

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

# REGAP

30

XUNTA DE GALICIA





**30**

XANEIRO - ABRIL  
2002

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**REGAP**



REGAP: Revista Galega de Administración Pública.- Nº. 0 (1992) -  
Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1992-  
v.; 24 cm.  
ISSN:1132-8371  
Depósito legal: C-1.596-91



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Edita:* ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
Rúa de Madrid, 2 - 4. Polígono das Fontiñas  
15707 Santiago de Compostela  
Tel.: 981 54 60 40 / Telefax: 981 54 63 37  
E-mail: manuel.brana.gutierrez@xunta.es

*Traducción e supervisión lingüística:* Lidia Fernández Pastoriza  
Raquel Rodríguez Parada

*Deseño gráfico:* uqui lllll cebra

*Imprime:* Valladares

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuatrimestral.

Solicitud de subscricións á EDITORIAL GALAXIA.

A Escola Galega de Administración Pública non se identifica  
necesariamente cos xuízos dos autores dos artigos que aparezan nesta revista.



# REGAP

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



## **DIRECTOR**

**Domingo Bello Janeiro**

*Director da EGAP*

## **SECRETARÍA TÉCNICA**

**José Luís Mínguez Goyanes**

*Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia*

## **CONSELLO**

**José Antonio Álvarez Vidal**

*Secretario xeral da Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agrarialimentaria*

**Francisco Javier Castiñeira Izquierdo**

*Secretario de Administración local*

**José Ramón Cólera Leirado**

*Letrado maior do Parlamento de Galicia*

**María Victoria Dios Vieitez**

*Profesora titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña*

**Andrés Faiña Medín**

*Catedrática de economía aplicada da Universidade da Coruña*

**Luciano Fariña Busto**

*Conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia*

**Manuel Fernández Areal**

*Catedrático emérito de periodismo*

**Alejandro Fernández Barreiro**

*Catedrático de dereito romano da Universidade da Coruña*

**Eduardo Freire Pousa**

*Oficial de Administración de Xustiza de Galicia*

**José Antonio García Caridad**

*Presidente do Consello Consultivo de Galicia*

**Ramón García-Malvar y Mariño**

*Fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia*

**Pablo González Mariñas**

*Profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela*

**Vicente González Radío**

*Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña*

**José Carlos López Corral**

*Letrado da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia*

**Xosé López García**

*Decano da Facultade de Ciencias da Información da Universidade de Santiago de Compostela*

**Fernando José Lorenzo Merino**

*Catedrático de dereito civil da Universidade de Vigo*

**Jesús Martínez Girón**

*Catedrático de dereito do traballo da Universidade da Coruña*

**Juan Jesús Raposo Arceo**

*Profesor da Universidade Nacional de Educación a Distancia*

**Luís Rodríguez-Ennes**

*Catedrático de dereito romano da Universidade de Vigo*

**Juan Rodríguez Yuste**

*Conselleiro de Industria e Comercio*

**Antonio Romero Lorenzo**

*Maxistrado xuíz decano de Vigo*

**Alfonso Rueda de Valenzuela**

*Director xeral de Administración local*

**Luís Ramón Sotelo López**

*Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia*

**Jesús Souto Prieto**

*Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia*

**Javier Suárez García**

*Director xeral da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia*

**Jesús Vázquez San Luís**

*Secretario xeral da Consellería de Industria e Comercio*

**Javier de Vicente Remesal**

*Vicerrector de profesorado da Universidade de Vigo*

**José Vilas Nogueira**

*Catedrático de ciencia política e da administración da Universidade de Santiago de Compostela*

**Perfecto Yebra Martul-Ortega**

*Catedrático de dereito financeiro da Universidade de Santiago de Compostela*

# SUMMARY

## STUDIES

<b>Pedro Mercado Pacheco</b>	The theoretical construction of the economical analysis of Law _____	15
<b>Pedro Rabanal Carbajo</b>	Unemployment reforms _____	45
<b>Prudencio Viveiro Mogo</b>	The Sub-Delegation of Promotion in the province of Lugo: José M <sup>a</sup> Moscoso de Altamira, 1833-1834 _____	97
<b>Miguel Anxo Bastos Boubeta</b>	Considerations from the perspective of administration science on the new production techniques of administrative rules _____	129

## NOTES AND COMMENTS

<b>Jesús Martínez Girón</b>	Guidelines of the «Agreement for the improvement and development of the social welfare system», April 2001 _____	145
<b>Javier Gárate Castro</b>	Changes on the regime of death and surviving dependants' benefits: widow's / widower's pension and orphan's allowance _____	157
<b>Fernando Adolfo de Abel Vilela</b>	Judgements of the Italian Constitutional Court with regard to broadcasting in the 80's: chronicle of a liberalisation process _____	169

## JURISPRUDENCE

<b>Almudena Fernández Carballal</b>	Inter-administrative licences versus «para-urban development powers»: in relation to the current Article 244.2 of TRLS, 1992 _____	193
-------------------------------------	--	-----

# SUMARIO

## ESTUDIOS

<b>Pedro Mercado Pacheco</b>	La construcción teórica del análisis económico del Derecho	15
<b>Pedro Rabanal Carbajo</b>	Las reformas en materia de desempleo	45
<b>Prudencio Viveiro Mogo</b>	A Subdelegación de Fomento na provincia de Lugo: José M <sup>a</sup> Moscoso de Altamira, 1833-1834	97
<b>Miguel Anxo Bastos Boubeta</b>	Consideracións dende a ciencia da administración sobre as novas técnicas de produción de normas administrativas	129

## NOTAS E COMENTARIOS

<b>Jesús Martínez Girón</b>	Orientaciones del «Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social» de abril de 2001	145
<b>Javier Gárate Castro</b>	Los cambios en el régimen de las prestaciones por muerte y supervivencia: viudedad y orfandad	157
<b>Fernando Adolfo de Abel Vilela</b>	As decisións da Corte Constitucional italiana en materia radiotelevisiva na década dos 80: crónica dun proceso de liberalización	169

## JURISPRUDENCIA

<b>Almudena Fernández Carballal</b>	Licencias interadministrativas <i>versus</i> «competencia paraurbanística»: a propósito do vixente art. 244.2 do TRLS de 1992	193
-------------------------------------	---	-----



## PARLIAMENTARY CHRONICLE

- 203 \_\_\_\_\_ New rules of the game in the search for political  
centrality in the Galician chamber **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

## ADMINISTRATIVE CHRONICLE

- 217 \_\_\_\_\_ Conference on journalism trends  
EGAP, 14<sup>th</sup> and 15<sup>th</sup> May, 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- 245 \_\_\_\_\_ Summer course on urban development aspects of tourism  
Sada (A Coruña), 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> July, 2001 **María del Carmen Silva López**
- 269 \_\_\_\_\_ Conference on domestic violence  
Sada (A Coruña), 23<sup>rd</sup> and 24<sup>th</sup> July, 2001 **Juan Manuel González Hiltner**
- 305 \_\_\_\_\_ Conference on the problems, in the local field,  
of mobile telephony facilities and other  
energy and telecommunications conductions  
EGAP, 20<sup>th</sup> and 21<sup>st</sup> November, 2001 **María del Carmen Silva López**

## BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- 335 \_\_\_\_\_ *Manual of administrative procedure, 2<sup>nd</sup> ed.*  
Jesús González Pérez  
Madrid, Civitas, 2002 **Pablo González Mariñas**
- 339 \_\_\_\_\_ *Right of petition. Comments on Organic  
Law 4/2001, of 12th November*  
Francisco González Navarro and José Francisco Alenza García  
Madrid, Civitas, 2002 **Marta García Pérez**
- 345 \_\_\_\_\_ *Communication channels of public  
administrations with citizens.*  
Manuel Beato Espejo  
Madrid, Tecnos, 2002 **Juan Manuel González Hiltner**
- 349 \_\_\_\_\_ *Fraud against Law*  
José Lois Estévez  
Madrid, Civitas, 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- 359 \_\_\_\_\_ *Environment Law institutions*  
Andrés Betancor Rodríguez  
Madrid, La Ley, 2001 **Juan José Pernas García**
- 365 \_\_\_\_\_ *Bankruptcy appeals, within the bankruptcy  
proceedings system: current law and reform*  
Rosario Escribano Gámir  
Madrid, Aranzadi, 2001 **Xosé Antón Barreiro Pereira**



## **C**RÓNICA PARLAMENTARIA

- 203 \_\_\_\_\_ Novas regras do xogo na procura da centralidade política na cámara galega **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

## **C**RÓNICA ADMINISTRATIVA

- 217 \_\_\_\_\_ Xornadas sobre tendencias no xornalismo  
EGAP, 14 e 15 de maio de 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- 245 \_\_\_\_\_ Curso de verán sobre aspectos urbanísticos do turismo  
Sada (A Coruña), 18 e 19 de xullo de 2001 **María del Carmen Silva López**
- 269 \_\_\_\_\_ Xornadas sobre violencia doméstica  
Sada (A Coruña), 23 e 24 de xullo de 2001 **Juan Manuel González Hiltner**
- 305 \_\_\_\_\_ Xornadas sobre a problemática no ámbito local das instalacións de telefonía móbil e doutras conductiones enerxéticas e de telecomunicacións  
EGAP, 20 e 21 de novembro de 2001 **María del Carmen Silva López**

## **B**IBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- 335 \_\_\_\_\_ *Manual de procedimiento administrativo, 2ª ed.*  
Jesús González Pérez  
Madrid, Civitas, 2002 **Pablo González Mariñas**
- 339 \_\_\_\_\_ *Derecho de petición. Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*  
Francisco González Navarro e José Francisco Alenza García  
Madrid, Civitas, 2002 **Marta García Pérez**
- 345 \_\_\_\_\_ *Cauces de comunicación de las Administraciones públicas con los ciudadanos*  
Manuel Beato Espejo  
Madrid, Tecnos, 2002 **Juan Manuel González Hiltner**
- 349 \_\_\_\_\_ *Fraude contra Derecho*  
José Lois Estévez  
Madrid, Civitas, 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- 359 \_\_\_\_\_ *Instituciones de Derecho Ambiental*  
Andrés Betancor Rodríguez  
Madrid, La Ley, 2001 **Juan José Pernas García**
- 365 \_\_\_\_\_ *Las acciones impugnatorias en la quiebra, en el marco del sistema concursal: derecho vigente y reforma*  
Rosario Escribano Gámir  
Madrid, Aranzadi, 2001 **Xosé Antón Barreiro Pereira**





**ESTUDIOS**



## LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

**Pedro Mercado Pacheco**

Profesor titular de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Granada

**H**ablar del Análisis Económico del Derecho hoy, creo que no es ya una moda, como pudo serlo en su momento. Paulatina y silenciosamente, casi sin estruendo, estudiosos y prácticos del derecho han tenido noticia o han llegado a adquirir un conocimiento, al menos a nivel general, de lo que es el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED). Como tal identificamos una corriente teórica surgida en los Estados Unidos y que tiene como característica definitoria la aplicación de las categorías, los instrumentos y el método de la ciencia económica en la explicación y evaluación de las instituciones del sistema jurídico. Hoy el AED se estudia como asignatura en muchos de los nuevos planes de estudios de las licenciaturas de derecho, económicas, empresariales, y proliferan en la formación de postgrado masters y cursos especializados sobre el tema. Y sin embargo, quizás sea más difícil hablar sobre el AED como movimiento teórico que hace diez años.

Definir hoy el AED es una labor de extrema dificultad, porque tras años de desarrollos, debates y críticas, en dicho movimiento se detectan tendencias, autores y perspectivas tanto metodológicas como ideológicas tan distintas que incluso cabría dudar de la utilidad de referirse a dicho movimiento y a todos sus desarrollos como algo homogéneo. No

obstante esa dificultad, es necesario al menos señalar cuáles sean los pilares básicos sobre los que se ha construido este peculiar enfoque económico del derecho, aunque este esfuerzo de presentación de sus tesis fundamentales implique sacrificar en esta exposición los detalles y matices de las numerosas y plurales aportaciones que se inscriben en este movimiento.

## I. Las tesis fundamentales del AED

El origen del AED se remonta a los años sesenta con la publicación de dos trabajos uno de R. Coase<sup>1</sup> sobre el problema del coste social y otro de G. Calabresi<sup>2</sup> sobre el derecho de la responsabilidad civil en los que ya estaban indicadas las principales ideas sobre las que después se desarrollaría el AED. Sin embargo, es a partir de la publicación de la obra de R. Posner, *Economic Analysis of Law* en 1973<sup>3</sup> y del debate teórico que surge en torno a él, cuando el AED adquiere carta de naturaleza como una corriente teórica institucionalizada en el panorama de la teoría jurídica contemporánea americana y europea<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> R. COASE, «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1 y ss.

<sup>2</sup> G. CALABRESI, «Some thoughts on Risk Distribution and the law of Torts», *Yale Law Journal*, vol 68 (1981), pp. 499 y ss.

<sup>3</sup> R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, New York, 1973. Existen numerosas ediciones posteriores y una traducción castellana *Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

<sup>4</sup> En lo que respecta a España, la recepción de las ideas del AED ha sido reciente; en un primer periodo fueron artículos de presentación general del AED, en especial hay que destacar el trabajo pionero y excelente de Cándido PAZ-ARES, «La economía Política como jurisprudencia racional», *Anuario de Derecho Civil*, 2 (1981), así como los trabajos de Santos PASTOR, «Una introducción al Análisis Económico del Derecho» en *Hacienda Pública Española*, num 89 (1984), p. 137-157 y del mismo autor su monografía *Sistema jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989; para una panorámica de conjunto puede ser de utilidad el trabajo de Juan TORRES LÓPEZ, *El Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid 1987 y G. REBUFFA «El análisis económico del derecho» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, num 25 (1985), p. 101 y ss. Una evaluación de este movimiento desde el ámbito de la filosofía jurídica puede verse en Paloma DURAN LALAGUNA, *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, Granada, 1992 y en mi propio trabajo, P. MERCADO PACHECO, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. También en el ámbito de la filosofía jurídica son de destacar los trabajos de A. CALSAMIGLIA, «Eficiencia y Derecho», *Doxa*, num. 4 (1987), pp. 267 y ss. y «Justicia eficiencia y Derecho» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, num. 1 (1988), pp. 305 y ss, y los de L. HIERRO, «Contra el imperio de la riqueza (Dworkin versus Posner)», *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, num. 38 (1993), pp. 383-411 y «La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)» en *Doxa*, nums. 15-16 (1994), pp. 945-969.

La novedad con la que se presentaba dicho movimiento era la de constituir un estudio interdisciplinar del derecho que tenía como base la aplicación las categorías e instrumentos de la teoría microeconómica neocásica en general y de una de sus ramas más desarrolladas en nuestro siglo en particular –la Economía del Bienestar– en la explicación del sistema jurídico. En efecto, la relación entre derecho y economía que plantea el AED es completamente nueva respecto a todos los anteriores intentos de combinar ciencia jurídica y ciencia económica en la historia del pensamiento jurídico. El AED lo que hace es establecer el derecho como objeto de estudio desde el punto de vista económico. Esto implica, en primer lugar, que la interpretación y evaluación de una norma se realizan desde los presupuestos de la teoría económica; y en segundo lugar, significa que la racionalidad de la que se dota a las normas y al sistema jurídico en su conjunto es una racionalidad de tipo económico, lo que produce una reformulación del derecho acorde con ese modelo de racionalidad.

Esta reformulación económica del derecho significa colocar en el centro de los estudios jurídicos los problemas relativos a la eficiencia del derecho, el del coste de los instrumentos jurídicos en la persecución de sus fines o el de las consecuencias económicas de las intervenciones jurídicas. Este replanteamiento se realiza mediante la aplicación en el estudio de los diversos sectores del ordenamiento jurídico de una metodología o enfoque económico que pertenece a la peculiar forma de trabajar del economista. En este caso, el economista «propone un nuevo vocabulario y aporta su peculiar estructura analítica para el examen de los problemas jurídicos»<sup>5</sup> aunque estos no tengan carácter explícitamente económico. En este nivel de intervención, el economista no aporta una información técnica al jurista para que este resuelva el conflicto planteado de la forma más adecuada para el logro del fin económico perseguido. En este caso el economista interviene planteando el tema en términos económicos y adopta una solución «económica» al conflicto jurídico planteado.

Esta reformulación del derecho puede ser ilustrada con las dos aportaciones más conocidas y divulgadas de este movimiento, la teoría económica *positiva* y la teoría económica *normativa* del derecho.

Sintetizando bastante, lo más característico del AED como *teoría positiva* ha sido el de desarrollar, en paralelo al análisis de los efectos económicos de las normas jurídicas, el estudio del sistema jurídico en su conjunto desde un punto de vista económico. Asumiendo esta perspectiva R. Posner ha avanzado la hipótesis de la eficiencia del *common law*, es decir, la hipótesis de que el *common law* o derecho de base judicial

<sup>5</sup> PAZ ARES, C., «La economía política como jurisprudencia racional», *opus cit.*, p. 612.



promueve la eficiencia económica, que las normas e instituciones del derecho privado patrimonial (propiedad, contratos y responsabilidad) son de hecho eficientes en el sentido económico. La lógica del mercado y la lógica del derecho son idénticas, una «mano invisible» recorre las decisiones de los jueces en el proceso de toma de decisiones induciendo a éstos a adoptar las decisiones congruentes con la lógica de la eficiencia económica: «la hipótesis no es que el *common law* duplique o pueda duplicar los resultados de los mercados competitivos, sino que, dentro de los límites de viabilidad administrativa, el derecho conduce al sistema económico a conseguir los resultados que la competencia efectiva –un mercado en el que no existan externalidades relevantes, monopolios o problemas de información– produciría»<sup>6</sup>.

La tarea de la teoría positiva es, desde este punto de vista, verificar la hipótesis mediante el estudio de las normas y decisiones judiciales. El resultado de ese trabajo de verificación, es la afirmación de Posner de que

«el *common law* exhibe una unidad profunda que es de carácter económico. Las diferencias entre el derecho de propiedad, el derecho de contratos, el derecho de responsabilidad y el derecho de familia, son diferencias principalmente de vocabulario, detalle y de temáticas específicas más que de método o de objetivos. El método del *common law* es asignar responsabilidades entre los individuos involucrados en actividades económicas interrelacionadas de manera que se maximice el valor total de dichas actividades»<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> R. POSNER, «Some Uses and Abuses of Economics in Law», *The University of Chicago Law Review*, vol. 46 (1979), p. 289.

<sup>7</sup> Vid. R. POSNER, *Economic Analysis of law, op. cit.*, p.180. Esta teoría hace transparente la preferencia otorgada, por parte de determinados practicantes del AED, a los mecanismos jurídicos tradicionales del *common law* sobre la regulación pública o estatal en la consecución de la eficiencia económica. El *common law* es eficiente porque, en cierto sentido, lo único que puede realizar es la eficiencia entendida como maximización de la riqueza: «Los tribunales pueden hacer muy poco en la distribución de la riqueza de una sociedad, por ello sería mucho más sensato que se concentrasen en lo que pueden hacer realmente, es decir, maximizar el tamaño del pastel económico y dejar el problema de repartirlo en las manos de los legisladores que tienen mayores poderes de imposición y de gasto.» (Vid. R. POSNER, «Wealth Maximization and Judicial Decision-Making», *International Review of Law and Economics*, vol. 4 (1984), p.131-132. Esta postura explícitamente sugiere que el principio de eficiencia es un principio o valor técnico o neutral respecto a cualquier conflicto y que el derecho privado tradicional y las decisiones de los jueces son irrelevantes respecto al problema distributivo: «el *common law* es, en su mayor parte, distributivamente neutral» (Vid. R. POSNER, *Economic Analysis of Law, op. cit.*, p. 241). Ambas presunciones caracterizan el trabajo de la corriente mayoritaria, liderada por Posner y ligada a Chicago. El trabajo de verificación de esta teoría del derecho basada en la hipótesis de su eficiencia, llevado a cabo por estos juristas-economistas, es el blanco de todas las críticas que se le han dirigido al AED.

Por otro lado, como *teoría normativa* del derecho, el gran interrogante al que intenta dar respuesta el AED es si el sistema jurídico debe ser eficiente, o lo que es lo mismo, si la eficiencia económica es un valor que fundamente las decisiones jurídicas<sup>8</sup>. En este punto es donde existen mayores diferencias dentro del AED y en el que aparecen diversas tendencias claramente diferenciadas: mientras la tendencia de la escuela de Chicago, con Posner a la cabeza, afirma que el juez no sólo debe de adoptar la decisión eficiente sino que además debe de adoptar ese principio maximizador con exclusión de cualquier otro fin, la eficiencia económica es considerada un adecuado criterio de justicia; por el contrario, la tendencia «liberal-reformista» o «moderada», liderada por Calabresi, rechaza la consideración de la eficiencia económica como único criterio normativo para la decisión jurídica y afirma la necesidad de completar el análisis efficientista con otros valores que integren un concepto más amplio de justicia en el que tengan cabida la equidad o la justicia distributiva.<sup>9</sup>

Al margen de estos dos tipos o ramas del AED, lo que se deduce de esta peculiar mediación normativa de la economía sobre el derecho que caracteriza al AED, es la afirmación de que el derecho tiene una racionalidad económica. Es decir, que el derecho, específicamente el derecho privado patrimonial, responde a una lógica racional que es la lógica de la eficiencia económica. Llevado este presupuesto hasta sus últimas consecuencias, el AED deduce que si toda norma o institución jurídica traducen una norma económica, si la *ratio* de todo conflicto jurídico es, en última instancia, económica, no hay obstáculo para que problemas si-

<sup>8</sup> Un problema añadido en este ámbito normativo es que la propia noción de eficiencia económica dista mucho de ser una noción unívoca dentro del propio movimiento. En principio, cuando se habla de eficiencia se tiende a identificar a ésta con el criterio paretiano u Óptimo de Pareto. Según este criterio, una decisión social es óptima si no existe otra decisión diferente que se prefiera unánimemente, o expresado de otra manera, una decisión es óptima si alguien puede mejorar su situación sin empeorar la de otro. Este es el criterio generalmente aceptado como definitorio de la eficiencia. Este concepto de eficiencia tiene grandes semejanzas con el criterio Kaldor-Hicks que defiende la eficiencia de una decisión si ésta permite que los que ganan con el cambio puedan compensar con esa ganancia a los que pierden. El criterio Kaldor Hicks se adoptó en la teoría económica para superar las deficiencias del criterio paretiano, sin embargo su problema principal estriba en la asunción del requisito de la compensación sólo en un sentido hipotético o potencial. A estos habría que sumarle el particular concepto de eficiencia entendida como «maximización de la riqueza» defendido por Posner que juzga la moralidad o justicia de cualquier institución o decisión por su capacidad de aumentar la riqueza de la sociedad medida en términos monetarios. Para un examen de los distintos conceptos de eficiencia y de las críticas a ellos dirigidas vid. J. COLEMAN, *Markets, Morals and the law*, Oxford Clarendon Press, 1988. Vid también el Simposio sobre la eficiencia como valor jurídico en el num. 9 (1980) del *Journal of Legal Studies*.

<sup>9</sup> Vid. P. MERCADO, *EL análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, op. cit., cap. I.

milares sean estudiados y evaluados de forma distinta por ciencias separadas. Si todo problema jurídico puede ser «traducido» a términos económicos, la habilitación de la teoría económica para la explicación del sistema jurídico es casi automática.

Los presupuestos teóricos de esa traducción, de esa peculiar mediación normativa de lo económico sobre lo jurídico son básicamente dos:

a) el primero implica una *reformulación de las relaciones entre ciencia jurídica y ciencia económica* al asumir el AED el «enfoque económico del comportamiento humano», característico del fenómeno más general en las ciencias sociales del llamado «imperialismo económico»

b) el segundo, hace referencia no tanto a un problema metodológico o de relaciones entre «ciencia jurídica» y «ciencia económica», sino a la *reformulación de las relaciones entre esfera económica y esfera jurídica, economía y derecho, Estado y mercado*, y al reconocimiento de la función económica del derecho en la asignación eficiente de los recursos que está detrás de los desarrollos teóricos que han puesto un énfasis especial en la consideración de la estructura institucional en la que se desenvuelve todo problema económico y que tienen en los trabajos de R. Coase sobre la externalidad un hito fundamental y que conforman el pilar constitutivo del AED, punto de partida de los trabajos de todos los juristas-economistas sea cual sea la tendencia a la que se inscriban.

La importancia en la construcción teórica de estas dos reformulaciones exigen que nos ocupemos detenidamente en ellas para ilustrar seguidamente cuales son sus consecuencias más importantes en el ámbito jurídico.

## 2. AED e imperialismo económico: un enfoque económico del comportamiento ante reglas jurídicas

### 2.1 La economía como teoría general del comportamiento humano

El «imperialismo económico» es la fórmula con la que se alude al fenómeno de expansión de la teoría económica como instrumento analítico en la explicación de cualquier aspecto de la realidad social, aunque éste no revista carácter explícitamente económico. Desde los años sesenta, el análisis económico ha sido utilizado en el estudio de fenómenos tan variados como la política y el funcionamiento de la democracia<sup>10</sup>, la familia<sup>11</sup>, el divorcio<sup>12</sup>, problemas de criminalidad<sup>13</sup>, y muchos otros<sup>14</sup>.

Lo más significativo de este fenómeno expansionista, sobre todo en lo que afecta a la conceptualización y delimitación que de la ciencia jurídica realiza el AED, es que tras la generalización de las categorías económicas se percibe un cambio en la tradicional división y compartimentación de las ciencias sociales. En ese cambio la teoría económica no se define como una disciplina más entre las ciencias sociales cuyo objeto designe las relaciones mercantiles y monetarias. Por el contrario, existe la autoconvicción entre los economistas de que la teoría económica, y en concreto la teoría microeconómica neoclásica, es un instrumento científico cuyo campo de aplicación rebasa ampliamente la esfera restringida de los problemas de formación de precios en una economía de mercado, y que convierte a la economía en una *teoría general del comportamiento y la interacción humana* susceptible de configurarse como teoría general de la

<sup>10</sup> En este ámbito los trabajos pioneros de la extensión del análisis económico a la explicación de la política han sido, A. DOWNS, *Economic Theory of Democracy*, 1957 (Traducción española, *Teoría económica de la democracia*, Aguilar, Madrid, 1973); J. M. BUCHANAN y G. TULLOCK, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, 1962 (Traducción española *El cálculo del consenso*, Espasa Calpe, Madrid, 1980); M. OLSON, *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1965; W. NISKANEN, *Bureacracy and Representative Government*, Aldive Atheton, Chicago, 1971.

<sup>11</sup> Vid. G. BECKER, *Tratado sobre la Familia*, Alianza, Madrid, 1987

<sup>12</sup> Vid. G. BECKER, W. M. LANDES y MICHAEL, «An Economic Analysis of Marital Instability», *Journal of Political Economy*, 85(1977), p. 1141-1187.

<sup>13</sup> G. S. BECKER, «Crime and Punishment: An Economic Approach», *Journal of Political Economy*, 76 (1968), p. 169-217; I. EHRLICH, «The Deterrence Effect of Criminal Law Enforcement», *Journal of Legal Studies*, 3 (1972), p. 107-164.

<sup>14</sup> Vid. para una aplicación en diversidad de problemas D. C. NORTH y R. LEROY MILLER, *El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etcétera*, Fondo de Cultura Económica, México 1976. y J. HIRSHLEIFER, «The Expanding Domain of Economics», *American Economic Review*, 1985.



precio que permite hacerlo ingresar en la lógica del cálculo maximizador. Las palabras de Becker son elocuentes al respecto:

«Es claro que el enfoque económico no queda restringido a los bienes y necesidades materiales, ni tampoco al sector de mercado. Los precios, sean precios monetarios o precios 'sombra' imputados de un sector que funciona al margen del mercado, miden el coste de oportunidad de la utilización de recursos escasos, y el enfoque económico predice que, ante variaciones de los precios 'sombra' se producirá el mismo tipo de respuesta que ante variaciones de los precios monetarios»<sup>19</sup>.

El carácter patrimonial o pecuniario de los bienes deja de ser una característica que identifica o defina el objeto de la ciencia económica. Si toda acción humana entraña un coste –el valor de las acciones alternativas que se han dejado de realizar para llevar a cabo dicha actividad– no hay aspecto de la conducta humana que escape a la lógica económica.

Lo económico deja de ser algo que pueda ser definido, acotado y delimitado como campo de estudio de una disciplina social. El «imperialismo económico» constituye a la economía en una ciencia sin objeto; en adelante, lo que caracteriza a la economía no es su objeto de conocimiento, sino su modo de operar analíticamente.

Una vez realizada esa ruptura de los límites tradicionales del conocimiento científico-social, y convertido el comportamiento económico maximizador en paradigma explicativo de todo comportamiento, ya no es posible analizar la conducta del hombre desde un punto de vista fragmentario<sup>20</sup>. El paradigma de comportamiento del *homo oeconomicus* se convierte en potencialmente descriptivo de toda realidad social.

### b) De la norma a la acción: el enfoque económico del comportamiento ante reglas jurídicas

En este sentido, el AED puede ser visto como un aspecto más del fenómeno conocido como «imperialismo económico» que asume como punto de partida que los teoremas fundamentales de la economía son

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>20</sup> Gary Becker expresa con meridiana claridad el significado último de esta transformación: «El núcleo de mi argumento es que el comportamiento humano no puede ser compartimentalizado, basándose a veces sobre la maximización y otras veces no, motivado a veces por preferencias estables y otras veces por preferencias volátiles, siendo a veces el resultado de una acumulación óptima de información y no siéndolo otras. Creo más bien que todo el comportamiento humano puede considerarse como realizado por participantes que maximizan su utilidad a partir de un conjunto estable de preferencias y que acumulan una cantidad óptima de información y de otros factores en una variedad de mercados» y que por tanto, «el enfoque económico proporciona un marco valioso y unificado para la comprensión de *todo tipo* de comportamiento humano», *Ibidem*, p.18.



aplicables directamente a fenómenos y realidades considerados convencionalmente como no económicos. Aplicados al derecho transforman también de forma significativa cómo se plantea y cómo se resuelve un conflicto jurídico visto desde la particular óptica que éste enfoque proporciona y que puede ser ilustrado con la tesis conductista o behaviorista del AED.

En efecto, el núcleo teórico del AED que comparten todos los juristas-economistas, sea cual sea la tendencia en la que se inscriban o las ideas que los diferencien entre sí, es lo que ha sido llamado por Kornhauser<sup>21</sup>, *la tesis behaviorista del AED* que afirma que *la teoría económica constituye una teoría capaz de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas*. Una teoría predictiva y explicativa de dicho comportamiento es posible porque, en primer lugar, el derecho influye en el comportamiento de los individuos (en esto no se innova nada en tanto que todas las teorías del derecho asumen como premisa que uno de los objetivos del derecho es influir en el comportamiento de los individuos imponiendo un modelo de conducta); en segundo lugar que esa influencia sobre el comportamiento humano es de naturaleza económica.

*¿Cómo influye «económicamente» el derecho en el comportamiento humano?* Existen dos formas a través de las cuales el derecho influye en la conducta:

a) el derecho fija precios para determinadas conductas (una regla de responsabilidad en el ámbito del tráfico no es sino el precio de conducir cuidadosamente), una obligación jurídica impone un coste a la persona obligada, y la teoría económica predice que los actores motivados únicamente por su propio interés elegirán su conducta en función de este precio; El concepto de coste de oportunidad es en gran parte responsable de la habilitación de la teoría económica como teoría explicativa del derecho. En efecto, si el coste de una decisión es medido por su coste de oportunidad, es decir, por el de las decisiones alternativas que se hubieran podido haber elegido, la traducción al lenguaje económico de los costes de las normas y decisiones jurídicas es un paso inmediato. Toda norma jurídica fija el precio, el coste de oportunidad, del comportamiento que se ajuste a la norma o que se aleje de su cumplimiento. El coste de comportarse de acuerdo a derecho es el coste de oportunidad de su posible violación, el coste de conducir prudentemente es la indemnización que en caso de producir daños en un accidente habría que

---

<sup>21</sup> L. A. KORNSHAUSER, «The Great Image of Authority», *Stanford Law Review*, vol. 36 (1984), p.353, y del mismo autor el trabajo «El nuevo análisis económico del derecho: las normas como incentivos», en N. MERCURO, *Derecho y economía*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.



pagar, el coste de oportunidad de adquirir una mercancía mediante un contrato es la pena que se impondría en el caso de robarla... La aplicación de este concepto a la teoría jurídica permite que todo problema jurídico se traduzca en un problema de elección entre las alternativas posibles en el caso (cumplir el contrato o incumplirlo pagando una indemnización, establecer un sistema de responsabilidad civil por culpa o un sistema de responsabilidad objetiva, penalizar el consumo de drogas o permitir su consumo, etc), alternativas medidas todas ellas por su coste de oportunidad. Desde este punto de vista, el concepto de coste de oportunidad introduce en el ámbito jurídico el análisis coste-beneficio de las alternativas de elección que tiene ante sí el jurista, a la vez que asume que todas las alternativas sean monetizables y cuantificables como supuesto previo de toda comparación.

b) el derecho, en tanto que sanciona una determinada estructura de derechos, especialmente en lo que respecta a los derechos de propiedad, tiene una influencia directa en la eficiente asignación de los recursos de una sociedad. Diferentes estructuras de derechos determinarán diferentes incentivos en la conducta de los individuos (un régimen de propiedad privada o un régimen de propiedad pública determinan un distinto uso de los recursos afectados por esa regulación jurídica).<sup>22</sup>

Al margen de estas dos distintas formas de afrontar el tema de la influencia de las normas jurídicas sobre el comportamiento de los indi-

---

<sup>22</sup> Este aspecto del significado económico de las reglas que asignan los derechos sobre los recursos es el ámbito en el que se ha desarrollado el trabajo de los economistas de la llamada escuela de los *property rights*. Los autores más significativos de esta corriente son Harold Demsetz, Armen Alchian, Erik G. Furubotn, Svetozár Pejovich, que iniciaron los trabajos de esta corriente en la década de los años sesenta. Entre estos trabajos pioneros cabe destacar los de H. DEMSETZ, «The Exchange and Enforcement of Property Rights» en *Journal of Law and Economics*, 1964, y «Toward a Theory of Property Rights» en *American Economic Review*, LVIII, 1967. También es importante el trabajo de A. ALCHIAN y H. DEMSETZ, «The Paradigm of Property Rights» en *Journal of Economic History*, vol. 33, num. 1 (1973). Todos estos trabajos han sido publicados en castellano, junto a otros trabajos de esta escuela, en el num. 68 de *Hacienda Pública Española* de 1981. Una evaluación de las aportaciones de esta corriente es el trabajo de Santos PASTOR, «El análisis económico de los derechos de propiedad», *Anuario de Derechos Humanos*, num. 7, 1990, pp. 141 y ss. Uno de los ejemplos que pueden ilustrar este enfoque de los incentivos sobre la conducta de diversos regímenes legales es la explicación de los problemas de sobreexplotación de la propiedad común sobre la base de los derechos de uso y de transferencia inherentes a dicho régimen. Así, al estar permitido el uso para todos, cada cotitular elige sobreexplotar el recurso poseído en común, a la vez que la no posibilidad de transferencia de ese derecho incrementa los costes de transacción y hace imposible una negociación para que un individuo adquiera un derecho de uso exclusivo. Vid al respecto H. DEMSETZ, «Hacia una teoría de los derechos de propiedad», *opus cit.*, p. 291-294. Para un argumento específico contra la propiedad común vid. G. HARDIN, «The Tragedy of the Commons», *Science*, num. 162 (1968), pp. 1243-1248.

viduos, la adopción de esta perspectiva conductista sustentada por el AED tiene un efecto fundamental en la concepción del sistema jurídico. En efecto, lo que distingue al AED es asumir una perspectiva en la que el concepto, contenido y estructura de la norma como elemento central de la reflexión jurídica deja paso a una concepción del derecho en la que el elemento central es la acción racional de los individuos ante las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, la función del derecho no consiste en la construcción de una moral pública, o en resolver disputas bajo los criterios de valor implícitos en las normas jurídicas, sino en guiar y planificar cursos de acción eficientes desde el punto de vista económico. Como resume lacónicamente Priest, «*the purpose of law, from an economic viewpoint, is to guide behavior, not to settle disputes*»<sup>23</sup>. El sistema jurídico aparece reformulado como un *sistema de incentivos y rémoras* que encauzan la conducta de los individuos hacia los cursos de acción congruentes con los objetivos que ha de implementar el derecho. Las normas jurídicas incentivarían y desincentivarían mediante el establecimiento de los «precios» de las distintas alternativas de acción, los resultados congruentes con la lógica de la eficiencia económica<sup>24</sup>.

La adopción del comportamiento de los individuos ante las normas jurídicas como eje del análisis produce, a su vez, cambios en la perspectiva de análisis del sistema jurídico respecto a la teoría tradicional. Uno de los efectos inmediatos es el cambio en el propio objeto de estudio, es decir, en los materiales primarios del análisis. La teoría convencionalista o tradicional utiliza los *textos* legales y las opiniones judiciales como su material de estudio básico. El AED otorga menos relevancia a los textos y más a la observación directa de la conducta de los individuos. Desde este punto de vista, el AED continúa la tradición del realismo jurídico en su preferencia a concebir *Law in action* más que *Law in books*. La característica distintiva del AED respecto al realismo es que el movimiento realista centró su análisis en la conducta efectiva de los jueces y otros operadores jurídicos, pero no en la conducta de los destinatarios de las normas jurídicas, como hace el AED.

Por otro lado la introducción en el derecho de una teoría de la acción basada en el modelo de acción racional económica implica la introducción en el análisis de los problemas jurídicos del enfoque *ex ante* que caracteriza al análisis económico y que permite predecir las respuestas de los individuos ante los cambios legales en virtud de sus expectativas sobre el futuro.

<sup>23</sup> Vid. G. L. PRIEST, «Selective Characteristics of Litigation», *Journal of Legal Studies*, vol. 9 (1980), p. 322.

<sup>24</sup> Vid. C. PAZ-ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», *opus cit.*, p. 626.

Este enfoque *ex ante* transforma de manera significativa la visión del conflicto jurídico y el alcance de la decisión jurídica que ha de poner fin a dicho conflicto. El AED, en este sentido, no considera la regulación jurídica como un conjunto de hechos pasados cuyos efectos van a ser evaluados, sino como sistemas de incentivos que influirán decisivamente en las acciones futuras de los individuos afectados:

«La naturaleza *ex ante* del enfoque económico es quizás la mayor diferencia entre éste y el análisis legal ortodoxo que mira a los hechos pasados y a los actuales casos, es decir, es un, enfoque *ex post*»<sup>25</sup>.

Esta orientación hacia el futuro transforma el objeto que queda sometido a juicio y evaluación jurídica. Para decirlo con otras palabras, mientras el jurista al establecer el problema jurídico relevante utiliza un *marco temporal estrecho*, es decir, fija su atención en el momento en que las acciones individuales infringen determinadas reglas jurídicas, el jurista-economista insiste en un *marco temporal amplio*. Lo que nos indica el AED es que las historias legales no empiezan en el momento en que se manifiesta el problema, sino en un punto anterior en el tiempo que permita enjuiciar el modo en que las partes habrían podido reorganizar sus actividades para evitar el problema. Desde un punto de vista económico el problema jurídico es enjuiciar la conducta futura de los individuos ante los incentivos fijados por las normas jurídicas. Así, por ejemplo, uno de los criterios de imputación de la responsabilidad civil en el AED ha sido el del «cheapest cost avoider». Dicha regla viene a decir que el daño producido por un ilícito debería recaer sobre aquella parte que pudiera haberlo evitado con el menor coste posible. El juicio de responsabilidad recae sobre la situación anterior a la producción de los daños o perjuicios. La decisión se sitúa en el momento que las partes se encontraban antes de que el hecho dañoso se produjera, y la evaluación de su conducta es una evaluación de la conducta de cada uno de ellos de acuerdo con el parámetro de racionalidad económica.

Este enfoque *ex ante*, o lo que es lo mismo, esta orientación hacia el futuro no es simplemente un giro retórico, sino que predetermina la función de múltiples instituciones y sectores del ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, el derecho de responsabilidad civil ha tenido tradicionalmente como función la perfecta reparación o compensación de los daños causados por los ilícitos civiles. Desde el punto de vista del AED, por el contrario, la función primordial del derecho de la responsabilidad civil no es su función compensatoria o reparadora sino el de la prevención de los daños futuros. Como argumentan Schäfer y Ott:

<sup>25</sup> Vid BURROWS y VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law*, *opus cit.*, p. 5.

«muchos datos parecen indicar una discrepancia difícil de superar entre el concepto económico y jurídico del derecho a la indemnización de daños y perjuicios: en la dogmática jurídica existe una gran unanimidad en que la *función de prevención* sólo representa un 'producto de ocasión accesorio' del derecho de responsabilidad civil y que retrocede al *principio de compensación* puro. (...) la verdadera tarea del derecho a la indemnización por daños consiste en compensar las pérdidas del perjudicado mediante el traspaso del daño al causante»<sup>26</sup>.

En perspectiva económica, un ilícito civil ocasiona unos daños, unos costes o pérdidas a los perjudicados; por otra parte, prevenir este tipo de daños implica el gasto de determinados recursos. Para el AED el objetivo de las normas de responsabilidad civil no es el de conseguir la eliminación y compensación de todos los accidentes, sino el de conseguir un nivel justificado u óptimo de accidentes que equilibre la suma de estos dos tipos de coste. Para decirlo en palabras de Calabresi, «la función principal de la responsabilidad civil es la de reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos»<sup>27</sup>.

Y lo mismo cabe decir del derecho penal. El derecho penal, desde este punto de vista, asume una función de predicción y planificación de conductas mediante la creación de incentivos o desincentivos económicos para determinadas acciones; tales incentivos y desincentivos en un sistema de sanciones que serán determinadas atendiendo al cálculo de costes y beneficios de su administración y de su efecto disuasorio sobre las conductas futuras<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Vid. H-B. SCHÄFER y C. OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 149.

<sup>27</sup> Vid. G. CALABRESI, *El coste de los accidentes*, *opus cit.*, p. 44.

<sup>28</sup> Un ejemplo de esta clase de estudio es el trabajo realizado en el ámbito del análisis del fenómeno de la criminalidad, y en especial la cuestión del efecto disuasorio de las penas. La hipótesis sustentada por la teoría económica es que la pena funciona como el precio que ha de pagar una persona para adquirir un bien determinado. Cuanto mayor es el precio (la pena) a pagar por delinquir, menor será el número de que se cometerán. El nivel óptimo de castigo, es decir el precio o pena óptima, es una función de dos elementos: la severidad de la sanción y la probabilidad de que se imponga cuando se cometa el delito. La teoría predice que ante un aumento de uno de esos elementos se reducirá la tasa de delitos. El problema siguiente estará en ver cuáles son los costes de la elección del legislador, en el caso de que opte por un aumento de la probabilidad de imposición de las penas (lo que conlleva el empleo de grandes recursos sociales como el incremento de la policía, de los jueces, fiscales, cárceles, etc) o bien por un aumento en la severidad de las penas. La fase final de éste análisis será la comprobación de la hipótesis disuasoria con la experiencia, utilizando las técnicas estadísticas y econométricas, es decir se trata de demostrar si el aumento del precio del delito realizado por el legislador –por ejemplo, el incremento de las penas de los delitos relativos al consumo y tráfico de drogas– hace descender de hecho el número de delitos cometidos. El trabajo más representativo de estos estudios de impacto legal es el realizado por I. ERLICH «The Deterrence Effect

### 3. El derecho como mecanismo de asignación y distribución de recursos: Teorema de Coase y AED

El otro pilar constitutivo del AED, no reside ya en un cambio epistemológico de relación entre ciencia jurídica y ciencia económica, sino en la reformulación de las relaciones entre sistema económico y sistema jurídico y en la reformulación de la función económica del derecho, esto es, su concepción como mecanismo de asignación y distribución de recursos.

Los desarrollos en la teoría económica durante los últimos años habían puesto un énfasis especial en la consideración de la estructura institucional en la que se enmarcaba todo problema económico. La clave para comprender teorías como la de la Elección Pública o de los *property rights* está, creo, en la reformulación de la teoría neoclásica para hacer entrar en ella todos los nuevos problemas que la intervención estatal en la economía había puesto de manifiesto durante la experiencia del *welfare state*. Desde este punto de vista, el problema de los efectos externos se manifestaba como uno de los más importantes fallos del mercado que justificaba la intervención y regulación pública de la economía. Reformular el problema de la externalidad, tal y como lleva a cabo R. Coase, era también cambiar las bases de la relación entre economía y derecho, entre Estado y mercado, que habían sostenido la política económica del Estado del Bienestar y sus desarrollos legislativos y administrativos, a la vez que en dicha reformulación pasaba a primer plano la función del derecho en la asignación eficiente de los recursos de una sociedad. Detengámonos en este paso fundamental.

#### 3.1 De la teoría de la externalidad a la teoría económica de las instituciones jurídicas: el Teorema de Coase

Ronald Coase, en un artículo, ya famoso, publicado en 1960<sup>29</sup>, hizo una crítica radical a los planteamientos de Pigou, dando paso a un nuevo enfoque en el tratamiento tanto económico como jurídico del problema de la externalidad.

---

of Capital Punishment: A Question of Life and Death», *American Economic Review*, vol. 65 (1975), p. 397-417. Un tipo de análisis de estas características, pero con importantes correcciones al modelo expuesto, son los trabajos de Santos PASTOR en el ámbito de la políticas criminales contra la droga. Vid. al respecto: «Heroína y política criminal: un enfoque alternativo» en *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Edersa, Madrid, 1986 y «Derecho Penal, política criminal y economía: un intento de generalización» en *Homenaje al profesor Jiménez de Asúa*, Revista de la Facultad de Derecho de la UCM, num. 11, 1985.

<sup>29</sup> COASE, R. «The Problem of Social Cost» en *Journal of Law and Economics*, vol III, octubre 1960. Hay versión castellana en *Hacienda Pública*, num.68, 1981. y también en la recopilación en castellano de los trabajos más importantes de R. COASE, *El mercado, la empresa y la ley*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.



¿Qué es una externalidad? El «efecto externo» o «externalidad» definirse como «cierto tipo de efecto favorable o desfavorable producido por un agente económico (un individuo o una empresa) sobre la producción, renta, ocio o bienestar de otro agente económico, siendo un efecto tal que el carácter de las instituciones sociales, jurídicas y económicas no permiten el pago o ingreso de un precio por el beneficio o daño causado por dicho efecto».<sup>30</sup>

Una externalidad sería un coste o un beneficio que no asume quien lo causa y que forma parte de su actividad económica. El ejemplo de Pigou para explicar estos efectos externos es el de una planta industrial que emite humos o vierte residuos en una determinada área en detrimento del disfrute y de la renta de los habitantes de la zona, pero que no está obligada a pagar un precio por el daño que ocasiona a terceros.

Para Pigou la existencia de externalidades es síntoma de un fallo del mercado para autorregularse y mantener una situación de equilibrio eficiente tal y como mantenía la teoría neoclásica tradicional. Por ello, se hace necesaria la intervención del Estado para corregir esos fallos, para «internalizar» la externalidad. El Estado debería compeler a la actividad causante de un coste o efecto externo a soportar los costes que tal efecto provoca sobre terceros mediante de los mecanismos jurídicos más adecuados que en el esquema pigouviano son: el sistema fiscal (mediante impuestos y tasas que graven dicha actividad), una norma de responsabilidad jurídica que imponga la indemnización a los perjudicados o, por último, la prohibición de dicha actividad.

Pues bien, la intención de fondo del ensayo de Coase es la negación de la necesidad «a priori» de la intervención del Estado para corregir fallos de mercado manifestados por la existencia de externalidades y mostrar cómo dicho problema puede ser resuelto desde el interior de los mecanismos autorregulativos de negociación del mercado.

La tesis de Coase, sumariamente, es que todos los agentes involucrados en un problema de efectos externos llegarán, en un momento dado, a negociar entre sí el efecto externo, alcanzando una solución óptima (que beneficia a las dos partes) sobre el conflicto planteado.

Ahora bien, esta solución negociada sólo será posible cuando se den dos condiciones fundamentales en el esquema coaseano:

a) La primera de esas condiciones es que exista una precisa asignación de derechos sobre el uso de los recursos, es decir, que exista una *perfecta delimitación de derechos sobre los recursos escasos*, tanto respecto a su titularidad como a su contenido. Es decir, para llegar a un acuerdo es necesario saber quiénes son titulares de los derechos en conflicto y qué usos de esos derechos están o no permitidos.

<sup>30</sup> Vid NATH, S. H. *Una perspectiva de la economía del Bienestar*, Barcelona, 1976, p. 54-55.

b) La segunda, y base de toda la teoría de Coase, es que *los costes de transacción sean cero*. ¿Qué son los *costes de transacción*? Son todos los costes necesarios a las partes para llegar a una reglamentación autónoma de sus relaciones contractuales. Costes de transacción serían los costes de saber con quién se va a contratar, de informar a las demás partes que se quiere contratar, de conducir las negociaciones, de delinear el contrato y de exigir su cumplimiento<sup>31</sup>.

Cumplíendose esas dos condiciones, el efecto externo se internalizaría a través de una negociación que reasignaría los derechos sobre los recursos de una forma eficiente.

Esta tesis de la internalización de los efectos externos a través de una solución negociada, o de mercado, tiene unos presupuestos determinados.

1) Para Coase, el problema de la externalidad no es una cuestión de quién causa el daño o el perjuicio en los casos de usos incompatibles de los recursos, porque todo problema de externalidad es un *problema recíproco, no causal*<sup>32</sup>:

«El enfoque tradicional ha tendido a oscurecer la naturaleza de la elección que hay que hacer. Ordinariamente, tal y como se plantea la cuestión, A ocasiona perjuicios a B, y lo que es preciso decidir es cómo hay que poner coto a las acciones de A. Pero esto es erróneo. Nos estamos ocupando de un problema de naturaleza recíproca. Lo que hay que decidir, en realidad, es si hay que dejar que A perjudique a B o hay que dejar que B perjudique a A. El problema consiste en evitar el perjuicio más grave(...) hemos citado el ejemplo del confitero cuyos ruidos y trepidaciones perturban a un médico durante las horas de consulta. Para evitar perjudicar al médico sería preciso perjudicar al confitero. En este caso concreto el problema consistía en averiguar si merecía la pena, como resultado de la limitación de los métodos de producción usados por el confitero, asegurar más producción médica a costa de reducir la oferta de productos de confitería. Otro ejemplo lo ofrece el problema del ganado errabundo que destruye cultivos de tierras vecinas. Si resulta inevitable que algún ganado pague a placer, el aumento de la producción de carne sólo se podría conseguir a expensas de una reducción de la oferta de cultivos. La naturaleza de la elección es clara: carne o cultivos. Naturalmente, la respuesta a la pregunta no es clara a menos que conozcamos el valor de lo que se obtiene, así como el valor de lo que se sacrifica para obtenerlo. Citando otro ejemplo, el profesor Stigler menciona la contaminación de un río. Si asumimos que el efecto perjudicial de la contaminación es el culpable de la muerte de los peces, lo que hay que decidir es si el valor de los peces perdidos es mayor o menor que el del producto que hace posi-

<sup>31</sup> Sobre el concepto de costes de transacción vid. CHEUNG, S. *El mito del coste social. Crítica de la Economía del Bienestar y de sus implicaciones políticas*, Instituto de Economía de Mercado, Unión Editorial, Madrid, 1980, p. 25.

<sup>32</sup> Vid R. COASE, «El problema del coste social», *opus cit.*, p. 245 y 246.



ble el proceso que origina la contaminación del río. Huelga decir que este problema debe enjuiciarse en total y en el margen».<sup>33</sup>

El problema económico, por tanto, en esta perspectiva no está en identificar la actividad causante del efecto externo, «el problema económico en todos los casos de efectos perjudiciales es cómo maximizar el valor de la producción»<sup>34</sup>.

2) La crítica al concepto de externalidad pigouviano implica, a su vez, una crítica al «optimismo institucional» que late en el fondo del enfoque tradicional de que las intervenciones administrativas puedan por sí mismas operar una internalización del efecto externo que no tenga costes, olvidando que el problema de la externalidad es el de conseguir una maximización total del producto social, o lo que es lo mismo, la elección, entre las alternativas de acción existentes, de la que menos cueste. Para Coase la cuestión se reduce al análisis coste-beneficio de las distintas alternativas.<sup>35</sup>

La crítica más relevante de Coase en este sentido es contra la afirmación pigouviana de que la «máquina administrativa del Estado opera sin costes. Pensar en un mundo en el que las operaciones jurídicas de asignación y distribución de derechos sobre el uso de los recursos no engendran coste alguno es situarse en un plano de la irrealidad. Según Coase toda acción pública genera un aumento de los aparatos administrativos y de sus costes. Además, la tarea del Estado como reductor de costes sociales opera en condiciones de monopolio, sin incentivos para reducir los costes de su propia actuación administrativa, lo que puede provocar, por la generalidad de sus mandatos, que se reglamenten situaciones que no necesiten de una intervención para llegar a una solución eficiente».<sup>36</sup>

<sup>33</sup> COASE, *opus cit.* p. 245.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>35</sup> «La mayor parte de los economistas no parecen percatarse de todo esto. Cuando no pueden dormir por la noche a causa del rugido de los reactores sobre sus cabezas (autorizados y tal vez operados por el propio Estado) no pueden pensar (o descansar) durante el día debido al ruido y a las vibraciones de trenes en marcha (autorizados y tal vez operados por el propio Estado), les resulta difícil respirar debido al olor que desprende un terreno destinado a recibir residuos de alcantarillado... cuando sus nervios están en tensión y su equilibrio mental está trastornado, comienzan a denunciar las desventajas del sistema privado y la necesidad de una reglamentación estatal. Al tiempo que la mayoría de los economistas parecen tener una idea falsa del carácter de la situación que les ocupa, también es el caso que las actividades que quieran ver restringidas o suprimidas puedan ser socialmente justificables. Todo es cuestión de sopesar las ganancias derivables de la supresión de esos efectos nocivos frente a las ganancias que se producen si se permite que continúen produciéndose». *Ibidem*, p. 262.

<sup>36</sup> «Al elegir entre arreglos sociales en cuyo contexto se toman decisiones individuales debemos tener presente que un cambio en el sistema existente que conduzca

En definitiva, las ideas de Coase apuntan a la afirmación de que el problema del coste social era un «mito», panacea justificadora de la intervención estatal en la corrección de las imperfecciones del mercado. Frente a ello, Coase afirma que el mercado, y las instituciones de derecho privado que lo sustentan, son un instrumento eficaz para la resolución del conflicto planteado; el problema está en que los mercados no pueden funcionar por la existencia de costes de transacción. No es el mercado quien falla, sino la estructura institucional del Estado la que provoca los efectos externos.

Esta relación entre el derecho y la función económica de reducción de costes sociales y maximización del producto social es la que queda recogida en lo que hoy se conoce como el *Teorema de Coase*. Según éste, en una situación en la que los *costes de transacción sean nulos o insignificantes*, la solución del problema de la externalidad será siempre eficiente a través de un proceso de negociación entre todos los sujetos implicados en ella. Cuando no existen costes de transacción, la asignación operada por el ordenamiento jurídico de los derechos sobre los recursos es indiferente para la consecución del objetivo eficiente: «siempre es posible modificar mediante transacciones en el mercado la delimitación inicial de derechos. Y naturalmente si esas transacciones no engendran costes, esa reordenación tendrá siempre lugar si conduce a un aumento del valor de la producción.»<sup>37</sup>

**Ejemplo:** Una fábrica de productos químicos vierte sus residuos sobre un río del que riegan sus cultivos cinco agricultores, propietarios de fincas vecinas a la fábrica y que han sufrido daños en sus cultivos causados por la constaminación del agua por un valor de 50.000 pesetas cada uno, que hacen un total de 250.000 pesetas. Estos daños causados podrían evitarse de dos formas: o bien instalando un colector de residuos en la fábrica con un coste de 100.000 pesetas, o bien, instalando una depuradora de agua en cada una de las cinco fincas vecinas, con un coste por depuradora de 30.000 pesetas, lo que hace un total de 150.000 pesetas.

Lo que Coase plantea es que el resultado eficiente se produciría al margen de que el derecho estableciese un derecho a contaminar o un derecho al agua limpia.

En el caso de que existiese un derecho al agua limpia (o lo que es lo mismo, que la el derecho estableciese una norma de responsabilidad que

---

a una mejora de algunas decisiones puede llevar también al empeoramiento de otras. Además debemos tener presentes los costes que entraña la operación de los diversos arreglos sociales (ya se trate del funcionamiento de un mercado o de un departamento de la administración), así como los costes que entraña pasar a un nuevo sistema. A la hora de arbitrar arreglos sociales y de elegir entre ellos debemos fijar la vista en el efecto total. Por encima de todo, éste es el cambio de enfoque que hemos estado defendiendo en nuestro estudio». *Ibidem*, p. 274.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 254.

obligase a la fábrica a la indemnización de los daños causados) la fábrica se encontraría ante tres posibles soluciones: seguir contaminando y pagar la indemnización de 250.000 pesetas por los daños causados; instalar el colector de residuos con un coste de 100.000 pesetas; o, por último, comprar a cada una de las fincas vecinas con un coste total de 150.000 pesetas. La fábrica optará por la solución más eficiente, esto es, comprará el colector de residuos.

En el caso de que el derecho estableciese un derecho a contaminar (por ejemplo, porque el nivel de vertidos estuviese por debajo del requerido en la legislación para poder exigir responsabilidad), los agricultores tendrían también tres alternativas: sufrir el daño de 250.000 pesetas; comprarse cada uno una depuradora de agua con un coste total de 150.000 pesetas; o bien, ponerse de acuerdo entre ellos y comprar a la fábrica el colector, con un coste de 100.000 pesetas. Los agricultores, elegirían la solución eficiente de comprar el colector para la fábrica.

La solución eficiente, la instalación del colector, se alcanza con independencia de la atribución de derechos que establezca el ordenamiento jurídico, siempre y cuando los costes de transacción sean negativos (que no cueste nada a los agricultores ponerse de acuerdo y contratar con la fábrica la compra del colector).

En estas situaciones la *estructura de derechos establecidos se muestra como una estructura redundante respecto a la del mercado*. La función del derecho en estas situaciones es la de proveer las condiciones ambientales de tal mercado, es decir, la seguridad y la libertad de contratación. En este sentido la función del derecho «si las transacciones del mercado no entrañasen costes lo único que importa (dejando al margen cuestiones de equidad) es que los derechos de las diversas partes estén bien delimitados y que sea fácil predecir los resultados de las acciones legales»<sup>38</sup>. La función del derecho cuando no existen costes de transacción es la de la constitución y facilitación del mercado, es decir, proveer de una estructura de derechos perfectamente delimitados que puedan ser negociados a través de contratos entre los particulares con el objeto de que el uso de los recursos esté en manos de aquellos que más lo valoren.

En el caso de que los *costes de transacción sean positivos* (lo que sucede en la mayoría de los casos reales) la solución eficiente no podría producirse con independencia de la norma jurídica elegida, de la delimitación de derechos establecidos.

*Ejemplo.* En el caso anterior, si los costes de transacción fuesen positivos, es decir, en el caso de que, por ejemplo, los costes de llegar a un acuerdo (los gastos en asistencia legal, los costes de conseguir la información necesaria para el acuerdo, el valor del tiempo perdido en la negociación, etc.) fuesen de 15.000 pesetas para cada uno de los agricultores, la

<sup>38</sup> *Ibidem* p. 257.

solución eficiente no se logra al margen de la delimitación de derechos realizada por el ordenamiento jurídico.

En el caso de que exista un derecho al agua limpia, las solución sería la misma que si no existiesen costes de transacción: la fábrica instalará el colector con un coste de 100.000 pesetas porque es más barato que tener que pagar la indemnización de 250.000 pesetas o que comprar cinco depuradoras con un coste total de 150.000.

En el caso de existiese un derecho a contaminar, los agricultores o sufren los daños de 250.000 pesetas, o se compran la depuradora para su finca con un coste total de 150.000, o llegan a un acuerdo para comprar un colector de la fábrica con un coste de 175.000 pesetas, 100.000 pesetas que cuesta el colector más 75.000 que es lo que cuesta a los agricultores llegar a un acuerdo. En este caso de costes de transacción positivos, los agricultores elegirán comprarse cada uno la depuradora de agua, una solución ineficiente.

La delimitación de derechos es determinante cuando existen costes de transacción para conseguir la solución eficiente del conflicto.

En este caso «parece deseable que los tribunales comprendan cuales son las consecuencias económicas de sus decisiones y las tengan en cuenta al decidir»<sup>39</sup>. En este caso las normas preferibles son aquellas que reduzcan al mínimo los costes de transacción. De forma que el Estado a través del derecho decidirá tal y como lo habría hecho el mercado si los costes de transacción hubiesen sido negativos (en el ejemplo analizado, se trataría de establecer el derecho al agua limpia porque es la solución que lleva al mismo resultado, la instalación del colector, que se hubiese alcanzado si no existiesen costes de transacción). El derecho actuaría por tanto como un *mercado simulado*. La importancia de esta segunda versión del teorema de Coase es trascendental.

Estas ideas marcan un programa no sólo de política económica, sino también de política jurídica. En efecto, lo que Coase plantea es la utilización de los institutos de derecho privado como mecanismos eficientes en la internalización de los efectos externos, o lo que es lo mismo, un sistema descentralizado de control de la externalidad basado en la autonomía de la voluntad de los sujetos afectados. En efecto, al haber puesto de manifiesto que el origen de la externalidad está en la presencia de obstáculos que hacen posible la negociación, la política jurídica alternativa a la regulación administrativa del conflicto es la redefinición de las estructuras de derechos sobre los recursos al efecto de hacer posible la solución eficiente del conflicto. La modelación de un derecho acorde al objetivo de la eficiencia en la asignación de los recursos es el programa que emerge de estas ideas y que constituye el punto inicial del AED.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 257.

Además, plantear el problema de los costes de transacción transforma la visión del discurso jurídico convencional en tanto que subraya la existencia de costes en la actuación de la maquinaria jurídica, es decir, supone introducir en el universo del pensamiento jurídico el *problema del coste del derecho*, el coste de la consecución de los objetivos que persiguen las normas jurídicas. El concepto de costes de transacción es una herramienta útil para profundizar en el problema de las regulaciones jurídicas ineficientes y de las consecuencias económicas que ha tenido la complejización y tecnificación de las instituciones jurídicas en un mundo hiperlegalizado como el nuestro. La política jurídica adecuada, en el esquema de Coase, parece ser una política jurídica que diseñe instituciones que reduzcan al máximo los costes de transacción, instituciones simples y flexibles que hagan viables negociaciones eficientes. Un derecho preventivo, en definitiva, frente al derecho represivo o restaurador de situaciones subjetivas. Un derecho que instituya las condiciones para que las decisiones sean tomadas, frente a un derecho que decide mediando como árbitro de conflictos.

La directriz que emana de estas prescripciones es la estructuración de un sistema jurídico racionalizado de acuerdo con el objetivo de la eficiencia en la distribución de los recursos. Si la asignación eficiente de los recursos de una sociedad es el objeto de la ciencia económica neoclásica y si los desarrollos de Coase y de los teóricos de los *property rights* demuestran que ese objetivo no puede ser realizado sin un adecuado estudio de las estructuras jurídicas e institucionales que predeterminan todo problema económico, el nacimiento de una teoría económica del derecho que postule la racionalización del derecho de acuerdo con el objetivo de eficiencia económica no es sino una consecuencia de los pasos anteriormente dados.

El AED, partiendo de esas ideas no hace sino aplicar al estudio del sistema jurídico los instrumentos (externalidad, derechos de propiedad eficientes, reducción de costes de transacción...) que el análisis de Coase ya había puesto de manifiesto y que forman los pilares conceptuales básicos con los que el jurista economista construye una teoría completa del sistema jurídico desde el punto de vista económico.

La teoría de Posner, como también la de Calabresi, aunque ésta con importantes matizaciones, son fruto de la extensión al ámbito de la teoría jurídica de las ideas que en su germen ya estaban anunciadas en el ensayo de Coase. En ambos, el punto de partida es la búsqueda de instituciones jurídicas eficaces en la tarea de reducción de las externalidades y en la formulación de una teoría del ordenamiento jurídico que asuma la realidad del coste del derecho y de la evaluación de las distintas políticas de regulación jurídica desde el punto de vista de la eficiencia. Esto se traduce en la teoría de Posner y de la corriente mayoritaria la cons-



trucción de un sistema jurídico eficiente que tenga como fin primordial la reducción de costes de transacción y la internalización de efectos externos, presupuestos para que la solución del mercado sea la que prevalezca y que tendría como bases:

a) En primer lugar, un sistema de *property rights* eficiente que se traduce en un sistema de derechos de apropiación de los recursos con las características de *universalidad* («todos» los recursos escasos han de ser susceptibles de apropiación privada) *exclusividad* (posibilidad, garantizada jurídicamente, de excluir a los demás del uso del recurso de que se trate) y *plena transferibilidad* (todo derecho debe ser susceptible de ser transferido mediante la contratación)<sup>40</sup>. Este sistema de derechos de apropiación permite establecer los puntos de partida de toda posible negociación para reducir los efectos externos, identifica los sujetos dañados y perjudicados así como el contenido de aquello que ha de ser objeto de negociación. La función del sistema de derecho de propiedad no es sino la función de *constitución* del mercado en base a derechos que asumen la forma de derechos subjetivos privados sobre el uso de los recursos<sup>41</sup>.

b) En segundo lugar, un derecho de contratos al que incumbiría la función de *facilitación del mercado*<sup>42</sup>, es decir, disciplinar el intercambio de *property rights* para que éste consiga el resultado eficiente: la asignación de la titularidad de los derechos a aquellos que más los valoren, a aquellos que estén dispuestos a pagar más por su uso en un proceso de negociación. En este sentido, el derecho de contratos cumple dos funciones básicas: en primer lugar, una *función de disuasión* cumplida por el reconocimiento legal del carácter vinculante del acuerdo y la responsabilidad por incumplimiento y, en segundo lugar, una *función de información*, que se concreta en la reducción de costes de transacción (la existencia de un derecho de contratos preciso y flexible permite a las partes ahorrarse el coste de creación y exigencia de normas que de otro modo tendrían que crear) y en el establecimiento de condiciones generales que planifiquen las acciones futuras y eviten el coste de negociar particularmente todas las contingencias que pudieran surgir en el cumplimiento del acuerdo.

c) En tercer lugar, un sistema de responsabilidad civil para los casos en los que el mercado no pueda funcionar por la existencia de externalidades provocadas por altos costes de transacción y en los que se resuelva el conflicto de derechos adoptando una decisión en sustitución del mercado. Cuando el mercado no puede funcionar porque el intercambio

<sup>40</sup> Vid. R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, pp. 27-31.

<sup>41</sup> Vid. C. PAZ ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», *opus cit.*, p. 682.

<sup>42</sup> *Ibidem.*, pp. 662-683; vid. también J. TORRES, *El análisis económico del derecho*, *opus cit.*, pp. 55-60.

voluntario es muy costoso, ingresamos en el área de la responsabilidad civil, cuya función consiste en la *sustitución del mercado*, función que lleva a cabo decidiendo, asignando derechos (derecho a ser indemnizado, por ejemplo) a quién más beneficien y obligaciones a quién pueda soportarlas con el menor coste, cumpliendo así con la lógica racional que hubiera dictado el mercado en el caso de inexistencia de costes de transacción.

Si el derecho de propiedad es el instrumento de constitución del mercado, el contrato su mecanismo de facilitación y la responsabilidad civil el sustituto que reproduce su decisión, no nos debe extrañar que el sistema jurídico se convierta en un «meta-mercado institucional»<sup>43</sup>.

### o) Análisis económico del derecho y función de asignación y distribución de recursos del sistema jurídico

El programa emergente de las ideas de Coase sobre el coste social y que ha sido desarrollado por el AED parece situarnos ante sendas ya transitadas en la teoría jurídica. En efecto, la desmitificación de la regulación estatal como instrumento eficaz en la corrección de los fallos del mercado, la vuelta al mercado, y a los instrumentos jurídicos del derecho privado, la defensa del derecho de propiedad privada como forma superior de propiedad para hacer frente al problema de las externalidades, parecen entroncar con las propuestas neoliberales de la desregulación, del retorno a un Estado mínimo, garante de la esfera autorregulada del mercado como sistema óptimo y tendencialmente único de asignación y distribución de los recursos. Sin embargo, bajo la apariencia del canto a las bondades de la propiedad privada individual y el retorno a las raíces del liberalismo, existe una compleja y complicada adaptación de las categorías económicas y jurídicas a las condiciones de vida de la sociedad capitalista avanzada.

En particular, la importancia concedida por Coase a la estructura institucional, y en concreto a la delimitación de los derechos sobre los recursos y a los costes de transacción como determinantes a la hora de resolver el problema de la externalidad, y su desarrollo posterior por el movimiento de los *property rights* y por el AED en su conjunto, nos aportan una clave interpretativa nueva de las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico, entre derecho y economía. Una clave interpretativa que parte del reconocimiento de la *función constitutiva de las relaciones económicas por parte del sistema jurídico*, es decir, de la *función del derecho como mecanismo de asignación y distribución de recursos*. La acción del derecho, de la forma jurídica, es una acción constitutiva de las propias relaciones económicas y sociales; no sólo es una acción de control y garantía.

<sup>43</sup> Vid P. SCHWARTZ y A. CARBAID, «Teoría económica de los derechos de propiedad», *opus cit.*, p. 221.



La idea del derecho como «garantía externa», que era la forma en la que se describía la función del derecho en la fase del Estado liberal, estaba basada en la aceptación del presupuesto de que había zonas de la vida social independientes, autónomas respecto de las cuales el derecho sólo asumiría un papel de mero sostenimiento, asegurando las condiciones de salvaguardia de las condiciones generales que permitieran desplegarse las relaciones económico-sociales de acuerdo con dinámicas completamente espontáneas.

La tradicional interpretación de las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico en la época del *laissez faire* ponía su acento en una visión del sistema jurídico (tanto el continental como el del *common law*) en la que éste aparecía como mecanismo de registro y sanción de los propios resultados del mercado<sup>44</sup>. Esta visión de las relaciones entre derecho y economía contribuyó a que los estudios jurídicos se centraran predominantemente en la función protectora-represiva del derecho, privilegiando una visión del derecho como conjunto de reglas de la conducta individual, como resolución de conflictos, como reparación de daños, como represión de los actos desviados. En definitiva, el modelo de relaciones entre Estado, derecho y mercado en la fase liberal abocaba a otorgar al derecho una función exclusivamente de mantenimiento del orden a través de normas imperativas y coactivas.

Frente a ello, el AED proclama la función directa de asignación y distribución de recursos que lleva a cabo el sistema jurídico. En la realidad de un mundo complejo, donde los costes de transacción impiden el funcionamiento de los mercados de competencia perfecta, el sistema institucional asume un papel económico determinante en la asignación eficiente de los recursos.

Un derecho racional, en el sentido económico, es como vemos un derecho con predominio del derecho privado y en el que sus normas reguladoras parecen adquirir un nivel casi constitucional, lo que en el ámbito de la política jurídica se traduce en la incorporación del AED dentro de las teorías que propugnan la desregulación progresiva de amplios sectores de la vida económica y el retorno a instituciones que favorezcan la solución privada de los conflictos sociales. Para concluir este apartado es necesario hacer la advertencia que el significado de la relación economía-derecho que plantea el AED sólo puede ser entendido inscribiendo a este movimiento de renovación de la teoría jurídica en el contexto más amplio de la crisis del Estado del Bienestar y del profuso debate intelectual al que ha dado lugar, no sólo en la teoría jurídica, sino en la teoría

<sup>44</sup> Vid. G. REBUFFA, «Il sistema delle relazioni economiche nell'analisi della tradizione sociologica: diritto e mercato», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XIII, n. 1, 1983. p. 156.

social, económica y política. El AED adquiere su sentido más preciso como propuesta de renovación de la teoría jurídica precisamente en la respuesta a los problemas del derecho en las sociedades actuales. La provisión de un fundamento nuevo, el económico, y de una teoría de base simplificadora de la complejidad del fenómeno jurídico sólo pueden ser comprendidos con la inscripción del AED en ese marco de respuestas a la crisis del modelo de derecho vigente.

#### 4. El AED y la renovación del discurso jurídico tradicional

El AED se nos presenta como una teoría renovadora del discurso jurídico tradicional. En este sentido, el AED es la «promesa feliz» de una teoría del derecho y de la justicia, «realista» en su adaptación al mundo de la escasez, «científica» en la descripción del derecho, segura en la justificación de las decisiones judiciales apelando a un criterio «técnico y neutral» como la eficiencia económica. La ciencia económica, con los desarrollos operados en las últimas décadas parecía ser la llamada a realizar dicha promesa.

¿Cuál es el resultado de la renovación? ¿Tiene la teoría jurídica tradicional que pagar algún precio por esta renovación?

En primer lugar, es cierto que el AED nos permite comprender mejor la lógica del sistema jurídico en la medida en que hace explícitos los fundamentos económicos de las decisiones jurídicas. El AED destruye una visión del derecho americano en el que éste aparecía como valedor de un consenso sobre valores públicos compartidos, en el que cada decisión, cada legislación era leída como expresión del «interés general», en el que el derecho era la vía y el vehículo adecuado para la reforma igualitaria de la sociedad americana. El AED en esta vertiente desmitificadora que enlaza directamente con la tradición del realismo jurídico, nos previene de los efectos de la mitificación de la acción del Estado a través del derecho. El AED nos descubre que detrás de toda decisión jurídica hay un problema de escasez y de elección, que es necesario elegir y hacerlo sobre la base realista de un análisis de las consecuencias, medidas en costes y beneficios, porque esa es la única manera de resolver los problemas prácticos a los que debe de hacer frente el derecho. El AED nos descubre que el derecho cuesta, que su aplicación no es gratuita y que las instituciones jurídicas son determinantes de la asignación y distribución de los recursos de una sociedad determinada. El AED intenta aportar un modelo de científicidad jurídica y de jurista acorde con las realidades del presente. Como salida tecnocrática a la crisis del derecho norteamericano, el AED se nos presenta como una teoría del derecho más operativa, dotada de técnicas de análisis simples manejables y a la

vez sofisticadas que permiten la verificación empírica de las predicciones de las políticas jurídicas y un jurista especializado, experto en las nuevas técnicas capaz de llevar ante un tribunal los argumentos extraídos de una teoría no basada en intuiciones y particularismos sino en la claridad y la consistencia que el lenguaje económico de los costes y beneficios proporciona<sup>45</sup>. En esta labor de desmitificación de la función del sistema jurídico y de la puesta a la luz de sus fundamentos económicos el AED nos sitúa ante una nueva imagen del derecho y de la práctica jurídica.

Pero, en segundo lugar, hay que decir seguidamente que se sigue tratando de una imagen, no de una explicación de la realidad, sino de una representación imaginaria, ideológica, de la misma. No es cierto que baste con desprenderse de los ropajes de las viejas categorías jurídicas y

---


<sup>45</sup> El AED transforma en un lenguaje tecnocrático categorías y problemas jurídicos que habían sido objeto de debates teóricos largos y profundos. Un ejemplo es la reconceptualización económica del concepto de culpa. El concepto de culpa determina la responsabilidad del demandado por los daños causados a una tercera persona comparando la conducta del agente productor del daño con la que hubiera adoptado un hombre razonable, o la «diligencia de un buen padre de familia» u hombre medio, como parece exigir nuestro ordenamiento jurídico. Este *standard* judicial tan vago, tan indeterminado, es reformulado en el concepto económico de culpa o negligencia que Posner extrae del criterio utilizado por el juez Learned Hand en el caso *Carroll Towing* y que traduce la culpa a consideraciones cuantitativas, objetivas. El concepto económico de negligencia o culpa es enunciado de la siguiente forma: el agente del daño es culpable de negligencia si el coste de los daños causados por el accidente (CA) multiplicados por la probabilidad de que el accidente ocurra (PA), excede el coste de las precauciones que dicho agente podría haber adoptado para impedir la producción del siniestro (CP), en una fórmula quedaría expresado de esta manera:  $CA \times PA > CP$ . Un simple ejemplo basta para ilustrar la diferencia de la argumentación y de los medios a emplear por el jurista economista. Del edificio que construye A en plena vía pública se desprende un objeto (ladrillo, trozo de viga, etc...) que hiere a B, transeúnte que en ese momento pasaba por la vía pública, produciéndole una lesión cuya cuantía (que incluiría no sólo los costes de la lesión física, sino los costes médicos, los días que ha dejado de trabajar por la lesión...) asciende a 1.000.000 ptas.. Se sabe, por otra parte, que sólo 1 de cada 1000 veces se caerá un objeto y lastimará a un peatón que en ese preciso instante pase por la calle. El coste de instalar unas redes de protección para tales accidentes asciende a 50 ptas en este caso, puesto que al tratarse de un bien duradero su coste (que puede ser mayor) se amortizará por los sucesivos usos de dicha red en otras construcciones. Ante esos hechos ¿cómo se juzgaría la responsabilidad de A ante la posible demanda de B? la aplicación del test de Hand daría como resultado la responsabilidad de A, puesto que el coste del accidente multiplicado por la probabilidad de que éste ocurra ( $1.000.000(CA) \times 1/1000(PA) = 100$ ) es mayor que el coste de prevenir el accidente ( $100 > 50 =$  responsabilidad del constructor) Si la cuantía de la prevención del daño, si las redes o medidas de seguridad fuese superior a 100, el constructor no estaría obligado a indemnizar, no habría culpa, puesto que dicho importe representa un gasto presente mayor al de un coste futuro e incierto. Vid. PAZ ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», *opus cit.*, p. 661.

de su reformulación en los términos de la nueva retórica de las externalidades, de los costes de transacción y del análisis coste-beneficio, no basta objetivar en términos cuantitativos las categorías del discurso jurídico tradicional como la culpa o la pena, no basta el análisis económico del impacto legal para quedarnos con una descripción de la realidad desnuda de imágenes. Lo que el AED nos entrega es una imagen tan reductora de la realidad como la que es objeto de su crítica. La complejidad de la realidad social es reducida a la imagen producida de un individuo reducido a *homo oeconomicus*, a lo que se suma la reducción de la sociedad a un vasto mercado donde la política y el derecho son racionalizados son convertidos en «metamercados» institucionales que reproducen la lógica de la racionalidad maximizadora. No hay espacio exterior al mercado y a lo mercantilizable. En definitiva, en lugar del derecho como mediador de la realidad social, del Estado y la política como decisión del conflicto en nombre del interés general o de unos valores públicos, el AED nos resucita el mito del mercado y de la eficiencia como modelo y criterio de organización social, hechos reales gracias a la «naturalización» del comportamiento racional del *homo oeconomicus*. Este es el precio de la asunción de la descripción «real» del derecho que nos proporciona el AED.

A pesar de ello, no creo que hay de extrañarse del auge y desarrollo de este discurso económico del derecho. Hoy en el imaginario colectivo de la sociedad capitalista avanzada y en un proceso acelerado de globalización de la economía de mercado, la eficiencia y el mercado se han convertido en los criterios de legitimidad prácticamente exclusivas en la toma de decisiones políticas. La eficiencia económica se ha tornado un «nueva ley natural» a la que toda legislación y decisión jurídica debe plegarse. En realidad a lo que asistimos es a la apoteosis de lo económico, al triunfo del *homo oeconomicus* y a la extensión cotidiana del cálculo económico a todos los ámbitos y aspectos de la vida de los individuos.

En la «naturalidad del mercado», la eficiencia deviene la única lógica posible, convertida en un valor técnico y, por ello, incuestionable, presupuesto de toda política legislativa. Puede que algunas de las tesis del AED, las más extremas como las de Posner y algunos de sus seguidores nos aparezcan como exageraciones economicistas, cuando no meras veleidades de neoliberales ingenuos. Pero el problema es que la legitimidad de la eficiencia económica recorre por la vía de los hechos, no tanto de la teoría, amplios espacios de la política jurídica de nuestros días. Es por la vía de los hechos por la que la aargumentación consecuencialista y el análisis coste-beneficio se han introducido en el proceso de toma de decisiones de los tribunales de justicia, y es por la vía de los hechos por la que, por ejemplo, las reformas de la administración de justicia vienen traduciendo el primado de la eficiencia. En el mundo de la eco-

nomía globalizada no es extraño que el contrato se haya convertido en la fuente del derecho más importante, que se asista al nacimiento de una nueva *lex mercatoria* internacional y a una jurisdicción, el arbitraje internacional, que traducen de una manera nítida la lógica racional de la eficiencia que describen los juristas economistas del AED, esa es la justicia de las instituciones del mercado internacional, de las grandes corporaciones y del mundo de las finanzas, desligadas ya de las «ineficientes» reglamentaciones del Estado-nación.

Pero que ello sea así en la realidad de las sociedades contemporáneas no significa, como pretende Posner, que se confirme la «naturalidad» del mercado y del sistema capitalista como modelo de organización social. Esa es la falacia naturalista que esconde el economicismo del AED en su versión más extrema: una vez descubierto que lo real es racional –la racionalidad económica del *common law*–, lo racional –la lógica de la eficiencia económica– debe ser real –reformulando el sistema jurídico en su conjunto para hacerlo coherente con dicha lógica. Sin embargo, nada hay de natural en el mercado, ni nada hay de natural en la identificación de la conducta económica como el parámetro de la racionalidad; son fruto de un proceso histórico, de decisiones y de opciones políticas e ideológicas concretas y precisas. Creo que este determinismo economicista –que tanto recuerda al tan denostado economicismo marxista– no es de recibo en una sociedad que precisamente por padecer el primado de esa «ley natural» del cálculo económico y de la eficiencia, alumbra nuevos sujetos y nuevas demandas sociales que impugnan esa justicia del mercado y que vienen a plantear que el conflicto hoy no es el de eficiencia *versus* justicia sino el de diferentes conceptos de justicia. 



## LAS REFORMAS EN MATERIA DE DESEMPLEO

Pedro Rabanal Carbajo

Profesor titular de la Universidad de Vigo

### I. Introducción

Las últimas reformas habidas en materia de desempleo no pueden, desde luego, compararse con las mucho más profundas habidas hace ya casi una década, cuando la Ley 22/1992, de 30 de julio redujo de forma considerable el alcance de la protección, completada por los «nuevos vientos fríos» en palabras de Escudero, que trajo la Ley 22/1993, de 29 de diciembre. Desde entonces acá, aunque ha habido diversas modificaciones en la legislación sobre protección del desempleo –y algunas de ellas de notable alcance restrictivo–, como, según veremos, la introducida en el art. 203.3 LGSS (desempleo parcial) por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre- los cambios legales han sido más bien de matiz, en muchas ocasiones para clarificar o mejorar la gestión –caso, mayormente, de las reformas operadas en el subsidio por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre–.

También los últimos cambios legales, en los que va a centrarse este estudio, tienen un carácter menor si comparados con los de 1992-1993. Ello no significa, sin embargo, que de entonces a ahora, el Ordenamiento haya permanecido estático, o prácticamente estático, en cuanto a la protección por desempleo. Y es que al lado de la actividad legislativa, en esta



materia, ha tenido y tiene un peso específico muy notable la actividad jurisdiccional, cuya labor ha venido siendo me atrevo a decir que tan importante o más que la legislativa en la conformación del panorama jurídico actual de la protección por desempleo. Y lo ha sido además en muy distintos sentidos. Tanto, por ejemplo, en la lucha contra el fraude, en que la actividad jurisdiccional completó, especialmente mediada la década de los noventa, la actividad administrativa de forma indispensable, como en la protección de ciertos grupos especialmente necesitados, bien que en este último caso, sin embargo, jurisdicción y administración –y junto con esta finalmente también la legislación– no fueron por caminos paralelos. Por ello, en este estudio se abordarán también, además de las últimas modificaciones legislativas, las últimas tendencias jurisprudenciales, cuyo peso, como se viene de decir, es notable.

El carácter menor de las últimas reformas que se ha puesto de manifiesto tiene, como es obvio, explicación en la coyuntura actual. Y es que a la reducción del fraude que legislación, administración y jurisdicción consiguieron conjuntamente en la pasada década –y que no obstante ha dejado una sensación–, tanto legislativa como jurisdiccional, de tendencia a la presunción de fraude probablemente nada saludable– se une según parece el hecho últimamente puesto de manifiesto por los interlocutores sociales, de la recuperación de las cuentas que tanto peso tienen, en este como en todos los ámbitos de protección del Sistema de la Seguridad Social. Así, se viene sosteniendo últimamente que el saneamiento de las cuentas del desempleo, producido por la conjunción de la disminución del fraude y del número de desempleados, así como el escaso nivel de protección tanto en la cuantía de las prestaciones como en el número de parados que las perciben, amerita una reforma de sentido contrario a las de 1992-1993, es decir, ampliadora del nivel de protección (véase Julián Ariza, en *Cinco Días* del 22 de enero de 2002). También en este sentido se han intentado tímidas reformas legislativas, que han pretendido modificar meramente el sistema de extinción por realización de trabajo superior a doce meses, con la intención de que las nuevas cotizaciones se sumen a las anteriores sin que la opción actual haga perder unas u otras (*vid.* proposiciones de Ley del Grupo Mixto y de Izquierda Unida, en BOCCG, Congreso, Serie B, n<sup>os</sup>. 160-1 y 153-1, de 13 de julio y 15 de junio, respectivamente).

En este contexto, sin embargo, los medios informan de la intención del ejecutivo de abordar una reforma para «racionalizar y consolidar» el sistema, cuya misión debe ser «ayudar a quienes con más interés buscan un puesto de trabajo» (*El País* del 25 enero 2002, *ABC* de la misma fecha), que no parece tener un carácter ampliador de la protección y en la que se barajan curiosas medidas, como la fiscal de incentivar la aceptación de empleo con un «impuesto negativo» sobre la renta, dispositivo

por cierto difícil de conciliar con la previsión legal ahora existente –y de todo punto racional– según la cual la prestación por desempleo se extingue por «rechazo de una oferta de empleo adecuada» (art. 213.1.b LGSS), salvo que el Gobierno esté pensando, extrañamente, en animar a los desempleados a aceptar ofertas de empleo *inadecuadas*, extremo este plausible si se enfoca desde el punto de vista de no fomentar un desempleo «elitista» en el que la mera incomodidad del trabajo, o la menor consideración del ofrecido con respecto al perdido que dio lugar a la prestación, hacen al beneficiario rechazar la oferta y permanecer en desempleo, pero del todo rechazable si se piensa en la aceptación de trabajos para los que el beneficiario carece de la formación precisa, lo que no tiene necesariamente que suceder sólo en sentido ascendente, es decir, cuando se ofrece un trabajo de superior consideración al anteriormente perdido, sino que también sucede, con normalidad, cuando la situación es la contraria.

Con todo, y dado que la anunciada reforma global del desempleo no ha tenido lugar –los medios periodísticos más arriba citados señalan no obstante que el Ejecutivo quiere tener perfiladas sus líneas esenciales para marzo de 2002–, nos limitaremos a indicar las últimas reformas habidas junto con las tendencias jurisprudenciales que conforman el panorama actual de la protección por desempleo, especialmente en sus aspectos más delicados.

De entre las muchas clasificaciones posibles para las reformas –vgr. la que podría distinguir entre reformas ampliatorias y reformas reductoras de la protección–, o entre reformas directas de la normativa sobre desempleo y reformas de otras normas que inciden en el desempleo, muy sugerente esta última, como espero que se vea en este trabajo, he optado por seguir el orden más o menos sistemático que suelen tener los tratados generales sobre desempleo, con el fin de que el lector pueda ubicar con mayor facilidad las reformas en la legislación vigente. De este modo se abordará primero lo relativo a las reglas generales sobre la protección; después lo que atañe al nivel contributivo y finalmente el panorama del nivel asistencial.

Quedarán fuera de comentario las modificaciones legales cuyo carácter meramente de gestión o coyuntura hace innecesaria su exégesis. En tal sentido, vgr., las de la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, sobre cotización al desempleo, que como se sabe, penaliza la temporalidad imponiendo a las empresas –y también a los trabajadores en una pequeña cuantía, lo que no deja de ser curioso– una cotización mayor para los contratos temporales a tiempo completo (excepto los formativos, de inserción, de relevo, de interinidad y para trabajadores discapacitados) y mayor aún para los temporales a tiempo parcial o los celebrados por empresas de trabajo temporal. Otro caso es el RD 377/2001, de 6 de

abril, por el que se modifica el RD 1458/1986, de 6 junio, de Estructura orgánica del INEM, creándose una Subdirección General de Formación Continua y una Intervención Delegada de la Intervención General de la Administración del Estado. Igualmente, la operada por el art. 34. once Ley 24/2001, de 27 diciembre, que introduce una nueva Disp. Ad. Vigésima quinta LGSS, cuyo contenido ya podía derivarse del ordenamiento anterior; a saber, por una parte, que la tramitación de las prestaciones se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades previstas, y que transcurrido el plazo máximo para dictar resolución existe silencio administrativo negativo, salvo en los casos de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos y en convenios especiales, en que es positivo.

Sin ánimo exhaustivo, otras de las normas dictadas sólo en el último año y que, teniendo que ver con la protección y la gestión del desempleo, no van a ser estudiadas, dada su naturaleza y configuración, son las siguientes: RD 1124/2001, de 19 de octubre, por el que se incorporan las prestaciones por desempleo a la acción protectora prevista en el Real Decreto 2234/1981, de 20 de agosto, por el que se incluye en el Régimen General de la Seguridad Social al personal español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero; O. de 2 de noviembre de 2001 por la que se modifica la Orden de 19 de abril de 2001 por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas para la puesta en práctica de un programa experimental de formación e inserción laboral de demandantes de empleo en tecnologías de la información y de las comunicaciones, y se regulan las características de dicho programa; O. de 14 de noviembre de 2001 por la que se regulan el programa de Escuelas Taller y Casas de Oficios y las Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dichos programas. (C. Err. BOE 30 noviembre); O. de 14 de noviembre de 2001 por la que se desarrolla el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el Programa de Talleres de Empleo, y se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas a dicho Programa (C. Err. BOE 30 noviembre); O. de 13 de noviembre de 2001 por la que se modifica para el actual ejercicio económico, el plazo de finalización de las Resoluciones dictadas por el Instituto Nacional de Empleo, en desarrollo de la Orden de 26 de octubre de 1998, en el ámbito de la colaboración con las Corporaciones Locales, para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y/o servicios de interés general y social; O. de 19 de noviembre de 2001 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas públicas a personas con discapacidad dentro del ámbito de competencias del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) y se convocan las

correspondientes al año 2001; ORDEN TAS/192/2002, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002.

## 2. Las reglas generales de la protección por desempleo

### 2.1 Beneficiarios

#### a) *Ajenidad*

Varios son los puntos a tratar en este apartado, y varios también los mecanismos jurídicos que conforman su panorama actual.

Por una parte y en cuanto a la condición de trabajador por cuenta ajena que es preciso acreditar para obtener la protección del Sistema, es ineludible tratar el problema de las empresas familiares o «cuasifamiliares» dada la atomización empresarial existente en nuestro país. El hecho es que una de las manifestaciones de la «tendencia a la presunción de fraude» que se citó en la introducción afecta directamente a los casos en que quien pide la prestación de desempleo es familiar del empresario o de quien tiene una participación de cierta entidad en la empresa. En este punto ya hubo otras reformas –con abundante tratamiento doctrinal y jurisprudencial– dedicadas a deslindar el RETA y el RGSS (Disp. Ad. Vigésimoséptima LGSS), pero no basta por cuanto quienes solicitan las prestaciones no son, en muchos casos, quienes desempeñan labores gerenciales como consejeros o administradores, sino quienes realizan en la empresa las labores propias de un oficio.

En este punto la «presunción» de fraude se ha extendido curiosamente y casi sin excepción –todos lo hemos hecho– a la familia, de modo que nuestro «inconsciente jurídico» tiene tendencia a establecer un perverso binomio según el cual empresa más familia es igual a fraude. La novedad, en este caso atraída por vía jurisprudencial y no legal, y a nuestro juicio plausible, es que se está haciendo un esfuerzo por deshacerse de tan hiriente prejuicio. Ahí está la STS 30 abril 2001 (Ar. 4614, ponente: Excmo. Sr. Desdentado) que sin complejos permite disgregar en el plano teórico la sociedad de gananciales, para afirmar, por quedarnos sólo con un aserto de su enriquecedor texto, que «aunque la utilidad patrimonial del trabajo se incorpore a la sociedad de gananciales –cuando la empresa tiene esta consideración– y ésta sea la que abone la retribución que tiene además la consideración de bien ganancial (art. 1347.1 C.Civil), siempre subsistirá parcialmente la ajenidad, pues una parte del trabajo se habrá realizado para otro y se habrá retribuido con

cargo a su parte». La consecuencia, claro está, es que el cónyuge puede ser empleado de quien es el actual propietario de la empresa, por suscribir todas sus acciones, y es además su administrador.

