibilidad. En definitiva, facilitar enlaces sobre los que se pueda pulsar y que conduzcan a obras protegidas por derechos de autor es una actividad que debe ser calificada de "puesta a disposición", en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

En cuanto al segundo de los elementos, la existencia de un público, éste debe referirse a un número indeterminado de destinatarios potenciales y, además, un número considerable de personas. En el litigio el Tribunal determina que la actividad llevada a cabo por el enlazador se dirige a un conjunto de usuarios potenciales de la página en la que se ubican los enlaces, suponiendo éstos un número indeterminado y considerable de destinatarios. No obstante, matiza el Tribunal, la comunicación debe dirigirse a un público nuevo, a un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público. En el asunto objeto de litigio se llega a la conclusión de que la puesta a disposición de las obras mediante el establecimiento de enlaces no conducen a comunicar la obra a un público nuevo, debido a que el público destinatario de la página que proporciona los enlaces son, a su vez, destinatarios potenciales de la comunicación inicial al no contar el acceso a las obras con ninguna medida restrictiva y formar, por tanto, parte del público tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando éstos autorizaron la comunicación inicial. *A sensu contrario*, en caso de que la activación del enlace permitiera a los usuarios eludir las medidas de restricción empleadas para controlar el acceso a la obra, habría que considerar que el conjunto de esos usuarios es un público nuevo que no fue tomado en consideración por los titulares de derechos cuando autorizaron la comunicación inicial, de modo que sería exigible una nueva autorización para comunicar la obra.

Se concluye que, en el litigio, la actividad de enlazar aún siendo un acto de puesta a disposición no está sujeta a autorización de los titulares de derechos al no estar dirigida esta nueva comunicación pública a un público nuevo. Dicha conclusión no se vería afectada por el hecho de que la obra apareciera como elemento original de la página donde se ubica el enlace cuando en realidad dicha obra procede de un tercer sitio web.

de Justicia podrá decidir, oído el Abogado General, que el asunto sea juzgado sin conclusiones del Abogado General".

En cuanto a la cuarta cuestión prejudicial el TJUE responde en el sentido de que un Estado miembro no tiene la facultad de incluir en el concepto de comunicación al público nuevos actos distintos a los previstos en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, ya que de lo contrario surgirían disparidades legislativas y, por ende, inseguridad jurídica, repercutiendo negativamente en el funcionamiento del mercado interior. Dicho planteamiento del Tribunal no puede ser rebatido pretendiendo la aplicación del artículo 20 del Convenio de Berna², pues ello sería contrario al Derecho de la Unión³.

3. Comentario

El pronunciamiento del TJUE determinando que el establecimiento de enlaces debe ser considerado como un acto de comunicación al público siempre que comunique la obra a un público nuevo supone un replanteamiento del debate sostenido en España sobre dicha cuestión. Hasta la publicación de la sentencia que ahora se comenta las Audiencias Provinciales habían considerado de forma mayoritaria que el establecimiento de enlaces no vulneraban directamente derechos de propiedad intelectual⁴. En cambio la doctrina se encuentra dividida y considera la actividad de enlazamiento según el tipo de enlace de que se trate. A este respecto, la sentencia del TJUE, que aborda el problema de los enlaces de superficie o simples⁵, no se ocupa de resolver si los restantes tipos de enlaces también deben ser considerados actos de comunicación pública. Parte de la doctrina considera que los enlaces de superficie o simples, aquéllos que redirigen a la página principal de un sitio web, no vulneran derechos de propiedad intelectual ya que como defiende GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ⁶, un enlace de superficie es una simple dirección URL,

² Según el artículo 20 del Convenio de Berna "los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio".

³ Acerca del grado de armonización europea del derecho de comunicación pública y, dentro de éste, de la facultad de puesta a disposición del público, Vid. MINERO ALEJANDRE, G, "Are hyperlinks covered by the right to communicate works to the public? The Svensson Case", *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2014, Vol. 4(4).

⁴ En este sentido, y entre otras, la SAP Barcelona, Sección 15^o, de 7 de julio de 2011 señaló que "[...] el titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos. Por supuesto que no realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link, a ofrecer un enlace, a través del cual, eso sí, se podrá llevar a cabo un posterior acto de comunicación pública del archivo compartido. Pero el ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la "puesta a disposición" en que consiste la actividad tipificada en la letra i) del art. 20.2 TRLI como acto de comunicación pública"

⁵ RAMÍREZ SILVA, P, "Web de enlaces y propiedad intelectual", *In Dret*, 2012, define los enlaces simples o enlaces HREF como "aquellos links que, una vez activados por los usuarios, redirigen a éstos a un lugar determinado de la World Wide Web".