#### *b) Involuntariedad*

Tema también ocasionado a dudas, especialmente al efecto de considerar existente la situación legal de desempleo, por cuanto una cosa es precisamente la existencia de tal situación (art. 208 LGSS) y otra cosa distinta es su acreditación (art. 1.uno.c RD 625/1985, de 2 abril), es la interpretación del requisito de involuntariedad en la pérdida del empleo. Sobre este asunto habremos de volver más adelante, por cuanto es no sólo condición para ser beneficiario sino también parte imprescindible de la situación legal de desempleo, pero puede adelantarse que una vez más la jurisdicción vuelve a romper –aunque tímidamente– la tendencia a la presunción de fraude. Así, la STSJ Madrid 17 mayo 2001 (ponente: Ilma. Sra. Ureste), afirma que la proximidad en el tiempo entre la fecha plasmada en el finiquito y la presentación de la papeleta ante el SMAC implica la existencia de una decisión del empleador de dar por finalizada la relación laboral. En el caso, el finiquito había sido suscrito por la trabajadora un viernes y la papeleta de conciliación se presentó el lunes siguiente. Sobre este tema, como se ha adelantado, volveremos.

#### *c) Alta*

En este aspecto, aunque ciertamente las modificaciones normativas apenas merecen ser citadas, existen algunos supuestos que sí reclaman atención.

##### ■ El período de excedencia para el cuidado de familiares.

Aunque no se trata más que de un recordatorio normativo, la Disp. Ad. Tercera 2 del reciente RD 1251/2001, de 16 noviembre, que regula las prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo, recuerda, en cuanto a las situaciones asimiladas al alta en excedencias por cuidado de familiares, que lo son respecto de las prestaciones por desempleo, a las que es de aplicación el art. 4 Ley 4/1995, de 23 marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad.

##### ■ La reiteración de la solicitud de subsidio por desempleo.

El requisito del alta no se contempla para causar derecho al subsidio por desempleo (arts. 215 LGSS y 7 RD 625/1985, de 2 abril). Ello explica –y es conclusión incorporada al ordenamiento por la doctrina jurisdiccional, que no se encuentra en los textos normativos– que su solicitud pueda ser reiterada, tras su denegación inicial, vgr., por no cumplir inicialmente el requisito de carencia de rentas y venir después a peor fortuna, siempre que el período duración del subsidio no haya concluido



(STS) Cataluña 3 enero 2000, AS 1658; SSTSJ Madrid 18 noviembre 1999, AS 7409 y 25 junio 1998, AS 2722, entre otras). Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha venido exigiendo, con distinto rigor, la inscripción como demandante de empleo como requisito de acceso al subsidio (art. 215.1.1 LGSS). Aunque las sentencias de suplicación hablan de esta exigencia como atenuada en su rigor, en ocasiones se ha exigido que la inscripción sea ininterrumpida –con la finalidad de controlar la existencia de la voluntad de trabajar que es requisito imprescindible de la situación legal de desempleo– (especialmente, para el subsidio de mayores de 52 años, art. 7.3.b RD 625/1985, de 2 abril).

Esta exigencia incierta y ocasionada a dudas ha sido fijada por la última jurisprudencia, que ha establecido que sólo cabe exigir la inscripción ininterrumpida en el mes de espera y hasta la solicitud del subsidio (art. 215.1.1 LGSS), con el antedicho fin de controlar la existencia de la voluntad de trabajar del solicitante, sin que pueda exigirse la ininterrupción en la inscripción como demandante de empleo más allá de esos términos. En este punto, además, la jurisprudencia ha operado una auténtica modificación normativa, al considerar contrario a la Ley y por tanto nulo, el precepto reglamentario (art. 7.3.b RD 625/1985, de 2 abril) que exige la inscripción ininterrumpida (STS 17 abril 2000, RJ 5882).

En todo caso, repárese en que, la inscripción –sobre todo si es ininterrumpida–, una vez agotada prestación por desempleo, constituye una situación asimilada al alta (art. 36 RD 84/1996, de 26 enero), por lo que de hecho no existe tanta diferencia entre la exigencia del requisito del alta para el caso de la prestación y la exigencia de inscripción para el caso del subsidio.

#### *d) Fijos discontinuos*

Con la letra de la Ley en la mano, es claro que los trabajadores fijos discontinuos tienen derecho a prestaciones por desempleo, como poco, porque el legislador lo ha querido así (art. 208.1.4 LGSS y arts. 1.5 y 2.2 RD 625/1985, de 2 abril). El problema, más que nuevo resucitado, se ha planteado con la modificación normativa operada por la Ley 12/2001, de 9 julio, que disgregó los contratos fijos discontinuos, dejando como modalidad de trabajo a tiempo parcial aquellos en que concurre periodicidad (art. 12.3 ET) y trasladando los fijos discontinuos (sin periodicidad) al precepto donde se trata la duración del contrato de trabajo (art. 15.8 ET). Lo curioso es que esta modificación legal pueda tener efectos sobre la protección por desempleo. Y puede tenerlos, como ha expuesto Cabeza, a quien seguimos para esta exposición. Lo que sucede es que según cierta interpretación administrativa –seguida, al parecer, por algún órgano jurisdiccional (STSJ Valencia 14 enero 2000)– puesto que los fi-

jos discontinuos periódicos no son «fijos discontinuos» sino trabajadores a tiempo parcial con una distribución irregular de la jornada a lo largo del año –y no de la semana, o del mes– no merecen la protección por desempleo. De *lege ferenda* puede considerarse más o menos defendible esta posición, pero lo que no cabe es fundarla en la última modificación legal, dado que el argumento requiere extraer la exclusión de los periódicos precisamente de su carácter de trabajadores a tiempo parcial, que no tienen los no periódicos –no están en el art. 12 ET–, a quienes la ley sí otorga protección. Pero es que los no periódicos han estado incluidos en el tratamiento del trabajo a tiempo parcial (art. 12 ET) desde la Ley 10/1994, de 19 de mayo hasta la Ley 12/2001, de 9 de julio, y pese a ser, así pues, trabajo a tiempo parcial, nadie pudo poner en duda su protección por desempleo, en los términos del art. 208.1.4 LGSS). La ubicación, por tanto de la regulación no vale para distinguir, a efectos de desempleo, entre «fijos periódicos» y «fijos discontinuos».

#### e) Penados en instituciones penitenciarias

El nuevo RD 782/2001, de 6 julio, que regula la relación laboral de carácter especial correspondiente, otorga a este grupo protección por desempleo, en los términos de la regulación general «cuando sean liberados de prisión» (art. 19 RD 782/2001, de 6 julio), estableciendo además que para la cotización por esta contingencia se aplicará el tipo de cotización establecido para la contratación indefinida vigente en cada momento (art. 20.2.c RD 782/2001, de 6 julio).

### 2.2 Situación legal de desempleo

#### a) La reacción del beneficiario ante la extinción: apariencia de legalidad y evaluación

Nuevamente la doctrina jurisprudencial completa aquí el ordenamiento interpretando con cierto rigor el requisito de reclamación en tiempo y forma contra el despido (art. 208.2.2 LGSS), al exigir la conducta activa del trabajador contra su despido no sólo en los casos en que la extinción reviste esa forma, sino también en otros en que tiene la apariencia de una extinción por cumplimiento del término pactado o similar, cuando es razonable exigir al trabajador el conocimiento de que dicha extinción no se produce por la causa alegada (STSJ Galicia 17 octubre 2000, AS 2929; STSJ Murcia 20 abril 1999, AS 1420; STSJ Aragón 2 octubre 1996, AS 3683; STSJ Castilla y León (Burgos) 31 julio 1995, AS 2862). Pero no se exige esta conducta de reclamación si, producida la extinción por alguna de las causas para las que la ley no la exige, reviste una razonable «apariencia de legalidad» (STS 20 diciembre 1995, RJ 9487; STSJ Castilla-La Mancha 25 mayo 2000, AS 5406; STSJ Murcia 3



julio 2000, AS 4079; STSJ Galicia 27 abril 1994, AS 1779); STS 6 marzo 2001, RJ 2835; STS 24 julio 2001.

*b) La conformación de la situación legal de desempleo por reconocimiento de la improcedencia en conciliación: cuantía de la indemnización*

También la jurisprudencia, después de una inicial vacilación, ha reinterpretado el art. 1.uno. c RD 625/1985, de 2 de abril, de modo que pese a los términos absolutos del límite indemnizatorio –se habla de 35 días de salario, no de 35 días de salario por año de servicio–, en los casos en que la extinción se produzca antes del transcurso de un año de antigüedad en la empresa –y salvados los casos en que se detecta fraude de ley en la extinción para configurar la situación legal de desempleo– la indemnización exigible para configurar la situación será la proporcional al límite legal, en función del tiempo trabajado, teniendo en cuenta que la indemnización legal por despido improcedente es de 45 días de salario por año de servicio, de modo que si el tiempo trabajado es menor de un año la indemnización correspondiente al máximo legal puede no alcanzar los 35 días (si 45 es el máximo para un año de antigüedad, sólo una antigüedad de más de 9 meses da lugar a una indemnización superior a 35 días; si la antigüedad es, vgr., de medio año, la indemnización máxima legal es de 22'5 días, pero dará lugar a prestación por desempleo) (SSTS 17 febrero 2000, RJ 2049; 14 octubre 1999, RJ 8145; 1 junio 1999, RJ 5059; 5 julio 1998, RJ 5269).

*c) Extinción por acciones de movilidad geográfica y funcional: reinterpretación de la norma reglamentaria*

En los casos de movilidad geográfica y modificación sustancial (arts. 40.1 y 41.3 ET), la situación se acredita con la certificación empresarial sobre la medida modificativa del contrato adoptada y su no aceptación y correspondiente opción extintiva por el trabajador (STSJ Madrid 24 septiembre 1996, AS 2957) (recuérdese que a partir de la Ley 11/1994, de 19 mayo, no es precisa la intervención administrativa de autorización en estas materias y asimismo las modificaciones sustanciales pueden tener carácter individual, sin requerir, por tanto, acuerdo con los representantes de los trabajadores, lo que obliga a una reinterpretación, en este sentido, de los arts. 1.uno.g y h RD 625/1985, de 2 abril).

*d) Reducción de la jornada de trabajo: estado de la cuestión*

De acuerdo con la Ley, se está en situación legal de desempleo cuando se produce la reducción de la jornada de trabajo, en una tercera parte, al menos «en los términos que se establezcan reglamentariamente» (art. 208.1.3 LGSS). Reglamentariamente, por tanto, no sólo se regula la

acreditación de esta situación legal de desempleo, sino también su propia configuración, al establecerse que sólo se estará en situación legal de desempleo «cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria de trabajo en, al menos, una tercera parte, en virtud de la autorización conferida al empresario para reducir la jornada de trabajo de sus trabajadores por resolución dictada por la autoridad laboral competente en expediente de regulación de empleo» (art. 1.cuatro RD 625/1985, de 2 abril).

La dimensión exacta de esta situación legal de desempleo exige además atender a las normas sobre el objeto de la protección y a los antecedentes normativos y jurisprudenciales, pues, al día de hoy, sólo se está en situación legal de desempleo –por extraño que resulte– cuando la reducción de jornada es temporal, es decir, momentánea, transitoria, y no cuando es definitiva.

En efecto, la ley contiene desde el principio la previsión de que «el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción» (art. 203.3 LGSS). Surgida la duda sobre si el adverbio *temporalmente* significaba la exigencia de que la reducción fuese en el tiempo de trabajo (lo que resultaba una obviedad, salvo en la referencia al tercio de jornada que activa la protección) o bien que sólo la reducción momentánea y no la definitiva resultaba protegida (lo que resultaba una injusticia, porque supondría proteger la situación de menos necesidad –la pérdida momentánea de parte del empleo– y desproteger la de más necesidad –la pérdida definitiva–, el TS optó, con buen criterio, por la primera de las interpretaciones, estableciendo, por una parte, que constituía situación legal de desempleo la reducción de jornada, tanto la temporal como la definitiva, instrumentada por el empresario por la vía de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (SSTS 24 febrero 1997, RJ 1579; 13 mayo 1997, RJ 4091; 14 julio 1997, RJ 6262 y 7 noviembre 1997, RJ 8090), y por otra parte, que tras la reforma llevada a cabo en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, de 19 mayo, no era necesaria la previa autorización administrativa para que existiese situación legal de desempleo parcial por reducción individual de la jornada de trabajo (STS 11 mayo 1998, RJ 4327), dado que en tales casos no se exigía ya la tramitación de expediente administrativo alguno.

Sin embargo, esta jurisprudencia quedó invalidada cuando la Ley 66/1997, de 30 de diciembre añadió un segundo párrafo al precepto legal según el cual «a estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la

vigencia del contrato de trabajo» (art. 203.3, pfo 2 LGSS). Queda, así pues, fijada legalmente la interpretación más injusta según la cual sólo quien pierde momentáneamente parte de su empleo merece la protección por desempleo, y no quien lo pierde definitivamente (STSJ País Vasco, 26 enero 1999, Ar. 118). Es cierto que esta legalidad guarda coherencia con la relativa al trabajo a tiempo parcial, según cuya regulación «la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo» (art. 12.4.e ET).

Pero es que esta previsión legal también desconoce la realidad y su plasmación jurídica. Ello es así, por una parte, puesto que, como ha expuesto con brillantez la doctrina jurisdiccional es difícilmente compartible que las reducciones de jornada constituyan un nuevo vínculo contractual, fuera de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, pues las variaciones en el aspecto cuantitativo no hacen variar cualitativamente los elementos esenciales del contrato (ni el objeto: los servicios retribuidos, o lo que es lo mismo, las obligaciones recíprocas de trabajar y de retribuir ese trabajo; ni la causa: cesión remunerada de los frutos del trabajo), por lo que, salvo que las partes hubiesen elevado a la categoría de causa estableciendo como causa determinante de la contratación el aspecto cuantitativo, estamos ante una mera modificación de la obligación y no ante una novación extintiva que extinga el vínculo anterior para constituir otro nuevo, y por ello la modificación de la jornada aparece en el art. 41 del ET como una modificación sustancial más, que como hemos visto puede llevar a cabo unilateralmente el empresario, a reserva de su posible impugnación por el trabajador (STSJ Galicia 10 febrero 1999, AS 62). El precepto estatutario (art. 41.1.a ET), queda pues, prácticamente vacío de contenido.

Por otra parte, la falta de integración de este sistema con el ordenamiento y, sobre todo, con la realidad que pretende abarcar debe ser puesta de manifiesto. Cuando el legislador afirma que la reducción de jornada es en todo caso voluntaria para el trabajador desconoce, como es evidente, la más prístina realidad, pues si partimos de una situación real de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no es ilegítimo que el planteamiento empresarial sea, vgr., ofrecer la opción a los trabajadores entre reducir su jornada de trabajo o bien proceder a la extinción de algunos contratos. Es evidente, pues, que la reducción no es voluntaria para el trabajador, sino aceptada como mal menor frente al mayor que constituye la extinción de su contrato. La reducción de jornada, por tanto, no es voluntaria sino forzosa.

### No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación: su rebasamiento y la cotización

Respecto de este requisito, en puridad, la modificación atañe, más que a las condiciones generales, a lo relativo al subsidio por desempleo para mayores de 52 años –por lo que se remite al epígrafe correspondiente de este texto, *infra*; si bien existe una nueva norma según la cual los trabajadores que continúen trabajando más allá del cumplimiento de los 65 años y tengan 35 o más años cotizados no tienen que cotizar –tampoco sus empresarios– entre otras contingencias, por desempleo (Disp. Ad. Vigésima primera 3, en relación con el art. 112.bis, ambos de la LGSS en redacción introducida por el RD-Ley 16/2001, de 27 diciembre).

Cabe una cuestión interpretativa con respecto a esta nueva previsión. La Disp. Ad. citada realiza «la exoneración prevista en el art. 112.bis» y según este, «si al cumplir 65 años de edad el trabajador no tuviere cotizados 35 años, la exención a que se refiere el apartado anterior será aplicable a partir de la fecha en que se acrediten los 35 años de cotización efectiva». Este precepto engrana perfectamente con su presupuesto y su teleología, pues es claro que la exoneración de cotizaciones, además de un incentivo para continuar trabajando más allá de los 65 años, no perturba la lógica del sistema, habida cuenta de que con 65 años cumplidos y 35 cotizados el porcentaje de pensión de jubilación que se obtiene es del 100%, de modo que el hecho de que el trabajador continúe en su puesto supone en todo caso un ahorro para el Sistema, siendo así que, también según nueva legislación, cada año adicional de cotización a partir de los 65 y con 35 cotizados aumentará la pensión en un 2%, por encima del 100% ya alcanzado. La exoneración, entonces, no se da si no se tienen los 35 años cotizados, porque el trabajador deberá contribuir al Sistema hasta alcanzar el 100% y sólo desde que se alcance dicha carencia, procederá la exoneración (art. 163.2 LGSS inserto por el RD-Ley 16/2001, de 27 diciembre).

Este mecansimo, como se dice, guarda coherencia interna, porque, por decirlo sencillamente, las cotizaciones que se realizan para la jubilación después de los 65 años, cuando no se tienen 35 cotizados, «sirven», para aumentar el porcentaje de Base Reguladora. Sin embargo, no sucede lo mismo en el caso del desempleo, habida cuenta de que no se ha derogado, ni matizado, la norma según la cual para tener derecho a prestaciones por desempleo no ha de haberse cumplido la edad ordinaria de jubilación (65 años) si se tiene derecho a pensión –no a la pensión máxima posible, al 100% de la base reguladora– (art. 207.d LGSS). La consecuencia, por tanto, siguiendo la lógica de los nuevos preceptos, es que la cotización al desempleo no sirve de nada aunque no se tengan 35 años cotizados –basta con que se tengan 15– pues el trabajador que por

encima de los 65 pierda su empleo se ve obligado a jubilarse dado que no se le concederán prestaciones por desempleo.

Es obvio que cabría una interpretación correctora y teleológica del precepto, de conformidad con la cual la exoneración de la Disp. Ad. Vigésima primera .3 LGSS (para desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional) fuera independiente de la de contingencias comunes que realiza el art. 112.bis LGSS y por tanto no sometida al requisito de tener los 35 años cotizados –que es un requisito claramente referido a la jubilación–. Sin embargo, es una interpretación que choca en buena medida con la literalidad del precepto que habla de la exoneración «prevista en el art. 112.bis», de modo que parece operar una remisión en bloque y con sus requisitos a la norma citada.

### ± Desempleo e incapacidad temporal, maternidad y excedencias por cuidado de familiares

Presentada como una de las reformas de mayor calado en cuanto al desempleo, de las que realiza la última «Ley de acompañamiento» 24/2001, de 27 diciembre, lo cierto es que el art. 222 LGSS ha sufrido una radical remodelación, cuyo fin es, según todos los indicios, alcanzar la igualdad de tratamiento entre situaciones que no merecen ser diferenciadas, a la vez que evitar la tentación de fraude que motivaba la redacción anterior, fraude, por tanto, que ciertamente era mejor no combatir directamente sino erradicando la norma que, en mucha parte, era su causa. Así, son los siguientes los tratamientos que ahora se adoptan en la confluencia de las contingencias protegidas:

■ En el supuesto de que en el momento de extinción del contrato que da derecho a prestación por desempleo el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal, seguirá en esta situación hasta su extinción, pasando después a percibir la prestación por desempleo, pero sólo por el tiempo que reste como si la prestación hubiera nacido tras la extinción del contrato. De hecho, el subsidio de IT, tras la extinción, se percibirá «en cuantía igual a la prestación por desempleo» (primera duda interpretativa: ¿también en el caso de que extinguida la IT no haya derecho a prestación por desempleo? Creemos que no, puesto que la norma se refiere, con toda evidencia, sólo al supuesto de procedencia de ambas prestaciones) y el INEM asume, en cuanto a cotizaciones, la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuenta como consumido por el disfrute del subsidio de IT tras la extinción (segunda duda interpretativa: ¿y si todo el tiempo que hubiera correspondido prestación por desempleo transcurre en IT? Creemos, entonces, que el INEM deberá igualmente ingresar las cotizaciones como si se hubiera disfrutado de la prestación por desempleo. Por el tiempo de



IT que subsista, una vez agotado el tiempo teórico de la prestación de desempleo, como antes de la reforma, no habrá cotización. ¿Cuál será, para este tiempo, la cuantía del subsidio de IT? La respuesta es, otra vez, la duda interpretativa primera).

Se conjura, con esta nueva redacción la desigualdad que suponía el anterior art. 222 LGSS, que sumaba linealmente los tiempos de IT y desempleo cuando la extinción contractual se producía vigente la primera, y los superponía, sin embargo, compensando el tiempo de IT con el de desempleo, cuando ésta acaecía una vez nacida la prestación de desempleo. Esta desigualdad además fomentaba una suerte de fraude de Ley –aunque incluso nos parece demasiado duro tachar la conducta de fraudulenta-, por cuanto los beneficiarios procuraban iniciar su situación de IT –en la medida de sus posibilidades– previamente a la extinción del contrato, para así sumar al período de IT el de desempleo posterior, y obtener un considerable tiempo superior de subsidio de su situación de falta de empleo.

Se homologan asimismo las situaciones cotizatorias de los beneficiarios en ambos casos, habida cuenta de que con anterioridad, el período de la IT iniciada antes de la extinción contractual inmediato posterior a ella quedaba vacío de cotización –por falta de previsión de un obligado a realizarla–.

■ Si la situación de concurrencia se produce entre la maternidad y el desempleo, en términos similares a la anterior, sin embargo, no se producirá la subsunción entre los tiempos de maternidad y los de desempleo cuando la maternidad comenzó antes de la extinción del contrato. La razón de esta diferencia acaso esté en la necesidad de fomento de la maternidad y de la conciliación de la vida laboral y familiar que el Ordenamiento ha detectado hace ya al menos un quinquenio. Sin embargo, entonces, no se explica por qué no sucede así también cuando la situación de maternidad acaece una vez comenzado el disfrute de prestación por desempleo total, en cuyo caso, según la nueva ley, el beneficiario percibirá la prestación por maternidad en la cuantía que corresponda (no en la cuantía de la de desempleo, como sucede con la IT), pero el período de percepción de la prestación de desempleo «no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de IT o maternidad». Como en la norma anterior, ahora derogada, también el INEM continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social en estos casos.

Conviene también, en este punto, hacer referencia a la regulación reglamentaria sobre las prestaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo, también nueva y promulgada por el RD 1251/2001, de 16 noviembre, cuyo articulado, por razón de jerarquía normativa, habrá de ser interpretado de conformidad con este nuevo art. 222 LGSS.



Así, han de verse cada una de las situaciones que contempla el art. 9.4 RD 1251/2001, de 26 diciembre, precepto que parte en todo caso del supuesto de extinción del contrato de quien ve interrumpida su situación de IT por la de descanso por maternidad, regulando los siguientes supuestos cronológicos:

1. Extinción producida una vez iniciado el descanso por maternidad. La norma reglamentaria establece que se mantendrá el descanso por maternidad. Y si acabado éste persiste una situación de IT, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono del subsidio (art. 9.4.1<sup>a</sup> RD 1251/2001). A la luz del nuevo art. 222 LGSS, habrá que matizar que en este supuesto el cómputo de la prestación por desempleo no comenzará hasta el agotamiento de la prestación de maternidad (art. 222.2 LGSS), pero se reanudará, computándose y compensándose con él, cuando finalizada aquella se reanude el subsidio de IT (art. 222.1 LGSS). La cuantía de este subsidio será la inicialmente determinada, puesto que se habla de reanudación del subsidio (art. 222.3 LGSS).

2. Extinción producida antes del inicio del descanso por maternidad. La sincronización de este supuesto (art. 9.4.2<sup>a</sup> RD 1251/2001) con el art. 222 LGSS es más complicada de captar a primera vista. La norma reglamentaria prevé que en todo caso nacerá el subsidio de maternidad, aunque no se haya pasado a la situación de desempleo, o esta situación se hubiera extinguido durante la IT precedente a la maternidad –extremo este, por cierto que guarda coherencia con la norma legal sobre superposición del cómputo de la IT y el desempleo (art. 222.1 LGSS), de aparición posterior en el ordenamiento–. En todo caso, ha de entenderse, que durante todo el tiempo previo al nacimiento del subsidio por maternidad, habría de mantenerse la situación de IT, pues si no se mantendría la protección por maternidad en situación de eterna pendencia. Además, así lo confirma el segundo párrafo del art. 9.4.2<sup>a</sup> RD 1251/2001, que recoge la doctrina jurisprudencial según la cual la protección por maternidad se causa si no hay solución de continuidad entre la IT y ella, pese a que no exista contrato de trabajo en vigor –lo que supondría, en puridad, una situación de falta de alta obstativa al nacimiento del subsidio de maternidad.

Aquí, sin embargo, la norma reglamentaria contempla un supuesto que no contempla la norma legal. Así, mientras que ésta última sólo contempla, por separado, la combinación entre maternidad y desempleo e IT y desempleo, la reglamentaria contempla la combinación de las tres contingencias. Sin embargo, no hay contradicción entre ambas normas. Sucede, que con la sola norma legal queda claro que el nacimiento de la prestación de maternidad antes del desempleo supone la suma de los tiempos de ambas prestaciones (art. 222.1 LGSS) y, aparentemente, el nacimiento del desempleo antes de la maternidad, supone la

superposición de esos tiempos, que así se compensan (art. 222.3 *in fine* LGSS). Pero esto es sólo una primera impresión, pues es claro que para que esa superposición se de, tienen que coincidir ambos tiempos, de modo que si el tiempo de la maternidad no se ha agotado cuando se ha agotado el de desempleo, la protección continuará por el tiempo que falte de aquella. Lo mismo sucede, como se verá, en los casos de simple combinación entre IT y desempleo, con la diferencia, como veremos, de que en ellos, si la IT no es recidiva, el subsidio de IT a percibir tras el fin del desempleo sufre una considerable limitación en el nuevo art. 222 LGSS.

¶ Nuevo es también el tratamiento de la *recidiva* en conjunción con las prestaciones de desempleo. Según el nuevo art. 222 LGSS si, comenzado el disfrute de la prestación por desempleo (siempre total) se incurre en un proceso de IT con recidiva, se percibirá la prestación de IT en la misma cuantía que la que tendría la de desempleo a la que sustituye, y si la IT continúa una vez finalizado el período de duración de la prestación de desempleo, la ley prevé que «seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en la misma cuantía en la que la venía percibiendo». Aun cuando ciertamente esta última previsión no es del todo clara, cabe entender que se trata de la cuantía equivalente a la prestación por desempleo de la que viene de hablar inmediatamente antes el mismo precepto. En todo caso, esta regulación no se diferencia en nada de la anterior, pero sí se establece una diferencia, y de importante calado, cuando la IT acaecida durante el desempleo no es recidiva. En tal supuesto, según la nueva ley –con anterioridad no había diferencia alguna, y por tanto, el mismo tratamiento tendría la IT, fuera o no recidiva– si el beneficiario continuase en situación de IT una vez finalizado el período de protección por desempleo, «seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de pagas extras (sic)».

A todas luces se produce pues un recorte en la protección de estos supuestos, pues, a salvo mejor interpretación, y a salvo de previsión legal anterior sobre la superación por el período de IT del período de desempleo, la conclusión más segura es que se seguiría percibiendo el subsidio de IT hasta la extinción de esta contingencia, sin variación en su cuantía respecto de la última percibida en la situación de superposición entre IT y desempleo (aunque no se encuentra mucha doctrina jurisprudencial sobre el tema, así lo admite implícitamente la STSJ Madrid 28 enero 1999, Ar. 520; STSJ Cataluña, 23 marzo 2000, Ar. 5540; STSJ Castilla-La Mancha 18 septiembre 2000, Ar. 4388; también incidentalmente STS 5 julio 2000, Ar. 8325; STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife 3 marzo 1998, Ar. 706 y con menos seguridad STS 4 julio 2000, Ar. 6288; STSJ Andalucía, Sevilla 2 diciembre 1999, Ar. 7276. Otros asuntos de temática distinta

pero conexas también parecen apuntar en esa dirección. *Vid.* STSJ Galicia 21 diciembre 1999, Ar. 6611; STSJ Cataluña 16 febrero 1999, Ar. 897). Ahora, sin embargo, cuando la IT no es recidiva, el subsidio sufre una drástica rebaja. No es fácil adivinar la intención de este precepto y, sobre todo, explicar por qué se ha contemplado de esta manera la recidiva y no, por ejemplo, lo que hubiera parecido considerablemente más razonable, se ha llevado este tratamiento diferenciado a las situaciones de IT provenientes de contingencias profesionales con respecto de las comunes, si bien, dicho sea de paso, salvo que se piense una vez más en la sospecha de fraude que recae sobre los beneficiarios del sistema, tampoco tienen por qué ser tratadas de forma diferente las contingencias profesionales y las comunes en supuestos como el contemplado en que el coste se carga directamente al sistema y no a las empresas –a través de la cotización– o a las Mutuas que protegen los riesgos profesionales.

### 3. Nivel contributivo

#### 3.1 Prestación y trabajo a tiempo parcial

##### a) Duración de la prestación

Si hubo períodos de ocupación cotizada a tiempo parcial, su cómputo a efectos carenciales es dudoso, pues tras un período de incertidumbre sobre si dichos períodos se computaban en función de las horas trabajadas totalizándolas por días, o se computaba un día trabajado por cada día en que existiese cotización, con independencia de a cuántas horas correspondía dicha cotización, existiendo normas contradictorias, la normativa vigente sobre cotización específica en trabajo a tiempo parcial omite la referencia al desempleo, sin que parezca haber sido derogada, al menos expresamente, la norma según la cual, en materia de desempleo «cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o a trabajo efectivo en los casos de reducción de jornada, cada día trabajado se computará como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada» (art. 2.2 RD 144/1999, de 29 enero y art. 3.4 RD 625/1985, de 2 abril).

El problema proviene de la aparición en el ordenamiento de una norma, inicialmente de rango reglamentario, según la cual «en los supuestos de contratos de trabajo a tiempo parcial, a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el Régimen de que se trate, para causar derecho a las prestaciones correspondientes, se computarán las horas o días efectivamente trabajados. A tal fin, cuando se trate de trabajo por horas, el número de días teóricos computables será el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas por el nú-

mero de las que constituyan la jornada habitual para la actividad de que se trate» (Disp. Ad. Novena RD 2319/1993, de 29 diciembre). Lo que se planteaba en primer lugar es la regularidad y alcance de la norma. Al respecto se adoptaron varias posturas que aunque con diversos argumentos, pueden sintetizarse así:

a) Dicha norma nació nula por no tener en el momento de su promulgación cobertura legal, por tanto, «*quod nullum est nullum effectum produxit*», sin que la posterior cobertura legal, cuando el mismo texto apareció con rango de Ley (art. 4.3 Ley 10/1994, de 19 mayo), sanara el vicio de nulidad, y la norma no debe aplicarse, debiendo en todo caso esperarse a la promulgación del nuevo reglamento que preveía la norma con rango de Ley posterior.

b) La norma se promulgó en momento de vacío legal sobre el particular, por lo que surtió sus efectos, pero al promulgarse la norma legal (Ley 10/1994), previendo una nueva reglamentación de futuro, desde el momento de entrada en vigor de ésta dejó de tener eficacia hasta su efectivo desarrollo reglamentario (STSJ Castilla y León, Burgos, de 17 mayo 1996, AS 1515).

c) El nacimiento sin cobertura legal de la norma la hacía inaplicable, pero la Ley (Ley 10/1994) le dio la cobertura legal precisa, por lo que desde el momento de su entrada en vigor ha de considerarse vigente (STSJ de Castilla-La Mancha de 29 mayo 1996, AS 1684 y STSJ Cataluña 7 marzo 1996, AS 625).

d) Amalgamando las teorías b) y d), o sin plantearse su génesis, se ha opinado también que la norma era perfectamente válida y aplicable desde su promulgación (STSJ País Vasco de 15 marzo 1996, AS 475; STSJ Madrid de 30 marzo 1995, AS 1313 y STSJ de La Rioja, de 18 mayo 1995, AS 1796).

A la dificultad de optar por una de las anteriores soluciones expuestas, se unen dos problemas más.

1) En el caso de que la aceptada fuera de las que mantienen en vigor la norma, desde una u otra fecha, el primero es el de la producción de efectos, en los términos siguientes: si ha de aplicarse el modo de cómputo restringido a toda prestación cuyo hecho causante se produzca con posterioridad a la vigencia (solución adoptada, en otro caso por ejemplo, en materia de eficacia de cuotas en el RETA, con la modificación operada por la Ley 22/1993, por la STS en unificación de doctrina de 11 octubre 1996, RJ 7618), o bien el cómputo de los períodos cotizados ha de someterse en cada momento a la normativa vigente en el momento en que la cotización se produjo (SSTSJ La Rioja de 18 mayo 1995, AS 1796; Cataluña 13 marzo 1996, AS 1870 y Castilla-La Mancha 29 mayo 1996, AS 1684).

2) El segundo, es el de su aplicabilidad a la normativa de desempleo, en tanto que ninguna salvedad hace al respecto la norma, habiendo du-

rante el mismo tiempo una norma del mismo rango, (art. 3.4 RD 625/1985, de 2 abril) que para el caso del desempleo aplicaba la regla -día cotizado es día computado, con independencia de si la cotización es por jornada completa o parcial-, siendo el art. 4.3 Ley 10/1994, el que por primera vez incluye expresamente la protección por desempleo a los efectos que regula. La solución a este último problema derivaría de que se aplicase bien el criterio «*lex posterior derogat anterior*» o bien el de «*lex specialis derogat generalis*». Este segundo problema presenta a su vez dos momentos cronológicos diferentes, que pudieran incluso condicionar una solución distinta, a saber, antes y después de la entrada en vigor de la Ley 10/1994, que incluye por vez primera entre las prestaciones a que se aplica lo regulado la de protección por desempleo, inclusión que no está en la norma reglamentaria inicial (D.A. 9ª RD 2319/1993, de 29 diciembre), debiendo tenerse en cuenta además que la Ley 10/1994 remite a posterior regulación reglamentaria, sin que se derogue expresamente el art. 3.4 RD 625/1985.

En fin, al renovarse la regulación del trabajo a tiempo parcial, se introduce una nueva norma con rango legal según la cual «para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica» (Disp. Ad. 7ª.1.cuarta.1 LGSS, redactada por art. 2.2 RD-Ley 15/1998, de 27 noviembre y art. 2.2 RD 144/1999, de 29 enero), de modo que el efecto es, en definitiva y como se adelantaba al principio, la vigencia de la norma según la cual para el desempleo, un día cotizado es un día computable, con independencia de si la cotización se produjo por una jornada completa o parcial, tal como contiene la norma reglamentaria (art. 3.4 RD 625/1985, de 2 abril) que, o bien nunca fue derogada a través de la procelosa sucesión de normas que se acaba de describir, o bien ha recibido una suerte de «resurrección» por la última norma legal no menos curiosa (véase STSJ Cantabria 17 julio 2000, AS 3336; STSJ Madrid 13 enero 2000, AS 1165).

Téngase en cuenta, no obstante, que según el desarrollo reglamentario vigente del trabajo a tiempo parcial, a efectos de cubrir los períodos carenciales, «no serán computables las cotizaciones efectuadas por los trabajadores contratados a tiempo parcial, por duración inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho horas al mes, durante los períodos que hubieran estado excluidos de protección por dichas contingencias» (Disp. Trans. 2ª RD 144/1999, de 29 enero). Tales períodos son los comprendidos entre el 24 de mayo de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, que regula el contrato a tiempo parcial excluyendo de protección, entre otras contingencias, por desempleo a los contratos referidos (art. 4.3), hasta la entrada en vigor del propio RD 489/1998, de 27 marzo, puesto que la derogación de la normativa sobre



contratos a tiempo parcial de duración inferior a 12 horas a la semana o 48 al mes se produce por el RD-Ley 8/1997, de 16 mayo, cuya Disp. trans. 4ª.2 ordena que, hasta que se produzca el desarrollo reglamentario pertinente para la protección de las contingencias hasta entonces excluidas, «se seguirán aplicando, hasta la indicada fecha, las normas en vigor referentes a dicha modalidad de contratación». Idéntico precepto se contiene en la Ley 63/1997, de 26 diciembre (tramitación como Ley del RD-Ley anterior), bajo cuya vigencia se promulga el citado RD 489/1998, de 19 mayo, que contiene una Disp. Trans. 2ª de idéntico tenor a la del RD 144/1999, de 29 de enero, ahora vigente y que deroga al anterior.

Distinto es el caso de la determinación de la duración de la prestación cuando se han disfrutado previamente prestaciones por desempleo parcial, que pueden o no, según el supuesto, afectar a la duración de una prestación subsiguiente, que tenga o no solución de continuidad con ellas. Ello tiene que ver con las posibilidades de situación legal de desempleo que pueden darse en relación con la parcialidad de la jornada bien del empleo que se pierde o del que se mantiene durante la situación legal de desempleo. A ellas nos referimos también más abajo, en el apartado relativo a la cuantía de la prestación. Así pues, y en el caso más sencillo, si se disfruta de una situación de desempleo parcial, a la que sigue, sin solución de continuidad otra de desempleo total derivadas ambas de la inicial reducción de jornada y posterior extinción de un empleo por cuenta ajena a jornada completa, los días consumidos en prestación por desempleo parcial deben ser descontados de la duración de la inmediatamente subsiguiente prestación por desempleo total (STSJ Madrid 9 abril 1996, AS 2015; STSJ Cataluña 12 abril 1996, AS 1435) y debe ser descontado un día de prestación por cada día disfrutado en desempleo parcial, aunque, como es evidente, en tales días la prestación de desempleo sólo se consumió por la parte proporcional de la jornada reducida (SSTS 3 noviembre y 23 diciembre 1994, RJ 8589 10228; 6 y 28 marzo, 19 mayo 1995, 3 y 26 julio, 10 octubre, 13 y 29 noviembre 1995, RJ 1749, 4437, 3989, 5471, 6343, 7680, 8406 y RJ 8769). La situación de desempleo es, así pues, una sola, aunque lo sea primero parcial y luego total.

Si existe, sin embargo, solución de continuidad, habrá de estarse a las normas generales sobre suspensión o extinción de la prestación por desempleo. Así, si entre la situación de desempleo parcial por reducción de jornada y la de desempleo total por extinción del mismo contrato de trabajo, existe un período de prestación de servicios a tiempo completo de duración inferior a un año, tras el que se produce dicha extinción, se tratará de un supuesto de suspensión de la prestación inicialmente nacida como desempleo parcial, y por tanto, de la prestación de desem-



pleo total habrán de descontarse los días percibidos como prestación de desempleo parcial (art. 212.1.d LGSS). Si por el contrario ese período dura más de un año, el efecto será la opción establecida en la Ley (art. 210.3 LGSS), entre disfrutar de la prestación por desempleo generada por este nuevo trabajo en su integridad o bien optar por reanudar la anterior, descontándose de ella, en este caso, los días de prestación por desempleo parcial percibidos con anterioridad (STSJ Cataluña 5 diciembre 1996, AS 4977; STSJ Castilla y León (Burgos) 3 febrero 1995, AS 547; STSJ Galicia 15 septiembre 1994, AS 3414).

#### *b) Cuantía de la prestación*

Si el desempleo es parcial la prestación se determinará según las reglas generales (art. 211.2 LGSS y art. 4.4 RD 625/1985, de 2 abril), en proporción a la reducción de la jornada de trabajo (art. 211.4 LGSS), y si lo que sucede es que el empleo que se perdió era a tiempo parcial, pero perdido ese empleo, la situación es de desempleo total, las cuantías mínima y máxima se determinarán teniendo en cuenta el tope del SMI que hubiera correspondido al trabajador en función de las horas trabajadas (art. 211.3 LGSS).

Así pues, las situaciones de desempleo en relación con la parcialidad de la jornada dan lugar a situaciones diversas; a saber:

- la reducción de jornada (como se sabe, si es transitoria y ha sido autorizada por expediente de regulación de empleo), provoca una situación de desempleo parcial. En tal caso, y puesto que la base reguladora de la prestación se calculará conforme a las bases de cotización por tiempo completo existentes antes de la reducción de jornada, la cuantía se determinará proporcionalmente a la reducción de jornada. Si con posterioridad el contrato de trabajo resulta extinguido, según parece, se percibirá la misma prestación, ya en su totalidad, pero habrán de reputarse totalmente consumidos los días en que la prestación se recibió parcialmente por la reducción de jornada anterior. Será pues la duración y no la cuantía de la prestación la que resulte afectada en estos casos (STSJ Madrid 9 abril 1996, AS 2015; STSJ Cataluña 12 abril 1996, AS 1435).

- en el supuesto de pérdida de un trabajo a tiempo parcial, si es el único que se desarrollaba, la situación de desempleo es total. La cuantía de la prestación se determinará de conformidad a las reglas generales, teniendo en cuenta únicamente que dicha cuantía, así determinada, no podrá superar el límite del SMI en proporción a las horas trabajadas (art. 211.3 i.f. LGSS). Es decir, por ejemplo, que si el trabajo perdido ocupaba la mitad de la jornada, y el trabajador no tiene hijos, la cuantía no puede superar la mitad del 170% del SMI. Son así pues sólo los topes de la prestación los que se ven afectados, en estos casos, por la parcialidad del empleo perdido, pero no la cuantía, a la que no ha de aplicarse propor-

ción alguna (no, desde luego, la del art. 211.4, que se refiere a la situación de desempleo parcial; STSJ Andalucía (Málaga) 26 junio 1998, AS 3555), pues la cotización con cuyas bases se ha calculado la base reguladora de la prestación ya correspondía al trabajo a tiempo parcial perdido.

■ en cualquiera de los casos en que se pierda un trabajo, sea éste a tiempo completo o lo sea a tiempo parcial, si existía situación de pluriempleo y se mantiene otro trabajo a tiempo completo, no hay situación legal de desempleo y por tanto no hay derecho a prestación (art. 15.3 RD 625/1985, de 2 abril). (No obstante, para un caso dudoso sobre si el trabajo mantenido es o no a tiempo completo –personal estatuario facultativo, médicos de cupo y zona– véanse, contradictorias, las SSTSJ Madrid 29 abril 1997, AS 1372 y 21 noviembre 1996, AS 3745 que consideran que es un trabajo a tiempo completo y TSJ País Vasco 28 marzo 2000, AS 591, que considera que no lo es. A nuestro juicio, tienen razón las primeras).

■ si, en la situación de pluriempleo, se pierde un trabajo a tiempo completo y se mantiene un trabajo a tiempo parcial, existe derecho a la prestación por desempleo, y se está ante un caso de compatibilidad de la prestación con el trabajo a tiempo parcial. Entonces, «se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado» (art. 221.1 LGSS, art. 15.3 RD 625/1985, de 2 abril). Dicha deducción supone que debe determinarse la proporción de jornada que ocupa el trabajo a tiempo parcial que se mantiene, y de la prestación determinada por la pérdida del trabajo a tiempo completo, sólo ha de abonarse un porcentaje igual al tiempo de jornada que, en función de la jornada ordinaria del sector del trabajo a tiempo parcial que se mantiene, no está ocupado en ese mismo trabajo, vgr., si el trabajo a tiempo parcial mantenido ocupa el 75% de la jornada ordinaria en su sector, sólo se satisfará el 25% de la prestación relativa al trabajo a tiempo completo que se pierde (STSJ Cataluña 8 enero 1998, AS 5090).

■ si lo que existe es la realización de varios trabajos a tiempo parcial, la determinación de las prestaciones correspondientes se realizará en función de si su pérdida deja al beneficiario en situación de desempleo parcial (sólo se pierde alguno de los trabajos a tiempo parcial, pero se mantiene alguno) o total (se pierden todos los trabajos a tiempo parcial mantenidos). La regla general, en tales casos, es que cada trabajo a tiempo parcial genera, en caso de pérdida, su propia prestación por desempleo, sin que se vea influido por los restantes mantenidos (STS 9 julio 2001; STSJ Cataluña 3 diciembre 1999, AS 399). Así, según la norma «cuando el trabajador realice dos trabajos a tiempo parcial y pierda uno de ellos, tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo que le corresponda, sin deducción alguna. La obtención de un nuevo trabajo a tiempo parcial será incompatible con la prestación o subsidio que se le

hubiera reconocido» (art. 15.4 RD 625/1985, de 2 abril). Pero esta previsión, según la doctrina jurisdiccional, será aplicable, de modo lógico, según los distintos trabajos realizados a tiempo parcial rebasen o alcancen o no la jornada completa (STSJ Galicia 16 septiembre 1998, AS 2806) en su cómputo conjunto.

Así, es claro que generarán, como la norma dice, independientemente sus prestaciones si sumados no alcanzan, en ninguno de los sectores a que corresponden los trabajos, la jornada completa, pero no lo es tanto si no sucede así, y ello aun cuando la suma de los porcentajes relativos de jornada en cada sector supusieran una cantidad inferior al 100%. De hecho, los Tribunales de justicia han considerado que la regla general expuesta opera en los casos de existencia de sólo dos trabajos a tiempo parcial, pues si se mantiene una situación de «sobre-empleo», en que, vgr., se ocupan tres trabajos a tiempo parcial y se pierde uno de ellos, dicha situación puede no ser constitutiva de situación legal de desempleo (STSJ Aragón 22 julio 1998, AS 2757).

### 1.1 La suspensión de la prestación

#### *a) Suspensión de un mes de la prestación como sanción: su impugnación jurisdiccional*

No plantea problemas en sí misma la «suspensión» sancionadora por no comparecer previo requerimiento del INEM, no renovar la demanda de empleo o no comparecer a una oferta de trabajo (art. 212.2 y 3 LGSS, art. 13.2 RD 625/1985, de 2 abril), que en realidad no es tal suspensión, pues el mes de prestación suspensa se pierde.

Pero la impugnación jurisdiccional de esta sanción, cuyo conocimiento corresponde al orden social de la Jurisdicción (art. 233 LGSS), da lugar a un variado elenco de resoluciones jurisdiccionales carentes de unidad en cuanto a su forma y contenido. Así, para empezar, y aunque algunas salas han admitido el recurso de suplicación contra las sentencias de instancia sobre estos asuntos (vgr. STSJ Aragón 4 diciembre 1996, AS 4037), otras, mayoritariamente, consideran que no cabe contra las sentencias de instancia recurso de suplicación, tanto porque por razón de la cuantía (en virtud de la jurisprudencia del TS según la cual en materia de prestaciones de la Seguridad Social, y no tratándose de su reconocimiento o denegación, deben superarse las 300.000 ptas. en cómputo anual) no se alcanza el límite mínimo fijado, como porque por razón de la materia, no se trata de impugnación de sanción muy grave sino leve (art. 189 LPL). Sin embargo, las salas, en cuanto a esta inadmisión del recurso, no utilizan las mismas resoluciones judiciales para decidir, de modo que mientras algunas lo hacen por medio de Sentencia (STSJ Castilla-La Mancha 28 enero 2000, AS 254), otras declaran esta inadmisibilidad por medio

de Auto (entre otros, ATSJ Madrid 9 enero, 10 julio y 29 septiembre 1997, n.º de autos 6165/96, 3512/97 y 4362/97). Dicha diferencia en la forma de la resolución es importante, por cuanto las posibilidades de recurrir contra ella dependen precisamente de su forma, de modo que mientras contra la sentencia de suplicación cabe interponer recurso de casación para unificación de doctrina, contra el auto de la Sala del TSJ sólo cabe recurso de súplica ante la misma Sala.

En cualquier caso, la última jurisprudencia sobre este asunto parece concluir que el recurso de suplicación es admisible, pues aunque por las razones antes citadas y específicamente descartando la afectación general, la STS 21 febrero 2000, RJ 2059 rechaza la posibilidad de interposición de recurso de suplicación, la posterior STS 26 septiembre 2000, RJ 9645, que sigue a las de 5 abril 2000, RJ 3281 y de 14 de abril de 2000, RJ 5881, lo admite, en particular dado que a la sanción de pérdida de un mes de prestación, que en efecto no alcanza las 300.000 ptas., se une la de pérdida de la inscripción como desempleado, que supone un conjunto de derechos de valor inestimable (STSJ Aragón, 4 junio 2001).

*b) Suspensión por realización de trabajo inferior a doce meses:  
el trabajo por cuenta propia.*

En cuanto al tipo de trabajo (por cuenta propia o ajena, o susceptible o no de cotización por desempleo) que hace operar la causa suspensiva, la doctrina jurisdiccional está igualmente dividida. Así, existe una posición según la cual si el trabajo es por cuenta propia o por cuenta ajena que no genera derecho a prestación (contratos de formación, empleados del hogar, trabajo a tiempo parcial de menos de 12 horas a la semana o 48 al mes realizado entre el 24 mayo 1994 y el 1 mayo 1998), la suspensión se mantiene aunque la duración sea superior a un año (STS 18 marzo 1998, Ar. 3252, en Sala General, pero con voto particular discrepante de seis Magistrados; STSJ Castilla-La Mancha 16 mayo 1997, AS 2520; STSJ Andalucía (Sevilla) 26 marzo 1998, AS 2001). Dicha opinión se basa, fundamentalmente, en dos órdenes de razones: la primera, en una interpretación sistemática y espiritualista de la legislación, dado que si el trabajo de duración igual o superior a doce meses extingue las prestaciones, lo hace precisamente porque dicho trabajo genera por sí mismo nuevas prestaciones –no dejando así al beneficiario en situación precaria, en caso de cese–, lo que se ve corroborado al ofrecer la normativa correspondiente (arts. 213.1.d y 210.3 LGSS), en tales casos, la opción por disfrutar la nueva prestación generada o «resucitar» (Romero) la antigua, inicialmente extinguida, por el período que restase de su disfrute. La segunda, porque si se entiende que el trabajo por cuenta propia –que no genera derecho a prestaciones por desempleo– de duración superior a un año extingue la prestación anterior generada y no disfrutada,

se hace de mejor condición al desempleado pasivo, que generada la prestación confía en su disfrute, que a quien trata de remediar su situación de desempleo mediante la opción, no exenta de riesgos, del trabajo autónomo, y se potenciaría así, en definitiva, el desempleo en lugar del empleo. En contra de esta postura, sin embargo, otras Salas defienden que cualquiera que sea la clase de trabajo que se realice, si su duración es igual o superior a un año, extingue la prestación generada y no agotada, dado el claro tenor literal de las normas legales (arts. 212.1.d y 213.1.d LGSS) que no hacen distinción alguna al efecto. Además, la redacción legal de la opción cuando se produce ese nuevo trabajo viene, en opinión de esta posición, a corroborar la solución descrita, por cuanto proporciona la opción «en el caso de que se le reconozca una nueva prestación» (art. 210.3 LGSS), de modo que contempla también los casos en que dicha prestación no se reconozca, como sucede cuando el trabajo es por cuenta propia (STSJ Castilla y León (Burgos) 8 marzo 1995, AS 930; STSJ Cantabria, 20 octubre 1995, AS 3807; STSJ Valencia 18 noviembre 1997, AS 4762). Por último la solución contraria, es decir, reconocer la suspensión de la prestación en los casos de trabajo por cuenta propia, con independencia de su duración, dejaría a las prestaciones de desempleo, en tales supuestos, en una situación de eterna pendeñencia, contraria a la seguridad jurídica.

En otro orden de cosas, el plazo para la solicitud de la prestación, si a la situación legal de desempleo sigue una situación de empleo autónomo –cuya duración sea inferior a un año– queda suspendido en su cómputo hasta el cese en ese empleo autónomo, dado el «principio de valoración positiva del trabajo» que la jurisprudencia viene invocando últimamente, y que en otro caso haría de mejor condición al desempleado que se conforma con percibir su prestación que a aquél con mayor diligencia que trata de remediar su situación de desempleo intentando desarrollar un trabajo autónomo (STS 11 julio 2001).

#### Extinción del derecho por sanción: la dualidad competencial y de órdenes jurisdiccionales

La Ley atribuye por una parte al INEM las competencias, entre otras, para la extinción de las prestaciones y su control, y el reintegro de pagos indebidos (arts. 226, 227 y 229 LGSS), lo que, por cierto, determina que el INEM pueda, de oficio, revisar por sí mismo sus actos declarativos de derechos sin tener que interponer demanda y exceptuando así el régimen general del art. 145 LPL (STS 21 marzo 2001, Ar. 3398). Por otra parte, y aunque en materia de infracciones y sanciones remite a la norma específica, la Ley reconoce la jurisdicción del orden social para el conocimiento de los recursos que se interpongan contra las resoluciones del



INEM y específicamente, las relativas a la exigencia de devolución de prestaciones indebidamente percibidas y «las relativas a la imposición de sanciones a los trabajadores por infracciones leves y graves» (arts. 232 y 233 LGSS).

Por su parte, la normativa específica sobre sanciones atribuye la competencia sancionadora al INEM para la imposición de sanciones por infracciones leves y graves y a la autoridad competente, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para las muy graves (art. 48.4 LISOS).

Esta doble atribución competencial determina, a su vez, la jurisdicción competente para conocer de la impugnación de la actuación sancionadora. Así, cuando la sanción haya sido impuesta por el INEM, en ejercicio de las competencias que le son atribuidas, será recurrible ante el Orden jurisdiccional Social. Por el contrario, cuando la sanción, por ser muy grave, haya sido impuesta por la autoridad competente –central o autonómica, según el caso (art. 48.5 LISOS)–, su impugnación, al tratarse de actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo en materia laboral, será conocida por el Orden Contencioso-administrativo (art. 3 LPL). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que existe un precepto procesal, aun no en vigor, según el cual «los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social conocerán de las pretensiones sobre: las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones del orden social», pero para que este precepto entre en vigor, es preciso, según la propia Ley, el desarrollo de modalidades procesales específicas, cuya regulación determinará esa entrada en vigor y que aún no se han producido (art. 3 LPL en redacción dada por la Disp. Ad. 5ª Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a su vez redactada por la Disp. Ad. 24ª.2 Ley 50/1998, de 30 de diciembre).

#### 4. Nivel asistencial

##### El refuerzo de los controles sobre el subsidio: nuevamente sobre la imputación presuntiva de fraude

La Ley 24/2001 inserta dos nuevos apartados, el 4 y 5, en el art. 219 LGSS. Hasta ahora, este precepto, intitulado «dinámica del subsidio» establecía sus momentos de nacimiento y extinción, y fue ya objeto de ampliación su texto en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, para «aclarar» –porque la doctrina jurisdiccional ya venía interpretando que el devengo del subsidio exigía el mantenimiento de las condiciones (de carestía económica) que condicionaban su concesión– que la obtención



de rentas por encima del límite máximo, tras la concesión del subsidio, o la desaparición de las cargas familiares en su caso, motivarían también su extinción, pero pudiendo obtenerse nuevamente si volviera la situación de necesidad y se continuasen cumpliendo los requisitos exigidos (art. 219.2, 2º párrafo LGSS, inserto por Ley 13/1996).

Se introducen ahora dos nuevos preceptos de los cuales uno parece tener aplicación general y otro es específico para el subsidio para mayores de 52 años. Una primera vista de los nuevos mandatos predispone ya en su contra dado su exceso de redacción (se nos acusará de prejuicio, y no faltará razón, pero aparte los principios generales sobre la legislación de homogeneidad, exhaustividad y redacción articulada –los tres, por cierto, incumplidos por la Ley 24/2001, como por todas las de su clase– la concisión en las leyes es una condición elemental, tanto porque sólo los mandatos precisos y abarcables son posibles de retener en la mente, y por tanto de cumplir, como porque siendo el mecanismo de aplicación de las leyes necesariamente su interpretación, cuanto más texto, más dudas interpretativas, más opiniones, más inseguridad jurídica y por tanto menos eficacia).

La norma que introduce los dos nuevos preceptos (art. 34.diez Ley 24/2001) contiene un apdo. 2 en que hace aplicables las nuevas previsiones a los subsidios que ya hubieran nacido con anterioridad a su promulgación.

*a) El nuevo control general sobre el subsidio*

Con el nuevo texto legal (art. 219.4 LGSS) se elimina la prórroga automática de los subsidios según la cual –salvo las excepciones– se concedían por seis meses, prorrogables –automáticamente– hasta su duración máxima (como norma general, pero también muy exceptuada, dieciocho meses) (art. 216 LGSS). Ahora, los beneficiarios deben presentar cada seis meses una solicitud de prórroga «acompañada de la documentación acreditativa del mantenimiento de los requisitos de acceso». He aquí el primer problema interpretativo, que se traduce además en todo caso en una mayor burocratización del subsidio. ¿Cuál ha de ser esa «documentación» acreditativa? Siendo cada seis meses, es claro que no coincidirá con la fiscal en la mayoría de los casos, en que los beneficiarios sólo tramitan, si acaso, la correspondiente al IRPF –anual, como se sabe– y en cuanto a las cargas familiares, no parece que los libros de familia y demás documentos tengan un trámite ni una periodicidad de cambio aproximadamente semestral. Se somete así al beneficiario a una absurda reiteración de los mismos documentos –con ignorancia, por cierto, de lo que dispone el art. 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de procedimiento administrativo, que otorga a los administrados el derecho a no presentar documentos «que ya se encuentren en poder de la Administración actuante»–.

Por otra parte se somete este requisito al mismo plazo de 15 días cuyo transcurso opera la reducción del subsidio en los días transcurridos, según la norma general del art. 209.2 LGSS.

Este nuevo precepto además, condiciona la prórroga, pero a criterio del INEM –«podrá exigir», dice el texto– a la suscripción de «un compromiso de realizar acciones favorecedoras de su inserción laboral», prescripción que se nos antoja bastante prescindible por cuanto tales acciones están contempladas ya por el ordenamiento, como obligatorias para los beneficiarios, en el art. 213.1.b LGSS, aplicable, como se sabe, a los subsidios en virtud del propio art. 219.2 y según el cual el derecho se extingue, entre otras cosas, por la negativa del beneficiario a participar en «programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversión profesionales, salvo causa justificada». En el colmo de la precisión legislativa innecesaria, el precepto termina ordenando que «los servicios públicos de empleo aplicarán a los trabajadores que hayan suscrito el compromiso las citadas acciones», precepto también cuya sobra se comenta por sí sola.

#### *b) El control específico del subsidio para mayores de 52 años*

El nuevo art. 219.5 exige a los beneficiarios del subsidio para mayores de 52 años presentar al INEM, cada doce meses «una declaración de sus rentas, acompañada de la documentación acreditativa que corresponda». La falta de presentación, en los 15 días siguientes al cumplimiento del plazo, supondrá la interrupción del pago, con el efecto general de pérdida del subsidio hasta que se realice.

Como se ve, esta segunda nueva norma es simplemente una especificación de la anterior que especifica más la documentación acreditativa –declaración de rentas-. La duda, por tanto, es si esta exigencia específica desplaza a la general del nuevo art. 219.4 LGSS y así debe ser, so pena de convertir en inútil la previsión, pues si los beneficiarios del subsidio para mayores de 52 años tuvieran que presentar la documentación cada seis meses, según dispone la regla general del art. 219.4, el art. 219.5 quedaría vacío de contenido, porque su mandato entra dentro de lo que el primero manda hacer cada seis meses. Así pues, la virtualidad del 219.5 consiste en exonerar a los beneficiarios de la presentación de algunos de los documentos que exige el 219.4 –la solicitud de prórroga; el resto de documentos acreditativos de los requisitos de acceso, salvo del de las rentas– y en dilatar el plazo de presentación de 6 a 12 meses.

## El subsidio para mayores de 52 años: aumento de su período de percepción

El RD-Ley 16/2001, de 27 diciembre, realiza una sencilla modificación del art. 216.3 LGSS que sin embargo supone una importante reforma de su régimen jurídico, pues supondrá, en muchos casos, un aumento de 5 años en la percepción de este subsidio.

En efecto, la Ley mantenía el subsidio, antes de la reforma, «hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades». Y entre ellas, para la mayor parte de los trabajadores beneficiarios de este subsidio, estaba la jubilación anticipada a los 60 años, si han cotizado antes de 1967 (Disp. Trans. Tercera LGSS; Disp. Trans. Primera .9 O. 18 enero 1967). Este sólo hecho, así pues –el de haber cotizado antes de 1967–, les permitía «acceder a la pensión contributiva» en los términos del antiguo art. 216.3 LGSS y por tanto les obligaba a jubilarse si al cumplir los 60 años estaban percibiendo el subsidio por desempleo. El problema era que, en esta clase de jubilación anticipada, como se sabe, se descuenta un 8% de la base reguladora por cada año que falte para el cumplimiento de los 65 años, de modo que estos beneficiarios se veían obligados a aceptar la jubilación con una drástica rebaja del 40% en su cuantía. A este grupo habría que añadir, desde la promulgación del propio RD-Ley 16/2001, de 27 diciembre, uno nuevo, por la inserción de un nuevo art. 161.3 LGSS, de trabajadores que inscritos al menos durante seis meses como desempleados tengan al menos 30 años cotizados y cuyo contrato de trabajo no se extinguiera por su voluntad. Para ellos, la Ley posibilita ahora también la jubilación anticipada, a partir de los 61 años, con pérdida de un porcentaje de cuantía por año que falte hasta los 65 que oscila, en función de los años cotizados, entre un 6 y un 8%.

Pues bien, según el nuevo texto del art. 216.3 LGSS, que cumple en este punto con lo previsto en el punto IV.2.c, tercer párrafo del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de la Seguridad Social suscrito por el Ejecutivo y el sindicato CC.OO en la primavera de 2001, el subsidio para mayores de 52 años se extenderá ahora «como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión de jubilación». La intención del precepto, probablemente, no es meramente subsidiar en mayor medida a estos desempleados, sino precisamente no apartarles del «mercado de trabajo» –lo que sucedía si se les obligaba a jubilarse– pues no se olvide que la percepción del subsidio está sometida a las reglas generales del desempleo, que implican la aceptación por el perceptor de un trabajo adecuado si les es ofrecido. Ello unido al resto de las medidas legales operadas últimamente –y en el propio RD-Ley citado– para fomentar el mantenimiento

de los trabajadores de mayor edad en activo, supondrá –si se obtiene el éxito esperado– un ahorro del sistema, al retrasar su jubilación.

### 1.3 La renta activa de inserción

Vaya por delante que pese a la concepción de la renta activa de inserción como una ayuda «con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial» del desempleo (E.M. RD 781/2001, de 6 julio), en realidad podría ser considerada una modalidad más de subsidio de desempleo con la simple particularidad de que combina el subsidio con la obligación del perceptor de realizar actividades específicas orientadas a mejorar su «empleabilidad».

Sobre ella nos referiremos únicamente a un punto en que la interpretación del texto normativo es más que dudosa. Se trata de la compatibilidad o no de la renta activa de inserción y el trabajo.

En este punto el reglamento plantea una dificultad interpretativa, derivada de la afirmación taxativa de que la renta se extingue por realización de trabajo de 6 o más meses (art. 5.1.d RD 781/2001, de 6 de julio); afirmación que es contradicha aparentemente por la de compatibilidad con el trabajo autónomo y por cuenta ajena que la propia norma también realiza (art. 5.4 RD 781/2001, de 6 de julio), pues si bien sería salvable, para el trabajo autónomo, la aparente contradicción entre preceptos, entendiendo que el trabajo autónomo compatible sería aquel cuya duración no alcanzase los seis meses, esta interpretación queda descartada cuando, respecto del trabajo por cuenta ajena, la misma norma dispone que se trata de trabajo de carácter indefinido, previniendo, además, que «el empresario durante el tiempo que reste por percibir la renta tendrá cumplida la obligación salarial del pago del salario que corresponda al trabajador completando la cuantía de la renta hasta el importe de dicho salario, siendo asimismo responsable de la cotización a la Seguridad Social que se realizará por el salario indicado, incluyendo el importe de la renta activa de inserción» art. 8.4.d RD 781/2001, de 6 de julio). Tal vez deba interpretarse, así pues, en la forma expresada para el trabajo autónomo, y entendiendo que para el trabajo por cuenta ajena es compatible como excepción a la regla general, aunque queda inexplicado porqué la compatibilidad se limita al trabajo a tiempo completo e indefinido, pues más parecen necesitar la ayuda quienes son contratados a tiempo parcial o temporal, para quienes, según parece, o se reduce o se elimina la renta activa de inserción, haciendo de peor condición a los más necesitados. En este punto, pues, y habida cuenta de que la renta activa que se sigue percibiendo se «descuenta» del salario que deba pagar el empresario, más bien parece esta renta una ayuda al empresario que al trabajador, ayuda, eso sí, dirigida a fomentar la contratación indefinida.

## ADDENDA

### LAS MODIFICACIONES OPERADAS POR EL RD-LEY 5/2002 DE 24 DE MAYO, «DE REFORMA DEL DESEMPLEO» Y ALGUNOS COMENTARIOS DE URGENCIA

#### CAPÍTULO I

##### Artículo primero. *Modificaciones en la LGSS*

###### Uno.

art. 207.c. Se añade lo relativo a la búsqueda activa de empleo y la colocación adecuada como requisito para tener derecho a la protección por desempleo. Un breve comentario de estos nuevos requisitos puede verse *infra* en el apartado referente a la modificación del art. 231 LGSS.

###### Dos.

208.1.1.c. Se suprime lo relativo a la diferencia entre despido procedente e improcedente. También se modifica, aunque en la D.T. Segunda, la acreditación de esta situación legal de desempleo (en adelante SLD), que será, hasta su desarrollo reglamentario, por la presentación de la carta de despido o bien el acta de conciliación o resolución judicial correspondiente.

Esta modificación guarda coherencia con la eliminación de los salarios de tramitación y el nacimiento de la protección por desempleo desde la fecha de cese efectivo en el trabajo (*vid. Infra*), pues naciendo el derecho a la prestación desde ese momento, en que por hipótesis aún no ha sido calificado de despido, no tiene sentido hacer distinciones en cuanto al nacimiento ni en cuanto a la acreditación en virtud de una calificación del despido que aún no existe.

Más problemas plantea la acreditación de la SLD –que para los casos de despido comunes deviene sorprendentemente fácil, al menos hasta el desarrollo reglamentario– en los casos de despidos ver-

bales. La solución parece estar, como antes, en la reacción contra el despido mediante la interposición de papeleta de conciliación y posterior demanda, única forma, nos parece, de documentar la extinción.

208.1.4. Se inserta y restringe a los fijos discontinuos del art. 15.8 ET la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos. Se excluye de la protección, por tanto, a los trabajadores fijos periódicos cuyo llamamiento tiene lugar a fecha fija.

Sobre este punto, la restricción había sido ya subrepticamente anunciada con la modificación normativa operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que disgregó los contratos fijos discontinuos, dejando como modalidad de trabajo a tiempo parcial aquellos en que concurre periodicidad (art. 12.3 ET) y trasladando los fijos discontinuos (sin periodicidad) al precepto donde se trata la duración del contrato del trabajo (art. 15.8 ET). Pero esta modificación legal dudosamente podía, por sí sola, tener efectos sobre la protección por desempleo. Lo que sucede es que según cierta interpretación administrativa –seguida, al parecer, por algún órgano jurisdiccional (STSJ Valencia 14 enero 2000)– puesto que los fijos discontinuos periódicos no son «fijos discontinuos» sino trabajadores a tiempo parcial con una distribución irregular de la jornada a lo largo del año –y no de la semana, o del mes– no merecen la protección por desempleo. De *lege ferenda* ya podía antes del RD-Ley considerarse más o menos defendible esta posición, pero no cabía fundarla en la modificación legal de la Ley 12/2001,



dado que el argumento requería extraer la exclusión de los periódicos precisamente de su carácter de trabajadores a tiempo parcial, que no tienen los no periódicos –no están en el art. 12 ET–, a quienes la ley sí otorga protección. Pero es que los no periódicos han estado incluidos en el tratamiento del trabajo a tiempo parcial (art. 12 ET) desde la Ley 10/1994, de 19 de mayo hasta la Ley 12/2001, de 9 de julio, y pese a ser, así pues, trabajo a tiempo parcial, nadie pudo poner en duda su protección por desempleo, en los términos del art. 208.1.4. LGSS. La ubicación, por tanto de la regulación no valía para distinguir, a efectos de desempleo, entre «fijos periódicos» y «fijos discontinuos» y por ello se ha procedido a la modificación del precepto que comentamos, que ahora sí, a efectos de protección por desempleo, distingue entre fijos periódicos y no periódicos y excluye a los primeros de la protección.

**208.2.2. Sustituye** la exigencia de reclamación contra el despido por la necesidad de «acreditar» la disponibilidad para buscar activamente empleo y aceptar colocación adecuada.

Ello es complementado con la Disp. Ad. Tercera del propio RD-Ley, que habilita al INEM a demandar *de oficio* en sustitución del trabajador para la declaración de indefinición del contrato y readmisión –precepto que sin duda merece un estudio profundo por cuanto establece una sustitución procesal, al parecer irrevocable por el propio interesado, distinta por tanto de la establecida en el art. 20 LPL y de difícil acomodo con las reglas generales de postulación– y establece que en tal supuesto se reconocerán provisionalmente las prestaciones por desempleo, sin perjuicio de que, en su caso, opere el mecanismo del nuevo art. 209.5 (*vid. infra*) si con posterioridad se declarase la fijeza de la relación y la readmisión del trabajador.

*Tres.*

**209.1. Se añade** que con la solicitud se suscribirá el compromiso de actividad.

**209.3. Se modifica y cambia** la penalización de tres meses en caso de despido improcedente por el retraso en el nacimiento de la situación legal de desempleo y las prestaciones en caso de vacaciones no disfrutadas. Es destacable la referencia final «El citado período deberá constar en el Certificado de empresa a estos efectos».

Este nuevo art. 209.3. LGSS no tiene nada que ver con el anterior, para la justificación de cuyo texto, puede verse el comentario al nuevo art. 208.1.1.c *supra*. El nuevo texto –que sí introduce una auténtica novedad interesante– podría resultar plausible con un enfoque menos economicista. Nos explicamos. No es irrazonable que el legislador propugne que la SLD nazca una vez disfrutadas las vacaciones generadas por el tiempo de trabajo efectivo –en las que, como se sabe, el trabajador debe estar de alta en Seguridad Social y percibir su salario–. Lo que ocurre es que la mejor manera –al menos la más técnica– de defenderlo es reforzar el principio de obligatoriedad en el disfrute de vacaciones –del que no se olvide que su abono en el finiquito no es más que una excepción–. Y ello podría haberse hecho simplemente prohibiendo esa excepción, de modo que no pudieran compensarse con dinero –no con salario– las vacaciones no disfrutadas al fin del contrato, sino que la ley podría fácilmente obligar al disfrute, abonando al salario al trabajador y manteniéndolo en alta por todo el tiempo correspondiente a las vacaciones generadas. Claro que esta solución es menos económica para el empresario, por cuanto al no «indemnizar» por las vacaciones no disfrutadas, sino concederlas, no se ahorraría la cotización –aunque la cuantía económica tampoco es una gran cantidad–. Esta solución, por otra parte, prolongaría la protección del trabajador al mantenerlo más tiempo en alta.

El nuevo texto, sin embargo, opta por una solución más económica, pero ocasionada a dudas: de su tenor literal –que las vacaciones «no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización de la re-



lación laboral»– se deduce que se sigue permitiendo la compensación a metálico. La SLD nace después del período vacacional que hubiera correspondido, que debe ser certificado por la empresa. ¿Qué sucede en tal período respecto de la situación de alta del trabajador a efectos del acceso a prestaciones? Véase el comentario al artículo siguiente para la determinación del *dies a quo* de la protección, que con esta nueva regulación deja de coincidir con la «causa» de la SLD.

209.4. Se añade que la *causa* de la SLD es la decisión empresarial extintiva, sin necesidad de impugnación.

Con la excepción, claro está, que será habitual, de que se indemnice período de vacaciones no disfrutadas. No en vano, el tenor literal se limita a considerar «causa» de la SLD la decisión empresarial extintiva, pero no se considera el día del cese como *dies a quo* de la protección. Nótese entonces que, por la misma razón, el plazo de 15 días del art. 209.2 deberá computarse no desde que se da la causa de la SLD, sino desde que da la misma SLD.

209.5. Se añade la regulación de los supuestos en que se declare la indemnización (209.5.a) o readmisión (209.5.b) del trabajador tras el despido.

a) En el primer caso, se consolida sin más la percepción de las prestaciones anteriores a tal declaración, o se comienzan a percibir con carácter retroactivo desde el cese si no se estaban percibiendo. Se contempla también el supuesto en que la relación se extinga mediante el incidente de no readmisión (art. 279.2 y 284 LPL).

b) En el segundo, el abono de prestaciones cesa con la readmisión, y las ya abonadas deben ser reintegradas por el empresario, deduciéndolas de los *salarios dejados de percibir* que deba abonar al trabajador, salvo que la prestación fuera superior al salario, en cuyo caso la diferencia deberá ser reintegrada por el trabajador. Se practicará asimismo el alta y la cotización retroactiva.

*Cuatro.*

212.1.a. Modifica el período de suspensión por sanción remitiéndolo a la LISS, que lo establece en su art. 47.1.a y b, también modificados por el RD-Ley.

Se añade así la posibilidad de aumentar el período de suspensión y hasta la extinción por sanción en caso de reincidencia, con las particularidades que son objeto de comentario respecto del nuevo art. 47 LISS, *infra*.

212.1.e. Se añade la suspensión de la prestación en el supuesto de recurso contra improcedencia cuando procede readmisión (art. 295 LPL).

212.3.b. Modifica los supuestos de reanudación por solicitud del interesado para incluir el nuevo 212.1.e. También se cambia que la solicitud «implicará» inscripción como demandante de empleo por «requerirá», lo que no parece tener mayor trascendencia y se hace referencia a la reactivación de compromiso de actividad.

*Cinco.*

213.1.c. Modifica y adapta la referencia a la LISS (hasta ahora se refería LISS 8/1988).

*Seis.*

215.1.1.c. Modifica y restringe el subsidio de emigrantes retornados a trabajadores que hayan trabajado como mínimo 12 meses en los últimos 6 años en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista Convenio sobre protección por desempleo y que no tengan derecho a protección por desempleo.

Esta modificación alcanzará tanta mayor razonabilidad en la medida en que sea eficaz la normativa comunitaria que debería suponer la indiferencia, a efectos de prestaciones, de trabajar en cualquier país del territorio comunitario. Así lo admite la nueva Disp. Adicional Trigésima Tercera que el RD-Ley inserta en la LGSS, que por lo demás, como se dirá *infra* es

superflua en tanto no hace más que señalar que estos extremos se rigen por las normas que se rigen.

Por otra parte, la restricción en el acceso al subsidio de los emigrantes retornados se ve paliada por la modificación que la Disp. Ad. Primera, 2<sup>a</sup>.2.b. hace de los beneficiarios de la renta activa de inserción, incluyendo como tales a los emigrantes retornados que ahora se excluyen del subsidio de desempleo. Sobre esta Disposición, *vid. Infra*.

**215.3. Modifica y redefine** el concepto de renta imputable a efectos del topo para el nacimiento del subsidio, incluso los rendimientos que pueden imputarse al montante económico del patrimonio, por el 50% del interés legal del dinero, y –lo que es más trascendente– se considera como renta, siempre que se haya percibido en el año anterior al nacimiento del subsidio, si se percibe en un pago único, la indemnización por despido, con excepción de la percibida por expediente de regulación de empleo iniciado con anterioridad a la vigencia del RD-Ley.

La norma viene a quitarnos la razón a quienes postulamos una interpretación de los conceptos económicos laborales desligada de lo tributario: para una vez que ello se hace en contra de los trabajadores, pues hasta el ordenamiento tributario, que considera la indemnización legal exenta de tributación, y la superior a la legal como un rendimiento irregular (plurianual) puede ser más beneficiosa para ellos. Y es que esta nueva regulación puede plantear algún problema aplicativo: piénsese que computando como renta la indemnización algún beneficiario puede quedar excluido del subsidio por superar el límite de rentas precisamente al sumar el monto de su indemnización por despido. Bien es cierto que para que ello suceda han de darse un conjunto de circunstancias –período de cotización inferior a tres años (porque uno mayor da derecho a una prestación por desempleo de un año, con lo que la in-

demnización ya no se percibe en el año anterior al subsidio); salario alto del trabajador, para que la indemnización, con una antigüedad de menos de tres años alcance una suma considerable o bien que el trabajador tenga cierto potencial económico, para que la suma de esta y otras rentas superen el límite del art. 215)– que quizás aconsejan la exclusión del sujeto como beneficiario del subsidio, pero ello es siempre una conjetura que puede estar más o menos lejos de la realidad, y lo cierto es que, dado lo complejo que puede resultar la averiguación de la verdad de las cosas, y dado que la naturaleza de la indemnización dista mucho de ser *renta* y sólo en muy pequeña parte compensa el grave daño a una economía personal o familiar que es la pérdida de un empleo, bien pudieron dejarse las cosas como están, sin considerar renta la propia indemnización, y pudiendo considerar como tal, como la sabia jurisprudencia aconseja, los rendimientos que la indemnización pueda producir administrada con la diligencia propia de un buen padre de familia.

La D.T. Tercera del RD-Ley excluye del cómputo como renta a las indemnizaciones correspondientes a expedientes iniciados con anterioridad a la vigencia del RD-Ley y que sean la causa de la SLD. La regla será válida también para los casos de suspensión o extinción de un subsidio también nacido con anterioridad por realización de trabajo.

*Siete.*

**219.1.a. Suprime** el plazo de espera para el subsidio contributivo asistencial derivado de despido procedente.

Véase el comentario al art. 208.1.1.c, *supra*, teniendo en cuenta que este subsidio no es sino una «pequeña prestación por desempleo», que nace a partir de la extinción para quienes no tienen la suficiente cotización para acceder a la prestación contributiva.

219. último párrafo. Se introduce que en la fecha de la solicitud se deberá suscribir el compromiso de actividad.

Ocho.

228.3. Modifica la modalidad de percepción en pago único, pero no suprimiéndolo para cambiarlo por una subvención de las cotizaciones, como se había anunciado, sino que se añade la posibilidad de que se realice como hasta ahora o bien mediante la citada subvención de las cotizaciones.

Pero queda afectada la regulación del RD 1044/1985, de 19 de junio, pues la Disp. Trans. cuarta del RD-Ley inserta el nuevo requisito de que los socios trabajadores deban incorporarse en cooperativas o sociedades laborales «en las que previamente no hubieran cesado», sin límite de ese tiempo previo. Por otra parte, se posibilita también el pago único para establecerse como autónomos de quienes tengan una minusvalía igual o superior al 33%.

En la D.T. Cuarta se regula también la gestión del nuevo modo de pago único -subvención de las cotizaciones del trabajador a la Seguridad Social.

Contiene además la citada D.T. una deslegalización cuyo análisis dejamos para su lugar, *infra*.

228.4. Se añade una suerte de subvención salarial al empresario para programas de fomento del empleo de grupos con dificultad de inserción (la cotización, bonificada según explicamos más abajo, será a cargo del empresario).

La norma tampoco es tan novedosa como parece, pues un mecanismo similar se había establecido ya en el caso de la *Renta Activa de Inserción*, según el RD 781/2001, de 6 de julio y también en los contratos de inserción que la Ley 12/2001 incorporó en el art. 15.1.d ET.

La D.T. Quinta del RD-Ley identifica a dicho «colectivos», a saber, mayores de 52 años perceptores de cualquier subsidio por desempleo, para quienes será voluntaria la aplicación de este programa ¿sig-

nifica esto que pueden negarse a aceptar el empleo cuyo salario se subvenciona? ¿cómo se salva entonces el *compromiso de actividad* en que tantas esperanzas se han puesto?, voluntariedad que se exceptúa, sin embargo, en el caso de que el subsidio que perciban sea el de mayores de 52 años. *Cfr.* Disp. Ad. Primera 6ª.3 RD-Ley.

La aplicación de la subvención exige un contrato de cualquier tipo -excepto los de inserción o los subvencionados en el Programa de fomento de empleo agrario- pero de duración superior a tres meses.

Además, se exige que la empresa no tenga autorizado un expediente de regulación de empleo en el momento de la contratación y que el trabajador beneficiario no haya trabajado para la empresa en los últimos 12 meses; y se excluye de la bonificación la contratación de familiares hasta el segundo grado o quienes ostentan cargos de dirección.

La subvención, no obstante, no alcanzará a la totalidad del subsidio, sino que viene establecida en la DT Quinta con la cuantía del 50% del subsidio cada mes y con el máximo de su monto total; el abono al trabajador de tres meses de cuantía si el trabajo exige cambio de residencia -descontado de la subvención al empresario- y la bonificación del 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes hasta 12 meses, si se trata de contratación temporal, o la que corresponda según el programa anual de fomento del empleo si la contratación es indefinida.

Se introduce una regla específica -a parte de las generales de solicitud en quince días y efecto, etc.- para el caso de cese en el trabajo subvencionado, aunque, dada su difícil inteligencia, la reproducimos literalmente: «obteniendo, siempre que se reúnan los requisitos exigidos al efecto, dicho subsidio por el total de su cuantía, en tal caso se considerará como período consumido de derecho la mitad del período en el que se compatibilizó el subsidio con el trabajo». En realidad, debe querer decir, que se considerará consumido el subsidio en la cuantía en que

efectivamente se ha consumido –que es, por razón de la subvención, el 50% del que hubiera correspondido por el tiempo de trabajo si este no hubiera existido–.

La norma, en fin, contiene una deslegalización que merece el mismo comentario que realizaremos en el análisis de la D.T. Cuarta, a la que remitimos.

Se establece también la posibilidad de sustituir con desempleados a los trabajadores con permiso de formación. No se aclara en el propio precepto que habrá que pagarles hasta el salario correspondiente, y que el empresario debe pagar también las cotizaciones, sino que todos estos extremos se contienen en la Disp. Trans. Sexta del RD-Ley.

La D.T. Sexta matiza que esta posibilidad sólo se ofrece a empresas de hasta 100 trabajadores y que las acciones de formación del sustituido deben estar financiadas por cualquiera de las Administraciones Públicas, debiendo acreditarlo la empresa ante el INEM.

Esta Transitoria contiene la misma deslegalización que las dos anteriores.

**Añade 228.5.** Se añade el pago de un mes de prestación o tres de subsidio para fomentar la aceptación de un empleo que implique cambio de localidad de residencia, aunque se ordena «cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo». Repárese en la mención del precepto a la «movilidad geográfica», concepto que hasta ahora iba unido a los trabajadores *stricto sensu*, es decir, vinculados por contrato de trabajo, y que ahora se aplica también a los desempleados, confirmando así la concepción del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como un derecho que supera el ámbito del contrato de trabajo. Nuevas referencias a esta movilidad geográfica, explícitas, en la Disp. Trans. Quinta.4 del propio RD-Ley, e implícitas en la Disp. Trans. Quinta. 3.2. del RD-Ley. Y nuevas concepciones de la noción de «desplazamiento» *temporal y estable* en la Disp. Trans. Séptima.

*Nueve.*

**230.g.** Se añade la obligación del empresario de reintegrar las prestaciones por desempleo abonadas desde el despido cuando procede la readmisión. (Mera coordinación con el nuevo art. 209.5 LGSS) (reiteración del 209.5.b. 2º párrafo: ¿no es suficiente con que se establezca una vez. ¿es que el 209.5 no constituye una obligación del empresario?).

*Diez.*

**Art. 231.** Queda como 231.1 y se añaden dos nuevas letras:

h). El famoso «compromiso de actividad» que se establece como obligación del beneficiario y se define en el siguiente nuevo art. 231.2 LGSS y que ya tuvo antecedentes en los RRDD 236/2000 y 781/2001.

i). Se define también como obligación del trabajador la de buscar activamente empleo. Como se verá en el siguiente 231.2 se trata de variaciones y reiteraciones sobre lo anterior, reiterativas y sobranes. A lo más, el legislador parece querer convencer y convencerse de la importancia que va a dar a la actitud que el beneficiario adopte ante su situación de desempleo.

**Art. 231.2.** Se añade la definición del «compromiso de actividad». Sin embargo, es difícil entender qué añade este «compromiso» sobre el requisito de *querer trabajar* que mucho más sencillamente enuncia el art. 203 LGSS y era complementado de modo eficaz, hasta ahora, con los arts. 212.1a y 213.1 a LGSS. Más parece un talismán en el que se pone la fe de que conseguirá mover a la actividad a quienes, discúlpeleme la parodia de la jerga política, «se instalan en la cultura del subsidio».

Por otra parte, no puede hablarse de novedad en el ordenamiento, pues este «compromiso de actividad» ya se exigía en los casos de Renta activa de inserción, de conformidad con el RD 781/2001, de 6 de julio, y antes en el RD 236/2000

Art. 231.3. Se añade la definición de «colocación adecuada». Si se apura, la única novedad relevante que aporta este nuevo texto, tan contestado en este punto por los medio de comunicación, es la relativa a la alteración del concepto transcurrido un año de percepción ininterrumpida de prestaciones, unida a la supuesta deslegalización que el propio precepto realiza. Por lo demás, la noción de colocación adecuada ya estaba, en similares términos, en el art. 213.2 LGSS.

La determinación geográfica y económica de la colocación adecuada parece también, más que realmente necesaria, otro talismán del legislador. Lo será la ubicada en un radio inferior a 30 Km. desde la localidad de residencia habitual, salvo que el tiempo mínimo, ida y vuelta, supere las dos horas diarias –debe acreditarlo el trabajador: ¿cómo? ¿Y si la jornada tiene distribución irregular, también se mantienen las dos horas diarias de desplazamiento o cabe aumentarlas si, vgr. las cuarenta horas se cumplen en 4 y no en 5 días, o disminuirlas si se cumplen en 6?– o el coste del desplazamiento suponga un gasto superior al 20% del salario mensual.

La posibilidad de alojamiento estaba también en el antiguo art. 213.2 LGSS.

Se especifica más la adecuación en función de la clase de contrato y del salario. Caben dudas respecto a la referencia a la adecuación con independencia «de la cotización, o no, por la contingencia de desempleo». Hasta donde llegamos, sólo el contrato de formación tiene esa posibilidad, salvo que pensemos en empleados de hogar, o bien en los trabajos de colaboración social, para quienes ya el 213 antiguo anudaba la consecuencia extintiva.

Más trascendencia tiene, o puede tener, como se avanzó, la previsión según la cual, transcurrido un año de percepción ininterrumpida de prestaciones, también serán colocaciones adecuadas las que a juicio del INEM puedan ser ejercidas por el trabajador. Cierto que la prolongación en la percepción de prestaciones suele ser indicio de poca cualificación, lo que redu-

ce las posibilidades equivocarse en la determinación de una colocación adecuada, y que además la interrupción, según parece, evita este efecto. No obstante las posibilidades de actuación del INEM, según el precepto son tan amplias que producen inquietud. Por otro lado, habría que cuestionarse la respuesta que se da a la siguiente pregunta, antes de realizar una crítica teológica al texto: puesto que en situación de integridad física todo el mundo puede realizar labores de peonaje ¿es adecuado considerar la de peón colocación adecuada para quien, en situación de necesidad económica ha percibido un año de prestaciones y está percibiéndolas sin encontrar otro empleo más adecuado a su formación o a su profesión habitual?

La previsión del penúltimo párrafo parece merecer todas las consideraciones –desde inconstitucional, pasando por ilegal y terminando en inocua– respecto de que el INEM «podrá modificar lo previsto en los párrafos anteriores» –evidentemente el INEM no puede modificar una Ley–. Se reconduce a su único posible entendimiento, –la adecuación al caso concreto que es posible dados los términos de la Ley–, complementando la referencia del segundo párrafo a las colocaciones adecuadas «a juicio del» INEM; que parece que con este párrafo puede extenderse también al espacio temporal correspondiente al primer año de prestaciones.

*Once.*

Disp. Ad. Trigésima Tercera. Añade una remisión a las normas internacionales correspondientes respecto de los países del EEE o con que haya convenio de protección por desempleo. Otra norma que sobra, porque es plenamente deducible de la legislación aplicable y ahora también, respecto de los subsidios, de la modificación realizada en el art. 215.1.c. LGSS.

*Doce.*

Disp. Final Quinta.4. Añade una habilitación al Gobierno para establecer la *Renta activa de inserción*.



## CAPÍTULO II

### Artículo segundo.

#### Modificaciones en el ET

##### Uno.

Art. 33.1. Modifica su texto para adaptar la denominación del MTAS y suprime la referencia a los salarios de tramitación, puesto que la reforma los retira de la legislación.

Sin embargo, esta aparentemente inocua modificación puede tener un alcance más trascendente. Ciertamente es que se eliminan los llamados «salarios de tramitación», pero no los «salarios dejados de percibir» para el caso de que el procedimiento de extinción termine con la readmisión del despedido. Según parece, el Fondo de Garantía Salarial ya no responderá tampoco por estos salarios y ello es también una reducción notable de la protección de los créditos salariales. No parece muy posible reconducir los «salarios dejados de percibir», al concepto del art. 26.1 ET al que remite el nuevo art. 33.1 ET, pero esta es la única vía para intentar incluir en la protección del Fondo la deuda por estos salarios.

##### Dos.

Art. 55.6. Modifica la redacción para remitirse al nuevo sistema de abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión.

Art. 55.7. Suprime la referencia a los ya inexistentes salarios de tramitación.

##### Tres.

Art. 56.1. Modifica y suprime la referencia al abono de los salarios de tramitación, y traslada lo relativo a la indemnización al nuevo apdo. 2, pero su alcance es mayor: Determina la fecha de la extinción, en caso de opción por la indemnización, es la fecha del cese efectivo en el trabajo. Coherentemente, suprime también lo relativo al mantenimiento en alta del trabajador hasta la declaración de improcedencia. Aquí el trabajador, para el caso de opción por indemnización –co-

mo es la más común– no pierde sólo la cuantía relativa a los salarios de tramitación (y *grosso modo* tiempo de protección económica), pues todo ese período, que pudiera haber estado cubierto por tales salarios, al que se sumaría desde la declaración de improcedencia el período correspondiente de la prestación por desempleo, es ahora de prestación, de modo que el *dies a quo* de ésta no es ya el de la declaración de improcedencia, sino el anterior de cese en el trabajo. A este efecto hay que añadir también otro en perjuicio del beneficiario, a saber, que pese a determinar como fecha de la extinción la de cese efectivo, ésta, que es a su vez la causa de la SLD, puede no ser, sin embargo, la fecha de nacimiento de las prestaciones, que se demorarán por el período equivalente a las vacaciones no disfrutadas que hayan sido indemnizadas al fin del contrato. Sobre este extremo, véase *supra* el comentario al nuevo art. 209.3 LGSS. En fin, el período en que el trabajador está en situación de alta o asimilada, queda también reducido en los mismos términos.

Art. 56.2. Modifica y suprime la regulación anterior sobre paralización de salarios de trámite –ahora carente de sentido– y mantiene el derecho a «los salarios dejados de percibir» para el caso de readmisión. Cuyo régimen está no obstante profundamente afectado por lo dispuesto en el art. 209.5 LGSS que se ha analizado *supra*.

Recibe aquí la regulación de la indemnización, sin variaciones.

Se introduce también la cuasiprocesal norma de que la sentencia que declare la improcedencia determinará las cantidades que resulten, tanto por indemnización como, en su caso, por «salarios dejados de percibir».

##### Cuatro.

Art. 57. Sustituye y añade con el nuevo título de «Efectos de la readmisión», a la previsión referida al pago por el Estado de los salarios de tramitación, que ahora carece de sentido.



Regula, como es previsible, los «salarios dejados de percibir» en el caso de readmisión, así como la obligación de su abono por el empresario, aunque, coherentemente, sólo en la parte que exceda las prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador (nuevo art. 209.5 LGSS). El empresario asimismo deberá reintegrar al INEM lo correspondiente a dichas prestaciones –también con el límite de lo que hubiera debido pagar por salarios de trámite– precisión no superflua, pues si bien la SLD nace del trabajo en el que se le readmite, la cuantía de la prestación de desempleo percibida pudo calcularse con bases reguladoras de un trabajo anterior. También, como es lógico, el empresario deberá practicar alta y cotización por ese período.

### CAPÍTULO III MODIFICACIONES EN EL DESEMPLEO AGRARIO

#### *Artículo tercero*

**Subsidio por desempleo agrario.** Cierra la puerta a nuevos beneficiarios del subsidio de desempleo agrario del RD 5/1997, de 10 de enero. De hecho, sólo pueden volver a disfrutar quienes ya lo hubieran hecho «en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud» –lo que, sin embargo, no parece suponer que de aquí a tres años este subsidio quede extinguido, pues la condición volverá a cumplirse, dentro de tres años, en quienes en estos próximos tres la cumplan y por tanto vuelvan a disfrutar del subsidio.

Se obliga a los trabajadores, cómo no, a suscribir el fetichista compromiso de actividad.

#### *Artículo cuarto.*

##### *Protección por desempleo contributivo de los trabajadores eventuales agrarios*

1. **Se incluye** en la protección por desempleo a los trabajadores eventuales del REA, y por tanto, su obligación cotizatoria.

1.1). **Se establece** un régimen de reducción cotizatoria transitorio que abarca hasta el año 2007, en que la cuota se ingresará íntegramente.

1.2). **Las prestaciones se remiten** a lo establecido en el art. 207 LGSS, con las siguientes especialidades:

**Se excluye** de protección –y cotización– a los parientes hasta el segundo grado del titular de la explotación agraria.

**La duración** del desempleo es específica, y responde a la ratio de 1 día de prestación por cada 4 cotizados, en lugar de la ratio de 1 por cada 3 que establece para el régimen general el art. 210 LGSS. Además, si el eventual agrario «de forma inmediatamente anterior figuró de alta en Seguridad Social como trabajador autónomo o cuenta propia» se aumenta el período carencial mínimo de 720 días, desde los 360 que es la regla general.

**Durante** la percepción de la prestación contributiva se cotizará como en el caso de los trabajadores agrícolas fijos.

1.3). **No se incluye** a estos trabajadores en el sistema de protección asistencial del desempleo.

2. **Se establece** como subsidiario el Título III LGSS.

3. **Se conceden** amplias facultades al Gobierno para limitar el acceso, controlar su gestión, modificar la duración de la prestación y «extender la protección asistencial».

4. **Se incluye** a los trabajadores agrícolas fijos en la exclusión de protección por parentesco hasta el segundo grado.

5. **Se establece** el cómputo recíproco para las cotizaciones al desempleo en cualquiera de los regímenes en que se da y si el mayor período computable no lo es en este nuevo régimen, las prestaciones se concederán conforme al régimen general, incluidos los subsidios que puedan corresponder..

Repárese en la última matización de este precepto, según la cual «en otro caso, se aplicarán las normas especiales de protección previstas en este artículo, todo ello, con independencia de que la situación legal de desempleo se produzca

por el cese en un trabajo eventual agrario, o no».

6. Se establece, en mecanismo parecido al que el «efecto Lázaro» del art. 210.3 LGSS produce sobre las cotizaciones, que las que se computen para el reconocimiento de prestaciones por desempleo de carácter general no servirán para el del subsidio agrario cuyo agotamiento-extinción inicia el art. Tercero de este RD-Ley, y viceversa.

## CAPÍTULO VI INFRACCIONES Y SANCIONES

### *Artículo quinto.* *Modificaciones de la LISS*

#### *Uno.*

**Art. 17.1.c.** Añade la tipificación como infracción leve de no cumplir con las exigencias del compromiso de actividad, incluida la no acreditación de la búsqueda activa de empleo.

¿Cuáles serán los medios para acreditar esa búsqueda activa de empleo? Si la respuesta es dudosa, también lo es el tipo sancionador que la causa y por tanto, es poco riguroso con la exigencia de legalidad y tipicidad del Derecho sancionador.

#### *Dos.*

**Art. 17.2, párrafo 2º).** Modifica y remite, para su oportuna concordancia, los conceptos de compromiso de actividad y colocación adecuada, al nuevo art. 231.2 y 3 LGSS.

#### *Tres.*

**Art. 47.1.a.** Modifica las sanciones leves para las prestaciones de desempleo, introduciendo una escala que aumenta la sanción a los beneficiarios de prestaciones de desempleo en el caso de reincidencia. Así, en lugar de la sanción de pérdida de un mes de prestación o subsidio existente hasta ahora, se establece la sanción de pérdida de 3 meses para el caso de la 2ª infracción, 6 para la 3ª y extinción para la 4ª. No obstante, la reinci-

dencia se remite al plazo de 365 del art. 41.1 de la propia LISS, si bien, con una importante matización: la reincidencia, en este caso, no exige, como en el art. 41, que la infracción sea del mismo tipo, sino que se considerará existente «con independencia del tipo de la infracción».

**Art. 47.1.b.** Modifica del mismo modo que el anterior las sanciones graves, incluyendo como causa de extinción la infracción grave del art. 25.2 LISS –no comparecer a reconocimientos médicos en prestaciones de IT y no presentar los datos o justificantes requeridos– que hasta ahora sólo era sancionable con pérdida de prestación por un periodo de 3 meses. Nótese que esta modificación no afecta al desempleo, sino a la incapacidad temporal.

En cuanto a las prestaciones por desempleo, se introduce para las infracciones graves del art. 17.2 LISS una escala para el caso de reincidencia similar a la recién vista para las leves, y con los mismos efectos, pero con tres tramos en lugar de cuatro, de modo que a la 3ª infracción –también con independencia de grado– si es grave, procede la extinción de las prestaciones.

Se traslada al art. 47.3 la previsión sobre pérdida de inscripción y sus derechos que acompañaba hasta ahora a las sanciones graves; pero este traslado no es una mera reubicación, pues con su nueva situación esta pérdida no acompaña sólo a las sanciones graves como hasta ahora, sino también a las leves.

**Art. 47.3.** Modifica y sustituye: Como, según se deduce de las dos modificaciones anteriores, la reincidencia no opera en desempleo como en el resto de las infracciones, pues en el caso de aquel operará ahora con independencia del tipo de infracción, se hace desaparecer la precisión de este artículo que establecía la equivalencia, y se traslada aquí la previsión que estaba antes en el art. 47.1.b sobre la pérdida de la inscripción como demandante de empleo y su derecho que

acompaña a sanciones, pero, como se ha dicho ya en el comentario al nuevo art. 47.1.b, ahora esta pérdida se anuda todas las sanciones –también a las leves– y no sólo a las graves como hasta ahora.

## DISPOSICIONES ADICIONALES

### *Primera. Programa de renta activa de inserción*

**Incorpora**, elevándolo al rango legal, el programa de renta activa de inserción, en términos muy similares a su última versión del RD.781/2001, de 6 de julio. Se harán por tanto sólo observaciones de aquellos preceptos que hayan variado –y no meras cuestiones de redacción–, teniendo en cuenta que lo que en el RD eran art. 1, art. 2, etc., son ahora norma 1ª, 2ª, etc.

**2ª.1.** Se traslada el requisito antes expresado en el art. 2.1. de RD 781/2001 de ser menor de 65 años para tener acceso al programa. La previsión es coherente, pero en la redacción anterior se excluía esta exigencia si el beneficiario no reunía la carencia precisa para jubilarse, extremo que no aparece ahora.

**2ª.1.c.** Se elimina el requisito de haber extinguido prestaciones por desempleo, pues con la nueva redacción basta no tener derecho a ellas.

**2ª.1.d.** Se inserta una remisión del concepto de renta al nuevo art. 215.3 LGSS.

**2ª.2.** Se modifica el nuevo grupo de beneficiarios, eliminando a los desempleados, sin límite de edad, con inscripción de 24 o más meses sin derecho a protección por desempleo e incluyendo como beneficiarios a «los que reúnan los siguientes requisitos» (aunque esta redacción parece dar carácter acumulativo a los requisitos, su propio tenor aconseja entender que se trata de tres grupos distintos de beneficiarios):

a) **Minusválidos** con un grado igual o superior al 33% con independencia e su edad.

b) **Emigrantes retornados**, mayores de 45 años, en los términos del antiguo

subsidio del ya sustituido art. 215.1.1.c. LGSS. Se ha dicho ya, en el comentario a dicho precepto, supra, que por esta vía, se amortigua la restricción que en el subsidio por desempleo de emigrantes retornados realiza el RD-Ley.

c) **Víctimas de violencia doméstica**, con independencia de su edad y sin que se exija antigüedad alguna en la inscripción como demandantes de empleo.

**3ª.3.b.** Se añade, en cuanto a la definición del «compromiso de actividad» que también el suscriptor está obligado a participar en otras acciones «de mejora de la ocupabilidad», sin que se sepa en qué consisten exactamente esas acciones y por qué son distintas de las de inserción, orientación, formación, etc. que contiene el precepto.

**3ª.3.c.** Se remite la referencia a la colocación acuada al nuevo art. 231.3 LGSS.

**3ª.3.f.** Se añade, como parte integrante del compromiso de actividad, la obligación de presentarse a cubrir las ofertas de empleo facilitadas por los servicios de empleo. Nada que no pueda deducirse de la redacción anterior.

**3ª.3.h.** Se añade, una última obligación en el compromiso de actividad: «buscar activamente empleo». Nuevamente, obligación superflua por cuanto es, como mucho, la forma resumida de enunciar todas las obligaciones anteriores.

**5ª.1.c.** Se añade como causa de baja en el programa el rechazo a participar en acciones de orientación. No es fácil, empero, distinguir estas acciones de las de promoción, formación o reconversión que contenía antes y sigue manteniendo el precepto.

**5ª.1.d.** Modifica y sustituye una previsión que ciertamente era turbadora en la versión anterior de la renta activa de inserción, a saber, la realización de un trabajo de duración igual o superior a 6 meses como causa de baja en el programa.

Se planteaba la dificultad interpretativa de que la afirmación anterior era dudosamente articulable con la compatibilidad de la Renta activa de inserción con el trabajo autónomo y por cuenta ajena

indefinido, descrito en el art. 8.4 del mismo texto normativo y que también ahora se retoca. La dificultad queda salvada eliminando esa causa de baja y sustituyéndola por «el cese voluntario en el trabajo que viniera siendo incompatible con la renta activa de inserción» como causa de baja en el programa.

**5ª.1.h. Se suprime**, la referencia al voluntariado como excepción a la causa de baja en el programa que supone el traslado de residencia al extranjero. Pudiera pensarse, sin embargo, que se mantiene este efecto, habida cuenta de la conjunción entre las normas 7ª.5 y 8ª.4.e; pero también se modifica esta última, eliminando de su texto –compatibilidad con las acciones de voluntariado– que la percepción de la renta se mantendrá aun cuando las acciones de voluntariado se realicen en el extranjero. La conclusión más segura, por tanto, es que el traslado al extranjero causa baja en la renta activa de inserción aun cuando sea para realizar acciones de voluntariado, que sin embargo permiten en el territorio nacional.

**5ª.2. Se modifica y añade** como circunstancia que no supone baja en el programa tanto el trabajo por cuenta propia, enmendando así la discordancia a que se ha hecho ya referencia en el comentario a la norma 5ª.1.d, como el trabajo por cuenta ajena de menos de 6 meses de duración, que se hace ahora también compatible con la renta activa de inserción.

Se introducen además nuevas normas de gestión para esta clase de compatibilidad, de modo que a la finalización del trabajo el beneficiario deberá comunicarla y renovar el compromiso de actividad, para lo que se establece un plazo de 15 días con el mismo funcionamiento que el de solicitud de prestaciones de desempleo, y se establece también, en el caso de cese en trabajo a tiempo parcial, el período de renta activa de inserción que se considerará consumido, de conformidad con lo que se percibió durante la realización de ese trabajo.

**5ª.3. Añade**, como causa de baja temporal en el programa a las ya existentes

con anterioridad, la suscripción de contratos de inserción u otros subvencionados por el INEM. Entre estos otros, seguramente, han de contarse también los que puede recibir, desde la entrada en vigor del RD-Ley una «subvención salarial», en los términos del nuevo art. 228.4 LGSS, complementado, de momento, por la Disp. Trans. Quinta del propio RD-Ley.

**5ª.4. Modifica** la redacción anterior para hacerla coherente con las nuevas normas 5ª.1.d y 8.4.d, a cuyo comentario remitimos y asume el texto del anterior art. 5.5 RD 781/2001.

**5ª.5. Suprime** el anterior apartado 5, que queda ahora subsumido en la nueva norma 5ª.4 y asume, por tanto, el texto del que antes era el apartado 6 de la norma.

**6ª.1. Refunde** los textos de los anteriores apartados a y b en que se dividía la norma, y sólo añade, como modificación de fondo que el INEM podrá exigir declaración «o declaraciones» del IRPF, así pues, cabe exigir más de una, lo que ya se venía haciendo, vgr., para verificar la regularidad de los subsidios por desempleo.

**6ª.3. Modifica** su redacción eliminando, en cuanto a la reanudación de la renta activa de inserción cuando se produjo su baja temporal por contrato de inserción u otros subvencionados por el INEM o traslado al extranjero por trabajo o perfeccionamiento inferior a 6 meses, el vocablo «involuntario» al referirse al plazo para solicitar dicha reanudación, que será así, de los 15 días «siguientes al cese en el trabajo». Acaso esta eliminación corresponde al hecho de que en cuanto a los contratos subvencionados, la conjunción del nuevo art. 228.4 LGSS y la Disp. Trans. Quinta del RD-Ley establece el carácter «voluntario» del programa de fomento de empleo que regula –con alguna excepción–. Por otra parte, mejora las condiciones de solicitud de reanudación del programa, por cuanto se sustituye la previsión de que la solicitud fuera de plazo causa la inadmisión del trabajador y baja definitiva por otra cuyos efectos son los generales de solicitud fuera de plazo de prestaciones por desempleo.

Realiza además ciertos ajustes de coordinación entre preceptos, en particular con la modificación operada en el art. 5.2, y se elimina alguna redacción superflua.

**6ª.4.** **Añade**, en coherencia con las modificaciones anteriores y posteriores y en particular las de compatibilidad de la renta de inserción con el trabajo (nueva norma 8ª.4.d) que la formalización de contrato compatible que el empresario ha de certificar también lo puede ser de un contrato temporal y a tiempo parcial. Se elimina por otra parte, redacción reiterativa sobre la gestión cuando se produce el cese en el trabajo.

**7ª.1.** **Sustituye** «empleabilidad» por «ocupabilidad».

**7ª.4.b.** **Añade** a los programas de mejoras de empleo a los que pueden incorporarse los beneficiarios, los de Escuelas Taller y Casas de Oficios.

**7ª.4.c.** **Añade** en el mismo sentido que el precepto anterior, la posibilidad de inclusión, aparte de los programas de instituciones públicas que cita, en «programas propios de otras Administraciones».

**8ª.1.b.** **Elimina** la exigencia de que para el mantenimiento de la renta activa de inserción no hayan de percibirse retribuciones salariales, en coherencia con la compatibilidad de la renta con el trabajo por cuenta ajena arbitrada en las normas 5ª y 8ª.

**8ª.3.a.** **Elimina** la excepción relativa al trabajo a tiempo parcial en materia de compatibilidad, de conformidad con la nueva regulación de la norma 8ª.4.

**8ª.3.c.** **Desglosa** en las letras c y d la incompatibilidad relativa a las prestaciones de desempleo y los salarios, que antes exceptuaban remitiendo al art. 8.4 y ahora se refieren sólo a los contratos de inserción y otros subvencionados por el INEM, en coherencia con la nueva norma 6ª.3.

**8ª.4.b.** **Añade** una remisión al apartado d) siguiente, en cuanto a la compatibilidad de la renta de inserción con el trabajo a tiempo parcial.

**8ª.4.d.** **Añade**, como compatible con la renta de inserción el trabajo por cuenta

ajena temporal –antes, sólo indefinido– a tiempo completo, exceptuando, en coherencia con las nuevas normas 6ª.3 y 8ª.3.d, los contratos de inserción u otros subvencionados por el INEM.

Añade también que cuando la compatibilidad se produce con el trabajo temporal, la cuantía de la renta de inserción se reduce a la mitad para el trabajador, y el período de percepción se amplía al doble.

**8ª.4.e.** **Se elimina** de su texto –compatibilidad con las acciones de voluntariado– que la percepción de la renta se mantendrá aun cuando las acciones de voluntariado se realicen en el extranjero. La conclusión más segura, por tanto (vid. Comentario a la norma 5ª.1.h y norma 7ª.5), es que el traslado al extranjero causa baja en la renta activa de inserción aun cuando sea para realizar acciones de voluntariado, que sin embargo se permiten en el territorio nacional.

**10ª.4.** **Se elimina** el anterior apartado 4 y su texto se sustituye por el del anterior 5. Se trata, simplemente de eliminar redacción superflua en materia de colaboración y coordinación entre Administraciones.

**13ª.1.** **Modifica**, para la realización de las acciones de inserción laboral que son el objeto del compromiso de actividad, las entidades que pueden ser autorizadas a colaborar: así, se suprime la exigencia de que se trate de entidades sin ánimo de lucro –la ley se refiere ahora simplemente a «Entidades», y se añade que tales acciones son o pueden ser objeto de colaboración «entre otras».

Entre tales entidades, sin embargo, en el siguiente párrafo, se suprime la referencia expresa a las agencias de colocación –que no obstante no quedan excluidas como colaboradoras, dado que entran en el amplio término «entidades»– y se adapta el resto del texto para referir sus precisiones a dichas «entidades» y no sólo a entidades sin ánimo de lucro.

**14ª.** **Modifica** el precepto antecedente en sentido justamente contrario, es decir, mientras que la versión del RD 781/2001



admitía al programa a los participantes en el programa anterior, la nueva versión señala que los participantes en programas anteriores (los de los RR.DD. 236/2000 y 781/2001) no podrán ser admitidos al presente programa.

#### *Segunda. Colaboración de la administración tributaria*

Articula dicha colaboración para la gestión y control de las prestaciones de desempleo. Se trata de la persecución del fraude por ocultación de rentas.

#### *Tercer. Reiteración de la contratación laboral*

Establece una suerte de sustitución procesal de los trabajadores por el INEM, que puede demandar de oficio. Como se adelantó ya, cuando se estudió la modificación del art. 208.2.2, habilita al INEM a demandar «de oficio» en sustitución del trabajador para la declaración de indefinición del contrato y readmisión –precepto que sin duda merece un estudio profundo por cuanto establece una sustitución procesal clara– y confirma que en tal supuesto se reconocerán provisionalmente las prestaciones por desempleo, sin perjuicio de que, en su caso, opere el mecanismo del nuevo art. 209.5 para el caso de que con posterioridad se declare la fijeza de la relación y la readmisión del trabajador.

#### *Cuarta. Subvenciones del programa de fomento del empleo y las campañas agrícolas*

Excluye de las ayudas del programa de fomento del empleo agrario a los trabajadores eventuales del REA, mientras existan campañas agrícolas a las que puedan acceder.

### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

#### *Primera. Extinciones*

Establece la normativa aplicable en función del tiempo del suceso. Las extin-

ciones ocurridas antes de la vigencia del RD-Ley se regirán por la normativa entonces vigente.

#### *Segunda. Acreditación de la SLD en caso de despido*

Será, hasta su desarrollo reglamentario, por la presentación de la carta de despido o bien el acta de conciliación o resolución judicial correspondiente (Véase el cometario al nuevo art. 208.1.c. LGSS, *supra*).

Más problemas plantea la acreditación de la SLD –que para los casos de despido comunes deviene sorprendentemente fácil, al menos hasta el desarrollo reglamentario– en los casos de despidos verbales. La solución parece estar, como antes, en la reacción contra el despido mediante la interposición de papeleta de conciliación y posterior demanda, única forma, nos parece, de documentar la extinción.

#### *Tercera. Indemnizaciones derivadas de expedientes de regulación de empleo*

Determina, que, a efectos de su cómputo como renta, en los términos del nuevo art. 215.3.2. LGSS, se excluyen las correspondientes a expedientes iniciados con anterioridad a la vigencia del RD-Ley y que sean la causa de la SLD. La regla será válida también para los casos de suspensión o extinción del subsidio por realización de trabajo así nacidos.

#### *Cuarta. Programa de fomento de empleo en economía social autónoma*

Queda afectada la regulación del RD 1044/1985, de 19 de junio, pues la Disp. Trans. Cuarta del RD-Ley inserta el nuevo requisito de que los socios trabajadores deban incorporarse en cooperativas o sociedades laborales «en las que previamente no hubieran cesado», sin límite de ese tiempo previo. Por otra parte, se posibilita también el pago único para establecerse como autónomos de quienes tengan una minusvalía igual o superior al 33%.



En la D.T. Cuarta se regula también la gestión del nuevo modo de pago único –subvención de las cotizaciones del trabajador a la Seguridad Social–.

Contiene además la citada D.T. una deslegalización del siguiente tenor: «El Gobierno podrá modificar, mediante Real Decreto, lo establecido en el apartado 1 anterior». Lo curioso de esta deslegalización es que lo es por mor de la propia norma legal deslegalizada. Nos explicamos. Con anterioridad, al existir sólo la previsión genérica del art. 228.3 LGSS, el RD 1044/1985 establecía, en desarrollo necesario de la ley, los requisitos correspondientes que, obviamente, podían ser modificados –como lo fueron, aunque por ley, la 22/1992, de 30 de julio– por nueva norma reglamentaria. Ahora, sin embargo, los nuevos requisitos se establecen en norma de rango legal, y por tanto resulta más dudosa la modificación por posterior norma reglamentaria que la misma norma propicia. No obstante, no es una acción desconocida por la legislación laboral –sin ir más lejos, respecto de la propia prestación de desempleo–, *vid.* la Disp. Final Quinta. 2. LGS, que autoriza al Gobierno modificar la duración y la cuantía de las prestaciones de los arts. 210, 216 y 217 de la propia Ley.

#### *Quinta. Compatibilidad del subsidio de desempleo con el trabajo por cuenta ajena*

Identifica los «colectivos» para los que el nuevo art. 228.4 LGSS articula la subvención salarial de la que hemos hablado *supra*, a saber, mayores de 52 años perceptores de cualquier subsidio por desempleo, para quienes será voluntaria la aplicación de este programa ¿significa esto que pueden negarse a aceptar el empleo cuyo salario se subvenciona? (*cf.* el comentario a la nueva Disp. Adicional Primera. 6<sup>a</sup>. 3 del RD-Ley), salvo en el caso de que el subsidio que perciban sea el de mayores de 52 años.

La aplicación de la subvención exige un contrato de cualquier tipo –excepto los de inserción o los subvencionados en el Programa de fomento del empleo

agrario– pero de duración superior a tres meses.

Además, se exige que la empresa no tenga autorizado un expediente de regulación de empleo en el momento de la contratación y que el trabajador beneficiario no haya trabajado para la empresa en los últimos 12 meses; y se excluye de la bonificación la contratación de familiares hasta el segundo grado o de quienes ostentan cargos de dirección.

La subvención, no obstante, no alcanzará a la totalidad del subsidio, sino que viene establecida en la DT Quinta con la cuantía del 50% del subsidio cada mes y con el máximo de su monto total; el abono al trabajador de tres meses de cuantía si el trabajo exige cambio de residencia –descontado de la subvención al empresario– y la bonificación del 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes hasta 12 meses, si se trata de contratación temporal, o la que corresponda según el programa anual de fomento del empleo si la contratación es indefinida.

Se introduce una regla específica –a parte las generales de solicitud en quince días y efectos, etc.– para el caso de cese en el trabajo subvencionado y reanudación del subsidio, según la cual la reanudación se producirá «obteniendo, siempre que se reúnan los requisitos exigidos al efecto, dicho subsidio por el total de su cuantía, en tal caso se considerará como período consumido de derecho la mitad del período en el que se compatibilizó el subsidio con el trabajo».

La norma, en fin, contiene una deslegalización que merece el mismo comentario que hemos realizado en el análisis de la D.T. Cuarta.

#### *Sexta. Sustitución de trabajadores en formación*

Se aclara, puesto que no se hace en el nuevo art. 228.4 LGSS, que habrá que pagarles hasta el salario correspondiente, y que el empresario debe pagar también las cotizaciones, todos estos extremos se contienen en esta disposición transitoria.

La norma matiza que esta posibilidad sólo se ofrece a empresas de hasta 100 trabajadores y que las acciones de formación del sustituido deben estar financiadas por cualquiera de las Administraciones Públicas, debiendo acreditarlo la empresa ante el INEM.

Esta Transitoria contiene la misma deslegalización que las dos anteriores.

*Séptima. Programa de fomento de la movilidad geográfica*

Crea una nueva noción de «desplazamiento», *temporal* para trabajadores desempleados que acepten un contrato temporal fuera de su lugar de residencia y *estable* para los que acepten en las mismas condiciones un contrato indefinido. Las subvenciones se dejan a un posterior desarrollo reglamentario, pero se hacen compatibles con la nueva subvención salarial del nuevo art. 228.4 LGSS, sobre compatibilidad del subsidio de desempleo con el trabajo por cuenta ajena.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Se deroga el art. 213.1.b y el 213.2 LGSS, cuyo contenido, evidentemente, está sustituido por los nuevos 213.1.c y 231 LGSS y el nuevo art. 47 LISS.

Se deroga el art. 2.1.c. RD 5/1997, de 10 de enero, puesto que para el nacimiento del subsidio de desempleo agrario ya no basta como requisito tener cubierto un número de jornadas reales cotizadas, sino que el nuevo requisito es haber disfrutado ya antes de este subsidio.

Se deroga el art. 1.1.c, d y e RD 625/1985, de 2 de abril, relativo a las formas de acreditar la SLD por despido, dada la regulación de esta SLD en el nuevo art. 208.1.1.c LGSS y su nueva forma de acreditación, transitoriamente regulada en la D.T. Segunda del RD-Ley.

DISPOSICIONES FINALES

*Primera.*

*Programa de fomento del empleo*

1.

Art. 4.1.1.i Ley 12/2001. Modifica el texto eliminando el requisito de que la inscripción de las mujeres haya durado 12 o más meses para tener derecho a este programa cuando sean contratadas en los 24 meses siguientes al parto.

2.

Art. 6.1.h Ley 12/2001. Añade a la bonificación en la cotización allí establecida para los perceptores de la renta activa de inserción (65% en los 24 meses siguientes al inicio del contrato) una nueva bonificación, del 45% en el caso de mayores de 45 años y hasta los 55 y otra del 50% durante el resto de vigencia para los trabajadores mayores de 55 y hasta los 65.

Art. 6.1.i Ley 12/2001. Suprime el requisito de la inscripción anterior de 12 o más meses para tener derecho a la bonificación para contratación de mujeres en los 24 meses siguientes al parto –concorda con la modificación del art. 4.1.1.i de la misma Ley–.

3.

Disposición adicional quinta Ley 24/2001, de 27 diciembre. Suprime la inaplicación de las subvenciones y bonificaciones para el fomento del empleo de discapacitados a los casos de relaciones laborales especiales y contrataciones de parientes hasta el segundo grado del empresario o de los miembros de los órganos de administración. Pasan a ser letras a y b del precepto las que en la versión anterior de la Ley 24/2001 eran letras c y d.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA.  
DESARROLLO, ENTRADA EN VIGOR  
Y APLICACIÓN

Contiene lo habitual sobre desarrollo reglamentario posible –específico, como se ha visto, en algunos apartados–

y entrada en vigor el día siguiente de su publicación. Pero en cuanto a esta última, establece las siguientes especialidades:

a) **La nueva SLD por despido** (art. 208.1.c LGSS) se aplica sólo a despidos producidos después de la entrada en vigor del RD-Ley.

b) **El nuevo régimen del subsidio de desempleo para emigrantes retornados** (art. 215.1.1.c LGSS) será aplicable a las solicitudes presentadas después de la entrada en vigor del RD-Ley. Se contiene la

previsión de que los trabajadores que hubieran accedido antes a este subsidio podrán acceder, si cumplen los requisitos, al subsidio para mayores de 52 años.

c) **La modificación legal que conduce a la extinción del subsidio de desempleo agrario** (art. Tres del RD-Ley) será aplicable a todas las solicitudes que se presenten, incluidas aquellas a las que sea de aplicación el cómputo especial de cotizaciones de las Disp. Trans. Primera y Segunda del RD 5/1997.

## Bibliografía sobre desempleo

- ALAMEDA CASTILLO, M. T., «El problemático requisito reglamentario configurador de la situación legal de desempleo del art. 1.1.c del RD 625/1985: un supuesto de ultra vires no declarado», TL, nº 54, 2000.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., «El desempleo: niveles de protección y régimen de prestaciones». En OBRA COLECTIVA, *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985.
- ALARCÓN CARACUEL M. R. y FARGAS FERNÁNDEZ, J., «Cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria que se superpone y se prolonga más allá de la de desempleo contributivo (y passim sobre los límites de la unificación de doctrina», REDT, nº 69, 1995.
- ALMANSA PASTOR, J. M., «Nota sobre una posible solución a los problemas económicos del INEM (Incompatibilidades de indemnizaciones y prestaciones)», RTSS, nº 9, 1993.
- ALONSO OLEA, M., «Paro forzoso y su aseguramiento», RPS, nº 129, 1981.
- ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J. L., «El paro forzoso: clases y aseguramiento», RPS, nº 145, 1985.
- ÁLVAREZ CORTES, J. C., «El subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años: algo más que asistencia social, algo más que prestación asistencial», TL, nº 33, 1994.
- BORRAJO DACRUZ, E., «Limitaciones ilegales en materia de protección por desempleo», AL, 1988-2.
- CABEZA PEREIRO, J., «La realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses como causa de extinción de la prestación y del subsidio por desempleo», DL, nº 50, 1996.
- *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- «El cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación como causa extintiva de la prestación y del subsidio por desempleo», AS, 1996.
- *La extinción del desempleo*, Comares, Granada, 1997.
- «Desempleo de trabajadores fijos-periódicos», AS nº 12, octubre 2001.
- CASTAN ASENSIO, S., y NAVARRO GALLEL, C., «Principales innovaciones introducidas por el RDL 1/1992 en materia de fomento de empleo y protección por desempleo», AL, 1992-2.
- CHACARTEGUI JAVEA, C., «La cobertura por desempleo de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal», REDT, nº 80, 1997.
- CHARRO BAENA, P., «Subsidio de desempleo de mayores de cincuenta y dos años. Trabajador que sólo cotizó en España como emigrante retornado durante el período de percepción del subsidio por tal motivo, y que acredita más de quince años cotizados en un régimen de jubilación en Alemania (comentario a la STS 4ª de 19 de octubre de 1998)» RL, nº 6, 1999.
- COLLADO GARCÍA, L., PIQUERAS PIQUERAS, M. C., *El subsidio por desempleo: un estudio del nivel asistencial de protección*, Trotta, Valladolid, 1997.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., «Desempleo: conflictos jurisdiccionales», AL, nº 2, 1996.
- CRUZ ROCHE, I., y DESDENTADO BONETE, A., «Las prestaciones de desempleo ante la crisis», PEE, nºs 12-13, 1982.
- DE VICENTE PACHÉS, F., «¿La declaración de la situación legal de desempleo compete al INEM o a la autoridad laboral que autorizó el expediente de regulación de empleo? (Comentario a la STS (Social) de 4 de noviembre de 1999)», TS, nºs. 116 y 117, agosto-septiembre 2000.

- DESDENTADO BONETE, A., Mercader Uguina, J. R., *El Desempleo como situación protegida (un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, Civitas, Madrid, 1996.
- DOLZ LAGO, M. J., «Las prestaciones de desempleo en la modalidad de pago único: otro supuesto de concurrencia jurisdiccional contencioso-administrativa y social», AL, n° 15, 1990.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Una enmarañada ampliación de la cobertura por desempleo», RL, n° 11, 1989.
- «Nuevos vientos fríos en la protección por desempleo», RL, 1994-I.
- ESTEBAN LEGARRETA, R., «Comentarios a propósito del Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero, regulador de un programa de atención a trabajadores mayores de 45 años desempleados, en situación de necesidad y con cargas familiares», AS, n° 7, abril 2000.
- FERNÁNDEZ POYO, J., *La protección por desempleo (Teoría y práctica)*, Valladolid, 1994.
- GALIANA, J. L., «Notas sobre el nuevo régimen de desempleo», RPS, n° 129, 1981.
- GARCÍA MURCIA, J., «Cambio y continuidad en la protección por desempleo: A propósito de las reformas de 1992», REDT, n° 61, 1993.
- «La protección por desempleo: un repaso de jurisprudencia reciente a la luz de los últimos cambios legales», AL, n° 48, 1998.
- GETE CASTRILLO, P., «La protección por desempleo del personal de alta dirección. Algunas consideraciones sobre aspectos problemáticos», RL, 1987-I.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «El subsidio por desempleo para los migrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años», DL, n° 47, 1995.
- GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., «Algunas cuestiones sobre la reducción de la jornada y la situación legal de desempleo en el nuevo régimen jurídico laboral», AS, 1997.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La Ley 31/1984, de protección por desempleo: objeto de la protección y personas protegidas». En AAVV, *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985.
- «Derecho a la prestación de desempleo de los miembros de las corporaciones locales», RL, 1988-I.
- «La protección por desempleo», R. L, 1993-II.
- GUTIÉRREZ-SOLAR, CALVO, B., «El derecho al desempleo de los trabajadores fijos discontinuos: la acumulación de los períodos de ocupación cotizados para la generación de la prestación (Comentario a la STS 4ª 30 de marzo de 2000)», RL, n° 20, 2000.
- LORENTE, J. R., «La reforma del subsidio de desempleo para los eventuales agrarios». *Revista de Treball*, n° 16, 1991.
- LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998.
- López Gándia, J., «El régimen jurídico de la prestación por desempleo tras el Reglamento de la Ley Básica de Empleo (algunos apuntes críticos)», RSS, n° 15, 1982.
- «El nuevo régimen de las prestaciones por desempleo», RL, 1985-II.
- «Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (a tiempo parcial y reducción de jornada)», AL, n° 14, 1996.
- LÓPEZ GANDIA, J., y BLASCO LAHOZ, J., «Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo», *Revista de Treball*, n° 10, 1989.
- LUELMO MILLÁN, M. A., «La prestación por desempleo: algunos aspectos de su problemática jurisdiccional», DL, n° 50, 1996. También en AL, n° 4, 1997.
- «Trabajador migrante, desempleo y derecho comunitario», AL, n° 46, 1998.
- MARÍN CORREA, J. M., «El despido procedente como situación legal de desempleo», AL, 1989-III.



- «Protección del desempleo y Derecho Comunitario Europeo», AL, 1993-2.
- «Doctrina judicial y sanción en materia de desempleo», AL, nº 45, 1998.
- «Mayores de 52 años y desempleo», AL, nº 4, 1999.
- MARTI MARTÍN, J., «Extinción del contrato por muerte o jubilación del empresario y prestaciones por desempleo». En OBRA COLECTIVA, *I Jornadas de la Facultad de Derecho. El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1984.
- MERCADER UGUINA, J. R., «Medidas de fomento de la ocupación y de control del fraude en la protección por desempleo», RL, 1994-1.
- «Desempleo y libre circulación de trabajadores», RMTAS, nº 7, 1998.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- NAVARRO GALLEL, C., y CORTES ASENSIO, S., «Principales innovaciones introducidas por el RDL 1/1992, en materia de fomento de empleo y protección por desempleo», AL, 1992-2.
- OLARTE ENCABO, S., «La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social», AL, 1993-3.
- ORDEIG FOS, J. M., «Seguridad Social: revisión de los actos declarativos de derecho y reintegro de prestaciones. Especialidades en desempleo I y II», AL, 1994-2.
- «El subsidio por desempleo en la Ley de Seguridad Social», AL, nº 24, 1996.
- PAZ CANALEJO, N., y MERCADER UGUINA, J. R., La desprotección relativa por desempleo de los socios de Cooperativas de Trabajo Asociado: una discriminación normativa no razonable, Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, Bilbao 1993.
- PÉREZ ALONSO, M. A., «Las relaciones entre situaciones de ILLT e invalidez provisional y las prestaciones de desempleo», AL, 1989-2.
- PÉREZ MENAYO, V., «La protección del desempleo en España y en los países de las Comunidades Europeas», Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980.
- PLANAS GÓMEZ, M., «Prestación por desempleo», TS, nº 82, 1997.
- «Cotización para el desempleo», TS nº 104, 1999.
- RABANAL CARBAJO, P., «Trabajo a tiempo parcial y desempleo», REDT, nº 87, 1998.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La extinción del contrato de trabajo y el desempleo», RSS, nº 12, 1981.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., «Papel de la Seguridad Social en la lucha contra el desempleo», DL, nº 41, 1993.
- SÁNCHEZ-BARRIGA PEÑAS, R., «La protección por desempleo para socios de cooperativas», TL, nº 22, 1991.
- SÁNCHEZ PEGO, F. J., «El mantenimiento de la prestación por desempleo en la migración intracomunitaria», AL, 1993-1.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «La nueva regulación del desempleo: la Ley 31/1984, y su Reglamento», DL, nº 15, 1985.
- TORTUERO PLAZA, J. L., «Titulares del derecho a las prestaciones por desempleo: los declarados inválidos», RPS, nº 138, 1983.
- «Dos sentencias constitucionales sobre desempleo», REDT, nº 31, 1987.
- «El subsidio por desempleo en los trabajadores eventuales del campo y su posible inconstitucionalidad», REDT, nº 41, 1990.
- «Nuevamente sobre los beneficiarios del subsidio de desempleo mayores de cincuenta y dos años», REDT, nº 60, 1993.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El subsidio de prejubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.



- VALLE MUÑOZ, F. A., «Protección por desempleo durante la tramitación de recursos contra sentencias que declaren la improcedencia del despido», *AL*, nº 26, 1998.
- VICENTE PALACIO, A., «De nuevo sobre el reintegro de las prestaciones indebidas de Seguridad Social (concretamente, de desempleo): acerca del días a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la acción en el supuesto de una prestación de desempleo de pago único (a propósito de las SSTs de 10 y 28 de febrero de 2000)», *TS*, nº 122, febrero 2001.
- VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A., «Cobertura del desempleo». En *OBRA COLECTIVA*, I Jornadas de la Facultad de Derecho. El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1984.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., *La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- «Protección por desempleo y trabajo a tiempo parcial», *TS*, nº 85, 1998.
- ZAPIRAIN BILBAO, A., «La situación legal de desempleo y su acreditación. La determinación del momento del devengo de la prestación reconocida», *TS*, nº 103, 1999.



# A SUBDELEGACIÓN DE FOMENTO NA PROVINCIA DE LUGO: JOSÉ MARÍA MOSCOSO DE ALTAMIRA, 1833-1834\*

**Prudencio Viveiro Mogo**

Bolseiro predoutoral da Xunta de Galicia  
Universidade de Santiago de Compostela

## 1. Introducción

A primeira metade do século XIX supuxo para España a creba da Monarquía absoluta e o deseño dun modelo de Estado baseado sobre novos principios. Efectivamente, ó longo dos cincuenta primeiros anos da centuria decimonónica asistiremos á consolidación das novas institucións liberais, que marcarán unha ruptura radical co pasado; dunha concepción autocrática do poder, pasaremos a formas representativas de goberno; a rixida regulamentación económica dará paso á liberdade de mercado e, no eido social, desaparecerán os privilexios do nacemento. Mais o Estado liberal trouxo tamén importantes cambios á hora de xerar un novo modelo de administración, da dispersión do poder, propia do

---

\* Este artigo encádrase dentro do proxecto de investigación «El Gobierno de la Provincia» (PB96-0947) financiado polo Ministerio de Educación e Ciencia e dirixido polo profesor Dr. D. Ramón Villares.

Antigo réxime, pasaremos a un deseño administrativo centralizado e uniformizador, que desde un centro se proxecta xerarquicamente cara á periferia<sup>1</sup>. Estas bases administrativas ficaron reflectidas na Constitución de 1812 e na lexislación emanada das Cortes de Cádiz. Para a formación dun novo modelo de estado centralizado, os liberais españois estaban a seguir o exemplo da Administración francesa creada trala Revolución, e que tiña, amais do xa mencionado carácter centralizador, nos departamentos e nos prefectos, os seus alicerces principais<sup>2</sup>, que serían tomados como exemplo para unha racionalización da división provincial española, así como para a colocación á súa fronte dos xefes políticos (futuros gobernadores civís), como delegados do Goberno central na periferia, encargados de facer cumpri-las súas ordes, e que son os principais axentes da centralización.

Ora ben, o asentamento do liberalismo en España tería unha longa prolongación no tempo, as etapas de goberno liberal foron freadas por reaccións absolutistas, o que dilataría a definitiva consolidación das institucións liberais. Tal feito provocou a deturpación da Administración provincial española con respecto ó seu modelo francés. En efecto, a debilidade do liberalismo español, máis a presión dos elementos do Antigo réxime, marcaron desde un principio a politización da Administración do Estado, especialmente nas provincias, impedindo a profesionalización dos delegados do poder central, característica que si se observaría nos prefectos franceses. Mais non sería só o déficit profesional o que caracterizaría ós delegados provinciais españois, senón que, a necesidade do mantemento do liberalismo e a loita fronte á reacción, levarían a unha militarización dos gobernos políticos encargados da administración das provincias, contrastando co carácter civil dos prefectos franceses. Esa dupla frustración civilista e profesional sería a principal deficiencia do modelo provincial do liberalismo español fronte ó seu exemplo francés<sup>3</sup>. A definitiva consolidación do liberalismo como froito dun pacto político entre os sectores máis renovadores do Antigo réxime e os liberais máis moderados non faría máis que consolidar estas características da Administración liberal española, xa que daquela os gobernadores civís tiveron

<sup>1</sup> Estas claves da nova Administración liberal foron sinaladas por autores da época: COLMEIRO, MANUEL: *Derecho Administrativo Español*, Santiago de Compostela: Librería de don Ángel Calleja, 1850. Claves nas que tamén inciden autores contemporáneos: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid: Taurus, 1981, pp. 46 e ss.

<sup>2</sup> Para un achegamento ós prefectos franceses Vid. CHAPMAN, Brian: *Los Prefectos y la Francia provincial*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1959.

<sup>3</sup> Esta dupla frustración foi plenamente demostrada por Manel RISQUES CORBELLA no seu estudo do Goberno Civil de Barcelona: *El Govern Civil de Barcelona al segle XIX*, Barcelona: Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 1995.

por principal misión defende-lo bloque histórico protagonista do afianzamento do liberalismo en España<sup>4</sup>.

Con todo, o modelo que acabamos de describir tamén tivo as súas alternativas. Nos derradeiros anos do reinado de Fernando VII, e trala morte deste, foise desenvolvendo un programa de reformas administrativas patrocinadas desde o Estado, que tamén tentou debuxar unha administración centralizada, mais sen caer nas eivas que presentaba o sistema liberal. Tal modelo asentábase sobre uns presupostos ideolóxicos que se situaban a medio camiño entre o liberalismo e o absolutismo. En efecto, ó longo da segunda restauración absolutista de Fernando VII (1823-1833), tanto desde a clase política gobernante, coma desde os que permanecían fóra dos ámbitos de poder, foise xestando un programa político baseado na moderación e nas reformas administrativas desde arriba para saír da situación de inmovilismo existente. Tal programa político era equidistante do liberalismo máis exaltado e do ultrarrealismo máis radical, o que levou a algúns autores a definilo como unha especie de *terceira vía*<sup>5</sup>. En realidade, non se trataba de nada novo, senón máis ben da recuperación das ideas da Ilustración española, rescatadas agora para tentar dar solución á crise do Estado absoluto, e, por outra parte, era tamén o que no seu momento tentou levar adiante o goberno afrancesado, das reformas pacíficas, gradualistas e impulsadas desde o poder.

O presente traballo ten por obxectivos estudar unha das principais realizacións do reformismo administrativo: os subdelegados de Fomento, postos á fronte das novas provincias consolidadas no 1833; e moi en particular achegarse ás vicisitudes que marcaron a súa instalación na provincia de Lugo, así como á figura do seu primeiro subdelegado de Fomento: José María Moscoso de Altamira.

## 2. O modelo dos subdelegados de Fomento

A instalación dos subdelegados de Fomento á fronte das provincias supuxo unha creación orixinal que se erguía sobre dúas tradicións diferentes: en primeiro lugar, os subdelegados reproducían a continuidade

<sup>4</sup> As ideas de pacto e de transición desde arriba son as que protagonizaron o asentamento do liberalismo en España, a diferenza da ruptura revolucionaria acontecida en Francia: Vid. FONTANA, Josep: *La crisis del Antiguo Régimen, 1808-1833*, Barcelona: Crítica, 1979. TUÑÓN DE LARA, Manuel: «Sociedad señorial, revolución burguesa y sociedad capitalista», en VII Coloquio de Pau: *Crisis del Antiguo Régimen e industrialización en la España del siglo XIX*, Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1972, pp. 11-26.

<sup>5</sup> COMELLAS, José Luis: *Isabel II. Una Reina y un reinado*, Barcelona: Ariel, 1999, p. 18.



dun pensamento autóctono, que era o representado pola herdanza do reformismo ilustrado, coa súa concepción da Administración como fomento da riqueza e do benestar, pero sen que isto signifique reformas políticas ou sociais. Así, non é estraño que os subdelegados de Fomento fosen unha institución perfectamente axeitada para o reformismo administrativo que se tentou levar adiante trala morte de Fernando VII, xa que os beneficios da Administración pretendían substituír calquera aperturismo político ou social. En segundo lugar, baseándose nos obxectivos de prosperidade e de fomento que posuían os subdelegados, entroncarían co modelo departamental francés, que tiña nos prefectos ós xefes da Administración periférica, rol que pretendían asumir en España os subdelegados<sup>6</sup>.

As dúas tradicións que acabamos de apuntar concretábanse nun home: Javier de Burgos (1778-1849), principal artífice dos subdelegados de Fomento. Burgos procedía da tradición da Ilustración española, das reformas desde arriba, sen muda-la estrutura social e política da sociedade. Por outra parte, coñecía ben o modelo da Administración francesa, durante o período de goberno de Xosé I foi subprefecto de Almería; tamén pasou varios anos exiliado en Francia, o que lle deu oportunidade de afondar no coñecemento da Administración do país veciño; sería precisamente desde París desde onde lle dirixiría no 1826 unha exposición a Fernando VII, que xa contiña as claves da política do reformismo administrativo, política da que el foi un dos principais valedores, sobre todo desde o acceso ó Ministerio de Fomento o 21 de outubro de 1833 (departamento que fora creado en novembro de 1832 como pedra fundamental sobre a que se asentaría a política das reformas administrativas). Desde este posto, Burgos implantaría a división provincial de 1833, que chegaría ata a actualidade, razón pola que este persoeiro pasou á historia como o principal autor desta partición, cando a súa actuación só se limitou a lles dar carta de legalidade ós traballos realizados en épocas pasadas, sobre todo nos períodos constitucionais e ó longo da «década ominosa». A verdadeira orixinalidade de Javier de Burgos foi pór esta división ó servizo das reformas administrativas e, sobre todo, a creación dos subdelegados para o goberno das novas provincias. Así, paradoxalmente, as ideas administrativas de Javier de Burgos, simbolizadas nos subdelegados de Fomento, terían máis que ver co pensamento ilustrado de finais do Antigo réxime que coas ideas xeradas polo liberalismo español; e, por outra parte, se atendemos á práctica dos subdelegados, estes estarían seguindo máis fielmente o modelo dos prefectos franceses có dos xefes políticos dos tempos da Constitución de 1812.

<sup>6</sup> NIETO, Alejandro: *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona: Ariel, 1996, pp. 246-247.

Unha vez vistos os obxectivos dos subdelegados de Fomento, baseados na busca da prosperidade, podemos dicir que había unha clara diferenza cos xefes políticos das épocas constitucionais, pois mentres que estes tiñan un obxectivo eminentemente político, os subdelegados pretendían fuxir do político e centrarse no fomento<sup>7</sup>. Nunca os nomes duns cargos públicos estiveran tan acorde coa súa función real<sup>8</sup>. Así as cousas, fronte a uns cargos politizados, como eran os xefes políticos, os subdelegados de Fomento aspiraban a se converter en funcionarios profesionalizados, sen ningunha clase de adulteración política, afastados de todo partidismo e das alternativas políticas. Deste xeito, se na división provincial implantada no 1833 non se partía de cero, posto que son claras as súas influencias de traballos anteriores, no obxectivo procurado por esta división, e, sobre todo, nos delegados postos á súa fronte, si habería unha clara novidade. A intencionalidade xa non será puramente política, senón administrativa, entendendo a administración como fomento, tarefa á que estaban dedicados os subdelegados. Con todo, isto non quere dicir que a proposta de Javier de Burgos e do reformismo administrativo fose menos centralista cá das pasadas épocas liberais, o que ocurría era que o centralismo, ó igual cá división provincial, poríase ó servizo duns ideais administrativos de fomento e prosperidade. A centralización perseguida neste momento, máis que unha misión política, tiña unha función administrativa e de fomento.

Unha vez que procedemos ó comentario das características xerais e á orixe dos subdelegados de Fomento, imos proceder á descrición do proceso legal que levou á súa instauración. Para o asentamento dos subdelegados o primeiro acontecemento importante será o nomeamento de Javier de Burgos como ministro de Fomento, o 21 de outubro de 1833, dentro do Gabinete presidido por Cea Bermúdez (1779-1850). Sen dúbida, a creación destes funcionarios xa estaba na mente de Burgos antes de chegar ó Ministerio, pois tan só dous días despois, o 23 de outubro de 1833, a raíña gobernadora, María Cristina de Borbón, asinaba o Real decreto polo que se creaban os subdelegados principais de Fomento.

---

<sup>7</sup> Verbo da recente bibliografía arredor dos Gobernadores Cívís podemos apuntar dúas obras de interese: AA.VV.: *El Gobernador Civil en la política y en la Administración de la España contemporánea*, Madrid: Ministerio del Interior, 1997. CAJAL VALERO, Arturo: *El Gobernador Civil y el Estado centralizado del siglo XIX*, Madrid: MAP, 1999.

<sup>8</sup> NIETO, Alejandro: *Los primeros pasos del Estado constitucional...* Op. Cit. Así o afirma este autor. «... lo esencial era que se trataba de una Administración *de fomento*. Ya la denominación tiene en este punto un enorme valor significativo, que se contrastaba con la sustancia eminentemente política de la figura liberal («jefe político», «gobernador») pensada para gobernar y mandar; mientras que la hechura de Javier de Burgos quiso mantenerse en lo posible al margen de lo político para centrarse en el «fomento» de la prosperidad de los individuos y de los pueblos», p. 248.

«Convencida de que para que sea eficaz la protección que quiero dar á todos los intereses legítimos, es menester que haya en las provincias agentes especiales de prosperidad, he tenido a bien mandar en nombre de mi muy cara y amada Hija la Reina Doña Isabel II lo que sigue:

Artículo 1º. En cada una de las capitales de las provincias que hoy existen, y de las que se formen en la nueva división territorial, que os he encargado plantear, se establecerá una autoridad superior administrativa con el título de Subdelegado principal de Fomento.

(...)

Art. 3º. Los subdelegados principales y los subalternos serán escogidos entre las personas dotadas de conocimientos especiales en administración»<sup>9</sup>.

A través destas verbas podemos observar como os subdelegados de Fomento eran os axentes encargados de levárllle-los beneficios da Administración ás provincias, tendo como misión fundamental a súa prosperidade. Este traballo sería realizado por entendidos na Administración, é dicir, pretendíase unha profesionalización dos máximos xefes provinciais; alén de toda circunstancia política, primaban para o seu nomeamento os coñecementos no relativo a temas administrativos. Como se pode apreciar, estanse designando os subdelegados de Fomento antes de que se produza a racionalización provincial, o que nos dá idea de dúas cuestións: primeiro, está indicando que os subdelegados son a grande creación de Javier de Burgos, este anticipo denota a grande importancia que a racionalización da Administración e o fomento da prosperidade tiñan no manifesto do 4 de outubro de 1833 (programa de goberno do ministerio Cea Bermúdez, que facía fincapé nas reformas administrativas); segundo, a división provincial, implantada máis tarde, serviría como ámbito de xurisdicción para uns funcionarios xa creados, denotando o seu carácter de copia de pasados traballos e o seu carácter colateral respecto dos subdelegados de Fomento<sup>10</sup>. Estes axentes de fomento converteríanse na ponte entre o Estado e as provincias, eran funcionarios que espallarían pola provincia tódalas disposicións do Goberno e elevarían cara ó centro as necesidades da periferia.

Sen embargo, non todo serían facilidades para Javier de Burgos á hora de levar adiante a implantación dos subdelegados de Fomento. En efecto, podemos afirmar que a principal oposición ós novos funcionarios veu por parte do Consello de goberno, institución prevista no testamento de Fernando VII para asesora-la raíña gobernadora. Nun primeiro momento o Consello de Goberno vaise preocupar tanto pola indetermi-

<sup>9</sup> *Gaceta de Madrid*, 24-X-1833.

<sup>10</sup> MAESTRE ROCA, Julio: «Javier de Burgos, liberal doctrinario», *Revista de Estudios Políticos*, xaneiro-febreiro, 1972, n.º. 181, pp. 133-156.

nación das atribucións que se lles darían ós subdelegados, como polo posible aumento de gastos que suporía para o Estado a súa creación; verbo de ámbolos temas demandaballe información ó Consello de Ministros<sup>11</sup>. Sen embargo, Burgos vai reaccionar rapidamente e o 11 de novembro de 1833 presenta detalladamente o proxecto de creación dos subdelegados de Fomento perante o Consello de Ministros: as súas atribucións, dotacións e presuposto de gastos das subdelegacións, impugnando as reticencias do Consello de Goberno, diante desta exposición os ministros aprobaron as subdelegacións de Fomento<sup>12</sup>.

Pero, aínda que os subdelegados foron aprobados polos ministros, non por iso o Consello de Goberno acatou as súas medidas; así, nun oficio do 20 de novembro de 1833, enviado ó Consello de Ministros, manifestaba a súa idea de que a división territorial debía limitarse só á parte administrativa, non facéndoa extensiva ós demais eidos do servicio do Estado. Por outra parte, noutro oficio do 23 de novembro, os membros do Consello de Goberno manifestaban innecesario establecer subdelegados de Fomento, aducindo que as funcións que para eles estaban previstas podían exercelas os Intendentes<sup>13</sup>. Mais Burgos discrepou abertamente desta opinión: «El Sr. Ministro del ramo entró en el examen de todos los fundamentos de esta opinión: mostró los inconvenientes que se seguirían de adoptarla: probó la contradicción que existía entre la aprobación de la División territorial limitada a la parte administrativa y la no aprobación del establecimiento de las subdelegaciones de Fomento»<sup>14</sup>. Os demais ministros amosáronse de acordo con Burgos e aprobaron definitivamente os proxectos dos subdelegados.

Pero, a oposición do Consello de Goberno ós subdelegados, máis que polo aumento do gasto que ó Estado lle podería causar, debíase a un tema de maior profundidade e importancia. En efecto, Javier de Burgos ó crea-los subdelegados de Fomento non os consideraba só como funcionarios profesionais, senón que pensaba tamén en civís para desempeñalos, é dicir, Burgos desexaba unha Administración civilista, afastada de calquera intervencionismo militar, pois era esta unha condición *sine qua non* para que a Administración puidera cumprilo seu cometido fomentador da prosperidade. No caso das subdelegacións non había ningunha posibilidade de que foran desempeñadas por militares, a diferenza do que ocorría coas xefaturas políticas, que en momentos de excepción

<sup>11</sup> *Actas del Consejo de Ministros*. Isabel II. Tomo IX (1833-1839), Madrid: Ministerio de la Presidencia, 1995. Sesión do 10-XI-1833, p. 48.

<sup>12</sup> *Actas del Consejo de Ministros*. Op. Cit. Sesión do 11-XI-1833, p. 50.

<sup>13</sup> *Actas del Consejo de Ministros*. Op. Cit. Sesión do 29-XI-1833, p. 67.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 67-68.

poderían estar ocupadas por militares. Era claro que esta determinación civilista de Burgos ía chocar co tradicional poder dos militares, exercido en tódolos ámbitos do Estado, tamén na Administración; neste senso, as prevencións do Consello de Goberno contra dos subdelegados debémos entendelas como un intento de defende-los intereses militares, ante o choque competencial que se ía producir cos subdelegados de Fomento. Tal defensa enténdese polo feito de que no Consello de Goberno había importantes mandos militares, e temos o exemplo máis significativo no marqués das Amarillas, disposto a defende-lo corporativismo militar<sup>15</sup>. Cómpre lembrar que na conxuntura política do momento, dominada pola crise dinástica aberta tralo pasamento de Fernando VII, e a conseguinte reacción carlista fronte ó trono isabelino, os militares posufron unha privilexiada situación política, dado que o estado de guerra facía deles un elemento necesario para a conservación da Monarquía de Isabel II, de aí que non estiveran dispostos a ceder nada do seu tradicional poder e influencia, converténdose, xa que logo, en inimigos declarados da implantación dos subdelegados.

Unha vez aprobados polo Consello de Ministros, e superados os últimos obstáculos, os subdelegados tiveron vía libre para a súa definitiva implantación. Efectivamente, o 30 de novembro de 1833, na mesma data en que se procedía á instalación dunha nova división provincial, publicábase tamén o Real decreto polo que se fixaba a cadro de persoal dos subdelegados de Fomento postos á fronte das novas provincias. A división provincial e a creación dos subdelegados púñanse nun mesmo e inseparable plano, o da acción benéfica que se agardaba da Administración:

«La nueva división territorial, que con el objeto de facilitar la acción de la administración he tenido á bien sancionar por mi decreto de este día, no sería un beneficio para los pueblos, si á la cabeza de cada una de las provincias, y aun á la de algunos partidos, no hubiese un jefe encargado de estudiar las necesidades locales, y de socorrerlas él mismo, ó de proponer al Gobierno los medios de verificarlo. Con este objeto mandé por mi Real decreto de 23 de octubre que se estableciesen dichos jefes con el título de subdelegados de Fomento; y no conviniendo diferir ya la ejecución de esta medida, ni pudiendo llevarse á cabo sin otras que la regularicen y completen...»<sup>16</sup>.

Pasaba, a continuación, á precisa regulamentación dos subdelegados de Fomento, así como á fixación do seu plano de traballo. As funcións dos Subdelegados ficaban claras cando no artigo 11 do Real decreto se afirmaba: «Siendo la protección de los intereses generales el objeto esen-

<sup>15</sup> GAY ARMENTEROS, Juan C.: *Política y Administración en Javier de Burgos*, Granada: CEMCI, 1993, p. 148.

<sup>16</sup> *Gaceta de Madrid*, 3-XII-1833.



cial de la administración, los Subdelegados que no los favorezcan sin descanso, los que no promuevan bienes efectivos serán separados de sus destinos, cualquiera que sea la causa que les haya impedido hacer el bien»<sup>17</sup>. Non podía quedar máis clara a misión dos subdelegados, a busca da prosperidade era o seu fin principal.

Pero, non contente con esta clara fixación de tarefas, Javier de Burgos vai elaborar unha detallada «Instrucción para el Gobierno de los Subdelegados de Fomento» na que se describía punto por punto as obrigas dos subdelegados en cada materia da súa atribución. Dividida en 20 capítulos trataba de todo o relativo ó fomento da prosperidade das provincias: agricultura, industria, comercio, sociedades económicas, división territorial, estatística e moitos outros temas eran obxecto preferente da súa atención. Nesta instrucción os subdelegados ficaban constituídos como axentes fundamentais da centralización estatal, postos ó servicio das benéficas previsións da Administración emanada do Goberno central: «Los subdelegados de Fomento son empleados de ejecución y como tales no pueden mandar ni prohibir sino lo que manden o prohiban las leyes, las Reales ordenes y las instrucciones del ramo»<sup>18</sup>. Para o seguimento do traballo dos subdelegados estes quedaban obrigados a enviarlle cada mes un informe ó Goberno no que darían conta dos seus progresos no tocante a acada-la riqueza das provincias que dirixían. Sen dúbida, un dos puntos máis importantes desta instrucción era aquel no que Burgos lles ordenaba ós axentes provinciais que recolleran dos Capitáns Xenerais aquelas atribucións que agora pasarían a estar administradas polos subdelegados, atribucións que respondían fundamentalmente ó control da orde pública e policía, competencias que tradicionalmente foran dominio dos militares. Con esta actitude Burgos pretendía, como máis arriba xa comentamos, o desenvolvemento dunha Administración plenamente civilista e servida por funcionarios civís. Anque Burgos recomendaba, finalmente, ós subdelegados a colaboración e a harmonía con todas as autoridades, incluídas as militares, era claro que estes non se deixarían roubar facilmente competencias que viñan ocupando durante moito tempo, e non estaban dispostos a perder protagonismo nin na Administración do Estado, nin na das provincias, polo que non tardarían en lles presentar problemas ós subdelegados e en xeral á Administración civilista proposta por Burgos<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> *Gaceta de Madrid*, 12-XII-1833. A «Instrucción para el Gobierno de los Subdelegados de Fomento aprobada por S.M.» sería publicada neste periódico entre o 5-XII-1833 e o 12-XII-1833.

<sup>19</sup> GAY ARMENTEROS, Juan C.: *Política y Administración...* Op. Cit., pp. 148-149. Sen embargo Burgos non cedeu na súa teima de acadar unha Administración de corte ci-



Unha vez fixadas legalmente as atribucións dos subdelegados de Fomento, tan só faltaba o nomeamento das persoas que deberían ocupar tal posto á fronte das provincias. Tal feito vaise producir por senllos decretos de 10 e 14 de decembro de 1833 que ofrecían as listaxes dos novos axentes provinciais<sup>20</sup>. Polo que respecta ás provincias galegas, os nomeados foron: Miguel Gayoso de Mendoza, señor de Rubianes, para a Subdelegación de Fomento da provincia da Coruña; José Rodríguez del Busto, subdelegado de Fomento da provincia de Ourense; José María Bremón, para a Subdelegación de Fomento de Pontevedra e José María Moscoso de Altamira, que sería o primeiro subdelegado de Fomento da provincia de Lugo<sup>21</sup>. Unha vez establecidos os novos funcionarios, unha Real orde de 29 de decembro de 1833 ordenaba que estes se presentasen de contado nas provincias da súa Administración, e dábbase como data límite para verificar tal feito ata o 31 de xaneiro de 1834, data a partir da cal os subdelegados que non se presentaran a cumprir coas súas obrigas perderían o seu destino; tal feito era símbolo da importancia e das esperanzas que se tiñan postas nos subdelegados e na súa misión fomentadora<sup>22</sup>.

Unha vez que realizamos a análise das bases ideolóxicas que sustentaban ós subdelegados de Fomento, así como da súa misión á fronte das provincias e o proceso legal que levou á súa instauración; imos proceder, de seguido, ó exame da implantación da Subdelegación de Fomento na provincia de Lugo, que era unha das catro en que Galicia ficou dividida a partir de 1833.

### 3. Notas biográficas de José María Moscoso de Altamira

O home escollido para se facer cargo da Subdelegación de Fomento da provincia de Lugo foi José María Moscoso de Altamira, quen á altura do ano 1833 xa contaba cun longo *curriculum* político, tanto a nivel ga-

---

vilista, así Vid. *Actas del Consejo de Ministros*, Op. Cit. Sesión do 27-XII-1833: «Finalmente leyó el Sr. Secretario del Despacho del Fomento las minutas de una circular que se proponía dirigir a los Capitanes Generales de la Provincias, para que con arreglo al Real Decreto de 30 de Noviembre último en que se nombran subdelegados de Fomento, entreguen a éstos los negocios concernientes a la Policía y demás dependencias que por el mismo decreto se ponen bajo su inspección; y de un artículo que se acompaña a la Instrucción que se ha de remitir a los mismos subdelegados encargándoles la prontitud y escrupulosidad con que deben transmitir a los Capitanes Generales cuantas noticias puedan interesar a la tranquilidad y seguridad del país», p. 104. Como se pode apreciar a sombra do poder militar seguía presente.

<sup>20</sup> *Gaceta de Madrid*, 17-XII-1833.

<sup>21</sup> VIVEIRO MOGO, Prudencio: «La instalación de los Subdelegados de Fomento en Galicia», *Historia Contemporánea*, n.º 21, 2000, pp. 627-650.

<sup>22</sup> *Diario de la Administración*, 18-II-1834.

lego como español, que o levaron a ocupa-las máis altas responsabilidades á fronte do Estado, e chegará a se converter nun persoeiro clave para a consolidación das institucións liberais en Galicia, e máis concretamente na provincia de Lugo, da que era natural. Efectivamente, José María Moscoso de Altamira nace no ano 1788 na cidade de Mondoñedo, no seo dunha familia fidalga posuidora dun importante patrimonio territorial:

«En veinte y cinco de Mayo de mil setecientos ochenta y ocho: Yo Don Domingo Antonio Pérez, primer teniente cura de la Parroquia del Señor Santiago única de esta ciudad de Mondoñedo, de la que es propio cura Don Jacinto Penelas, Bapticé solemnemente un Niño que nació á la una de la tarde del día antecedente veinte y cuatro de dicho mes y año, hijo legítimo de Don Josef María Moscoso, y de Doña María del Carmen Quiroga vecinos de dicha Parroquia; nieto por parte paterna de Don Antonio Moscoso, y de Doña Bernarda de Miranda, difuntos vecinos que fueron de la repetida Parroquia; y por la materna de Don Andrés Quiroga y Ulloa, y de Doña María Antonia Pardo y Quindós, aquel difunto, y vecinos que ella es, y aquel fue de la ciudad de Betanzos, Arzobispado de Santiago: Púsele nombre Josef María; fue su padrino el R.P. Fr. Pedro Martínez, Difinidor Conventual en el de San Martin de Villaoriente extramuros de dicha ciudad del orden tercera de San Francisco, y para que conste lo firmo en dicha ciudad»<sup>23</sup>.

O seu pai foi José María Moscoso Omaña y Miranda (1749-1802), natural de Santa Cecilia do Valadouro, veciño de Mondoñedo, de onde era rexedor perpetuo e coronel das milicias provinciais. Os Moscoso Omaña eran os señores xurisdiccionais de Ferreiravella (San Martiño de Mondoñedo), posuíndo ademais outras importantes propiedades: Fontao, Formarán, Donalbai, Senande, Barreira... Desde o ano 1588, en que Lorenzo Sánchez Moscoso foi nomeado polo capitán xeneral de Galicia para o emprego de capitán das compañías de milicias das parroquias de Santa Cecilia do Valadouro, San Martiño de Mondoñedo e outras, esta familia dominou esta zona da *provincia* de Mondoñedo. Sería precisamente Moscoso de Altamira o derradeiro señor xurisdiccional de Ferreiravella. A nai de Moscoso, María del Carmen Quiroga y Quindós (n. 1764), era natural de Betanzos, onde viviu ata o ano 1782, data na que se trasladou a Mondoñedo para casar con José María Moscoso Omaña<sup>24</sup>. No ano 1803 Moscoso de Altamira foi admitido na clase de cabaleiros cadetes do Real Colexio de Artillería de Segovia, despois de ter aprobadas as pertinentes probas de nobreza. No ano 1804 foi admitido no Real

<sup>23</sup> Archivo Diocesano de Mondoñedo. Libro de Bautizados (Mondoñedo) de 29-III-1785 ao 18-III-1792. Folio 233.

<sup>24</sup> Archivo Histórico Nacional (AHN). Estado. Carlos III. Expediente n.º. 2302.

Corpo de Maestranza de Ronda, despois de ter novamente superadas as probas de nobreza. En 1805 estaba recoñecido por «Noble hijodalgo» de sangue nos empadroamentos formados na xurisdicción de Ferreira, parroquia de San Martiño de Mondoñedo. A mesma cualificación tería na parroquia de Santiago de Abres, xurisdicción de Castropol, nos anos 1825 e 1831, cómpre afirmar que o vencello de Moscoso de Altamira a esta zona viría motivada pola súa avoa paterna, Bernarda Miranda Navia y Osorio, natural de Santiago de Abres. No ano 1808 foi electo pola Xunta Provincial de Mondoñedo como representante da nobreza deste partido para o congreso composto de deputados desta clase, máis os do clero e o Estamento popular, convocado pola Xunta Soberana do Reino de Galicia na cidade da Coruña, con obxecto de proporcionar recursos contra dos franceses; neste mesmo ano foi nomeado pola Xunta como comandante con graduación de tenente coronel de terceiro batallón do rexemento de reserva de Mondoñedo, amais de ocupar outros cargos<sup>25</sup>. Ó longo da súa vida Moscoso de Altamira terá unha importante relación coa cidade de Ferrol, vencello que podería deberse a dous motivos: primeiro, pola súa condición de militar; segundo, Moscoso era bisneto por liña materna dos marqueses de San Saturnino, moi ligados a Ferrol. Nesta cidade tería Moscoso a súa residencia por moitos anos.

A orixe do vencello de Moscoso co liberalismo atopámola nunha probable referencia de Benito Pérez Galdós nos seus «*Episodios Nacionales*». Así foi, no ano 1814 Moscoso, que daquela posuía a graduación de *brigadier*, foi encausado polas comisións de Estado encargadas de perseguir os elementos liberais trala restauración absolutista de Fernando VII. A causa que se lle abre a Moscoso non vén motivada por ser un valedor do liberalismo, senón máis ben por non ter defendido o absolutismo e os dereitos do rei cando outros oficiais do exército facían gabanzas da Constitución de 1812, delicto polo cal o fiscal da citada comisión pediu para Moscoso a pena capital<sup>26</sup>. Por suposto, esta pena non chegou a se facer realidade. En efecto, en anos posteriores Moscoso de Altamira semella que recuperou o seu creto, e mesmo en 1817 acadou ser nomeado «Gentil Hombre de Cámara de S.M. con entrada». Ora ben, desde o incidente comentado desaparece a vencellación de Moscoso co exército. Durante o primeiro período absolutista de Fernando VII Moscoso permaneceu nas

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> PÉREZ GALDÓS, Benito: *Memorias de un cortesano de 1815. Episodios Nacionales*. V. I, Madrid: Aguilar, 1971. «Me acuerdo de la causa formada al brigadier Moscoso 'por no haber desplegado los labios' mientras otros oficiales elogiaban la Constitución... Vamos, si no se puede uno contener tratando de esto. Bien hizo el fiscal en pedir para Moscoso la pena de muerte, porque el deber de éste era reprender a los desvergonzados oficiales...», p. 1.290.

súas propiedades en Galicia, e foi nesta época cando tivo lugar o seu casamento con María Dolores Taboada y Bueno, veciña de Lugo e pertencente á familia fidalga dos Bendoiro; froito deste matrimonio sería o nacemento en Ferrol da filla primoxénita de Moscoso, Sofía, no ano 1818.

Moscoso de Altamira vai tomar claramente partido polo liberalismo no 1820, apoiando decididamente o movemento revolucionario que se produciu neste ano contra o absolutismo. Efectivamente, Moscoso será un dos homes claves para o triunfo do levantamento de 1820 en Ferrol, formando parte da Xunta creada nesta cidade<sup>27</sup>. Posteriormente converteríase no primeiro alcalde constitucional de Ferrol no Trienio Liberal (1820-1823), cargo que desempeñaría por moi pouco tempo, pois nas eleccións ás Cortes celebradas no 1820 Moscoso foi electo deputado en representación da provincia de Galicia, considerada daquela aínda como unha unidade. Durante o Trienio Liberal verificouse tamén o vencello de Moscoso á masonería, asumindo o nome masónico de *Foción*, tal feito non significa necesariamente un grande compromiso do noso home con esta sociedade secreta, pois, naquel entón, a inmensa maioría da clase política estaba afiliada ás loxas, e a pertenza a elas era unha condición forzosa para quen aspirase a ascender postos na súa carreira política<sup>28</sup>.

Cómpre afirmar que correspondendo coas primeiras discordias dentro da familia liberal que podemos atopar no Trienio, Moscoso de Altamira vaise vencellar ó liberalismo máis moderado. Neste senso, podemos afirmar que foi un destacado membro da sociedade do «Anillo de Oro», formada por liberais partidarios da moderación e da orde, sociedade valedora dos privilexios da Coroa e partidaria de reprimir calquera esaxeración revolucionaria<sup>29</sup>. O feito de pertencer a esta sociedade era sinónimo de triunfo, e un xeito de escalar rapidamente postos na Administración do Estado, isto foi o que lle ocorreu a Moscoso de Altamira, quen na lexislatura do 1821 foi un dos presidentes das Cortes, e en febreiro de 1822 chegaría a ser ministro da Gobernación no Gabinete presidido por Francisco Martínez de la Rosa. Sería desde o Ministerio da Gobernación, desde onde Moscoso procedería ó nomeamento dos xefes políticos encargados de administrar as novas provincias implantadas en xaneiro de 1822. Moscoso destacaría, sobre todo, por nomear militares para os gobernos políticos, demostrando que como liberal moderado unha das

<sup>27</sup> BARREIRO FERNÁNDEZ, X. R.: *Liberales y Absolutistas en Galicia*, Vigo: Edicións Xerais de Galicia, 1982, pp. 22-23.

<sup>28</sup> DIEGO GARCÍA, Emilio de: «Aproximación al estudio de los posibles masones en 1823», en FERRER BENIMELI, J. A. (COORD.): *La masonería en la España del siglo XIX*, V. II, Salamanca: Junta de Castilla y León, 1987, pp. 451-466.

<sup>29</sup> DEROZIER, Albert: *Escritores políticos españoles, 1780-1854*, Madrid: Ediciones Turner, 1975, pp. 59-60.

primeiras cuestións que lle importaban era a defensa da orde e da tranquilidade. Este nomeamento de militares para as xefaturas políticas ía en detrimento do carácter civilista da institución, cuestión pola que xa foi criticado polos seus contemporáneos, caso de Juan Romero Alpuente<sup>30</sup>. O talante moderado de Moscoso amósanolo con detalle Antonio Alcalá Galiano, cando referíndose ó Ministerio Martínez de la Rosa afirma:

De todos los nuevos ministros, Moscoso era el más desagradable á la parcialidad contraria, por ser tieso y entonado y tratarla en la apariencia, sí no en la realidad, con desprecio, habiendo sido de las juntas restablecedoras de la Constitución en su provincia, Galicia, y luego enemistándose tanto por su conducta en las Córtes con la gente de opiniones extremadas, que casi pasaba por realista; personaje por otra parte de respetable medianía en alcances y ciencia, pero no más, y á quien al parecer tenía en particular estima Martínez de la Rosa»<sup>31</sup>.

Moscoso de Altamira viuse na obriga de dimitir como ministro da Gobernación a raíz da súa morna actuación nos sucesos do 7 de xullo de 1822, que puxeron en perigo o réxime constitucional. Ó igual que os seus compañeiros de Ministerio, Moscoso foi procesado por mor da súa ambigua actuación nos sucesos do 7 de xullo, pero finalmente a causa sería sobresida. Moscoso non deixaría de ocupar cargos de responsabilidade, pois en 1823 pasou a formar parte do Consello de Estado. A boa estrela de Moscoso de Altamira remataría no 1823 coa invasión dos «Cen mil fillos de San Luís», que levaría ó restablecemento do absolutismo en España; a colaboración de Moscoso co liberalismo ía supo-lo seu abandono da Corte. Así, por Real decreto autógrafo de Fernando VII, expedido en Andújar o 31 de outubro de 1823, Moscoso foi separado do seu cargo de «Gentil Hombre de Cámara de S.M. con entrada»<sup>32</sup>. Tal feito supuxo que Moscoso deixase Madrid e voltase a Galicia, onde permanecería ata a morte de Fernando VII, en setembro de 1833, e desde onde foi reclamado pouco tempo despois para ocupa-la Subdelegación de Fomento da Provincia de Lugo, cuestión que nos ocupará de seguido.

<sup>30</sup> Expresaba Romero Alpuente dun xeito irónico a súa oposición ó nomeamento de xefes políticos realizado por Moscoso de Altamira: «El ministro de la gobernación de la Península que por medio de su imparcial y acertada elección de jefes políticos había de hacer conocer a los pueblos la prosperidad a que había de llevarlos el nuevo sistema, mantuvo en sus puestos a los que habían dado pruebas más positivas de ser sus enemigos...». Vid. ROMERO ALPUENTE, Juan: *Historia de la Revolución Española y otros escritos*, V. II. Edición preparada e introducida por Alberto GIL NOVALES, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 276.

<sup>31</sup> ALCALÁ GALIANO, ANTONIO: *Memorias*, Madrid: Imprenta de Enrique Rubiños, tomo II, 1886, p. 247.

<sup>32</sup> Archivo General de Palacio (AGP). Personal. Caja 720. Expediente 10.



#### 4. A instalación da Subdelegación de Fomento en Lugo

No Antigo réxime a cidade de Lugo encabezaba unha das sete *provincias* nas que estaba dividido o Reino de Galicia. A presentación dunha nova división provincial por parte do Estado liberal vai ter sempre presente a Lugo e ó seu territorio de influencia, ben como unha subdivisión dentro da provincia de Galicia ou ben como unha entidade provincial de seu. A provincia de Lugo delimitouse na división provincial do 1822, aprobada polas Cortes do Trienio Liberal, e, con pequenas mudanzas, sería a que se implantaría definitivamente en 1833, pervivindo ata a actualidade<sup>33</sup>. A definitiva consolidación como provincia independente supuxo tamén a fixación dunhas institucións propias (das que carecera no Antigo Réxime), entidades que virían representadas fundamentalmente por un subdelegado de Fomento, xa que as Deputacións Provinciais non se restablecerían ata 1835.

Tralo falecemento de Fernando VII, os sectores do reformismo administrativo, que hexemonizaran o poder na derradeira etapa da vida do monarca defunto, e os sectores liberais que foran moderando o seu discurso co paso do tempo, comezarán un proceso de converxencia que deseñará un novo modelo de Estado arredor da Monarquía de Isabel II. Neste contexto de dupla conxuntura de pacto político entre o liberalismo moderado e o absolutismo reformista, por unha parte, e de Guerra Civil e de contestación á Monarquía isabelina, por outra parte; homes como José María Moscoso de Altamira convertéranse en imprescindibles para o novo réxime; a súa influencia social, baseada sobre todo na propiedade territorial, fai deles pezas claves que poden asegurar a fidelidade do seu territorio de orixe ao novo réxime que está nacemento. Esta será a razón fundamental pola que Moscoso de Altamira foi nomeado en decembro do 1833 subdelegado de Fomento da provincia de Lugo, pois a súa condición de grande propietario da nova provincia convertíao nun poder local importante co que o Estado pretendía contar. Ora ben, as intencións do Estado non sempre coincidían cos intereses dos nomeados para as subdelegacións de Fomento, este será o caso de Moscoso de Altamira, quen terá unha reacción ambigua con respecto ó seu nomeamento; ambigüidade que se concretou en dúas misivas diferentes datadas en Ferrol o 20 de decembro de 1833, enviadas ó ministro de Fomento, Javier de Burgos.

A primeira das cartas podemos considerala a resposta oficial de Moscoso, contestación na que agradece á raíña gobernadora o seu nomeamento ó tempo que dá significativas mostras de fidelidade a Isabel II e á nova orde vixente:

<sup>33</sup> VIVEIRO MOGO, Prudencio: «A xénese da provincia de Lugo, 1812-1833: Estado liberal e división provincial», *Lucensia*, n.º 23, 2001, pp. 213-230.



«El distinguido honor que merezco á S.M. la REINA Gobernadora en el nombramiento para Subdelegado de Fomento de la provincia de Lugo, que V.E. me comunica con fecha de 10 del corriente, ha llenado mi corazón de la mas pura gratitud á sus bondades, si bien me aflige el temor de que esta ocasión sea acaso la única en que el acierto que acompaña todas las resoluciones de S.M. se vea disminuido por el exceso de su benevolencia augusta respecto de mi persona. No obstante colocado entre la desconfianza de poder corresponder dignamente á ella, y el deseo de aprovechar la primera ocasion que se me presenta de acreditar á S.M. y á la REINA nuestra Señora Doña Isabel II mi sincera gratitud de sacrificarme en su servicio, no puedo vacilar en aceptar con el mas profundo reconocimiento el encargo honorífico que S.M. se digna confiarme»<sup>34</sup>.

Como se pode apreciar, o noso protagonista acepta claramente o cargo que se lle propón; é máis, Moscoso continuaba pedindo a colaboración de Javier de Burgos para levar adiante os obxectivos que estaban fixados para as subdelegacións de Fomento, obxectivos que non eran outros que o deseño dunha Administración eficaz que buscaba a prosperidade e a riqueza da periferia, estas son as metas que se marcaba Moscoso para a provincia de Lugo; por outra parte; o servizo e o sacrificio de Moscoso de Altamira cara Isabel II marcarían o seu traballo como xefe da Administración á fronte da súa provincia: «¡Dichoso yo si mereciendo la clasificación de agente especial de esta, lograrse algun dia el placer de presentar ante el trono, como objeto el mas grato al benéfico corazón de S.M. la demostracion de haber remediado una sola de las necesidades de esta fiel porcion de sus queridos hijos!»<sup>35</sup>. Como vemos, Moscoso colócase claramente en sintonía ideolóxica co reformismo administrativo, e cifraba o seu éxito en espalla-los beneficios da Administración. Da importancia que o Goberno daba á figura de Moscoso de Altamira foi exemplo o feito de que esta contestación foi publicada na *Gaceta de Madrid*, o que revela o desexo de contar con Moscoso para a política das reformas administrativas. Sen dúbida, o goberno valoraba como de moita importancia a participación de Moscoso de Altamira no novo réxime, polo que lle queren dar eco publicando a súa carta. A loita pola conservación da Monarquía de Isabel II e o éxito da política das reformas administrativas estarían detrás deste feito.

Ora ben, como dicíamos máis arriba, Moscoso de Altamira enviou unha segunda carta a Javier de Burgos, tamén datada o 20 de decembro de 1833, na que xa non se amosaba tan optimista nin tan contento co cargo co que fora agraciado, sen deixar de amosa-la súa gratitude cara ó ministro de Fomento e sen rexear explicitamente o posto que se lle

<sup>34</sup> *Gaceta de Madrid*, 31-XII-1833.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

ofrece, Moscoso manifestaba a serie de motivos polos cales o posto de subdelegado de Fomento de Lugo viña a contraria-la súa vida:

«El deber y mi honor no me dexan otra alternativa que la de obedecer, considerando sobradamente recompensados desde este momento quantos sacrificios pueda haber consagrado desde mis primeros años en obsequio de mis Soberanos y en bien de mi Pais. Sin embargo V.E. permitirá le manifieste que por poco importantes que aquellos hayan sido, sus resultados desde hace doce años fueron para mí tan funestos baxo diversos aspectos, que habia llegado á inspirarme un verdadero horror solo la idea de la posibilidad de tener que ocuparme de nuevo de los negocios públicos, ya que en ellos, ora sea por mi poca flexibilidad ante los diversos ídolos de las facciones, ó por la fatalidad de los tiempos, solo encontré amarguras y tribulaciones en recompensa de un sincero amor á mi Rey y á mi Pais»<sup>36</sup>.

Destas verbas de Moscoso de Altamira destacariamos dúas cuestións: en primeiro lugar, o noso home semella escarmentado do seu paso pola vida pública e pola política, que como vimos anteriormente lle trouxera penalidades e castigos; e, en segundo lugar, Moscoso amosa claramente un talante autoritario e inflexible, propio dun liberal moderado; sexa como for, sen rexeita-lo encargo que se lle fai, solicita de Javier de Burgos que, do mesmo xeito que o propuxo diante da raíña gobernadora para ocupa-la Subdelegación de Fomento de Lugo, se sirva agora exoneralo no momento que considere máis oportuno, pois non se considera o home máis apropiado para cumprir co traballo que se lle encomenda; para reforza-la súa posición Moscoso engade: «Hace días que me hallo sufriendo una indisposicion catarral que en la opinion de los facultativos solo puede zeder respirando hasta la primavera próxima el aire de los puertos de mar, menos frio y húmedo que es el de Lugo»<sup>37</sup>. Moscoso estaba solicitando do ministro de Fomento poder permanecer en Ferrol ata a primavera de 1834, o cal sería unha clara violación da Real orde do 29 de decembro de 1833, que lles esixía ós subdelegados de Fomento que se presentaran nas súas provincias antes do 31 de xaneiro de 1834. Por suposto, estas consideracións de Moscoso non foron dadas á publicidade, como si acontecera coa outra carta.

Pero Javier de Burgos non se conformou con esta resposta polo que escribiu a Moscoso de Altamira o 28 de decembro de 1833 pedíndolle que fixera todo o posible por se presentar en Lugo canto antes; esta nova petición vai motivar unha nova carta de Moscoso ó ministro de Fo-

<sup>36</sup> AHN, Fondos Contemporáneos: Ministerio de la Gobernación. Personal. Legajo 339.

<sup>37</sup> Ibidem.

mento, datada en Ferrol o 18 de xaneiro de 1834<sup>38</sup>. Nesta misiva Moscoso afirmaba que non podería viaxar sen pór en perigo a súa saúde, ata os últimos días do mes de febreiro de 1834; ademais afirmaba que, aínda que puidera estar en Lugo naquel intre, ata o seu completo restablecemento non podería facer nada para mellora-la Administración desta provincia, tal situación era a que levaba a Moscoso a pedir autorización ó ministro para permanecer en Ferrol despois do 31 de xaneiro de 1834, saltando, xa que logo, por riba da legalidade. Moscoso afirmaba que podería estar en Lugo para o primeiro de marzo, non sen antes ter pasado pola Coruña para xura-lo seu cargo diante do capitán xeneral<sup>39</sup>. Acto seguido Moscoso, consciente da importancia que para o Goberno era a súa situación na Subdelegación de Fomento de Lugo e da posición de forza que isto lle daba, informaba ó ministro que de non lle concede-lo que pedía se vería na obriga de dimitir do seu cargo, pois manifestaba que lle era absolutamente imposible presentarse en Lugo denantes do 31 de xaneiro do 1834. Esta insistencia de Moscoso de atrasar a súa partida a Lugo, máis que polos males do pasado ou pola saúde do presente, debíase a que abandonar Ferrol supuña unha míngua importante para os seus negocios, que non se vía compensada cun cargo como o de subdelegado de Fomento, cargo que ademais era ben pouca cousa para quen ocupara responsabilidades máis altas ó servicio do Estado; nas seguintes liñas que reproducimos amósanse con detalle cales eran as súas reticencias para acepta-la Subdelegación de Lugo:

«En mi corta carrera pública jamas di la preferencia á mis intereses sobre los de mi patria y los de mi Soberano; y aun podria con satisfaccion demostrar que en mas de una ocasion hice en obsequio de los segundos el sacrificio de los primeros; pero, si bien es muy bella la máxima de que este no debe de tener límites cuando se trata de objetos tan sagrados no ignora V. que todos los hombres los fixan segun su posicion social respectiva. La que la suerte me permitió ocupar no me ofrece en el ejercicio de qualquier empleo otro atractivo que el, inestimable á mis ojos, de obedecer y servir á S.M.; mas para desempeñar el de Subdelegado de Lugo con que se ha dignado honrarme, no solamente tengo que abandonar con toda mi familia el pueblo en el que estoy establecido pasa de veinte años y las comodidades que en el encuentro, para trasladarme á otro distante quince leguas, sino tambien en gran parte, el cuidado de mis haciendas é intereses; pues consagrado á los del público, poco podré ocuparme ya de aquellos; y aunque ningun mérito debo dar á estas consideraciones me parece que en la de V. serán suficientes para no aplicarme en todo rigor las reglas que hayan de servir con los individuos que en la carrera de los empleos encuentren una ventaja personal»<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Ibidem. Carta de Moscoso de Altamira a Javier de Burgos, Ferrol 18-I-1834.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Ibidem.

Moscoso de Altamira era un home claramente consciente da súa posición social. Un cargo como o de subdelegado de Fomento podería resultar atractivo para un individuo que está comezando a súa carreira na Administración, pero non para quen xa tiña, coma el, unha longa carreira ás súas costas, máxime cando este cargo ía causar prexuízos ós seus negocios persoais. Estes motivos son os que levan a Moscoso a se considerar como un caso especial, como a excepción da regra, e solicita do ministro o atraso na ocupación do posto, permitíndose *ameazar* a Burgos coa dimisión se non lle concedese o que solicita. Deste xeito, Javier de Burgos tivo que ceder e permitir que Moscoso se presentase en Lugo cando máis lle conviñese; o mesmo ministro escribe no papel da carta de Moscoso: «Que con él no hablen las reglas generales, que la utilidad de su cooperacion no se predice por el tiempo, sino por la importancia de sus esfuerzos; que haga lo que guste, y que cuente siempre con cuanto yo pueda ó valga»<sup>41</sup>. Estaba claro, Moscoso era un home importantísimo para o Goberno polo que non se tiña en conta o tempo que pasase sen se presentar en Lugo, sempre que o fixese efectivo.

Con todo, ademais das consideracións devanditas polas que Moscoso non vía con bos ollos o cargo que se lle ofrecía como Subdelegado de Fomento de Lugo, aínda podemos atopar outra razón pola cal tal posto supuña un inconveniente para o noso protagonista. En efecto, non temos que perder de vista a conxuntura histórica e política que se vivía naquel momento, marcada pola Guerra Civil Carlista; neste senso, en Galicia, e moi particularmente na provincia de Lugo, axiña comezaron a actuar guerrillas carlistas, que se converterían nun problema para as autoridades. Con esta perspectiva era lóxico pensar que Moscoso non se atopara moi cómodo á fronte da Subdelegación de Lugo, pois de contado ía ter que tratar coa difícil sublevación carlista. Este feito queda demostrado no seguinte texto que reproducimos, trátase do fragmento dunha carta do xeneral Pablo Morillo (1775-1837), daquela capitán xeneral de Galicia, e verdadeiro artífice do asentamento do trono de Isabel II en Galicia:

«La provincia se nos va revolviendo por todas partes, y el clero faccioso de este país sordamente trabaja sin cesar, haciendo alistamientos secretos para don Carlos, y es muy dificultoso averiguar mucho más con el trastorno de los nuevos empleados de policía, que no sólo no conocen el país ni lo que tienen entre manos, además de una caterva de ignorantes que han sido colocados en este ramo. ¡Que desgracia! El Sr. Burgos no sólo nos ha trastornado los Ayuntamientos y los Jueces por sus precipitados

<sup>41</sup> Ibidem. Este texto é un engadido á Carta de Moscoso na súa parte superior dereita, moi probablemente realizado polo mesmo Burgos. Esta anotación leva data do 28 de xaneiro de 1834.

nombramientos, si no es que nos ha embrollado el país en tales términos, que ni los Subdelegados ni mi autoridad son capaces de desenredar este embrollo. Rubianes y Moscoso, que son hijos del país, están aburridísimos y los dos quieren separarse de sus destinos»<sup>42</sup>.

A difícil situación provocada pola reacción carlista podía pór en entredito a carreira política de Moscoso, de aí que tentara abandonar canto antes o seu cargo. Mais, no anterior texto tamén podemos observar as reticencias que un militar como Pablo Morillo tiña contra o sistema dos subdelegados de Fomento ideados por Javier de Burgos, co que se vén a confirmar que o estamento militar era oposto á instalación destes funcionarios civís, pola mingua de competencias que lles supuña, como xa anteriormente afirmamos. En calquera caso, das liñas devanditas queremos subliñar-la importancia que Moscoso de Altamira ten como destacado propietario da provincia de Lugo, o que o converte nun personaxe cunha importante influencia social nesta provincia. Nun momento en que a Monarquía de Isabel II, e o réxime que a defende, están sendo fortemente contestados, homes como Moscoso, que representan ás oligarquías provinciais, son fundamentais para o Goberno para garantir a fidelidade da periferia á Monarquía isabelina; de aí que tenten captalos por tódolos medios, aínda que sexa, como no caso de Moscoso, violando a mesma legalidade do Estado que se pretende defender.

A continuación imos ocuparnos das principais reaccións producidas na provincia de Lugo perante a instalación do seu subdelegado de Fomento. De xeito xeral, podemos afirmar que as respostas estiveron marcadas pola pasividade e a non oposición ó novo xefe provincial. Efectivamente, para demostralo vexamos o exemplo do Concello de Mondoñedo, quen ó recibir un oficio de Moscoso de Altamira participándolle o seu nomeamento como subdelegado de Fomento da provincia de Lugo, sen ningunha clase de comentario verbo da nova institución acorda felicitar ó subdelegado: «Vieron igualmente otro del Sr. Don José Maria Moscoso en que con fecha veinticinco del mismo mes participaba al Ayuntamiento el destino de Subdelegado principal de fomento de esta provincia, á que le habia promovido espontaneamente S.M. la Reyna Gobernadora»<sup>43</sup>. O Concello mindoniense recibe pasivamente a instalación da nova institución; e se isto ocorría coas subdelegacións de Fomento, outro tanto vai ocorrer co home designado para ocupar tal posto. En efecto, o 29 de xaneiro de 1834 a Capitanía xeneral comunicáballe ó Concello de Mondo-

<sup>42</sup> Carta de Pablo Morillo ao ministro da Guerra, xeneral Zarco del Valle. Ourense, 27 de marzo do 1834; en RODRIGUEZ VILLA, Antonio: *El Teniente General Don Pablo Morillo*, Tomo I, Madrid: Fontanet, 1910, p. 589.

<sup>43</sup> Libro de Actas do Concello de Mondoñedo. Sesión do 27-XII-1833. Arquivo Municipal de Mondoñedo (AMM). Cartafol 962.