⁶ Vid. GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I, *El derecho de autor en internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, 2^o ed, Comares, Granada. 2003.

un mero dato fáctico que no realiza ningún acto de comunicación pública, ya que al activarlo no conduce a la obra o prestación protegida, sino a la página inicial de un sitio web⁷. Sin embargo, el TJUE enjuicia un supuesto de hecho donde los demandados utilizaban enlaces profundos, esto es, enlaces que redirigen a contenidos que se hallan puestos a disposición del público en páginas, servidores o en equipos de terceros. En este tipo de enlaces la explotación de derechos de propiedad intelectual se hace más evidente ya que no se dirigen a una página inicial (*home*) sino a los propios contenidos protegidos⁸. No debe merecer la misma calificación jurídica el acto de redirigir hacia una página web donde se albergan obras y prestaciones que redirigir hacia determinadas obras y prestaciones albergadas en un sitio web⁹. No parece haber problemas en admitir que facilitar un enlace que dirija al usuario a la página inicial del sitio web de Göteborgs-Posten no vulneraría los derechos de los periodistas, aplicando la doctrina de la licencia implícita. En cambio, dicho principio no ampararía la posibilidad de establecer un enlace que, como en el supuesto comentado, redirige directamente al sitio web donde se alojan los artículos periodísticos.

El requisito de que el nuevo acto de comunicación pública deba dirigirse a un público nuevo en el sentido de que dicho público no fue tomado en consideración por los titulares de derechos en la comunicación inicial supone, en la práctica, una enorme inseguridad jurídica para los responsables del establecimiento de enlaces. En el parágrafo 31 el TJUE intenta delimitar el concepto de público nuevo cuando considera que dicha situación se produce al eludir medidas tecnológicas, cuando la obra ya no está a disposición del público en el sitio web donde ésta fue comunicada

⁷ Siguen la misma línea, CASAS VALLÉS Y XALABARDER PLANTADA, Principios de Derecho de la Sociedad de la Información, 1º ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, quienes consideran que *"en principio, el simple acto de establecer un enlace en una página web no afecta a ningún derecho de autor en concreto: no se genera ninguna copia de la obra/página original enlazada, ni tampoco se comunica al público; simplemente se copia su dirección URL. Así pues, quien estaría realizando copias no es quien establece el enlace y lo coloca en su página, sino quien lo activa (quien lo utiliza: al entrar en la página web, hacer clic sobre el enlace y descargar el contenido enlazado)"*.

⁸ A favor, el Comité Ejecutivo de la ALAI en su "Dictamen relativo a la puesta a disposición y comunicación al público en el entorno de internet -análisis de las técnicas de enlaces usadas en internet-", de 16 de septiembre de 2013, que estima que *"los enlaces que conducen directamente a un contenido protegido concreto por medio de su URL exclusiva, normalmente se engloban en el marco de una utilización sujeta a las normas que rigen el derecho de autor. El acto de establecimiento de un enlace de este tipo supone, por tanto, una puesta a disposición"*. En contra, PEGUERA POCH, "Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas", *pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 42 (septiembre/diciembre 2012), quien defiende que *"quien se limita a ofrecer un enlace no dispone de la obra, de modo que difícilmente puede entenderse que la pone a disposición del público"*.

⁹ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R, "La provisión de enlaces en internet y el derecho de puesta a disposición del público", *pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 46 (enero/abril 2014).

inicialmente o cuando ya sólo lo está para un público limitado¹⁰. El TJUE confiere valor al hecho de que la voluntad del titular haya dejado de hacer accesible la obra desde la página web original, que haya decidido ofrecer la obra únicamente a abonados o suscriptores o, en definitiva, que la voluntad inicial del titular del derecho haya sido limitar el acceso a la obra a través de medidas tecnológicas¹¹. A la misma conclusión se debería llegar cuando lo que se enlaza es una obra que fue puesta a disposición del público originariamente sin la autorización del titular. En definitiva, el pronunciamiento del TJUE sugiere implícitamente que el responsable de establecer enlaces deberá comprobar con anterioridad la licitud del contenido enlazado¹². Así, algún autor como SÁNCHEZ ARISTI parece querer establecer la presunción de que cuando el enlace se dirija a un emplazamiento distinto del sitio de internet donde la obra haya sido puesta a disposición del público con permiso del titular, deberá entenderse que la misma ha sido ubicada en este nuevo emplazamiento sin permiso del titular¹³. Dicha interpretación de la sentencia, en mi opinión extensiva con el derecho de puesta a disposición de los titulares, puede explicar que el párrafo 29 del pronunciamiento del TJUE no varíe su doctrina cuando los internautas pulsan sobre el enlace y la obra aparece dando la impresión de que se muestra en la página en la que se encuentra el enlace mientras que dicha obra procede en realidad de otra página, sin perjuicio de las posibles consecuencias derivadas de la normativa de competencia desleal.

La presunción apuntada choca con la regla de exclusión de responsabilidad establecida en el artículo 17 LSSI¹⁴. En virtud del artículo 17 LSSI el prestador de servicios no tiene un deber general de vigilancia. Su responsabilidad únicamente nace cuando tiene conocimiento efectivo de que la obra a la que se enlaza desde su sitio web vulnera derechos de propiedad intelectual, es decir, cuando el titular de los derechos requiere al prestador de servicios la retirada de los enlaces que redirigen a obras ilícitamente puestas a disposición del público en otra página web.

¹⁰ El Dictamen del Comité Ejecutivo de la ALAI había apuntado con anterioridad a la publicación de la sentencia que *"el establecimiento de un enlace será ilegal cuando i) el contenido haya sido puesto a disposición sin consentimiento del autor, o ii) se hayan eludido medidas tecnológicas de protección, o iii) la disponibilidad del contenido choque de cualquier otra forma con la voluntad declarada o claramente implícita del titular de derechos"*.

¹¹ Debe tenerse en consideración que la elusión de medidas tecnológicas no sólo infringen el derecho de puesta a disposición del público a tenor de lo dispuesto en la sentencia Svensson sino que supone, adicionalmente, la conculcación del artículo 160 de nuestra LPI.

¹² Vid. MINERO ALEJANDRE, G, "Are hyperlinks covered by the right to communicate works to the public? The Svensson Case", cit., y RAMOS GIL DE LA HAZA, A "www.interiuris.com", 13 de febrero de 2014.

¹³ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R, "La provisión de enlaces en internet y el derecho de puesta a disposición del público", cit.

¹⁴ Artículo 17 LSSI: *"Los prestadores de servicios de la sociedad de información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:*

a. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b. Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente [...]".

Es entonces cuando se tendría acción directa contra el administrador de la web que suministra los enlaces, por sí o mediante un tercero, si no procede a la retirada de los enlaces indicados por el titular a la mayor brevedad posible. Por ello, se ha defendido por parte de la doctrina que aquellas webs que proporcionan listados ordenados y sistemáticos de enlaces profundos a obras que han sido puestas a disposición del público de manera notoriamente ilícita por terceros no podrán acogerse a la exención de responsabilidad preceptuada en el artículo 17 LSSI al tener conocimiento efectivo de de la actividad desarrollada en sus sitios webs.

La jurisprudencia del TS¹⁵ ha ampliado considerablemente el concepto de conocimiento efectivo estableciendo que el prestador de servicios no sólo tiene conocimiento efectivo de la ilicitud cuando recae una resolución judicial o administrativa que así lo declara, tal y como se dispone del artículo 17 LSSI, sino que puede tenerlo también cuando la ilicitud es evidente por sí misma o ha existido una notificación fehaciente y fundamentada de la parte afectada.

Desarrollando la doctrina emanada por la sentencia que ahora se comenta, el TJUE dio a conocer el pasado 21 de octubre de 2014 el auto¹⁶ que resolvía la cuestión prejudicial planteada por el TS alemán en el caso BestWater (asunto C-348/13), en la que se cuestionaba al TJUE si la inclusión en una página web propia de una obra ajena puesta a disposición del público en una web ajena, constituye una comunicación al público en el sentido del artículo 3.1 DDASI, aunque la obra ajena no se comunique a un público nuevo y la comunicación no se produzca utilizando un medio técnico específico diferente del de la comunicación de origen. El TJUE reitera la doctrina apuntada en el asunto Svensson al concluir que el hecho de que una obra protegida por derechos de autor y libremente accesible en una página web sea insertada en otro sitio web por medio de un enlace que emplea la técnica de la transclusión¹⁷ no supone un acto de comunicación pública en la medida en que la obra ni se transmite a un público nuevo ni se comunica utilizando una técnica específica diferente de la utilizada en la comunicación original.

4. Bibliografía

COMITÉ EJECUTIVO DE LA ALAI, "Dictamen relativo a la puesta a disposición y comunicación al público en el entorno de internet -análisis de las técnicas de enlaces usadas en internet-", de 16 de septiembre de 2013.

¹⁵ Vid. STS, Sala de lo Civil, Sección 1^o, de 9 de diciembre de 2009 y STS, Sala de lo Civil, Sección 1^o, de 18 de mayo de 2010.

¹⁶ En el párrafo 12 del citado auto se recuerda que el artículo 99 del Reglamento de procedimiento del TJUE se establece que cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.

¹⁷ El TJUE, en el párrafo 17 del citado auto, define la técnica de la transclusión como aquella consistente en dividir una página de Internet en varios marcos y en incluir en uno de ellos, por medio de un enlace "incorporado" ("inline linking"), un elemento proveniente de otra página, con la finalidad de disimular para los usuarios de esta página el entorno de origen al que pertenece ese elemento.

- GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I, *El derecho de autor en internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, 2º ed, Comares, Granada, 2003.
- MAEZTU, D, "www.derechoynormas.blogspot.com", 13 de febrero de 2014.
- MINERO ALEJANDRE, G, "Are hyperlinks covered by the right to communicate works to the public? The Svensson Case", *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2014, Vol. 4(4).
- PEGUERA POCH, "Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas", *pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 42 (septiembre/diciembre 2012).
- RAMÍREZ SILVA, P, "Webs de enlaces y propiedad intelectual", *In Dret*, Abril, 2012.
- RAMÍREZ SILVA, P, "Los enlaces en Europa", *In Dret*, Abril, 2013.
- RAMOS GIL DE LA HAZA, A "www.interiuris.com", 13 de febrero de 2014.
- SÁNCHEZ ARISTI, R, "La provisión de enlaces en internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 en el Asunto C-466/ [Caso Svensson]", *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 46 (enero/abril 2014).