ñedo o feito de que os catro subdelegados nomeados para as provincias galegas xa realizaran o seu xuramento, e, xa que logo, a partir deste momento o municipio debería entenderse con este funcionario en todo o concernente ó fomento da prosperidade provincial: «Han visto igualmente otro oficio del Excmo. Sr. General 2º. Cabo de este Reyno en que con fecha veinte y nueve de Enero último prevenía al Ayuntamiento se entendiese desde luego en todos los asuntos concnientes al ramo de Fomento con el subdelegado principal respectivo como autoridad competente, mediante han prestado ya los de las cuatro Provincias del Reyno de Galicia el juramento prevenido en el artículo trece de la Real Instrucción»<sup>44</sup>. O Concello de Mondoñedo tamén vai acatar esta comunicación, sen facerlle ningún comentario, comprometéndose a obedecer e a comunicarse coa nova autoridade provincial.

A mesma actitude que observamos no Concello de Mondoñedo foi a que reproduciu a Corporación da capital provincial. Efectivamente, o concello lucense tamén vai dar conta do oficio da Capitanía xeneral de Galicia comunicándolle o xuramento dos subdelegados galegos e polo tanto a súa entrada efectiva en funcionamento. Do mesmo xeito que ocorría en Mondoñedo, o municipio de Lugo non fai comentarios verbo da nova institución, limitándose a aceptala pasivamente<sup>45</sup>. Ora ben, o concello lucense deu un paso máis adiante ó solicitar explicitamente a presenza do subdelegado Moscoso en Lugo. Como se lembrará, os intereses persoais de Moscoso atrasaron a súa partida cara á capital lucense. Pois ben, esta tardanza vai ser vista con preocupación polo Concello de Lugo, que vai oficiar a Moscoso para que se presente canto antes en Lugo: «... y al propio tiempo teniendo en consideracion que el Sr. subdelegado de Fomento nombrado no se ha presentado todavía a encargarse de su magistratura con grave perjuicio de la Provincia y para bien de muchos negocios que deve entender, se acordo igualmente oficiarse, rogándole que se sirva acelerar su venida la mas pronto posible»<sup>46</sup>. Velaquí o exemplo de que o concello da capital provincial non só non se opón á nova institución, senón que demanda a súa instalación o antes posible, con vista a se aproveitar dos beneficios da Administración que debería promoverlo subdelegado de Lugo, o que tamén demostraba a confianza que tiñan os veciños lucenses na política inspirada desde o Goberno central, política asentada nunhas reformas administrativas que lles levarían a prosperidade ás provincias e impulsarían o seu renacemento.

<sup>44</sup> Ibidem. Sesión do 3-II-1834. AMM. Cartafol 962.

<sup>45</sup> Libro de actas do Concello de Lugo. Sesión do 3-II-1834. Arquivo Histórico provincial de Lugo (AHPL). Libro 158.

<sup>46</sup> Ibidem. Sesión do 10-II-1834. AHPL. Libro 158.

Moscoso de Altamira foi o subdelegado de Fomento de Galicia que máis adiou a súa instalación á fronte das súas obrigas, sen facer efectiva a súa presenza en Lugo ata finais de febreiro de 1834, un mes despois da data marcada legalmente, e cando os seus homólogos galegos entraran xa en funcionamento. Efectivamente, o 28 de febreiro de 1834 dirixíalles Moscoso un oficio de presentación ós principais concellos da provincia da súa administración, oficio que ía acompañado de exemplares da súa alocución á provincia de Lugo, na que relataba as principais tarefas da institución que encarnaba. No seu oficio ós concellos da provincia de Lugo, Moscoso daba conta da súa instalación e de cáles eran as principais obrigas da Subdelegación de Fomento, a saber: a busca da prosperidade e do progreso da nova provincia. Moscoso chamaba tamén á colaboración das autoridades municipais co subdelegado de Fomento, pois tal cooperación redundaría en beneficio da provincia. Moscoso, que se presentaba como o axente do fomento provincial, advertíalles ás Corporacións municipais que a mellora ou decadencia dos concellos serían testemuña do traballo efectivo ou da negligencia das súas autoridades, polo cal lles facía unha clara advertencia ás persoas que estaban á fronte dos municipios lucenses para que desempeñasen as súas obrigas con puntualidade e eficacia, en caso de que esta necesidade non se verificase non dubidaría en empregar as súas facultades para sancionar a calquera autoridade que non cumprise co seu deber: «...aplicando todo el rigor de las leyes á aquellos individuos que permitan su infracción con una culpable indiferencia; pues la idea de que alguno pueda incurrir personalmente en ella como cómplice es para mí tan repugnante, que creería ofender el honor de esa corporación, suponiendo solamente la posibilidad de que exista nadie tan olvidado del suyo, que quiera atraer sobre si tanta ignominia»<sup>47</sup>. As verbas de Moscoso de Altamira traducen claramente o seu carácter intervencionista, propio dun liberal moderado que pretende o cumprimento efectivo da lexislación que emana do Goberno central, de aí que o subdelegado de Lugo esixa un fiel seguimento da política do reformismo administrativo, que chamaba a tódalas autoridades á busca da prosperidade no seu ámbito de xurisdicción. Así era, Moscoso non ordenaba só o cumprimento inmediato da lexislación central, senón que interpretaba correctamente cales eran as bases ideolóxicas dun novo Estado que se estaba comezando a construír, deste xeito afirmaba: «La moderación unida á la fuerza, son la divisa del Gobierno. La alianza de estos dos principios excluye todo género de exageración, y si en alguno es permitida, será solamente en la ri-

<sup>47</sup> Oficio de Moscoso de Altamira (28-II-1834) inserto no Libro de actas do Concello de Lugo. Sesión do 1-III-1834. AHPL. Libro 158.

validad que conviene entre los funcionarios públicos para la mas rápida y acertada ejecucion de sus deberes»<sup>48</sup>. Ficaba claro, xa que logo, que a temperanza e a efectividade na súa función deberían ser modelo de actuación para as autoridades.

Como afirmamos, Moscoso de Altamira vai dirixirlles unha alocución ós habitantes da provincia de Lugo que, a xeito de programa de goberno, explique as misións fundamentais dun subdelegado de Fomento. En efecto, o 28 de febreiro de 1834 Moscoso dirixíase ós lucenses para comunicarlle-los múltiples beneficios que se ían acadar coa nova división provincial e coa creación dos subdelegados de Fomento; Moscoso dáballes a estes dous feitos unha misión nidamente administrativa, entendendo a Administración como o xeito de labra-la felicidade e o benestar das xentes; situándose, xa que logo, na liña política de Javier de Burgos; así o sinalaba o subdelegado lucense:

«De todos los beneficios que debemos á S.M. la Reina Gobernadora, y que son otros tantos testimonios del tierno interés que le inspira la felicidad de los Españoles, ninguno debe ser mas fecundo en dichosos resultados que la nueva division territorial de la Monarquía, y la creacion de las Subdelegaciones de Fomento, establecidas á la cabeza de la administracion interior de cada una de las provincias que la componen. Entre las inmensas ventajas que prometen ambas medidas, si bien algunas solo pueden ser conocidas luego que el tiempo y la experiencia allanen los obstáculos que por el pronto intenten oponer una viciosa rutina ó el interés privado, hay otras cuya evidencia no puede ocultarse sino á los ojos fascinados por una torpe ignorancia ó por el espíritu de una oposicion maliciosa y sistemática»<sup>49</sup>.

Como se pode observar, Moscoso non podía ignora-lo seu papel como valedor da monarquía isabelina, de aí que nas súas palabras poidamos tamén observa-lo ataque contra os que pretenden situarse fóra do sistema, xa sexa pola dereita ou pola esquerda. Con todo, sen dúbida, o que máis destaca da alocución de Moscoso son as vantaxes que lle prometía á provincia coa instalación da Subdelegación de Fomento, entre estas vantaxes sinalaba Moscoso: a maior proximidade da autoridade ás persoas, situación que axudaría a un maior coñecemento das necesidades dos habitantes e, xa que logo, redundaría nunha maior prosperidade. Prometía, tamén, Moscoso o apoio a todas aquelas empresas que tiveran por obxectivo acada-la riqueza pública na agricultura, comercio ou indus-

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> Alocución de Moscoso de Altamira ós habitantes da provincia de Lugo (28-II-1834), inserta no Libro de actas do Concello de Lugo. Sesión do 1-III-1834. AHPL. Libro 158. Esta alocución tamén pode ser consultada no *Diario de la Administración*, 9-III-1834.

tria. Como vemos o subdelegado lucense comprendía perfectamente o seu rol como fomentador da economía provincial. Efectivamente, se algo destaca na alocución de Moscoso era a súa detallada enumeración das funcións do subdelegado, nas que sobresaía o seu papel de fomentador da prosperidade. Destacaba Moscoso: o fomento do ensino para a mellora dos costumes e a adquisición de coñecementos aplicables á agricultura ou á industria; a formación dunha correcta estatística provincial, para unha axeitada distribución dos impostos; a eliminación de todo tipo de abusos; a vixilancia da Administración municipal, coidando de que esta contribúa ó benestar público; a mellora das obras públicas da provincia; Moscoso fai fincapé en todo momento no desenvolvemento económico, polo cal propuña medidas moi anovadoras, como a asociación industrial que favorecera a concentración de capitais, e poder facer así máis doada a realización de empresas; neste senso, non dubidaba Moscoso en favorecer-la mobilidade dos capitais, como medio máis axeitado para a industrialización. Seguindo nesta mesma liña, o subdelegado de Lugo propuña a formación de montepíos de labradores, que lles ofreceran protección ós labregos contra as malas colleitas e a conseguinte caída nas mans dos usuereiros, que os despoxaban da súa propiedade<sup>50</sup>. Como se pode ver, o programa de Moscoso era nidiamente económico e tiña como obxectivo a busca do desenvolvemento da provincia de Lugo.

Moscoso postulábase a si mesmo como un axente do fomento provincial, e cifraba nuns obxectivos económicos a súa misión á fronte da Subdelegación de Fomento; ora ben, Moscoso tamén tiña claro que era un axente de centralización, é dicir, o encargado de facer que as leis do Goberno tiveran puntual cumprimento en Lugo; é máis, a felicidade e a prosperidade que prometera estaban condicionadas á estricta obediencia ás leis e á autoridade: «Pero esta perspectiva de felicidade, se convertirá en enganosa ilusión, si no os convenceis de que, para llegar a gozarlal, es condición indispensable que presteis la mas sumisa obediencia á todas las leyes y providencias emanadas del Gobierno de S.M. la Reina Gobernadora, como única autorizada para dictarlas en nombre de su augusta hija nuestra legítima REINA DOÑA ISABEL II»<sup>51</sup>. Continuando nesta liña, Moscoso non podía esquecer-lo momento político que se vivía, é dicir, a situación de guerra civil e de contestación ó trono isabelino. Así, nun exceso de optimismo, Moscoso compara a lealdade dos galegos fronte á reacción carlista doutras provincias, non desaproveita a ocasión para lembrar que as bases máis sólidas para acadar-la prosperidade pública son a

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup> Ibidem. Efectivamente, cómpre voltar a lembrar que os obxectivos claramente económicos dos subdelegados non exclúan o seu papel como axentes da centralización, Moscoso demostrao con detalle con estas palabras.

obediencia ás autoridades e a unión arredor da Monarquía lexítima. En suma, Moscoso estaba a cumprilo papel para o que fora nomeado para a Subdelegación de Fomento de Lugo, aproveita a súa influencia social para acadar a fidelidade da provincia da súa xurisdicción á Monarquía de Isabel II e ó seu Goberno, de aí que Moscoso ataque decididamente os carlistas acusándoos de sementar a violencia, a xenreira e a vinganza, situación nada axeitada para construí-lo benestar dos españois. Moscoso non dubida en ameazar os carlistas e en avisar as autoridades para que os persigan sen descanso; ó tempo que lles promete o maior dos beneficios ós que se amosen submisos ás leis: «Mi autoridad lo es de paz y protección, y esta debo dispensarla en el círculo de mis atribuciones á todos los habitantes honrados, laboriosos y sumisos á las leyes, los cuales siempre me hallarán dispuesto á escuchar las reclamaciones que me presenten conformes con ellas, así como a solicitar con eficacia la reparación de sus agravios»<sup>52</sup>. Pero se isto se lles prometía ós que cumprisen coas leis, Moscoso amosábase claramente autoritario contra aqueles que desoísen as súas ordes e non lles fosen fieis a Isabel II e ó Goberno; o subdelegado de Lugo deixábase claro con estas palabras: «Como hombre público no reconozco otros amigos ó enemigos que aquellos que lo sean de los derechos de nuestra legítima REINA»<sup>53</sup>; o papel de Moscoso como garante da Monarquía isabelina na provincia de Lugo non podía ficar máis claro. E esa misión, que Moscoso se daba a si mesmo, facíalla estender ás autoridades dos concellos, ás que instaba a cumprir rigorosamente coa súa obrigaón ou ben a abandonar os seus cargos.

Comezaba Moscoso a súa alocución fixando un programa económico de progreso, continuaba situándose como garante do réxime isabelino, e vai rematar sentando as bases do Estado liberal que finalmente se consolidará en España. Así Moscoso afirmaba: «Propietarios y Hacendados, mis palabras no pueden ser sospechosas, pues pertenezco a vuestra clase»<sup>54</sup>. Efectivamente, Moscoso, como liberal moderado, estaba claramente na liña dun liberalismo doutrinario, que só lles concedía a participación política a aquelas clases preparadas para utilizar os seus dereitos, preparación que viña dada pola propiedade, que a partir deste momento se converterá nunha necesidade para obter relevancia política. Esta será a razón pola que Moscoso se identifica como propietario, pois esta é unha garantía da súa xestión, para acadar a fidelidade dos propietarios da provincia a Isabel II, xa que verán os seus intereses garantidos ó

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Ibidem. Obsérvase que trala fixación duns obxectivos económicos, Moscoso pasa a destacar claramente o seu papel político como valedor da causa de Isabel II, situación que remataría primando sobre as misións de fomento.

<sup>54</sup> Ibidem.



estar un igual á fronte da provincia. Esta sería a grande misión de Moscoso de Altamira, pola cal Javier de Burgos teimara tanto en que debía ocupa-la Subdelegación de Lugo; pero tamén, paradoxalmente, a misión que levaría a desvirtua-lo obxectivo inicial dos subdelegados: a busca do fomento provincial, que será progresivamente esquecido a prol duns obxectivos políticos.

O período de mandato de Moscoso de Altamira á fronte da Subdelegación de Lugo foi moi curto, desde finais de febreiro de 1834 ata mediados de abril do mesmo ano. Neste escaso período de tempo foron escasas as realizacións que podemos anotar do goberno de Moscoso, mais, sen dúbida, unha das máis importantes foi a creación do *Boletín Oficial de la Provincia de Lugo* (BOPLU), que comezou a súa andaina en maio de 1834, cando xa Moscoso tiña abandonada a Subdelegación de Lugo. Xa desde setembro de 1833 viña funcionando un *Boletín Oficial de Galicia*, editado desde A Coruña, esta publicación fora promovida polo Ministerio de Fomento, co obxectivo de espallar, o máis posible, as ordes e os mandatos do Goberno; con esta medida pretendíase dar a coñece-los beneficios das reformas administrativas, polo que o Ministerio mandaba crear en cada capital de provincia un diario ou boletín periódico que puidese levarlles a tódolos lugares a lexislación gobernamental, motivo polo cal obrigaba ás poboacións de certa entidade a se subscribir forzosamente a este boletín.

A idea de dar a coñece-las disposicións oficiais será tamén a que leve a Moscoso a crea-lo BOPLU, ó que se lle engadía tamén outro beneficio para as vilas e parroquias lucenses: co novo periódico xa non terían que soporta-lo importante gasto de subscrición ó *Boletín Oficial de Galicia*, derivado da súa edición desde A Coruña; agora a subscrición ó BOPLU sería menos onerosa para os habitantes da provincia de Lugo. Xunto con esta vantaxe de carácter económico, os múltiples beneficios da nova publicación quedaron consagrados por Moscoso de Altamira no primeiro número do *Boletín*, que saíu do prelo en maio do 1834:

«Poner á todos al corriente de los Reales decretos, órdenes é instrucciones que emanen del Gobierno; facilitar la circulación de las disposiciones especiales de las autoridades judiciales, militares y administrativas de las provincias: despertar el deseo y aun escitar la afición á la lectura, harto necesaria para que no se mire con tanto descuido y abandono la enseñanza primaria; hacer en fin partícipes de otra porción de noticias no menos útiles que interesantes tanto á los habitantes de las ciudades populosas como á los de la aldea mas desconocida, tales son los bienes que ha producido semejante institucion»<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> BOPLU, 4-V-1834.

Moscoso presentaba o BOPLU como unha parte máis dos beneficios e da prosperidade que lle levarían á provincia as reformas administrativas, das que o boletín sería o seu voceiro; e aínda agardaba que a súa publicación puidese axudar a impulsa-la instrucción primaria na provincia. Non se nos oculta tampouco que detrás da creación desta publicación hai un claro desexo centralizador, que fai efectivo o coñecemento a tódolos habitantes de lexislación central, que Moscoso insta a respectar e obedecer. Ora ben, tamén é certo que esa centralización se nos presenta cuns obxectivos igualitarios, pois pretende chegar tanto ás cidades como ás parroquias máis afastadas. Concluía Moscoso afirmando que o BOPLU sería o medio de comunicación das medidas que un Goberno sabio e paternal tomaba en beneficio dos seus administrados, afirmación que nos lembra o talante ilustrado e reformista da política que primaba naquel momento<sup>56</sup>.

## 5. Moscoso de Altamira e a fin dos subdelegados

Como xa temos afirmado, a difícil situación na que se atopaba a Monarquía de Isabel II, e o Goberno das reformas administrativas que a sustentaba, facía necesaria a consecución da colaboración das elites locais, pois a súa influencia social podería determina-la fidelidade da provincia, o caso descrito de Moscoso de Altamira constitúe un exemplo paradigmático. Efectivamente, desde un principio a Monarquía de Isabel II tentou gaña-lo apoio de Moscoso, restituíndolle os cargos dos que fora expulso pola súa militancia liberal. Así, polo Real decreto do 30 de xaneiro de 1834, devolvéuselle a súa condición de «Gentil Hombre de Cámara de S.M., con entrada», posto do cal fora purgado por Fernando VII en 1823; agora a Monarquía, esquecendo o pasado, restituíelle a antiñidade perdida<sup>57</sup>. Mais a Moscoso non só se lle devolveu a súa condición de cortesán, senón que o novo réxime pretendía contar con el para o goberno e a administración do Estado; xa vimos como Moscoso foi obrigado a acepta-lo cargo de subdelegado de Fomento de Lugo, por mor da súa condición de importante propietario desta provincia; pero a importancia da figura de Moscoso, máis a súa experiencia pasada na política española, destinaban para el postos de máis alta categoría, cargos que non tardarían en chegar. En efecto, o 30 de marzo de 1834 Moscoso de Altamira era nomeado decano da Sección de Fomento do Consello Real de España e Indias, institución creada por Real decreto do 24 de

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> AGP. Personal. Caja 720. Expediente 10.

marzo de 1834<sup>58</sup>; este nomeamento supuña o paso de Moscoso á política do Estado, e, sobre todo, un primeiro chanzo para o seguinte cargo de responsabilidade que ía ocupar: o Ministerio de Fomento.

A necesidade de salva-lo trono isabelino dos seus inimigos carlistas motivou o abandono das reformas administrativas e a adopción de reformas políticas que atraesen á defensa de Isabel II ó liberalismo moderado. O fracaso na consecución dunha Administración profesional e civilista levou á decepción do seu principal promotor: Javier de Burgos, quen ante a progresiva politización da Administración do Estado presentou a súa dimisión como ministro de Fomento en abril de 1834. As circunstancias do momento puideron coa utopía administrativa de Burgos, pois a única existencia dunha Administración eficaz non ía detela reacción carlista. Pero non era só esta situación a que motivaba unha acción máis enérxica á fronte do Ministerio de Fomento; o deseño dun novo sistema político como foi o do Estatuto Real, promulgado en abril de 1834, no cal a necesidade de afrontar unhas inmediatas eleccións, levou ineludiblemente á politización do Ministerio de Fomento, que debería garantir que os electos fosen persoas fieis ó novo réxime. Tal situación non podería desempeñala un home como Burgos, para quen tanto o Ministerio coma os subdelegados provinciais estaban só ó servizo dos intereses administrativos, de aí a necesidade de atopar outra persoa quen de se acomodar ás novas necesidades. Esa nova persoa foi Moscoso de Altamira, que o 17 de abril de 1834 foi nomeado ministro de Fomento en substitución de Javier de Burgos<sup>59</sup>.

A chegada de Moscoso ó Ministerio de Fomento marcará tanto a politización deste departamento coma a dos subdelegados provinciais, que progresivamente foron deixando nun segundo plano as atribucións relativas á busca da prosperidade, para se centrar en temas nidiamente políticos, como a loita fronte á disidencia carlista e a preparación das eleccións, segundo as necesidades do Goberno. Moscoso de Altamira foi o home que marca o comezo desta tendencia, para a cal non lle faltaba experiencia, lémbrese que en 1822 xa fora ministro da gobernación no Gabinete Martínez de la Rosa, personaxe que desde xaneiro de 1834 ocupaba novamente a presidencia do Consello de Ministros. As boas condicións de Moscoso para ocupa-lo Ministerio de Fomento nunhas circunstancias de transición

<sup>58</sup> AHN. Fondos Contemporáneos. Ministerio de la Gobernación. Personal. Legajo 339. Vid. tamén *Actas del Consejo de Ministros*. Op. Cit. Sesión do 29-III-1834, p. 185.

<sup>59</sup> *Gaceta de Madrid*, 19-IV-1834. Xa en outubro de 1833, cando o Ministerio de Fomento ficou vacante polo paso do Conde de Ofalia ó Consello de Goberno, o nome de Moscoso de Altamira fora proposto para ministro de Fomento en virtude das súas «luces y experiencia»; naquel momento, sen embargo, o escollido foi Javier de Burgos. Vid. *Actas del Consejo de Ministros*. Op. Cit. Sesión do 20-X-1833, p. 21.

cara a formas de goberno representativas non pasaron desapercibidas para os seus contemporáneos. Así, nun artigo laudatorio da figura de Moscoso, publicado no BOPLU por mor do seu abandono da Subdelegación de Fomento de Lugo, ficaban ben claros cáles eran os motivos que levaban ó noso protagonista ó Ministerio, entre os que a súa experiencia na política e na Administración e as vindeiras eleccións a Cortes, xogaban un papel destacado:

«La opinión pública manifestada del modo mas ostensible, hacia ya mucho tiempo que designaba al Sr. Moscoso como el hombre necesario para regir en las presentes circunstancias los importantes negocios de la administracion. Sus profundos conocimientos en este ramo, el alto concepto á que justamente le hicieron acreedor sus discursos en la tribuna, la dulzura de su carácter, y la necesidad de su presencia en la prócsima reunion de Córtes, no pudieron ocultarse á la sabiduría de nuestra adorada REINA Gobernadora...»<sup>60</sup>.

Efectivamente, non se tardaría moito en nota-la presencia de Moscoso, un mes despois da súa chegada ó Gabinete, en maio de 1834, o noso home vai muda-lo nome do Ministerio de Fomento, que se denominou, desde entón, Ministerio do Interior, todo un símbolo que malia a afirmación de que non mudarían as súas atribucións, si expresaba que os vellos obxectivos de Burgos eran agora abandonados. Ó mesmo tempo, os subdelegados de Fomento tamén cambiaban o seu nome, pasando a se denominar gobernadores civís das provincias, e agoirando que nun futuro o fomento non ía se-la súa principal misión<sup>61</sup>. Remataba, deste xeito, a breve andaina dos subdelegados de Fomento.

O nomeamento de Moscoso de Altamira como ministro de Fomento sería o que motivaría o escaso período de tempo que pasou á fronte da Subdelegación de Fomento de Lugo. Unha vez que se verificou a súa marcha, sería o Secretario da Subdelegación, Nicolás de Prado y Neira, o que ficaría á fronte da Administración da provincia como subdelegado interino, mentres o Goberno non nomeaba outro xefe provincial en propiedade. Con Nicolás de Prado y Neira levaríanse adiante en Lugo importantes acontecementos, tales como a proclamación oficial de Isabel II ou a promulgación do Estatuto Real, ó tempo que Nicolás de Prado pasaba a ser gobernador civil interino, segundo a nova denominación comentada. Con este personaxe mantíñase a idea de situar á fronte da

<sup>60</sup> BOPLU, 4-V-1834. Artigo asinado G. Comezaba aquí a segunda grande etapa de Moscoso na vida política española. En efecto, José María Moscoso chegaría a ocupa-los cargos máis sobranceiros no Estado liberal español (caso da presidencia do Senado) e o seu *cursus honorum* culminaría en 1839 coa concesión do título nobiliario de Conde de Fontao.

<sup>61</sup> *Diario de la Administración*, 15-V-1834.


provincia a un protagonista de destacada relevancia social, para deste xeito asegura-la lealdade da provincia. Nicolás de Prado posuía unha clara orixe fidalga e era propietario, mais, se cadra, a súa característica máis relevante era a de ser familiar de Jose María de Prado y Neira, marqués de San Martiño de Hombreiro, importante propietario e home cunha xa vella influencia na cidade de Lugo, de onde era o seu rexedor decano; ademais o marqués de San Martiño de Hombreiro era, á altura de 1834, o deputado xeral do Reino de Galicia en Madrid, cargo para o que fora proposto pola cidade de Lugo. Nicolás de Prado y Neira era, deste xeito, o home máis axeitado para a Administración da provincia de Lugo, mentres o Goberno non nomeara outro xefe provincial, pois estaba relacionado cos principais intereses da provincia. Unha vez máis, quedaba demostrado que o Estado víase na necesidade de contar cos poderes locais para poder asenta-lo seu dominio e levar adiante a súa lexislación. Os casos de José María Moscoso de Altamira e de Nicolás de Prado y Neira, son, xa que logo, relevantes.

## 6. Conclusións

Malia a súa breve duración temporal, os subdelegados de Fomento supuxeron un serio intento de deseñar unha Administración provincial sobre bases propias hispanas, que se asentaban nas vellas ideas da Ilustración española, que concibía a Administración como o fomento da prosperidade e da riqueza; ó tempo que pola súa práctica, os subdelegados de Fomento estaban máis relacionados cos prefectos franceses ca cos xefes políticos constitucionais, funcionarios totalmente politizados e sometidos a unha importante militarización. De ámbalas dúas tradicións estaba influído o principal promotor dos subdelegados: Javier de Burgos. Ora ben, co que non contaba este persoeiro era coa conxuntura política na que pretendía instala-los seus funcionarios, situación marcada pola Guerra civil carlista, que facía practicamente imposible que os axentes provinciais tiveran unha exclusiva dedicación administrativa, como ficou demostrado na alocución que José María Moscoso de Altamira dirixiu ós lucenses. É máis, a inestable situación política fixo tamén imposible a utopía civilista de Burgos, xa que a situación de guerra dáballes ós militares un protagonismo destacado, fora precisamente o estamento castrense o máis oposto á instalación dos subdelegados.

O asentamento da Subdelegación de Fomento na provincia de Lugo non produciu ningunha oposición, reclamando a Corporación lucense a instalación inmediata do seu subdelegado: Moscoso de Altamira; para o maior proveito da Administración provincial. Ora ben, isto non significa necesariamente que o Estado central estea impondo sen máis a súa



lexislación. En efecto, as débiles bases que sustentaban á Monarquía de Isabel II facían necesario buscar na periferia o apoio das elites locais, que xa tradicionalmente viñan exercendo o poder. Moscoso de Altamira foi o exemplo desa elite na provincia de Lugo, que o Goberno central buscou desesperadamente para consolida-lo seu poder. A visión tradicional do centralismo patrocinado polo Estado liberal debe así maticzarse, concedéndolles unha grande importancia ás elites locais. 

## 7. Bibliografía citada

- AA.VV.: *El Gobernador Civil en la política y en la Administración de la España contemporánea*, Madrid: Ministerio del Interior, 1997.
- Actas del Consejo de Ministros. Isabel II. Tomo IX (1833-1839)*, Madrid: Ministerio de la Presidencia, 1995. Sesión do 10-XI-1833.
- ALCALA GALIANO, ANTONIO: *Memorias*, Madrid: Imprenta de Enrique Rubiños, tomo II, 1886.
- BARREIRO FERNÁNDEZ, Xosé Ramón: *Liberales y Absolutistas en Galicia*, Vigo: Edicións Xerais de Galicia, 1982.
- CAJAL VALERO, ARTURO: *El Gobernador Civil y el Estado centralizado del siglo XIX*, Madrid: MAP, 1999.
- CHAPMAN, Brian: *Los Prefectos y la Francia provincial*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1959.
- COLMEIRO, Manuel: *Derecho Administrativo Español*, Santiago de Compostela: Librería de don Ángel Calleja, 1850.
- COMELLAS, José Luis: *Isabel II. Una Reina y un reinado*, Barcelona: Ariel, 1999.
- DEROZIER, Albert: *Escritores políticos españoles, 1780-1854*, Madrid: Ediciones Turner, 1975.
- DIEGO GARCÍA, Emilio de: «Aproximación al estudio de los posibles masones en 1823», en FERRER BENIMELI, J.A. (COORD.): *La masonería en la España del siglo XIX*, Volume II, Salamanca: Junta de Castilla y León, 1987, pp. 451-466.
- FONTANA, Josep: *La crisis del Antiguo Régimen, 1808-1833*, Barcelona: Crítica, 1979.
- GAY ARMENTEROS, Juan C.: *Política y Administración en Javier de Burgos*, Granada: CEMCI, 1993, p. 148.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid: Taurus, 1981.
- MAESTRE ROCA, Julio: «Javier de Burgos, liberal doctrinario», *Revista de Estudios Políticos*, xaneiro - febreiro, 1972, n.º. 181, pp. 133-156.
- NIETO, Alejandro: *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona: Ariel, 1996.
- PÉREZ GALDÓS, Benito: *Memorias de un cortesano de 1815. Episodios Nacionales*. Volume I, Madrid: Aguilar, 1971.
- RISQUES CORBELLÀ, Manel: *El Govern Civil de Barcelona al segle XIX*, Barcelona: Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 1995.
- RODRÍGUEZ VILLA, Antonio: *El Teniente General Don Pablo Morillo*, Tomo I, Madrid: Fontanet, 1910.
- ROMERO ALPUENTE, Juan: *Historia de la Revolución Española y otros escritos*, V. II. Edición preparada e introducida por ALBERTO GIL NOVALES, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- TUÑÓN DE LARA, Manuel: «Sociedad señorial, revolución burguesa y sociedad capitalista», en VII Coloquio de Pau: *Crisis del Antiguo Régimen e industrialización en la España del siglo XIX*, Madrid: Cuadernos para el diálogo, 1972, pp. 11-26.
- VIVEIRO MOGO, Prudencio: «La instalación de los Subdelegados de Fomento en Galicia», *Historia Contemporánea*, n.º 21, 2000, pp. 627-650.
- ; «A xénese da provincia de Lugo, 1812-1833: Estado liberal e división provincial», *Lucensia*, n.º 23, 2001, pp. 213-230.

# CONSIDERACIÓN DENE DA CIENCIA DA ADMINISTRACIÓN SOBRE AS NOVAS TÉCNICAS DE PRODUCCIÓN DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

**Miguel Anxo Bastos Boubeta**

Profesor axudante do departamento de  
Ciencia Política e da Administración  
Universidade de Santiago de Compostela

## 1. Introducción

A mellora e desenvolvemento de técnicas analíticas de apoio á produción normativa é quizais o aspecto menos atendido de todo o amplo abano de propostas de reforma e modernización que se fixeron nos últimos vinte anos. As reformas incidiron principalmente no sistema de incentivos da función pública ou no redeseño das súas estruturas, pero desestimaron na maioría das ocasións o cambio nos procedementos de elaboración de leis e regulamentos, a pesar de terse desenvolvido todo un complexo corpus de coñecemento dedicado a tal fin. Do mesmo xeito, a produción normativa parece se-la grande esquecida nos actuais proxectos de mellora da calidade administrativa. Preocupa a calidade dos servizos prestados pola Administración e invístense inxentes sumas de diñeiro con tal fin, pero esquecese aplicarlle os mesmos principios á creación da norma administrativa. Imos polo tanto analizar, polo miúdo, cáles son as principais achegas no desenvolvemento lexislativo, en especial as propostas de participación cidadán e de avaliación da lexislación, tendo en conta que algunhas delas foron recollidas polo lexislador espa-

ñol. Estas técnicas son unha concreción dos procesos de racionalización do dereito, emprendidos na maior parte dos códigos legais dos países europeos nos últimos anos<sup>1</sup>, procesos que non son privativos do mundo da administración pública, senón que se pretende, alomenos desde algúns sectores da doutrina, que se estenda á totalidade do proceso político<sup>2</sup>. Pero tamén hai que dicir que moitas destas técnicas, tal e como son propostas pola Lexística, que é como se coñece a disciplina que se ocupa do deseño das leis<sup>3</sup>, non merecen, na opinión de quen isto escribe, ser tomadas en serio, pois da súa aplicación, entendo que se derivarían máis males ca bens como veremos máis adiante. Incorporaremos, en consecuencia, un rumbo crítico na análise das novas técnicas xurídicas, tratando de discriminar entre aquelas medidas que efectivamente consigan adecua-la produción de normas ás necesidades da sociedade actual, que tal debe se-lo obxectivo destas reformas lexislativas<sup>4</sup>, daquelas que non pasan de ser mera retórica dedicada a xustifica-lo traballo de inútiles gabinetes e centros de asesoramento, ou a expandi-los orzamentos e os medios humanos de unidades administrativas ociosas<sup>5</sup>.

## 2. A participación cidadán na produción lexislativa

No ámbito da administración pública non se adoita falar en termos de dereita e esquerda, pero de establecerse tal distinción o principal criterio definidor sería o da menor ou maior énfase respecto da participación de cidadáns e usuarios nos procesos de xestión ou de elaboración das normas administrativas<sup>6</sup>. En efecto, por unha banda os sectores máis tradicionais da doutrina<sup>7</sup>, alomenos neste aspecto, veñen cuestionado o

<sup>1</sup> Vid., HEINZ SCHÄFFER, «Racionalización y creación del Derecho» en *Documentación Administrativa*, nº 218-219 (abril-setembro 1989), pp. 153-195.

<sup>2</sup> A pretensión de racionaliza-lo mundo político e social é analizada críticamente en: John Ralston Saul, *Los bastardos de Voltaire*, Andrés Bello, Barcelona, 1998.

<sup>3</sup> Vid., J. Chevallier, «La juridicisation des preceptes manageriaux» en *Politiques et management publique*, vol. 11, nº 4, dec. 1993, pp. 111-134.

<sup>4</sup> Ver al respecto: MARTÍN BULLINGER, «La Administración, al ritmo de la economía y la sociedad» en *Documentación Administrativa*, nº 234 (abril-xuño 1993), pp. 85-113.

<sup>5</sup> Unha visión moi crítica, pero ao meu ver moi realista, do proceso de creación de normas e dos intereses egoístas que o moven pode verse en: Bruce Benson, *Justicia sin Estado*, Unión editorial, Madrid, 2000.

<sup>6</sup> Vid., Q. BRUGUÉ, M. AMORÓS e R. GOMA, «La Administración Pública y sus clientes: ¿Moda organizativa u opción ideológica? En *Gestión y análisis de políticas públicas*, nº 1, setembro-diciembre 1994, pp. 33-46.

<sup>7</sup> Ver ó respecto: Ramón Parada, *Derecho Administrativo: Vol. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1991. pp.28-9

principio de autoridade polas propostas de aqueles que lle achacan boa parte dos males da Administración pública (entre outros factores) á insuficiente incorporación do cidadán ós procesos e derivan, polo tanto, de aí a necesidade da transformación do dereito administrativo, tanto no seu contido coma na súa xénese<sup>8</sup>. Sen embargo, neste punto, os defensores do principio de autoridade, ou sexa de competencia técnica e profesional<sup>9</sup>, perderon a batalla fronte ós partidarios da democracia participativa e da comunidade ideal de diálogo<sup>10</sup> á hora de formular políticas públicas. Pero a ofensiva participativa non é nova, polo menos en España. En efecto, a pesar de ser presentado como unha novidade dentro dos procesos de modernización da Administración pública<sup>11</sup>, o principio de participación dos cidadáns e de grupos afectados na elaboración das normas<sup>12</sup> está presente na Constitución española e prevese polo tanto o desenvolvemento de iniciativas neste senso. O certo é que estas previsións constitucionais non tiveron demasiada vixencia ata tempos recentes, polo menos no que lles toca ós cidadáns entendidos de forma particular, pois sindicatos, partidos, colexios profesionais e patronais levan tempo incidindo e sendo escoitados tanto na formulación de normas coma na súa execución. Pero o debate recente na politicoloxía quere afondar, alomenos na teoría, na democracia de base, isto é na participación do cidadán como tal ou agrupado en organizacións de base, non en grandes organizacións corporativas consideradas como demasiado poderosas<sup>13</sup>. Para isto, tratan de establecérense, aproveitando en moitos casos novas tecnoloxías como a internet, formas innovadoras, isto é que vaian alén das formas xa previstas para incorporarlle a opinión cidadán ó proceso lexislativo, como poden se-las enquisas, as consultas especifi-

<sup>8</sup> Vid., HARTMUT BAUER, «¿Transformación radical en la doctrina del Derecho administrativo?» en *Documentación Administrativa*, nº 234 (abril-xuño 1993), pp. 133-160.

<sup>9</sup> Vid., THOMAS MOLNAR, *Authority and Its enemies*, Arlington House, New Rochelle N.Y, 1976.

<sup>10</sup> Vid., Thomas Webler e Seth Tuler, «Fairness and Competence in Citizen Participation» en *Administration & Society*, vol. 32, nº 5, November 2000, pp. 566-595.

<sup>11</sup> Un exemplo da incorporación deste principio na lexislación pode verse na Lei 50/1997 do 27 de novembro, de organización, competencia e funcionamento do goberno, en especial cando se refire á iniciativa lexislativa e potestade regulamentaria.

<sup>12</sup> A Constitución prevé a consulta de cidadáns, sindicatos, asociacións empresariais, colexios profesionais, partidos, etc. Tamén permite a iniciativa lexislativa popular, o xurado na Administración de Xustiza ou a consulta en asuntos de planificación, entre outras posibles formas de participación cidadán. Vid., Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, «La participación en Administración Pública: Principios y límites» en *La Participación. Anuari de la Facultat de Pret*, Estudi General de Lleida, 1985, pp.63-106.

<sup>13</sup> Vid., Peter deLeon, «The Democratization of the Policy Sciences» en *Public Administration Review*, vol. 52, nº 2, March/April 1992, pp. 125-129.



cas ou a iniciativa lexislativa popular. Tamén cómpre lembrar que a participación cidadán non se cingue, en exclusiva, á elaboración de normas e regulamentos, senón que adoita usarse para controla-lo desempeño desa norma, unha vez aprobada, e avaliar deste xeito o seu rendemento, como veremos máis adiante<sup>14</sup>. Podemos citar, seguindo a Joan Subirats<sup>15</sup>, algunhas destas iniciativas:

▮ Experiencias de participación baseadas na información e o debate. Pódense cita-los xurados de cidadáns ou núcleos de intervención participativa e as conferencias de consenso ou grupos de mediación. Todas teñen en común a vontade de mesturar na deliberación sobre o proxecto, os coñecementos técnicos e as opinións defensoras dos intereses sociais. Estas técnicas poden usar procedementos aleatorios de selección de cidadáns, establecendo mostras de cidadáns que pretenden ser representativas do grupo interesado na normativa. O xurados de cidadáns úsanse basicamente para informa-los decisores dos puntos de vista meditados dun grupo de cidadáns escollidos aleatoriamente que se reúnen durante varios días con información sobre o tema. As enquisas deliberativas buscan establecer unha mostra representativa, darlles información e que despois procedan a contestar unha enquisa especialmente deseñada. As conferencias de consenso, buscan tamén coñece-la opinión da xente común, previamente informada, sobre algún tema. Neste caso a selección non é aleatoria, senón que só se consulta a aqueles cidadáns que se autoproponen, tras publicita-lo tema da conferencia. Pola súa parte, os grupos de mediación circunscribense máis á resolución de conflitos e búscase a implicación de cidadáns e grupos na elaboración de compromisos e respostas. Trátase de informar ó lexislador sobre as alternativas en xogo, non de imporlle propostas.

▮ Implicación de comunidades. Trátase de involucra-las comunidades de afectados por algún problema merecedor de regulación na súa solución para garantir unha maior eficacia na implementación da norma. A base principal de participación é territorial, isto é, buscaríase a forma de que entidades descentralizadas, sobre todo do ámbito local (parroquias, por exemplo) organicen mecanismos de participación e discusión sobre os temas que lles abranguen.

▮ Canles de democracia directa. Para efectos do que estamos a tratar, isto é a produción da norma administrativa, son pouco funcionais. Cando falamos de democracia directa adoitamos referirnos a figuras

---

<sup>14</sup> Vid., CHRISTOPHER POLLITT, «Bringing Consumers into Performance Measurement: Concepts, Consequences and Constraints» en *Policy and Politics*, vol. 16, nº 2 (1988), pp. 77-87.

<sup>15</sup> Vid., JOAN SUBIRATS, «Democracia: Participación y eficiencia» en *Gestión y análisis de políticas públicas*, nº 5-6, xaneiro-agosto 1996, pp. 35-44.

como o referendo, sobre todo no ámbito local, tal como se fai en Suíza ou nos Estados Unidos. A técnica moderna, en cambio, permite xeneralizalas consultas populares sobre determinados temas por vía da internet. O establecemento de redes de debate ou o uso do correo electrónico permitirán melloralas capacidade de obter información sobre as opinións cidadáns respecto dos diversos temas.

As formas máis típicas de participación cidadán deben obviamente serlles engadidas aquelas formas de participación na elaboración das normas que prevén a consulta e a implicación dos colectivos profesionais e laborais afectados pola normativa, aínda que para isto xa están previstas canles formais de participación a través de sindicatos e comités laborais, polo que só nos centramos na participación cidadán.

A normativa española, no que atinxe á produción de regulamentos administrativos, concrétase na necesidade de dar audiencia durante un prazo razoable, de forma directa ou a través de organizacións ou asociacións recoñecidas pola lei que os representen, sen concretar cál debe serlo tipo de audiencia ou consulta a que se debe somete-lo lexislador. Non se concreta nin se fai referencia explícita a ningunha das formas de participación antes vistas, máis cremos que algunha das propostas antes referidas podería perfectamente ser aplicada ó proceso normativo.

Mais a participación cidadá, ou dos colectivos profesionais afectados, non está exenta de problemas. A participación parece ser unha destas ideas que todo o mundo apoia retoricamente, pero que tódolos gobernantes adían á hora de pola en práctica. E non só por cuestións técnicas ou do custo de pola en práctica, que son as excusas que habitualmente se aducen para eludi-la súa aplicación, senón porque as virtudes de tales técnicas non están tan claras como argumentan os seus defensores. En primeiro lugar, estaría a cuestión da corporativización da participación. Na maioría dos casos a participación na elaboración de normas adoita ser aproveitada polas organizacións que teñen intereses nestas. Sindicatos e grupos de interese adoitan se-los principais beneficiados pola participación cidadá na formulación das leis. Só eles contan coa información e a disposición de medios humanos e materiais para participar de forma efectiva na elaboración de normas. Corre o risco de establecérense «cidadáns profesionais» cunha función que sexa a de representa-lo conxunto da cidadanía nestes labores e que representen realmente os intereses das súas organizacións.

Outros problemas que poderían derivarse da democracia participativa teñen máis que ver coa disfuncionalidade de tales técnicas. En primeiro lugar, a participación cidadá pode dificultar e ralentizar moito o procedemento de elaboración de normas. Se hai que prima-la participación e a deliberación pérdese moito en resolubilidade, ademais de que, en segundo lugar, a participación pode ser paradoxalmente menos par-

ticipativa cos procedementos formalizados antigos. Na democracia representativa todo o mundo ten un voto e pode exercelo delegando naquelas persoas que se consideren máis afíns, pero á hora de participar non todo o mundo conta coas mesmas habilidades. Non todo o mundo ten os mesmos coñecementos, capacidade oratoria ou experiencia política como para participar en igualdade de condicións nun debate, sobre todo se este é público. A persoa con poucos dotes deste estilo verase en inferioridade de condicións respecto das persoas que si posúen estes dotes, mais se estas son profesionais da participación, polo que á hora da verdade pode ser que só participen uns de forma efectiva frustrando así as aspiracións de moitos cidadáns. En moitas ocasións, pode ser máis participativa *de facto* a xerarquía formal, pero lexitimada por unha elección que unha participación formalmente igualitaria pero elitista.

A estas críticas asociadas ás deficiencias do modelo participativo de elaboración de leis débenselle engadi-las críticas daqueles autores, como é o caso de Dror, que defenden unha lexística elitista, afastada por completo dos modelos participativos<sup>16</sup>. Este autor, en concreto, propón todo o contrario: pretende mellora-la capacidade de gobernar e de elaborar leis elevando a cualificación dos gobernantes, tanto pola vía de seleccións máis capaces, tras duras probas intelectuais e de carácter, como por medio de eleva-lo seu nivel formativo, creando escolas de alto rendemento para gobernantes e altos funcionarios. O seu modelo é puramente tecnocrático, só os máis capaces e os mellor formados deben te-la potestade de elaborar leis nun mundo tan complexo e globalizado como o de hoxe, ó estar o cidadán común totalmente incapacitado para entender esta problemática e, polo tanto, deslexitimado para participar no proceso lexislativo.

### 3. A avaliación da lexislación

#### 3.1 Técnicas de avaliación da calidade administrativa *ex-ante*<sup>17</sup>

Dende algúns sectores da doutrina críticase a abundancia de lexislación inútil que é fabricada polos lexisladores, da cal moita permanece sen aplicar por ter sido mal deseñada dende o principio. Este exceso de lexislación xera confusión entre os cidadáns e desanima o cumprimento da lei ó observar que a lexislación non é tomada en serio ó mesmo

<sup>16</sup> Vid., Yehezkel Dror, *La capacidad de gobernar*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1996.

<sup>17</sup> Sobre a distinción entre avaliación *ex-ante* e *ex-post* ver: Jean-Paul Costa «Droit et Évaluation» en *Revue française d'administration publique*, nº 66, avril-juin 1993, pp. 221-226.

tempo que obriga os administradores a un inxente traballo de interpretación e harmonización das leis. A modernización na elaboración das leis e a xustificación previa da súa existencia pasa a converterse nun fértil terreo de estudio<sup>18</sup>. Desenvolveuse, como consecuencia disto, todo un conxunto de métodos dedicados a comproba-la calidade e a vixencia das leis, entre os que podemos, seguindo a Montoro Chiner<sup>19</sup>, destacalos seguintes:

■ O límite de vixencia das leis. Son leis cuns preceptos que concretan de forma expresa as datas ou circunstancias da súa perda de vixencia ou aquelas cuns preceptos que estean vencellados á consecución de obxectivos concretos, de forma que unha vez cumpridos a norma perde vixencia. As vantaxes residen en que ó contemplarse a automática derogación dos preceptos impídese a súa prolongación *de facto*, xa carente de senso e obriga a reexamina-la lexislación, aprendendo do seu funcionamento e considerando se a súa vixencia pode ser renovada ou non, dependendo do seu éxito.

■ Simulación de leis. Implica experimentar na realidade, tanto as medidas que se van establecer coma os efectos que se esperan destas. Trátase de reproducir no plano real a execución da norma e cómo encaixa esta na realidade social. Pretendemos coñecer, deste xeito, a necesidade da norma e cuál é a súa finalidade real para poder retocar aqueles aspectos que debeñen inservibles co tempo. Na simulación adoitan participar aquelas persoas afectadas pola lei ou encargados de executala sen unha preparación sistemática.

■ O praxitest. Supón a proba dun proxecto de lei tentando aproximarse o máis posible á realidade na que a lei se vai aplicar. Os destinatarios das normas deben tomar parte en experiencias prácticas de aplicación da lei, experimentando coa lei plenamente desenvolta, isto é, con regulamentos, mandatos e ordes.

■ O Planspiel. É unha representación programada na que participan tódolos destinatarios e interesados en calquera das esferas na que trata o proxecto lexislativo. Pode ser unha representación «en laboratorio» ou na realidade presumible en que se vai desenvolver-la lei. Implica a escenificación de circunstancias, a asignación de papeis e a fixación de condutas. O Planspiel implica a utilización de criterios cos que se xulgarán os efectos, executabilidade, concreción e materialización de tódolos supostos nos

<sup>18</sup> Vid., HEINZ SCHÄFFER, «Modernização da Administração como desafio a legislação.» En *Legislação*, n.º 27, Janeiro-Março 2000, pp. 5-29.

<sup>19</sup> Vid., MARÍA JESÚS MONTORO CHINER, «La calidad de las normas ¿desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes?» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 48, octubre/diciembre 1985, pp. 507-524.

actos administrativos correspondentes, para poder apreciar quen son os beneficiados e os prexudicados, de onde parten as directrices máximas ou se a Administración pode facer efectivos os dictados da norma.

▮ O Planspiel aritmético-formal. É unha combinación do planspiel anteriormente exposto con modelos de valorización formalizados e informatizados nos que as decisións representan parámetros de modificación e son despois comprobadas a través das repercusións que delas se deriven. Sería adecuado para probar normas que impliquen unha gran mobilización de recursos económicos, como leis de pensións ou relativas á seguridade social.

▮ Simulación formalizada. É un sistema totalmente formalizado e cuantificado no que se expresa a relación entre elementos relevantes da cuestión que se vai analizar e que a través da modificación paramétrica trata de imita-lo comportamento do sistema. Trataría só de cuantifica-lo impacto da norma partindo dunhas suposicións de comportamento dadas.

Estas técnicas teñen en común o de seren realizadas antes de que a lei sexa posta en vigor. Pero hai outro conxunto de técnicas que pretenden avaliar a calidade da lei, unha vez esta foi posta en vigor, e que imos analizar a continuación.

#### *A avaliación das leis ex-post*

Unha vez posta en execución a lei, hai que comprobar se está a cumprir cos obxectivos previstos inicialmente polo lexislador. Avaliar a execución dunha lei ou regulamento xa en práctica é unha tarefa espiñenta, pois é case imposible facer unha avaliación que non teña algún tipo de implicación política, xa sexa nas relacións de poder internas dentro da Administración como na política partidista<sup>20</sup>. As leis Sunset norteamericanas, ás que antes nos referiamos son un bo exemplo de incorporación á lexislación da avaliación de políticas para condiciona-la vixencia ou non dunha norma.

A pesar de todo, dende a Ciencia da Administración elaborouse unha disciplina chamada avaliación de políticas dedicada ó control da execución normativa<sup>21</sup>. O primeiro que convén ter claro antes de avaliar son os conceptos de economía, eficacia, eficiencia e pertinencia<sup>22</sup>, que son os

<sup>20</sup> Vid., MARY HENKEL, «The New 'Evaluative State'» en *Public Administration*, vol. 69, Spring 1991, pp. 121-136

<sup>21</sup> Vid., XAVIER BALLART, «Evaluación de políticas» en *Revista de Estudios Políticos*, nº 80, abril-xuño 1993, pp. 199-224.

<sup>22</sup> Vid., ENRIQUE LÓPEZ GONZÁLEZ, «Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración Pública» en *Documentación Administrativa*, nº 218-219 (abril-setembro 1989), pp. 67-96.



criterios polos que se adoita medir, a falta doutros mellores, o bo desempeño dunha lei. A economía consiste en adquiri-los recursos necesarios na cantidade e calidade apropiadas da forma máis barata posible. A eficiencia pola contra é a relación entre os medios usados para conseguir un obxectivo e os resultados obtidos, mentres que a eficacia consiste en comprobar en que medida a norma acadada os obxectivos procurados. Por último, a pertinencia refírese á relación entre os obxectivos que se van buscar e os medios usados para acadalos. De acordo con estes criterios o avaliador usa ferramentas cuantitativas (estatística, modelos formalizados) ou cualitativas (entrevistas, participación cidadán) para comprobar primeiro se o proceso de execución da lei está sendo levado a cabo da forma esperada. O control de xestión convertese neste tipo de avaliación no instrumental máis usado<sup>23</sup>. Como instrumentos de control da lexislación propóñense medidas como crear departamentos centralizados de control, que coordinen o seguimento do desempeño levado a cabo polas unidades administrativas inferiores; o uso de incentivos adecuados que faciliten a correcta medición por parte dos encargados da execución; ou o seguimento continuo dos resultados a través de procedementos depurados de contabilidade pública<sup>24</sup>. Por outra banda, a avaliación pode medi-lo resultado final da execución da lei a través da busca de indicadores apropiados de medición para poder comparalos cos obxectivos previstos e usando algúns dos criterios de pertinencia anteriormente expostos. Para isto, sería preciso determinar previamente de forma operativa os obxectivos que se pretende acadar para podelos comparar cos efectivamente obtidos e determinar un prazo de tempo que sirva de medida de comparación.

Todas estas técnicas de elaboración de normas teñen algo en común, que é o uso de técnicas máis ou menos rudimentarias de custo-beneficio en calquera das súas variantes. Isto é: presuponse que o avaliador da norma é capaz de establecer ou de computa-los custos e beneficios que os cidadáns recibirán da aplicación da norma e comparalos con algún criterio preestablecido de excelencia<sup>25</sup>. Suponse, polo tanto, que é capaz de determinar de forma obxectiva cal é o interese público que pretende ser mellorado, se é que se pode determinar de forma certa. A análise de

---

<sup>23</sup> Vid., EDUARDO ZAPICO e JOHN MAYNE, «Nuevas perspectivas para el control de gestión y medición de los resultados» en *Gestión y análisis de políticas públicas*, nº 3, maio-agosto 195, pp. 43-53.

<sup>24</sup> Vid., Enrique López González, *Técnicas de control de ejecución en la dirección estratégica de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 1988, pp. 153-159.

<sup>25</sup> Ver por exemplo: Ilde Rizzo, «The Public Decision-making Process and Cost-Benefit Analysis» en Alan Williams e Emilio Giardina (eds.) *Efficiency in the Public Sector*, Edward Elgar, Aldershot, 1993, pp. 158-170.



den facer este tipo de comparacións de forma centralizada<sup>29</sup>, só o mercado pode facelas, pois só este pode te-la información necesaria para poder facer asignacións de recursos ou valores a grande escala<sup>30</sup>. Ningún lexislador pode coñecer os valores ou as preferencias dos individuos, e moito menos cuantificalas, porque a utilidade é algo subxectivo e individual. A análise de custo-beneficio parte pois dos valores e preferencias daqueles que a realizan, sexan compartidos por moitas ou poucas persoas, pero non poden pretender que coñecen os custos e beneficios dun agregado social.

Algo semellante ocorre cos conceptos de economía, eficiencia, eficacia ou pertinencia. Son conceptos que só poden ser usados de forma individual por individuos ou organizacións, pero non de forma colectiva<sup>31</sup>. Se unha cousa é cara ou barata, eficiente ou ineficiente, só nós individualmente o podemos saber e valorar. ¿É eficiente ou ineficiente a escolarización obrigatoria ata os 16 anos? Só os afectados o poden saber e difiren tanto nas súas valoracións, coma na súa intensidade. Non é o mesmo caso dun pai que ten que levar ós seus fillos ó colexio que a opinión dunha persoa solteira que ten unha preferencia distinta sobre o asunto, pero nunha intensidade distinta á do pai. Non é posible entón fundar «cientificamente» sobre estes supostos unha norma legal.

Por outra banda as simulacións e tests legais parecen a primeira vista moi útiles. O problema, como antes vimos, é que dunha experiencia reducida non se poden extrapolar, a toda a comunidade, os resultados porque as reaccións sociais son moi complexas; o ser humano aprende, cambia de opinións, de gustos, etc. Canto máis grandes sexan as mostras de poboación, máis probable é que se acheguen a resultados correctos, pero canto maior é a mostra máis custoso é face-lo test e menos operacionalizable é, polo que se fai máis difícil a súa realización. Mellor que facer tests sería máis eficaz aplica-la deducción a partir dalgúns axiomas preestablecidos (é o método tradicional das ciencias da acción humana<sup>32</sup>) e a partir de aí deduci-las implicacións que tería a posta en práctica da norma.

<sup>29</sup> Vid., MURRAY N. ROTHBARD, «Toward a Reconstruction of Utility and Welfare Economics» en Mary Sennholz (ed.) *On Freedom and Free Enterprise*, D. Van Nostrand, 1956, pp. 224-262.

<sup>30</sup> Unha excelente exposición das razóns polas que este tipo de cálculo non pode realizarse, na mellor tradición de Mises e Hayek pode verse en : JESÚS HUERTA DE SOTO, *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*.

<sup>31</sup> Vid., E. C. PASOUR, «Economic Efficiency and Public Policy» en WALTER BLOCK e LLEWELYN H. ROCKWELL (eds.) *Man, Economy and Liberty: essays in Honor of Murray N. Rothbard*, Ludwig Von Mises Institute, Auburn (Alabama), 1988, pp. 110-124; ROY E. CORDATO, «The Austrian Theory of Efficiency and the Role of Government» en *Journal of Libertarian Studies*, vol. IV, nº 4 Fall 1980, pp. 393-403. [www.mises.org](http://www.mises.org).

<sup>32</sup> Vid., LUDWIG VON MISES, *La acción humana*, Unión editorial, Madrid, 1999.

■ Cómpre facer unha terceira crítica, esta de índole política. Se as leis se fan tecnicamente os representantes electos quedarían deslexitimados e menosprezados<sup>33</sup>. A función do político é importante, porque é el quen interpreta dunha forma case empresarial a vontade e as necesidades da maioría da sociedade (de non facelo, quedaría sen traballo) e polo tanto entendemos que se achegan máis ó que a maioría da sociedade demanda. O político ten unhas calidades que o levan a saber interpreta-lo que a xente quere e que son as que o levan a el a ser elixido e non a outros. A discreción política é pois moi necesaria; outra cousa é que as análises se usen para xustificar decisións previas, que esta é, temo, a súa verdadeira utilidade. Ademais ó somete-la avaliación continua ás normas, nós tememos que abra a caixa dos tronos da estabilidade da norma, indispensable para manter un código predicible. En efecto, a derrogación con data fixa, das normas, crea inseguridade xurídica entre os afectados pola regulación e segundo, abre unha porta cómoda para que os gobernos derroguen de forma doada e sen debate toda a lexislación de gobernos anteriores, que lles resulte incómoda, co doado trámite de atopar uns avaliadores o suficientemente laxos como para facer unha avaliación negativa da norma, cousa que, creo, non é moi difícil de conseguir, sobre todo se quen os nomea é o goberno que lles paga.

#### 4. A codificación e a simplificación normativas

Entre as iniciativas de reforma técnica da lexislación as que nos parecen máis plausibles e interesantes son aquelas que van orientadas á codificación e á simplificación das normas. Ei-la verdadeira mellora da lexislación. O cambio continuo de leis non adoita ser funcional para a sociedade, e máis en sociedades cambiantes. Nós no dereito soportamos como Hayek a idea de que a mellor lei é a lei vella, a que se revela polo paso do tempo como eficaz, que é a que xera unhas normas e expectativas previsibles<sup>34</sup>. O uso de regras xerais para elabora-la lei adoitan ser máis acaídas que tódalas análises custo-beneficio, que só poden computar uns poucos e insuficientes factores de cara a ordena-la vida social, fronte á riqueza de matices que amosan as leis melloradas pola expe-

<sup>33</sup> Do menosprecio da plítica por boa parte dos avaliadores falan algo: BILL JENKINS e ANDREW GRAY, «Evaluación y usuario: La experiencia del Reino Unido» en *Gestión y análisis de políticas públicas*, nº 1, setembro-diciembre 1994, pp. 47-57.


<sup>34</sup> Sobre a evolución das normas e as virtudes da lexislación estable podemos ver dous grandes libros: FRIEDRICH A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, 3 vols., Unión editorial, Madrid, 1994, 3ª ed.; BRUNO LEONI, *La libertad y la ley*, unión editorial, Madrid, 1995.

riencia<sup>35</sup>. A simplificación normativa e a codificación, figuras xurídicas que non teñen nada de modernas, senón que son figuras existentes case dende a aparición dos códigos escritos, seguen a mante-lo seu interese a día de hoxe e son suficientemente coñecidas polos técnicos en lexislación como para necesitar de presentacións detalladas.

A codificación de textos legais<sup>36</sup> consiste en compila-lo dereito en vigor dunha materia, desprendéndose das leis en desuso ou redundantes. A simplificación normativa, pola súa banda, trata de reduci-lo volume, a complexidade e a dispersión das leis mediante o recurso a diversas técnicas de racionalización normativa. Non é máis ca unha simple depuración do ordenamento para mellora-la súa eficacia e evita-las redundancias.

Como vemos, son técnicas doadas, que cremos que poden seguir dando xogo e non incorren en grandes custos de organización nin teñen que empregar unha gran corte de asesores e «modernos» técnicos en lexislación.

## 5. Conclusión

A maioría das novas técnicas de modernización da lei administrativa forman parte dun proceso de racionalización do dereito que se dá tamén noutras áreas da vida social. Hayek escribiu pouco antes de morrer un libro chamado *The Fatal Conceit*<sup>37</sup> clamando contra a arrogancia dos planificadores e enxeñeiros sociais, que pretendían construír unha sociedade ou dereito novo partindo só da simple razón sen decatarse do importante que é a experiencia humana acumulada ó longo dos tempos, da experiencia e do daniño que pode ser querer criar todo de novo sen ter en conta todo este capital. O racionalismo constructivista, que é como denomina Hayek a esta pretensión racionalizadora, tamén quere implantarse na produción normativa, e moi especialmente na norma administrativa, quizais porque é un terreo propicio para ela. Pero o racionalismo, aínda incorporando aspectos positivos, ten uns límites que non deben ser excedidos e isto é o que pretendemos remarcar neste texto. 

<sup>35</sup> Vid., MARIO J. RIZZO, «Rules versus Cost-Benefit Analysis in the Common Law» en *Cato Journal*, vol. 4, nº 3, 1985, pp. 865-883.

<sup>36</sup> Vid., B. C. MATARELLA, «La codificazione del diritto: riflessioni sull'esperienza francese contemporanea» en *Rivista trimestrale de diritto pubblico*, nº 4, 1993, pp. 1035-1061.

<sup>37</sup> Hai traducción castelán. Vid., FRIEDRICH A. HAYEK, *La fatal arrogancia*, Unión editorial, Madrid, 1990.







**NOTAS E  
COMENTARIOS**



## ORIENTACIONES DEL «ACUERDO PARA LA MEJORA Y EL DESARROLLO DEL SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL» DE ABRIL DE 2001\*

Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de A Coruña

1. Como se sabe, tras la promulgación y entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 marzo; actualmente, Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 marzo), uno de los fenómenos caracterizantes de nuestro sistema de producción de fuentes jurídico-laborales y de seguridad social es la denominada «concertación social o política»<sup>1</sup>, respecto de la que la jurisprudencia laboral viene afirmando, con toda claridad pero también con toda rotundidad, lo siguiente: 1) que se trata de un fenómeno que «no tiene un origen claro y expreso de la ley»<sup>2</sup> –tampoco de la Constitución–, sino «más bien, en las características y en la dinámica del sistema de relaciones laborales y de su entorno político y eco-

\* Ponencia aportada a las «Jornadas sobre la reforma de la Seguridad Social», organizadas por la Escola Galega de Administración Pública (EGAP) en Ferrol, y dirigidas por el Prof. Dr. Jaime Cabeza Pereiro, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Vigo; expuesta y debatida el día 21 febrero 2002.

<sup>1</sup> Sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Artículo 82.1, párrafo 1º», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t-XII, vol. 1º, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas (Madrid, 2001), pág. 25.

<sup>2</sup> Por todas, STSJ Andalucía (Málaga) de 15 julio 1999 (Ar. 2683), FD 2º.

nómico»<sup>3</sup>; 2) que actúan como factores favorecedores del mismo, entre otros, «la posición que en la actualidad han alcanzado las organizaciones sindicales y empresariales, tanto por su capacidad de presión y de influencia, como por las prerrogativas que el ordenamiento les ha concedido»<sup>4</sup>, y además, «la necesidad de los poderes públicos de buscar apoyo para sus decisiones entre los sectores afectados»<sup>5</sup>; y 3) que «su principal dimensión es política, y por ello la responsabilidad que genera su incumplimiento, y los mecanismos previstos para controlar y verificar su aplicación, son básicamente políticos, sin perjuicio de que de alguna de sus cláusulas se deriven ocasionalmente responsabilidades jurídicas»<sup>6</sup>. Pues bien, dentro de este tan peculiar y atípico género de pactos o acuerdos socio-políticos, llamados a precipitar luego en la denominada «legislación negociada»<sup>7</sup>, se enmarca el «Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social», de fecha 9 abril 2001.

2. Lógicamente, lo primero que llama la atención a propósito de este «Acuerdo» es el dato de que no aparezca publicado ni en el BOE ni en ningún otro periódico oficial, habiéndolo tenido que localizarlo yo, por ejemplo, a través de la página *web* del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales<sup>8</sup>. Por supuesto, no se trata de ningún hecho insólito en España, pues tampoco se publicaron en su día pactos sociales tan incuestionablemente importantes como, por ejemplo, el «Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social», de fecha 9 octubre 1996, o el «Acuerdo Interconfederal sobre Estabilidad en el Empleo», de fecha 28 abril 1997. El hecho tiene, además, una explicación relativamente razonable, por cuanto que los destinatarios de este concretísimo tipo de acuerdos no son los afiliados a los concretos sujetos colectivos pactantes, ni tampoco la masa de empresarios o trabajadores existente en España, ni siquiera el público o la ciudadanía en general, sino los poderes públicos estatales o autonómicos, de algún modo comprometidos a transponer en normas jurídicas –éstas publicadas luego, sí, en periódicos oficiales– el contenido de los acuerdos correspondientes<sup>9</sup>. Y de ahí que

<sup>3</sup> *Ibidem.*

<sup>4</sup> *Ibidem.*

<sup>5</sup> *Ibidem.*

<sup>6</sup> *Ibidem.*

<sup>7</sup> Véase M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 19ª edición, Civitas (Madrid, 2001), págs. 853 ss.

<sup>8</sup> Véase «<http://www.mtas.es/periodico/seguridad%20social/ss09-04.htm>».

<sup>9</sup> Como se sabe, el recién citado «Acuerdo» de 1996 precipitó en la Ley 24/1997, de 15 julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (BOE de 16 julio 1997), mientras que el «Acuerdo» de 1997, por su parte, precipitó



la jurisprudencia laboral también afirme, a propósito siempre de este peculiar tipo de acuerdos, que su contenido «no es ejecutivo en el acto sino que encierra unos compromisos aceptados por la Comunidad [Autónoma, Gobierno de la Nación, etc.] para ponerlos en vigencia en el futuro y, como suele ocurrir con tales actos políticos, unos se desarrollan y aplican más rápidamente que otros»<sup>10</sup>, por lo que dicho contenido «puede, por tanto, ser calificado (...) de 'programático' tanto por lo que pactan como por los términos empleados para su redacción»<sup>11</sup>.

3. Llama también la atención, en segundo lugar, quiénes fueron los concretos sujetos firmantes del «Acuerdo» que se viene comentando. En efecto, se trata de un acuerdo de carácter tripartito, suscrito por el Gobierno de la Nación, por CEOE y CEPYME, del lado patronal, y por CCOO, del lado sindical; todo ello frente a la hipótesis de los antes citados «Acuerdos» de 1996 y 1997, que eran de carácter bipartito, al haber sido firmados por CCOO, UGT y el Gobierno de la Nación, el de 1996, y por CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, el de 1997.

CCOO ha sido, por tanto, el único interlocutor firmante de los tres acuerdos en cuestión, debiendo recordarse a propósito del pactismo de esta gran central sindical estatal –pactismo que, por cierto, parece estar provocando al día de hoy algún tipo de tensiones en su cúpula– que el «Acuerdo» del 2001 es ya el tercer acuerdo que, sobre temas de seguridad social, viene firmando dicha central sindical con el Gobierno de la Nación, pues entre los de 1996 y 2001 se interpone el de 1998, suscrito en solitario por CCOO y dicho Gobierno, y que se transpuso mediante el art. 91.9.2 de la Ley 49/1998, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, sobre encarecimiento de la cotización patronal por desempleo de los trabajadores precarios<sup>12</sup>; negociaciones éstas, como

---

en los Reales Decretos-Leyes 8 y 9/1997, de 16 mayo (BOE de 17 mayo 1997), sobre Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida y sobre Regulación de Incentivos en Materia de Seguridad Social y de Carácter Fiscal para el Fomento de la Contratación Indefinida y la Estabilidad en el Empleo, respectivamente.

<sup>10</sup> Véase STSJ Canarias (Las Palmas) de 22 septiembre 1994 (Ar. 3365), FD 2º, a propósito del «Pacto de concertación social entre el Gobierno Autónomo [de Canarias] y las Centrales Sindicales más representativas publicado en el BOCA del 17 de mayo de 1991».

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Aunque la exposición de motivos de esta Ley silencie el tema, téngase en cuenta que el párrafo último del citado art. 91.9.2 de la misma afirmaba lo siguiente: «No obstante, el Gobierno, como consecuencia de la evolución del mercado de trabajo, y específicamente a la vista del aumento de la estabilidad en el empleo, podrá reducir, previa consulta con los interlocutores sociales, los tipos de cotización al desempleo recogidos en el párrafo anterior».

se sabe, continuación de las habidas entre UGT, CCOO y el Gobierno de la Nación, y que precipitaron en el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 noviembre<sup>13</sup>, sobre nueva regulación del trabajo a tiempo parcial<sup>14</sup>.

4. Si examinado ahora desde un punto de vista material, este «Acuerdo» del 2001 tiene un contenido puro de seguridad social, pues de los quince «Apartados» en que formalmente aparece dividido, resulta que trece de ellos, intercalados entre la «Introducción» y las normas de configuración del propio acuerdo (esto es, «Comisión de seguimiento del acuerdo»<sup>15</sup> y «Duración del acuerdo»<sup>16</sup>), tratan monográficamente de dicho trascendental asunto, a saber: «Separación de las fuentes de financiación del sistema de protección social»<sup>17</sup>, «Aplicación de excedentes»<sup>18</sup>, «Fondo de reserva»<sup>19</sup>, «Jubilación flexible»<sup>20</sup>, «Contributividad y equidad del sistema»<sup>21</sup>, «Mejora de las prestaciones del sistema»<sup>22</sup>, «Convergencia de regímenes especiales»<sup>23</sup>, «Dependencia»<sup>24</sup> (esto es, las «políticas globales y coordinadas [incluidas las de Seguridad Social] dirigidas a las personas mayores o minusválidas»<sup>25</sup>), «Agencia de la Seguridad Social»<sup>26</sup>, «Lucha contra el fraude»<sup>27</sup>, «Responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social»<sup>28</sup>, «Reducciones y bonificaciones en la cotización»<sup>29</sup>, y por último, «Previsión social complementaria»<sup>30</sup>.

---

<sup>13</sup> BOE de 28 noviembre 1998.

<sup>14</sup> Lo reconoce expresamente la exposición de motivos de dicha norma, al indicar que «es el Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial y Fomento de su Estabilidad concluido el 13 de noviembre entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal, cuyo contenido incorpora la presente disposición» (párrafo 1º).

<sup>15</sup> Apartado XIV.

<sup>16</sup> Apartado XV.

<sup>17</sup> Apartado I.

<sup>18</sup> Apartado II.

<sup>19</sup> Apartado III.

<sup>20</sup> Apartado IV.

<sup>21</sup> Apartado V.

<sup>22</sup> Apartado VI.

<sup>23</sup> Apartado VII.

<sup>24</sup> Apartado VIII.

<sup>25</sup> *Ibidem*, párrafo 1º.

<sup>26</sup> Apartado IX.

<sup>27</sup> Apartado X.

<sup>28</sup> Apartado XI.

<sup>29</sup> Apartado XII.

<sup>30</sup> Apartado XIII.

La propia «Introducción» aclara, además, cuál es el verdadero referente –siempre de Seguridad Social– del propio acuerdo, al indicar que el mismo se suscribe «en el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo»<sup>31</sup>, y «desarrollando las Recomendaciones del Pacto de Toledo»<sup>32</sup>; alusiones éstas últimas de carácter coloquial, que deben entenderse hechas, en realidad, a la «Aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados del texto aprobado por la Comisión de Presupuestos en relación con el informe de la ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse», publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados» de 12 abril 1995<sup>33</sup>.

5. Es claro, sin embargo, que los «supuestos o medidas» de Seguridad Social a que hace referencia este «Acuerdo» del 2001<sup>34</sup> sólo pueden ser jurídicamente calificados de meras «orientaciones»<sup>35</sup>, en la medida en que –en la línea del «Acuerdo sobre racionalización y Consolidación del Sistema de Seguridad Social» de 1996, y frente a lo dispuesto en el «Acuerdo Interconfederal sobre Estabilidad en el Empleo» de 1997– no se detalla en él con acribia el contenido concreto de los preceptos legales cuya promulgación o enmienda se compromete a instar o efectuar el Gobierno de la Nación, sino que simplemente se sugiere qué es lo que debería hacerse, resultando completamente excepcional que en el mismo se indique que, por ejemplo, «En tal sentido, y dada la naturaleza no contributiva de los complementos a mínimos se establecerá con carácter definitivo su ubicación, procediendo a las modificaciones normativas precisas en la legislación de Seguridad Social (artículo 86.2 y Disposición Transitoria 14ª de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio)»<sup>36</sup>.

6. Por supuesto, lo de «orientaciones» es sólo un mínimo común denominador, pues las hay de muy diverso signo, dado que en unas prima manifiestamente el interés sindical –es el caso, por ejemplo, de las relativas a la modificación de «las condiciones de acceso a la jubilación anti-

<sup>31</sup> Párrafo 1º.

<sup>32</sup> Párrafo 7º.

<sup>33</sup> V Legislatura, Serie E, Núm. 134, págs. 1 a 49.

<sup>34</sup> La genérica expresión recién citada en, por ejemplo, su Apartado XV.

<sup>35</sup> Esta palabra aparece utilizada, por ejemplo, en el Apartado III, párrafo 2º, y en el Apartado V, párrafo 1º, a propósito de realidades muy similares.

<sup>36</sup> Cfr. Apartado I, párrafo 2º.

cipada»<sup>37</sup>, tema aparentemente adverso a los intereses gubernamentales, o a la «mejora de prestaciones del sistema»<sup>38</sup>, al ser notorio que el mismo no está para muchas alegrías financieras, especialmente si lo que se quiere ahorrar, incrementando el «fondo de reserva», mientras que en otras lo que ostensiblemente prevalece es, en cambio, el interés empresarial –por ejemplo, en las relativas a «reducciones y bonificaciones en la cotización»<sup>39</sup>– o el gubernamental –por ejemplo, en las relativas a «adecuar la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones, limitando el anticipo por parte de la Entidad Gestora o Colaboradora exclusivamente hasta la cuantía de dos veces y media el salario mínimo interprofesional»<sup>40</sup>–, todo lo cual permite descartar, dicho sea de paso, que este «Acuerdo» del 2001 pueda ser motejado de pacto leonino, al reflejar su contenido transacciones diversas entre todos sus firmantes.

En cualquier caso, y aparte lo que acaba de indicarse, lo que quizá genéricamente caracteriza, también, todas las «orientaciones» en cuestión sea el dato de que las mismas aparezcan ligadas a una cierta temporización, en el sentido de que se imponga al Gobierno de la Nación un plazo para la conversión de las mismas en verdaderas normas jurídicas; temporización que presenta la utilidad de permitir clasificarlas en tres grandes grupos perfectamente diferenciados.

7. El primero se refiere a las «orientaciones» que al día de hoy han sido ya transpuestas en normas jurídicas, y respecto de las cuales el contenido del «Acuerdo» puede considerarse en buena medida cumplido o agotado. Tal es el caso de las que figuran: 1) en su Apartado I, sobre progresiva separación en el plazo de 12 años de las fuentes de financiación de la acción protectora del sistema, incluidos los complementos a mínimos –plazo éste que, al parecer, considero intolerablemente largo UGT, hasta el punto de condicionar por esta razón su falta de firma del «Acuerdo»–, sustancialmente transpuesto por el art. 34.12 de la Ley 24/2001, de 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que procede a dar nueva redacción a la disposición transitoria 14<sup>a</sup> de la vigente Ley General de Seguridad Social; 2) en sus Apartados II y III, sobre aplicación de excedentes y fondo de reserva, sustancialmente transpuestos por el art. 34.2 de la Ley 24/2001, recién citada, de modificación –aunque necesitada de desarrollo reglamenta-

<sup>37</sup> Cfr. Apartado IV.3.

<sup>38</sup> Cfr. Apartado VI.

<sup>39</sup> Cfr. Apartado XII.

<sup>40</sup> Cfr. Apartado XI.1.

rio- del art. 91.1 de la vigente Ley General de Seguridad Social; 3) en su Apartado IV, sobre jubilación flexible, sustancialmente transpuesto por el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible –lo reconoce su exposición de motivos<sup>41</sup>–, que modifica: a) en la vigente Ley General de Seguridad Social, sus arts. 138.1<sup>42</sup>, 139 (añadiéndole un nuevo apartado 5)<sup>43</sup>, 161 (añadiéndole un nuevo apartado 3)<sup>44</sup>, 162 (añadiéndole un nuevo apartado 6)<sup>45</sup>, 163<sup>46</sup>, 165.1<sup>47</sup>, 166.4<sup>48</sup> y 216.3<sup>49</sup>, su disposición adicional 8<sup>a50</sup> y su disposición transitoria 3<sup>a51</sup>, aparte el hecho de añadirle sendas nuevas disposiciones adicionales 31<sup>a52</sup> y 32<sup>a53</sup>; b) en el Decreto 1867/1970, aprobando el Reglamento General del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, su disposición transitoria 3<sup>a54</sup>; c) en el Estatuto de los Trabajadores, su art. 51, al que se añade un nuevo apartado 15<sup>55</sup>; y d) aunque parezca increíble, también la Ley 24/2001, anteriormente citada –y publicada en el BOE exactamente el mismo día en que apareció publicado este Real Decreto-Ley 16/2001–, añadiéndole un nuevo apartado 3 a la disposición adicional 4<sup>a</sup> de la misma<sup>56</sup>; 4) en su Apartado 6, sobre mejora de determinadas prestaciones, sustancialmente transpuesto por el art. 45.4 de la Ley 23/2001, de 27 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002, y por el Real Decreto 1465/2001, de 27 diciembre<sup>57</sup> –lo reconoce expresamente su exposición de motivos<sup>58</sup>–, de modificación parcial del régimen jurídico de las pres-

<sup>41</sup> Cfr. su párrafo 1º.

<sup>42</sup> Cfr. su art. 8.

<sup>43</sup> Cfr. su art. 9.

<sup>44</sup> Cfr. su art. 3.

<sup>45</sup> Cfr. su art. 12.

<sup>46</sup> Cfr. su art. 10.

<sup>47</sup> Cfr. su art. 1.

<sup>48</sup> Cfr. su art. 2.

<sup>49</sup> Cfr. su art. 5.

<sup>50</sup> Cfr. su disposición final 1<sup>a</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. su art. 4.1.

<sup>52</sup> Cfr. su art. 7.

<sup>53</sup> Cfr. su art. 13.

<sup>54</sup> Cfr. su art. 4.2.

<sup>55</sup> Cfr. su art. 6. Complementando este precepto, la disposición transitoria única afirma que «lo previsto en el artículo 6 del presente Real Decreto-ley sólo será de aplicación en relación con los expedientes de regulación de empleo cuyo procedimiento se inicie a partir del 1 de enero del 2002».

<sup>56</sup> Cfr. su art. 14.

<sup>57</sup> BOE de 31 diciembre 2001.

<sup>58</sup> Cuyo párrafo 1º alude expresamente al «Acuerdo Social de 9 de abril de 2001».

taciones de muerte y supervivencia; 5) en su Apartado X.1, sobre lucha contra el fraude en los subsidios de incapacidad temporal y desempleo, sustancialmente transpuesto mediante la modificación por la antes citada Ley 24/2001: a) de los arts. 131bis<sup>59</sup>, 219<sup>60</sup> y 222<sup>61</sup> de la vigente Ley General de Seguridad Social; y b) del art. 47.1.b) del Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 agosto, aprobando el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>62</sup>; 6) en su Apartado XI, sobre responsabilidad en orden a las prestaciones de seguridad social –que supone, todo hay que decirlo, una rebaja del alcance del principio de automaticidad–, nuevamente transpuesto a través de la citada Ley 24/2001, que procede a modificar el art. 126.3 de la vigente Ley General de Seguridad Social<sup>63</sup>; y 7) en su apartado XII, sobre reducciones y bonificaciones en la cotización, parcialmente transpuesto por la antes citada disposición adicional 4ª de la Ley 24/2001, tan repetidamente citada, y también, por el Real Decreto-Ley 16/2001, igualmente citado, que adicionó un nuevo art. 112bis<sup>64</sup> y modificó la disposición adicional 21ª<sup>65</sup>, ambos de la vigente Ley General de Seguridad Social.

8. El segundo grupo incluye, por su parte, aquellas «orientaciones» del «Acuerdo» a transponer en un plazo relativamente específico y explícito todavía no vencido al día de hoy, que resulta ser el caso de las contenidas: 1) en su Apartado V, sobre contributividad y equidad del sistema, en el que –sobre la base del objetivo de lograr «una mayor proporcionalidad entre el esfuerzo de cotización y el nivel de prestación»<sup>66</sup>– explícitamente se indica que «las partes firmantes del presente Acuerdo se comprometen en el año 2003, una vez finalizado el período transitorio de ampliación del cálculo de la base reguladora hasta 15 años, a tomar las medidas oportunas para que se adopte la forma más idónea para el cálculo de las prestaciones»<sup>67</sup>; 2) en su Apartado VIII, sobre impulso de la cobertura social de personas mayores o minusválidas, a materializarse «antes de finalizar la presente legislatura»<sup>68</sup>, pero teniendo en cuenta que los trabajos de elaboración de «las propuestas adecuadas so-

<sup>59</sup> Cfr. su art. 34.4 y 5.

<sup>60</sup> Cfr. su art. 34.9.

<sup>61</sup> Cfr. su art. 34.10.

<sup>62</sup> Cfr. su art. 34.1.

<sup>63</sup> Cfr. su art. 34.3.

<sup>64</sup> Cfr. su art. 11.1.

<sup>65</sup> Cfr. su art. 11.2.

<sup>66</sup> Párrafo 1º.

<sup>67</sup> Párrafo 4º.

<sup>68</sup> Párrafo 4º.



bre el marco jurídico en el que ha de incardinarse la cobertura de las situaciones de dependencia, así como (...) de las líneas básicas de actuación en esta materia, (...) deberán estar finalizados antes del 30 de junio del año 2002»<sup>69</sup>; y 3) en su Apartado IX, sobre creación de la nueva «Agencia de la Seguridad Social», a cuyo efecto «el Gobierno se compromete, previa consulta con las Organizaciones Sociales, en el plazo máximo de un año [a contar desde el 9 abril 2001], a remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de creación [de la misma] (...), a fin de que la gestión y administración de la Seguridad Social se lleve a cabo con sujeción a principios de simplificación, racionalización, economía de costes y eficacia social, además de descentralización funcional»<sup>70</sup>.

9. El tercer grupo se refiere, en fin, a aquellas «orientaciones» del «Acuerdo» no dotadas de ningún plazo específico y explícito de transposición, pero que deben entenderse cubiertas por el plazo que genéricamente prevé el Apartado XV, sobre «Duración del Acuerdo», a cuyo tenor «el presente Acuerdo extenderá su vigencia hasta el año 2004»<sup>71</sup>, aunque «este límite temporal no será de aplicación para aquellos supuestos o medidas para las que se establece específicamente un límite diferente»<sup>72</sup>. Tal es el caso: 1) de su Apartado VII, sobre convergencia de regímenes especiales, sustancialmente referido a que «dicha convergencia y simplificación deberá iniciarse por la inclusión de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y seguirse sucesivamente respecto de los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar»<sup>73</sup>, pareciendo que el proceso deberá concluir con «la integración en el Régimen General de los Trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario»<sup>74</sup>; 2) de su Apartado X.2, sobre medidas adicionales de lucha contra el fraude, entre las que se incluye «evitar afiliaciones de trabajadores de forma indebida en el Régimen Especial Agrario»<sup>75</sup>; y 3) de su Apartado XIII, sobre previsión social complementaria, casi monográficamente referido a planes y fondos de pensiones, al papel jugado respecto de ellos por la negociación colectiva<sup>76</sup> y a que «deberán modernizarse las posibi-

<sup>69</sup> Párrafo 5º.

<sup>70</sup> Párrafo 2º.

<sup>71</sup> Inciso 1º.

<sup>72</sup> Inciso 2º.

<sup>73</sup> Párrafo 7º.

<sup>74</sup> Párrafo 9º.

<sup>75</sup> Epígrafe 2º.

<sup>76</sup> A analizar «en el marco del diálogo social» (párrafo 6º).

lidades de gestión e inversión de los fondos de pensiones en el contexto de la Unión Europea»<sup>77</sup>.

10. Para concluir, cabe apuntar –acerca del trascendental impacto, no siempre explícito, de las «orientaciones» de este «Acuerdo» en el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico-laboral y de Seguridad Social– que no parece haber ninguna duda de que la derogación de la disposición adicional 10<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores, operada por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo<sup>78</sup>, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad<sup>79</sup> –norma esta última promulgada, como se sabe, contra la voluntad de los grandes interlocutores sociales estatales<sup>80</sup>–, está íntimamente conectada al contenido del Apartado IV (sobre «Jubilación flexible») de nuestro «Acuerdo» –menos de un mes anterior a la promulgación de dicho Real Decreto-Ley, y que hay que suponer producida cuando ya estaba concluida la negociación de dicho Apartado IV–, en el sentido de que dicha derogación no pretende prohibir la negociación colectiva sobre edades de jubilación forzosa del trabajador<sup>81</sup>, sino sencillamente llamar la atención de quienes negocian convenios colectivos para que, venciendo sus eventuales inercias negociales, reflexionen seriamente sobre la conveniencia o no de seguir jubilando forzosamente a los trabajadores cuando cumplen 65 años, para así guardar la línea con la nueva política de empleo de la Unión Europea<sup>82</sup>; política ésta a la que no se

<sup>77</sup> Párrafo 5º.


<sup>78</sup> BOE de 3 marzo 2001.

<sup>79</sup> Cfr. su disposición derogatoria única, apartado a).

<sup>80</sup> Lo confiesa su exposición de motivos, al indicar lo siguiente: «el Gobierno considera que hubiera sido deseable que este conjunto de reformas fuera, como en anteriores ocasiones, fruto de los acuerdos de los interlocutores sociales. Sin embargo, el que no haya sido posible la consecución de dicho acuerdo en el periodo de tiempo previamente considerado por las partes no puede condicionar por más tiempo la adopción de unas medidas cuya urgencia viene reclamada por la necesidad de actuar cuanto antes de manera que se ayude a corregir los problemas de la regulación laboral que pueden estar incidiendo negativamente en la evolución del empleo» (párrafo 9º).

<sup>81</sup> Más detalles, en J. Martínez Giron, «La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores», *Actualidad Laboral*, Suplemento al núm. 8, 2002-I, especialmente págs. 156-158.

<sup>82</sup> Cfr., marcando dicha línea, Resolución del Consejo, de 30 junio 1993, relativa a los regímenes flexibles de jubilación (Diario Oficial núm. C 188, de 10 julio 1993); y Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 29 junio 1995, relativa al empleo de los trabajadores de edad avanzada (Diario Oficial núm. C 288, de 2 septiembre 1995).

ajustaba la citada disposición adicional 10<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores, pero que pretende llevar a efecto, en cambio, el tan citado Apartado IV de nuestro «Acuerdo»<sup>83</sup>. 

---

<sup>83</sup> En el párrafo 1º del mismo se afirma, por ejemplo, que «en los países de nuestro entorno político-geográfico y, concretamente, en el ámbito de la Unión Europea se están estableciendo medidas en orden a que la jubilación esté dotada de caracteres de flexibilidad y gradualidad, coordinando tales medidas con la repercusión que, cada vez con mayor incidencia, tiene la demografía en la evolución de los sistemas de pensiones».



## LOS CAMBIOS EN EL RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: VIUDEDAD Y ORFANDAD

Javier Gárate Castro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad de Santiago de Compostela

El Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, suscrito el 9 abril 2001 por el Gobierno, CCOO, CEOE y CEPYME, se inscribe en el proceso de reforma gradual y consensuada, pero radical, a que se ve sometido el sistema español de seguridad social desde mediados de la década de los noventa, a raíz de la suscripción de otro Acuerdo bien conocido, que desencadenará la promulgación de la Ley 24/1997, de 15 julio, de consolidación y racionalización del sistema de seguridad social. Dicho otro Acuerdo, denominado igual que la Ley a la que dio lugar, fue firmado por el Gobierno, CCOO y UGT con el objetivo de sentar las bases para acometer, por la vía de la concertación social, la implantación legal de parte de las medidas de reforma propuestas o recomendadas en el Pacto de Toledo, de 1995, a las cuales responden igualmente los compromisos asumidos por el Gobierno en el nuevo Acuerdo de 2001, materializados en los cambios que incorporan la Ley 24/2001, de 27 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, el Real Decreto-ley 16/2001, de 27 diciembre, de medidas

para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, y el Real Decreto 1465/2001, también de 27 diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, que acaparará principalmente nuestra atención.

El nuevo Acuerdo, igual que las reformas legales a las que da lugar, profundiza claramente en el reforzamiento del principio contributivo del sistema, buscando una mayor proporcionalidad entre el esfuerzo de cotización soportado y la prestación a la que se acceda en su virtud. A cambio, o como compensación de ese incremento de la contributividad del sistema, que es general, aparece un nuevo reforzamiento del principio de **solidaridad**, pero no de igual intensidad que el que afecta a la contributividad, sino mucho más reducido, pues se limita, como declara el apartado VI del propio Acuerdo, «a las situaciones de mayor necesidad o de cuantía de pensión más reducida» o, en términos del preámbulo del Real Decreto 1465/2001, «a los casos de menos importe de la protección». Tal reforzamiento de la solidaridad es el que se aprecia, precisamente, en relación con las reformas introducidas en el régimen de las prestaciones por muerte y supervivencia.

Es evidente que se asiste a una mejora de las aludidas prestaciones, pero la misma no alcanza de igual modo a todos los posibles beneficiarios de éstas; lejos de ello, circunscribe su ámbito, principalmente, a los grupos más desprotegidos, que sólo disfrutan de la cobertura de mínimos que proporciona el sistema. Por consiguiente, no creo que aquella mejora reúna las condiciones necesarias para poder ser considerada equivalente al endurecimiento de las condiciones de acceso que vienen experimentado desde hace tiempo otras prestaciones, como es el caso, claramente, de la pensión de jubilación. El incremento de la solidaridad únicamente mitiga el rigor de los recortes en otras prestaciones, que pasan a estar más dominadas por el principio de contributividad. Pero es que, además, el importante avance experimentado por este principio no supone que los que resultan más afectados por él se beneficien necesariamente, a la hora de causar prestaciones, de la intensificación del principio de solidaridad, que no es coextenso a aquél. Puede darse la situación paradójica de que quienes más hayan contribuido al sostenimiento financiero del sistema a lo largo de su vida profesional (probablemente, también serán los que más impuestos han pagado, mostrando ya con ello una gran solidaridad con otros grupos sociales menos favorecidos) vean como el mismo no muestra ninguna solidaridad con ellos en la concesión de las prestaciones, al reservarse esa solidaridad para las situaciones que el legislador, con criterio a veces discutible y hasta la fecha restrictivo, considera de mayor necesidad y en las que no van a tener dificultad para ser incluidos quienes únicamente han soportado una contribución al sistema calificable de mínima.



Creo que el tipo de mejora de prestaciones que se descubre en algunas de las recientes reformas de la protección por muerte y supervivencia, que se limitan a los beneficiarios con menores ingresos y en situación de mayor necesidad, como es el caso, en concreto, del incremento de la pensión de viudedad del beneficiario con cargas familiares y que tenga en ella su principal fuente de ingresos, tienen un claro contenido asistencial, por lo que sería más oportuno que la financiación del tramo de protección que se mejora se realizase de igual forma que la prevista para los complementos a mínimos de las pensiones (art. 86.2 LGSS), esto es, con cargo a las aportaciones del Estado al presupuesto de la seguridad social, fijadas en los Presupuestos generales del Estado y, por lo tanto, con origen en los impuestos que pagan todos los ciudadanos.

2 En las previsiones de las partes firmantes del Acuerdo de 2001, las pensiones de viudedad y de orfandad aparecen como principales destinatarias de lo que se designa como medidas de «mejora de prestaciones del sistema» (apartado VI). De acuerdo con los compromisos adquiridos por el Gobierno, el régimen jurídico de ambas pensiones habrá de experimentar los siguientes cambios:

Incremento progresivo del porcentaje aplicable a la base reguladora para fijar el importe de la pensión de viudedad. Con carácter general, esto es, para todos los pensionistas, dicho porcentaje debe pasar del cuarenta y cinco por ciento aplicable en el momento de suscribirse el Acuerdo a un cincuenta y dos por ciento; en los casos de mayor situación de necesidad del pensionista, definidos por tener éste cargas familiares y constituir la pensión de viudedad la principal fuente de rentas, el indicado incremento gradual del porcentaje habrá de conducir a fijar el mismo en el setenta por ciento.

Posibilidad de mantener el disfrute de la pensión de viudedad aunque el beneficiario contraiga nuevas nupcias, pero siempre que el mismo tenga una edad elevada o se encuentre incapacitado, pertenezca al grupo de personas con menores niveles de renta y obtenga de la referida pensión su principal fuente de ingresos.

Aumento a los 22 años o a los 24, esto último en los supuestos de orfandad absoluta, del límite de edad para el disfrute de la pensión de orfandad, cuando el huérfano no trabaje o los ingresos que obtenga por hacerlo no superen el setenta y cinco por ciento del salario mínimo interprofesional.

Como se aprecia, salvo el aumento de la pensión de viudedad hasta el cincuenta y dos por ciento de la base reguladora, que es general, todas las demás mejoras propugnadas, en las que queda materializado el predicado reforzamiento del principio de solidaridad, sólo benefician, según se apuntó, a quienes se encuentran en las situaciones de mayor necesidad.

Expuestos así los cambios proyectados, se examina, a continuación, su reciente transposición legal.

Para hacer efectivas las mejoras a las que se acaba de hacer referencia, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, además de derogar (en su disposición derogatoria única) la regla 5ª de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 julio, de modificación de la regulación del matrimonio en el Código civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, procede a la modificación de los preceptos del Texto refundido de la Ley general de la seguridad social de 1994 (en adelante, LGSS) sobre los que inciden aquellas mejoras. En concreto, sus arts. 174.3 y 175.2, relativos, respectivamente, a la extinción de la pensión de viudedad por contraer el beneficiario nuevo matrimonio y al aumento de la edad que permite acceder a la pensión de orfandad a quien no trabaje o no obtenga por hacerlo unos ingresos superiores al setenta y cinco por ciento del salario mínimo interprofesional. Ni que decir tiene que las modificaciones de los anteriores artículos obligaba a la de los preceptos reglamentarios concordantes, que es la tarea que lleva a cabo el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre. También aborda éste la modificación de aquellos otros extremos sometidos a su regulación por reglamento y necesaria para dar cumplimiento al compromiso del Gobierno de incrementar de forma progresiva la cuantía de la pensión de viudedad.

Según recuerda en relación con cada uno de los cambios introducidos el Real Decreto 1465/2001, los mismos afectan a todos los regímenes que integran el sistema de seguridad social, con excepción del régimen de clases pasivas del Estado, si bien en éste se modifica (por el art. 55 de la Ley 24/2001) el Texto refundido de su Ley reguladora, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 abril, pasándose a dispensar a la extinción de la pensión de viudedad por nuevo matrimonio del beneficiario (arts. 38.2 y 59.1) y a la edad dentro de la que cabe el disfrute de la pensión de orfandad (art. 41.2) un tratamiento similar al nuevo establecido para los aludidos regímenes de seguridad social.

La fijación de la cuantía de la pensión de viudedad es objeto de determinación reglamentaria, apareciendo contemplada en el art. 31 del reglamento general de prestaciones económicas del régimen general de la seguridad social, aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 diciembre; a dicho precepto da nueva redacción, cumpliendo las previsiones del Acuerdo, el art. 1.1 del Real Decreto 1465/2001. Ciertamente, la mejora de la pensión que introduce éste alcanza a cualesquiera beneficiarios; sin embargo, su intensidad no es igual para todos ellos, como tampoco lo era la contemplada en el citado Acuerdo.

Con carácter general, la cuantía de la pensión pasa del cuarenta y cinco al cuarenta y seis por ciento de la base reguladora, lo que significa que, al menos por el momento, se ha optado por hacer efectivo el incremento de aquélla de forma lenta, sin aceleración del proceso progresivo de introducción previsto en el Acuerdo. Todavía queda mucho recorrido para llegar al cincuenta y dos por ciento de la base reguladora, que constituye el tope del incremento que figura en éste; por lo tanto, son de esperar nuevas modificaciones reglamentarias que conduzcan a alcanzar tal tope a lo largo de los próximos años. Contrasta con la situación expuesta el incremento *especial* de la pensión para los casos en que la misma constituya la principal o única fuente de ingresos de un beneficiario que tenga, además, cargas familiares. En efecto, si el Acuerdo contemplaba también un establecimiento progresivo o escalonado de ese incremento especial, que debería conducir a que la pensión terminase por quedar fijada en el setenta por ciento de la base reguladora, resulta que el Real Decreto 1465/2001 opta por implantar aquél de una sola vez, por lo que ha de darse por cumplido plenamente el compromiso asumido en su momento por el Gobierno.

Por importante que sea el incremento especial y por alto que pueda llegar a ser el incremento general, téngase en cuenta que la determinación inicial de las cuantías de las pensiones de viudedad y de orfandad derivadas del mismo sujeto causante no puede exceder del importe de la base reguladora tomada para realizar el cálculo de aquéllas (art. 1.4 Real Decreto 1465/2001, en relación con el art. 179.4 LGSS). Una vez alcanzado tal importe, cualquier aumento del porcentaje correspondiente a la pensión de viudedad adquiere importancia relativa en la medida en que haya de producirse a costa de la reducción del aplicable a las pensiones de orfandad.

Tanto el incremento general como el especial son aplicables a las pensiones causadas con anterioridad al 1 enero 2002, fecha de efectos del Real Decreto 1465/2001. En el primer caso, la aplicación tendrá lugar de oficio; en el segundo, previa solicitud del beneficiario (art. 1.2 y 3 Real Decreto últ. cit.).

En fin, el referido incremento general no afecta a la subsistencia de aquellas pensiones cuyo importe se hubiera obtenido, de acuerdo con las normas que regían en el momento de producirse el hecho causante, aplicando a la base reguladora un porcentaje superior al nuevo del cuarenta y seis por ciento.

Para el grupo de pensionistas con cargas familiares y que tienen en la pensión su principal o única fuente de ingresos, la intensificación del principio de solidaridad perseguida con el Acuerdo agota su recorrido con la comentada reforma del art. 31 del Decreto 3158/1966, el cual

pasa a precisar, de forma minuciosa y compleja (en su apartado 2), cuándo debe entenderse, a los efectos del reconocimiento del derecho a la nueva cuantía de la pensión, que ésta constituye la principal o única fuente de ingresos de un beneficiario con cargas familiares, que son los requisitos a los que se condiciona la mejora, junto con otro que no figuraba en el Acuerdo de 2001 y con el que la norma reglamentaria viene a reducir el número de posibles beneficiarios de la medida. El aludido requisito adicional es el de que los rendimientos anuales del pensionista por todos los conceptos, incluidos, pues, los representados por la propia pensión de viudedad, no superen un determinado importe. Así las cosas, la mejora contemplada limita sus efectos a los pensionistas cuya situación de necesidad sea, además de *real*, particularmente intensa.

La pensión tendrá la consideración de principal o única fuente de ingresos cuando su importe anual equivalga, como mínimo, al cincuenta por ciento de los ingresos totales del beneficiario, también en cómputo anual. Puesto que el Acuerdo no ha proporcionado ninguna concreción de dicho requisito, no ofrece duda el acomodo entre la determinación reglamentaria del mismo y aquél. Igual acomodo se descubre en relación con el concepto de cargas familiares que aparece en el nuevo art. 31.2 del Real Decreto 3158/1966, sólo que aquí el Acuerdo ofrecía una concreción del requisito, la cual sigue escrupulosamente el referido precepto reglamentario. En efecto, éste no hace más que reproducir, ajustándose a lo previsto en el Acuerdo, el concepto de cargas familiares que rige para el acceso a las pensiones mínimas de viudedad correspondientes a beneficiarios de menos de 60 años, contemplado en el art. 8 del Real Decreto 1647/1997, de 31 octubre, de desarrollo de la Ley 24/1997, de 15 julio, de consolidación y racionalización del sistema de seguridad social: «se entenderá por cargas familiares la convivencia del beneficiario con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando los rendimientos (quizás quiera decirse «renta») del conjunto de la unidad familiar, así constituida, dividida (*sic*) entre el número de miembros que la compongan, no supere, en cómputo anual, el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias».

Ya he indicado que el nuevo art. 31 del Real Decreto 3158/1966 supedita el incremento de la pensión, a diferencia del Acuerdo, a que los ingresos anuales que obtenga el pensionista por todos los conceptos no supere el límite que expresamente se establece. Alcanzado éste, deviene imposible el acceso a la pensión mejorada, aunque concurren los dos requisitos primeramente indicados. Pero, además, dicho límite condiciona también el incremento que puede experimentar la pensión. En otros términos, a pesar de que el Acuerdo nada previó al respecto, tal incremento o mejora no siempre llevará a que la pensión de viudedad pase

a ser del setenta por ciento de la base reguladora; aunque se cumplan los tres requisitos reglamentarios, la mejora finalmente experimentada por la pensión puede ser inferior al resultado de aplicar el referido porcentaje, pues la suma de los importes anuales de la pensión mejorada y de los restantes rendimientos o ingresos del beneficiario no podrán exceder del aludido límite reglamentario, procediendo, en caso contrario, la reducción de la pensión hasta donde sea necesario para que la expresada suma no supere este límite (nuevo art. 31.3 Decreto 3158/1966).

Reconocida la mejora comentada, su disfrute quedará sin efecto desde el primer día del mes siguiente a aquél en el que deje de concurrir en el beneficiario alguno de los requisitos de que depende su concesión (nuevo art. 31.4 Decreto 3158/1966).

El segundo de los indicados cambios que afectan a la pensión de viudedad y que estaban previstos en el Acuerdo de 2001 viene definido por la posibilidad de que el nuevo matrimonio del beneficiario no comporte la extinción del derecho a aquélla. A tales efectos, se ha procedido a la modificación del art. 174.3 LGSS y del art. 11 de la Orden ministerial de 13 febrero 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del régimen general de la seguridad social, así como a la derogación de la disposición adicional décima, 5ª de la Ley 30/1981, de 7 julio.

Hasta la reforma que se comenta, el nuevo matrimonio del pensionista de viudedad constituía siempre una causa de extinción de su pensión, fuese o no su situación respecto del causante, en el momento del fallecimiento del mismo, de separación, divorcio o nulidad matrimonial; lo primero, por aplicación del art. 174.3 LGSS en relación con el art. 101 del Código civil y la disposición adicional décima, 5ª de la Ley 30/1981, de 7 julio; lo segundo, en virtud de lo que establecía el art. 11.a) de la Orden de 13 febrero 1967. Con la indicada reforma, se introduce una excepción a la extinción de la pensión por nuevo matrimonio del beneficiario, la cual alcanza también, a través de la deslegalización que realiza el nuevo art. 174.3 LGSS y del papel que en él se asigna al reglamento, a los supuestos en que medie separación, divorcio o nulidad que afecte al matrimonio de éste con el causante. Tal excepción es la que regula, con el alcance señalado y ajustándose a las previsiones del Acuerdo de 2001, la versión vigente del art. 11 de la Orden de 13 febrero 1967. Según dicho precepto, el nuevo matrimonio del pensionista de viudedad resulta compatible con el mantenimiento del disfrute de la pensión siempre que se cumplan los siguientes requisitos, que son concreción de los que figuran en el Acuerdo:

a) Que el beneficiario tenga más de sesenta y un años o, si tiene menos, que tenga reconocida también una pensión por incapacidad per-



manente, en el grado de incapacidad absoluta o de gran invalidez, o acredite una minusvalía en un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento.

b) Que el beneficiario tenga en la pensión su principal o única fuente de rendimientos. Se entenderá que es así cuando el importe anual de aquélla represente, como mínimo, el setenta y cinco por ciento del total de ingresos anuales del pensionista.

c) Que los ingresos anuales del matrimonio, incluida la pensión de viudedad, no superen dos veces el importe, en cómputo también anual, del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. Con todo, la obtención de ingresos por encima del expresado tope producirá, para el pensionista que reúna los dos primeros requisitos, el efecto general, no de la pérdida de la pensión, sino de la reducción de su importe en lo necesario para que no se sobrepase aquél.

La admisión de la posible compatibilidad entre la pensión de viudedad y el nuevo matrimonio está acompañada de la supresión, en los casos en que no opere la compatibilidad, de la entrega al afectado, por una sola vez, de una cantidad igual al importe de veinticuatro mensualidades de la pensión [antiguo art. 11.a) Orden de 13 febrero 1967]. Cabe concluir, pues, que se asiste a una situación en la que una determinada protección se sustituye por otra más intensa pero de ámbito subjetivo menor.

En otro orden de cosas, téngase en cuenta: 1) que no son compatibles la pensión de viudedad a la que se viene haciendo referencia con la generada por el fallecimiento del nuevo cónyuge. Semejante incompatibilidad habrá de resolverse mediante la opción del interesado por una de ellas. Y 2), que se ha aprovechado la reforma del art. 11 de la Orden de 13 febrero 1967 para suprimir expresamente dos causas de extinción de la pensión de viudedad que, en la práctica, habían dejado ya de aplicarse: la toma de estado religioso por el beneficiario y el observar el mismo una conducta deshonesto o inmoral [antiguo art. 11.a) y c) Orden cit.].

De menor calado son los cambios experimentados por el régimen jurídico de la pensión de orfandad, que afectan a la edad que permite ser beneficiario de la misma y a las causas de su extinción.

La regla general en materia de determinación de los beneficiarios de la pensión de orfandad es la de que tiene derecho a ésta cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, que en el momento del fallecimiento de aquél sea menor de dieciocho años o esté incapacitado para el trabajo en porcentaje equivalente al grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (art. 174.1 LGSS; arts. 9.1 y 10.1 Real Decreto 1647/1997, de 31 octubre). Tal regla



general, que se mantiene sin modificación, tiene, sin embargo, una excepción, cuyos orígenes se encuentran en la reforma del art. 175 LGSS llevada a cabo por la Ley 24/1997, de 15 julio. De acuerdo con el apartado 2 de dicho artículo, en la redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, el límite de edad general para el disfrute de la pensión de orfandad se amplía hasta el cumplimiento de los 21 o 23 años, según que sobreviva o no uno de los padres, para los huérfanos que no desarrollen un trabajo lucrativo (por cuenta propia o ajena) o cuyos ingresos anuales por realizarlo resulten inferiores al setenta y cinco por ciento del importe anual del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento.

Precisamente, es la anterior excepción la que se modifica por la Ley 24/2001 y el Real Decreto 1465/2001, que dan nueva redacción, respectivamente, al art. 175.2 LGSS y al art. 9.2 del Real Decreto 1647/1997, de 31 octubre, elevando el límite de edad que la define a los 22 y 24 años, según, de nuevo, que sobreviva o no uno de los padres. Con ello, se da cabal cumplimiento al compromiso adquirido por el Gobierno en el Acuerdo de 2001 (apartado VI.2). Se está ante una medida que favorece, como apuntaba la exposición de motivos de la Ley 24/1997, a propósito de la configuración inicial de la excepción, la continuación de la formación académica o profesional de los afectados.

En los casos a los que se viene haciendo referencia, cabe el reconocimiento, la prolongación o la reanudación del derecho al disfrute de la pensión en tanto en cuanto la edad del huérfano sea inferior al límite indicado. De producirse el fallecimiento del causante antes de que el huérfano haya cumplido los dieciocho años, la realización de un trabajo por el mismo es irrelevante a efectos del reconocimiento y mantenimiento de su derecho a la pensión de orfandad; tal circunstancia sólo adquirirá relevancia a partir del cumplimiento de esa edad, para determinar si procede o no la prolongación del disfrute de la pensión. Si en ese momento los ingresos que perciba el huérfano por su trabajo superan el límite legal previsto, se suspenderá el derecho a la pensión (art. 9.2, párrafo tercero, Real Decreto 1647/1997), que se recuperará una vez que aquél cese en la actividad o sus ingresos pasen a estar por debajo del expresado límite legal, siempre que, por descontado, no hubiese cumplido todavía los 22 o 24 años (art. 9.2, párrafo cuarto, Real Decreto últ. cit.). Si se trata de huérfanos menores de tales edades pero mayores de dieciocho años al fallecer el causante, las situaciones que pueden producirse mientras no se alcancen aquéllas pueden describirse como sigue: 1) si en el momento del fallecimiento del causante no se realiza ningún trabajo, procede el reconocimiento del derecho a la pensión de orfandad. 2) Igual reconocimiento procede cuando se realice un trabajo que no proporcione ingresos por encima del indicado límite legal; si con

posterioridad estos ingresos llegan a ser superiores a tal límite, se suspenderá el disfrute de la pensión hasta que dejen de serlo o se cese en el trabajo (art. 9.2, párrafo segundo y cuarto, Real Decreto últ. cit.). 3) Si al tiempo del fallecimiento del causante se tiene un trabajo que proporciona ingresos por encima del tantas veces mencionado límite legal, el reconocimiento del derecho a la pensión no surgirá hasta que se deje de realizar aquél o dichos ingresos dejen de ser superiores al aludido límite. Y 4), si el trabajo pasa a desarrollarse con posterioridad al fallecimiento del causante y al reconocimiento del derecho a la pensión de orfandad, se mantendrá el disfrute de ésta salvo que los ingresos obtenidos superen el límite legal, en cuyo caso quedará en suspenso dicho disfrute hasta que los ingresos dejen de superar ese límite o se cese en el trabajo (art. 9.2, párrafos segundo y cuarto, Real Decreto últ. cit.). A los efectos considerados, se asimila a la realización de un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena la percepción de una prestación por desempleo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad.

A diferencia de lo que ocurrió con la primera ampliación del límite de edad, llevada a cabo por la Ley 24/1997, la nueva ampliación no es de introducción gradual o paulatina y, además, se prevé expresamente su aplicación a las pensiones de orfandad que se hubiesen extinguido antes del 1 enero 2002 (art. 3.2 Real Decreto 1465/2001), fecha de entrada en vigor y de efectos, respectivamente, de la Ley 24/2001 y del Real Decreto 1465/2001. Como no podía ser menos, lo único que se requiere para ello es que los interesados reúnan al tiempo de presentar la correspondiente solicitud las condiciones de edad y de no realizar un trabajo lucrativo o de no obtener con él más de ciertos ingresos, de todas las cuales ya se ha dado cuenta

Se ha aprovechado la reforma para suprimir dos causas de extinción de la pensión de orfandad que habían caído en desuso a pesar de figurar expresamente relacionadas en el art. 21 de la Orden de 13 febrero 1967: el observar el beneficiario conducta deshonesto o inmoral y la toma de estado religioso. Sobre tal supresión, igual que la que afecta a iguales causas en el caso de la pensión de viudedad, nada dispuso el Acuerdo de 2001, que tampoco incorpora compromiso alguno respecto a la modificación de las prestaciones por muerte y supervivencia en favor de familiares distintos del viudo e hijos con derecho a pensión de orfandad. A pesar de ello, el Real Decreto 1465/2001 procede a aquélla (arts. 4 y 5), que responde también de forma importante o principal al propósito de reforzar la solidaridad del sistema de seguridad social. En este sentido: 1) se modifica el art. 25 de la Orden de 13 febrero 1967 y se eleva a 22 años la edad a partir de la cual los hijos y hermanos del fallecido pueden acceder al denominado «subsidio temporal a favor de

familiares». Y 2), se modifica el art. 22.1.a) de igual Orden en términos que recuerdan en todo momento los cambios llevados a cabo en relación con la edad que permite el disfrute de la pensión de orfandad, elevándose hasta los 22 años la edad que permite a los nietos y hermanos del fallecido acceder al reconocimiento, prolongación o reanudación de la denominada «pensión a favor de familiares», siempre que –esto no ha variado– no realicen un trabajo lucrativo (por cuenta ajena o propia) o, de realizarlo, el mismo no les proporcione ingresos anuales superiores al importe, también anual, del setenta y cinco por ciento del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. Como en el caso de la pensión de orfandad, el nuevo y más favorable límite de edad resulta de aplicación a las pensiones en favor de nietos y hermanos que se hubiesen extinguido, de acuerdo con la normativa a la sazón aplicable, antes del 1 enero 2002 (art. 4.2 Real Decreto 1465/2001).

Igual que sucede en relación con las pensiones de viudedad y de orfandad, se aprovecha la reforma para suprimir como causas de extinción de la pensión en favor de familiares las de tomar el beneficiario estado religioso y observar el mismo conducta deshonesto o inmoral. Esa supresión se lleva a cabo a través de la modificación del precepto reglamentario que contemplaba tales causas: el art. 24 de la Orden de 13 febrero 1967. En cambio, no alcanzo a comprender por qué razón no se ha modificado también el art. 27 de dicha Orden, que continua incluyendo entre las causas de extinción del subsidio en favor de familiares una de las indicadas: la observancia por el beneficiario de una conducta deshonesto o inmoral. **G**



# AS DECISIONS DA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA EN MATERIA RADIOTELEVISIVA NA DÉCADA DOS 80: CRÓNICA DUN PROCESO DE LIBERALIZACIÓN

Fernando Adolfo de Abel Vilela

Profesor axudante de dereito administrativo  
Universidade de Santiago de Compostela

## 1. Introducción. O importante papel da Corte Constitucional

O réxime xurídico aplicable á actividade radiotelevisiva é unha cuestión candente nos nosos días. Neste novo século xa non se pode da-las costas a unha realidade como a dunha sociedade na que o fenómeno audiovisual xoga un papel fundamental e de crecente importancia na propia conformación do grupo. Xunto a este dato, que polo demais parece o incontestable punto de referencia, aparecen un elenco de cuestións de moi diversa índole, de entre as cales os estudiosos do dereito teñen que darlle resposta a algunhas de indubidable calado.

Neste sentido, o proceso de liberalización da actividade radiotelevisiva probablemente ten sido –e inda o é– a parcela máis polémica do réxime xurídico aplicable ós medios audiovisuais. E iso, tanto non ámbito estatal coma nun nivel supraestatal<sup>1</sup>. Dous parecen se-los factores que

<sup>1</sup> Vid. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás: *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público e constitución económica europea*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.

teñen contribuído decisivamente a que a cuestión sexa tan discutida nos medios xurídicos. Por unha parte, enfrontámonos á indiscutible realidade da resistencia das organizacións estatais á perda do seu tradicional control sobre un sector de tanta influencia nas relacións entre o poder público e os cidadáns<sup>2</sup>, especialmente nun momento histórico no que a crise do parlamentarismo reclama novas formas de control do poder executivo, de entre as cales os medios de comunicación, e moi significadamente o sector audiovisual, desempeñan un labor de primeira magnitude nas sociedades libres.

A isto temos que engadirlle, en segundo termo, o dato dos avances tecnolóxicos no sector das telecomunicacións, que conta cun vertixinoso ritmo que ten contrastado frecuentemente coa inactividade dos diferentes lexisladores nacionais. Este foi, por exemplo, o caso de Italia, onde a grave situación actual do seu sector radiotelevisivo fraguouse ó longo das dúas últimas décadas. O exame do proceso de liberalización do audiovisual neste país non está exento de interese para nós, xa que dende mediados dos noventa o Tribunal Constitucional ten optado por unha resposta á inactividade lexislativa moi similar á antes experimentada en Italia<sup>3</sup>, a cal, ó final, desembocou no actual dominio do sector audiovisual por parte de quen, á súa vez, está á cabeza do poder executivo.

Os primeiros e decisivos pasos no proceso italiano de liberalización das actividades de radiotelevisión, que aquí estudiaremos, leváronse a cabo a través dun labor de interpretación constitucional, mediante o que se intentou tapa-lo oco que o lexislador non se ocupou de encher, senón de maneira serodia<sup>4</sup>, a través da Lei xeral de televisión do 6 de agosto de 1990. A relevancia da aludida xurisprudencia constitucional non ten pasado desapercibida ós ollos da doutrina italiana. Zaccaria destacou o feito de que fronte ós case trece anos de inactividade por parte do lexislador, que provocou a que el cualificou como unha «deregolamentazione all'italiana», «a Corte Constitucional (acentuou) fortemente o seu empeño nesta materia a un ritmo de case unha decisión por ano, isto é, cunha cadencia que saca máis á luz a carencia do lexislador». Apuntou Zaccaria, ademais, outra circunstancia certamente paradoxal pero que pon de relevo a importancia do labor da Corte: a pesar

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Vid. Ruíz Miguel, Carlos, e de Abel Vilela, Fernando Adolfo: «Inactividad del legislador y activismo tardío del Tribunal Constitucional en materia televisiva: acerca de la efectividad de los derechos fundamentales». *Administración de Andalucía*. N<sup>o</sup> 33. 1999. Páxs. 51-82.

<sup>4</sup> Anteriormente á Lei de 1990, a do 14 de abril de 1975 atribuíalle ó Estado o monopolio de televisión a nivel nacional. A nova lei, sen embargo, prevé o outorgamento de concesións de televisión de ámbito nacional a empresas privadas.



de aparecer ante os ollos dos observadores como o sistema xurídico radiotelevisivo formalmente menos regulamentado, foi *de facto* dotado por parte da xurisprudencia constitucional dunha rede de principios moi articulada<sup>5</sup>. En efecto, nas sentencias que imos examinar non só nos atopamos con pronunciamentos sobre a lexitimidade da reserva estatal da actividade radiotelevisiva, senón que tamén se aprecia cómo a Corte vén formulando un elenco de principios básicos que se deben ter en conta na regulación e na propia actividade do sector aludido<sup>6</sup>.

Para proceder á análise destas resolucións da Corte, emanadas entre os anos 1960 e 1988, xorde a dúbida sobre cuál é o criterio máis adecuado no tocante ó exame da súa evolución doutrinal. Finalmente, tal e como se reflicte nas páxinas seguintes, tense optado por un criterio en boa medida cronolóxico, dado que a propia sucesión de resolucións se presenta a modo de crónica dos avances tecnolóxicos no sector e, por conseguinte, como apertura de novas posibilidades de liberalización dunha actividade na que a súa reserva ó Estado se tiña asentado inicialmente sobre as bases dunha xustificación técnica.

## 2. Primeira etapa: o protagonismo sen fisuras do argumento técnico para xustifica-lo monopolio estatal

Seguindo o esquema de exposición proposto, cómpre destacar que nunha primeira etapa a Corte Constitucional outorgoulle un protagonismo absoluto ós condicionamentos de carácter técnico en sede radiotelevisiva, o que implicou, dadas as adiantadas datas das resolucións e, polo tanto, o nivel tecnolóxico do sector, que a opción polo monopolio estatal sobre as actividades de radioteledifusión fose practicamente inevitable.

<sup>5</sup> Vid. ZACCARIA, Roberto: «La Giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di libertà di espressione radiotelevisiva». En *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. (Scritti in onore di Paolo Barile)*. Ed. Cedam. Pádova, 1990. Páxs. 540 a 556. (Páxs. 541 e 542). Na doutrina italiana tamén se teñen alzado voces en contra do papel que a Corte desempeñou ó paliar a través da súa doutrina os efectos da inactividade do lexislador. Vignudelli, por exemplo, critica o feito de que a Corte leve a cabo o exercicio dun poder formal e substancialmente político, a través da creación *ex novo* de normas. Vid. Vignudelli, Aljs: «Evoluzione legislativa delle emissioni radiotelevisiva». En *Libertà di antenna. Aspetti tecnici ed giuridici della emittenza radiotelevisiva*. (A cura di Vito A. Monaco, Mauro Bernardini, Aljs Vignudelli). Maggioli Editore. Rimini, 1986. Páxs. 97 a 146. (Pág. 137).

<sup>6</sup> Tomás Cano Campos ten dedicado entre nós un excelente traballo, de maior alcance que o que o lector ten nas súas mans, ó estudio do réxime da radiotelevisión en Italia («El régimen jurídico-administrativo de la radioelevisión en Italia. Evolución e perspectivas actuales». *Revista de Administración Pública*. Núm. 142. 1997. Páxs. 523-569).

Na Sentencia n. 59 do 13 de xullo de 1960<sup>7</sup> presentouse o Estado monopolista como a instancia máis adecuada verbo da superación das dificultades que se derivaban neste momento das limitacións técnicas, para deste modo poder asegurarlles ós particulares a posibilidade de difundir-lo pensamento por calquera medio, dereito fundamental recoñecido polo artigo 21.1 da Constitución italiana. Concretamente, a Corte argumentou nesta decisión que dada a limitación de feito das canles utilizables, a televisión por ondas radioeléctricas caracterizaríase como unha actividade predestinada, en réxime de libre iniciativa, cando menos ó oligopolio, local ou total, segundo o servizo fora realizado a unha ou outra escala. Non lle pareceu arbitraria á Corte, no contexto de tales limitacións técnicas, a decisión do lexislador de recoñecer na actividade radiotelevisiva o carácter de «preeminente interese xeral» e deriva-la subtracción desa actividade á libre iniciativa do prescrito polo artigo 43 da Carta Magna. O perigo que suporía o deixa-lo servizo en mans dos particulares, debido á escaseza de canles dispoñibles, e que implicaría ó cabo deixa-la televisión (chamada a desempeñar un importante papel non só para os individuos considerados individualmente, senón para o grupo social no seu conxunto) en mans dun ou duns poucos suxeitos, xustificaba, segundo o alto intérprete constitucional, a adecuación á norma fundamental da reserva exclusiva do servizo ó Estado con base no prescrito e no mencionado artigo 43. Isto porque o Estado «institucionalmente, está en grao de exercitalo (tal servizo) en máis favorables condicións de obxectividade, de imparcialidade, de competencia e de continuidade en todo o territorio nacional».

Establecéronse nesta importante Decisión de 1960, por outra parte, as bases sobre las que se terían que discuti-las relacións entre os artigos 43 e 21 –liberdade de expresión– da Constitución italiana. En definitiva, para a Corte non se trataba de examina-la compatibilidade da reserva a favor do Estado de calquera medio de difusión do pensamento –baseándose no artigo 43– co prescrito polo artigo 21.1 do texto fundamental, senón que resultaba suficiente a demostración de que co citado precepto constitucional non viría a colidi-la reserva a favor do Estado dos medios de difusión do pensamento que de encontrarse en réxime de libre iniciativa poderían derivar en situacións de oligopolio ou de monopolio. Dato, sen dúbida, importante, pois nel encérrase a esencia da solución que se adopta: non se trata de que a publicación da actividade sexa un

<sup>7</sup> Vid. Giurisprudenza Costituzionale. N.º V. 1960. Páxs. 759 a 783. Nela resólvense acumulativamente dúas cuestións de constitucionalidade, nas cales o fondo do asunto é o mesmo: trátase de determinar se os artigos 1 e 168.5 do Código Postal de 1936 son acordes co que se dispón nos artigos 21, 33, 41 e 43 da Constitución italiana.

obstáculo á libre expresión de ideas, senón que moi polo contrario se erixe, ó existiren os condicionantes técnicos daquela imperantes, na garantía de que tal liberdade sexa efectiva no ámbito radiotelevisivo.

Na Sentencia n. 225 do 10 de xullo de 1974<sup>8</sup> afirmouse e concretouse a doutrina da Decisión de 1960; asumíuse para iso, a vixencia dos argumentos técnicos xustificadores do monopolio estatal, afondando neles e reconducíndoos claramente a unha cuestión de respecto ó principio de igualdade. Así, a Corte determinou que aínda que o monopolio non estivera legalmente imposto, non por isto chegaría a ter efectividade o dereito de todos a manifesta-lo seu pensamento por calquera medio de difusión, xa que á parte de que ese dereito non comprende o de dispoñer de tódolos posibles medios, ó ser limitado o número de bandas de transmisión a liberalización, traduciríase nunha efectiva reserva a uns poucos, producíndose deste modo unha grave violación do principio de igualdade.

Insístese nesta decisión, polo tanto, no camiño xa aberto anteriormente pola Corte. Consecuencia lóxica da maior concreción en canto ós argumentos xustificativos do monopolio é que xa non se teñan reparos á hora de configura-la actividade radiotelevisiva como un *servicio público esencial*, ó partirmos do dato de que a radiodifusión constitúe unha necesidade esencial da colectividade. O preeminente interese xeral que a Constitución solicita para que lexitimamente poida ser feita a reserva está, pois, a xuízo do intérprete constitucional, presente en sede radiotelevisiva, como xa se tiña posto de manifesto na Decisión de 1960<sup>9</sup>.

A maior definición da postura da Corte acerca do réxime dos servicios radiotelevisivos apreciase noutro importante aspecto desta sentenza de 1974. Ó asumirmos que o monopolio do Estado sobre a radiotelevisión se debe acompañar na súa articulación práctica das garantías idóneas para asegurar que o seu exercicio se encamiñe efectivamente cara á consecución de determinados fins de interese xeral, relaciónanse unha serie de requisitos de funcionamento de tal monopolio, que ten que perseguir-la consecución dos obxectivos fundamentais: por unha parte, ofertarlle ó público unha gama de servicios caracterizada polo ofrecemento dunha información completa e obxectiva, de ampla apertura a tódalas correntes culturais, e que represente imparcialmente as ideas que se expresan na

<sup>8</sup> Vid. Giurisprudenza Costituzionale. N° XIX. Vol. II. 1974. Páxs. 1775 a 1791. Por medio desta sentenza resólvense acumuladamente as cuestións de constitucionalidade presentadas en relación a 16 procedementos penais, nos cales se formula a cuestión da compatibilidade entre a reserva exclusiva en favor do Estado dos servicios de telecomunicación e o prescrito polo artigo 21 da Constitución italiana.

<sup>9</sup> No fundamento 4° da sentenza concrétnanse os fins de interese xeral que se cobren a través da actividade radiotelevisiva.

sociedade; en segundo termo, facer efectivo e garanti-lo dereito de acceso na medida máxima consentida polos medios técnicos. Se non existise unha ordenación lexislativa capaz de impoñer estas dúas liñas de actuación ó servizo radiotelevisivo, dotándoo dos instrumentos adecuados para iso, o monopolio converteríase «nun poderoso instrumento ó servizo de parte, non certamente unha vantaxe da colectividade». O intérprete constitucional, en definitiva, é consciente de que o monopolio estatal pode tender a fins e conducir a resultados diametralmente opostos ós perseguidos pola Constitución.

Aínda respectando a discrecionalidade do lexislador no tocante á elección dos medios máis adecuados para lograr estes obxectivos basilares, enuméranse na Sentencia de 1974 uns requisitos mínimos que a lei ten que conter dende un punto de vista estritamente técnico:

a) Ten que garantirse, en primeiro lugar, que os órganos directivos do ente xestor non estean nin exclusiva nin preponderantemente integridos por representantes do poder executivo.

b) Tamén será preciso que a lei se erixa en garante de que os programas de información sexan inspirados por criterios de imparcialidade, e que os programas culturais, ó teren en conta os valores fundamentais da Constitución, respecten a riqueza e a multiplicidade das correntes do pensamento.

c) É tamén capital para a Corte Constitucional que para a concreción do órgano directivo e para o control da actividade radiotelevisiva lle sexan recoñecidos os adecuados poderes ó Parlamento, que institucionalmente representa á enteira colectividade nacional.

d) A lei tamén terá que ter presente o obxectivo da obxectividade no exercicio da profesión xornalística: que os xornalistas postos ó servizo da información respecten a obxectividade e os canons de deontoloxía profesional.

e) A regulación terá que dispoñer unha adecuada limitación da publicidade que evite que cause un grave prexuízo a unha liberdade enerxicamente tutelada pola Constitución.

f) Atendendo ás esixencias do artigo 21 da Constitución, a lei terá que configurar un acceso á radiotelevisión aberto imparcialmente, no máximo límite consentido, ós diferentes grupos políticos, culturais e relixiosos.

g) Será ineludible, en último lugar, o recoñecemento e a garantía do dereito de rectificación nas normas reguladoras da actividade radiotelevisiva.

O afondamento na doutrina que se dicta na Decisión de 1960 é evidente neste punto: na medida en que se parte da base de que o Estado se atopa en grao de exercitalas actividades radiotelevisivas en condicións máis favorables de obxectividade, imparcialidade, competencia e

continuidade, a posibilidade de actuación segundo eses criterios tense que dirixir cara á consecución duns obxectivos determinados. Pásase dunha simple enunciación de criterios de actuación –principios– ó *minimum* da súa instrumentación xurídico-positiva –medios– e a súa paralela posta a disposición do logro de determinados obxectivos ou fins de interese xeral.

Conclúese de todo isto que nesta Decisión de 1974 xa se aprecia un cambio substancial na xustificación do monopolio estatal ó partir da mesma base que na sentenza de 1960. Os condicionantes técnicos sustentan o monopolio do Estado, pero tal reserva da actividade radiotelevisiva ten que encontra-la súa fonte de lexitimidade nesa nova armazón de principios-medios-fins que agora se define dun modo xa cerrado e plenamente coherente.

### 3. A primeira quebra da xustificación técnica do monopolio estatal: a exclusión da televisión por cable de ámbito local

No marco deste proceso de acoutamento da xustificación do monopolio estatal comezan a abrirse fendas no monopolio público da actividade de radiotelevisión. Xa na sentenza que se acaba de examinar a Corte declara a inconstitucionalidade das normas protectoras do monopolio fronte ós repetidores de emisións estranxeiras, baseándose en que a exclusiva estatal entorpece a libre circulación de ideas, ó non se poder xustificar un sistema informativo autárquico. O que sen dúbida constitúe a primeira gran fenda na xustificación técnica do monopolio estatal, pero, é a súa exclusión da televisión por cable de ámbito local, levada a cabo na Sentencia n. 226, tamén do 10 de xullo de 1974<sup>10</sup>.

Os antecedentes desta decisión teñen unha especial importancia para o exame do seu contido. A súa orixe sitúase no proceso penal ó que é sometido un cidadán por ter violado as disposicións do «T.u. delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni»<sup>11</sup>, ó establecer unha instalación de televisión vía cable. O mencionado texto unificaba no seu artigo 1 baixo a voz «telecomunicacións» tódolos medios de comunicación a distancia que na precedente regulación de 1936 se subdividían en medios telegráficos, telefónicos, radioelétricos e ópticos. Eses servicios, reunidos baixo unha mesma denominación, reservábanse en exclusiva ó Estado, polo cal era necesaria a correspondente concesión para o seu exercicio polos particu-

<sup>10</sup> Vid. Giurisprudenza Costituzionale. N° XIX. Vol. II. 1974. Páxs. 1791 a 1801.

<sup>11</sup> Aprobado por d.P.R. do 29 de marzo de 1973.



lares. O artigo 195, aparte de concretar o que para os seus efectos se entendía por instalacións radioeléctricas, incluíndo entre elas as de distribución de programas vía cable, establecía unha serie de sancións no relativo á punición das condutas relativas ó establecemento ou xestión de instalacións de telecomunicación sen que tivese mediado a preceptiva concesión.

O xuíz penal formuloulle á Corte as súas dúbidas verbo da constitucionalidade da opción adoptada polo lexislador ó reservarlle ó Estado a televisión vía cable en réxime de monopolio. Os seus argumentos, na parte que a nós nos interesa, pódense resumir do seguinte modo:

a). A esixencia de concesión administrativa para o exercicio de instalacións de televisión vía cable e a sanción penal en caso de exercicio sen concesión contrastarían co artigo 21.1 da Constitución italiana, que establece o dereito de todos a manifestar libremente o seu propio pensamento por medio da palabra, o escrito e calquera outro medio de difusión. Ademais, en tanto a televisión por cable puidese ser asimilada á prensa, a esixencia de concesión tamén colidiría cos puntos 2 e 3 do artigo 21 do texto fundamental<sup>12</sup>.

b). Como as canles realizables mediante cable «son ilimitadas e de custo non relevante», a extensión do monopolio estatal á televisión vía cable, ó non poder xustificarse con base na existencia dun monopolio de feito debido a razóns técnicas, como no caso da televisión vía éter, sería contraria ós artigos 41 e 43 da Constitución, nos cales, respectivamente, se constitucionaliza a libre iniciativa económica e se determina a posibilidade de reserva ó sector público mediante unha lei de «empresas ou categorías de empresas que exploten servicios públicos esenciais ou fontes de enerxía ou situacións de monopolio e teñan carácter de interese xeral predominante».

Ante estas alegacións, a Corte afirmou, en primeiro lugar, a imposibilidade de asimilalas situacións da televisión por cable e a prensa, ó considerar que esta última «presenta características peculiares, que lle teñen imposto unha específica disciplina, o cal non pode por si estenderse a outros medios de comunicación do pensamento de diversa natureza», como é o caso da televisión por cable. Esta inviable asimilación coa

---

<sup>12</sup> O artigo 21 da Constitución italiana prescribe o seguinte nos seus tres primeiros parágrafos:

«Todos terán dereito a manifestar libremente o seu pensamento de palabra, por escrito e por calquera outro medio de difusión.

A prensa non poderá estar suxeita a autorizacións ou censura.

Só se poderá proceder á recollida por auto motivado da autoridade xudicial no caso de delitos polos que o autorice expresamente a lei de prensa ou no suposto de violación das normas que a lei mesma estableza para a indicación dos responsables».



prensa determinou que a Corte negase a vulneración por parte da regulación impugnada dos artigos 21.2 e 3 da Constitución italiana.

Por outra parte, aínda admitindo polo alto intérprete constitucional que a non limitación no número de canles pode ser acadada a través do aproveitamento da potencialidade técnica do cable, isto non podería xustificar a priori a completa subtracción da modalidade de televisión vía cable do monopolio estatal. A partir dese dato técnico vaise diferenciar segundo o ámbito de exercicio da actividade, outorgándolle protagonismo ó criterio do perigo de formación de monopolios ou oligopolios privados, derivado non xa de limitacións do número de canles dispoñibles, senón do custo das instalacións necesarias para operar neste sector da actividade económica. Considerarase, neste sentido, que o perigo de monopolio ou oligopolio privado existe no caso de instalacións vía cable que operen no ámbito de todo o territorio nacional ou na súa maior parte, debido ó seu alto custo. Por iso, as razóns que nesta mesma liña tiñan sido esgrimidas pola Corte xa con anterioridade para reservarlle ó Estado o monopolio da televisión vía éter –perigo de formación de monopolios ou oligopolios privados– xustifican esa mesma reserva cando se pretende cubrir un servizo das dimensións que se indicaron, a pesar do recoñecemento da ausencia de limitacións de tipo técnico. Non obstante, a Corte coidase de facer constar que para que a reserva sexa constitucionalmente lexítima, ten que rodearse dunha disciplina que, no sentido da sinalada no ámbito do éter na sentenza anteriormente examinada (n.225), garanta que a xestión se oriente cara ó cumprimento dos fins que constitucionalmente lexitiman o monopolio.

No fundamento 4º da sentenza patrocínase, sen embargo, unha solución diferente para a televisión por cable de ámbito local, a partir dos artigos 41 (a iniciativa económica é libre), 43 (só por lei se pode exceptuar esa libre iniciativa) e 21.1 (libre expresión do pensamento por calquera medio de difusión) da Constitución. As instalacións de televisión por cable de ámbito local non xeran, dentro de certos límites e a xuízo da Corte, un custo insostible para unha empresa singular, ó facer mención á opinión do Consiglio Superiore Tecnico delle Telecomunicazioni, que afirma que a falta dunha reserva ó Estado, as instalacións de televisión por cable están chamadas a proliferar en Italia, dando lugar a unha pluralidade de redes parciais, e non, sen embargo, a situacións de monopolio ou oligopolio. Argumento que non permite identificala existencia de fins de utilidade xeral que lle xustifiquen a reserva ó Estado da televisión por cable de ámbito local: este poderá levar a cabo a ordenación dun servizo global de telecomunicacións, mais sen vetalas instalacións privadas de televisión local vía cable e sen constrinxilas liberdades garantidas polos artigos 21 e 41 da Constitución.

Imposibilidade constitucional, polo tanto, da reserva ó Estado da ac-

tividade de televisión local por cable. Esta liberalización, sen embargo, non implicaría segundo a doutrina constitucional que estamos glosando a total ausencia de control preventivo por parte dos poderes públicos: aínda que non concorresen os fins de utilidade xeral capaces de lexítima-la reserva ó Estado da actividade, si estarían presentes, sen embargo, certos intereses públicos de necesaria salvagarda. É por isto que a instalación e exercicio de redes locais privadas de televisión por cable «poden ser lexítima e oportunamente disciplinadas por lei», por unha lei que someta a autorización administrativa ó desenvolvemento da actividade. Nese caso, de concorre-las condicións esixidas pola normativa de desenvolvemento, o outorgamento da autorización sería vinculante para a Administración, e non meramente discrecional<sup>13</sup>.

#### 4. A segunda quebra: televisión local vía éter

A segunda gran quebra no monopolio estatal sobre a actividade radiotelevisiva levouse a cabo en Italia a través da importante Sentencia da Corte Constitucional n. 202 do 28 de xullo de 1976<sup>14</sup>, na cal se resolveron acumulativamente as cuestións de constitucionalidade presentadas en dezaseis xuízos penais que xiraban en torno a un mesmo asunto: a conformidade á Constitución do monopolio estatal das emisións radio-televisivas vía éter de ámbito local. A sentenza, como sinalou Porta, supuxo un importante salto cualitativo, toda vez que quebrou a cultura monopolística e a tendencia xurisprudencial que consideraba, na liña da Decisión n. 226 do 10 de xullo de 1974, que se acaba de examinar, prevalecente o aspecto económico en materia de radiodifusión<sup>15</sup>.

Xulgouse nesta decisión a posible inconstitucionalidade do artigo 1 da lei do 14 de abril de 1975, que lle reservaba ó Estado o conxunto da actividade de emisións de radio e televisión vía éter, sen ningunha distinción en razón do seu ámbito espacial e incluíndo, polo tanto, a de di-

---

<sup>13</sup> Cómpre destacar que, entre nós, a Sentencia do Tribunal Constitucional 31/1994, do 31 de xaneiro, optou por unha similar solución no ámbito da televisión por cable de cobertura local e fronte á inactividade do lexislador. Moitas razóns, creemos, avalan o pouco acerto de tal decisión. Os nosos argumentos ó respecto pódense consultar en Ruíz Miguel, Carlos, e de Abel Vilela, Fernando Adolfo: «Inactividad del legislador y activismo tardío (...)» (op. cit.).

<sup>14</sup> Vid. Giurisprudenza Costituzionale. N° XXI. Vol. I. 1976. Páxs. 1267 a 1285.

<sup>15</sup> Porta, Eugenio: «Prospettive di riforma legislativa dell' emittenza radiotelevisiva privata». En *Libertà di antenna. Aspetti tecnici e giuridici della emittenza radiotelevisiva*. (A cura di Vito A. Monaco, Mauro Bernardini, Aljs Vignudelli). Maggioli editore. 1986. Páxs. 217 a 229. (Páxs. 220 e 221).

mención local<sup>16</sup>. Para argumenta-la violación por parte de tal precepto de disposicións constitucionais, os recorrentes partiron de que o presuposto da lexitimación do monopolio estatal en sede de radiotelevisión –a limitación do número de canles dispoñibles– non existía no ámbito local. Aqueles que se cuestionaban a adecuación da norma á Constitución retomaron, pois, os primeiros –e non totalmente abandonados pola Corte– argumentos de tipo técnico no tocante á xustificación da reserva da actividade ó Estado.

O éxito acompañou a esta liña argumentativa, pois a Corte, tras recorda-la súa doutrina sobre a lexitimidade do monopolio estatal da radiodifusión de ámbito nacional, xustificando con base nas limitacións de carácter técnico e ós condicionamentos de tipo económico debido ó alto custo da instalación e a prestación dos servizos, acolleu a tese dos recorrentes, e fixo súa a conclusión de que o argumento da limitación de frecuencias non era sostible no ámbito local, no cal a suficiente dispoñibilidade técnica para permiti-la libre iniciativa privada se acompañaba, a xuízo do intérprete constitucional, pola non existencia de perigos de formación de monopolios ou oligopolios privados. Non era por iso constitucionalmente posible, segundo a Corte, seguir sustentando a adecuación do monopolio neste ámbito local no disposto polo artigo 21 da Constitución, ó desaparece-las únicas causas que podían xustifica-la importante restricción que para a liberdade de expresión recollida en tal precepto supuña a publicación da actividade<sup>17</sup>.

Non obstante, todo o sinalado, e de modo similar ó suposto equivalente no ámbito da televisión local por cable, o recoñecemento do dereito de iniciativa privada na actividade de radiotelevisión vía éter no ámbito local, dada a súa conexión co servizo público esencial e de preeminente interese xeral constituído pola difusión vía éter a escala nacio-

<sup>16</sup> En concreto, a citada norma prescribe que «a difusión circular de programas, radiofónicos vía éter ou, a escala nacional, vía fío, e de programas televisivos vía éter ou, a escala nacional, vía cable e con calquera outro medio constitúe, no sentido do artigo 43 da Constitución, un servizo público esencial e de carácter de preeminente interese xeral, en canto se torna a amplia-la participación dos cidadáns e a concorrer ó desenvolvemento social e cultural do país en conformidade cos principios sancionados pola Constitución. O servizo élle polo tanto reservado ó Estado».

<sup>17</sup> Ademais, a Corte sinala na súa sentenza que ó existir unha dispoñibilidade técnica suficiente de frecuencias e ó non derivarse perigos dun hipotético alto custo das instalacións, ou mantemento do monopolio estatal vulneraría o principio de igualdade recollido no artigo 3 da Constitución. (Vid. Fundamento 7º). Por outra parte, parece oportuno destacar que na Sentencia n. 148 do 28 de xullo de 1981, que se examinará posteriormente, a Corte concreta os límites da liberalización no ámbito local, ó non estendela á interconexión de estacións de emisión locais, cando as emisións que posibilita esta técnica se estendan a todo o territorio nacional. (Vid. nota nº 21). Esta argumentación reitérase na Sentencia n. 826 do 14 de xullo de 1988.

nal de programas radiofónicos e televisivos conectado ó monopolio estatal, reclamaba en criterio da Corte a necesaria intervención do legislador estatal, co fin de determinalo órgano da Administración central competente para prove-las asignacións de frecuencias e para levar a cabo o correspondente control. Así mesmo, determinouse na sentenza a necesidade de fixa-las condicións de outorgamento das autorizacións para o exercicio da actividade, de tal maneira que se garantise a articulación dun sistema harmónico, que non contrastase co interese xeral preeminente, e que fosen respectados os correspondentes deberes e obrigacións impostos pola Constitución e os tratados internacionais subscritos por Italia<sup>18</sup>.

As consecuencias que na práctica se desencadearon por efecto da pasividade do legislador ante as esixencias normativas que se acaban de expoñer foron desgraciadamente de gran magnitude. Como ten recordado entre nós García Llovet, «unha das primeiras consecuencias da sentenza será unha situación de caos xeral no uso das ondas, cualificado como xungla do éter, sobre todo pola ausencia desa normativa de desenvolvemento que a sentenza propuña como necesidade ineludible. (...) o caos producido non é froito só dun proceso de instalación de emisoras, senón tamén, e sobre todo, pola inseguridade xurídica que produce a ausencia dunha ordenación do sector»<sup>19</sup>. Os desgraciados efectos prácticos da decisión tiveron, como é evidente, abundante eco na doutrina italiana, no seo da cal se alzaron destacadas voces, como a de Porta, que avogaron polo reparto dos correspondentes tantos de culpa polo *statu quo* xerado: «ã non aplicación e ã turbación da disciplina que se alcanza coa sentenza, reguladora do sistema mixto –sinala o ilustre xurista–, contribuíron todos: o Ministerio de correos e telecomunicacións, a RAI, a Maxistratura e os mesmos emitentes locais»<sup>20</sup>.

No seguinte epígrafe veremos cómo a propia Corte toma en consideración o dato da inactividade do poder legislativo ante os seus requirimentos á hora de optar por abrir novas vías de liberalización dos servizos radiotelevisivos. Pero aparte desa realidade, hai que destacar que a confusión que se xerou a causa desa inexistencia da normación de necesario complemento á doutrina do alto intérprete constitucional motivou que,

---

<sup>18</sup> A sentenza enumera despois os diferentes aspectos que teñen que ser regulados e controlados no tocante ó outorgamento de autorizacións, sinalando que, se se cumpriran eses requisitos, ó igual que no ámbito da televisión local vía cable, o outorgamento da correspondente autorización resultaría obrigado, e non meramente discrecional.

<sup>19</sup> GARCÍA LLOVET, Enrique: *El régimen jurídico de la radiodifusión*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1991. Páx. 123.

<sup>20</sup> PORTA, Eugenio: «Prospettive di riforma (...)». (Op. cit.). Páx. 221.

dende formulacións, sen dúbida, razoables pero tecnicamente erróneas, se sometese ó xuízo da Corte a constitucionalidade de certas disposicións normativas, e invocase a posible violación do principio de igualdade ó tomar como parámetro de comparación a anómala situación creada pola inercia do legislativo ante os requirimentos da decisión que se acaba de examinar. É o caso visto na Sentencia n. 237 do 30 de xullo de 1984<sup>21</sup>, cun obxectivo que se centraba esencialmente no exame da constitucionalidade da norma do artigo 195 do texto unificado de 1973, na súa versión reformada, o cal castigaba ó que instalase, establecese ou exercitase as instalacións de telecomunicación sen ter previamente obtida a respectiva concesión ou autorización. A dúbida verbo da constitucionalidade do precepto mencionado presentábase pola comparación da situación na que se encontraría o que vulnerase o contido da norma citada e a de aquel que, sen concesión ou autorización, exercitase privadamente transmisións radiotelevisivas vía éter no ámbito local. A contradicción era clara: fronte á regra xeral establecida no mencionado artigo 195, que prescribía unha serie de sancións para os casos nos que se exercitase a actividade sen mediar outorgamento da preceptiva autorización, no caso das transmisións vía éter de ámbito local exercitadas por suxeitos privados, a ausencia de intervención do lexislador provocaba que, por efecto da doutrina emanada na Sentencia n. 202 de 1976, a actividade se tornase *de facto* libre.

A Corte, non obstante, considerou que a cuestión, nos termos en que fóra presentada polo xuíz recorrente, resultaba ser errónea, ó tomar como medida de lexitimidade a situación anómala derivada da pasividade do lexislador ante as reclamacións de regulación de determinadas cuestións, en lugar de tomar como parámetro a normativa xeral, que subordinaba a instalación e exercicio de emisoras de telecomunicación á obtención da correspondente concesión ou autorización administrativa. Este argumento reforzábase, ademais, co recordo de que a Sentencia n. 202 de 1976, lonxe de patrocinar unha derogación da regra xeral para a instalación e o exercicio da actividade de transmisión televisiva vía éter de ámbito local por parte de suxeitos privados, reafirmaba a esixencia da obtención de previa autorización estatal.

Un xuízo de constitucionalidade análogo é o acometido na Sentencia n. 35 do 5 de febreiro de 1986<sup>22</sup>, na que a Corte examinou a constitucionalidade de determinadas disposicións da Lei n. 103 de 1975, reguladora das retransmisións televisivas. Esta norma excluía da regra xeral da reserva ó Estado, o exercicio dos repetidores de estacións trans-

<sup>21</sup> Vid. Giurisprudenza Costituzionale. N° XXIX. Vol. I. 1984. Páxs. 1690 a 1710.

<sup>22</sup> Vid. Giurisprudenza Costituzionale. N° XXXI. Vol. I. 1986. Páxs. 211 a 221.



misoras estranxeiras e das instalacións televisivas vía cable, subordinando, non obstante<sup>23</sup>, o funcionamento provisional das instalacións repetidoras de programas televisivos estranxeiros xa instaladas á condición de que, sucesivamente á presentación da demanda de autorización, non se modificasen as súas características técnico-operativas. O xuíz solicitante do xuízo de constitucionalidade estimou que esa condición vulneraba o principio constitucional de igualdade, en tanto que situaba ós exercentes de instalacións repetidoras en posición inxustificadamente deteriorada con respecto ós xestores de instalacións de difusión de programas no ámbito local, non sometidos a análogas limitacións<sup>24</sup>. A Corte, sen embargo, non apreciou ningunha vulneración do aludido principio, ó non considerar adecuada a comparación entre o réxime do artigo 44 da Lei de 1975 e aquel outro máis favorable dos emitentes de televisión no ámbito local, de novo pola situación de carencia lexislativa neste último sector, ó non se ter emanado a regulamentación positiva reclamada pola propia Corte na Sentencia n. 202 de 1976.

Atopámonos, pois, ante a reiteración duns argumentos que, dende o punto de vista meramente técnico, parecen pouco obxectables: non é admisible a invocación do principio de igualdade en sentido inverso ó que lle é propio, ó asumirse unha situación normativa anómala como parámetro de lexitimidade dunha norma que, por un lado, forma parte dunha regulamentación positiva e, por outro, concorre a instituír un réxime autorizador análogo ó vixente para toda a actividade de radiodifusión televisiva, reflectindo un aspecto xeral do ordenamento na materia.

## 5. O mantemento do monopolio estatal sobre a radiotelevisión de ámbito nacional: o papel central dos argumentos socioeconómicos

Vimos ata agora, seguindo un criterio cronolóxico, como a Corte Constitucional excluía do monopolio estatal as actividades radiotelevisivas de ámbito local, con independencia do medio técnico empregado, á vez que confirmaba o monopolio público sobre as mesmas actividades

<sup>23</sup> Art. 44.

<sup>24</sup> Por outra parte, o recorrente consideraba que o disposto polo mencionado artigo 44 da lei vulneraba os artigos 21 e 41 da Constitución, en canto ás condicións que se establecían «constitúen un límite «innatural» á liberdade de manifestación do pensamento e á liberdade de empresa». A Corte, non obstante, non deu por boa esta censura, ó concluír que o réxime de autorizacións administrativas adoptado constituía un límite plenamente ordenado tanto ó exercicio da liberdade de expresión do pensamento canto ó da liberdade de iniciativa económica.



no ámbito estatal. Pois ben, na Sentencia n. 148 do 28 de xullo de 1981<sup>25</sup>, dictada nun momento caracterizado pola crítica doutrinal cara á inactividade do lexislador e pola reapertura do debate acerca da conveniencia do monopolio estatal na actividade radiotelevisiva de escala nacional, este sométese novamente ó xuízo do máximo intérprete constitucional.

De novo, en efecto, presentouse ante a Corte a cuestión da constitucionalidade da reserva ó Estado dos servicios de radiotelevisión de ámbito nacional. Nesta ocasión, non obstante, non só se puñan en tea de xuízo por parte dos recorrentes os argumentos técnicos de limitación do número de frecuencias dispoñibles no ámbito do éter, os cales considerában superados por mor dos avances tecnolóxicos, senón que, ademais, se alegaba que tampouco resultaban aceptables as teses xustificativas do monopolio baseándose no elevado custo de instalación e xestión dos servicios. Por iso, ó non subsistir estes elementos, sustento da anterior doutrina da Corte en prol do mantemento e da lexitimidade constitucional do monopolio estatal, xa non cabería segundo o seu criterio afirmar que a súa supresión levaría potencialmente aparelhada a existencia dun perigo de instauración de monopolios ou oligopolios privados.

Ante estes argumentos dos recorrentes, a Corte optou por relegar a un claro segundo plano as xa obsoletas cuestións técnicas de limitación de canles dispoñibles, outorgándolle no seu lugar unha clara prevalencia ós razoamentos socioeconómicos no tocante á xustificación do mantemento do monopolio sobre as actividades radiotelevisivas a nivel estatal. Nas propias palabras do intérprete constitucional,

«o servicio público esencial de radioteletransmisión, a escala nacional, de preeminente interese xeral, pódelle ser reservado ó Estado en vista do fin da súa utilidade xeral, constituído pola necesidade de evita-la concentración da emisión radiotelevisiva en monopolio ou oligopolio privado. Necesidade, polo demais, que non xorde só en relación coa maior ou menor dispoñibilidade de frecuencias de transmisión, senón que atende tamén á natureza do fenómeno da radioteletransmisión visto no contexto socioeconómico dentro do que está destinado a desenvolverse».

Como vemos, a diferenza da doutrina de anteriores decisións, o marco económico no que se desenvolve a actividade radiotelevisiva deslígase do meramente técnico, e non aparece xa de modo un tanto colateral a outras cuestións, senón acadando un indubidable protagonismo. Conságrase aquí, máis ben, a complementariedade de argumentacións técnicas acordes cos avances existentes no momento de dictarse a sentenza con respecto a eses razoamentos verdadeiramente nucleares de

<sup>25</sup> Vid. Giurisprudenza Costituzionale. N<sup>o</sup> XXVI. Vol. I. 1981. Páxs. 1379 a 1410.

índole socioeconómica. Neste sentido, a Corte enfatiza a necesidade de tomar en consideración o feito de que «unha serie de factores de orde económica, coa utilización do progreso da tecnoloxía, fai permanecer o risco de concentración oligopolista a través do instrumento da interconexión e dos outros ben coñecidos medios de enlace de varios tipos hoxe existentes para a transmisión televisiva»<sup>26</sup>.

O primeiro sinal de alarma por parte da Corte Constitucional ante a inactividade do lexislador aparece nesta sentenza de 1981, na que tal dato se converte nun importante sustento da decisión de mantemento do monopolo. Recórdase, nesta liña, que para evita-los citados riscos de concentración, a Sentencia n. 202 de 1976, ó reconece-lo dereito de iniciativa privada nas transmisións vía éter de ámbito local, tiña ó lexislador instado á regulación do seu exercicio co fin de evita-las disfuncións co conexo servizo público esencial e de interese xeral constituído pola difusión radiotelevisiva vía éter a escala nacional. Pretendíase, en definitiva, lograr unha equilibrada coexistencia entre servizo público e iniciativa privada en materia radiotelevisiva.

A inactividade lexislativa ante tales requirimentos conduciu á Corte á conclusión de que o aumento de frecuencias dispoñibles e a diminución dos custos de instalación e xestión non eran elementos suficientes para excluír-lo perigo de formación de oligopolios privados: se ben tales elementos convertían ó pluralismo nunha meta viable no ámbito local, non parecía, polo contrario, que a través da desaparición do monopolo público o pluralismo informativo se convertese en efectivo a nivel estatal, debido a que os aínda altos custos implicarían a preeminencia dun suxeito ou grupo privado en detrimento da liberdade dos demais suxeitos e grupos. Conclusións que encontraron unha oportuna xustificación na situación lexislativa existente a principios dos oitenta:

«A diversas conclusións podería eventualmente chegarse se o lexislador, afrontando de modo completo e profundo o problema da regulamentación da televisión privada, dispuxese un sistema de garantías eficaz co fin de obstaculizar de maneira efectiva a realización de concentracións monopolísticas e oligopolistas non só no ámbito da conexión entre varios emitenes, senón tamén naquel de unión trala empresa operante en varios sectores da información, incluso a publicitaria».

<sup>26</sup> En relación coa interconexión, a Corte non evitou deixar claro –aínda que de pouco lle serviu ó final, como ben se sabe– que a realizada entre as estacións de emisión operantes no ámbito local, coa finalidade de estende-la emisión a todo o territorio nacional, transgride o límite da liberalización definido na Sentencia n. 202 de 1976. Co fin de evita-la, o alto intérprete constitucional demandou a urxente intervención do lexislador neste campo.

Con base nestas consideracións, a Corte desestimou a violación dos artigos 21 –liberdade de expresión– e 43 –posibilidade de reserva estatal de servicios públicos esenciais– da Constitución a través do monopolio estatal subsistente en sede televisiva. A Corte tampouco estimou a invocación polos recorrentes da posible violación do artigo 3 do texto constitucional –igualdade ante a lei– a través da publicación dos servicios radiotelevisivos de ámbito estatal, ó considerar inadmisíbel a asimilación entre a situación da empresa concesionaria do servicio público e a do emprendedor privado.

A novidade doutrinal da sentenza de 1981 radica, en definitiva, na variación que se produce en canto ó elemento sobre o que se sustenta de maneira principal a lexitimidade constitucional do mantemento do monopolio estatal nas transmisións radiotelevisivas de ámbito nacional. O elemento socioeconómico, que en decisións anteriores tiña sido esgrimido un tanto colateralmente, a modo de apoio ó argumento técnico da limitación do número de frecuencias, pasa agora a ocupar un destacado primeiro plano, inverténdose os papeis. E todo isto, como se acaba de expoñer, destacando un dato que comeza a cobrar unha triste relevancia: a pasividade do lexislador ante as reclamacións normativas do alto intérprete constitucional.

Este protagonismo do elemento socioeconómico reitérase na Sentencia n. 826 do 14 de xullo de 1988<sup>27</sup>. Ó igual que na decisión que acabamos de estudar, trátase, neste caso, de examinala constitucionalidade dun grupo de normas reguladoras das transmisións radiotelevisivas a escala nacional<sup>28</sup>. O aludido protagonismo do argumento socioeconómico acompáñase aquí por outros dous elementos que, aínda que non aparecen por vez primeira, si xogan agora un papel moi destacado: por unha parte, a amarga censura da inactividade do lexislador; pola outra, a clara designación do principio de pluralismo como orientador da doutrina da Corte en materia radiotelevisiva. As referencias á Sentencia n. 148 do 28 de xullo de 1981 son aquí constantes, ó tratarse, máis que de

<sup>27</sup> Vid. Giurisprudenza Costituzionale. N.º XXXIII. Vol. 2-2. 1988. Páxs. 3.893 a 3.961.

<sup>28</sup> Así, dúas das ordenanzas de remisión que dan lugar a esta sentenza dubidan sobre a adecuación ós artigos 21.1, 41.1, 9, 33 e 34 da Constitución, da reserva ó Estado da radioteledifusión de ámbito nacional, resultante do disposto polos artigos 1, 183 e 195 do d.P.R. do 29 de marzo de 1973 (modificados polo artigo 45 da Lei n. 103 de 1975), 2 da Lei n. 693 do 10 de decembro de 1975, e 1 e 2 da Lei n. 103 do 14 de abril de 1975. Pola súa parte, nas outras dúas ordenanzas preséntase a constitucionalidade das disposicións dos artigos 2, 3 e 4.3-bis da Lei n. 10 do 4 de febreiro de 1975, na parte na que consinten para o futuro e declaran non punible cara ó pasado a actividade privada de transmisión no ámbito nacional, ou en todo caso supralocal, por violación dos artigos 21, 3 e 41 da Constitución.

incorporar novidades á doutrina constitucional sobre os medios audiovisuais, de actualizar argumentos, de outorgarlles un renovado protagonismo. Hai que destacar, neste sentido, a especial dureza coa que se critica nesta sentenza de 1988 a pasividade do poder lexislativo, especialmente polo que fai referencia á insuficiencia da normativa dirixida a evita-la formación de monopolios ou oligopolios privados que poñan en perigo o mantemento do necesario pluralismo, principio basilar do sistema radiotelevisivo. Recordamos a Corte, nesta liña, que na súa Sentencia n. 148 de 1981 se presentara a posibilidade do abandono da reserva estatal para as transmisións a escala nacional, esixindo en todo caso como condición indispensable para levar a termo tal posibilidade, a predisposición por parte do lexislador dun sistema de garantías baseado na preservación do pluralismo, auténtico epicentro do sistema. Faise así mesmo referencia ó caótico panorama que esa pereza do poder lexislativo provocou ó non disciplina-la actividade das transmisións vía éter no ámbito local, que se caracteriza pola falta de harmonía entre o exercicio desta actividade e as esixencias do servizo público nacional<sup>29</sup>.

En relación con estas consideracións –ou, mellor, en prístino desacordo con elas–, tense que destacar que un dos argumentos nos que os que a parte recorrente se apoiou para soste-la inconstitucionalidade da reserva ó Estado da radioteleedifusión de ámbito nacional foi que, ó seu entender, a evolución posterior á Sentencia n. 148 de 1981 desmentiu os prognósticos que alí se formularon sobre o risco dun monopolio privado da información ou, en calquera caso, de concentracións oligopolistas, o cal determinaría a incompatibilidade da reserva ó Estado co artigo 21 da Constitución. A Corte, sen embargo, non aceptou tal argumento, e destacou, ademais, que a avaliación do *statu quo* do ano 1988 demostraba polo miúdo que o risco de formación dun oligopolio se transformara nunha realidade<sup>30</sup>. De todo isto derivaba, segundo o intérprete constitucional, a inadecuación da normativa daquela vixente<sup>31</sup> ós requisitos esixidos na

<sup>29</sup> Especificamente, facíase referencia ó emprego abusivo de frecuencias por parte dos emitenes privados, invadindo incluso parcelas do espectro radioeléctrico reservadas a outro tipo de utilizacións. Neste sentido, a Corte concretou certos parámetros que deberían rexir a necesaria intervención do lexislador, de entre os que destacaban a necesidade de establecer criterios obxectivos para o reparto de frecuencias, a realización dos controis oportunos, a coordinación e compatibilidade recíproca entre as emisións privadas e as públicas e o resto das actividades de radioteleedifusión, e o aseguramento do respecto ás obrigacións internacionais.

<sup>30</sup> Repásase neste sentido a doutrina emanada na sentenza de 1981 no sentido de que non só hai que evita-los acordos entre emitenes, senón tamén entre estes e outras empresas operantes no sector, e entre empresas operantes en varios sectores da información.

<sup>31</sup> Sinaladamente, artigos 3 e 4 da Lei n. 10 do 4 de febreiro de 1985, na que se regulaba a práctica das interconexións entre emitenes, e nos que a incompatibilidade

sentencia de 1981 no tocante a evita-la realización de concentracións económicas no sector radiotelevisivo<sup>32</sup>. A importancia –cualitativa e cuantitativa– do exame nesta decisión das normas internas antitrust, nese momento vixentes, constitúe a mellor mostra do peso indiscutible dos factores de tipo socioeconómico dentro do réxime que para a actividade radiotelevisiva define nas súas liñas básicas a Corte italiana.

Por outra parte, resulta destacable e novidosa nesta sentenza a diferenciación establecida entre os roles que os sectores público e privado estaban chamados a cumprir na actividade radiotelevisiva. Ante a alegación polos recorrentes de que o pluralismo sería efectivo pola competencia concorrencial non só entre as redes privadas, senón entre estas e a rede de servizo público, o órgano considerou que tal solución podería xerar unha confusión dos roles que tiñan que cumprir ambos tipos de operadores, que xa foran delimitados en anteriores decisións da propia Corte<sup>33</sup>.

## 6. O monopolio estatal sobre as transmisións radiotelevisivas vía éter cara ó estranxeiro

Deixamos para o final o relativo ó réxime aplicable ás transmisións vía éter cara ó exterior. A propia natureza da actividade, que determina a necesaria toma en consideración de referentes xurídicos en boa medida distintos dos que ata agora se teñen manexado, parece demandar unha análise illada.

---

co artigo 21 da Constitución era sostida por unha parte dos recorrentes por non considerarllos o suficientemente operativos para evita-lo perigo das concentracións.

<sup>32</sup> O órgano concluíu que a normativa impugnada non seguía as indicacións da sentenza de 1981, que definía unha disciplina parcial e limitada no tempo, claramente destinada a ser substituída por outra lei reordenadora de todo o sector, que de dilatarse na súa aprobación máis alá dun lapso de tempo razoable xustificaría unha valoración diferente en canto á lexitimidade constitucional da normativa que nese momento se sometía a xuízo. A constitucionalidade da norma subordinouse, pois, a que o carácter provisional que presentaba non se convertese en definitivo. A Corte non obviou defini-las liñas esenciais que terían que presidir esa nova normativa: debería de conter límites e cautelas dirixidos a impedi-la formación de posicións dominantes lesivas do valor do pluralismo; ademais, sinalábase que a eficacia dunha disciplina de tal tipo presupuña a introducción dun alto grao de transparencia da propiedade e dos balances, tanto das empresas de información canto das que a elas se atopasen coligadas.

<sup>33</sup> En concreto, a Corte prescribiu que «aparte a diversidade do rol do servizo público radiotelevisivo e da emisión privada, o pluralismo en sede nacional non pode en todo caso considerarse realizado polo concurso entre un polo público e un polo privado que sexa representado por un suxeito único ou que de calquera modo ocupe unha posición dominante no sector privado».



Na Sentencia n. 153 do 13 de maio de 1987<sup>34</sup> examinouse a posibilidade de liberalización da parcela de actividade aludida. Concretamente, xulgouse nese caso a constitucionalidade das normas que lle reservaban ó Estado, en réxime de monopolio, este tipo de transmisión directa<sup>35</sup>.

A Corte parte da premisa de que as emisións cara ó exterior non poden ser asimiladas ás de ámbito local ou estatal, aínda que por virtude das normas internacionais que na materia vinculan a Italia o Estado é competente para configura-la disciplina interna da actividade de acordo cos seus principios constitucionais, e vese exclusivamente obrigado a respecta-las obrigas especificamente previstas nos acordos dos que é parte. A partir destes datos, o alto intérprete constitucional conclúe a inadmisibilidade da pretensión de ilexitimidade constitucional (por referencia ós artigos 10.1 da Constitución e 10.1 do Convenio para a salvagarda dos dereitos do home e das liberdades fundamentais) dos artigos 1 e 2 da Lei do 14 de abril de 1975, na parte que lle reservaba ó Estado a transmisión vía éter cara ó estranxeiro. Por outra parte, o órgano fíxose eco dunha específica esixencia de garantía en sede de transmisións cara ó estranxeiro: a necesidade de evitar turbacións a terceiros países derivadas do contido de certo tipo de transmisións, cuestión que viría a impoñer unha especial dilixencia no exercicio da actividade<sup>36</sup>.

A opción por un determinado réxime xurídico tería que ter en conta, pois, estes condicionamentos. A este respecto, a conclusión da Corte foi clara: «a solución non pasa necesaria nin exclusivamente pola adopción do monopolio público con réxime concesional, nin polo recoñecemento dun dereito subxectivo de transmisión exercitable trala obtención da correspondente licenza subordinada ó cumprimento de meros requisitos técnicos». O argumento serviulle ó intérprete para declara-la ilexitimidade constitucional, por referencia ós artigos 21, 41 e 43 do texto fundamental, do artigo 2.1 da Lei do 14 de abril de 1975, en tanto non se prevía que a difusión de programas cara ó estranxeiro puidese ser efectuada ó abeiro dun réxime de autorizacións, figura cunha adopción que se lle recomendaba nesta decisión ó lexislador, se ben referíndose a unha modalidade autorizatoria non exclusivamente limitada ó exame do cumprimento de certos requisitos de carácter técnico, senón capaz de aco-


<sup>34</sup> Vid. Giurisprudenza Costituzionale. N° XXXII. Vol. I. 1987. Páxs. 1.141 a 1.165.

<sup>35</sup> En concreto, os artigos 1.1, 2.1, e 45 da Lei n. 3 do 14 de abril de 1975, por contraste cos artigos 3, 21, 41, 43 e 10.1 da Constitución, e 10.1 da convención para a salvagarda dos dereitos do home e as liberdades fundamentais.

<sup>36</sup> A toma en consideración desta específica esixencia non implicaría que non se tivese en conta o principio de pluralismo, considerado pola Corte como o primeiro requisito que se debe garantir en materia de radio e teledifusión.



meter unha valoración da oportunidade do exercicio da actividade e, no seu caso, da súa conseguinte revogación.

Neste sector da actividade radiotelevisiva os datos fundamentais que cómpre ter en conta van ser, polo tanto e a xuízo da Corte, o respecto ás normas internacionais que vinculan ó Estado e a necesidade de non interferencia na actividade de terceiros países. Aínda que se conclúe, a partir destas premisas, a lexitimidade da reserva estatal da actividade, a idea-forza que inspira esa doutrina é a viabilidade de diferentes opcións de política lexislativa, sempre que se respecten esas dúas condicións de exercicio da actividade que se configuran como verdadeiramente básicas. 





XURISPRUDENCIA



## LICENCIAS INTERADMINISTRATIVAS *VERSUS* «COMPETENCIA PARA URBANÍSTICA»: A PROPÓSITO DO VIXENTE ART. 244.2 DO TRLS DE 1992

Almudena Fernández Carballal

Profesora axudante de dereito administrativo  
Universidade da Coruña

«Cuando razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con el planeamiento urbanístico en vigor. En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el Departamento interesado al Ministro de Obras Públicas y Transportes, quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe sucesivo del órgano competente de la Comunidad Autónoma, que se deberá emitir en el plazo de un mes, y de la Comisión Central del Territorio y Urbanismo. El Consejo de Ministro decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso, ordenará la iniciación del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento, conforme a la tramitación establecida en la legislación urbanística».

A Comisión Central do Territorio e Urbanismo debe entenderse extinguida unha vez derogada a disposición adicional sétima do TRLS de 1992 pola Lei 6/1998 do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións (en adiante, LRSV). O Ministerio de Obras Públicas e Transportes hoxe actúa baixo a carteira de Fomento, pero a norma excepcional do precepto transcrito -número 244.2 do TRLS de 1992- continúa vixente no noso ordenamento xurídico a nivel de lexislación xeral de carácter pleno<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vid. Disposición derogatoria única da LRSV.

Aínda que o marco da regulación urbanística preconstitucional (arts. 57.2 e 180.2 TR de 1976) e dende unha perspectiva material, o carácter concorrente da competencia nesta materia non ofrecía ningunha dúbida, de acordo co bloque constitucional e no ordenamento urbanístico vixente, a norma excepcional que prevé o art. 244.2 TRLS 1992 –fiel copia do art. 180.2 TR 1976– non pode interpretarse coma a atribución en exclusiva ós órganos estatais duns poderes extraordinarios.

Se na *mens legis* fluía a idea de lograr unha mínima coordinación da acción territorial do Estado e das comunidades autónomas, coa previsión desta norma tense logrado o contrario. A ruptura do planeamento territorial que, caso por caso, e en función da actividade estatal realizada, implica este precepto, nega toda acción coordinadora que, sobre este ámbito material pretenda levarse a cabo.

Uns poderes extraordinarios consistentes na facultade de acordar por razóns de «urxencia ou excepcional interese público» a execución de proxectos de obras estatais ou autonómicas que sexan desconformes co planeamento urbanístico vixente, coa posibilidade de ordenar, no seu caso, a súa oportuna modificación ou revisión, que teñen sido utilizados, na práctica, de forma abusiva para a realización de obras non amparadas, en principio, polo citado precepto.

Como se poderá concluír, o art. 244.2 TRLS 1992 non se refire a unha clase de obras determinadas, senón a unha especial situación potencialmente apta para chegar a xustificar a realización de tales obras.

Non obstante, resulta oportuno advertir, que aquela ampla utilización foi motivada pola declaración de validez –STC 56/1986, en relación coa execución de obras de acuartelamento e aduanas– do mecanismo previsto no art. 180.2 TR de 1976 en tanto non se arbitrasen medidas ou mecanismos eficaces de cooperación entre o Estado e as comunidades autónomas para o desenvolvemento das súas respectivas competencias. O Estado podería levar a cabo usos concretos e illados do solo, xustificados por motivos de urxencia ou excepcional interese, incluso en contradición co réxime urbanístico xeral<sup>2</sup>.

O requirimento da Administración do Estado ó concello afectado *ex art. 180.2 TR* para que no prazo dun mes mostrase a súa conformidade ou desconformidade implicaba, na súa interpretación xurisprudencial, un acto equivalente á solicitude de licencia, sen prexuízo das especialidades que a dita norma prevía<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Vid. SS,TS 3.III.1986 (Ar. 2305); 18.V.1987 (Ar. 5525); 16.II.1988 (Ar. 1174); 24.IV.1992 (Ar. 3989) e 29.II.1996 (Ar. 1416).

<sup>3</sup> Vid. SS,TS 28.IX.1983 (Ar. 4662); 18.XII.1984 (Ar. 6694); 16.II.1988 (Ar. 1174) e 1.III.1989 (Ar. 1711).



O seu corolario art.244.2 TRLS 1992 veu empregarse da mesma maneira polas comunidades autónomas, ó estableceren, en supostos xustificadas, a posibilidade de exercer competencias distintas á urbanística por parte dos distintos departamentos ou consellerías autonómicas, e excepciónando a aplicación do réxime urbanístico previsto nas súas propias leis en relación coa preceptiva licenzia municipal para levar a cabo calquera acto de edificación e uso do solo (art. 242.1 TRLS 1992, precepto hoxe vixente).

A inesixibilidade de licenzia urbanística que se invocaba nestes supostos trataba de xustificarse baseándose en que determinadas obras de marcado interese xeral escapaban ó concepto de «ordenación urbanística», e incluíanse na figura da «ordenación do territorio<sup>4</sup>». Un argumento que será empregado polo TS, previo ó Estado autonómico, para xustificala construción de grandes obras da Administración do Estado que, por un lado, non podían ser cualificadas como «actividade puramente urbanística no sentido estrito deste termo» e, por outro lado, ó exceder das que o art. 180.2 TR de 1976 contemplaba, non requirían previa licenzia municipal.

Pero como se verá, unha cousa é que a planificación urbanística e a ordenación do territorio, dende un punto de vista conceptual, sexan susceptibles de certa distinción entre si, e outra moi distinta é a pretensión de distorsionar ámbolos conceptos ata o extremo de opoñelos.

Dende as súas sentencias de 3. XII.1982 e de 28 de maio de 1986 –ptes. don J. M. Ruíz-Jarabo Ferrán e don J. I. Jiménez Hernández–, en relación coa construción dun porto e dunha autoestrada, respectivamente, o TS ten sido constante na súa doutrina. A construción, conservación e explotación en réxime de peaxe dunha autoestrada e a realización de obras nas súas áreas de mantemento, a reparación de obras hidráulicas, as de construción dun porto, dun embalse ou dun aeroporto, obras para o desenvolvemento de actividades relacionadas con instalacións nucleares, a edificación de cuarteis ou comisaría de policía, son algúns exemplos en particular e, en xeral, en materia de obras públicas de interese xeral *ex art.* 149.1.24<sup>a</sup> CE<sup>5</sup>.

Pero o que se trata de xustificar neste comentario –esgotada a xurisprudencia do TC e do TS sobre os citados preceptos ata o momento en

<sup>4</sup> Obras que «pola súa natureza, alcance e extensión sobrepasan a materia estricta do urbanismo local»: *vid.*, por todas, SS.TS 31.X.1984 (Ar. 5737) e 7.XI.1998 (Ar. 9594).

<sup>5</sup> *Vid.* Ar. 7774 e 4471. *Cfr.* SS.TS 19.I.1987 (Ar. 425); 6.V.1987 (Ar. 5230); 30.XI.1987 (Ar. 9332); 25.I.1988 (Ar. 23)4.III.1990 (Ar. 3583) 25.II.1992 (Ar. 2975); 28.XII.1993 (Ar. 9841); 11.X.1994 (Ar. 7810); 25.XI.1998 (Ar. 8610) e 24.XII.2001 (Ar. 1490).

que se escribe- é como, vixente hoxe o art. 244.2 TRLS 1992 [P] e na súa correcta interpretación conforme ó marco constitucional, non se deriva ningunha acción coordinadora aínda que o TS definise nalgunha ocasión as licencias do art. 180 como «licencias interadministrativas», encadrando o citado precepto no seo das relacións interadministrativas<sup>6</sup>.

Unha interpretación literal da LRSV poderíanos levar a entender que existe unha clara finalidade coordinadora. A competencia estatal que prevé o art. 244.2 TRLS 1992 refórzase coa técnica do informe vinculante cando aparezan afectados os intereses da defensa nacional que establece a disposición adicional primeira da citada lei.

Sen embargo, a súa interpretación constitucional obriga a entender que, ante o que realmente estamos, é un suposto e concorrencia competencial entre distintas instancias territoriais que hai que resolver en función dos seus respectivos intereses xerais que, directamente implicados na ordenación territorial dun concreto espacio físico, sirvan de soporte ó seu exercicio.

O TC, na súa sentenza 61/1997 foi rotundo neste sentido en relación coas normas de aplicación plenas previstas no TRLS de 1992 [FJ 12, b)]: «habrá de estarse, sin fijar cuál sea el sentido y alcance que el legislador ha querido atribuir (...) a lo establecido en el orden constitucional de competencias».

En materia de urbanismo, non constitúe título válido o do interese xeral para fundamenta-la competencia estatal. Na medida en que o exercicio lexítimo de toda competencia depende estrictamente do soporte proporcionado polo dito interese -do que, á súa vez, toda competencia é función- a concorrencia de diversos intereses públicos imputables a colectividade territoriais distintas demanda, necesariamente, a intervención simultánea de tódalas competencias que sexan manifestación organizativa e versión xurídica de tales intereses.

Así, unha vez que o contido da dita norma se teña «desdoblado» -diría T. R. Fernández- é imposible entender que a potestade que esta lle atribúe ó Consello de Ministros encerre unha función coordinadora. Se con esta finalidade se exercera para autorizar actuacións contrarias á ordenación territorial e urbanística, o que o dito órgano estaría facendo sería, en palabras de Menéndez Rexach, «coordinar descoordinando, más próximo al conflicto que a una auténtica coordinación».

O que non significa, dende a asunción estatutaria da competencia en materia de ordenación do territorio e urbanismo *ex art. 148.1.3ª CE*, que tódalas competencias, incluída a excepcional do art. 244.2 TRLS de 1992, teñan sufrido o transvasamento Estado-comunidades autónomas. A asunción autonómica non é tan exhaustiva como para excluír toda

<sup>6</sup> Vid. STS 9.II.1987 (Ar. 2912).

posibilidade, incluso en casos excepcionais, nos que o Estado poida exercer aquelas competencias de contido distinto da urbanística que requirán para o seu exercicio unha proxección en territorio autonómico.

O Estado, ó non poder verse privado das súas competencias exclusivas (art. 149.1 CE) pola existencia doutra competencia así mesmo configurada como exclusiva dunha comunidade autónoma –isto é, en réxime de concorrencia, propio do urbanismo español– poderá exercer-las facultades excepcionais que reconece o art. 244.2 cando o faga en uso dunha competencia exclusiva a el atribuída, despois da xustificación dos presupostos de «urxencia ou excepcional interese público» que lexitiman a utilización deste réxime especial<sup>7</sup>.

O que regula esta norma nin é unha competencia exclusiva estatal (baixo a vixencia do 180 TR de 1976) nin tampouco unha competencia exclusiva autonómica (art. 244.2 TRLS 1992). Trátase dunha competencia para a defensa da orde pública e non propiamente unha norma urbanística, aínda que teña efecto reflexo nesta orde, tese de García Trevijano, que acabou sentando xurisprudencia na doutrina do noso alto tribunal.

Así, atribuída a competencia para a defensa da orde pública ó Ministerio do Interior e correspondéndolle ó Estado a competencia de orde pública estatal, a competencia de orde pública autonómica corresponderalles sempre e cando concorran «razóns de urxencia ou excepcional interese público» debidamente xustificadas que obriguen a prescindir da preceptiva licenzia municipal que esixe o art. 242.1 TRLS de 1992 –e art. 8 RDU–, pola simple razón de que a obra proxectada non se axusta ó ordenamento urbanístico vixente.

Só será lexítima a utilización polo Estado da facultade extraordinaria que prevé o art. 244.2 TRLS 1992 no exercicio dalgunha das competencias que a Constitución lle ten reservado con carácter exclusivo. Ou o que é o mesmo, cando a urxencia ou excepcional interese público do acto de uso do solo se produce no ámbito dos intereses do Estado<sup>8</sup>. Con base en tales motivos, o Estado poderá intervir nunha competencia exclusiva autonómica a través dunha serie de medidas que, sen poder substituír máis que no indispensable a intervención das autoridades competentes ou a axuden ou complementen, deberán ser proporcionadas na súa forma e duración á situación de urxente necesidade<sup>9</sup>.

Sálvase así a hipotética contradicción antes apuntada. Porque o art. 244.2 non alude a un tipo específico de obras, senón ó concepto xurídico

<sup>7</sup> Vid. SS.TS 18.XII.1984 (Ar. 6694); 10.XI.1986 (Ar. 7826); 18.V.1987 (Ar. 5525) e 18.IX. 1990 (Ar. 7094).

<sup>8</sup> Vid. SS.TC 56/1986, do 13 de maio (FJ 1); 13/1998, do 22 de xaneiro (voto particular, 2.II).

<sup>9</sup> Vid. STC 33/1982, do 8 de xuño (FJ 3).

indeterminado de «razóns de urxencia ou excepcional interese público» que incorpora o halo de dificultade propio destes conceptos. Na súa aplicación non xoga a vontade do aplicador. A apreciación discrecional da súa concorrencia deberá consistir nun xuízo de comprensión dunhas circunstancias reais que, non poderá ser de ningunha maneira restrictiva, pese á excepcionalidade dos supostos do seu exercicio «se non acomodada á comprensión do suposto do feito na norma que fixo posible algo a pesar de facelo posible só en casos concretos»<sup>10</sup>.

A «urxencia» ou «excepcional interese público» ó que se refire o precepto supón unha referencia legal a unha esfera da realidade cuns límites que non se deixan ben precisados no seu enunciado pero que intentan delimitar un suposto concreto, que ten unha aplicación que é un caso de aplicación da lei que trata de subsumir nunha categoría legal unhas circunstancias legais determinadas.

Agora ben, convén precisar que a «concatenación legalmente expresada de razóns de urxencia ou interese público é de índole disxuntiva e non copulativa, como o expresa a conxunción «ou», é dicir, abonda coa concorrencia dunha desas dúas circunstancias para entenderse cumprida esa esixencia legal»<sup>11</sup>.

É o concepto de «interese» (arts. 137, 139, 150.3 y 155 CE), o que define, en cada caso, o ámbito de actuación de cada administración pública, sen que se poida interpretar no sentido de corresponderlle ó Estado a xestión do «interese xeral» en contraposición cos «intereses respectivos», pero tamén «xerais» das comunidades autónomas.

O TC mantivo este criterio de forma constante en orde a evita-lo enfrontamento conceptual que suporía a atribución ó Estado, como titular exclusivo, do interese xeral. Dende a súa Sentencia 4/1981, do 2 de febreiro, tense recoñecido, explicitamente, a existencia de varios intereses xerais e, polo tanto, de forma implícita, que tamén son xerais os intereses da Comunidade<sup>12</sup>.

A potestade excepcional que prevé o art. 244.2 TRLS 1992 corresponderlle ó Estado ou á comunidade autónoma en función do interese prevalecte en cada caso que, en canto recoñecido legalmente como propio, lexitimarará o exercicio das competencias que, estas entidades, teñen atribuídas legalmente como propias<sup>13</sup>.

O seu carácter instrumental maniféstase en que a súa atribución subxectiva non estará en función da natureza ou cualificación da obra que

<sup>10</sup> STS 5.VI.1995 (Ar. 4973).

<sup>11</sup> STS 26.XII.2001 (Ar. 1492).

<sup>12</sup> Vid. SS.TC 4/1981, do 2 de febreiro (FJ 3) e 27/1987, do 27 de febreiro (FJ 5). Cfr. STS 25.II.1992 (Ar. 2974).

<sup>13</sup> Vid. STC 13/1998, do 22 de xaneiro (V.P.III.1 e 2).

se pretende realizar, senón en atención á realización dos fins ós que ten que servi-lo proxecto que se trata de realizar e cando as «razóns de urxencia e excepción ó interese público» xustifiquen a imposibilidade de obte-la licenza urbanística en relación cunhas obras que, ó seren des-conformes coa ordenación urbanística aplicable, impídenlle ó concello outorga-la súa autorización<sup>14</sup>.

Incluso se podería configurar á potestade do Estado amparada nesta no art. 244.2 TRLS 1992 como unha competencia «incidental ou tanxencial<sup>15</sup>», ou «por atracción<sup>16</sup>». Unha competencia implícita nos títulos que a Constitución lle atribúe ó Estado de carácter sectorial.

Agora ben, as facultades que o Estado ou as comunidades autónomas poden asumir *ex art.* 244.2 TRLS 1992 non lle é lexítima para realiza-los actos urbanísticos libremente e sen respecta-lo planeamento previsto (art. 9.1 CE) sempre que concorran os presupostos de urxencia e excepcional interese público. Só se poderán afastar del cando tal conformación non sexa posible e a «urxencia» ou o «excepcional interese público», debidamente xustificado e interpretado restrictivamente, esixa proceder por esta vía sen necesidade de respecta-lo planeamento vixente.

A virtualidade de tales circunstancias excepcionais, caracterizadas pola alteración das regras competenciais e procedementais ordinarias xustifica a potestade que este precepto lles atribúe ó Estado e ás comunidades autónomas, sempre e cando exista unha xustificación razoable. Porque se ben o físico é constatable, o non físico debe demostrarse.

Tampouco é aplicable a este suposto a doutrina dos «poderes implícitos» para recoñecerlle ó Estado a competencia exclusiva que, literalmente, podería derivarse do art. 244.2; doutrina difícilmente compatible co sistema de delimitación competencial deseñado polo bloque constitucional<sup>17</sup>.

De acordo co ordenamento urbanístico vixente, poderán facer uso da facultade extraordinaria recoñecida na citada norma o Estado no exercicio das súas competencias sectoriais exclusivas e só no seu exercicio cando xustifique que a súa competencia require para o seu desenvolvemento unha proxección sobre o ámbito territorial dunha comunidade autónoma, e estas nos demais casos<sup>18</sup>. Pero nin o Estado nin as comuni-

<sup>14</sup> Vid. SS.TS 10.XI.1986 (Ar. 7826) e 25.XI.1998 (Ar. 8610). Cfr. STS 24.XII.2001 (Ar. 1490): «... el mecanismo previsto en el art. 244.2 LS se arbitra con carácter objetivo, en función de la naturaleza de la obra a ejecutar, con independencia de quien sea su titular».

<sup>15</sup> Vid. STC 61/1997, do 20 de marzo (V.P.1).

<sup>16</sup> Vid. STC13/1998, do 22 de xaneiro (V.P.II.3).

<sup>17</sup> Vid. STC 56/1986, do 13 de maio (V.P).

<sup>18</sup> Vid. STC 61/1997, do 20 de marzo (FJ 6).




dades autónomas poderán extralimitarse no exercicio das súas competencias respectivas baixo a cobertura do art. 244.2 TRLS 1992, invadindo a esfera competencial e natural das entidades locais na ordenación urbanística municipal [art. 25.2, d) LBRL].

Trátase, en definitiva, dun problema de articulación dos respectivos ordenamentos estatal e autonómico derivado da concorrencia competencial propia nesta materia, que require, non a eliminación do control preventivo levado a cabo a través das licencias municipais, senón a busca de solucións de cooperación co obxecto de coordina-las distintas competencias que inciden no territorio.

Incluso cabería cuestiona-la defectuosa técnica legislativa que subxace do art. 244.2 TRLS 1992, declarada vixente pola LRSV que, sen embargo, derogou, ponteando a orde de distribución competencial derivada do bloque constitucional, a súa disposición adicional sexta.

En 1971, a un «paso» do noso estado autonómico, o profesor Meilán<sup>19</sup> dicía o que, aquí, no seu desexo de repensa-las institucións, volvo transcribir:

« (...) cuando el territorio se pone en primer lugar se despende más fácilmente a irracionalidad de la distribución de competencias». El acento ha de ponerse sobre «competencias y entes» y no sobre «funciones y territorio». Porque lo que, realmente, importa no es tanto «defender la exclusividad de las competencias de unos entes como lograr el más eficaz desarrollo de unas funciones en un territorio».

E neste sentido, existía a necesidade de determina-lo *quantum* e o modo en que os distintos órganos locais, autonómicos e estatais participan no suposto extraordinario que prevé o art. 244.2 TRSLS 1992, norma de aplicación plena en todo o territorio nacional. 

<sup>19</sup> Cfr. MEILÁN GIL, J. L.: *El territorio, protagonista del desarrollo*, Ed. Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Madrid, 1971, pp. 58 e ss.





**CRÓNICA  
PARLAMENTARIA**



# NOVAS REGRAS DO XOGO NA PROCURA DA CENTRALIDADE POLÍTICA NA CÂMARA GALEGA

**Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

Ltrado da Comisión para o estudo da situación  
dos emigrantes do Parlamento de Galicia.  
Profesor de dereito constitucional da Universidade de Vigo

## 1. As preguntas parlamentarias dirixidas ó presidente da Xunta de Galicia

Na historia do legislativo autonómico resulta descoñecida a institución existente no dereito parlamentario comparado das preguntas dirixidas ó presidente do Executivo. Trátase dunha vía de control político moi importante tanto nos modelos parlamentarios continentais coma naqueles que seguen o modelo Westminster<sup>1</sup>.

### Fontes de regulación

A exposición de motivos das normas supletorias do artigo 155 do Regulamento do Parlamento de Galicia, aprobadas pola Mesa da Cámara o día 30 de xaneiro do 2002, fala das dúas modalidades posibles para instrumentalas preguntas dirixidas ós presidentes dos executivos autonómi-

<sup>1</sup> Neste sentido subliñase, incluso no caso das cámaras altas no ámbito dos parlamentos bicamerais, a importancia co procedemento para a substanciación da responsabilidade dos membros do Goberno. Así MR. ARTHUR R., Donahoe; «One size does not fit all». *The Parliamentarian*, 2001/ Issue Four LXXXII. Páx. 359 e ss.

cos. Por unha banda, algúns parlamentos modificaron os seus textos regulamentarios mentres que outros desenvolveron acordos parlamentarios puntuais da Mesa e da Xunta de Portavoces para a súa regulación. No caso galego, a Mesa asumiu esta segunda vía de formalización xurídica.

Un primeiro aspecto que convén analizar é no tocante ó procedemento de elaboración normativa do acordo. Recentemente, Olga Bei vén de subliñar-la importancia do procedemento de elaboración das normas no ámbito do parlamento italiano, reflexións que son actuais respecto das disposicións que nos ocupan. Nesta orde de cousas resulta fundamental predefini-los parámetros en torno ós que se procede á delimitación normativa da obriga de responder preguntas ante o Pleno da Cámara por parte do presidente do Executivo<sup>2</sup>.

Dende o punto de vista material, as consecuencias que se derivan desta regulación a través dunha norma supletoria son moi similares ás que produce a modificación regulamentaria. Configúrase para o autor da pregunta unha orde de garantías que se inclúen dentro do ámbito do artigo 23 da Constitución Española e que, como vén de sinalar Giménez Sánchez, a maioría da doutrina entende como protexidas polo ámbito dos pronunciamentos do Tribunal Constitucional a raíz da súa sentenza 161/1988<sup>3</sup>.

## Suxeitos

No tocante ós suxeitos activos das preguntas, a norma primeira establece que poden ser de dúas clases. En primeiro lugar, os deputados individualmente considerados poden formula-las preguntas dirixidas ó presidente da Xunta, se ben atopan un condicionante decisivo: é preciso o previo coñecemento do seu grupo parlamentario. Este requisito presenta problemas similares ós que xera a ausencia da sinatura do portavoz nas emendas individuais dos deputados, presentadas no procedemento lexislativo, e pon de manifesto o desamparo no que queda o deputado que non conta co apoio do seu grupo parlamentario<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Así Olga Bei: « Le strutture ausiliarie dei poteri normativi nello svolgimento dei metodi della legislazione », contido en *Rassegna parlamentare, Rivista trimestrale ISLE*, Luglio/settembre, anno XLIII. Giuffrè edit. Páx. 733 á 757.

<sup>3</sup> Isabel M. Giménez Sánchez no seu traballo « El incumplimiento del Gobierno de la obligación de presentar el proyecto de ley de presupuestos generales. (La prórroga de los presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco) ». *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 21. Núm. 63. Setembro-dicembro 2001. Páx. 187.

<sup>4</sup> Para ilustrar esta situación pode consultarse o traballo de N. Zanon: « I diritti del deputato « senza gruppo parlamentare » in una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht », *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 6-1989, 2.ª parte, páx. 1.147-1.187.

O segundo suxeito que pode presentar estas preguntas parlamentarias ante o Pleno é un portavoz de grupo parlamentario. Como sinala G. Pitruzzella<sup>5</sup> atopámonos ante unha regra non escrita, pero asumida na práctica política de tódolas democracias occidentais, pola que o peso do sistema de partidos acaba unhas consecuencias enormes dentro das institucións parlamentarias.

O suxeito pasivo das preguntas é como vimos de referir, o presidente do Goberno galego. A relevancia deste requisito non necesita ser ponderada. O noso sistema, a pesar de cualificarse como parlamentario, denota unha clara prevalencia do presidente do Goberno respecto á Cámara, aspecto que por outra banda non é exclusivo do parlamentarismo galego<sup>6</sup>.

Estas preguntas presentan dúas características fundamentais. En primeiro lugar teñen o carácter de preguntas orais, aínda que a resolución supletoria nada di verbo da súa degradación en escritas, unha vez que finalice o período de sesións. Establécese, pois, un réxime menos privilexiado respecto ás preguntas orais que con carácter xeral regula o artigo 155 do noso Estatuto parlamentario. Igualmente, non se produce a súa obligatoria inclusión na orde do día do Pleno, que se xeraría no suposto de converterse en escritas e non ser contestadas no Pleno.

Por outra banda, a pregunta perfílase cun carácter estritamente persoal, no referido ó destinatario, co que se rompe co principio de substitución previsto no artigo 155.3 do Regulamento, no que se establece que o destinatario das preguntas será a Xunta de Galicia co carácter de órgano colexiado de goberno. Este cambio pode provocar unha presenza importante no Parlamento dos medios de comunicación social, cos conseguíntes efectos ante a opinión pública galega; ademais pode axudar ós medios de comunicación máis modernos a trasladar unha imaxe máis activa da institución parlamentaria tal e como se vén de producir no legislativo italiano recentemente<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Na súa obra *Forme di governo e trasformazioni della política*, Bari, 1996. páx. 233.

<sup>6</sup> Nesta liña pode consultarse o recente traballo de Carlos Vidal Prado: «Il presidenzialismo e il sistema parlamentare di governo in Spagna», recollido no núm. 4 de 2001 anno XLIII da *Rassegna Parlamentare*, páxs. 903 a 923.

<sup>7</sup> Neste sentido pode consultarse o interesante traballo de Enrico Vitiello «La rappresentanza degli interessi a la rete» recollido no núm. 3 do ano 2001 da *Rassegna Parlamentare*, e no que pon de manifesto a importancia dos apartados do Web da Cámara de deputados: «Comma» e «Itinerari».

## Procedemento

Resulta sabido que os procedementos parlamentarios teñen unha mala prensa. Así é habitual atoparlles críticas, facéndoos responsables da imposibilidade de aparición da figura do cidadán activo, cívico e deliberante. Quizais estas críticas sexan aceptables no tocante a algúns dos instrumentos parlamentarios que se manteñen nos esquemas decimonónicos, pero hoxe en día a incorporación de procedementos como o que me ocupa poden servir máis ben para todo o contrario, para superalo que Francisco J. Laporta<sup>8</sup> denomina como «problemas da democracia deliberativa», ou cando menos, ó meu xuízo, para anima-la vida política da Comunidade Autónoma.

### a) *Iniciación.*

A iniciación do procedemento parlamentario das preguntas dirixidas ó presidente da Xunta respecta as regras xerais no referido ós órganos, moi semellantes ás que se conteñen no dereito parlamentario galego común. Así, as preguntas deberán formularse por escrito ante a Mesa do Parlamento e presentaranse no Rexistro da Cámara ata as seis horas antes da reunión da Mesa da Cámara, preparatoria da orde do día do próximo Pleno, pendente de convocatoria. Esta regulación normativa pode ser obxecto de crítica, xa que non delimita coa nitidez cäl das dúas reunións da Mesa debe considerarse como punto de partida do límite temporal das seis horas. Como é ben sabido a Mesa reúne previamente a súa xuntanza coa Xunta de Portavoces, e posteriormente realiza unha reunión para o os efectos de confirma-los acordos acadados conxuntamente con ela. Inclínome a pensar que as seis horas, ás que se refire a Norma segunda reguladora da tramitación das preguntas, deben computarse dende a primeira das reunións da Mesa do Parlamento, que por outra banda, é a única que ten fixada *a priori* a súa celebración con total certeza horaria.

### b) *Admisión a trámite*

A Mesa do Parlamento deberá analizar ata un total de catro requisitos que determinan o contido admisible das preguntas dirixidas ó presidente da Xunta de Galicia. Deste xeito, a pregunta deberá conter unha formulación sucinta e estricta, aspecto incluíble no que podemos denominar «concepto parlamentario indeterminado», posto que o carácter sucinto e concreto da pregunta pode, en ocasións, ser obxecto de valoracións subxectivas moi distintas entre si.

<sup>8</sup> Así no seu traballo «Los problemas de la democracia deliberativa». Recollido no núm. 109 da revista *Claves de Razón Práctica*. Páxs. 22 a 29.



En segundo lugar, establécese que a pregunta deberá de conter exclusivamente unha soa cuestión. Rómpease así coa práctica cualificadora asentada que permite que as preguntas parlamentarias conteñan dentro da súa formulación unha listaxe, en ocasións case que interminable, de subpreguntas ó Goberno. Queda claro que nas preguntas presentadas ó presidente do Goberno non é posible esquecer esta recua de cuestións puntuais.

En terceiro lugar, o contido da pregunta debe versar sobre unha cuestión de interese xeral para a Comunidade Autónoma ou que sexa actual e de acentuada relevancia política. Esta redacción resulta particularmente desafortunada, posto que o asunto obxecto da pregunta queda perfilado de xeito moi difuso. Parece que se acode de novo ós esquemas de diferenciación entre as interpelacións parlamentarias e as preguntas que tantos problemas cualificatorios teñen provocado ás mesas das cámaras, se ben aquí se introduce o criterio da actualidade como delimitador do contido posible da pregunta.

Por último a norma supletoria terceira sinala a admisibilidade das preguntas se respectan «a estrutura e finalidade previstas no artigo 155.1 do Regulamento». Este requisito obrigará á Mesa do Parlamento a ter presentes os condicionamentos xerais que se veñen aplicando respecto á admisibilidade das preguntas parlamentarias. Entendo que ó dirixirse *intuitu personae* será singularmente relevante analizar se a pregunta resulta de exclusivo interese persoal do que a formula e se respecta o ámbito da intimidade como dereito fundamental<sup>9</sup> das particulares.

A actuación da Mesa do Parlamento pode ser de tres tipos. En primeiro lugar, se a iniciativa cumpre os requisitos citados será admitida a trámite. Polo contrario, se algún deles resulta incumprido, o acordo será de rexeitamento, se ben entendo que sempre deben ser motivos xurídicos e non políticos os que motiven tal acordo, e iso a pesar de opinións recentes como a de Hy Farwell<sup>10</sup> que postulan a necesidade de reforzalo principio da maioría nos órganos parlamentarios fronte ó que entende como unha «defensa tradicionalmente constante» que se vén producindo do principio das minorías.

A derradeira posibilidade que se lle ofrece á Mesa do Parlamento é a de declarar decaídas aquelas preguntas que, unha vez admitidas a trámite,

<sup>9</sup> Non é a primeira ocasión na que, sobre todo con ocasión da utilización de medios informáticos, se suscitan en sede parlamentaria os límites das iniciativas de control no tocante á intimidade das persoas. Para un estudio interesante dos límites do artigo 18 da Constitución e a informática pode consultarse o recente traballo de José Julio Fernández Rodríguez «El correo electrónico y la intimidad» contido no núm. 114 da *Revista Xurídica* Tapia, páxs. 31 e ss.

<sup>10</sup> No seu artigo «Predictions for the Parliamentary future» recollido do *Parliamentary Journal*, Vol. XLI. No. 4, outubro 2000, páxs. 117 a 123.

non foran incluídas na orde do día da correspondente sesión plenaria. Establécese neste caso a obriga de reitera-las preguntas se se pretende a súa inclusión nunha posterior sesión do pleno. Entendo que neste caso é preciso iniciar de novo todo o procedemento co cumprimento estricto de todos e cada un dos requisitos formais e substanciais que veño de comentar.

c) A «Question Time»

No ordenamento parlamentario galego conságrase regulamentariamente, respecto a interpelacións e preguntas, a necesidade de reservar un tempo mínimo semanal por parte do Pleno da Cámara. Como xa apuntei noutro lugar, esta é unha garantía das minorías que considero da maior importancia e, polo tanto, resultaría oportuna a súa consagración estatutaria e a oportuna concordancia deste esquema debería producirse tamén no texto constitucional. Trátase, por outra banda, de algo que Sergio Stamatii demanda de xeito similar para o caso italiano<sup>11</sup>.

As normas para a tramitación das preguntas parlamentarias dirixidas ó presidente da Xunta establecen catro aspectos distintos no tocante á periodización destes instrumentos parlamentarios. En primeiro lugar, as preguntas deben substanciarse dentro do período ordinario de sesións, co que queda excluída a posibilidade de que estas preguntas sexan suscitadas en época de vacacións parlamentarias ou en supostos de disolución da Cámara (non é imaxinable a súa tramitación ante a Deputación Permanente).

En segundo lugar, as preguntas tramítaranse unha vez ó mes e serán incluídas na orde do día da primeira ou segunda das sesións plenarias quincenais. Esta previsión responde ó esquema do calendario de traballos habitual na Cámara conforme ó que a Mesa e a Xunta de portavoces adoitan reservarlles dúas semanas alternas ó longo do mes ás actividades plenarias e as restantes ós traballos de comisión. Ademais, resulta innovador o mandato que fixa a necesidade da existencia dun punto denominado «preguntas para a resposta oral do presidente da Xunta de Galicia». Este punto da orde do día pasou a ser situado na parte final do Pleno, despois das interpelacións, e antes das restantes preguntas dirixidas á Xunta de Galicia como órgano colexiado de goberno.

O terceiro requisito ordena que se inclúa unha pregunta como máximo por grupo parlamentario en cada pleno, o que provoca que o presidente deba contestar dúas preguntas correspondentes a cada un dos grupos da oposición, xa que polo momento o grupo parlamentario que ampara ó Goberno non consume o seu cupo correspondente.

<sup>11</sup> No seu comentario «A proposito di armonia degli statuti regionali con la costituzione» recollido do *Quaderni costituzionali* 2/2001, ed. Il Mulino, páxs. 347-348.

A circunstancia final que completa a fixación das preguntas é a potestade do presidente da Xunta para determinar cäl vai se-la que se inclúa na orde do día do Pleno, entre un máximo de tres, que previamente lle presenta cada grupo parlamentario da Cámara. Este privilexio do presidente do Executivo denota unha vez máis a importancia governamental na fixación da orde do día das sesións do Parlamento, o que resulta algo habitual nos países do noso contorno, como sinala P. Avril para o caso francés<sup>12</sup>.

*d) O debate plenario*

O momento final do procedemento parlamentario das preguntas dirixidas ó presidente da Xunta iníciase coa comunicación do presidente do Parlamento ó presidente da Xunta de Galicia, dentro dos dous días seguintes á súa admisión a trámite da pregunta incluída na orde do día. Resulta chamativa esta regulación, xa que o presidente é coñecedor con carácter previo da pregunta que debe contestar e, polo tanto, limitárase a unha comunicación de carácter simplemente formal, posto que, para os efectos de preparación da resposta, o tempo con que conta o presidente da Xunta é moito maior.

Ordénase tamén a publicación das preguntas con carácter urxente no *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* para os efectos de cumprilos requisitos xerais de publicidade que no Regulamento se atribúen a esta publicación da Cámara.

A pregunta pode ser aprazada nos mesmos termos previstos no artigo 155, alínea 4 do Regulamento e, polo tanto, é posible por parte do presidente do Executivo a súa solicitude de posposición por unha soa vez.

As intervencións ante o Pleno da Cámara integran obviamente un dos obxectos fundamentais da atención por parte dos medios de comunicación públicos e deberán de ser particularmente ecuánimes no momento de reflectir este relevante debate parlamentario<sup>13</sup>.

Os tempos atribuídos ós intervenientes no debate serán os establecidos na alínea terceira do artigo 155 do Regulamento e, ó meu xuízo, deben posibilita-la confrontación das ideas políticas diverxentes ou

<sup>12</sup> No seu libro «Le régime politique de la V République», 2.ª ed., LGDJ, París 1967, páx. 51.

<sup>13</sup> Coincido con José Julio Fernández Rodríguez no carácter de «poderoso axente ó servizo do poder» ou de «xerador de propias manifestacións de poder» que poden acadalos medios de comunicación social, e por iso entendo de particular interese o respecto ós principios de igualdade de oportunidades para os actores parlamentarios. A referencia ó profesor compostelán está tomada do seu traballo «Comunicación y servizo público (una aproximación interdisciplinar)» *Revista de Estudios Políticos* núm. 114 de 2001, páx. 185.

antagonistas, o que resulta en ocasións dificultado polo limitado dos tempos outorgados<sup>14</sup>.

A orde de intervención dos deputados ou, se é o caso, dos portavoces virá determinada polo número rexistral da iniciativa aínda que se dispón a posible alteración por acordo do Pleno da Cámara. Este acordo debe ser motivado, entendendo que esa motivación pode producirse con carácter político ou xurídico, pero en todo caso deberá producirse coa antelación suficiente para que posibilite a súa comunicación ós portavoces ou deputados autores as preguntas.

*e) Preguntas dirixidas ó presidente da Xunta de Galicia tramitadas nos plenos do 19 de febreiro e 20 de marzo de 2002.*

—De D. Emilio Pérez Touriño, do G.P. dos Socialistas de Galicia, sobre as medidas previstas para garantir os principios de publicidade, concorrencia e obxectividade nas relacións entre a Xunta de Galicia e as corporacións locais (doc. núm. 1021).

■ Publicación da iniciativa: BOPG núm. 51, do 16-2-2002.

—De D. Xosé Manuel Beiras Torrado, do G.P. do Bloque Nacionalista Galego, sobre a presenza participativa desta Comunidade Autónoma nas institucións de goberno da Unión Europea (doc. núm. 1242).

■ Punto 6.º.- Preguntas dirixidas ó presidente da Xunta de Galicia:

—De D. Emilio Pérez Touriño, do G.P. dos Socialistas de Galicia, sobre as medidas previstas polo Goberno galego respecto da prevención e efectos dos novos hábitos de consumo de alcohol e drogas entre a xente moza (doc. núm. 1618).

■ Publicación da iniciativa: BOPG núm. 74, do 16-3-2002.

—De D. Xosé Manuel Beiras Torrado, do G.P. do Bloque Nacionalista Galego, sobre as relacións entre Galicia e Portugal, singularmente no marco da eurorexión Galicia-Norte de Portugal (doc. núm. 1717).

■ Publicación da iniciativa: BOPG núm. 74, do 16-3-2002.

<sup>14</sup> En parecido sentido maniféstase para o caso francés Messaoud Saoudi no seu traballo «Le temps de parole sur les motions de rejet» contido na *Revue française de droit constitutionnel*, núm 47. 2001 pág. 554.

## 2. A informatización do rexistro da Cámara

Giancarlo Rolla<sup>15</sup> sinala a importancia política dos cambios nas normas de funcionamento das cámaras, chegando a relacionalas coa propia configuración da forma política do Goberno. É neste ámbito de reflexión no que, ó meu xuízo, debemos situar a recente modificación nas regras procedementais internas do Parlamento no tocante ó rexistro da Cámara.

A resolución da Presidencia do Parlamento do 25 de febreiro de 2002<sup>16</sup>, sobre a informatización do rexistro xeral da Cámara suscita unha serie de cuestións de índole xurídico-procedemental moi interesantes.

En primeiro lugar a resolución establece con carácter xeral a informatización do rexistro xeral da Cámara dende o día 1 de marzo de 2002. A consecuencia directa desta declaración é a supresión do libro manual de entrada e saída de documentos. Na práctica este instrumento materializábase en dous libros individualizados que, funcionando de xeito coordinado, contiñan cada un a relación cronolóxica dos documentos que se presentaban na Cámara e dos que se xeraban cara a fóra da institución.

Dende o punto de vista dos operadores xurídico-parlamentarios a principal novidade que supón a informatización do rexistro vén dada pola necesaria presentación das iniciativas respectando dous condicionantes. En primeiro lugar, a iniciativa deberá presentarse «por escrito», o que non deixa de ser certamente paradóxico na súa expresión, xa que a materialización escrita dos documentos xurídicos se produce tanto coa súa plasmación no papel coma co seu reflexo nun soporte informático<sup>17</sup>. Por outra banda, establécese a necesidade de que a presentación do documento se faga de xeito complementario nun soporte magnético que deberá de respectar unha serie de criterios que comentarei a seguir:

### a) A obriga de entrega periódica

O persoal administrativo dos grupos parlamentarios debe cumprir coa entrega no rexistro xeral da Cámara das iniciativas presentadas «ó longo do día», expresión que pode dar lugar a problemas interpretativos, pero que dunha hermenéutica conxunta da Resolución debe enten-

<sup>15</sup> No seu traballo «Riforma dei regolamenti parlamentari ed evoluzione della forma di governo in Italia» contido *Rivista trimestrale di diritto pubblico* núm. 3 ano 2000, páxs. 593 a 621.

<sup>16</sup> Publicada no Boletín Oficial do Parlamento de Galicia do 15 de marzo de 2002.

<sup>17</sup> Sobre a dificultade de reduci-lo Dereito á súa plasmación escrita é clásico o estudo histórico de Paolo Grossi: *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1995, páxs. 154 a 159.



derse referida a tódolos documentos que fosen presentados nos días que abrangan o soporte informático que se vaia presentar.

A nova regulación xurídica presenta, á miña forma de ver, unha eiva importante no tocante ás iniciativas dos deputados que non requiren participación do grupo parlamentario. Neste caso pode producirse unha discordancia entre a relación de asuntos que presenten os responsables administrativos do grupo parlamentario e aquelas iniciativas que non figuren nela por ser de titulariedade individual dos deputados (por exemplo as preguntas).

Parecidos problemas poden suscitarse no caso da creación dun grupo parlamentario mixto, sobre todo cando este grupo non sexa unipartidario, o que obviamente requirirá a coordinación do persoal que asista ós distintos parlamentarios que se inclúan neste grupo residual. Como vén de recordarnos F. Caamaño<sup>18</sup>, a xurisprudencia do Tribunal Constitucional permite que se outorgue un tratamento xuridicamente igual (obriga da presentación informatizada das iniciativas) a suxeitos desiguais (grupos parlamentarios partidarios, grupo parlamentario mixto ou deputados individuais), de tal xeito que o labor interpretativo da resolución que nos ocupa creo que pode solventalos problemas arriba apuntados.

#### *b) O soporte magnético*

Establécense dous requisitos delimitadores do soporte magnético que conteñen as iniciativas. En primeiro lugar, deberá identificar «deixando constancia» o grupo parlamentario. Ademais debe recollese a data de presentación do documento. Entendo que este último termo utilizado na Resolución presidencial se refire á data de presentación de cada unha das iniciativas que consten dentro do soporte informático que periodicamente se debe entregar.

#### *c) Identificación dos documentos contidos*

A estes efectos será indispensable a colaboración co funcionario do rexistro parlamentario que lles deberá asignar un número correlativo de rexistro ós documentos que os grupos presenten con independencia de que o seu «asentamento pleno» no rexistro informatizado, que reside na aplicación informática de xestión parlamentaria, se realice con posterioridade.

---

<sup>18</sup> No seu traballo «Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial». Publicado na *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 20, núm. 60. Setembro-décembro 2000. Páxs. 259 a 288.




#### d) Aspectos temporais

En conformidade cos principios xerais de funcionamento das oficinas administrativas a entrada límite de presentación do soporte informático será a do horario de peche do rexistro da Cámara. Esta previsión resulta decisiva para os efectos de mante-lo principio xeral do dereito tan aplicado supletoriamente na práctica parlamentaria do *prior tempore potior iure*.

Sen dúbida cunha finalidade de economía dispónse que unha vez procesados, isto é introducidos os correspondentes soportes na base de datos do rexistro da Cámara, procederase á súa devolución periódica. Este *modus operandi* non suscita ningún tipo de reparo posto que, a diferenza dos documentos orixinais en papel, as iniciativas presentadas en soporte informático poden ser devoltas ó seu autor sen problemas posteriores verbo do seu contido orixinario.

### 3. A substanciación das proposicións non de lei

Nunha liña coincidente coas reformas analizadas anteriormente, a Mesa do Parlamento de Galicia acordou modificar un acordo interpretativo xa antigo, do 20 de xuño de 1986<sup>19</sup>, sobre o artigo 161 do Regulamento da Cámara relativo ó contido prazo de inclusión na orde do día e cualificación das emendas presentadas ás proposicións non de lei.

Deste xeito a partir deste inicio da VI Lexislatura a tramitación das proposicións non de lei será moito máis áxil posto que, estarán en condicións de ser incluídas na orde do día do pleno ou das comisións transcorridos seis, e non dez días dende a súa publicación no *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia*. Non temos máis que facer un xuízo favorable verbo desta modificación regulamentaria que, pode posibilitar unha meirande proximidade dos asuntos tramitados na Cámara ás demandas da sociedade galega. 

<sup>19</sup> Publicado no *Boletín Oficial do Parlamento*, núm. 40, do 11 de xullo de 1986.







## XORNADAS SOBRE TENDENCIAS NO XORNALISMO

(EGAI, Santiago de Compostela, 14 e 15 de maio de 2001)

Isabel Castiñeiras Bouzas

Avogada

**D**esde finais dos 80 estamos inmersos na denominada sociedade da información, unha época decisiva na que as novas tecnoloxías determinan ou transforman os sistemas tradicionais da comunicación social. En moi pouco tempo fomos testemuñas de numerosos cambios tecnolóxicos propiciados por distintos factores como, por exemplo: a informatización das tarefas; o desenvolvemento das telecomunicacións; a capacidade de conxugar diferentes medios como textos, fotos, gráficos... (multimedia); e, ademais, a Internet e os novos produtos comunicativos.

A evolución nos ámbitos político e lexislativo, económico, social e cultural; influíu na denominada «sociedade da información», unha época na que as novas tecnoloxías determinan ou transforman os medios tradicionais de comunicación, como consecuencia, en gran medida, da alianza da tecnoloxía informática cos medios e a información. A converxencia dos medios clásicos cos novos sistemas informáticos están transformando o panorama mediático e, con iso, o contexto no que o profesional da información desenvolve as súas actividades.

A converxencia entre novas tecnoloxías e medios de comunicación ofrece, como principal resultado, o desenvolvemento dun modelo comunicativo que, a pesar de tódalas súas imperfeccións, dúbidas e dependencias dunha forma editorial e mediática tradicional, estase levando a cabo en todo o mundo.

Fronte a todo isto, o xornalista do futuro vese abocado a formarse nestes novos ámbitos e a especializarse cada vez máis. Neste sentido, debe asimila-las novas ferramentas de traballo que ten á súa disposición para sacar delas o máximo partido técnico e práctico. Esta cualificación que agora se lle esixe pasa, ademais, por descubrir paso a paso, as enormes posibilidades que ofrecen as novas tecnoloxías para a recollida de datos, para a elaboración da información ou para unha interacción xa posible co receptor.

\* \* \* \* \*

A EGAP, xunto coa Consellería de Presidencia e Administración Pública, organizou unhas xornadas co título: *Tendencias no xornalismo*, que se desenvolveron durante os días 14 e 15 de maio de 2001 na sede da propia EGAP, en Santiago de Compostela e que contaron cunha nutrida asistencia.

Estas xornadas foron inauguradas polo decano da Facultade de Ciencias da Información da Universidade de Santiago de Compostela, **Xosé López García**, que logo de agradecerlle ó director da EGAP e á propia Escola a oportunidade de realizar unhas xornadas sobre este tema, subliñou a importancia do que está a pasar neste momento no xornalismo.

A continuación, o director da Escola Galega de Administración Pública, **Domingo Bello Janeiro**, sinalou que as novas tecnoloxías esixen, tanto ás empresas de comunicación como á universidade, unha adaptación na forma e no contido das súas funcións.

Así mesmo, destacou que un dos principais problemas do xornalismo actual é adaptarse, precisamente, ás novas regras do xogo. A Internet crea un espazo onde todos temos a oportunidade de expresarnos, un espazo mundial, global. Non é só unha novidosa forma de presentación xornalística, senón tamén unha posible redución da propia mensaxe informativa.

Estase a producir na actualidade unha redefinición das estratexias empresariais, do papel dos profesionais da comunicación e dos modos de produción do novo produto informativo en soporte electrónico.

Logo disto, o secretario xeral para as relacións cos medios informativos da Xunta de Galicia, **Jesús Parga López**, dixo que, na súa opinión, o máis importante no mundo da comunicación é o xornalista, non a tecnoloxía. Salientou, ademais, que os hoxe alumnos e mañá profesores te-



rán que traballar para que a comunicación sexa verdadeiramente comunicación e non simplemente información, e para que o coñecemento que todos alcancemos do noso medio, próximo ou afastado, sexa cada vez máis real.

O primeiro relatorio destas xornadas correu a cargo de **Bernardo Díaz Nosty**, catedrático de xornalismo da Universidade de Málaga, quen falou do *panorama comunicativo*. Díaz Nosty salientou que unha recente enquisa sobre hábitos de lectura e compra de libros, pon de relevo que o 41 por cento dos españois non len libros nunca ou case nunca, mentres que os que len regularmente, cando menos unha vez á semana, só son o 36 por cento. Este dato dispara a hipótese da elevada incidencia que o analfabetismo funcional pode acadar nun país no que a renda *per cápita* supera, sen embargo, os 15.000 dólares ó ano.

Segundo este relator, no mesmo plano de carencias cómpre cita-lo baixo nivel de consumo de prensa diaria, que sitúa ó noso país nas últimas posicións da Unión Europea. Os españois que len xornais habitualmente representan o 36.3 por cento da poboación maior de 14 anos, 50 puntos por debaixo das nacións punteiras de Europa, onde no caso dos países nórdicos, a porcentaxe acada o 90 por cento da poboación. O índice de lectura de prensa no noso país representa pouco máis da metade da media comunitaria.

Díaz Nosty destacou que a elevada taxa de matrícula universitaria en España non se corresponde con outros expoñentes dos consumos culturais, o cal parece denunciar certas malformacións, anomalías ou retardos no sistema.

De feito, aínda cando o fenómeno da Internet se presenta como unha expresión da cultura globalizada, non suxeita a longos períodos nos procesos de recepción nacional, en España rexístrase un dos índices máis baixos de Europa en canto ó número de usuarios da rede. No 2000, accedían á Internet o 13.7 por cento dos españois, fronte ó 56.4 por cento dos suecos, o 33.6 dos británicos, o 24.3 por cento dos alemáns ou o 23.3 por cento dos italianos. O valor medio das nacións da Unión Europea elévase ó 24.6 por cento, trece puntos por riba do español. Sen embargo, as condicións políticas e culturais favoreceron, por exemplo, que o mercado desenvolvêra a telefonía móbil por riba da media europea en termos relativos ó poder adquisitivo.

En canto ó audiovisual, este relator, salientou que se descubren malformacións específicas, que non son recoñecibles nas prácticas do sector noutras nacións da Unión Europea. En España, asúmese xeralmente a existencia dunha televisión degradada, orfa dun referente público, definido en termos de servizo cívico, ou daqueles instrumentos de cultura democrática que permitan un desenvolvemento equilibrado do sector

audiovisual, polo menos de acordo coas liñas mestras do audiovisual europeo.

Á ausencia dun modelo público de televisión úneselle o desenvolvemento dun concepto governamentalista, compartido de feito, nas prácticas de xestión política, polas distintas formacións. Poder e oposición destilan unha estratexia audiovisual ambigua e ambivalente, que se define en función da posición que ocupan, de xeito que o que é malo en tempo de oposición pasa a se-la receita axeitada en período de goberno, ou o que é bo nun territorio autónomo deixa de selo, para unha mesma formación, no plano estatal.

A patrimonialización política da televisión, ademais dos efectos sobre o sistema de liberdades públicas, convértese nun obstáculo para a creación de organismos do tipo alta autoridade do audiovisual. Para os xestores públicos, a creación dun Consello do Audiovisual supón unha constricción da súa esfera de influencia e control, mentres que para os operadores privados, nos que participan grupos audiovisuais europeos, suxeitos nos seus países a normas de control democrático, a alta autoridade aparece como unha instancia innecesaria e unha expresión potencial de censura encuberta.

No seu conxunto, operadores públicos e privados rexeitan, de forma tácita ou expresa, as políticas europeas do sector, na elaboración dos que sempre se tiveron en conta as opinións dos *lobby* mediáticos da Unión Europea e os requirimentos económicos do mercado.

Un recente estudio sobre o cine nacional nas televisións europeas revela un aspecto máis do feito diferencial español, que afasta as prácticas audiovisuais do referente da Unión Europea e, incluso, pon en dúbida a existencia dunha política nacional do sector eficaz. Entre as cinco nacións europeas que posúen unha industria cinematográfica cun certo grao de desenvolvemento (Alemaña, España, Francia, Italia e Reino Unido), España é o país que menor porcentaxe de filmes nacionais emite a través das súas televisións. En termos de produción europea emitida, o indicador de España, 21.7 por cento, dista significativamente do 63.5 por cento de Francia, o 49.0 por cento de Italia, o 43.7 por cento de Alemaña e o 32.5 do Reino Unido.

España é, entre as nacións europeas de referencia, a que maior porcentaxe de cintas norteamericanas emite a través das súas televisións, cun 73.3 por cento en 1999, moi lonxe do 31.3 por cento de Francia, o 49.3 de Italia, o 50.6 de Alemaña e o 67.5 do Reino Unido.

A diverxencia con Europa maniféstase, así mesmo, noutras expresións do audiovisual, que parecen indicar un distinto perfil dos contidos realizados no noso país e dos do resto das nacións de referencia. Un estudio do INA francés pon de relevo o alto volume da produción española destinada ás televisións, con 1465 horas de programas de ficción en 1999,

cifra só superada por Alemaña con 1828 horas. Sen embargo, nun marco de produción europeo, baseado nos estándares tecnolóxicos comúns e sen diferencias significativas nos custos laborais, unha hora producida en España resulta 5.3 veces máis barata que a británica, 4.9 veces menos que a francesa e entre 3 e 4 veces menor que a alemana e a italiana. Deste xeito, mentres que unha hora producida en España supuxo unha inversión de 21.2 millóns de pesetas, o valor da británica acadou os 113.7 millóns, 104.3 a francesa, 93.4 a alemana e 68.9 a italiana.

Esta menor aplicación orzamentaria por hora producida permite cimentar a hipótese que relaciona o baixo custo cunha menor calidade dos contidos da televisión española. Tamén debemos ter en conta o feito de que as televisións públicas españolas dediquen un maior esforzo económico á compra de dereitos deportivos (fútbol) e cinematográficos (predominio do cine americano).

Sería inxusto atribuírle a responsabilidade exclusiva da falta de converxencia con Europa a un goberno concreto, senón que parece ser, máis ben, a consecuencia lóxica da proverbial falta de sensibilidade política existente en España cara ós procesos de comunicación e para os seus efectos sobre o espazo público de debate e a vitalidade da democracia.

O problema en España é, se cabe, aparentemente máis grave. E non só porque a dimensión máis degradada do fenómeno alcanza as televisións públicas, senón porque na formación de criterios culturais, nun país de escasa lectura, os compoñentes audiovisuais teñen forza determinante, e non existen contrapesos de referencia e contraste propios de estruturas de consumo máis diversificadas.

Nunha paisaxe audiovisual onde se pon de relevo a contradición permanente entre a desregulación do sector e a política de concesións gobernamental, sorprende, como fenómeno aparentemente menor, a aparición dos minifundios locais de televisión, amparados baixo a sombra da ambigüidade legal, aínda que, en tantos casos, alleos á cultura da comunicación e dos medios.

Xorden moitas dúbidas encol do grao de converxencia do audiovisual europeo que ofrece o peculiar fenómeno das televisións locais españolas e encol da proxección que, en termos de participación social e desenvolvemento mercantil, terían estas emisoras se mediaran órganos de control do audiovisual. Neste sentido é xusto valoralo papel que vén a desenvolverlo Consello do Audiovisual de Cataluña, que no 2000 adquiriu, mediante unha lei do Parlament, a súa maioría de idade, cunha definición de independencia que recorda a que instrúe á alta autoridade francesa (CSA).

A política fragmentaria e incompleta do audiovisual, con desenvolvementos en materia de estándares que en ocasións envolven ou ignoran os contidos, elude a calidade como unha das fortalezas na creación de mer-

cados externos ou que estenden sobre América Latina, como propoñen algunhas iniciativas, o *mercado natural* de España. A sorprendente política de compras e absorcións observada no campo dos medios audiovisuais e na Internet por empresas ata hai pouco estatais, non parecen da-los resultados apetecidos, e algunhas das empresas estranxeiras adquiridas desvalorizáronse trala súa compra. O chamado mercado natural, definido polas nacións de América Latina sen barreiras lingüísticas entre si, non se baseou nunha política como a despregada por outras nacións europeas sobre territorios de menor entidade demográfica e cultural.

Dá a impresión de que a definición de *mercado natural* ten un mero valor enunciativo e retórico, que non se corresponde cunha política cultural definida. No eido do audiovisual, o escaso interese pola produción de contidos e de liñas específicas de referencia, que dean sentido ó desenvolvemento de escenarios lingüísticos globais, pon en perigo un certo propósito de liderado, que podería ser transferido directamente a grupos externos, que empezan a cambia-lo concepto do *iberoamericano* polo de *eurolatinoamericano*.

Debido á falta dunha política de acompañamento e un modelo estratéxico negociado coas nacións iberoamericanas, córrese o risco do progresivo cambio do centro de gravidade do *mercado natural* do hispano desde España a Estados Unidos, a Miami.

Díaz Nosty fixo referencia a un novo escenario empresarial e dixo que a estrutura da propiedade dos medios entrou nunha fase de aceleración da concentración, na que os vectores do movemento non son necesariamente as empresas especializadas no sector, senón as corporacións mercantís de referencia nos novos escenarios económicos. A desregulación produciu a expansión do territorio de actuación das compañías privadas, a diversificación das liñas de negocio, pero tamén unha superación dos escenarios nacionais nos que se acoutaban os monopolios do audiovisual e as telecomunicacións en Europa.

O proceso de concentración, visto desde a óptica do conxunto das nacións da Unión Europea, apunta cara a unha estrutura menos fragmentada, por conseguinte, con menor número de operadores dos que se coñecían na etapa de titularidade pública. As fusións, as integracións, as absorcións e as alianzas estratéxicas obsérvanse tamén con criterios máis permisivos, e ata ambiguos, dos aplicados en etapas anteriores.

Hoxe, ante o proceso de concentración, desméntense, na práctica, parte dos beneficios sobre a competencia e a pluralidade anunciados nas dúas últimas décadas. A pluralidade redúcese, por regra xeral, á diversidade ou a un número en eidos tan sensibles coma o da comunicación e da información.

A desregulación do audiovisual levou ás democracias máis establecidas de Europa, cando carecían dos instrumentos garantistas necesarios,

a crear institucións independentes, especializadas na observación dos comportamentos no novo escenario, dotadas de mecanismos de intervención alí onde as extralimitacións dos intereses mercantís puidesen bater co marco das liberdades públicas. Esta foi, por exemplo, a razón de ser dos consellos de audiovisual, que xurdiron en Europa.

No noso país estase a suscita-la idea de medi-los medios segundo unha dobre vara que lles outorga impunidade case absoluta ós operadores privados e somete á crítica máis severa ós públicos. A razón disto é a deixazón que os medios públicos fixeron do seu papel de referencia ou da súa adscrición a un modelo de servizo público.

Chégase a entender que a acción de transmitir información por parte dun emisor privado pode vulnera-lo dereito á información cando se confunde a opinión e a propia información, ou a información e a publicidade, cando son os intereses do emisor os que adquiren unha relevancia forzada na axenda ou, simplemente, cando se rouban os espazos habituais de información xeral por imperativos comerciais.

Paradoxalmente, a progresiva prevalencia da inducción comercial, o conductismo social a través das modas, fai que as políticas públicas, cando existen, se perciban como formas de intervención, control ou censura. Por outra parte, o usufructo mercantil de actividades relacionadas co interese xeral, os servizos e bens patrimoniais inalienables (lingua, cultura, historia, etc.) non limita as obrigacións do titular da actividade. As claves que definen a globalización non son unicamente territoriais, isto é, referidas ó ámbito de distribución, nin se limitan á inmediatez ou á interactividade, senón que chegan tamén á capacidade de integración e construción da memoria histórica. De aí que ás preocupacións sobre o dereito á información se unan, na era dixital, as do dereito á memoria (individual, social, nacional, etc.), isto é, a que a fixación da realidade histórica non estea suxeita exclusivamente a intereses mercantís.

En canto ós novos medios e ós novos profesionais, este relator, subliñou que o cambio no escenario da comunicación dos últimos anos non foi correspondido por axustes formativos no ensino superior, polo que, a miúdo, as súas propostas non responden ás esixencias reais do sistema de medios. As receitas básicas do tempo das empresas familiares e dos escenarios nacionais fortemente regulados rexen, en parte, nun tempo marcado por un dobre cambio de matriz, tecnolóxica e empresarial, e descóbrense territorios globalizados.

O marco académico, cando non vai por diante dos tempos, como ocorre en España, convértese nunha estrutura con escasos reflexos, burocratizada e endogámica, que pode acabar substituíndo as virtudes da súa aplicación docente por un englobamento académico, non sempre axustado a patróns científicos, que lle dá as costas ó mundo real dos medios e da comunicación en xeral.



O elevado número de estudantes de comunicación non é o maior problema, pero si o é a inadecuación da oferta formativa. A primeira e principal das cuestións podería residir na ausencia dun profesorado capacitado para atender as demandas de docencia. A segunda, o desaxuste entre as ensinanzas e as necesidades reais do sector, e non só por desfases nos programas dos centros, senón, e de maneira central, pola escasa xerarquización daquelas, que non distinguen entre a forte demanda da formación profesional, especialmente en medios como o audiovisual, os medios dixitais, etc. e os estudos teóricos e de investigación en comunicación.

O núcleo da cuestión, segundo veñen a manifesta-las formulacións máis innovadoras, radica, quizais, nunha reestructuración das ensinanzas que as conduza a esa xerarquización máis diáfana e acorde coas demandas sectoriais e sociais.

En todo caso, unha reestructuración estratéxica resistente ó anquilosamento, áxil na elaboración de respostas ante un fenómeno cambiante, en termos de paisaxe tecnolóxica, técnicas constructivas, linguaxes e efectos sociais, como é o da comunicación. Isto é, unha modalidade de formación profesional de varios niveis ou intensidades que colme as demandas dun alumnado que hoxe non ve outro escenario posible que non sexa o híbrido das facultades.

As carencias formativas condicionan cada vez máis a proxección de valores de identidade profesional sólidos, lastrados pola entrada no mercado laboral de titulados escasamente cualificados. Esta circunstancia abarata e proletariza profesións como a periodística, que estaba no centro dun concepto democrático da comunicación de masa, ó tempo que converte ó xornalismo, como profesión, nunha entelequia raquíctica e desdeñada, ó pairo dos vaivéns mercantís, sumida nun *totum revolutum* degradado que ten a súa orixe, en parte, nunha inadecuada e confusa estrutura formativa.

O segundo relatorio das xornadas correu a cargo de **Jesús Timoteo Álvarez**, catedrático de xornalismo da Universidade Complutense de Madrid, que falou das *novas empresas* e salientou que en tódolos ámbitos, pero sobre todo, tanto na radio coma na televisión, atopámonos cunha grande indefinición. Temos unha enorme acumulación de normativas e leis da Unión Europea, dos estados nacionais e tamén dos gobernos locais, que nunca se refiren ó sector dos medios no seu conxunto nin tampouco ó de toda a comunicación, e nin sequera á radio ou á televisión nos seus ámbitos máis concretos, senón que se refiren a aspectos específicos de cada un deles.

Durante os últimos seis anos, as maiores atencións en materia de comunicación no seu conxunto dirixíronse ás telecomunicacións e ás in-



versións en tecnoloxía de comunicacións e a súa consecuencia máis evidente foi non só a aplicación da desregulación senón a irrupción das empresas de telecomunicacións no espazo dos medios clásicos de comunicación.

Paralelamente, o Goberno inverte para o período 2001-03 un total de 825.000 pesetas en novas tecnoloxías da información. As competencias, sen embargo, están repartidas entre moí diferentes organismos: Ministerio de Fomento, de Ciencia e Tecnoloxía, de Educación e Cultura e tamén nas súas correspondentes equivalencias nos gobernos autonómicos.

A situación é similar nas políticas de comunicación da Unión Europea. Móvense tres liñas de acción:

- 1.- a libre circulación de produtos audiovisuais,
- 2.- o apoio á industria do sector a través, sobre todo, do programa MEDIA,
- 3.- e unha estratexia común en materia de tecnoloxías audiovisuais.

Desde 1993 co *Libro Blanco de las Comunicaciones* a Unión Europea intenta desenvolver unha política capaz de facer fronte á poderosa industria norteamericana da comunicación, ós medios e á produción cultural. Así apoiou múltiples iniciativas como por exemplo: a liberalización das telecomunicacións e desregulación dos monopolios telefónicos; a creación de redes dixitais; etc.

Así mesmo, Timoteo Álvarez destacou que en pouco máis de dez anos, a transformación que sufriron os sistemas de produción e distribución dos vellos medios foi tal que son practicamente irrecoñecibles. Este cambio tan radical é debido ós desenvolvementos que no servizo do negocio da televisión levaron a cabo as industrias da electrónica, a informática e as telecomunicacións. Estas industrias fixeron posible nos últimos anos:

- Novas formas no tratamento e codificación da información (dixitalización e compresión).
- Novos sistemas de tratamento, adecuación e mellora da cor e da imaxe.
- Novos sistemas de transporte e distribución de voz, datos e imaxes (fibra óptica, satélites, radiocomunicacións).
- Novos terminais e equipos de usuario (PCs persoais e portátiles, DVD, decodificadores dixitais, teléfonos móbiles, etc.).

Un importante número de equipos de apoio para a mellora e adecuación dos anteriores servizos (escáner, cámaras de vídeo dixitais, programas informáticos, sistemas de edición, etc.).

Estes desenvolvementos técnicos involucraron de tal xeito o sector e o negocio dos medios que, só por si mesmos, o converteron definitiva-

mente no vello hipersector que con infinita menor pretensión soñaban no MIT de Harvard hai 30 anos e que ninguén dubida é xa, e será, un dos primeiros sectores de negocio para os vindeiros 50 anos.

A industria mediática convencional está a sufrir unha importante organización que se manifesta en distintas áreas:

A primeira área de organización do sistema novo é a dixital. Deste xeito, vimos asistindo á asignación de licencias de emisión por parte das autoridades: primeiro, as de radio e de televisión dixital terrestre de ámbito nacional, que serán seguidas das de televisión dixital terrestre autonómicas en proceso de convocatoria, despois.

A traxectoria do mercado das televisións dixitais é boa. O número de abonados e a audiencia vanse incrementando de xeito regular. As previsións auguran un incremento de ata 2.4 millóns de fogares con televisión de pago no 2004.

A segunda grande área na que se manifestan os efectos da concentración entre as industrias referidas é a do desenvolvemento e adecuación da industria do ocio e entretemento. A oferta, case masiva, de canais posibilitou a aparición e potenciou, sobre todo, a alianza cun impresionante sector de negocio, que inclúe cine, videoxogos, programas, transmisións e promocións deportivas, música, divulgación científica, documentais, etc., todo o que tradicionalmente se veu definindo como industria cultural, engadindo constantes novos produtos.

A terceira grande área na que se está a concentra-la converxencia entre as tres industrias tecnolóxicas e a da comunicación é a da Internet. O crecemento de usuarios da Internet en España avanza a bo ritmo e sitúase a finais do 2000 en 4.363.000 visitantes.

A cuarta grande área na que a converxencia tecnoloxía/medios se está manifestando con forza é na reorganización da industria mediática convencional que, en pouco máis dunha década, saltou desde empresas ligadas a medios ou cadeas individuais a grupos multimedia. Deste xeito, pasamos dun sistema informativo público exclusivamente en televisión, mixto en radio e en prensa, con cadeas non cruzadas de medios e que no seu conxunto nos parece hoxe extraordinariamente anticuado, a un sistema multimediático con oito ou nove grandes grupos presentes en múltiples actividades.

Este relator salientou que hoxe nos atopamos co mantemento e ralentización das formas tradicionais de financiamento e co non arranque nin da gratuidade nin doutras fórmulas novas. A consolidación de formatos e produtos tradicionais, xa que os diarios continúan estruturados de xeito tradicional, os programas maioritarios de radio e televisión seguen tendo formatos tradicionais, etc. E, tamén, nos atopamos coa inestabilidade como norma, de xeito que as alianzas cruzadas, a organización en unidades de negocio complexas, a mesma indefinición legal coa

súa consecvente confusión nos límites do propio mercado e espacio económico levan á vertixe.

Segundo el o que virá a curto e medio prazo é:

1. A conxunción definitiva dun hipersector multimedia ou hipersector rede, regulado fundamentalmente pola tecnoloxía.
2. A obrigada regularización e normativización administrativa deste hipersector.
3. A competitividade dos contidos como principal campo de negocio, resultados e influencia.
4. Unha estratexia de relacións e de ocupación de espacio público: o tempo como negocio.
- 5 A xestión de intanxibles e de coñecemento.
6. E o predominio, a pesar de todo, dos negocios convencionais dentro deste novo hipersector e un lento proceso de asentamento dos negocios novos.

O último relatorio da mañá correu a cargo de Luis Núñez Ladevece, catedrático de xornalismo da Universidade San Pablo CEU de Madrid, quen se referiu ás *linguaxes*, entendidas no sentido de variacións léxicas, estilísticas producidas pola adaptación do uso dunha mesma lingua a unha tarefa. Así, non hai máis que comparar cómo se escribe nas páxinas de deportes e cómo nas de economía. Hai diferencias léxicas e estilísticas importantes que distinguen a maneira de escribir nas distintas seccións, incluso os distintos xéneros periodísticos: unha información, unha crónica, un artigo de fondo ou un editorial.

Núñez Ladevece analiza ó longo da súa exposición múltiples exemplos que aparecen nos xornais do día sobre o uso da linguaxe nas diferentes seccións: deportes, política, economía...

Sinala este relator que o xornalismo actual se caracteriza principalmente porque se nutre de declaracións, todo o mundo fala e o xornalista pregunta, escoita e rexistra o que oe. É un xornalismo declarativo ou interpelativo.

Para remata-la súa intervención, e a modo de conclusión, dixo que a nova linguaxe informativa non é, pero debería ser, máis sinxela, máis común, máis corrente, máis fácil de entender, máis literaria, máis accesible e, en suma, máis democrática. É dicir, máis correcta, máis gramatical.

O primeiro relatorio da tarde estivo a cargo de Josep M<sup>a</sup> Casasús Gurí, catedrático de xornalismo da Universidade Pompeu Fabra e defensor do lector do diario *La Vanguardia*, co título: *os xornalistas e o defensor do lector*. Casasús fixo referencia á figura do defensor do lector remontándose ás súas orixes que tiveron lugar en Escandinavia cos *ombudsman*.

O cargo de *ombudsman* creouse en Suecia en 1809 coa función de recibir e tramita-las queixas dos cidadáns sobre o funcionamento do Goberno e a Administración pública.

O primeiro auténtico *ombudsman* dos lectores de prensa naceu nos Estados Unidos en xuño de 1967. O factor que influíu segundo Lipovetsky na aparición de defensores do lector nos Estados Unidos foi o crecemento desde comezos dos anos 60 da cultura consumista, que xa empezaba a influír nas decisións empresariais.

Este relator di que a definición do defensor do lector en España está determinada polos estatutos que regulan este posto nos grandes diarios de difusión xeral que dispoñen del: *El País* e *La Vanguardia*.

Ámbolos dous coinciden sinalando que se crea a figura do defensor do lector coa finalidade de protexer e garanti-los dereitos dos lectores, atende-las súas dúbidas, queixas e suxestións sobre os contidos do diario, así como para vixiar que o tratamento dos textos, titulares e material gráfico se presente acorde coas regras éticas e profesionais do xornalismo.

Os defensores do lector poden intervir a instancias de calquera lector ou con iniciativa propia, con plenas garantías de autonomía e independencia na realización do seu traballo. Desenvolven a súa actividade por un tempo de dous anos, prorrogables só por un novo período. A dirección do medio de comunicación tenlle que facilita-los recursos materiais que precise e faralle vale-lo seu dereito para investigar e inquirir sobre os responsables das seccións e demais membros da redacción cando sexa necesario.

Ademais, nas páxinas habilitadas dos diarios, ou privadamente, segundo o aconselle cada caso, explicaralle o proceso seguido na elaboración do texto obxecto de atención e as razóns polas que non se adoptaron determinadas decisións para previr un erro ou distorsión, que afecte a calquera contido do diario, incluído o publicitario.

O defensor do lector non pode inmiscirse durante o seu traballo no dereito ó segredo profesional que asiste ós xornalistas, nin tampouco nos demais dereitos individuais ou colectivos adquiridos.

Nas súas respostas ós lectores debe evitar en todo momento entrar en xuízos de valor sobre o comportamento profesional dos membros da redacción, e limitarse a ofrecer unha visión clara e completa do proceso seguido na preparación, elaboración e publicación do material xornalístico que motiva a súa intervención, cunha resposta final á queixa, dúbida ou consulta presentada polo lector.

Os xornalistas afectados por unha investigación do defensor do lector terán sempre dereito a seren escoitados e a comprobar que se publica fielmente a súa versión na resposta facilitada ós lectores.

No caso de que algún membro da redacción considere que saíu prexudicada gravemente a súa imaxe profesional nalgunha crónica do defensor

do lector expoñeralle o seu problema á dirección do medio de comunicación, que arbitrará unha fórmula de solución ó conflito despois de estudialo conxuntamente coas partes implicadas.

As investigacións que emprenden os defensores do lector son sempre confidenciais, e ningunha persoa allea ó caso terá acceso ó texto definitivo antes da súa publicación.

O defensor do lector pode abordar no seu espacio, por propia iniciativa, aspectos xerais que afecten á actividade xornalística na medida en que se deriven repercusións para a calidade dos contidos e, en última instancia, para os lectores.

O segundo relatorio da tarde correu a cargo de **Jaume Guillamet**, catedrático e decano de xornalismo da Universidade Pompeu Fabra de Barcelona. O dito relatorio tratou o tema das *saídas profesionais. Unha reflexión sobre a formación en xornalismo*.

Guillamet afirmou que si hai saídas profesionais suficientes e aceptadas para os licenciados en xornalismo. Hoxe a maioría dos xornalistas en activo son licenciados universitarios. Malia non ser obrigatoria a titulación específica para o exercicio da profesión –como o é en medicina, avogacía ou arquitectura–, empresas e directores contratan case exclusivamente a licenciados en xornalismo.

As saídas profesionais dos licenciados en xornalismo son moi variadas. O xornalismo cambiou moito. Cando se creou a licenciatura en Ciencias da Información –hai 30 anos– o xornalista era o redactor dun diario ou axencia. A penas había redactores de radio e televisión, novidade xeneralizada nos anos 80.

Hoxe, a figura do xornalista asóciase aínda ós redactores de xornais, axencias de prensa e emisoras de radio e televisión. Incluso no mundo profesional se discute aínda sobre a condición dos redactores de gabinetes de prensa ou comunicación.

A realidade amósanos que un gran número de titulados exercen no que se deu en chamar *comunicación institucional*, pública ou privada. É dicir, en gabinetes de prensa de organismos de goberno do Estado, comunidades autónomas, provincias, comarcas, municipios; ou en gabinetes de comunicación de empresas. A chamada comunicación das organizacións. Ademais, a realidade amosa que nos últimos anos abriuse un novo campo específico de traballo para os titulados en xornalismo: os portais da Internet e o que se está a chamar *xestión de contidos*.

Tamén debemos salientar que se produciu unha ampla diversificación interna dos medios tradicionais:

- prensa de información xeral, deportiva, económica, local e rexional, de balde, cultural, de espectáculos e variedades sociais, especializada, técnicas, etc.



■ prensa de periodicidade diaria, semanal ou mensual.  
axencias xerativas ou especializadas.

■ informativos e programas diversos de radio e televisión.

Os datos de ocupación das organizacións profesionais evolucionaron substancialmente nos últimos 15 anos, sobre todo en canto ó número de profesionais e en canto á diversificación das figuras profesionais.

As facultades de xornalismo deben ofrecer unha formación o máis acorde posible coas saídas profesionais dos estudantes. A formación universitaria en xornalismo ten un sentido finalista que as equipara máis a outras titulacións como medicina, arquitectura ou enxeñería que a outras máis próximas tematicamente como as humanidades ou as ciencias sociais. Isto esixe, sen dúbida, unha atención constante e un seguimento da evolución dos principios, os ámbitos e as técnicas profesionais do xornalismo e das tecnoloxías da comunicación social. Por outra banda, as facultades de xornalismo non deben limitarse a formar licenciados, senón que deben poñelos en contacto co mundo profesional.

Esta primeira xornada concluíu coa intervención de **Miquel de Moragas Spa**, catedrático de xornalismo da Universidade Autónoma de Barcelona, quen pronunciou un relatorio dedicado *ós lectores*.

Segundo os datos máis recentes, en 2000 a audiencia de diarios en España acadaba a un 36% da poboación. O termo medio de lectores por exemplar nos últimos anos oscila levemente entre o 3.88 e o 4.08.

As antigas empresas de prensa vanse convertendo en empresas multimedia. Os grandes empresarios de prensa declaran cada vez máis abertamente que o futuro das súas empresas pasa por converte-las súas actuais publicacións (impresas) en grandes complexos (multimedia) de provisión de contidos, distribuídos a través de tódolos medios e tecnoloxías dispoñibles, e polo tanto tamén a través da Internet.

Aínda que nos atopamos nunha primeira fase deste proceso, xa podemos afirmar que o panorama do uso dos medios de comunicación, e polo tanto da lectura, verase profundamente afectado pola expansión da Internet. Pero a prospectiva e o alcance deste proceso non son, precisamente, doados de determinar. Ás ciencias da comunicación correspóndelles polo de agora unha atenta observación deste proceso para poderen chegar ás primeiras conclusións ou previsións de futuro.

O proceso de implantación da Internet maniféstase, ó mesmo tempo, como un proceso acelerado e contradictorio. Acelerado porque o seu crecemento é exponencial nalgúns países e nalgunhas actividades; contradictorio porque a súa implantación a escala mundial é moi desequilibrada, tanto polas dificultades de acceso coma pola resistencia de moitas institucións a afrontar os cambios que estas tecnoloxías impoñen.



Os cambios acelerados da implantación da Internet afectan ó conxunto do proceso de comunicación: á lectura e ós usos da información, pero tamén ós contidos e ás estratexias das empresas de comunicación.

Polo que respecta ós lectores cabe sinalar que os lectores de prensa están entre os principais consumidores da Internet.

Sen dúbida, o aspecto máis relevante do proceso de cambio que experimentan os medios de comunicación na era dixital constitúe o proceso xeral de converxencia entre medios e tecnoloxías cara a un novo sistema multimedia.

Este proceso véñse concretando na converxencia –aparentemente unilateral– de cada un dos medios de comunicación, radio, televisión e prensa, cara á Internet.

As empresas de comunicación, polo menos desde o punto de vista das súas estratexias de expansión, comezaron a entender este proceso. Este complexo e importante fenómeno incluso se pode expresar nun novo paradigma da comunicación na era dixital.

Como conclusión, este relator sinalou que é necesario promover a educación global para a formación integral dos novos lectores, que o serán de palabras e de imaxes, pero tamén de hipertextos e de multimedia, a través de linguaxes plurisémicas, aínda que o seguirán a ter, como sinalaron só clásicos da semiótica, o seu fundamento e o seu principal referente na palabra.

As xornadas retomáronse o martes, 15 de maio, cun relatorio sobre a *formación* a cargo de **Margarita Ledo Andiñón**, catedrática de comunicación audiovisual e publicidade da Universidade de Santiago de Compostela. Ledo Andiñón salientou que dos resultados dunha restra de consultas, entrevistas e avaliación documental, o sector audiovisual en Galicia, singularmente a televisión pública, ten opinións diverxentes sobre qué formación, por qué vías, con qué garantías. Así, mentres as produtoras vencellan a adquisición de coñecementos á pericia no manexo de equipos e á familiarización coas tecnoloxías da imaxe e o son, a filosofía universitaria apunta para un tipo de profesional de formación humanística, técnica e creativa que, asemade, está a ser moi ben recibido nos países de referencia para a dinámica do audiovisual.

As razóns da posición empresarial, por veces, son síntoma de certas continxencias que nos dirixen cara á rendibilidade económica directa. Pero o que merece unha análise ben matizada é o estancamento tanto na academia coma na Consellería de Educación de proxectos que conduzan á articulación regrada, máxime cando este *impasse* tolleita unha ou outra posibilidade, a de relacionala pescuda coa docencia, coa industria, e coa sociedade singular e plural.

Sobre o mesmo tema falou tamén Manuel Fernández Areal, catedrático de xornalismo da Universidade de Vigo, que sinalou que hoxe en día quedou raquítrico o termo xornalista, do mesmo xeito que non se pode seguir pensando no xornalismo como traballo profesional nos xornais exclusivamente, porque tanto na radio coma na televisión, coma na Internet, se pode facer, e de feito faise, xornalismo. Por outra banda, aínda que o máis característico e definatorio do xornalismo é a actividade informativa, non só a información é a tarefa diaria do profesional deste medio.

Así que, para formar ben ós que se van dedicar a informar e a comunicar todo tipo de mensaxes ós demais, faise hoxe necesario e urxente ter unha visión ampla desa formación, de tal xeito que o alumno saia da facultade cun título en comunicación pública ou social que o faculte para desempeñar algunha ou algunhas das moitas tarefas comunicativas. Isto, por outra parte, facilita a obtención de postos de traballo moito máis expeditiva e racionalmente que practicando unha política de actividades profesionais estanca, cos corporativismos absurdos que tal concepción estreita comporta.

Por iso, considera este relator que os novos xornalistas están integrados no concepto amplo e actual de comunicadores polivalentes.

Se queremos formar xornalistas eficaces e cun sentido ético da súa profesión, o mellor xeito de facelo é, por suposto, a Universidade, pero non só co recoñecemento das titulacións académicas en comunicación como experimentais, senón cun maior esforzo para a colaboración coas diversas empresas de comunicación, para conseguir prazas de alumnos de prácticas.

O segundo tema que se tratou nesta xornada foi o do *panorama empresarial*. O primeiro en falar disto foi José Luis Vilela Conde, director adxunto de *La Voz de Galicia*.

Este relator salientou que, a pesar de que Galicia non é o mellor escenario para vender xornais, a verdade é que ten moito de que presumir. De acordo cos datos da Oficina para a xustificación da difusión, os que máis len en España son os cidadáns das Baleares e Navarra, xa que alí se venden máis de 170 exemplares por cada mil habitantes. Logo sitúanse os vascos (142), os madrileños (131), os cántabros (128), os asturianos (127) e os cataláns (126). Galicia dá exactamente a media de España: 101 exemplares por cada mil habitantes.

O caso concreto de *La Voz de Galicia* merece unha mención, porque nunha comunidade onde a penas o 38% da poboación maior de 14 anos é lectora de prensa, hai un xornal que non só é o primeiro dos once que se editan en Galicia, senón que vén ser un dos contadísimos diarios españois que superan os cen mil exemplares de media diaria.

Só tres xornais de Madrid (*El País*, *ABC* e *El Mundo*), dous de Barcelona (*La Vanguardia* e *El Periódico*) e un de Bilbao (*El Correo*) forman parte xunto con *La Voz de Galicia* desde selecto ranking.

Esa posición entre os primeiros de España non se dá só na difusión ou na audiencia, senón que tamén se corresponde cos parámetros económicos. No ano 1999, *La Voz de Galicia* situouse en oitava posición na lista de empresas xornalísticas con mellores resultados netos.

Para combater definitivamente a idea de que a prensa galega poida estar en crise abonda ve-los datos económicos das principais cabeceiras no exercicio de 1999. As cifras de negocio variaron entre os case 11.000 millóns de *La Voz de Galicia* ata os 369 da empresa máis pequena. O nivel de emprego, entre os 475 traballadores e os 25, pero só dous xornais teñen menos de cen asalariados. E se se miran os resultados despois de impostos, resulta que de oito cabeceiras examinadas, as oito deron beneficios. As cifras, naturalmente son dispares e van desde os 1.445 millóns ata os 17, pero ninguén perde.

Por iso é que hai que ir desbotando esa idea de crise permanente. Polo que se ve, a prensa, aínda nos casos máis apañados, non é mal negocio. Outra cousa é cántos milagres, e de qué clase, teñen que face-las empresas periodísticas para saíren airosas nun medio tan plural, minifundista e competitivo.

O vello papel que antes lle correspondía á prensa (dar noticias) foille practicamente arrebatado das mans por medios moito máis rápidos, máis populares e, ademais, máis baratos.

Hoxe ten a Internet o 8% da poboación, pero cando sexa tan popular como agora o é a televisión, cando sexa algo normal para o 80% da poboación, o territorio da inmediatez quedará totalmente superado para os xornais. Por iso teñen que empezar a cambiar, para que non lles pase o que lles ocorreu ás salas de cine cando chegou o vídeo.

O traballo máis importante que temos hoxe é o de representa-lo xornalismo que estamos a facer nos medios impresos. Deberemos detectar cales son as demandas que nos fai o público e acomodarnos a elas, en troques de quedarnos ancorados na tradición; no que xa sabemos facer.

Se conseguimos darlles ós lectores xornais útiles, nos que atopen o que non acadarán nos outros medios, daquela si que poderemos estar certos de que temos futuro. Teremos lectores interesados en coñecer máis a fondo, en asentar máis solidamente as súas opinións, en distingui-lo importante do accesorio, en participar, en recibir servizo e, por último (e non menos importante) en aproveita-lo xornal.

Ceferino de Blas García, subdirector xeral de *Faro de Vigo*, salientou que unhas empresas fortes e rendibles son a base da liberdade e independencia e, en consecuencia, de que os seus contidos informativos se-

xan libres, independentes, plurais, e sen adscricións partidarias. É dicir, para que unha empresa informativa teña criterios propios, sen temor nin dependencia dos grupos de presión, xa sexan políticos, económicos, sociais ou de calquera outra índole, é imprescindible que sexa sólida e economicamente autosuficiente. Para isto ten que exercer unha actividade que poderíamos definir de servizo público, de xeito que ofrezca canto demandan os cidadáns en materia informativa e en defensa dos intereses xerais da sociedade. Isto supón que esa empresa cumpra coa misión que teñen encomendada os medios como é informar de forma obxectiva, opinar libremente e «divertir».

Todo este conxunto de ofertas ten que servirse con calidade e coa mellor presentación posible. Esa é a clave para que suscite o interese dos receptores da información de xeito que se convertan en consumidores. Existe unha interrelación entre a rendibilidade empresarial e a independencia informativa.

Onte coma hoxe, no mundo da empresa periodística e en calquera país de réxime democrático e de liberdade de mercado, as estratexias empresariais son diversas. O xornalismo segue as tendencias imperantes na economía mundial e tende á concentración de medios. En España a maioría dos grandes periódicos son cabeceiras de grupos periodísticos. É evidente que as inercias que se xeran coa pertenza a un grupo xornalístico: publicitarias, de compras de materias primas, promocionais..., non as teñen as empresas de carácter individual; de aí que as empresas tendan a agrupárense co obxectivo de aforrar gastos e rentabilizalo produto. Así, o futuro dos medios que non están integrados ou adscritos a grupos é pouco optimista.

A modo de conclusión, sinalou que os medios escritos, que tantas veces os agoireiros consideraron ameazados polas novas tecnoloxías: radio, tv, internet..., gozan de boa saúde. Nestes momentos non hai motivo para o pesimismo. Hai uns anos parecía que a Internet o ía subsumir todo, que o ía invadir todo.

Concluía a súa intervención afirmando que para garanti-lo futuro da empresa xornalística deben converxer dous factores: que estea integrada ou aproveite as inercias dun grupo e que o xornalismo que practique sexa independente, libre e plural.

**José Manuel Rey Novoa**, director de *El Correo Gallego/O Correo Galego*, afirmou que o novo xornalismo rexional ten hoxe ó seu alcance as ferramentas que xamais tivo antes para afrontar un período de expansión e de alianzas. As empresas xornalísticas galegas, no seu conxunto, están inmersas no desafío que supón competir cos grandes.

Desde o punto de vista tecnolóxico, as empresas galegas de comunicación, podemos dicir que posiblemente se faga hoxe en Galicia a me-

llor prensa de España. Somos capaces de ir á par da vangarda da evolución tecnolóxica da información sen complexos de ningunha clase.

Asistimos a unha era na que en poucos anos todo o que poida ser dixital serao, e esa tendencia lévanos á formación de grupos e alianzas entre eles, á converxencia dixital de empresas multimedia capaces de crear información e achegar sinerxias a través do xornalismo escrito dos novos formatos: vídeo, televisión, etc.

Na nova sociedade da información a colaboración e a competencia xa non son incompatibles, pola contra, cada día vólvense máis complementarias. Destacou dous conceptos moi importantes para o futuro das empresas xornalísticas:

1º.- a reinvención da empresa periodística,

2º.- a coopectición. A coopectición é un neoloxismo en alza que se refire de xeito especial ós medios de información rexionais e que sintetiza o espírito de refreita do futuro das empresas multimedia que é competir cooperando.

O derradeiro tema que se tratou pola mañá foi o do *panorama profesional*, e sobre isto opinou Xosé M<sup>a</sup> García Palmeiro, decano do Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia.

García Palmeiro salientou que se está a impulsa-lo obxectivo de convenios marco en tódolos sectores da comunicación para regular na medida do posible e explicita-las condicións laborais e profesionais dos xornalistas. Este proceso non vai ser doado, vai ser longo.

As novas tecnoloxías abren novas posibilidades, multiplican as canles, multiplican os soportes, multiplican polo tanto os accesos á información, favorecen tamén ás veces de xeito espectacular grandes concentracións multimedia e atraen capital financeiro, multiplican tamén as funcións dos profesionais, iso que chamamos «polivalencia».

Galicia, en materia de comunicación presenta unha certa atomización. A atomización é consonte coa súa vella e prolongada compartimentación territorial.

Manuel David Cheda Piñón, xornalista e asesor de comunicación, falou tamén do *panorama profesional* e salientou que hoxe podemos clasifica-los xornalistas en cinco estamentos: os *freelance*; os autoempregados; os accionistas de peme de comunicación; os asalariados de medios convencionais e os parados.

Os *freelance* son os xornalistas que cobran por peza publicada e non están incluídos en nómina. Segundo a Federación Internacional de Xornalistas o 23% dos traballadores dos medios operan como *freelance*. Nos vintenove países europeos nos que se realizou a enquisa, contabilizáronse 470.461 xornalistas, dos que 106.275 actuaban como *freelance*. Por outra banda, o informe «Los medios de comunicación y las comunida-



des autónomas», realizado por Ibérica Comunicación, amosa que dos 24.574 xornalistas en activo contabilizados en España, 4.180 traballan sen contrato, é dicir, un 17%.

En Galicia, os medios escritos non adoitan mercar orixinais redactados por profesionais irregulares alleos ó seu cadro de persoal e que actúen por propia iniciativa. Por iso, a figura do *freelance* no sentido estricto do termo resulta máis frecuente entre os xornalistas que traballan desde aquí para medios de fóra. A caída en desuso da fórmula *freelance* posiblemente teña moito que ver coa consolidación do bolseiro. Ata tal punto é así que en Galicia a terceira licenciatura que máis bolseiros xerou no ano 2000 foi a de Ciencias da Información.

A segunda fórmula, a do autoemprego, atinxe tamén en boa medida á política laboral das empresas editoras. Entendemos por autoempregados os autónomos regularizados, dados de alta na Seguridade Social e con posibilidade de emitir facturas oficiais. Un segmento deste colectivo está integrado por xornalistas noveles a quen os medios encomendan a cobertura informativa de áreas xeográficas ou temáticas concretas, tarefa que se realiza con carácter permanente pero sen vínculo contractual coa compañía editora. É posible que desde un posicionamento estritamente sindical se poidan formular obxeccións a esta saída, nembargante é legal e mesmo supón certo avance, aínda que dentro do colectivo profesional quizais non satisfaga a ninguén a extensión deste réxime.

Fóra da relación directa cos medios convencionais o autoemprego está arraigando no sector da comunicación corporativa, ata o punto de que mesmo distorsiona a percepción que sobre esta actividade teñen os colegas alleos. A comunicación corporativa constitúe un nicho de emprego que ata o de agora non está sendo ben aproveitado polos xornalistas galegos. É certo que hai un número indeterminado de compañeiros autoempregados na actividade, e que os servicios profesionais de comunicadores son cada vez máis demandados polas empresas, ata o punto de que mesmo as peme están engrosando unha carteira de clientes que inicialmente reunían só as sociedades de maior tamaño.

O exercicio libre e regulado da profesión, así como a comunicación corporativa, constitúen dous factores que abren novas e proveitosas posibilidades ós xornalistas galegos. Terán que ir a máis no futuro que albisco.

Os profesionais emprendedores *stricto sensu*, aqueles con vocación de futuro, teñen aínda un estadio superior na súa evolución polo exercicio libre do oficio. Trátase de forxar alianzas con outros colegas das que nazan auténticas compañías de servicios de comunicación. Actualmente, no ámbito galego da comunicación corporativa son poucas as empresas de aquí que operan no sector, malia a saturación aparente derivada de autoempregados e de axencias publicitarias cun *xornalista* de man para que explique cál é o motivo para que o seu anunciante saia nos noticiarios.



As pemes, pequenas compañías, han ser coidadosas en vixia-la calidade dos servicios como en dimensionarse e medrar de maneira satisfactoria para os socios e tamén para os clientes. Segundo este relator, unha empresa de servicios de comunicación en Galicia para ter futuro deberá presenta-lo seguinte perfil:

En primeiro lugar, precisa socios profesionais comprometidos no desenvolvemento da compañía, e coa formación obrigada en comunicación e empresa. De xeito especial, cómpre que teñan coñecemento empírico do funcionamento dos medios entre os que van operar.

Para gañar vantaxes competitivas, nada mellor que desenvolver un esforzo continuado de fidelización do cliente, de maneira que a empresa lle satisfaga tódalas súas necesidades, sen cinguírmonos ó que nun sentido restrictivo se podería chamar comunicación corporativa: desde intervir na concepción dun libro ata organizar visitas de delegacións empresariais, montar congresos, coordinar operacións de distribución postal, etc.

A comunicación corporativa esixe un coñecemento empírico do funcionamento dos medios, porque alguén que non sufrira a angustia que impón a obriga de pechar a tempo unha plana ou unha edición dun telexornal dificilmente chegará a comprender e a avaliar na súa xusta medida as consecuencias ou os erros que se derivan desa servidume. Quen ignore o que acontece nunha redacción poderá mesmo interpretar unha sinxela errata, unha omisión ou un tratamento sobrio como un rotundo posicionamento en contra por parte da editorial. En suma, convén ter estado nunha banda para poder situarse na de enfronte entendendo ó colega que segue no outro lado.

Así, fronte ó exercicio do xornalismo como unha actividade profesional por conta allea, o exercicio por conta propia e o autoemprego aparece como unha saída posible para supera-la estabilidade do mercado laboral en medios convencionais.

Precísanse xornalistas con vocación empresarial, capaces de formar sociedades e tender alianzas das que nazan auténticas compañías de servicios de comunicación.

Quen desexe ter éxito na comunicación corporativa ha de ser perseverante, competitivo, curioso, persuasivo, honesto, versátil e creativo. Deberá exercer con plena dedicación, especializarse e manterse nun continuado proceso de formación. Considerará a transparencia informativa como obxectivo permanente, que combinará coa debida reserva dos asuntos internos do seu cliente.

Pola tarde, Montse Quesada Pérez, catedrática de xornalismo da Universidade Pompeu Fabra, referiuse ás *técnicas de investigación para facer xornalismo*, e salientou que facer calquera tipo de xornalismo implica necesariamente empregar técnicas de investigación, pero isto non quere

dicir que todo o xornalismo que se fai sexa xornalismo de investigación pola razón de que se utilicen as ditas técnicas.

O xornalismo de investigación diferénciase doutras modalidades periodísticas precisamente nos métodos utilizados para obter información. A especificidade destes métodos afásta ostensiblemente da cobertura convencional da actualidade, o cal provoca, de xeito inevitable, a ruptura coas ruínas productivas do xornalismo diario.

O *xornalista* investigador preferirá sempre escoitar a un experto anónimo que lle explicará o porqué profundo dun suceso que a un personaxe célebre que lle dará só a súa versión dos feitos e, de paso, un rechamante titular. Do mesmo xeito, o *xornalista* preferirá pasarse as horas revisando documentos poeirentos que asistir a brillantes conferencias de prensa onde a información, ademais de estar dosificada, pode incluso estar manipulada a pracer polos seus convocadores.

Existen tres elementos que caracterizan a tódolos métodos de busca informativa usados na investigación periodística:

1º.- O destacado papel que xoga a iniciativa do xornalista para activar investigacións periodísticas.

2º.- O habitual desprezo cara ás fontes oficiais.

3º.- E a ruptura coas rutinas profesionais que encorsetan ó xornalismo de actualidade.

O xornalismo de investigación defínese como o traballo periodístico resultante da iniciativa persoal do *xornalista* en materias importantes e que algunhas persoas ou institucións queren manter en segredo. Da propia definición despréndese o destacado papel que xoga a iniciativa do *xornalista*. É dicir, o *xornalista* investigador debería ter absoluta liberdade, ademais de dispoñibilidade, para escoller e traballa-los temas que quere investigar, porque só el coñece as súas fontes de información e a súa capacidade de acción para meterse nunha problemática concreta.

O emprego da propia iniciativa, entendida como a capacidade de abordar temas que non se está obrigado a abordar ou que incluso se tentaron ocultar, do que fai gala o xornalismo de investigación, confírelle a esta modalidade un papel destacado como garante de liberdades e creador dunha opinión pública libre e ben informada que habitualmente se atribúe á prensa nas sociedades democráticas. Nembargantes, lamentablemente, a realidade é menos idílica, aínda que só sexa porque o xornalista investigador non é inmune ás influencias do seu entorno, é dicir, filtracións interesadas, concepcións viciadas da realidade, intereses da empresa informativa que o emprega, etc.

Os medios de comunicación adoita chegar tal magnitude de materia prima informativa que a miúdo a tarefa primordial do xornalista xa non é a busca da noticia, como o foi antano, senón máis ben a selección do

que poida ter cabida na súa publicación. Oficinas de prensa, gabinetes de comunicación, grupos de presión, axencias informativas e «particulares interesados» ocúpanse de garantir que o fluxo informativo chegue de xeito ininterrompido ós medios de comunicación e que, incluso, chegue presentado nun formato de doada transformación a produto periodístico.

A maior parte deste caudal de datos nunca sairá a luz pública, xa sexa por falta de espacio/tempo materiais, por existir dúbidas sobre a súa fiabilidade ou por carecer de interese informativo. En cambio, algunha das informacións recibidas nos medios teñen asegurada a súa presenza nos produtos informativos finais posto que, ademais de cumprir exactamente coas esixencias deses criterios, resultan facilmente verificables ou, no seu defecto, atribuíbles. Son noticias que necesariamente aparecerán en tódolos medios a pouco que caian na súa área xeográfica e/ou temática de cobertura.

O xornalismo de investigación esixe a verificación de todos e cada un dos datos que obteñen durante a fase de busca informativa. Isto implica que para o *xornalista* non existan fontes fiables *per se* e que prefira sempre obter informacións de primeira man que declaracións opinativas de personaxes públicos.

Para un *xornalista* que non sexa de investigación, o feito de que unha fonte oficial faga unha determinada declaración, pode constituír por si mesmo unha nova. O xornalismo de investigación, en cambio, busca información que explique os feitos en si mesmos, e para iso non só conta coa colaboración das fontes oficiais, senón que a miúdo debe facer fronte ó seu pasivo segredismo ou á súa decidida oposición a que determinados acontecementos sexan do dominio público.

Outro elemento que hai que ter en conta no xornalismo de investigación, é a ruptura coas rutinas productivas do xornalismo de actualidade. Neste o *xornalista* transmite a información que puido recoller sobre un feito determinado no lapso de tempo transcorrido desde que tivo coñecemento del ata a hora do peche da próxima edición. Esta práctica parte do suposto de que o público necesita coñecer puntualmente os sucesos máis relevantes a medida que se van producindo.

A axilidade informativa constitúe, por tanto, un dos máximos valores do xornalismo convencional. O xornalismo de investigación non está sometido á servidume que impoñen os peches de edición. A súa función non é a de informar o antes posible, senón a de informar sen fisuras e con absoluto rigor. Non importa cánto se tarde en elaborar unha reportaxe de investigación, o que conta é que se clarexe un acontecemento confuso ou se saque á luz pública un feito descoñecido a partir do manexo de datos rigorosamente verificados e contrastados.

Esta relatora rematou afirmando que se o xornalismo de investigación sobreviviu ós vertixinosos cambios da profesión, por un tempo su-

perior a un século é, precisamente, pola impecabilidade da súa metodoloxía de investigación e pola forte concepción ética que desprende esta modalidade periodística.

**Javier Fernández del Moral**, catedrático de xornalismo da Universidade Complutense de Madrid, pronunciou un relatorio sobre *as técnicas de especialización para facer xornalismo*. En canto ó concepto de especialización periodística, salientou que é un concepto polisémico. A especialización pódese definir de diversas maneiras: unha delas é que calquera *xornalista* é un especialista en xornalismo.

A mensaxe periodística especializada debe orientarse cara a audiencias concretas. O *xornalista* especialízase para loitar contra a especialización do colectivo. Polo tanto, a especialización periodística aparece como unha arma eficaz para loitar contra a parcelación, contra a especialización e, en definitiva, contra a incomunicación que ofrece a perspectiva mosaical que, dalgún xeito, dá un mundo de coñecementos especializados como é este. Aquí temos unha tendencia que o *xornalista* especializado debe ter como prioritaria: esa visión global, esa visión que efectivamente de sentido a cada unha desas pezas, xa que se consideramos cada unha desas temáticas: a información científica, a información económica, a información de temas culturais; como unha peza dun mosaico, os *xornalistas* especializados o que non deben facer é meterse nunha desas pezas para quedar comodamente dentro dela, senón precisamente para dar a coñecer ó resto da sociedade o que significa eso, o que está a ofrecer no conxunto do mosaico para que a visión que lles chegue sexa unha visión coherente.

Tamén se referiu ás técnicas de especialización temática e salientou que son o xeito de especializar ós *xornalistas*. A especialización que se lle pide ó *xornalista* é por ámbito temático, non por ámbito tecnolóxico. A antiga especialización por medios: prensa, radio, televisión, etc. non ten futuro, porque implica unha estrutura mediática moi limitada e non contemplaba as novas estruturas empresariais nin as empresas de carácter multimediático.

Estas empresas de carácter multimediático favorecen a especialización periodística porque o *xornalista* ten a posibilidade de aplica-lo seu traballo en distintos medios de comunicación.

Esa especialización temática esixe unhas técnicas:

1º.- Manexo das fontes informativas. Un *xornalista* especializado é crítico coas fontes de información.

2º.- Manexo das bases de datos, manexo da información. O *xornalista* especializado ten que estar pendente de toda a información dispoñible sobre esa temática e tela, dalgún xeito, como referencia. É fundamental

que a nova non perda a súa contextualización. A veracidade da información esixe a contextualización e isto hai que facelo con todo o coñecemento dispoñible presente.

3º.- Xestión do coñecemento, que é un xeito de lle chamar á utilidade coa que se lle saca rendemento a tódolos coñecementos que teño na miña empresa ou institución. Polo tanto, a xestión do coñecemento é sinónimo de optimización dun coñecemento útil. Así, o *xornalista* é un xestor do coñecemento público sobre un determinado acontecemento específico que está contextualizado nunha especialidade; polo tanto, xestiona-lo coñecemento desa parcela, desa especialización, é o que está a pedi-la audiencia a través dos medios de comunicación.

4º.- Tratamento periodístico da información especializada. Hai diferentes niveis de especialización, non se pode un dirixir do mesmo xeito a todo tipo de audiencia, depende do seu grao de especialización, e para os distintos niveis hai unha serie de parámetros óptimos que hai que utilizar: tipo de texto que hai que empregar, terminoloxía, etc.

En canto á formación dixó que moitos expertos en medios que chegan á conclusión de que o futuro do xornalismo pasa pola especialización temática. Para isto, as facultades deben tratar de ofrecérlle-la posibilidade ós alumnos de que se formen orientándose xa cara a unha especialización temática. Os alumnos deberían ir tendo noticia de tódalas áreas temáticas para poder ir elixindo. Primeiro deben ser especialistas en xornalismo (licenciados en xornalismo), xa orientados por algún ámbito temático, para que logo poidan levar a cabo unha especialización temática.

Estas xornadas remataron co relatorio de **Pilar Diezhandino Nieto**, catedrática de xornalismo da Facultade de Humanidades, Comunicación e Documentación da Universidade Carlos III de Madrid, dedicado ó *xornalismo nos tempos da Internet*.

Esta relatora salientou que a primeira páxina dun periódico *online*, non é nin moito menos a portada á que estamos acostumados, non determina a importancia das novas, como é habitual no medio impreso. O título adoita ter un tamaño uniforme aparece nun simple parágrafo. O índice é moi útil para a lectura sen outras pautas que a inclinación do gusto e o interese persoal, pero esa utilidade non é comparable coa orientación da lectura sobre a base do valor noticioso.

O *online* ten grandes vantaxes: presenta unha grande variedade de contido, moito máis que a versión papel, incorpóranse enlaces entre novas soltas e os aspectos que máis poden interesar delas, e sitios Web que completen a información, información de días anteriores, constantes actualizacións...



Tanto a estrutura do menú coma os enlaces, permiten ós lectores identificar rapidamente temas na liña dos seus intereses e afondar neles. A rede creou unha estrutura paralela que lle dá ós lectores máis capacidade de elección e control do que len.

Estes elementos interactivos do *online* que substitúen a vantaxe da orientación sobre o maior ou menor interese dunha historia significa que os editores poden exercer menos influencia sobre o que é e cómo a xente coñeza sobre asuntos públicos. En cambio, ofrecen máis flexibilidade para personalizar o consumo de noticias e nese sentido adquirir coñecemento do que persoalmente interese ós usuarios, con indiferencia da valoración das novas dos editores.

En relación cos recursos que presenta a Internet, a relatora sinalou que temos que partir dunha realidade insostible xa que a rede ofrece tres grandes recursos: a interactividade, o hipertexto e o multimedia.

A interactividade é a clave do novo paradigma mediático. O que agora ofrece a tecnoloxía é a posibilidade de ser interactivos gracias ós sistemas dixitais. Pero unha cousa é dispoñer de recursos tecnolóxicos que fan posible unha acción e outra que a acción se execute como libre iniciativa persoal.


A revolución interactiva multimedia é a pegada do noso mundo. Revolución baseada nunhas tecnoloxías asentadas na dixitalización que se dirixen á comunicación persoal, a información á carta, para un cliente ó que se lle supón ben dotado tecnoloxicamente, un cliente participante, activo, selectivo.

O hipertexto é esa posibilidade de expandirse en ramificacións que van abrindo espazos para a información complementaria, aclaratoria, os antecedentes, complementos para o coñecemento que poden crearse tanto no mesmo servizo informativo ou conectarse con calquera sitio da rede. A ruptura coas secuencias e a linearidade do relato impreso ou audiovisual, todo canto signifique abrir ventás, desprezar páxinas e páxinas de interese no tema aberto. Todo isto require unha necesidade superior á dos medios tradicionais no proceso de selección e definidor dos aspectos ou momentos de interese no relato, pero pode romperlo control do proceso cognitivo por unha banda, e por outra, dependendo de quen decida onde abrir os links estará decidindo onde pode e debe o usuario facer fíncapé no seu proceso de información.

O multimedia, visto como a definitiva revolución nas telecomunicacións: múltiples canles, combinacións ou modalidades ou sentidos e medios de transmisión na emisión dunha mensaxe. Voz, música, texto, gráficos, animación e vídeo, usados dunha maneira integrada para emitir un produto.

Véñse considerando o multimedia como o efecto realce na aprendizaxe das mensaxes online. Ninguén parece ter dúbida sobre a súa capa-



cidade de xerar impresións positivas nas mentes dos usuarios. Pártese da convicción de que conduce a unha mellor comunicación e a efectos beneficiosos. A información presentada en varias modalidades contribúe positivamente no proceso cognitivo e realza a posibilidade de almacenala na memoria. 



## CURSO DE VERÁN SOBRE ASPECTOS URBANÍSTICOS DO TURISMO

(Sada (A Coruña), 18 e 19 de xullo de 2001)

M<sup>a</sup> del Carmen Silva López

Avogada

As tendencias e preferencias tradicionais do «turista» cambiaron nestes últimos anos. Agora van encamiñadas cara a outros tipos, como o turismo rural, o deportivo, tanto costeiro como de interior, o cultural, de puro ocio (de aí a aparición dos parques temáticos), simplemente gastronómico, invernál, etc. Estas novas tendencias deben ser tidas en conta á hora de planificar as necesidades formativas, económicas, industriais, pero tamén se deben ter presentes as dotacións e infraestructuras que equilibren a demanda á oferta coa calidade necesaria. E é aquí onde o urbanismo, no seu máis amplo sentido, está chamado a xogalo esencial e determinante papel que imos estudar. É imprescindible a conxunción de turismo e urbanismo á hora de lograr un turismo lóxico, respectuoso co medio e de calidade, e son as administracións xestoras do urbanismo as que deben coñecer as súas necesidades e buscar a mellor solución e a forma de aplicalas mellor.

\* \* \* \* \*

A Escola Galega de Administración Pública xunto co Concello de Sada e a Universidade da Coruña organizaron conxuntamente estas xornadas que tiveron lugar no auditorio da Casa da Cultura do concello de

Sada, que permitiu o seu desenvolvemento de maneira descentralizada, fóra da sede central da EGAP en Santiago de Compostela, os días 18 e 19 de xullo de 2001. As xornadas contaron cunha nutrida asistencia de máis de trescentas persoas. Durante a súa duración, destacados relatores galegos e españois, expresaron as súas posturas sobre esta importante materia, cunha gran transcendencia na actualidade, e máxime na época e no lugar no que se levaron a cabo.

Estas xornadas foron inauguradas polo director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro**, quen despois de dárle-la benvida e agradece-la presenza do público asistente e a colaboración dos recoñecidos expertos, resaltou o seu recoñecemento ó concello de Sada e as súas autoridades por lles permitir, unha vez máis, a realización do curso de verán nesa fermosa localidade e nese magnífico escenario, como é a Casa da Cultura de Sada. Tradición colaboradora que vai a ter continuidade no futuro segundo o recente convenio de colaboración asinado entre estas dúas institucións. Ademais salientou como novidade ó presente curso, o respaldo académico da Universidade da Coruña segundo o Acordo adoptado pola Comisión do Plan de Estudos. Afirmou o director que o tema sobre o que versa este curso, conxunción do turismo e urbanismo, encaixa perfectamente neste concello, polo seu indubidable e atractivo turístico de Sada, e polo seu porto que conta cunhas modernas e completas instalacións.

O alcalde de Sada, **Ramón Rodríguez González**, pola súa parte, agradeceu ó director da EGAP a especial atención prestada ó Concello de Sada, e felicítouno pola eficaz e intensa labor que vén realizando desde a EGAP, cubrindo tódolos sectores da Administración, e en especial, a Administración local con temas de especial relevancia. Segundo o alcalde, Sada é un dos concellos que se empeñou na creación, reforma e desenvolvemento da vila para poder ofertar coas novas infraestructuras, unha boa calidade de servicios, que xunto coa beleza da paisaxe que ofrece a baía, seducen ó máis escéptico visitante. E, por último, agradeceu a especial atención prestada polo presidente da Xunta, Manuel Fraga, pola súa presenza.

Pola súa banda, **Manuel Fraga**, presidente da Xunta de Galicia, salientou que turismo e urbanismo van da man como dous elementos esenciais de calquera planificación política e económica. O desenvolvemento equilibrado do turismo conta co urbanismo como ferramenta fundamental, e este a súa vez, ten no turismo como un dos eidos centrais de actuación. A planificación urbanística está a xogar un papel esencial no desenvolvemento turístico sostible.

Galicia conta cun patrimonio natural e arquitectónico excepcional, de incalculables valores paisaxísticos e naturais, que constitúen un activo económico de primeira magnitude, mais hai que coidalos. As políticas de ordenación do territorio e urbanismo deben estar orientadas a utilización racional do solo, a potencia-lo desenvolvemento equilibrado e sostible do territorio e a xestionar responsablemente os recursos naturais e o patrimonio construído.

A paisaxe constitúe un sinal de identidade do noso territorio. É ademais un obxectivo básico para a calidade de vida da poboación, e ó mesmo tempo, un activo de competitividade cara ó futuro. Por iso é esencial que protexámo-los seus valores e restaurémo-las agresións producidas na medida do posible. Amais temos que ter en conta que a paisaxe é o principal recurso turístico de Galicia.

A construción e recuperación do patrimonio cultural construído, debe xogar un papel primordial na dinamización económica de Galicia e constituír un polo de atracción do turismo cultural. Este novo turismo é un dos eidos nos que se está a incidir desde a Xunta, para a posta en valor dos nosos recursos monumentais, xa que o seu aproveitamento turístico é tamén garantía da súa conservación.

A calidade urbana das nosas cidades e vilas demanda a mellora dos espazos públicos e de relación, parques, xardíns, e de equipamento colectivos dedicados a actividades culturais, (fixo referencia á Casa da Cultura de Sada), deportivas e turísticas, que contribúan ó mesmo tempo a mellora-la calidade de vida dos nosos cidadáns e a construír unha infraestrutura turística en condicións.

En definitiva, a planificación urbanística debe prestarlle atención primordial a aqueles aspectos que constitúen un recurso económico de atracción do turismo, sexa rural, cultural, termal, náutico, relixioso, natural, fundamentado nos seguintes piares:

- A protección, conservación, mellora e posta en valor do medio rural de Galicia, fomentando a utilización e o uso do medio natural e do seu potencial turístico, preservando e recuperando as paisaxes rurais e as belezas naturais dos usos e actividades en construción.
- A conservación e rehabilitación de núcleos históricos das nosas cidades e vilas, a morfoloxía dos asentamentos rurais tradicionais, a arquitectura popular ou de valor cultural.
- A mellora dos espazos públicos e de relación social e dos equipamentos e adaptacións urbanísticas, asegurando a súa flexibilidade, funcionalidade e axeitada integración na estrutura rural.
- A localización ou ordenación adecuada de espazos reservados para actividades turísticas de interese como os balnearios, os portos deportivos, ou os campos de golf.

Terminou dicindo que a realización de iniciativas como este curso de verán sobre aspectos urbanísticos do turismo, é un bo xeito de comunicarlle á sociedade a necesidade de acadar un desenvolvemento turístico harmónico, que sexa compatible co medio, xa que o que é bo para o turismo é bo para o nivel de vida de todos.

A conferencia inaugural do curso de verán correu a cargo da subdirectora de Fomento da Dirección Xeral de Turismo da Xunta de Galicia, **Pilar Morgade Saavedra**, en substitución de Aurelio Miras Portugal, director xeral de Turismo da Xunta de Galicia, por non atoparse nestas datas na nosa comunidade, quen falou sobre a Lei de ordenación e promoción do turismo de Galicia e o seu desenvolvemento regulamentario. Empresas e actividades turísticas.

No marco de relación entre o turismo e a planificación urbanística é no que xorde a actual normativa que se aplica para a ordenación e a promoción do turismo en Galicia. Bastarían uns datos para constata-la importancia do turismo e que xustifican os cambios de acción que está a leva-la Xunta. O turismo representa nestes momentos o 10% do PIB galego, cifra inferior á media estatal que acada un 11,4%. Con respecto ó emprego, a poboación ocupada directamente no sector ascende a unhas 117.456 persoas, que representan un 12% do total do persoal activo de Galicia. Ademais contamos con case 2.600 aloxamentos turísticos, o que representa o 9,4% do total estatal. No que se refire a hoteis de tres, catro e cinco estrelas, contamos con 133 establecementos hoteleiros, o que representa un 4,2% do total do Estado.

A complexidade que caracteriza ó sector turístico esixiu unha regulamentación mediante unha lei de carácter xeral que lle outorgase coherencia. A ninguén se lle escapa a dificultade de regulamentar con carácter xeral suxeitos, empresas e actividades tan dispares como as que abrangue o complexo sector turístico. Así, partindo da consideración do turismo como un sector estratéxico dentro do marco global da economía de Galicia, con capacidade para mellora-las relacións externas e xerar rendas e emprego, nace a Lei 9/1997, do 21 de agosto, de ordenación e promoción do turismo de Galicia. Esta lei dítase en exercicio dunha competencia exclusiva en materia de promoción e ordenación do turismo que se lle atribúe ó amparo do artigo 27.21 do Estatuto de Autonomía de Galicia.

Explicou a relatora as importantes razóns polas que se dictou a Lei 9/1997, que xurdiu para poder sistematizar, ordenar toda a variedade de normas que estaban nacente para regular o sector turístico. Ten un dobre propósito, por un lado, defende-lo noso crecemento equilibrado da oferta turística e o axeitado desenvolvemento da actividade das empresas, e por outro, favorece-la modernización, a mellora da calidade.



Despréndense dúas características fundamentais desta lei: o seu carácter xeral e a súa vocación de permanencia temporal. Na súa exposición de motivos establécense outros obxectivos que veñen a xustifica-la desaparición da normativa que existía ata ese momento e que, nalgúns casos, é absorbida por esta nova lei.

A lei está estruturada en sete capítulos, con 102 artigos, tres disposicións adicionais, catro transitorias e unha derogatoria que derroga a Lei 6/1992 de disciplina turística e dúas finais.

O título I desenvolve o obxecto e os suxeitos da lei. O título II refírese ás competencias en materia de turismo. Creáronse dous importantes instrumentos de ordenación e planificación turística que constituíron o piar da actuación administrativa. O primeiro é o Plan galego de promoción do turismo, que fixa as directrices básicas e os criterios de actuación específica para a promoción das diferentes rutas do Camiño de Santiago. O segundo, é o Plan de ordenación turística, que será o encargado de defini-lo modelo de desenvolvemento turístico. Tamén se regula a figura do Consello Galego de Turismo, que é un órgano consultivo asesor e colaborador da Xunta de Galicia en materia de turismo. No título III recolle os dereitos e deberes en materia turística, tanto dos usuarios turísticos coma das empresas. A ordenación da oferta turística defínese no título IV. Un concepto básico do desenvolvemento da actividade turística é a protección do medio natural, con especial atención á prevención da contaminación. A promoción e o fomento do turismo recóllese no título V, que lle corresponde á Xunta de Galicia. A disciplina turística, é dicir, as infraccións, as sancións, a inspección turística e o procedemento sancionador está recollido no título VI. O último título da lei, o VII, relativo á arbitraje, permite que as persoas físicas ou xurídicas poidan someterse voluntariamente á decisión dun ou de varios árbitros para resolve-los conflitos que xurdan.

Un dos aspectos innovadores da lei é a creación do Consello Galego de Turismo que é un órgano asesor e consultivo en materia de política turística e permite a actuación non só da Administración, senón tamén daqueles sectores económicos e sociais e os organismos relacionados co turismo.

Conságrase ademais na lei a Sociedade de Imaxe e Promoción do Turismo de Galicia, Turgalicia SA, que xa fora creada anteriormente, pero que neste momento aparece recoñecida como o ente especializado na promoción turística de Galicia.

Ó longo de todo o texto legal conséntase unha grande sensibilización sobre a protección do medio natural e cultural das zonas turísticas, sobre todo á hora de recoñecer un municipio como turístico. Tamén é salientable a posibilidade de declarar localidades, municipios, comarcas ou áreas territoriais como de preferente uso turístico. Ó longo tamén de

todo o texto subliñase o principio de unidade de explotación das empresas turísticas, é dicir, o sometemento a unha única unidade empresarial da actividade de explotación turística en cada aloxamento. Busca garantir unha única titularidade empresarial dos establecementos turísticos, evitando situacións fraudulentas ou de competencia. Tamén é importante a orientación que o texto dá para garanti-la calidade dos servizos, a das instalacións e a capacidade do persoal.

Acabou facendo unha mención ás empresas e actividades turísticas que a propia lei reconece: empresas de aloxamento turístico, establecementos hoteleiros, apartamentos turísticos, cidades de vacacións, campamentos de turismo, aloxamento en réxime de aproveitamento por quenda, establecementos de turismo rural, vivendas turísticas de vacacións. E estarían excluídas as residencias de tempo libre e as residencias xuvenís.

O seguinte relatorio presentouno José Manuel Díaz Lema, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Valladolid, sobre «a construción de instalacións turísticas e o territorio: réxime xurídico dos usos urbanísticos e construcións permitidas en solo non urbanizable».

O uso intensivo de amplos espazos do territorio español para fins turísticos desde o ano 1960 estaba chamado a influír na lexislación urbanística. Dous foron os grandes modelos nos que se plasmou esa complexa relación entre o turismo e a lexislación urbanística.

O primeiro modelo caracterízase polo intento de crear unha normativa especial para as zonas turísticas, en grande medida á marxe da normativa común ou xeral de ordenación urbana. Este modelo reflectiuse na Lei de centros e zonas de interese turístico nacional do 28 de decembro de 1963. O máis destacado desta ordenación urbana por razóns turísticas residía na competencia para a súa tramitación e sobre todo para a súa aprobación, que lle correspondía ó Consello de Ministros. Producíase un importante desprazamento competencial cara á Administración do Estado nunha materia como o urbanismo que desde sempre tivo un forte compoñente local.

A convivencia entre a Lei de centros e zonas de 1963 e a Lei do solo de 1956 non foi nada fácil. Nos primeiros anos 70 veuse a necesidade de lima-las especialidades desta lexislación turística incorporándoa á lexislación común do solo. Este é o segundo modelo que trata de incorporar-las construcións turísticas e as súas singularidades ó réxime común da ordenación urbana, e por el decantouse a reforma da Lei do solo de 1975 e o Texto refundido da Lei do solo de 1976.

Hoxe é impensable construír unha lexislación turística ó marxe do marco competencial local. A lei de 1963 serve unicamente de referencia histórica dun modelo de relación entre ambas lexislacións.

A plena inserción das construcións turísticas dentro da lexislación urbanística común non impediu que houbera certas particularidades. Referiuse o relator a dous aspectos relativos á planificación e á xestión urbanística. O noso dereito regula os chamados plans de iniciativa particular, isto é, plans parciais cunha iniciativa que procede dos particulares ou promotores. Na práctica esta figura de planeamento tivo unha grande repercusión nas urbanizacións turísticas, xa que unha parte moi importante das urbanizacións turísticas do litoral español leváronse a cabo no marco destes plans. Pode dicirse neste sentido que a pegada do privado nas urbanizacións urbanísticas é en termos cuantitativos moito máis elevada ca no resto da urbanización e edificación en España. Isto vai enlazar co novo réxime do solo que pretende impoñe-lo lexislador estatal, e que se caracteriza pola liberalización do solo e o outorgamento dun protagonismo ós propietarios ou promotores.

A nova lexislación do solo estatal plasmada na Lei 6/1998 e reformada polo Decreto lei 4/2000 constitúe o marco idóneo para encamiña-lo dinamismo propio das urbanizacións turísticas. A Lei 6/1998 modificou a clasificación do solo, mantendo o solo urbano, reduce o non urbanizable ó protexido por razóns ambientais ou preservado por razóns económicas, de tal maneira que o resto do solo pasa a engrosa-lo solo urbanizable. Ó mesmo tempo, recoñéceselles ós propietarios o dereito á transformación do solo urbanizable, de tal modo que a aprobación dos plans parciais presentados polos particulares son de aprobación regrada polo concello. Tamén se lles impón, con carácter adicional ós propietarios, o custo das infraestructuras de conexión cos sistemas xerais existentes no artigo 18, o que evidentemente encarecerá as obras, pero correrán a cargo dos propietarios, e non do resto da poboación municipal. En definitiva, todo o sistema se decanta cara a fórmulas privadas.

Terminou xa o relator dicindo que o esquema liberalizador da lexislación estatal ten un flanco débil que poderíamos denominar déficit de planificación. Mais aquí radica o reto que nos próximos anos deben acomete-los técnicos: definir mecanismos de planificación máis áxiles, capaces de absorbe-las iniciativas que se presenten e sen que isto represente unha ruptura da ordenación do espazo. Neste difícil equilibrio deberá desenvolverse a Lei 6/1998 e por conseguinte as urbanizacións turísticas.

A primeira relatora da tarde foi a profesora titular de dereito administrativo e secretaria xeral da Universidade da Coruña, **Marta García Pérez**, que expuxo o tema sobre «o réxime xurídico das costas e a súa influencia no urbanismo turístico».

Comezou a relatora facendo unha exposición xeral sobre a situación da costa, para logo incidir nun dos problemas fundamentais nesta mate-

ria, a distribución de competencias no marco do estado autonómico, e logo esmiuzou algúns preceptos da Lei de costas.

Durante moitos anos a grave ausencia de concienciación do medio natural por parte dos gobernos e dos cidadáns, e unido á expansión económica que se produciu no borde marítimo, provocaron unha serie de prexuízos que están á vista. Mais desde hai un tempo, a idea de protexela costa está na mente dos cidadáns e na Administración. Por outra banda, a Constitución Española<sup>1</sup> naceu en medio dun panorama desolador no que o dominio público marítimo terrestre se refire. O auxe do litoral veu fomentando ocupacións indiscriminadas, moitas veces no medio dunha forte polémica inacabada sobre a apropiación do dominio público, e moitas veces tamén ante a pasividade da Administración que non soubo reaccionar ante usurpacións e especulacións. Por iso foi tan importante o artigo 132 da CE que aborda directamente a cuestión do dominio público e proclamou varios principios rectores do seu réxime xurídico. Fálase na CE da inalienabilidade, da imprescritibilidade e da inembargabilidade. Dise que se lle reserva á lei a regulación da desafectación e a determinación dos bens que sexan de dominio público. Engádesse que, en todo caso, serán bens de dominio público estatal a zona marítimo terrestre<sup>2</sup>, as praias, o mar territorial<sup>3</sup> e os recursos económicos da zona económica e a plataforma continental.

Despois da CE, no 1981, aprobouse a Carta Europea do Litoral que é a mostra de claras intencións e que serviu para iniciar un período de rexeneración do litoral. Había unha necesidade de conciliar protección e desenvolvemento, e a idea era conseguilo a través do que se chamou a ordenación integral.

O lexislador español de 1988 declara a demanialidade das costas marítimas. Ademais presenta ante a opinión pública un texto normativo que viña a substituír á insuficiente e fragmentaria regulación anterior. Faino centrándose nun precepto da CE, o artigo 45, que proclama o dereito a un medio natural adecuado, optando por unha concepción distinta do dominio público, baseada principalmente en criterios de protección, de conservación, de rexeneración, que se atopa no fundamento mesmo da institución demanial. É unha lei que fai unha aposta importante por facer prevalece-las ideas cardinais que están na propia institución do dominio público. En primeiro lugar, garanti-lo uso público da costa, que significa evita-las apropiacións privadas dos enclaves na costa. En segundo lugar, conserva-las características naturais da costa.

<sup>1</sup> En diante CE.

<sup>2</sup> En diante ZMT.

<sup>3</sup> En diante MT.

Citou tres condicionamentos presentes na costa:

1. A regulación dun espacio físico.
2. A súa condición de dominio público estatal, declarada así pola CE, cousa que presenta problemas competenciais.
3. A franxa costeira dun territorio, a costa, percorre sen solución de continuidade cada un dos metros cadrados onde se produce o contacto da terra co mar. Este feito físico non respecta deseños competenciais, nin parcelamentos administrativos, nin sequera voluntarismos políticos por moi lóxicos que sexan os fins perseguidos.

Partindo destas tres realidades comezou a análise dos problemas que xorden sobre o dominio público marítimo terrestre. Desde a perspectiva da aplicación das normas, as de dominio público e as de dominio público marítimo terrestre, foron protagonistas dunha intensa loita de competencias; primeiro entre as competencias centrais e as locais no marco dun estado unitario e actualmente desde a CE, incluso coa incorporación da Administración autonómica a esta loita de competencias, xeralmente fronte ó Estado, pola declaración de dominio público estatal do seu artigo 132.

Falou de dúas regras competenciais fundamentais enunciadas polo Tribunal Constitucional<sup>4</sup>:

1. O concepto non absoluto de competencias exclusivas, no sentido de que ó formar parte do bloque da constitucionalidade, é necesario poñelas en relación con outras competencias que poden ocupar outros entes en razón doutros títulos. Competencias concorrentes cando varios títulos inciden sobre un mesmo espacio físico, que é o caso de dominio público marítimo terrestre.

2. A condición de dominio público non é un criterio utilizado pola nosa CE para atribuír competencias, xa que non aparece nin no artigo 148 nin no 149, que son os que distribúen as competencias entre o Estado e as comunidades autónomas.

Está no artigo 132 e é, como di o TC, un título de intervención que faculta ó titular do dominio público a exercer un feixe de potestades pero sempre dirixidas ós fins propios do dominio público, é dicir, protexer e conserva-la costa. Máis alá destas facultades, a utilización do dominio público como criterio competencial sería absolutamente ilexítima. É un título que lle atribúe facultades ó seu titular, ó Estado, para os fins que regula a Lei de costas no seu artigo 1: «a determinación, a protección, a utilización e a policía do dominio público marítimo terrestre». O Estado, como titular do dominio público, ten que determinar cál é o do-

<sup>4</sup> En diante TC.



minio público, defínilo, ten que establece-los procedementos de afectación e desafectación, e regula-las formas de uso do dominio público. Sen embargo, hai outras potestades máis controvertidas na Lei de costas que poderían ser exercidas por outros entes que teñen competencias máis próximas atribuídas na CE.

Centrouse despois na ordenación do territorio e do urbanismo como competencia que se lles atribúe ás comunidades autónomas no artigo 148 da CE, e os seus choques co título demanial que defende ó seu favor o Estado. Segundo o artigo 148.1.3 da CE, as comunidades autónomas poderán asumir competencias nas seguintes materias: ordenación do territorio, urbanismo e vivenda. En palabras do TC, referíndose á confluencia de actuacións autonómicas e estatais sobre o mesmo territorio, dixo o seguinte: «o lexislador estatal non só está facultado, senón obrigado a protexe-lo dominio público marítimo terrestre para asegurar tanto o mantemento na súa integridade física e xurídica coma o seu uso público e os seus valores paisaxísticos.

Estas finalidades que ampara o artigo 45 CE non poden acadarse sen limitar ou condiciona-las utilizacións do demanio e do uso que os seus propietarios poden facer dos terreos lindantes con el e en consecuencia, tampouco sen incidir sobre a competencia para a ordenación do territorio que teñen as comunidades autónomas costeiras. É dicir, o TC está afirmando que o título do dominio público opera como un límite para as competencias autonómicas sobre a ordenación do territorio.

O lexislador de 1988 era consciente de que non se podía protexe-lo dominio público sen protexe-lo seu medio, que significa protexe-lo mar, a terra, pero tamén protexe-las propiedades lindantes co dominio público, case sempre propiedades privadas. Así, o lexislador de costas, foi máis alá da liña interior da ribeira do mar, fixo incursións terra a dentro, regulou as servidumes administrativas e púxolle limitacións á propiedade privada, pero lindante co dominio público. Polo tanto, son dúas perspectivas diferentes que presentan problemas diferentes, pero que levan a conclusións conxuntas. Unha, o urbanismo turístico sobre o dominio público, e despois o urbanismo turístico nas propiedades lindantes co dominio público.

#### 1. Problemas que se presentan no urbanismo turístico sobre o dominio público:

Centrouse a relatora nos problemas competenciais entre o Estado e os municipios no dominio público: o Tribunal Supremo sobre a base de distinguir dous conceptos, a idea da propiedade, por un lado, e a idea de xurisdicción ou competencia por outro, propiedade fronte a competencia, resolveu múltiples problemas de carácter urbanístico sobre a ZMT. Dixo o Tribunal Supremo que así como a un propietario calquera



non lle basta con amosa-lo título de propiedade para edificar no seu terreo, tampouco ó Estado «propietario» da ZMT lle chega con invocar esta condición de propietario para urbanizar no dominio público, xa que é parte dun territorio municipal sobre o que o ente local exerce as súas competencias urbanísticas. Por iso, é lóxico que tamén nestes casos se lle esixa ó Estado propietario a correspondente licenza municipal. Esta teoría falla levada ós seus extremos. Puxo un exemplo: a existencia de licenza de obras para as construcións realizadas sobre un lugar concreto do dominio público, o MT, obras realizadas no mar. ¿É necesario para este tipo de obras a licenza municipal? O Tribunal Supremo aplicou a doutrina *ius privatista* da accesión e distinguiu en todo proceso de construción sobre o MT dúas fases diferenciadas: nunha primeira, fase inicial, a competencia é exclusiva do Estado para outorga-las concesións de construcións dentro do mar. Son obras sobre un elemento que baña a costa, pero aínda non é termo municipal, e polo tanto non hai competencia atribuída ós concellos. Na segunda fase, fase posterior, cando como consecuencia das obras os terreos que se lle gañan ó mar se unen ó termo municipal -técnica da accesión- eses terreos pasan a formar parte del e para construír será necesaria a licenza municipal correspondente. Esta é, para o Tribunal Supremo, a única solución posible. Mais esta idea levada ó seu extremo é absurda. ¿Que sucedería no caso de que a Administración estatal pretendere construír no MT sen que en ningún momento a construción accedese fisicamente ó termo municipal, aínda que se achegara de forma abafante? ¿Non tería nada que dicir o termo municipal? No fondo da cuestión latexan dous dilemas: o primeiro, qué hai que entender por territorio desde formulacións costeira-urbanísticas; o segundo, ónde acaba a protección do litoral e ónde comeza a ordenación do territorio.

O TC tivo que facer fronte a este tipo de interrogantes. Fíxoo nunha sentenza clave sobre a Lei de costas: STC 149/1991. Nun primeiro momento provocou unha especie de espellismo porque se refería ó litoral da seguinte forma: atopámonos ante dous interrogantes diferentes do disposto no artigo 148.1.3 da CE, unha interpretación máis restrictiva e sen apoio na letra do precepto, para a cal o concepto de territorio non inclúe o de litoral; outra máis ampla e congruente có texto constitucional, para a cal o litoral forma parte do territorio das comunidades autónomas costeiras. O contido mínimo do litoral é claro para o TC: polo menos forman parte do litoral a ribeira do mar e as zonas de protección e influencia. Segue dicindo que a competencia autonómica sobre ordenación do territorio non se estende ó mar. Polo tanto, ordenación do territorio é ordenación do litoral, pero o litoral a estes efectos non comprende o MT.

Se trasladamos todas estas reflexións á esfera local, a pregunta é a seguinte: ¿ata onde chega a competencia das corporacións locais sobre a

ordenación urbanística? Ó seu xuízo, a noción de interese municipal é a que ten que defini-la competencia. O propio artigo 137 CE apoia esta interpretación cando afirma a autonomía dos municipios para a xestión dos seus respectivos intereses. Desde logo, a unha corporación non lle é indiferente a instalación no seu termo municipal dun porto deportivo, nin moito menos, a súa extensión, as súas instalacións, os seus servizos... Por iso considera que é preciso xeneralizar, aínda en contra da corrente xurisprudencial maioritaria, a esixencia de licenza municipal desde a primeira decisión de construción deste tipo de obras. O contrario suporía opoñerse ó dereito que se lles reconece ás corporacións locais para xestionar os seus respectivos intereses.

## 2. Problemas do urbanismo sobre os terreos lindantes co dominio público:

Nestes casos, non se trata de terreos de dominio público, son terreos lindantes co dominio público. Así, o Estado non pode invocar o título de dominio público para xustificar certas intervencións, aínda que non por iso o lexislador estatal deixou de exercer tal intervención sobre esta zona, normalmente impoñendo esixencias, establecendo prohibicións ou condicionando as actuacións doutras administracións. O Estado non utiliza o concepto de dominio público para lexitimar estas actuacións, mais utiliza outros títulos que aparecen no artigo 149 da CE:

■ Artigo 149.1.1: a igualdade de tódolos españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes constitucionais. Dise, por un lado, que é necesario asegurar unha igualdade básica no exercicio do dereito a gozar dun medio natural adecuado ó desenvolvemento da persoa (art. 45 CE). Isto lexitima tódalas normas do Estado destinadas a garantir, en condicións basicamente iguais, a utilización libre, pública e gratuíta do dominio público para os usos comúns. Pero ademais dise neste mesmo título que a igualdade de tódolos españois permite asegurar a integridade física e as características propias da ZMT para garantir a súa accesibilidade, e por iso, é lexítimo impoñer servidumes sobre os terreos lindantes e limita-las facultades do propietario, aínda que se afecte directamente ó dereito de propiedade.

■ Artigo 149.1.23: o Estado ten a competencia exclusiva para a lexislación básica sobre protección do medio natural, sen prexuízo das posibilidades que teñan as comunidades autónomas de establecer normas adicionais de protección.

O TC fixo moitos esforzos para intentar aclarar estes dous títulos competenciais, e sen embargo, a interpretación da expresión «protección do medio natural» non sempre deixa a salvo as competencias autonómicas e supón, na práctica, unha nada satisfactoria redución do marco de com-

petencia autonómico en beneficio das competencias estatais. Un exemplo atopámolo no artigo 25 da Lei de costas que regula os usos prohibidos na zona de servidume de protección. Usos prohibidos por unha norma estatal. A xuízo do TC estamos ante o exercicio, por parte do Estado, dunha competencia para dictar normas básicas en materia ambiental. Deses usos, algúns teñen un claro contido ambiental, por exemplo o que aparece na letra c). Pero hai outras actividades prohibidas nas que dificilmente se pode ve-la competencia sobre o medio natural e máis ben podería haber outro tipo de competencias implicadas, neste caso, a de ordenación do territorio, urbanismo ou vivenda, que lles corresponden ás comunidades autónomas. Así a prohibición da letra a).

En definitiva, en determinadas ocasións, o artigo 149.1.23 supón unha vía ampliadora das competencias estatais no espazo físico do dominio público marítimo terrestre, e fóra del, nos terreos lindantes, esquecendo as competencias urbanísticas das comunidades autónomas.

Podería afirmarse que neste caso o dominio público marítimo terrestre se configura como un marco típico de concorrencia de competencias, e ante esta evidencia, a necesaria articulación dos ordenamentos que conforman o estado das autonomías esixe unha actuación coordinada. Hai unha técnica prevista na Lei de costas e unha doutrina do TC que poderían resolver-la articulación de competencias sobre o dominio público. É a técnica dos informes –artigo 112.a)–, que establece a competencia do Estado para emitir un informe preceptivo e vinculante en determinados casos, cando se trate de aprobar plans de ordenación do territorio. En actividades que son propias da ordenación do territorio e do urbanismo fixo que o TC se pronunciara sobre a posible vulneración de competencias autonómicas como consecuencia desa imposición dun informe preceptivo e vinculante.

O informe aparece regulado nos artigos 112 e 117 e distínguense dúas fases: en primeiro lugar, un informe inicial por parte do Estado á vista dun plan urbanístico que comprenda suxestións e observacións, antes da aprobación inicial do plan. En segundo lugar, un informe definitivo de carácter preceptivo e vinculante que emitirá a Administración estatal unha vez que finalice a tramitación do plan e inmediatamente antes da aprobación definitiva. ¿Que sucedería se o informe fose negativo? Nestes casos, di o artigo 117 que se abrirá un período de consultas para intentar chegar a un acordo. Se como resultado se modificase substancialmente o contido do plan, habería que somete-lo novamente á información pública e á audiencia dos organismos que interviñeran preceptivamente na súa elaboración. Se non se chega a un acordo, se o Estado non levanta o veto sobre o contido do plan, este non poderá ser aprobado. A xuízo do TC esta última afirmación hai que matiza-la. ¿Subordínase con esta regulación a aprobación dos plans ó que diga o Estado nese informe precep-

tivo e vinculante? A resposta debe ser, con cautela, que non. O TC sentou a seguinte doutrina: en efecto, e en contra do que as comunidades autónomas recorrentes parecen supor, non se subordina a aprobación dos correspondentes instrumentos de ordenación, sempre e en todo caso, á concorrencia de ámbalas vontades, senón só naqueles supostos nos que o informe desfavorable da Administración estatal verse sobre materias da súa competencia, é dicir, sobre un ámbito limitado, exposto cando a autora explicou o artigo 112.a). Só nestes casos, cando o informe desfavorable da Administración informe sobre materias da súa competencia, será indispensable abri-lo período de consultas para chegar a un acordo. Cando non sexa así, é dicir, cando o informe negativo trate sobre materias que a xuízo das comunidades autónomas exceden da competencia estatal, a busca do acordo non é xuridicamente indispensable. E, en consecuencia, poderá a Administración competente para a ordenación do territorio e do urbanismo, adopta-la decisión que proceda, sen prexuízo da posibilidade que ten a Administración estatal de atacar esa decisión por razóns de constitucionalidade ou de legalidade.

A intervención estatal ten que limitarse a verificar que o plan que se propón por parte da comunidade autónoma non dana a integridade física do dominio público. E o xuízo de valor sobre o contido e alcance do informe teno que facer a comunidade autónoma. Se esta considera que o Estado está actuando en exercicio das súas competencias non se poderá proceder á aprobación do plan. Mais se a comunidade considera que as reflexións vertidas pola Administración estatal no informe non se amparan no título demanial, é dicir, exceden das competencias do Estado, o plan poderá ser aprobado pola comunidade autónoma, e será a Administración estatal a que teña a carga de probar que ese plan vulnera a normativa costeira. Esta doutrina foi utilizada recentemente en materia de pesca, en relación coa Lei de pesca de Galicia.

A pesar dos anos transcorridos, hai moitas cuestións conflictivas que seguen favorecendo que sexan os tribunais os que teñan que tomar protagonismo neste grupo normativo que integra a Lei de costas, as súas disposicións de desenvolvemento e a normativa urbanística. Aínda están por resolver un bo número de cuestións de ámbito urbanístico. Mais do que se trata é de chegar á idea de lograr ordena-lo litoral.

Seguiu o curso co relatorio de **Francisco Jiménez de Cisneros**, profesor titular de dereito administrativo da Universidade Autónoma de Madrid, sobre «o réxime xurídico dos portos deportivos».

O profesor Jiménez de Cisneros baseou o seu relatorio no sistema actual do réxime xurídico dos portos deportivos, tanto no ámbito estatal coma en Galicia. Falou, en primeiro lugar dos aspectos competenciais para logo pasar a explicar, no contexto autonómico e constitucional, as

competencias en materia de portos deportivos e as referencias que se deben facer á STC 40/1998 sobre a Lei de portos do Estado e a mariña mercante, e o marco estatal básico que cobre esta concreta materia, que é a Lei de costas.

Empezou dicindo e deixando claro que os portos deportivos son de competencia exclusiva das comunidades autónomas, sempre que non sexan de interese xeral, porque así vén recollido no artigo 148 da CE e en cada un dos estatutos de autonomía. Significa isto que tódolos portos deportivos, os de refuxio e, en principio, tódolos portos pesqueiros son de competencia autónoma, e tamén o poden ser aqueles portos comerciais que non desenvolvan actividades de interese xeral. En cambio, correspóndelle ó Estado os portos declarados de interese xeral no anexo da Lei de portos de 1992 modificada en 1997. E puntualizou que nos portos de interese xeral tamén poden existir peiraos e instalacións deportivas dentro da zona de servizo. Isto presentou un problema de distribución de competencias e a Comunidade Autónoma de Galicia interpuxo un recurso de inconstitucionalidade contra a Lei de portos do Estado porque dicía que os peiraos deportivos dos portos de interese xeral tiñan que pasar a ser de competencia e titularidade autonómica. O Estado logrou unha sentenza do TC desestimatoria das pretensións de Cataluña, Galicia, as illas Baleares e Canarias, xa que confirmou que os peiraos deportivos nos portos de interese xeral son de titularidade estatal, e non autonómica, porque non formaban parte dos ditos portos deportivos, son instalacións dun porto de interese xeral.

Non obstante, no 1997 como consecuencia do Pacto parlamentario entre CIU e o PP elaborouse un proxecto de lei, que terminou sendo a reforma da lei de portos, Lei 62/1997, do 26 de decembro, de modificación da lei de portos do Estado, onde se incluíu a posibilidade de que tódolos supostos de peiraos deportivas que puideran ser independentes, deberían ser inmediatamente segregadas da zona de servizo e integradas dentro das competencias autonómicas. Mais ata a data non ocorreu.

Seguiu dicindo que o problema é que o concepto de porto deportivo non está definido, e debe ser cada comunidade autónoma a que defina e determine qué entende por porto deportivo.

Definiu despois as competencias entre o Estado e a comunidade autónoma á hora de articular un mecanismo que permita a esta dispor duns espazos que son de dominio público marítimo terrestre, pero que sen embargo lle permitan exercitar unha competencia exclusiva autonómica, xa que de nada serve dicir que a competencia sobre portos deportivos é da comunidade se posteriormente, cando hai que facer un porto deportivo a utilización do dominio público marítimo terrestre vai seguir dependendo da vontade da Administración do Estado. É o exemplo das Canarias.



Na Lei de costas só hai catro títulos administrativos que facultan para utiliza-lo dominio público, os que teñen os particulares (autorizacións e concesións) e dous títulos xurídico-públicos que teñen como destinatarios sempre Administracións públicas: a reserva, é dicir, o Estado pode reservar zonas de dominio público marítimo terrestre para a súa explotación en materia de hidrocarburos, en materia de defensa; a adscrición, permítelle á comunidade autónoma obte-los espacios de auga e de terra para facer un porto deportivo, que logo pode xestionar directamente ou indirectamente a través dunha concesión.

Ante un proxecto de porto deportivo, a comunidade autónoma ten que pedir un informe a Costas. No caso de que este informe sexa vinculante e favorable implica a adscrición da zona que se necesita para executa-la obra do porto deportivo. Así non se requiren dous títulos administrativos distintos. Cando se emite o informe vinculante e este é favorable por parte do Estado, supón tamén a adscrición dos espacios de dominio público marítimo terrestre necesarios para executa-la obra. É pois, unha técnica de coordinación bastante ben configurada e que permitiría conxuga-las competencias autonómicas en materia de portos deportivos coa protección do dominio público marítimo terrestre.

Pasou despois a explicar cómo se fai un porto deportivo e a relación entre o territorio e o porto. Tódolos grandes portos españois, deste tipo, ata 1988 facíanse pensando non tanto porque os seus servicios supuxeran unha rendibilidade económica relevante, senón porque detrás dun proxecto de porto deportivo atopábase unha operación inmobiliaria. A Lei de costas de 1988 introduciu dúas técnicas xurídicas que impediron isto: o primeiro elemento establécese no artigo 4, os terreos gañados ó mar continuarán sendo sempre de dominio público; en segundo lugar, segundo o artigo 25, están prohibidos non só no dominio público, senón na zona de servidume de protección inmediatamente lindantes co dominio público, os usos residenciais. Pero cun matiz: a zona de servidume de protección compútase desde o límite interior da ribeira do mar. Hoxe, na Lei de portos do Estado, trala modificación de 1997, é posible con autorización excepcional do Consello de Ministros, facer un hotel nun porto deportivo de interese xeral. Mais só hai un, en Barcelona.

O relator expuxo que a principios dos anos 80 o Estado decidiu outorgarlle unha concesión (daquela o Estado era competente en materia de portos e a partir de 1983 transferiu e traspasou as competencias e servicios en materia de portos) para construír un porto deportivo en Alacante a unha entidade importante que tiña interese non só en face-lo porto deportivo, senón en explota-lo negocio inmobiliario. Aprobouse o proxecto e outorgóuselle a concesión. Pero cando a foi executar, o concello negouse; o concesionario e o Estado fixeron caso omiso e seguiron adiante e as obras foron paralizadas. Isto deu lugar a tres sentencias contradictorias:



1. Ano 1984: o Tribunal Supremo estima que o acordo municipal que suspende as obras é conforme a dereito.

2. Ano 1987: o Tribunal Supremo declara que é correcta a decisión do Estado de outorgarlle o porto deportivo e que o concello non pode paralizar unha decisión do Estado.

Á vista destas dúas sentencias tan contradictorias, interponse un recurso extraordinario en interese de lei para fixa-la doutrina legal.

3. A decisión xurisprudencial hoxe é a seguinte:

a) Non hai zonas inmunes á potestade de planeamento municipal.

b) Sen embargo, os concellos só exercen competencia no seu termo municipal, de tal maneira que cando o termo municipal desaparece e empeza o dominio público marítimo terrestre, acábase a competencia municipal.

c) Polo tanto, a decisión do que determine onde se sitúa o porto, é da comunidade autónoma no caso de que se trate dun porto deportivo, ou do Estado se é de interese xeral. Non do concello.

d) Unha vez que se executaron as obras xorden novos terreos, que, neste caso, se incorporan ó termo municipal e o concello recupera a súa competencia de ordenación e pode planificar.

Seguiu dicindo que en Galicia non temos lexislación portuaria propia. Temos unha lei que creou o ente público Portos de Galicia, e nas súas disposicións finais remítese á lexislación estatal no que non estea previsto, co cal estamos chamando a que se lles aplique a lexislación estatal ós portos galegos. A conclusión á que se chega coa aplicación da lexislación estatal a estas comunidades autónomas que carecen de lexislación propia, é que se baleiran de competencias as corporacións locais.

Quedaría, para rematar, a cuestión de cómo se xestionan os portos. Nas comunidades con lexislación propia (Valencia, Cataluña, Andalucía), existen dous modelos:

- Un modelo de intervención, onde se lle reservan tódolos destinos á comunidade –Andalucía–. E é en parte o modelo do Estado, por tanto o de Portos de Galicia.

- Un modelo máis accesible á iniciativa privada, onde se admiten iniciativas económicas de particulares para xestionar un porto (Cataluña e na lexislación do Estado).

No caso de Galicia, podemos ser titulares dun porto deportivo de dúas formas:

1. Mediante unha concesión demanial.

2. Mediante un contrato privado de xestión indirecta.

O segundo día comezou o curso de verán co relatorio de Angel Me-néndez Rexach, co tema sobre «implicacións urbanísticas da lexislación turística». Empezou dicindo que a CE só fai referencia expresa ó turismo ó incluílo entre as materias susceptibles de asunción polas comunidades autónomas<sup>5</sup>. En virtude desta previsión constitucional tódolos estatutos de autonomía recollen esta competencia como exclusiva, salvando en ocasións as que lle corresponden ó Estado en virtude do artigo 149.1.

O turismo é un sector económico de moita importancia, cuns axentes (empresarios e profesionais) e cuns usuarios ou consumidores (españóis e estranxeiros). Nun sentido máis amplo, o turismo é moito máis ca un sector económico, xa que se erixe nunha dimensión da vida individual e colectiva. No plano individual, o turismo vincúlase á calidade de vida que a CE quere garantir. Nun plano colectivo, o turismo vincúlase á realización efectiva do principio de solidariedade e á necesidade de acadar un equilibrio territorial, respectando o medio natural e o patrimonio histórico e cultural.

A lexislación autonómica sobre turismo prestoulle unha especial atención á planificación dos recursos turísticos, anque non sempre estableceu unha adecuada articulación entre os instrumentos correspondentes e os xerais de ordenación territorial e urbanística.

A conexión entre ordenación do territorio, urbanismo, vivenda e turismo é especial para abordar os problemas derivados da localización territorial das actividades turísticas. A confluencia nas comunidades autónomas das competencias sobre todas esas materias debería contribuír á resolución dos problemas que presenta a articulación entre elas, no canto de insistir na vía da «sectorialización».

Desde a Lei do solo de 1956 todo o territorio español se debe ordenar mediante instrumentos urbanísticos, que teñen unha vocación de ordenación integral do territorio. Por conseguinte, a ordenación dos novos desenvolvementos ligados máis ou menos directamente ó turismo atopaba nestes instrumentos o seu marco natural de referencia. Sen embargo, a ruptura da unidade produciuse coa promulgación da Lei de centros de zonas de interese turístico nacional de 1963. Na actualidade, derogada esta Lei, non se pode afirmar que exista un baleiro normativo, xa que o impacto territorial das actividades turísticas pode e debe ser ordenado con amaño ó previsto na lexislación estatal e autonómica sobre o réxime do solo e a ordenación urbana, con independencia de que cada comunidade autónoma adopte as medidas específicas, que considere oportunas en relación coas actividades turísticas. En definitiva, nos seus aspectos con incidencia territorial a planificación turística debería confi-

<sup>5</sup> Vid artigo 148.1.18 CE: «Promoción e ordenación do turismo no seu ámbito territorial».

gurarse como unha planificación sectorial centrada na previsión dos impactos territoriais das actividades turísticas, en consonancia cos criterios xerais de ordenación do territorio, como fixeron algunhas leis autonómicas.

Falou despois sobre o concepto de urbanismo e turismo sostidos. O concepto de desenvolvemento sostido foi introducido en 1987 polo informe sobre «o noso futuro común», elaborado pola Comisión mundial do medio natural e de desenvolvemento<sup>6</sup>. Defínese como o desenvolvemento que satisfai as necesidades da xeración presente, sen compromete-la capacidade das xeracións futuras para satisfacer as súas propias necesidades. Esta expresión comprende dúas ideas fundamentais:

- O concepto de necesidades, en particular as necesidades esenciais dos pobres, ás que se lles debería de outorgar prioridade.
- A idea de limitacións impostas polo estado da tecnoloxía e a organización social entre a capacidade do medio natural para satisfacer as necesidades presentes e futuras.

O incremento dos novos desenvolvementos urbanísticos nas últimas décadas, ligados en parte ó proceso de concentración da poboación nas cidades, pero tamén ó auxe do turismo e ó fenómeno da segunda residencia, propiciaron unhas pautas de ordenación que foron cualificadas de innovadoras.

Na CE pode atoparse un reflexo deste cambio de sensibilidade no mandato de utilización racional de tódolos recursos naturais que o artigo 45.2 lles dirixe ós poderes públicos, vinculado ó recoñecemento do dereito a aproveitar un medio natural adecuado. O TC, desde as súas primeiras sentencias, puxo énfase na necesidade de compatibilizar e harmoniza-lo desenvolvemento co medio natural, para acadar un «desenvolvemento sostido, equilibrado e racional». Ademais esta é unha preocupación dos últimos anos e que se traduce en importantes decisións encamiñadas non só a evitar novos desenvolvementos en determinados ámbitos, senón tamén a frear procesos en curso, nuns casos mediante unha redefinición dos seus obxectivos e noutros, impedindo a súa consumación mediante o establecemento dun réxime especial de protección para o territorio no que a súa localización estaba prevista. Así ocorreu nos arquipélagos balear e canario. A sostibilidade non é hoxe unha mera opción política, senón un mandato constitucional e legal vinculante para os cidadáns e os poderes públicos. Terminou dicindo que a política turística non debe prescindir das características do territorio sobre o que se proxecta. Así o reflicten algúns dos principios conti-

<sup>6</sup> Denominado *Informe Brundtland*, na honra da súa presidenta.

dos na Carta de turismo sostible adoptada en abril de 1995, no marco da Conferencia mundial de turismo sostible, celebrada en Lanzarote.

Seguiu dicindo o relator que a Comunidade Autónoma de Galicia conta desde o ano 1997 cunha lei de ordenación e promoción do turismo. Centrouse na súa exposición nos preceptos desta lei que intentan articular a regulación do sector cos obxectivos xerais da ordenación territorial e de urbanismo. Este propósito destaca ó defini-lo obxecto da lei, que inclúe o establecemento das directrices para a ordenación turística en relación coa ordenación do territorio e os instrumentos urbanísticos correspondentes, así como a conservación, protección, aproveitamento e mellora dos recursos turísticos, culturais e do medio natural, do territorio e da paisaxe. A Administración turística debe establecer os instrumentos de planificación e ordenación turística, determinando as necesidades, prioridades e obxectivos máis importantes e prestándolle especial atención á conservación e protección do medio natural, cultural e urbanístico-territorial e dos demais recursos turísticos.

Terminou o relator facendo unha análise sobre estes instrumentos que son, ademais do Plan galego de promoción do turismo, os seguintes:

- ▮ Plan de ordenación turística.
- ▮ Plans e proxectos sectoriais de infraestrutura turística.
- ▮ Programas específicos de protección do medio natural das zonas turísticas.

O último relator deste curso foi **Joaquín María Peñarrubia**, director xeral de Turismo da Comunidade Autónoma de Madrid, co seu relatorio sobre «reflexións sobre o futuro turístico e a necesidade de adecuación das normas urbanísticas para o cumprimento dos devanditos fins».

Empezou facendo unha referencia á situación do turismo neste momento en España. Así, nestes momentos o turismo é un deses grandes fenómenos culturais, sociais, filosóficos e económicos que se producen no noso mundo. Segundo as cifras da Organización Mundial do Turismo<sup>7</sup>, as cotas de turistas están preto dos 600 millóns anuais no ano 2000, das cales unha parte importante chega ata España. Ese auxe do turismo, fenómeno relativamente recente, produciuse a partir da Segunda Guerra Mundial. Estas cifras, no noso país, fan que sexamos unha das principais potencias a nivel mundial. Segundo os datos oficiais, no ano 2000 a cifra de visitantes estranxeiros que chegou a España foi de 74 millóns 400 mil persoas, das cales o 68,4% desta cifra foron turistas, é dicir, pasaron a noite no noso país, e o resto estiveron de paso. Eso significa que durante o ano 2000, o total de turistas que visitaron España foi de 48 millóns

<sup>7</sup> En diante, OMT.

200 mil persoas, cun incremento de algo máis do 3% con respecto o ano 1999. Esta actividade fai que sexa unha das actividades económicas do noso país, unida a ingresos e a cifras de emprego. España está entre o segundo e o terceiro país do mundo, segundo por número de visitantes e terceiro por ingresos, nun caso por detrás de Francia e noutro por detrás dos EEUU. Isto danos idea de cal é a importancia do noso sector e cara a onde vai ir o turismo mundial.

O relator presentou o desenvolvemento da regulación do turismo e da regulación dos produtos turísticos que se lle ofrecen ó turista. Non houbo un nexo paralelo entre a normativa turística co resto das normas, en concreto, co dereito urbanístico, coa ordenación do territorio e co dereito do medio natural. Mentres estas ramas se veñen estudiando desde hai moitos anos en España, o dereito do turismo, só moi recentemente se está a estudar.

A Administración xogou un papel moi importante neste fenómeno. O dereito administrativo económico, a implicación dos poderes públicos nas actividades económicas, ten que ter claros dous papeis: por un lado, segundo o artigo 51 da CE, a protección dos consumidores e usuarios, e por outro, en relación cos artigos 33, 38 e 128 da CE, esa transparencia do mercado. Esa intervención non debe ser intervencionista, anque debe ordenar cada un dos sectores económicos, e isto pasou no ámbito turístico. Tamén ten que xogar outros papeis importantes: a promoción, a planificación e o servizo público.

Non só a Administración turística incide no turismo. O labor en xeral da Administración incide directamente nel. Por exemplo, é esencial que haxa uns altos niveis de seguridade pública, que estean desenvolvidos os sistemas de saúde, de educación, e así como as infraestruturas (portos, aeroportos, estradas, edificación...). Para ter un produto turístico, necesítanse varias condicións. Algúns economistas destacaron que o produto turístico consiste por un lado, en contar cuns bos servizos privados, de ocio, de aloxamento, de restauración de axencias de viaxe, pero tamén se debe contar cuns bos elementos naturais que ofertar, e por eso, vólvese outra vez á incidencia do territorio no turismo. E, por outro lado, a Administración ten que se implicar ordenando, planificando, promovendo e realizando as actividades de fomento que son esenciais nestes casos.

Seguiu dicindo o relator que hai aspectos importantes que teñen esa incidencia na ordenación do territorio. Por un lado está o urbanismo, por outro a protección dos recursos do medio natural e, en terceiro lugar, a protección do patrimonio histórico.

Co desenvolvemento urbanístico, nos anos 60 e 70, e co apoxeo do turismo español, produciuse unha apertura social de España cara ó resto de Europa e do mundo, así como unha gran entrada de divisas. Mais



nestes anos foi cando se produciu o desastre urbanístico. Naquel momento fíxose unha lexislación turística que viña a suplir as carencias da Lei do solo de 1956. Cometéronse erros, e seguirán cometéndose, pero o importante é que agora comezamos a tomar conciencia sobre o tema que se ve reflectido no estudio da ordenación do territorio, na protección do medio natural e no dereito turístico.

Falou despois o relator sobre a idea de desenvolvemento sostible que se plasma a partir do ano 1987 e fixo alusión ó *Informe Brundtland*. Este informe tivo unha importancia fundamental na Conferencia de Río de 1992, que proclama 27 principios sobre o desenvolvemento económico e a protección do medio natural. Significou a aceptación a nivel mundial do concepto de sostibilidade ou de desenvolvemento sostible. Como froito prodúcese o Convenio da ONU sobre cambio climático. A mesma idea de desenvolvemento sostible plasmouse nalgunhas declaracións internacionais. Así na Declaración de Manila sobre o turismo mundial, aprobada o 10 de outubro de 1980.

Na Carta do turismo sostible aprobada na Conferencia mundial do turismo sostible realizada en Lanzarote os días 27 e 28 de abril de 1995, enunciáronse 15 principios, entre os que destaca que o desenvolvemento turístico debe ser soportable ecoloxicamente a longo prazo, que o turismo debe contribuír decisivamente ó desenvolvemento sostible. Fálase de conservación dos ecosistemas, dos sistemas naturais, da protección do solo, da natureza, do patrimonio histórico e establécese o principio de calidade como obxectivo prioritario.

Un tema importante no ámbito turístico é o Código ético mundial para o turismo, que se aprobou pola Asemblea xeral da OMT en Santiago de Chile o 1 de outubro de 1999 e establece diversos principios:

1. Consagra o principio de sostibilidade da actuación turística, desde o punto de vista do medio natural e económico.

2. Consagra a idea do dereito ó turismo que se pon en relación con outras dúas:

- a) Desenvolvemento da personalidade.
- b) Sostibilidade.

Na Lei do 28 de decembro de 1963, de centros e zonas de interese turístico nacional, contiñanse algúns dos principios que se seguirían mantendo na lexislación autonómica. Por unha banda, establecíanse plans propios de ordenación urbana relacionados co turismo. Pero, por outra banda, estableceuse a primacía da lexislación turística sobre os plans de ordenación, mais isto hoxe resultaría absolutamente imposible.

Na lexislación autonómica establécense algúns principios importantes. Así, a planificación, a que vén a se-la planificación de fomento do turismo, a da ordenación do turismo, a do produto turístico, de onde e



cómo se debe face-lo desenvolvemento turístico en cada unha das rexións. Vemos que hai unha absoluta interacción entre o turismo e a ordenación territorial.

A regulación da lexislación autonómica establece tres grandes formas de actuación da administración turística sobre o territorio:

1. A planificación (lexislación do País Vasco, as Canarias, Galicia, Madrid, as Baleares e Estremadura).

2. A creación de zonas de turismo preferente (lexislación do País Vasco, Galicia, Castela e León, Estremadura, Valencia, Madrid, Cantabria e Andalucía).

3. A declaración de zonas saturadas (lexislación de Murcia, Castela e León, Madrid e Andalucía).

Hai tamén unha forma de interrelación moi peculiar que se desenvolveu na lexislación turística nos últimos anos, a declaración de municipio turístico. Así se recolle na Lei do 21 de agosto de 1997, de ordenación do turismo en Galicia.

Falou tamén da idea de calidade que se plasma nas declaracións internacionais e que tódalas administracións están comprometidas no desenvolvemento de sistemas de calidade. Segundo o relator a calidade desenvólvese de dúas formas:

1. A calidade por sectores, que é a que está a desenvolver-lo Estado.

2. A calidade por destinos.

Terminou a súa intervención o director xeral de Turismo da Comunidade Autónoma de Madrid facendo unha serie de reflexións:

■ Non se ten que considerar como un estado de necesidade.

■ Hai que incrementa-lo turismo, sempre coa idea de sostibilidade.

■ A planificación tense que facer pola Administración turística e nunca de costas ó sector.

■ Debe de inserirse o turismo dentro do dereito administrativo económico.

■ Debe terse en conta o concepto antropolóxico do turismo.


■ É esencial que parte dos beneficios económicos que produce o turismo vaian á protección do medio natural, do solo, ó desenvolvemento urbanístico e á protección do patrimonio histórico.

Finalizou dicindo que a ordenación do territorio, a conservación do patrimonio, o turismo, son instrumentos para acadar uns maiores valores de benestar social.

A clausura deste curso de verán correspondeulle a Jaime Pita Varela, conselleiro da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia. Tamén interviron Domingo Bello Janeiro, director da Escola Galega de Administración Pública, e Ramón Rodríguez Ares, alcalde de Sada.

**Domingo Bello Janeiro**, agradeceulle ó público en xeral e ó Concello de Sada a realización deste curso nesta fermosa localidade. Fixo alusión a que hai que ter en conta tódalas normativas, mesmo en materia de costas, autonómica, estatal, para atopar un equilibrio entre turismo e urbanismo, entre urbanización e protección do medio, entre desenvolvemento económico e conservación do medio natural. É aí a planificación urbanística municipal e a ordenación do territorio, son os instrumentos máis adecuados para procura-lo equilibrio entre as dúas perspectivas, urbanización e protección, desenvolvemento e conservación. Trátase de acadar unha mellora na oferta turística e unha ordenación urbanística ó seu servizo, que sexa ademais respectuosa cos valores naturais.

**Ramón Rodríguez Ares**, alcalde de Sada, manifestou o seu agradecemento por dárlle a oportunidade á vila de Sada de acoller estes acontecementos.

Pola súa banda, **Jaime Pita Varela**, alegou na clausura que o tema sobre o que versou este curso de verán, a conxunción do turismo e urbanismo, é un dos grandes temas que se poden presentar na sociedade actual pola relevancia e a repercusión que ten sobre a nosa sociedade: urbanismo, clave do desenvolvemento de calquera país moderno e turismo, referente especial, que hoxe é España en conxunto. Foi Manuel Fraga o gran impulsor do turismo en España e o que determinou ese milagre que fixo que se convertera nun dos tres países turísticos máis importantes do mundo, e probablemente hoxe o primeiro. Galicia, que viviu o influxo un pouco máis tarde, foi nesta última década cando se converteu nun referente turístico a nivel do estado, europeo, e de ámbito mundial. Somos unha das cinco comunidades autónomas con maior desenvolvemento turístico do estado, que atrae ó turismo estable, é dicir, non temporeiro, turismo que se fai ó longo de todo o ano e cada vez máis afincado. 

## XORNADAS SOBRE VIOLENCIA DOMÉSTICA

(Sada (A Coruña), 23 e 24 de xullo de 2001)

Juan Manuel González Hiltner

Bolseiro de investigación EGAP

○ problema da violencia doméstica ata hai poucas décadas foi ignorado pola sociedade e polas institucións públicas. Sen embargo, na actualidade, produciuse un cambio radical. Tódolos sectores –sociais, administrativos, sanitarios e xurídicos– mostran un especial interese por este tema e tratan de aportar algunha posible solución para tentar eliminala. De feito, para combater a violencia no ámbito familiar é preciso unha intervención de tódolos sectores.

A violencia doméstica, xeralmente, identifícase coa violencia exercida sobre a muller. Sen embargo, o concepto de violencia contra a muller é máis amplo, pois inclúe «calquera acto de violencia baseado no sexo, que dea lugar, ou poida dar lugar, a un prexuízo ou sufrimento físico, sexual ou psicolóxico das mulleres, incluídas as ameazas de tales actos, a coerción ou as privacións arbitrarias de liberdade, xa ocorran na vida pública ou privada».<sup>1</sup> En definitiva, como pon de manifesto o grupo de es-

<sup>1</sup> Cfr. Art. 1 da Declaración sobre a eliminación da violencia contra as mulleres aprobada pola Asemblea Xeral de Nacións Unidas en 1993. Neste mesmo sentido vid. Conferencia Mundial de Nacións Unidas sobre Dereitos Humanos de 1993; Convención Inter-Americana sobre a prevención, o castigo e a erradicación da

pecialistas para combater a violencia contra as mulleres do Consello de Europa de 1997, pódense distinguir diferentes clases de violencia contra as mulleres: física<sup>2</sup>, sexual<sup>3</sup>, psicolóxica<sup>4</sup>, económica<sup>5</sup>, estrutural<sup>6</sup> e espiritual<sup>7</sup>.

A sesión inaugural iniciouse coa cálida acollida dispensada polo director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro**, que expresou a vontade da Escola Galega de Administración Pública de continuar coa formación especializada en materias desta transcendencia xurídica e social. Sinalou que a violencia doméstica constitúe un dos problemas máis urxentes da sociedade actual e afecta con similar intensidade a tódolos países, con independencia do seu grao de desenvolvemento. Transmitiu o fervente desexo de que a estancia en Sada lles fora o máis grata posible e que as xornadas acadasen os obxectivos previstos, logrando satisfacer as expectativas que se agardaban. Seguidamente cedeu a palabra á conselleira de Familia, Muller e Xuventude, **Manuela López Besteiro**, e ó avogado xe-

---

violencia contra as mulleres de 1994; A 3ª Conferencia Ministerial Europea do Consello de Europa sobre igualdade entre homes e mulleres, celebrada en Roma en 1993; Documento Declaración de Beijing e Plataforma para a Acción da IV Conferencia Mundial sobre mulleres en 1995; Informe do Grupo de especialistas para combater a violencia contra as mulleres do Consello de Europa de 1997.

<sup>2</sup> A violencia física consiste en actos de acometemento físico sobre o corpo da muller a través de empurróns, abalóns, tirons de pelo, labazadas, golpes, patadas, queimaduras, mordeduras, estrangulamentos, puñaladas, mutilación xenital, tortura e asasinato.

<sup>3</sup> A violencia sexual identifícase con calquera actividade sexual non consentida: chistes e bromas sexuais, miradas fixas irascibles, comentarios desagradables, exhibicionismo, chamadas telefónicas ofensivas, propostas sexuais indesexadas, visionada ou participación forzada en pornografía, tocamientos indesexados, relación sexual obrigada, violación, incesto. Tamén a execución de actos sexuais que a muller considera dolorosos ou humillantes, embarazo forzado, tráfico e explotación na industria do sexo.

<sup>4</sup> A violencia psicolóxica concrétese nunha diversidade de conductas que van dende os chistes, bromas e comentarios, pasando polas ameazas, illamento, desprezo ou intimidación ata os insultos en público.

<sup>5</sup> A violencia económica fai referencia á desigualdade no acceso ós recursos, por exemplo, negar ou controlar o acceso ó diñeiro, impedi-lo acceso a un posto de traballo ou á educación ou a negativa de dereitos á propiedade.

<sup>6</sup> A violencia estrutural é un termo estritamente relacionado coa violencia económica, pero que inclúe barreiras invisibles e intanxibles contra a realización de opcións potenciais e dos dereitos básicos. Estes obstáculos atópanse firmemente arraigados e reproducense diariamente co mesmo tecido social, por exemplo, as diferencias de poder e as relacións (estructuras) de poder que xeran e lexitimizan a desigualdade.

<sup>7</sup> A violencia espiritual consiste en erosionar ou destruí-las crenzas culturais ou relixiosas dunha muller a través do ridículo ou o castigo, ou obrigarlle a alguén que acepte un sistema determinado de crenzas.

ral do Estado, Arturo García-Tizón López. A conselleira quixo deixar claro que a violencia doméstica, obstáculo para a igualdade, o desenvolvemento e a paz, impide que as mulleres gocen dos seus dereitos e liberdades fundamentais, tal e como se recoñece nos foros de participación internacionais, e é, ademais, un importante problema social e político que constitúe a expresión máis directa da relación de desigualdade entre homes e mulleres. García-Tizón expresou que a preocupación do Goberno por este fenómeno da violencia doméstica xustifícase na aplicación do II Plan de acción contra a violencia doméstica, que asegura a continuidade respecto do I Plan de acción. Un plan no que se recolleron unha serie de medidas que tentan loitar contra un fenómeno que toda a sociedade, dende tódolos sectores da Administración e a propia cidadanía, queren atallar. Deste xeito quedaron inauguradas, en palabras da conselleira de familia, as Xornadas sobre a violencia doméstica.

O primeiro relatorio correu a cargo de Margarita Retuerto Buades, vocal do Consello Xeral do Poder Xudicial (CXPX no sucesivo). A súa lúcida intervención sobre «A violencia familiar como fenómeno criminolóxico. Factores sociais e xurídicos» comezou cunha posta en antecedentes. Así, o Pleno do CXPX en sesión do 13 de setembro de 2000, adoptou, entre outros, o seguinte acordo:

*Cuadraxésimo oitavo.- Encomendarlle á Comisión de Estudos a elaboración, no prazo de tres meses, dun informe no que se analice a problemática xurídica suscitada pola denominada «violencia doméstica», así como as súas causas e as medidas que, dende o ámbito do Poder Xudicial, puideran contribuír ó seu mellor tratamento.*

A violencia doméstica constitúe un dos problemas máis urxentes da sociedade actual e afecta con similar intensidade a tódolos países, con independencia do seu grao de desenvolvemento.

Isto non é, sen embargo, un problema novo. Durante séculos, a violencia exerceuse no seo da familia sen que isto provocara ningún tipo de reacción estatal, por entenderse xeralmente que calquera problema que acontecera dentro do ámbito doméstico debía gozar da privacidade propia do medio familiar.

Afortunadamente, aínda que moi lentamente, este panorama foi cambiando. Nestes momentos, a sociedade tomou conciencia da magnitude do problema, apréciase un imparabile proceso de mentalización xeral sobre a importancia de defende-los dereitos fundamentais de tódalas persoas, con independencia do seu sexo, idade ou condición, e calquera que fose o ámbito no que se pretenda o seu exercicio.

A culminación con éxito deste proceso non será posible, sen embargo, só con respostas illadas. Pola contra, é preciso levar a cabo unha





xurídicos. Estamos, polo tanto, ante un fenómeno social e xurídico de relevantes proporcións, que require un tratamento axeitado e específico para a súa solución.

Precisamente, a importancia que no momento actual se lle concede a este fenómeno no mundo permitiu que no seo de organizacións internacionais e nos diferentes países xurdiran multitude de iniciativas para combater-la violencia doméstica, entre elas hai que destacar as resolucións adoptadas no ámbito da Unión Europea (en pro da «tolerancia cero» nesta materia), no da ONU e en varios países latinoamericanos (Chile, Arxentina, Porto Rico, etc.).

Así mesmo, a entidade deste problema non pasou desapercibida para o CXPX. Basta lembra-los acordos do 19 de xuño de 1998 e do 21 de outubro de 1998, así como as Xornadas sobre violencia doméstica que tiveron lugar os días 12, 13 e 14 de xuño de 2000 organizadas polo CXPX no marco das actividades de formación continuada, e o estudo recentemente encargado polo Consello para a análise das resolucións xudiciais dictadas na dita materia. O acordo pretende profundar na liña iniciada anos atrás e servir de reflexión sobre a experiencia acumulada neste tempo.

Cómpre destacar deste acordo dúas ideas esenciais: primeiro, a tarefa compéttelles a tódolos poderes públicos; e segundo, deixa claro que o dereito penal constitúe a derradeira *ratio*, o derradeiro remedio ó que se debe acudir dentro do ordenamento xurídico para combater-las condutas indesexables. Isto, naturalmente, non impide afirmar que se é necesaria unha actuación penalmente rexeitable, a resposta dos tribunais de xustiza ha de ser rápida e contundente, ademais de proporcional á gravidade da infracción cometida e respectuosa cos dereitos constitucionais da vítima e do infractor.

A sesión matinal rematou coa intervención de **Eugenio Llamas Pombo**, catedrático de dereito civil da Universidade de Salamanca e avogado en exercicio. O seu relatorio estivo dedicado á violencia familiar no ámbito do dereito civil. Para Llamas Pombo a violencia familiar nas súas distintas manifestacións, non só é a violencia física, senón tamén en gran medida a violencia psíquica, planea sobre os conflitos na parella, no ámbito civil.

En opinión do relator estamos falando dunha violencia que se produce dentro do ámbito estritamente civil. No ámbito das relacións de parella e no ámbito das relacións paterno-filiais, por tanto, dentro dunha relación preexistente, non é unha relación entre descoñecidos, senón que se produce dentro dunha relación de natureza civil.

A exposición do problema, segundo a opinión de Llamas Pombo, ten que facerse tomando como punto de partida o II Plan de acción con-

tra a violencia doméstica que aprobou o Consello de ministros o día 11 de maio de 2001, e que entrou en vigor o 1 de xullo, cunha duración ata o ano 2004 con iniciativas dos concellos, das CCAA, xuíces, fiscais, avogados, policía, etc.

O profesor Llamas Pombo pensa que antes de establecer modificacións e reformas merece a pena coñecer ben cál é a realidade lexislativa na que un se atopa inmerso, qué é o que hai que modificar e qué é o que hai que manter.

A violencia familiar foi sempre causa de separación, se ben é certo que ata o ano 1981 a consideración da violencia como causa de separación estaba inmersa nese marco sociolóxico no que o adulterio da muller era un delicto grave, e era necesaria a reiteración nos malos tratos para consideralos como causa grave.

No artigo 82 do Código civil contémpanse dúas posibles causas de separación nas que se incardinan a violencia física ou doméstica. Por unha parte a conducta inxuriosa ou vexatoria, e pola outra, a violencia grave ou reiterada dos deberes conxugais. Tradicionalmente víñase esixindo que eses malos tratos foran repetidos, continuos e permanentes. Hoxe en día, esa interpretación non é de recibo, é dicir, non hai violación máis grave dos deberes conxugais ca calquera tipo de agresión física, tanto ó cónxuxe coma ós fillos comúns ou de cada membro da parella. Se os deberes do matrimonio inclúen o deber de socorro, o deber de respecto, non hai maior falta de respecto que agredir fisicamente a unha persoa. En definitiva, basta unha labazada para solicita-la separación.

O Tribunal Supremo nunha sentenza do 21 de outubro de 1994 di: «é suficiente unha soa violación dos deberes conxugais se esa violación é grave. É grave a agresión física atendida á realidade presente (faise eco do artigo 3º de Código civil) e a dignidade da persoa elevada a fundamento do orde político e da paz social». Para o relator é curioso que algunhas audiencias provinciais, con moi bo criterio, cando é o agresor o que solicita a separación matrimonial, cousa rara polo demais, a miúdo o tribunal acolle a separación, pero acolle a reconvenção do outro cónxuxe (víctima), e estima como causa a agresión a este último. Polo tanto, causa de separación que, no procedemento establecido pola Lei de enxuzamento civil do 2000, se segue polo xuízo verbal unha simple demanda. No prazo de cinco días débese dictar un auto, admitindo a trámite a demanda e sinalando para a vista un prazo de dez días.

O artigo 86.3.b) do Código civil contempla unha causa de divorcio que consiste en combina-lo cese efectivo da convivencia conxugal durante dous anos e cando ó iniciarse o cese efectivo exista unha causa de separación (malos tratos, por exemplo). Neste caso o divorcio é automático. Hai un único requisito importante, segundo a doutrina das audien-

cias provinciais, e é que a causa de separación que motivou aquel cese ten que ser anterior ó cese. Pero é moi importante engadir que cando o cónxuxe acode a esta causa de divorcio é porque o cese da convivencia conxugal non foi consentido, é dicir, que se parte dunha separación de feito decidida unilateralmente polo cónxuxe vítima dos malos tratos. Isto está así previsto no Código civil. Llamas Pombo afirma que é moi importante esta causa e hai que facer uso dela, porque, a miúdo, os mal chamados operadores xurídicos, non coñecen nin fan uso deste tipo de causa. Propugnouse unha proposición de lei do 12 de setembro de 1994, do grupo socialista no Congreso dos deputados, para reformar estes preceptos do Código civil. Propugnábase reordena-las causas de separación e divorcio. Pero ese acceso directo ó divorcio, en realidade, xa existe, o que sucede é que se basea nunha separación previa, xa sexa xudicial, con sentenza, ou unha separación de feito.

Chámalle a atención ó relator que o II Plan de acción contra a violencia doméstica propugna unha serie de medidas lexislativas, entre elas, incorpora-lo artigo 153 do Código penal, a pena de «inhabilitación especial» para o exercicio da patria potestade, tutela e curadoría. A xuízo do relator, xa no artigo 170 do CC, no seu parágrafo 1º, contempla a privación total ou parcial da patria potestade. E o que é máis importante, di o artigo 170 que en terceiro lugar, a privación da patria potestade pódese acordar tamén en calquera sentenza dictada en causa matrimonial. Na propia sentenza de separación ou de divorcio pódese perfectamente privar da patria potestade. Existen sentencias onde no mesmo preito civil no que se ventila a separación ou o divorcio pódese privar da patria potestade (Sentencia da Audiencia provincial de Valladolid, 24/!!/1997).

É causa posible da privación da patria potestade o exercicio da violencia familiar porque o atentado, as agresións e lesións físicas, evidentemente constitúen un incumprimento claro dos deberes inherentes á patria potestade do artigo 154 do CC. O relator entende, modestamente, que non é preciso reforma-lo Código penal, e incluír esa inhabilitación especial, basta con cumpri-lo Código civil.

Por outra parte, entre as propostas do II Plan de acción contra a violencia doméstica, no marco dunha lei de axuízamento criminal, estúdase a posibilidade de regular que os xulgados de garda poidan adoptar medidas provisionálsimas en causas de separación ou divorcio. Se xa hai unha separación ou divorcio, non é necesario ir ó xulgado de garda porque xa hai un xulgado intervindo. Que poida o xulgado de instrución adoptar medidas de carácter civil é positivo, pero non fai falta reformar nada, xa que, coa lei vixente perfectamente se pode facer. Pero, enténdese menos que só sexa en caso de separación ou divorcio en marcha. En materia de adopción de medidas urxentes xa existen no Código

civil os artigos 102, 103 e, en certa medida, o artigo 104, dende a reforma do 7 de xullo de 1981, Lei do divorcio.

No panorama actual, é dicir, no marco da lei de axuízamento do ano 2000, o lexislador tivo a sensibilidade cara a este problema e regulouno no artigo 771 da vixente Lei de axuízamento criminal, dun xeito, a xuízo de Llamas Pombo, razoable. Entre esas medidas urxentes contéplase a de vivir separados, a revogación de poderes, a garda e custodia dos fillos, o uso da vivenda familiar e o enxoval doméstico, a contribución ás cargas e o reparto dos bens gananciais, se é que os hai, para solicitar estas medidas non fai falta nin avogado, nin procurador. É dicir, con isto pérguese que non faga falta ningún tipo de trámite para que a vítima poida en cuestión de horas obter esas medidas provisionais. Tamén o xulgado de garda está obrigado, e velaquí é de onde vén a necesaria coordinación entre a xurisdicción penal e civil, nos protocolos das distintas CCAA, de informar á vítima da facultade que ten de solicitar esas medidas provisionalísimas. En opinión do relator tampouco aquí é necesaria unha reforma no ámbito da lexislación civil.

Para rematar, Llamas Pombo, dixo que basta dotar de medios, inexistentes agora, para que se poidan cumprir os prazos establecidos nas leis para que non fora precisa reforma de ningunha clase.

A primeira intervención da tarde correu a cargo de **Fernando Sequeiros Sazatornil**, fiscal do Tribunal Supremo, que centrou o seu relatorio no delicto de acoso sexual. O delicto de acoso sexual foi introducido no noso ordenamento penal, por vez primeira, no Código penal de 1995. O texto orixinal foi modificado pola Lei orgánica 11/99 do 30 de abril ante a avalancha de críticas xurdidas ó respecto en diversos sectores.

Sensible o lexislador, pola influencia de correntes e colectivos feministas, introduciu no novo Código penal, no artigo 184, este novo delicto chamado a reprimir xuridicamente os excesos cometidos por algúns individuos dende a súa desafortunada comprensión do significado das relacións interpersoais de carácter sexual.

A pesar de aducírense motivacións de rendibilidade política inmediata, así como outras de carácter técnico derivadas do feito de estar xa contempladas noutras figuras e delitos contra a liberdade, existen, sen embargo, segundo o profesor Sequeiros, aspectos positivos, coma os relativos á súa eficacia como medida de prevención xeral ó incorporarse unha figura delictuosa específica de frecuente comisión e sen embargo de escasa repercusión. Ademais de tratarse dunha medida favorecedora, aínda que de xeito indirecto, para a integración da muller no mundo do traballo, a partir da protección específica dispensada.

En calquera caso, non hai dúbida de que, en termos xerais, a incorporación do delicto de acoso sexual dálles unha resposta penal a situa-

cións que, en efecto, viñan lesionando a dignidade dos suxeitos pasivos en determinados ambientes xeradores de situacións peculiares nas que a xerarquización cobra un papel significativo, como sucede no laboral ou docente, etc.

Non obstante, a colisión do precepto comentado co principio de intervención mínima que rexe no dereito penal, fai necesaria a delimitación desta figura fronte a conductas similares reguladas noutras áreas do dereito.

Así, o artigo 4.2.e) do Estatuto dos traballadores<sup>8</sup> e o artigo 184 do Código penal presentan puntos en común, e en maior medida outros que os diferencian. Comparten como fundamento común, a idea dun respecto á dignidade da persoa menos favorecida. En ámbolos supostos a sanción das ditas infraccións comporta unha fonte de indemnizacións polos danos e prexuízos causados á vítima. Sen embargo, son maiores as diferencias que as separan. Así, o artigo 4.2.e) afecta ó empregador mentres que o tipo penal inclúe o acoso entre compañeiros; límitase estrictamente ó plano das relacións laborais mentres a figura penal acada outras ordes de conductas (docente, prestación de servizos, etc); e, finalmente, a figura social atenta contra as relacións de confianza propia do vínculo laboral e a dignidade do traballador, mentres que a penal se proxecta primordialmente sobre o exercicio da liberdade sexual. Por último, os comportamentos básicos, son igualmente diversos, xa que, mentres o Estatuto dos traballadores se conforma con *ofensas verbais ou físicas de natureza sexual*, o código penal esixe unha solicitude de favores de natureza sexual para si ou un terceiro, que provoque na vítima, no primeiro caso, unha situación obxectiva gravemente intimidatoria, hostil ou humillante e, no segundo caso, a repercusión para a vítima no medio laboral.

Feitas estas precisións, o profesor Sequeros pasou a delimitalos contornos dos comportamentos típicos co obxecto de non criminalizar indiscriminadamente tódalas relacións interpersonais nos ámbitos docentes e laborais que poidan resultar equívocas.

O dicionario da RAE define o acoso como: «a acción de perseguir sen dar tregua nin repouso ou importunar a alguén». A particularidade engadida do termo «sexual» delimita, definitivamente, o ámbito da súa persecución.

Indubidablemente, latexa na concepción do acoso do CP un comportamento agresivo respecto á muller, aínda que co seu texto non diferencia o sexo da persoa agraviada.

<sup>8</sup> O Estatuto dos traballadores reconece entre outros dereitos o do «*respecto á súa intimidade e á consideración debida á súa dignidade, comprendida a protección fronte a ofensas verbais ou físicas de natureza sexual.*»



A Recomendación da Comisión Europea, inspiradora da introducción do delicto de acoso no ordenamento penal define este comportamento como: *a conducta de natureza sexual ou outros comportamentos baseados no sexo afecta á dignidade da muller no traballo incluída a conducta de superiores e compañeiros, se:*

*a) a dita conducta é indesexada, irrazoable e ofensiva para a persoa que a sofre.*

*b) a negativa ou sometemento dunha persoa á dita conducta por parte de empresas ou traballadores (incluídos os superiores e compañeiros) utilízase de forma explícita ou implícita como base para unha decisión que teña efectos sobre o acceso da dita persoa á formación profesional e ó emprego, sobre a súa continuación, os ascensos, o salario ou calquera outras decisións relativas ó emprego; e/ou*

*c) a dita conducta crea un medio laboral intimidatorio, hostil ou humillante para a persoa que a sofre; e que a dita conducta poida ser en determinadas circunstancias, contraria ó principio de igualdade de trato.*

O delicto de acoso sexual regúlase no capítulo III do título oitavo do libro III do Código penal. Título que como é sabido contempla a ordeación dos delitos contra a liberdade sexual. A Lei orgánica 3/1989 do 21 de xuño segue as pautas dunha reforma que se dirixiu precisamente a consagra-lo valor da liberdade sexual fronte ós rasquizos moralizantes que aínda subsistían no código precedente. Da súa redacción actual despréndese con claridade cal é o ben xurídico protexido, que excede, dende logo ó da moral sexual, ó pudor, á honra sexual ou á boa fama. Produciuse, polo tanto, un adiantamento das barreiras de protección que trouxeron como consecuencia a de estimar consumado calquera delicto sexual coa mera solicitude do seu favor, sempre e cando tal anuncio veña da man dunha posible frustración das súas expectativas na orde laboral ou producira un gran desasosiego na persoa do agraviado, caso de non colmar o agresor os seus desexos lúbricos.

A natureza sexual dos comportamentos, conductas ou ofensas deben afectar á intimidade e dignidade da persoa. A conducta debe estar dirixida á obtención dunha contraprestación ou debe crear unha situación obxectiva de humillación, intimidación ou degradación.

O novo texto introducido no Código penal en virtude da Lei orgánica 11/99 do 30 de abril, distingue dúas modalidades de tipo de acoso complementadas por unha terceira que agrava as dúas precedentes:

a) O *acoso de ambientación*<sup>9</sup>: no que a propia conducta ou comportamento altera as condicións da relación converténdoa en humillante ou degradante para o suxeito que a recibe.

<sup>9</sup> Artigo 184.1 do Código penal (CP).



b) O *acoso de prevalimento*<sup>10</sup>: consistente na esixencia dun comportamento de natureza sexual para a obtención dunha contraprestación nos ámbitos de relación nos que se pode enmarca-lo acoso.

c) O acoso por razón da concorrencia na vítima de situacións de inferioridade derivadas da súa *idade*, de *enfermidade* ou *situación*<sup>11</sup>: que comporta un maior reproche penal.

O delito de acoso sexual, nas súas diversas modalidades, é un delito especial. O suxeito activo só poderá ser aquel que participe como superior ou compañeiro nunha relación laboral ou de servizo. Relación que en todo caso deberá te-la connotación de ser habitual ou continuada. No tipo de acoso de *prevalecemento* particularmente, a ofensa non só debe realizarse no seo dunha relación concreta, senón ademais, o acosador deberá ter unha situación de superioridade definida dende a que realiza-la solicitude e os seus condicionamentos.

A participación de terceiros deberá resolverse conforme ás regras xerais sobre a actuación do *extraneus* neste tipo de relacións especiais.

Atopámonos en presenza, segundo o profesor Sequeros, dun delito de mera actividade que se consuma coa mera solicitude do favor interesado sempre que concorran no resalte dos condicionamentos descritos e, en concreto, que se provoque no primeiro dos casos unha situación obxectiva e gravemente intimidatoria, hostil ou humillante e no segundo que a solicitude se culmine co anuncio expreso ou tácito de causarlle á vítima un mal relacionado coas súas lexítimas aspiracións se non se accede a aquela.

O profesor Sequeros rematou a súa intervención indicando que por suxestión do Consello Xeral do Poder Xudicial se preverá un derradeiro parágrafo destinado a solucionar-los problemas concursais que a figura do acoso podería presentar con relación ó delito de ameazas condicionais do art. 171 do Código penal, coa utilización da fórmula *sen prexuízo* de sancionarse o delito que contivese maior penalidade.

O segundo relatorio da tarde contou coa participación de Alfonso J. Villagómez Cebrián, que disertou sobre a organización xudicial fronte ó reto da violencia doméstica. A violencia no ámbito familiar, no que as principais vítimas son as mulleres e os menores, constitúe, sen dúbida, unha auténtica vulneración dos dereitos fundamentais á vida, á integridade física e á liberdade das persoas. O problema, non é de agora senón que vén de lonxe, polo que a erradicación total das causas que provocan a violencia doméstica non se fará efectiva ata que se modifi-

<sup>10</sup> Artigo 184.2 CP.

<sup>11</sup> Artigo 184.3 CP

quen os patróns culturais da sociedade, que impiden aínda que o dereito á igualdade e o respecto da persoa humana sexan unha realidade.

Non obstante, o problema da violencia doméstica deixou de ser un problema de ámbito privado para se converter nun dos problemas de ámbito social máis importantes. A sociedade española foi tomando conciencia da gravidade e transcendencia do problema. Xunto a isto os poderes públicos foron asumindo o papel que lles corresponde co obxectivo de logra-la plena erradicación de calquera tipo de violencia derivada das relacións familiares entre os seres humanos.

Neste sentido a Conferencia Mundial das Nacións Unidas sobre Dereitos Humanos que tivo lugar en Viena en xuño de 1993, definiu, con claridade, a violencia doméstica como «*violación dos dereitos humanos que ataca os dereitos fundamentais, a liberdade e a integridade física das mulleres*».

Doutra parte, a Asemblea Xeral de Nacións Unidas aprobou o 20 de decembro de 1993, unha declaración sobre «Eliminación da violencia contra as mulleres», na que se condena de forma rotunda calquera agresión, sexa física, sexual ou psicolóxica inferida á poboación feminina, tanto no ámbito da familia coma no da comunidade.

O Parlamento español, o día 25 de novembro de 1998, días antes precisamente do cincuenta aniversario da Declaración universal dos dereitos humanos aprobou unha declaración institucional na que, tras facer un recoñecemento público deste grave problema, *se compromete a impulsar cantas iniciativas se propoñan que vaian encamiñadas a prever e erradicar-la violencia e a axudar ás vítimas das agresións físicas e psíquicas, co fin de que no noso país se produza un grao de tolerancia cero da violencia contra as mulleres no plano individual, colectivo e institucional*».

O Consello Xeral do Poder Xudicial, veu seguindo esta problemática con especial atención, e así unha das súas contribucións máis importantes foi a formación de xuíces e maxistrados na problemática social e lexislativa para combater este fenómeno.

O pasado 11 de maio, o Consello de Ministros aprobaba o II Plan de acción contra a violencia doméstica, un plan no que se recolleron unha serie de medidas para tentar loitar contra un fenómeno que toda a sociedade, dende tódolos sectores da Administración e a propia cidadanía, quere atallar dunha vez por todas. O dito II plan é a continuación do I Plan de acción que foi aprobado no Consello de Ministros o 30 de abril de 1998 co fin de dar cumprimento ós acordos adoptados na Conferencia sectorial da muller na que participaron tódalas comunidades autónomas no ano 1997.

Mentres o I Plan de acción tiña unha vixencia de dous anos, co novo plan preténdese, en principio, que se prolongue ata o ano 2004, recollendo tódalas iniciativas que se foron presentando dende diferentes colectivos co fin de artellar medidas que se executen por tódolos sectores

partícipes nesta problemática, é dicir, concellos, comunidades autónomas, xuíces, fiscais, forzas e corpos de seguridade do Estado, médicos, educadores, asistentes sociais, Instituto da Muller, asociacións de mulleres, etc. En definitiva, os compoñentes de tódalas institucións e daquelas organizacións non pertencentes á Administración que levan moito tempo loitando por atopar solucións que resulten realmente efectivas.

Así, entre as solucións que se adoptaron neste II Plan de acción atopamos a da formación dunha quenda de avogados de oficio especializada, a implantación dun sistema de «telealarma» nas mulleres ameazadas, a intensificación da posta en marcha de centros de emerxencia e pisos tutelados, a formación ocupacional das mulleres en centros de acollida e a continuación de accións de sensibilización social dos medios de comunicación social. Polo tanto, pretende afrontar unha serie de medidas, que son maioritariamente preventivas, e outras, de asistencia ás vítimas destes delitos, para que as mulleres que acudan a denunciar estes feitos poidan atopar un ambiente de protección e tratamento que as convezna de que a sociedade no seu conxunto quere sacalas da situación que puideran vivir ata ese momento. Ademais, introduciranse modificacións normativas para a inhabilitación para o exercicio da patria potestade, a substitución das penas de multa por traballos en beneficio da comunidade ou a privación do dereito de posesión de armas ós agresores.

Estas medidas teñen, por outro lado, a intención de facer evidenciar a situación real da violencia doméstica que existe en España, xa que un dos problemas deste fenómeno é o descoñecemento da situación real que sofren as mulleres e a cuantificación dos feitos de malos tratos.

Villagómez Cebrián pasou a analiza-los problemas que dimanan do fenómeno da violencia doméstica nos planos organizativo, governativo e estrutural, e que teñen un reflexo indubidable na eficacia da loita xurisdiccional contra este tipo de conductas. Neste sentido, dende a organización xudicial contamos xa cunha certa experiencia. O propio Consello Xeral do Poder Xudicial, que entre as súas obrigacións como poder público se atopa a de remover calquera obstáculo que puidera dificultar a actuación dos xulgados e tribunais en tódolos ámbitos, e, en canto á violencia doméstica, realizou recentemente un estudio exhaustivo sobre a cuestión, así mesmo encargou unha mostraxe levada a cabo polo Servizo de Inspección respecto da forma en que se tramitan os procedementos por este tipo de infraccións en Madrid, País Vasco e Barcelona. E, sobre todo, contamos cos resultados do traballo que veñen levando a cabo os xulgados especializados en violencia doméstica de Elxe, Orihuela e Alacant. Ademais de todo isto, firmáronse diversos protocolos nesta materia nas localidades de Madrid, Barcelona, Girona, Fuenlabrada, Vitoria, Bilbao e Sevilla.

Por conseguinte, dispoñemos, afirmou Villagómez Cebrián, dun

acervo experimental e doutrinal do que se desprenden claramente as seguintes consecuencias :

1) A existencia de frecuentes dilacións na tramitación de procedementos deste tipo.

2) A falta de intermediación suficiente por parte do xuíz e do Ministerio Fiscal nas primeiras actuacións realizadas en dependencias xudiciais nestes casos.

3) A inexistencia dun rexistro público que permita coñecer, coa necesaria inmediatez, antecedentes de agresións similares cometidas polo mesmo suxeito en calquera parte do territorio nacional, e, en consecuencia, poder detectar a tempo e previr cautelosamente o risco de futuras agresións.

4) A falta dun trato axeitado á vítima, que teña na debida consideración a particular situación na que esta se atopa trala agresión sufrida, e que evite que o sufrimento previo se una o derivado da «victimización institucional».

A evidencia con que se manifestan estas conclusións xustifican sobradamente a necesidade de abordar con todo rigor e coa máxima urxencia un cambio lexislativo que permita modificar radicalmente as pautas de actuación dos nosos xuíces e tribunais neste campo, a fin de posibilitar que estes poidan dispensar una resposta rápida e eficaz nos supostos de malos tratos familiares, evitando as dilacións innecesarias que hoxe teñen lugar, e que nunha porcentaxe elevada son a causa do avultado número de asuntos que deben coñecer os órganos xurisdiccionais da orde penal e da ausencia de previsión normativa específica que estableza a tramitación urxente e preferente dos procedementos incoados por este tipo de infraccións.

A continuación examinou distintos aspectos concretos da problemática que nos ocupa:

a) Especialización de xulgados.

Como dicíamos, tódolos estudos recentes coinciden en poñer de manifesto que a violencia doméstica adquiriu no noso país unha dimensión cuantitativa realmente extraordinaria. Así, un estudio recentemente publicado nos medios de comunicación estimaba en case un millón as mulleres que sufriron malos tratos severos nos últimos doce meses, cifra á que habería que engadir o maltrato infantil, principalmente psicolóxico, que habitualmente está presente tamén nos fogares onde as mulleres son agredidas.

Esta importancia cuantitativa que o problema da violencia doméstica adquiriu na sociedade dos nosos días e a previsión de que as cifras de agresións denunciadas se incrementen –como consecuencia da maior

mentalización social respecto da cuestión– ata aproximarse ó número de agresións realmente producidas, determinan a necesidade de especializar xulgados nesta materia, reconvertendo os existentes ou, no seu caso, creando os xulgados de violencia doméstica no número que se estime procedente. Esta tarefa xa foi emprendida polo Consello Xeral do Poder Xudicial dentro do marco legal vixente, procedéndose á constitución de diversos xulgados desta natureza, dende que se adoptou a primeira decisión de especialización a favor do Xulgado de Primeira Instancia e Instrucción nº 5 de Elxe, sobre a base na nota aprobada entón na Comisión de estudos e informes, que ó respecto sinalaba:

b) Aprobación de normas de reparto eficaces.

Como complemento do exposto na alínea anterior cabe sinalar que nas localidades onde non sexa posible ou non se estime procedente a especialización debe extremarse o celo na aprobación de normas de reparto que resulten eficaces para combater este fenómeno delictuoso, procurando que daquelas se derive a preferencia na atribución de competencia respecto destes delitos a favor do xulgado que coñecera ou esta coñecendo os anteriores feitos en que se basee a habitualidade.

c) Formación especializada de xuíces.

Non menos importante que a especialización de xulgados en materia de violencia doméstica é a formación especializada dos xuíces que os sirvan.

En efecto, se xa por si soa a violencia familiar constitúe un problema de primeira magnitude, o feito de que, frecuentemente, vaia asociada a factores criminóxenos como o alcohol e as drogas –capaces de xerar por si sós tensións sociais de enorme calado– determina que sexa preciso pór a disposición dos xuíces e maxistrados todo un completo programa formativo que lles permita coñecer en profundidade a complexa problemática que rodea este fenómeno delictuoso, cáles son as súas causas, cál é seu tratamento eficaz e qué instrumentos prevé a tal fin a lexislación vixente. Só a través da preparación específica dos que teñen responsabilidade ante un suposto de maltrato doméstico se poderá conseguir loitar eficazmente contra este tipo de delincuencia.

A este respecto, cabe destacar que na programación das actividades da Área de Formación do Consello Xeral do Poder Xudicial para o ano 2001, aparece incluída a realización dun curso formativo dirixido a xuíces e maxistrados dedicado monograficamente á violencia doméstica. Así mesmo, o mesmo Consello Xeral do Poder Xudicial é consciente de que as autoridades que teñen competencia en materia de formación de fiscais e demais funcionarios ó servicio da Administración de Xustiza xa levaron a cabo diversos programas formativos específicos nesta materia.







Todas están destinadas a protexer tanto á vítima como ós seus familiares do risco de agresións á súa persoa ou bens, que poidan poñer en perigo o dereito á integridade física ou psíquica e a súa liberdade. As tres implican a obriga de abandona-lo domicilio familiar. Sen embargo, deben terse en conta as circunstancias do imputado tales como: a situación económica, saúde, situación familiar e actividade laboral. Disto deriva a necesidade de combina-lo dereito da vítima a ser protexida cos dereitos do imputado, alleos á súa actividade delictuosa.

Finalmente, e con independencia de que non sexa preceptiva a petición da acusación pública nin privada, é importante que os fiscais velen, en aplicación do principio de legalidade e dos dereitos das vítimas, para a efectiva aplicación das novas medidas preventivas previstas na lei procesual penal, instando á súa aplicación, atendendo o perigo que represente o imputado, a necesidade de protexer á prexudicada e a gravidade dos feitos, que en definitiva son os parámetros que deben ter en conta os órganos.

A última intervención da primeira xornada correspondeulle a **Enrique Esbec Rodríguez**, psicólogo e médico forense da Audiencia Provincial de Madrid, que se centrou no tema da violencia familiar dende a perspectiva da victimoloxía forense. O enfoque victimolóxico da criminoloxía e psicoloxía é relativamente recente, e xurdiu a raíz da análise da parella penal e do estudio das vítimas das conflagracións bélicas.

«Non é o asasino, senón a vítima a culpable». Esta frase célebre de Werfel pronunciada xa en 1920 condensa e predí dalgunha maneira o cambio paradigmático que se dispoñía a experimentar a criminoloxía como ciencia a partir da segunda metade do século XX. Esgotada tal vez na busca infrutuosa dos marcadores da criminalidade na figura individualizada do delincente, vai buscar na interacción coa vítima, a explicación da criminoxénese.

A criminoloxía, xa dende Lombroso, coa esperanza de atopar-las claves socio-antropolóxicas da criminalidade, buscou determinantes xenéticos, psicopatolóxicos, morfobiolóxicos e socioculturais da conducta desviada, centrándose exclusivamente na figura do infractor da lei. O esquecemento da vítima por parte da psicopatoloxía forense tamén foi absoluto, e non é difícil atopar nos tratados desta disciplina<sup>12</sup> nin nos de medicina legal algunha referencia, aínda que sexa mínima. Pola súa parte, o dereito penal interesouse máis pola inimputabilidade do delincente que polas súas vítimas.

O interese pola vítima do delicto é moi recente. Existe consenso, practicamente xeral, en sinalar e homenaxear ás figuras de H. Von He-

<sup>12</sup> Sirva de excepción a magnífica obra de Bulglass e Bowden.

ting e B. Mendelsohn como pioneiros dunha nova disciplina: a victimoloxía<sup>13</sup>. Ambos, en esencia, veñen sinalar que a criminoloxía depende, non dunha reduccionista antropoloxía e socioloxía criminal, senón dunha complexa relación entre vítima e victimario, figuras que non ocupan posicións antinómicas, senón que interaccionan; os seus roles respectivos imbrícanse e mesmo chegan a confundirse. No que Mendelsohn denomina a «parella penal», a vítima (que xa non é considerada necesariamente como «suxeito pasivo» do delito) pode contribuír, con maior ou menor culpabilidade, á súa propia civilización.

Pero a victimoloxía non se vai ocupar tan só da comprensión do fenómeno criminal a través desa posible imbricación, senón que pretende un coñecemento, o máis exacto posible, da criminalidade real, unha especial consideración ós fenómenos psíquicos e problemas socio-financeiros xerados pola victimización e unha sensible mellora dos sistemas de apoio e satisfacción.

Por outra parte, tamén existen outras moitas vítimas sociais ademais das que o delito xera, polo que o definitivo deslinde entre criminoloxía e victimoloxía se atopa en debate e o propio Mendelsohn pediu esa ruptura.

Non obstante, o relator limitou a súa intervención á esfera das vítimas individuais por delito, que acaparan a atención do forense (psicólogo, psiquiatra, médico...) no seu quefacer habitual, centrándose especialmente en aspectos relacionados coa briosía psicoloxía forense.

Se ben se extraeron diversas tipoloxías victimales que magnifican as relacións entre o autor do delito e vítima, e resulta importante o concepto de vítima secundaria e indirecta, o relator centrouse especificamente nos factores sociodemográficos de risco e vulnerabilidade. Fixo unha especial énfase nos factores de risco: vítima «predisposta», «potencial» ou «latente» e, especialmente, nos de vulnerabilidade tanto psicolóxicos coma transcendentais, elementos moduladores da victimoloxía.

O relator destacou o gran número de investigacións con respecto ás actitudes sociais fronte ó fenómeno da agresión sexual e cómo estas poden dificultar a recuperación das propias vítimas. Certos estudos (Pino e Meier, 1999) poñen de manifesto que as vítimas en xeral se mostran reticentes a denuncia-los feitos cando estes non encaixan no que sería unha situación estereotípica de agresión sexual; os únicos factores que

<sup>13</sup> En 1941 Hens Von Heting publica o traballo *Remarks on the interaction of perpetrator and victim* e en 1948 a súa obra clave *The criminal and his victim*.

Benjamin Mendelsohn escribe en 1937 un traballo sobre a importancia da personalidade da vítima na criminoloxía: *Method to be used by counsel for the defence in the researches made into the personality of the criminal*, publica en 1946 *New bio-psychosocial horizons: victimology*, e en 1947 pronuncia un relatorio sobre victimoloxía en Bucarest.

parecen incrementa-la probabilidade de denuncia son a existencia de lesións físicas (xeralmente graves) e o uso dalgún tipo de arma por parte do agresor. Culpar á vítima por que fora agredida é unha forma de «victimización secundaria» na que estas poden sentir culpa ou vergoña polo *feedback* negativo que reciben sobre a súa conducta. Rematou a súa intervención salientando a atención que nos últimos anos se lle prestou á interacción da vítima co sistema legal e cos profesionais da saúde, e subliñouse a necesidade de mellora no trato personalizado deste tipo de vítimas, así como a modernización e desenvolvemento dos centros de asistencia comunitarios.

Comezou a segunda xornada co relatorio, dedicado á análise sociolóxica da violencia no ámbito familiar, do profesor de socioloxía da Universidade Autónoma de Madrid, **Gerardo Meil Landwerlin**. O novidoso da violencia doméstica, afirmou Meil Landwerlin, non deriva da súa existencia, senón da toma de conciencia da súa existencia así como, sobre todo, da crecente perda de «comprensión» da que gozaba na sociedade e do rexeitamento social activo que suscita de xeito crecente. Neste sentido, non se trata de que se soubera que isto sucedía, senón que deixou de considerarse un asunto privado para converterse nalgo socialmente condenable e tamén legalmente punible, ata converterse nun problema social. No imaxinario colectivo, a familia está deixando de ser considerada só nos seus aspectos positivos como espacio de amor e solidariedade desinteresada fronte a un mundo despersonalizado, competitivo e interesado, para ser vista de xeito máis realista, considerando tamén os seus aspectos negativos e os seus riscos potenciais.

Varios son os factores que contribuíron nas derradeiras décadas a despoxa-la violencia doméstica do seu carácter privado para convertelo nun problema social. Polo que se refire á violencia contra as mulleres, o principal motor que elevou a violencia doméstica á categoría de problema social foi o movemento feminista, desenmascarando e denunciando as relacións de poder entre os sexos e as súas consecuencias en tódolos ámbitos da vida social e individual para as mulleres. Un dos factores é a transformación do modelo de relacións familiares dende un modelo tradicional cunha forte xerarquización dos roles familiares e domésticos en función da idade e o sexo a un modelo máis «democrático» no sentido de equiparación legal dos dereitos e obrigacións dos cónxuxes e unha práctica máis consensuada na toma de decisións en tódolos ámbitos do espacio doméstico.

Afirma Meil Landwerlin que en España este cambio produciuse ó abeiro das transformacións sociais, políticas e xurídicas postas en marcha pola transición política cara á democracia, aínda que as bases sociais destes cambios xa foran establecidas con anterioridade. Así, as primeiras esta-

tísticas sobre os casos de malos tratos á muller publicáronse na prensa a partir de 1983 e un paso importante no plano das políticas sociais foi o establecemento en 1984 das primeiras casas de acollida para mulleres maltratadas. Outro fito importante neste contexto foi a elaboración do Plan integral contra a violencia doméstica en 1997.

Respecto das cifras, o primeiro problema que se presenta á hora de aborda-la violencia doméstica é o de definir qué é o que se entende por violencia doméstica. A cuantificación do alcance deste fenómeno, a diferenza da cuantificación doutros fenómenos sociais, é unha tarefa non só complexa, senón difícil de lograr debido tanto ás representacións sociais sobre o que é a violencia doméstica, coma ás reticencias das vítimas ou do seu contorno a recoñecer que son obxecto de violencia doméstica. Unha das fontes de información sobre o seu alcance son as denuncias presentadas nas comisarías de policía, pero estes datos só proporcionan unha visión limitada do alcance do fenómeno, pois só nun número de casos se chegan a presentar denuncias.

Unha forma alternativa de medi-la incidencia da violencia doméstica son as enquisas dirixidas á poboación no seu conxunto ou a un determinado subgrupo. Esta técnica de enquisa comezouse a aplicar recentemente para medi-lo alcance da violencia contra as mulleres, pero non así contra os nenos para os que só se dispón de datos sobre denuncias ou casos tratados polos servizos sociais. Os resultados que dan estas enquisas evidencian graos de incidencia moi diferentes segundo sexan as formulacións das preguntas.<sup>14</sup>

O profesor Meil Landwerlin interrogouse polos factores que explican o recurso á violencia doméstica no espazo familiar. Coa emerxencia da sociedade moderna, a vida familiar pasa a perder de forma crecente as tradicionais funcións económicas e educativas que viñan cumprindo na sociedade tradicional para especializarse aínda máis nas funcións de satisfacción das necesidades afectivas dos cónxuxes e na socialización dos fillos. Co proceso de modernización, polo tanto, a vida familiar sobrecargouse con funcións expresivas das persoas así como compensatorias das dificultades, tensións e frustracións na vida pública ó tempo que a forma en que se satisfán estas funcións substituíuse o control social exercido polo contorno. Na actualidade, ademais, estase asistindo ó que denominamos postmodernización da vida familiar (Meil, 1999), caracterizada pola transformación dos roles tradicionalmente asignados ós xéneros sobre a base dunha renegociación entre os cónxuxes implicados do seu contido.

<sup>14</sup> Número de denuncias presentadas en 1999: 38.783. Un 16% máis ca en 1997, nas que un 76% das vítimas eran mulleres e o 24% homes. No 2001 aumentaron un 15% respectó ó 2000, cun total de 57 vítimas mortais.

Todas estas circunstancias creanlles moitas esixencias ós membros da familia, facendo desta tamén un lugar propicio para xerar moitas frustracións. Agora ben, tanto as frustracións xeradas dentro do espacio familiar coma as que se xeran fóra del non teñen por qué traducirse necesariamente en violencia contra os máis próximos, pero si é un contexto moito máis propicio ca outros (por exemplo, o laboral, configurado sobre a base de características diametralmente opostas) para que así suceda se se dan unha serie de circunstancias que abordaremos un pouco máis adiante.

Ademais destas características, a familia é despois do traballo, o espacio social onde maior tempo se inverte, núcleo propicio para que xurda o conflito múltiple, particularmente, aínda que non exclusivamente, cando se cuestionan ou se desafían as xerarquías de autoridade (os fillos reclaman o control sobre o mando da televisión, a muller reclama a colaboración na realización das tarefas domésticas, o home reclama a satisfacción das súas necesidades sexuais e un longo etcétera). As desavenencias non teñen por qué conducir a conflitos, aínda que poden facelo facilmente xa que se coñecen os puntos débiles do outro, e os conflitos como mecanismo para avanza-los intereses individuais non teñen por qué resolverse con violencia, pero as ocasións son múltiples para que así suceda, sobre todo, se se dan unha serie de circunstancias entre as que se poden destaca-las seguintes:

1. Se culturalmente hai aprobación para a utilización da violencia co obxecto de exercer o control sobre os demais ou, alomenos, hai comprensión ou exculpación na súa utilización, definindo as situacións con etiquetas sociais como «fóiselle a man», «perdeu os estribos», etc. que condenan as condutas ó tempo que tenden a diluí-la responsabilidade.
2. Se non trascende do espacio privado familiar.
3. Se se aprendeu a responder violentamente para lograr alcanza-los obxectivos obxectivos e intereses personais.
4. Se existe unha dependencia socioeconómica elevada e relacións de poder asimétricas importantes.

Dadas todas estas circunstancias no debería resultar estraña a existencia da violencia doméstica, particularmente se no ámbito social no seu conxunto está socialmente lexitimada e sistematicamente difundida.

A continuación, Meil Landwerlin expuxo as principais teorías explicativas da violencia doméstica.

Inicialmente a violencia doméstica tendeu a explicar fundamentalmente a partir dunha única causa o factor dominante, centrando a atención ben nos riscos psicopatolóxicos do agresor, ben no consumo de alcohol e drogas, ben na transmisión interxeneracional dos modelos



de comportamento violento. Este tipo de explicacións unicasais pasaron formar parte do sentido común e das teorías populares sobre a violencia doméstica, pero este é un produto complexo no que interveñen factores psicolóxicos, interpersonais, sociais, históricos e culturais e só pode comprenderse indo máis alá de explicacións unicasais para tomar en consideración o contexto sociocultural no que ten lugar, así como os riscos da personalidade das partes implicadas. Dentro das teorías multicasais é preciso distinguir entre as teorías sociolóxicas, que poñen o acento fundamentalmente na dimensión sociocultural do fenómeno, e as teorías psicolóxicas, que poñen o acento en maior medida en riscos da personalidade individual (sen esquecer, non obstante, a dimensión social do fenómeno).

Os riscos fundamentais das principais teorías sociolóxicas sobre o fenómeno da violencia doméstica son:

A *Teoría da tensión familiar* entende a violencia familiar como unha resposta individual, pero socialmente construída, a situacións de tensión no espazo familiar ás que os individuos recorren como reacción á falta de control sobre as ditas situacións. As situacións de tensión poden proceder de circunstancias alleas ou propias á dinámica familiar, aínda que é frecuente que ámbalas dúas interactúen reforzándose mutuamente. Entre os causantes da tensión que maior influencia teñen na dinámica familiar e que a investigación social evidenciou como factores de risco máis evidentes atópanse as dificultades económicas derivadas da pobreza, falta de emprego e de recursos económicos suficientes, pero tamén poden derivar doutras circunstancias como o coidado de enfermos crónicos ou de diminuídos físicos, psíquicos ou sensoriais, particularmente cando se carece de servizos de apoio.

Respecto da *Teoría ecolóxica*, o profesor Meil Landwerlin, dixo que este modelo explicativo foi inicialmente desenvolvido por Garbarino para dar conta do maltrato infantil, e para dar conta tamén da violencia exercida contra outros membros da familia e recolle baixo un esquema interpretativo distinto parte dos elementos anteriormente sinalados. A explicación da violencia doméstica parte da análise dos contextos sociais nos que están insertas as familias, e distínguense catro niveis na definición do contexto social no que se desenvolven as familias.

O relator concluíu coa exposición da *Teoría do intercambio social*, unha teoría social amplamente utilizada na análise da sociedade en xeral e da familia en particular, que foi aplicada á análise da violencia doméstica na súa dimensión do maltrato físico e, por extensión, tamén ó maltrato psíquico por Gelles (Gelles y Comell, 1990). Esta teoría parte do suposto de que a interacción humana está guiada pola busca de recompensas e a evitación de castigos ou custos.



Na opinión do profesor Meil Landwerlin cada teoría ten contribucións específicas así como limitacións. Sen embargo, cada unha delas salienta a grande complexidade desta indesexable dimensión da realidade familiar que require dunha estratexia de afrontamento plural en tódalas súas dimensións da realidade social e, entre elas, a xudicial, que é a que neste contexto nos ocupa, e isto co fin de aumenta-lo control social e a percepción subxectiva dos custos derivados do recurso á violencia no espacio familiar.

O segundo relatorio matinal correu a cargo do presidente da Audiencia Provincial de Alacant, **Vicente Magro Servet**, sobre as propostas para unha reforma legal integral en materia de violencia doméstica. Magro Servet afirmou que estamos asistindo nos últimos tempos a unha mellora na busca de novas ideas e novos obxectivos no tratamento da violencia doméstica. As cifras no número de denuncias seguen un crecemento reducido pero sostido e isto anímanos a pensar que está cambiando a filosofía do problema e que a muller que é obxecto do maltrato está comezando a percibir unha maior sensibilidade por parte de tódolos colectivos e administracións. Nesta liña, demóstrase que a maior transmisión de iniciativas e proxectos para a muller maltratada produce un efecto positivo de recepción de confianza en que algo está a mudar na sociedade nesta materia. Un exemplo deste cambio atopámolo na iniciativa que se adoptou polo CXPJ no Pleno de data 1 de decembro de 1999 que autorizou a constitución de tres xulgados especializados en materia de violencia doméstica e que ofreceu, como plan piloto, uns resultados moi positivos co fin de transmitirles ás mulleres a posibilidade do tratamento especializado nun so órgano. Esta idea foi recollida positivamente polo Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais e o Ministerio de Xustiza ó incluíren a especialización dos órganos xudiciais no denominado II Plan de acción contra a violencia doméstica.<sup>15</sup>

Pero pese a que se están incrementando as medidas de protección e se está a traballar intensamente en buscar vías de solución ó problema, segue sendo imparable o incremento das noticias que nos poñen de manifesto a existencia de malos tratos a mulleres un día si e outro tamén. Asegura Magro Servet que non lembra unha sucesión tan repetida de feitos sobre o mesmo tipo penal que motivara unha reacción social tan importante como a que estamos a vivir nos derradeiros anos. O certo é que son dúas as circunstancias que conflúen e nos mostran a verdadeira cara desta situación. Por un lado, as mulleres deron un paso valente e

<sup>15</sup> V. MAGRO SERVET. «Los juzgados especializados en violencia doméstica». Na revista *La Ley* 28/05/2001.

decidido á hora de acudir ás comisarías ou xulgados de garda denunciando situacións que antes non se atrevían a denunciar, o que producía un número máis reducido no número de expedientes que se tramitaban en comisarías e xulgados cós que agora mesmo nos ocupan.

En consecuencia, non é que agora se produzan máis agresións ás mulleres por parte do seu cónxuxe ou parella, senón que antes existían unhas denominadas «cifras negras», é dicir, non reais, motivadas polo factor antes indicado. Existía o maltrato, pero non se denunciaba. Hai que lembrar que en moitos foros de debate se puxo de manifesto este feito, xa que a consideración desta situación como «privada», dentro da familia, non favoreceu o coñecemento da súa magnitude, e é esta a explicación do feito comprobado de que moitas mulleres maltratadas non denunciaron estas situacións ata a data, considerándose que só o 10% dos malos tratos se estaban denunciando ata datas recentes nas comisarías españolas.

Unha das razóns principais da elevación dos índices estatísticos céntrase nese paso decidido a acudir a comisarías e xulgados a denuncia-lo que antes non denunciaban e é que a muller temía que co cárcere todo ía empeorar, equivocándose porque o silencio daba novas forzas ó agresor.

Por outro lado, os medios de comunicación social están a ter un efecto inmediato na reacción que se está a producir na sociedade española, a cal está recollendo a testemuña da chama prendida por aqueles para esixir solucións a este problema que parece non ter fin. É esta unha proba máis da influencia dos medios de comunicación social na denuncia, primeiro, e busca de solucións polos responsables, despois, con respecto daqueles feitos que si permanecen no silencio non obterán nunca unha resposta directa e efectiva. Non é certo que os malos tratos experimentaran na actualidade un incremento alarmante, –aínda que da súa realidade ninguén pode dubidar–; xa que o que realmente ocorreu é que aumentou a sensibilidade social fronte a conductas que, aínda constando a súa existencia no pasado e no presente, agora non se queren tolear máis. Por isto, enténdese que nos atopamos non ante unha nova forma de criminalidade descoñecida ata agora, senón todo o contrario: un melloramento da sociedade, ou alomenos, un intento de mellorar a través de institucións xurídicas novas nas que se tenta establecer un importante arco protector para as mulleres que foron ata a data obxecto de maltrato.

Pese a todo, podémonos e debémonos preguntar ¿como está respondendo a sociedade ás mulleres maltratadas?, porque o certo é que, desgraciadamente, en moitas ocasións se escoitaron frases realmente desalentadoras na busca dun avance nesta materia, tales como ¿que fixo para que o seu home lle zoupe?

As reformas que se están producindo neste campo son moi importantes. Por exemplo, na esfera policial produciuse unha mellora importantísima na atención dispensada polos profesionais demostrando unha importante percepción do problema.

Magro Servet dixo que non podemos esquecer que gran parte das reformas lexislativas producidas no noso país nesta materia tiveron un arranque social a raíz do empuxe que dende diversos foros se realizou para lembrar que había que modifica-la lexislación na medida en que era preciso ampliar e clarifica-las conductas nas que a muller estaba sendo vítima en toda a extensión da palabra.

Grande importancia tivo nesta concienciación o Instituto da Muller. Na súa lei de fundación do 24 de outubro de 1983 lembra que «un cometido do Instituto da Muller era estudar a situación da muller española nos seguintes campos: legal, educativo, cultural, sanitario e sociocultural recompilando información e documentación relativa á muller e elaborando os correspondentes informes.

Lembra, para estes efectos, que esta institución tivo un obxectivo importante por canto ata 1983 existían en España, en comparación cos países de noso contorno, moi poucas investigacións sobre a situación das mulleres. Por isto, entende Magro Servet que tódolos foros como o presente nos que se está debatendo esta cuestión van contribuíndo a aumentar esta conciencia social de que «hai algo máis aínda por facer nesta materia».

En canto ó concepto de violencia producida no seo da familia debemos destaca-la definición que se ofreceu no 1º Congreso de organizacións familiares que tivo lugar en Madrid (decembro de 1987), como «Toda acción ou omisión dun ou varios membros da familia que dea lugar a tensións, vexacións ou outras situacións similares nos seus diferentes membros». Neste sentido, na publicación titulada «A violencia contra a muller» elaborada no ano 1991 polo Ministerio do Interior-Ministerio de Asuntos Sociais-Instituto da Muller lémbrese que os aspectos definitorios dos malos tratos á muller son:

- a) os producidos no ámbito doméstico, privado.
- b) os equiparables a modelos de conducta e de comunicación propios dunha relación asimétrica de dominación.
- c) a relación de afectividade que ten o agresor coa vítima.

Seguidamente, o relator abordou o alcance institucional na protección das mulleres maltratadas. «O Consello Xeral do Poder Xudicial manifestou dende hai tempo unha fonda preocupación polas situacións de violencia doméstica, e é plenamente consciente, no ámbito das súas competencias, da necesidade de habilitar medidas razoables e eficaces para afrontar tan grave problema». Deste xeito comeza o informe emi-

tido pola Comisión de estudos e informes do CXPX, para o efecto da encomenda do Pleno do CXPX de data 14 de xaneiro de 1998 de elaborar unha análise na que se debían abordar as eventuais medidas ou reformas normativas que puideran resultar de interese por mor das sucesivas xornadas que sobre o tema da violencia doméstica se celebraron neste órgano en colaboración co Instituto da Muller. O informe elaborado para o efecto pola citada Comisión foi aprobado polo Pleno do CXPX na reunión do 19 de xuño de 1998.

A colaboración directa que existe, pois, e existiu entre o Instituto da Muller e o CXPX deu lugar á elaboración de senllas xornadas, as primeiras dedicadas á análise da violencia doméstica exercida contra a muller no ámbito familiar e as segundas sobre os delitos contra a igualdade nas que, coa participación de xuíces e maxistrados, responsables administrativos e xuristas expertos de diversos países se analizaron os diferentes puntos de vista arredor das causas e a orixe que motivou o desencadeante deste ataque desmedido contra a muller como suxeito pasivo, así como a situación da lexislación aplicable a estes feitos e as posibles reformas que se deberían adoptar para loitar contra este fenómeno que non é ningunha novidade e que estivo oculto na propia intimidade da muller por determinadas circunstancias que sería necesario analizar.

A ocultación do fenómeno produciu que ata hai ben pouco tempo a sociedade non fora consciente da gravidade dunha situación que por quedar oculta no seo da familia non traspasaba as fronteiras do domicilio particular, levando a unhas cifras inexactas en canto á realidade dos feitos de malos tratos que se producían día a día en moitos fogares españois.

Ata o ano 1983 non se recolleran datos estatísticos das denuncias que se presentaran por malos tratos. Isto daba unha idea da total ausencia de sensibilidade ata datas ben recentes (estamos falando de menos de vinte anos) dun problema que se deslizaba como un feito máis que se acudía ás comisarías e xulgados se consideraba como un caso illado dos ilícitos penais que se cometían día a día en diferentes zonas e puntos da nosa xeografía.

Do mesmo xeito, fáiase constar que das 91 mulleres falecidas no ano 1997 a maioría denunciara nalgunha ocasión a súa situación persoal sen que se lle dera unha resposta efectiva ó problema presentado, o que nos dá unha idea da auténtica necesidade que a sociedade ten de ofrecerlles unha resposta ás mulleres que estiveron sufrindo malos tratos, a fin de evitar que a agresión remate en homicidio tal e como, desgraciadamente, se deu en moitos casos.

Agora temos cifras máis ou menos aproximadas, pero antes de 1983 a inexistencia de cifras reais nesta materia unida á incompreensión que se producía ante este fenómeno acrecentou o problema para situalo nun

ilícito máis, cando está claro que as agresións e malos tratos a mulleres se sitúan nun marco de auténtica degradación da persoa humana agravado polo sufrimento que tiveron que padecer aquelas mulleres que non tiveran forzas nin axudas que puideran vence-lo seu grave problema.

Por todo isto, dende hai algún tempo estase a percibir un sentimento social que asumiu a gravidade desta situación ó amparo do importantísimo labor de concienciación que se desenvolveu dende o Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais por medio do Instituto da Muller.

Para pecha-la súa intervención, Magro Servet chamou a atención sobre as medidas que se van adoptar, ou se están adoptando, na loita contra a violencia doméstica.

- 1.- Así, salientou a repercusión do II Plan de acción contra a violencia doméstica, aprobado o 11 de maio de 2001, onde se recollen unha serie de medidas para tenta-la loita contra un fenómeno que toda a sociedade, dende tódolos sectores da administración e a propia cidadanía, quere atallar dunha vez por todas.
- 2.- Outra das medidas que se está a cuestionar é a relativa á especialización de xulgados, fiscais e persoal asistente nesta materia, a fin de estender a nivel nacional o exemplo de Alacant, Elxe e Orihuela. As cifras falan por si soas do grao de confianza que inspirou a posta en marcha destes xulgados especializados ás mulleres que eran obxecto de malos tratos, ó comprobar que podían ser atendidas cun tratamento específico e individualizado.
- 3.- Implicación da sociedade no fenómeno da violencia doméstica.
- 4.- Políticas de prevención.
- 5.- Mellora das canles de información institucional.
- 6.- Fomento das políticas de educación en valores.
- 7.- Actuación coordinada entre tódalas administracións que están implicadas no tema.

As súas derradeiras palabras mostraron a súa confianza nas medidas a favor da loita contra a violencia doméstica incluídas no II Plan de acción aprobado polo Consello de Ministros do día 11 de maio de 2001, que mostran a plena intención de resolve-lo problema, pero soamente se unimos esforzos, ideas e iniciativas avanzaremos.

#### ■ MESA REDONDA – *A violencia intrafamiliar*

En primeiro lugar tomou a palabra Nicole Marco, secretaria xeral do Servizo Galego de Igualdade (SGI). O SGI é un organismo autónomo que precisamente ten entre as súas funcións promove-la igualdade de oportunidades nas mulleres. A relatora advertiu que non foi ata 1975 cando a



ONU cuestiona o problema da violencia doméstica. É nos anos oitenta cando se comeza a ter en conta a violencia doméstica coma un delicto encuberto, ademais de se-lo delicto máis frecuente do mundo. É nos anos noventa cando realmente, de xeito específico, se reconece a violencia contra as mulleres coma un atentado contra os dereitos humanos. Segundo estes datos, non é estraño que exista un organismo coma o SGI.

O artigo 1 da Declaración sobre a discriminación contra as mulleres mostra que a violencia foi ata fai pouco un acto aceptado culturalmente, que pertencía á vida privada. Polo tanto, é un problema contra o que deben reaccionar los poderes públicos, os axentes sociais, as institucións e a propia sociedade. No se trata dun fenómeno de ámbito menor que afecte a subsectores marxinais.

Existe un informe da ONU no que reconece que a violencia doméstica é a causa máis importante de morte e incapacidade da poboación feminina, por diante do cancro e a malaria, o que nos debe levar, sinala a relatora, a tomar conciencia do problema. Así mesmo, afirmou que unha das primeiras medidas correctoras do fenómeno nas que se pensa é a do dereito penal, en medidas drásticas que protexan ás vítimas, medidas de afastamento, etc. Preténdese que as medidas contra o agresor se cumpran inmediatamente. É certo, afirma a relatora, que trala derradeira reforma do Código penal de 1999 avanzouse un paso no que concirne á «habitualidade», á inclusión da «violencia psíquica», é dicir, a ampliación do ámbito subxectivo.

Sen embargo, a relatora estima que o dereito penal non é unha panacea. Ó seu entender, a primeira actuación debe se-la prevención. O dereito penal xurdirá unha vez cometido o acto de violencia doméstica. Cómpre previla violencia doméstica dende pequenos, e para iso, entende Nicole Marco, a arma é a educación, transmitindo nas escolas valores positivos que sirvan para adquirir unha posición crítica cara aqueles estereotipos nos que se baseou a relación interxéneros. Tamén é necesario traballar co persoal docente, facéndolles saber cal é o rol que eles desempeñan nesa transmisión de valores positivos.

Pero tamén é moi importante o papel da familia como axente socializador, fundamental no proceso educativo, formativo e de adquisición da identidade persoal dos nenos e nenas. Por iso cómpre que as nais e os pais e todo o persoal educativo xunten esforzos para tentar inculcar na xente nova uns valores diferentes ós que ata agora se viñan transmitindo. Polo tanto, dende o SGI estase a traballar coa educación mediante a realización de seminarios sobre educación permanente para a igualdade, traballando co persoal docente, pais e nais, a través de foros de debate. Tamén se está a traballar cos medios de comunicación, xa que hai que ter en conta a súa función como vehículos de información e de modelos de conductas. O SGI ten un número de teléfono gratuíto para toda Galicia



no que se pode obter información legal, laboral, asesoramento, etc. Ademais, existe unha rede de información á muller, fundamentalmente rural, apoiados por persoal especializado: psicólogos, avogados, asistentes sociais, sen esquecer os centros de acollida existentes.

Para rematar, a relatora quixo destaca-la importancia dun sistema de «teleasistencia» a disposición das mulleres susceptibles de sufrir agresións físicas. Entrégaselles un teléfono móbil que poden utilizar no caso de perigo e solicita-lo socorro da policía. Resaltou, así mesmo, un programa de asistencia psicolóxica e terapéutica a maltratadores.

Seguidamente tomou a palabra Teresa Rey Barreiro-Meiro, directora xeral de Familia, para introducir o tema da violencia contra os nenos. O marco lexislativo, integrado tanto pola Lei de servizos sociais coma pola Lei de familia, e o Plan integral de apoio á familia, obrigan á Administración galega e, concretamente, á Consellería de Familia a levar a cabo as políticas de protección dos nenos e os seus dereitos. Para isto, dende o ano 1994, púxose en marcha o Plan integral de apoio á familia, e dentro deste plan integral incorporouse o «teléfono do neno», que lle permite conta-los seus problemas, especialmente os actos de malos tratos. Dende a súa posta en marcha recibíronse 80.000 chamadas de atención. Destas, 19.665 presentaron algún tipo de problemática ós psicólogos e pedagogos do servizo. Por sexo, chaman máis as nenas cós nenos, e dentro do conxunto chaman máis os comprendidos entre 11 e 18 anos. A problemática con maior índice son os malos tratos ós nenos; en segundo lugar figuran as dificultades nas relacións sentimentais; en terceiro lugar aparecen os problemas nas relacións sentimentais cos pais e outros nenos. Chaman moito máis das provincias de Pontevedra e A Coruña, xa que Ourense e Lugo teñen menos poboación.

A relatora afirmou que, ademais dos malos tratos físicos, o abandono temporal ou permanente e os malos tratos emocionais tamén entran dentro da categoría de violencia doméstica. Así, os insultos, desprezos, ameazas, bloqueo de toda iniciativa, abandono emocional, ausencia de resposta a todo sinal ou expresión de emocións, interacción, contactos, explotación laboral, corrupción, maltrato prenatal, *síndrome de Münchhausen* por poderes, forman parte da violencia contra os nenos.

Así mesmo, a relatora fixo mención dunha guía do ano 1997 para a detección de situacións de malos tratos. Esta vai dirixida ós profesionais de organismos que poden ser fonte de informacións salientables no proceso de intervención ante situacións de malos tratos e abandono á infancia, especialmente na fase de tensión. É necesario, polo tanto, contar cos profesionais, traballadores familiares, educadores, pediatras, mestres, etc, que están a facer un labor importante na loita contra este fenómeno social.

A sensibilización social respecto dos temas da infancia vai medrando. Deste xeito, dende a Administración cómpre transmitir uns indicadores fiables para axudar a identifica-las situacións de risco para os nenos e nenas. Sábese que só unha pequena parte das situacións, de malos tratos son detectados, pero estase a traballar cuns programas moi específicos pata tentar solucionar este problema.

A relatora sinalou que existen dous programas de atención directa: o «Programa de atención familiar», dentro do cal atopamos, en primeiro lugar, o servizo de «intervención urxente especializada» con equipos nas catro delegacións; en segundo lugar, o «Programa de integración familiar ou integración», se temos en conta que despois do dereito á vida, os nenos/as teñen dereito a vivir no seo dunha familia xa biolóxica, xa alternativa. Así, a primeira acción e traballar coa familia biolóxica para que o neno/a poida volver ó seu seo. Existen dous equipos que se dedican á familia por un lado e ó neno/a polo outro. Se o problema é económico subminístrase unha cantidade que poida salva-la desatención ou malos tratos.

A Consellería de Familia atópase xa na segunda fase, é dicir, traballando dende o punto de vista da prevención, con familias en risco de accións de malos tratos. As cifras indican 192 casos preventivos de familias nesta situación.

Teresa Rey rematou a súa intervención destacando o protocolo de actuación en casos de abuso sexual a menores. Protocolo consensuado co delegado do Goberno en Galicia, o conselleiro de Sanidade e Servizos Sociais, conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais e, finalmente, Consellería de Familia, da que partiu a iniciativa. O presidente do Tribunal Superior de Xustiza, o fiscal-xefe e máis o valedor do pobo. Todas estas institucións puxéronse de acordo para levar a cabo un protocolo que atenda ós nenos/as de abusos sexuais e para que non sexan dobremente vítimas do fogar familiar ou afectivo e pola Administración.

**José Vázquez Gómez** comezou a súa intervención salientando a función dos medios de comunicación como vehículos de información, de transmisión á sociedade das accións dos organismos políticos e administrativos. É necesario informar sobre as cifras que inundan fenómenos coma o da violencia doméstica, pero a eficacia deste labor queda limitado por dúas cuestións. Unha é a que o relator chama ausencia de identificación das noticias. Un dos axiomas da información é saber qué, cándo e ónde se produciu unha noticia. No caso concreto da violencia doméstica, esta ausencia de identificación é o que resta eficacia á transmisión destes datos. Xa que, a maior parte das vítimas que acoden a un medio de comunicación tratan de oculta-la súa desgracia manifestando que o que lle está a suceder non é a ela mesma, senón a unha persoa

amiga, familiar, veciña, etc, que por medo non se atreve a denuncia-los feitos.

En realidade o xornalista dáse conta de que a vítima real é a mesma persoa que está diante ou ó teléfono, pero ninguén se responsabiliza da pretendida denuncia, polo que un medio de comunicación non pode publicar algo do que ninguén pode confirmar ou contrastar. Polo que a eficacia de publicar uns datos anónimos que recorda a unha noticia, simplemente testemuñal, pero sen a transcendencia e o rexeitamento público que merecen.

Existe outro medio utilizado polas vítimas para que un xornal teña noticia de feitos desta natureza, son as cartas ó director. Unha sección da que o relator foi responsable no xornal *La Voz de Galicia* durante quince anos, e nunha época onde se carecía da conciencia que hoxe se presume na sociedade e nos poderes públicos. Así, nos anos oitenta, onde a pasividade e o escurantismo sobre este fenómeno caracterizaban á sociedade, estas cartas ó director eran o único instrumento para darlle publicidade á violencia doméstica. A confianza na xustiza era nula, e tampouco existían na Administración os mecanismos de resposta que, aínda coas súas limitacións, existen hoxe. A propia sociedade impuña un silencio molesto, pero real, de xeito que era difícil atalla-los actos de maltrato familiar. Así, non quedaban moitas vías de escape, de xeito que a sección dos xornais «cartas ó director» converteuse na caixa de resonancia dalgúns destes problemas de violencia familiar.

Hoxe en día, e estamos a velo tódolos días nos xulgados, unha muller vítima dunha agresión sexual ten menos prexuízos en denunciar publicamente, coa seguridade en que a sociedade mostrará toda a súa comprensión e apoio.

O xornalista José Vázquez destacou a dificultade dos medios de comunicación para penetrar na esfera privada sen dana-la protección das verdadeiras vítimas, sobre todo mulleres e nenos. E isto, incluso, cando xa se produciu a denuncia ou a posterior condena nun xulgado. O relator insistiu no dilema en que se atopan os medios de comunicación entre publica-lo nome dos agresores, incluso reincidentes ó longo dos anos, ou salvagarda-lo nome das vítimas. Destacou a necesidade de crear mecanismos que permitan prever este tipo de actos de malos tratos. Non basta dicir que denuncien, hai que ofrecerlles unha seguridade para que poidan desenvolver-la súa vida en paz.

Debemos empeñarnos en que a sociedade asuma esta realidade e contribúa de forma solidaria a minora-las desgracias das vítimas. Neste contexto, os medios de comunicación están obrigados a publicar, e mesmo facer campaña, sobre as consecuencias da violencia familiar, pero de momento non poden ser máis que meros altofalantes das queixas dalgún caso concreto pola súa notoriedade. Sen embargo, si poden

publica-las cifras e analiza-las causas que as provocan, actuando tamén como vehículos de información para que a sociedade tome conciencia de que é necesario impulsa-la acción das institucións e organismos públicos dotándoas dalgúns instrumentos axeitados para paliar esa lacra da violencia doméstica. Finalmente, o relator mostrouse convencido de que a eficacia dos *mass media* queda limitada pola lexítima protección das vítimas que permite que os maltratadores queden no anonimato.

A rolda de intervencións rematou co relatorio de **Ramón García-Malvar y Mariño**, fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. Comezou a súa intervención comentando o carácter xurídico das medidas que se produciron ata o de agora. Así, a petición do valedor do pobo sobre o divorcio inmediato no caso de malos tratos; a propia lei de malos tratos de Castela a Mancha, ou esa medida que propón a Junta de Andalucía de ofrecer de balde cursos de artes marciais ás vítimas de malos tratos.

O fiscal xefe sinalou que ademais dunha violencia física existe unha violencia soterrada, psicolóxica, que tamén rodea o fogar. E non só entre home e muller, senón tamén cos fillos, e posiblemente esta sexa a situación máis grave. Estes nenos, na súa etapa de formación, logo van acusar, no seu desenvolvemento social, o desequilibrio producido no fogar familiar, onde ten lugar a violencia doméstica. Sen dúbida, sería necesario concienciar a todos no sentido en que toda violencia doméstica que se xera debería ser denunciada e que rematara nos tribunais.

O fiscal xefe afirmou que os casos máis graves se descubren a través dos partes de asistencia debido ás feridas, graves ou non, e que requiren tratamento e ás veces internamento en centros hospitalarios. Pero a violencia psicolóxica non aflora, e sen embargo estase a producir continuamente. Así que, cómpre que tódolos afectados acudan a denuncia-los feitos e posteriormente a soste-la denuncia. Xa que existe un elevado número de denuncias que despois non se sosteñen, acumúlanse, e pasan a formar parte dos arquivos e sobresementos.

O relator non cre que unha das solucións sexa a tramitación rápida dos divorcios ou separacións, xa que moitas veces a situación económica dos cónxuxes é de grande independencia económica, e é o home o que moitas veces custea os gastos familiares do fogar.

Respecto do papel que deben xoga-los fiscais nesta política de erradicación da violencia doméstica, o fiscal xefe da Galicia explicou que se lles encomenda á organización dos servizos de violencia doméstica en cada unha das fiscalías, cun fiscal encargado de recompilar, coordinar e levar directamente tódolos casos de malos tratos que se presentan. É dicir, unha vez que se inicia o procedemento, o fiscal debe comunicarlle-lo a ese fiscal especial, que coordinará e levará toda a acción dos problemas

de violencia doméstica. Sen embargo, non ten relación directa con esas persoas, salvo que a denuncia sexa feita directamente na propia fiscalía.

O fiscal xefe apuntou que a fiscalía queda, xeralmente, nunha función meramente estatística. Sen embargo, dixo que así non se resolvía o problema, senón que o problema debería ser contemplado máis profundamente, comezando polos fiscais de menores, que son os que forman parte da maioría dos casos de violencia doméstica. O relator indicou que a solución non vai vir da man da planificación do número de casos e a identificación dos agresores. Entre algunhas das medidas colaterais que hai que aplicar, García-Malvar sinalou como pertinentes a prohibición de acceder ó domicilio familiar por parte do agresor, así como achegarse á muller vítima dos malos tratos, persegui-la na súa vida social ou lugar de traballo. Prohibicións que están contempladas no novo Código penal, e que adoitan cumprirse baixo a vixilancia da policía, dando resultados positivos segundo os datos manexados pola Fiscalía Xeral.

Non obstante, o traballo da fiscalía é, ás veces, descorazonador polo baixo volume de denuncias, que si adoitan iniciarse, pero que pasado un tempo, non se manteñen, e é aí onde, en palabras do fiscal xefe, se roza o fracaso, xa que, a vítima perdoa e está máis interesado en manterlo núcleo familiar retirando a denuncia. De aí a necesidade de te-la decisiva vontade de erradica-la violencia doméstica. En canto ás perspectivas de futuro neste terreo, o fiscal xefe afirmou que a violencia é connatural ó home, polo que existen mecanismos de curto alcance como a separación ou o divorcio da parella, que evitaría, polo menos, a extensión ós fillos de dramáticas situacións de violencia no fogar. Sen embargo, estas medidas paliativas moitas veces non se toman, polo que o fogar se converte nun foco xerador de violencia. A carón destas accións, parte da solución do problema está no perfeccionamento da persoa, a mellora das condicións de vida, e tamén nun aumento dos coñecementos e da educación que erradiquen este tipo de violencia. O simple brote de violencia no fogar debería ir seguido dunha rápida disolución, unha vez que ese vínculo previamente establecido ten a súa orixe no pleno consentimento de ambos. Esta ruptura impediría que se continuara xerando esa violencia.

A derradeira intervención das xornadas correu a cargo de **Rafael de Mendizábal Allende**, maxistrado do Tribunal Constitucional, que tratou o acoso sexual na súa perspectiva constitucional. Comezou sinalando a escasa perspectiva constitucional no campo da violencia doméstica, máis proclive a actitudes pasivas.

Para Mendizábal a muller foi dende o principio dos tempos un factor de risco e segue séndoo. Dende o rapto das sabinas o ser muller é un fac-



tor de risco, polo tanto a violencia contra a muller é un fenómeno moi antigo se rastrexamos ata as orixes da humanidade. Racismo e violencia doméstica teñen a mesma orixe psicolóxica. A muller é como o estranxeiro, o xudeu, é dicir, o chibo expiatorio de tódalas nosas desgracias.

A violencia doméstica é universal e adopta toda clase de formas. O uxoricidio por adulterio estivo vixente no noso Código penal ata 1932, ano no que o erradicou Jiménez de Asúa. Repúxose en 1938 cun preámbulo no que pouco máis ou menos se xustificaba o uxoricidio por adulterio de forma que non sexa necesario o divorcio e toda a burocracia. En todo caso, o uxoricidio era a escusa absolutoria en técnica penal. Cando se causaban lesións a pena era moi leve, era o desterro. Noutros casos a absolución era completa.

Estamos ante un fenómeno que non se agudizou, é dicir, non é cuantitativamente maior agora que fai cincuenta anos, senón que hoxe se coñece mellor, agora se detecta mellor. E coñecémoslos mellor porque a muller deixou de resignarse, empezou a rebelarse, a ser unha cidadá de primeira. Sen embargo, vemos tamén que as estatísticas, concretamente en Galicia, poñen de manifesto que a actitude de protesta é máis baixa ca noutras comunidades autónomas, consecuencia dunha determinada estrutura social e económica.

Ó falar da violencia doméstica atopámonos con problemas terminolóxicos. Fálase de acoso sexual, de agresión, de violencia doméstica, de violencia de xénero, é dicir, estase na procura dunha forma de denominala, sen que ata agora teñamos unha expresión que satisfaga a todos. Por exemplo, a expresión violencia de xénero é un pouco equívoca, aínda que correcta, sobre todo despois do uso que fai da palabra xénero. A expresión violencia doméstica o que quere facer é englobala topografía, é dicir, o sitio onde se produce máis o fenómeno en si mesmo, xa que é a violencia que se produce dentro do fogar a máis execrable. Ademais, engloba a violencia empregada contra os menores que viven no domicilio familiar. Naturalmente, existen outro tipo de violencias, como a psicolóxica, ou a física exercida pola muller contra o home.

Pero tamén ser muller é factor de risco fóra do domicilio familiar, como é o caso das mulleres que exercen a prostitución, sometidas a malos tratos físicos constantes tanto polos proxenetas coma polos clientes que requiren os seus servizos. No dereito penal, no dereito en xeral e no Tribunal Constitucional (TC), a figura da vítima non recibiu nin xurídica, nin legalmente, nin xurisprudencialmente, nin constitucionalmente, a consideración que merece. Danse pasos, como a victimoloxía nos EE.UU., pero son avances tímidos neste sentido.

O TC non tivo ningunha ocasión para pronunciarse sobre a violencia doméstica, sobre delitos de mortes de mulleres producidos dentro do ambiente familiar. Sobre o que si tivo a ocasión de pronunciarse o TC é




sobre o acoso sexual, pero visto dende a súa vertente laboral, non dende a vertente penal. A única sentenza que existe é a Sentencia 224 de 1999, do 13 de decembro, que procedía de Galicia e da que o propio Mendi-zábal foi relator. O caso que resolveu a sentenza 224 se inicia cunha análise do que é o acoso sexual no traballo, anticipando que a súa incidencia se limitaría ó acoso sexual laboral e sen afectar para nada na interpretación do artigo 184 do Código penal. É dicir, que se moven no campo do Estatuto dos traballadores. A sentenza sitúa o acoso sexual dentro do dereito á intimidade porque ataca á zona máis privada, máis íntima da persoa, que é, precisamente, a sentimental e sexual.

A sentenza invoca a resolución do Consello das comunidades europeas do 29 de maio e o artigo 1º da recomendación da Comisión das comunidades europeas do 27 de novembro de 1991 para a protección da dignidade da muller e do home no traballo.

No caso que se xulgaba, a Sala do social, baseándose nuns determinados feitos que daba por probados, negou que houbera un ataque á intimidade e que houbera un acoso sexual constitucionalmente relevante, vedado e que debiera ser proscrito. O TC, sen embargo, estableceu, do que resolveu o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) neste caso, atendendo á secuencia dos feitos probados e pacificamente recoñecidos polos protagonistas, non pode admitirse a mesma conclusión do TSXG, sen que a discrepancia supoña unha revisión da valoración da proba feita polo xulgador, función privativa súa, senón unha interpretación do TC dese relato á luz dos valores constitucionais. É dicir, da por certo o dito polo TSXG, pero non interpreta a proba, nin a valora, pero eses feitos á luz da Constitución teñen un significado que o TSXG non soubo ver nese momento. É certo que a configuración constitucional do acoso sexual como atentado á intimidade persoal do traballador, segundo o artigo 18.1 da Constitución, protexe exclusivamente fronte a comportamentos libidinosos que non sexan asumidos pola persoa que os reciba. En tal sentido, como se segue do código de conducta da recomendación da comisión antes citada, o que distingue o acoso sexual do comportamento amigable é que aquel é unilateral e indesexado, e o outro voluntario e recíproco, e correspóndelle a cada individuo a libre opción de aceptalo ou rexeitalo por ofensivo. En consecuencia, parece razoable que, salvo para casos extremos, un sinal do carácter non querido de tal conducta por parte da súa destinataria sexa conveniente para desfacer calquera equívoco ou ambigüidade ó respecto, como ocorreu no caso que se xulga, sen que, en consecuencia, se poida falar de intolerancia pola súa parte. Debe ser rexeitado o razoamento xudicial que parece impoñerlle ó eventual afectado por un acto de acoso sexual a carga de reaccións con carácter inmediato e cunha contundencia incompatible coa interpretación predicada pola recomendación europea.

A sentenza non descoñece que o acoso sexual no ámbito profesional pode ter tamén un engarzamento constitucional coa prohibición da discriminación no traballo por razón de sexo a teor do artigo 14. O TC remata a sentenza dicindo que non pode permitirse hoxe, nin sequera residualmente, a perpetuación de actitudes coas que, implicitamente, se pretenda cousificar á muller, tratándoa coma un obxecto, con desprezo da súa condición feminina e en desdouro da súa dignidade persoal.

A clausura das xornadas foi oficiada polo conselleiro da Presidencia e Administración Pública **Jaime Pita Varela**, que felicitou á EGAP pola excelente iniciativa na organización das xornadas, sempre inmersa nos temas de maior actualidade e transcendencia xurídica e social. Por iso, dixo, constitúe unha boa oportunidade acoller debates de relevancia e vixencia tales coma o da violencia doméstica. Así mesmo, agradeceu sinceramente a valiosa colaboración e maila grata presenza dos relatores que interviñeron nestes encontros, así como a participación de tódolos asistentes, desexando que se acadaran os obxectivos programados. 

## XORNADAS SOBRE A PROBLEMÁTICA NO ÁMBITO LOCAL DAS INSTALACIÓNS DE TELEFONÍA MÓBIL E DOUTRAS CONDUCCIÓNS ENERXÉTICAS E DE TELECOMUNICACIÓNS

(EGAP, 20 e 21 de novembro de 2001)

M<sup>ª</sup> del Carmen Silva López

Avogada

Son sobradamente coñecidos os múltiples problemas que, desde variadas vertentes (técnicas, xurídicas, sanitarias, preservación dos intereses dos cidadáns, etc.), suscitan os modernos avances tecnolóxicos, como son os xurdidos na actualidade co tan debatido e polémico caso das antenas de telecomunicacións móbiles, e dos tendidos de cable e eléctricos aéreos.

Non parecen ser poucas as dificultades á hora de afrontar estas situacións conflictivas, especialmente para os gobernos locais, sen dúbida por razón da súa inmediatez, sen esquecer a incidencia que tamén representan para outros organismos públicos implicados nesta cuestión.

En síntese, preténdese con estas xornadas ofrecer unha ampla visión do panorama actual da materia delimitada, da problemática que comporta e das súas solucións segundo a experiencia acumulada.

\* \* \* \* \*

A Escola Galega de Administración Pública xunto coas consellerías de Xustiza, Interior e Relacións Laborais e de Presidencia e Administración Pública e a REDETI organizaron conxuntamente estas xornadas que se desenvolveron no salón de actos da EGAP os días 20 e 21 de novembro de 2001. Estas xornadas contaron cunha nutrida asistencia e con importantes relatores galegos e españois, que expresaron as súas posturas sobre esta importante e actual materia, que conta cunha gran transcendencia na actualidade e que é obxecto de múltiples debates de toda índole, non só en Galicia, senón en toda España. Ademais, no seu transcurso, tivo lugar a presentación da ordenanza tipo de instalacións de telefonía móbil, elaborada pola FEGAMP.

Estas xornadas foron inauguradas polo seu director, **Juan Miguel de la Cuétara Martínez**, quen destacou que nos atopamos nun mundo en cambios e que estes están a producir unha importante alarma social. Pola súa banda, **Alfonso Rueda de Valenzuela**, director xeral de administración local, sinalou que existen determinados temas nos que o cidadán demanda unha resposta inmediata, e entre eles atópase o da telefonía móbil. O director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro** fixo referencia a que a última normativa vixente sobre a materia, por exemplo en Cataluña, recentemente entrou en vigor un decreto deste ano 2001, de ordenación ambiental das instalacións de telefonía móbil e de radiotelecomunicación, pode servir de parámetro para artellar entre todos unha lei galega que regule a ordenación das instalacións de telecomunicacións. Realmente é competencia das administracións públicas xoga-lo papel de regulación, de control, de estar ó tanto do progreso da tecnoloxía e dos coñecementos científicos respecto da protección deste ámbito ambiental contra radiacións non ionizantes. A liberalización do mercado das telecomunicacións provocou a actuación, ás veces, á marxe da normativa existente, co seu desprezo evidente, das operadoras que executan as instalacións sen as preceptivas licencias urbanísticas, en función de parámetros estritamente empresariais. A falta de adecuación da normativa estatal, autonómica e mesmo local, unida ós procedementos empregados polos propios operadores, implicou a xeración, en moitas ocasións, de puntos de conflito entre as autoridades públicas, os veciños e os operadores.

Desde logo, non son poucas as dificultades á hora de afrontar estas situacións conflictivas, especialmente para os gobernos locais, e sen dúbida algunha, por razón da súa inmediatez, da súa achega ó cidadán, sen esquecer tampouco a incidencia que representan para outros organismos públicos implicados nesta cuestión.

A conferencia inaugural destas xornadas correu a cargo do profesor titular de dereito administrativo e urbanístico da Escola de Arquitectura da Universidade da Laguna, **Ángel Lobo Rodrigo**, (en substitución de José María Souvirón Morenilla, que por causas alleas á súa vontade non puido asistir) quen falou sobre «urbanismo e telecomunicacións». A repartición de competencias entre Estado, comunidades autónomas e municipios».

Empezou dicindo o relator que o reparto competencial responde a dous títulos fundamentais:

- O artigo 149.1.21<sup>a</sup> da Constitución, que outorga en exclusividade ó Estado a competencia en materia de telecomunicacións; cables aéreos, submarinos e radiocomunicación.
- O artigo 148.1.3<sup>a</sup> da Constitución, que establece a competencia exclusiva das comunidades autónomas en materia de ordenación do territorio, urbanismo e vivendas.

Tódalas comunidades autónomas asumiron as súas competencias en relación co urbanismo e a ordenación do territorio<sup>1</sup> o que motivou unha abundante produción normativa de orixe autonómico sobre estas materias. Este fenómeno, que se intensificou a partir da sentenza do Tribunal Constitucional 61/1997, supuxo unha auténtica autonominación do ordenamento xurídico territorial e urbanístico.

Mais o problema está en que o reparto competencial non é pacífico. Tanto a ordenación do territorio como o urbanismo caracterízanse por ser competencias horizontais, no sentido de trataren dunha forma integradora as distintas actividades que se realizan sobre o territorio, mentres que a competencia estatal sobre as telecomunicacións é de tipo vertical ou sectorial. En consecuencia, a influencia recíproca da política territorial e urbanística sobre as competencias verticais ou sectoriais que inciden no territorio e viceversa non só é inevitable, senón necesaria. O panorama competencial horizontal *versus* competencia vertical complícase cando a ordenación do territorio, e en menor medida o urbanismo, conflúen a súa vez con outras competencias horizontais, como a ordenación da economía e o medio natural, que a condicionan profundamente.

<sup>1</sup> Nesta liña, a sentenza do Tribunal Constitucional 149/1998, do 2 de xullo, establece no seu fundamento xurídico 7<sup>o</sup> referíndose á competencia exclusiva das comunidades autónomas en materia de ordenación do territorio, que «dita exclusividade non significa, sen embargo, que se trate dunha competencia ilimitada, dado que a complexidade das funcións públicas modernas implica irremediabilmente o encruzaemento interadministrativo. De aí que o Estado teña determinadas competencias que, en maior ou menor medida, modulan ou condicionan a competencia autonómica de planeamento territorial».

Na Constitución Española non existe ningún precepto que outorgue directamente ó Estado competencias sobre ordenación do territorio e urbanismo, xa que se trata dunha competencia reservada en exclusividade ás comunidades autónomas<sup>2</sup>. Sen embargo, é materialmente imposible que as comunidades leven a cabo a función de ordenación do territorio debido á profunda incidencia que teñen sobre ela unha serie de competencias de titularidade estatal, tanto horizontais como sectoriais. Non se trata dunha cuestión pacífica na doutrina, onde o relator destacou dous posicionamentos contrarios:

O profesor López Ramón entende que aí existe unha verdadeira competencia do Estado sobre a ordenación do territorio. Baséao fundamentalmente no poder localizador que ten o Estado sobre unha serie de infraestruturas que lle son propias (portos e aeroportos de interese xeral, autoestradas que transitan por máis dunha comunidade, etc.). Incluso vai máis alá na súa tese, ó dicir que no caso de competencias materiais do Estado que non fan directa referencia a unha infraestrutura, senón a un servizo estatal que require de certo tipo de equipamento para a súa localización, tamén gozaría o Estado dese poder localizador. Esta tese apoiase na sentenza do Tribunal Constitucional 56/1986, do 13 de maio<sup>3</sup>. Desta forma, a competencia exclusiva das comunidades autónomas en materia de ordenación do territorio e urbanismo non pode supor un obstáculo á hora de que o Estado despregue aquelas competencias que lles son propias e que teñan incidencia territorial.

En consecuencia, o poder de localización de certas infraestruturas por parte do Estado non só emanaría da propia natureza da infraestrutura, senón tamén da propia natureza do servizo, que si para a súa realización necesita da construción dunha serie de infraestruturas ou equipamentos, atoparía no dito título a cobertura suficiente.

En parecidos termos exprésase o profesor Fernández Rodríguez.

Unha tese contraria sería a do profesor Pérez Andrés, quen sostén a inexistencia dunha facultade por parte do Estado de localización de infraestruturas da súa competencia e, aínda menos, de equipamentos relacionados cos servizos da súa competencia. Segundo a súa tese, as comunidades autónomas son os entes sobre os que debe xirar toda decisión de localización territorial. Isto non quere dicir que se segue a posi-

<sup>2</sup> Vid artigo 148.1.3ª da Constitución.

<sup>3</sup> STC 56/1986, do 13 de maio, fundamento xurídico 3º: «a Constitución reconece ó Estado competencias exclusivas en materia de seguridade pública (artigo 149.1.29)... o que pode levar consigo a necesidade de edificar cuarteis ou comisarías de policía que teñan un emprazamento ou localización que non pode axustarse ás determinacións dos plans urbanísticos».



bilidade de que o Estado poida introducir condicionantes que dalgunha forma limiten a decisión final das comunidades autónomas. É dicir, o Estado pode condicionar de certa forma a toma de decisión das comunidades autónomas, anque os condicionantes deben adecuarse ó indispensable para a satisfacción dos obxectivos que lles sexan propios. En consecuencia o Estado non poderá dunha forma máis ou menos directa influír no modelo territorial da comunidade autónoma en cuestión, pois é súa a competencia exclusiva de elección do dito modelo territorial.

Esta postura é compartida polo profesor Allende Landa, quen critica o feito de que se estea facendo unha planificación da ordenación do territorio desde o punto de vista das grandes infraestruturas, é dicir, localizamos un porto, e ó seu arredor xorde unha vida económica, usos residenciais. Igual ocorrería no caso dun aeroporto, dunha autoestrada...

¿Que solucións atopamos en cuestións moi parecidas ás redes de telecomunicacións? Podemos pensar por exemplo en redes de gasodutos, nas redes eléctricas, que se parecen ás redes de telecomunicacións. Tanto a Lei do sector eléctrico coma a dos gasodutos entende que no caso de que exista un conflito entre a formulación territorial e urbanística e a necesidade de implantar esas redes, poderíase aplica-lo instrumento do artigo 244.2 do texto refundido da Lei do solo de 1992.

A Lei 11/1998, do 24 de abril, xeral de telecomunicacións non contén ningún precepto que aluda á posibilidade de aplica-lo instrumento do artigo 244.2. O máis que establece é a posibilidade de acudir a un informe preceptivo e vinculante, artigo 44.3, que marcaría a necesidade das redes de telecomunicación ante a redacción dun novo instrumento de planificación territorial ou urbanístico, que, non supón unha verdadeira planificación, senón unha información útil e vinculante para o ámbito de actuación.. Onde si existe unha potestade planificadora por parte do Estado é sobre as redes de telecomunicacións relacionadas coa defensa nacional<sup>4</sup>.

A instalación de infraestruturas de telecomunicacións, como é o caso das antenas, que utilizan como medio natural de propagación o espacio radioeléctrico, está suxeita a unha serie de servidumes e limitacións á propiedade. Estas servidumes e limitacións teñen como obxecto non tanto a protección do dominio público radioeléctrico coma o das instalacións de telecomunicacións que empregan o dito medio. Entre as razóns que avalan a necesidade de establecermos estes niveis de protección, destaca a utilización inadecuada das frecuencias outorgadas, as interferencias provocadas pola utilización de aparatos produtores de perturbacións radioeléctricas ou as interferencias froito da proximidade

<sup>4</sup> Vid artigo 5.2 da Lei xeral de telecomunicacións.

de aparatos susceptibles de crear perturbacións ás instalacións de telecomunicacións. O seu réxime xurídico atópase no artigo 48 e na disposición adicional terceira da Lei xeral de telecomunicacións, no artigo 51 do Real decreto 1736/1998, do 31 de xullo, sobre o servizo universal e nos artigos 3 a 5 e o anexo I do Real decreto do 28 de setembro de 2001, polo que se aproba o regulamento que establece as condicións de protección do dominio público radioeléctrico, restriccións ás emisións radioeléctricas e medidas de protección sanitaria fronte ás emisións radioeléctricas.

As competencias autonómicas sobre ordenación do territorio e urbanismo fundaméntanse no artigo 148.1.3ª da Constitución que lles outorga ás comunidades autónomas a competencia exclusiva sobre estas materias. Isto produciu un fenómeno de progresiva autonomización do ordenamento xurídico territorial e urbanístico, fenómeno que se recrou a partir da sentenza do Tribunal Constitucional 61/1997. A maior parte das comunidades autónomas contan coas súas propias leis<sup>5</sup>.

En canto á Administración local, o artigo 25.2.d) da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local, establece que o municipio exercerá, en todo caso, competencias nos termos da lexislación do Estado e das comunidades autónomas nas seguintes materias: ordenación, xestión, execución e disciplina urbanística; promoción e xestión de vivendas; parques e xardíns, pavimentación de vías públicas urbanas e conservación de camiños e vías rurais. Este precepto refírese fundamentalmente a competencias urbanísticas do municipio, non de ordenación do territorio, que ten unha clara vocación supramunicipal, tanto na dimensión territorial coma na institucional.

Sen embargo, existen unha serie de títulos competenciais a favor dos municipios que poden ter certa incidencia sobre a ordenación do territorio, como a protección do medio natural. Por outra parte, a competencia municipal en materia de urbanismo non é absoluta, senón que se atopa limitada polas competencias autonómicas sobre urbanismo e a ordenación do territorio, así como polas competencias sectoriais estatais sobre materias que inciden sobre o urbanismo.

En canto ás competencias autonómicas sobre urbanismo, debemos resalta-las relativas á aprobación definitiva dos plans xerais de ordenación, instrumento básico da ordenación municipal, e ó control da legalidade urbanística, tamén nas relativas as obras sen licenza, onde podería

---

<sup>5</sup> No caso de Canarias, o Texto refundido 1/2000 da Lei de ordenación do territorio das Canarias e de espazos naturais, e no caso de Galicia, a Lei 10/1995, do 23 de novembro, de ordenación do territorio de Galicia e a Lei 1/1997, do 24 de marzo, do solo de Galicia.

opera-la subrogación da Administración autonómica, como nas licencias ilegais outorgadas pola Administración local.

Con respecto á limitación á competencia municipal sobre urbanismo debido á competencia autonómica sobre a ordenación do territorio, debemos sinala-la posición xerarquicamente superior dos instrumentos de ordenación territorial e dos recursos naturais fronte ós puramente urbanísticos e as potestades relativas á suspensión da tramitación dos plans urbanísticos e licencias. Asemade, a clásica competencia municipal sobre o outorgamento de licencias urbanísticas vese alterada cando se trata de actuacións promovidas pola Administración autonómica e estatal. O maior perigo que pode presentarse é a posible invasión do principio constitucionalmente establecido da autonomía local. Neste sentido, e para compensa-la subordinación dos plans urbanísticos ós territoriais así como a fiscalización da aprobación dos plans xerais de ordenación urbanística por parte da Administración autonómica, é necesario establecer fórmulas de participación da Administración local na elaboración e execución dos instrumentos de ordenación territorial.

Xa dixemos que o Estado era competente en materia de telecomunicacións en virtude do artigo 149.1.21<sup>a</sup> da Constitución, pero isto non quere dicir que as comunidades autónomas e a Administración local non poidan condicionar esta competencia mediante títulos que lle son propios.

En canto á potestade legislativa no tocante á telecomunicacións está reservada ás Cortes xerais<sup>6</sup>. Pero o Goberno ten reservado un importante papel mediante a presentación de proxectos de lei. Por outro lado, o papel do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía ten unha enorme transcendencia, sobre todo en canto á regulación dos títulos habilitantes para despregar redes de telecomunicacións. Por último temos a figura da Comisión do Mercado das Telecomunicacións<sup>7</sup>, para velar polo cumprimento por parte dos distintos axentes implicados no mercado das telecomunicacións dos principios de libre competencia, transparencia e igualdade de trato.

En canto ás competencias autonómicas e locais en materia de telecomunicacións, e independentemente daquelas derivadas do desenvolvemento e da execución das «normas básicas do réxime de prensa, radio e televisión e, en xeral, de tódolos medios de comunicación social», que inciden sobre os medios de comunicación social, pero non sobre as infraestructuras de redes de telecomunicacións, temos que subliña-la inci-

<sup>6</sup> Vid artigo 66.2 da Constitución.

<sup>7</sup> Creada polo Real decreto lei 6/1996, do 7 de xuño, de liberalización das telecomunicacións.

dencia das competencias destas administracións sobre a ordenación do territorio e do urbanismo. De todas formas, existen outras razóns que apoian un maior protagonismo das comunidades autónomas no sector das telecomunicacións. En primeiro lugar debemos destaca-la crecente importancia que ten o sector desde o punto de vista económico. Tamén é de destaca-la incidencia das telecomunicacións como medio para acadar un maior grao de cohesión social e territorial. Tamén a nivel europeo se avoga por unha maior presenza das rexións europeas no sector das telecomunicacións. Hai que destaca-lo papel cada vez máis activo que están xogando as comunidades autónomas como operadores de telecomunicacións.

Como xa dixemos, existen unha serie de competencias estatais sectoriais que teñen unha incidencia directa sobre o territorio, tanto desde un plano físico como pola súa influencia na localización de centros de produción e a distribución da poboación<sup>8</sup>. A construción deste tipo de infraestructuras podería orixinar problemas non soamente en canto a unha non calculada compulsión sobre a vida social e económica dos territorios nos que se asentán, e polo tanto condicionando a futura planificación territorial e urbanística do lugar, senón tamén en canto á súa coordinación cos actuais instrumentos de formulación territorial e urbanística.

En definitiva, o deslinde competencial entre a ordenación do territorio e o urbanismo e aquelas materias sectoriais competencia do Estado con incidencia directa sobre o territorio é un complexo entramado, que foi obxecto dunha abundante xurisprudencia do Tribunal Constitucional<sup>9</sup>.

En definitiva, dado o carácter horizontal da ordenación do territorio e do urbanismo prodúcese unha inevitable, e ata necesario solapamento, con outras competencias con incidencia territorial, como as telecomunicacións, conflito que só pode ser solucionado, en parte, pola técnica de delimitación dos distintos títulos competenciais en xogo, e que ten na preceptiva cooperación e coordinación das distintas administracións implicadas un instrumento para evita-la proliferación deste tipo de conflitos.

O seguinte relatorio da mañá tamén estivo a cargo do profesor **Ángel Lobo Rodrigo** sobre «instrumentos de planeamento aplicables á implantación de redes de telecomunicación».

<sup>8</sup> Podemos cita-los títulos competenciais estatais en materia de infraestructuras dos artigos 149.1.20<sup>a</sup>, 149.1.21<sup>a</sup>, 149.1.22<sup>a</sup> e 149.1.24<sup>a</sup>.

<sup>9</sup> Vid. sentenza do Tribunal Constitucional 149/1998, do 2 de xullo; 61/1997, do 20 de marzo.

Empezou dicindo o relator que o despregamento de redes de telecomunicacións ten unha gran incidencia sobre o territorio, ademais de ser un factor fundamental en canto á localización de centros económicos e de núcleos residenciais. En consecuencia, é lóxico que a súa implantación deba ser recollida polos correspondentes instrumentos de planeamento territorial e urbanísticos.

Á hora da redacción de instrumentos de ordenación territorial e urbanísticos, é obrigatorio solicita-lo informe do artigo 44.3 da Lei xeral de telecomunicacións en canto ás necesidades de redes de telecomunicacións. ¿Cal é o momento máis adecuado para solicitar este informe? O RP establece no seu artigo 116.2 que «despois de acorda-la elaboración do plan, a autoridade ou organismo administrativo correspondente poderá conseguí-la documentación e información necesarias dos organismos públicos, respectivos, dos concesionarios de servicios públicos e dos particulares que a puidesen aportar». Desta forma, as administracións que se poidan ver afectadas pola futura aprobación do instrumento de planeamento e que teñan competencias con incidencia territorial, poidan aporta-los informes necesarios para a futura redacción do plans. Resulta lóxico que os redactores do instrumento de planeamento contén con toda a información precisa á hora de elabora-lo plan, entre as que se atoparía a necesidade de redes de telecomunicacións. Por outra parte, podería ir en contra da autonomía local e autonómica que, unha vez aprobado inicialmente o plan, o Estado impuxese mediante o informe do artigo 44.3, un modelo a seguir en canto ás necesidades de redes públicas de telecomunicacións. Sen embargo, na práctica, este informe solicítase no momento posterior á aprobación inicial do instrumento de planeamento en cuestión.

En canto ó prazo para evacua-lo informe por parte do órgano competente do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía, a LRX-PAC establece no seu artigo 83.2 a regra xeral de que «os informes serán evacuados no prazo de 10 días, salvo que unha disposición ou o cumprimento do resto dos prazos do procedemento permita ou esixa outro maior ou menor». Nin a Lei xeral de telecomunicacións nin o Regulamento de servicios universais, sinalan un prazo para a evacuación deste informe, polo que lle será de aplicación ó réxime xeral.

Cabe a posibilidade de que o órgano competente do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía non emita o informe no prazo previsto. A Lei 30/1992 dispón, no seu artigo 83.3 que «de non emitirse o informe no prazo sinalado, e sen prexuízo da responsabilidade na que incorra o responsable da demora, se poderán proseguí-las actuacións, calquera que sexa o carácter do informe solicitado, excepto nos supostos de informes preceptivos que sexan determinantes para a resolución do procedemento, no que se poderá interrompe-lo prazo dos trámites sucesivos».



Polo tanto, no suposto do informe do artigo 44.3, dado o seu carácter preceptivo e vinculante, cabería a posibilidade de suspenderlo procedemento ata a súa eventual evacuación, decisión que deberá ser tomada polo órgano instructor do procedemento<sup>10</sup>. Pola súa banda, o artigo 83.4 da Lei 30/1992 dispón que «se o informe debiera ser emitido por unha Administración pública distinta da que tramita o procedemento para expresa-lo punto de vista correspondente ás súas competencias respectivas, e transcorra o prazo sen que aquel se evacuara, poderase proseguir as actuacións. O informe emitido fóra de prazo poderá non ser tido en conta ó adopta-la corresponde resolución». Este informe responde á necesidade de que o despregamento de redes de telecomunicacións se leve a cabo dunha forma racional nun marco de libre mercado, competencia do Estado, sen esquecer que este tipo de actuacións ten unha incidencia importante sobre o territorio, competencia da Comunidade Autónoma.

Segundo o teor do artigo 83.4 a non evacuación do informe non ocasiona unha paralización do procedemento para a aprobación do instrumento de planeamento: as actuacións poderán seguir unha vez transcorrido o prazo que tiña o órgano competente para evacuar o informe. Neste caso, o defecto que supón a non existencia do informe poderá ser resolto e requirirá non só a incorporación ó expediente do informe emitido fóra de prazo, senón, de se-lo caso, unha valoración do seu contido se fora este contrario ó acto validado.

O órgano competente para resolver poderá non ter en conta o informe emitido fóra de prazo. Neste punto cre o relator que esa desvinculación das administracións competentes para a redacción e aprobación do instrumento de planeamento deberá ser convenientemente motivada.

Non atopamos ningunha alusión directa ás telecomunicacións na Lei 10/1995 de ordenación do territorio de Galicia. Sen embargo, esta lei si que se refire en repetidas ocasións ás infraestructuras, concepto que sen dúbida engloba ás redes de telecomunicacións. A lei describe os seguintes instrumentos de ordenación territorial:

- Directrices de ordenación do territorio.
- Plans territoriais integrados.
- Programas coordinados de actuación.

<sup>10</sup> Esta afirmación pódese matizar en canto á importancia do informe no conxunto do instrumento do planeamento territorial e urbanístico que se vai aprobar. Desta forma, se se trata dun plan especial de telecomunicacións, por exemplo, a non evacuación do informe por parte do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía determinará, eventualmente, a suspensión do procedemento.



- ▮ Plans e proxectos sectoriais de incidencia supramunicipal.
- ▮ Plans de ordenación do medio físico.

A Lei 10/1995 define no artigo 2 a ordenación do territorio e no artigo 3 os obxectivos da ordenación do territorio. Entre os instrumentos de ordenación do territorio, susceptibles de conter extremos sobre as redes de telecomunicación, debemos destaca-las directrices de ordenación territorial (artigo 7.1.h) da Lei 10/1995. O desenvolvemento destas directrices farase mediante os plans territoriais integrados (artigo 12 da Lei 10/1995). Os plans e proxectos sectoriais non serán de aplicación, ó referirse a un concepto de infraestrutura restrictivo (artigo 22 da Lei 10/1995).

Seguiu dicindo o relator que, tradicionalmente, as redes de telecomunicacións non mereceron unha especial atención por parte dos distintos instrumentos de planeamento.

En canto ós plans xerais de ordenación urbana, configúranse como os principios instrumentos de ordenación urbanística, e teñen un cometido fundamental, que é a clasificación do solo do municipio. Atendendo á clase do solo sobre o que actúe, así como á finalidade perseguida, os PXOU son desenvolvidos principalmente polos plans parciais e os plans especiais.

En canto á referencia dos PXOU ás redes de telecomunicacións, foron escasas, debido á menor importancia que tiñan no pasado recente este tipo de infraestruturas no desenvolvemento do municipio, fronte a outras coma as redes de estradas ou de ferrocarrís, e pola súa incidencia no ornato urbano ó ser unha actividade prestada en réxime de monopolio. A escasa atención dos PXOU ó fenómeno actual do despregamento de redes de telecomunicacións por distintos operadores e de redes de distintos tipos (cables, antenas para móbiles, etc.) provocou recentemente unha profusa regulación desta materia por parte dos municipios, ben mediante modificacións ó PXOU ou a través de instrumentos de planeamento máis específicos coma os plans especiais ou as ordenanzas municipais.

Criticou o relator as escasas referencias ás telecomunicacións da Lei 1/1997 do solo de Galicia, referencias que sempre se fan dunha forma indirecta, como é o caso do artigo 12.d) que establece que os plans xerais de ordenación municipal conterán en solo urbanizable as seguintes determinacións: trazados das redes fundamentais de abastecemento de augas, sumidoiros, enerxía eléctrica e demais servizos que, no seu caso, preveñan o plan.

Polo que se refire ós plans parciais de ordenación, trátase do instrumento de planeamento idóneo para ordenar e desenvolve-lo contido do solo clasificado polo PXOU como urbanizable programado.

As obras de urbanización teñen como finalidade a realización dunha serie de actuacións cun importante interese para o sector, e que o sitúan nunha posición óptima para proceder á súa urbanización. Trátase dunha das cargas que deben soportar os propietarios do solo urbanizable polas plusvalías xeradas pola clasificación dos seus terreos como tales. A Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións, tamén sinala no artigo 18.6 sobre os deberes dos propietarios do solo urbanizable a obriga de custear ou executar a urbanización do sector ou ámbito correspondente.

Unha vez establecido como punto de partida a obriga dos propietarios de custear os gastos de urbanización, o problema radica en determinar cál é a extensión desta obriga, é dicir, qué conceptos entrarían dentro dos gastos de urbanización. Tradicionalmente, estes conceptos foron as obras de viabilidade, saneamento, abastecemento de auga e enerxía eléctrica, alumeadado público, arborado e xardinería, na forma que estiveran previstos nos plans e proxectos e que sexan de interese para a unidade de execución. Sen embargo, entende o profesor que esta lista non é pechada. A maioría da lexislación urbanística autonómica inclúe normalmente a posibilidade de contabilizar como gastos de urbanización as instalacións de telecomunicacións. Por outra parte, existe outro grupo de autonomías que, anque non citan as infraestructuras de telecomunicacións de forma expresa como gastos de urbanización, esta consecuencia extráese do seu articulado. Mais o problema radica en precisar a extensión deste gasto, se se limita a obra civil ou debe cubrir tamén os gastos de instalación da rede. Un mecanismo que podería servir para reconducir o problema sería a posibilidade que presentan algunhas leis autonómicas de repercutir os gastos de instalación das redes de telecomunicacións realizados polos urbanizadores. Desta forma, a lei galega, anque non alude expresamente ós operadores de telecomunicacións, establece no seu artigo 132.2.a) o dereito dos urbanizadores a reintegrarse dos gastos de instalación das redes de abastecementos a cargo das entidades, titulares ou concesionarias, que prestasen os seus servizos, salvo na parte en que deban de contribuí-los propietarios segundo a regulamentación daqueles. De todas formas, e dado que a implantación de redes de telecomunicacións é unha actividade realizada na actualidade por operadores privados e non suxeita a ningún tipo de planificación, é interesante que os promotores das novas urbanizacións contacten cos operadores de telecomunicacións para desta forma realizaren unha infraestructura que responda non só as necesidades do sector, senón tamén ós intereses dos ditos operadores, o cal evitará molestas aperturas de gabias no futuro.

Outra cuestión que lles preocupa especialmente ós concellos é a posibilidade de establecer un dimensionamento mínimo ou estándar das

canalizacións que van alberga-los cables de telecomunicacións. A Administración local pretende posuír unha infraestrutura civil de telecomunicacións suficiente para facerlle fronte a necesidades presentes e futuras e evita-los prexuízos derivados da utilización irracional do dominio público.

Entende o profesor que toda a rede subministradora de servicios debe ter unha dimensión suficiente como para poder responder a curto prazo á demanda que a xerou, así como facer fronte a necesidades futuras. É lóxico que no despregamento de redes de telecomunicacións no solo urbano, onde xa existe unha infraestrutura mínima deste tipo de redes, a posibilidade de esixir uha dimensión da rede que se atope máis limitada. É no solo urbanizable, no caso de novas urbanizacións, onde esta posibilidade cobra maior interese. Os usos e volumetrías previstos na correspondente norma de planeamento servirán de base para idea-la dimensión mínima e as características que deberá cumprí-la rede de telecomunicacións para responder ás necesidades do sector, e que deberá plasmarse no correspondente proxecto de urbanización. Se esta posibilidade se predica para as redes eléctricas, non se ve o inconveniente para que a mesma técnica sexa aplicada para o caso das redes de telecomunicacións.

Neste sentido, a información derivada do informe do artigo 44.3 sobre as necesidades de redes de telecomunicacións, unha vez que existan suficientes medios no Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía para que este teña un contido mínimo, será capital para que o concello afronte con coñecemento de causa as necesidades en redes de telecomunicacións das novas urbanizacións.

Unha técnica máis específica para regula-la implantación de redes de telecomunicacións sería mediante un plan especial de ordenación. Trátase dun instrumento que desenvolva ou complemente as determinacións do PXOU e ten como finalidade a solución dun problema específico dentro de ámbito municipal.

Ó tratarse dun sector liberalizado, o das telecomunicacións, sobre o que a Administración non ten potestade planificadora, non é de estrañar que a Administración local acudira á técnica das ordenanzas para regula-lo despregamento desordenado das redes de telecomunicacións.

Tamén debemos destacar, ó regular unha cuestión que ten incidencia directa na instalación de cables, as chamadas ordenanzas ou regulamentos de obras e instalacións na vía pública, máis coñecidas como de calas e canalizacións. Estas normas tratan de regula-las actividades das empresas de servicios, e en concreto as obras que se vaian executar. Estas ordenanzas poden conter extremos tan importantes coma a esixencia ás empresas subministradoras dun programa de actuacións no dominio público ou a prohibición de apertura de gabias nunha mesma rúa durante un período de tempo.

Comezou a tarde co relatorio do avogado e asociado do despacho de Cremades & Calvo Sotelo, **Santiago Rodríguez Bajón**, en substitución do profesor Javier García Cremades (quen non puido asistir a estas xornadas por motivos de traballo), sobre «as redes de cable nos municipios. Equilíbrios e problemas prácticos». Falou, asemade, sobre a sentenza do Tribunal Supremo do 24 de xaneiro de 2000.

Tivo lugar máis tarde unha mesa redonda sobre as cuestións tratadas nesta primeira xornada, na que participaron como relatores Ángel Lobo Rodrigo e Santiago Rodríguez Bajón, e foi o moderador Juan Miguel de la Cuétara Martínez. Tratáronse, nesta mesa redonda, temas de grande transcendencia e que se atopan no día a día da sociedade, como é o importante tema da saúde e as antenas móbiles.

O segundo día comezou coa exposición do secretario xeral do Concello de Vigo e técnico en urbanismo, **Javier García Martínez**, co relatorio sobre «utilización do dominio público local polos operadores dos servizos de telecomunicacións».

- O dereito xenérico dos operadores de telecomunicacións a ocupa-lo dominio público e a autorización para a ocupación concreta de determinados bens:

A Lei 11/1998, do 24 de abril, xeral de telecomunicacións, recoñécelles ós operadores de telecomunicacións os dereitos á ocupación do dominio público, a ser beneficiarios da expropiación forzosa e ó establecemento no seu favor de servidumes e limitacións á propiedade.

Respecto da ocupación do dominio público, a lei recoñece o dereito da ocupación do dominio público en beneficio dos operadores que vaian instalar redes públicas de telecomunicacións, isto é, redes que se vaian utilizar, en todo ou en parte, para a prestación de servizos de telecomunicacións dispoñibles ó público<sup>11</sup>.

As previsións da Lei xeral de telecomunicacións neste punto foron desenvolvidas polo Real decreto 1736/1998, do 31 de xullo, polo que se aproba o regulamento polo que se desenvolve o título III da lei no relativo ó servizo universal de telecomunicacións, ás demais obrigas de servizo público e ás obrigas de carácter público na prestación de servizos e na explotación das redes de telecomunicacións. No seu artigo 44 establece que os operadores habilitados para a instalación de redes públicas de telecomunicacións poderían solicita-lo recoñecemento xenérico do dereito de ocupación da propiedade pública na medida en que a dita ocupación resulte necesaria para a instalación da rede pública de telecomunicacións

<sup>11</sup> Vid artigo 43 da Lei xeral de telecomunicacións.

de que se trate, de acordo co proxecto técnico que acompañará a súa solicitude. O recoñecemento do dereito xenérico de ocupación do dominio haberá de incorporarse á licenza individual outorgada.

Os operadores que teñan recoñecido nas súas licencias para o establecemento e explotación de redes públicas de telecomunicacións un dereito xenérico á ocupación do dominio público, poderán solicitar da administración titular dos bens demaniais de que se trate a súa ocupación concreta, seguindo o procedemento do artigo 46 do regulamento.

Distínguese o recoñecemento dun dereito xenérico á ocupación da propiedade pública da autorización concreta para ocupar un espacio concreto do demanio. Por outra parte, os que contén con este dereito xenérico poderán solicitar e obter a autorización correspondente da administración titular para a ocupación da concreta porción do dominio público de que se trate. Dito doutro xeito, a normativa de telecomunicacións recoñece ó operador de telecomunicacións que o necesite e asuma obrigacións de servizo público o dereito a obter-lo tipo xurídico que permita ocupar os bens, se ben para a ocupación concreta dun ben determinado deberá solicitar e obter-la autorización da súa administración titular.

A limitación do dereito recoñecido pola administración das telecomunicacións a unhas facultades abstractas, que non garanta ó operador calquera ocupación que pretenda, ten desde a perspectiva da Administración local titular do dominio público, a vantaxe de que a ocupación concreta dun ben demanial sempre vai requirir-la súa intervención como administración titular. Non sería posible a ocupación do ben demanial sen unha autorización específica, sen un título de ocupación do dominio outorgado pola administración titular do ben.

A pesar de que os bens afectados por este dereito de ocupación, recoñecido ós operadores de telecomunicacións, serán na súa maior parte as rúas e prazas das nosas cidades, o certo é que a Lei xeral de telecomunicacións omite calquera referencia á súa relación coa lexislación local, á que só se refire tanxencialmente, sen que se resolva adecuadamente a harmonización das determinacións de ámbalas lexislacións<sup>12</sup>.

### ▮ O dereito á ocupación do dominio público e a cualificación das telecomunicacións como servizo de interese xeral:

A Lei xeral de telecomunicacións opera un profundo cambio no réxime xurídico das telecomunicacións que ten como obxectivo a liberalización do sector e o conseguinte establecemento da plena competencia. As telecomunicacións deixan de ser servizos esenciais de titularidade estatal reservados ó sector público, como os configuraba a lexislación ante-

<sup>12</sup> Vid artigo 45 da Lei xeral de telecomunicacións.



rior, pasando a configurarse como servicios de interese xeral<sup>13</sup>. Cabería preguntarse se a nova concepción das telecomunicacións como servicio de interese xeral en réxime de competencia é compatible co recoñecemento do dereito á ocupación do dominio público a favor duns operadores, que habitualmente serán empresas privadas actuando en réxime de libre competencia, se ben sometidas á obtención dun título administrativo: a licenza individual.

Debemos recordar que o ordenamento xurídico recoñeceu como un dereito do concesionario de servicios públicos o de «utiliza-los bens de dominio público necesarios para o servicio».

Non obstante, a pesar da aparente contradición de recoñece-lo privilexio de utiliza-los bens demaniais a quen xa non presta un servicio público, o certo é que o novo concepto de servicio de interese xeral, xustifica igualmente o sacrificio da propiedade pública e privada. Ó entender de Chinchilla Marín o que xustifica o réxime de limitacións á propiedade privada ou pública establecido pola Lei xeral de telecomunicacións en beneficio dos operadores de telecomunicacións é o feito de que a instalación das redes públicas de telecomunicacións é un simple instrumento necesario para a prestación, en réxime de competencia, de servicios de interese xeral. O importante, ós efectos das limitacións á propiedade pública e privada a favor dos operadores, é a necesidade de prestar un servicio a tódolos consumidores que o demanden en todo o territorio nacional.

Por outra parte, tamén o Tribunal Supremo na sentenza do 24 de xaneiro de 2000, na que xulga a legalidade da ordenanza municipal de calas e canalizacións do concello das Palmas de Gran Canaria, parece considerar suficiente a concepción como servicio de interese xeral para lexítima-la ocupación do dominio público polos operadores.

#### Titulares do dereito xenérico á ocupación dos bens demaniais:

A Lei xeral de telecomunicacións nos seus artigos 43 e 44 atribúe o dereito da ocupación do dominio público, xunto co feito de ser beneficiario da expropiación e imposición de servidumes, ós titulares de licencias individuais para a instalación de redes de telecomunicacións ás que sexan esixibles obrigacións de servicio público, na medida en que para iso sexa necesaria a ocupación. O seus requisitos son:

#### 1. Licenza individual<sup>14</sup>: O dereito á ocupación do dominio recoñé-

<sup>13</sup> Vid artigo 2 da Lei xeral de telecomunicacións.

<sup>14</sup> A Orde ministerial do 22 de setembro de 1998, pola que se establece o réxime aplicable ás licencias individuais para servicios e redes de telecomunicacións e as condicións que deben cumprirse polos seus titulares, determina qué categorías de licencias individuais poden comprende-lo dereito a ocupa-la propiedade pública.



cese soamente ós titulares de licencias individuais, e non ós titulares de autorizacións xerais.

2. Rede pública de telecomunicacións: O segundo requisito esixido pola Lei xeral de telecomunicacións para o recoñecemento do dereito de ocupación do dominio público é que se trate dunha rede pública de telecomunicacións. A diferenza entre unha rede pública de telecomunicacións e unha privada estriba en que mentres as primeiras se utilizan, total ou parcialmente, para a prestación de servizos de telecomunicacións dispoñibles ó público, as segundas utilízanse para a prestación de servizos non dispoñibles ó público.

3. Esixibilidade de obrigacións de servizo público: O terceiro requisito para o recoñecemento do dereito xenérico á ocupación do dominio é que se trate de operadores ós que lles sexan esixibles obrigacións de servizo público. O regulamento limitou este requisito a un compromiso do solicitante de aceptar as obrigacións de servizo público que lles sexan impostas; así o número de posibles operadores beneficiarios do dereito de ocupación demanial ampliouse notablemente.

4. Necesidade da ocupación para o establecemento da rede pública de telecomunicacións: O último dos requisitos é que a ocupación demanial sexa necesaria para o establecemento da rede pública de telecomunicacións de que se trate. Esta necesidade é unha necesidade relativa, é dicir, que pode darse anque existan outras redes públicas instaladas por outros operadores.

▮ Algunhas cuestións sobre o procedemento para o exercicio do dereito á ocupación do dominio público:

A Lei xeral de telecomunicacións prevé un dobre procedemento para o recoñecemento do dereito á ocupación do dominio público: Un para o recoñecemento do dereito xenérico que se incorporará ó texto da licenza individual que habilita ó operador de que se trate para a prestación dos servizos; o outro para autorizar a ocupación concreta dos bens demaniais de que se trate. Mentres o recoñecemento xenérico do dereito á ocupación do dominio público faino a Comisión de Mercado das Telecomunicacións (CMT), a autorización da ocupación concreta dos bens demaniais de que se trata outorgaraa a súa administración titular.

A lexislación sobre telecomunicacións diseña o procedemento de recoñecemento xenérico do dereito á ocupación do dominio público no artigo 44 do Regulamento de obrigacións de servizo público. Pola contra, respecto dos trámites do procedemento para autorizar a ocupación concreta dos bens públicos, as referencias contidas na lexislación sectorial son escasas e puntuais.

A resolución que recaía sobre a solicitude de autorización para a ocupación do dominio poderá ser expresa ou presunta. Neste último caso, o silencio administrativo será negativo de conformidade co disposto no artigo 43.2 da Lei 30/1992<sup>15</sup>.

O título que habilita a ocupación concreta do dominio público local: licenzia ou concesión:

O artigo 45.a) da Lei xeral de telecomunicacións establece que as autorizacións de uso do dominio público local deberán outorgarse conforme ó disposto na lexislación de réxime local. No mesmo sentido pronúnciase o artigo 46.3 do Regulamento das obrigacións de servizo público. Á vista desta regulación legal, xorde a dúbida sobre se o título que habilita a ocupación concreta do dominio público é unha simple licenzia ou autorización ou se, pola contra, require dunha concesión demanial. Na doutrina pódense atopar pronunciamentos diversos.

Sinalar que a CMT precisou que a referencia a autorizacións de uso debe ser considerada nos seus propios termos. Estas autorizacións de uso non se outorgarán mediante concurso, senón de forma directa a tódolos operadores de telecomunicacións debidamente habilitados nos termos da citada normativa. Este réxime de utilización do dominio público impónse *ex lege* sobre a normativa de réxime local. A CMT buscou o apoio a esta postura na sentenza do Tribunal Supremo o 24 de xaneiro de 2000: «Os concellos titulares do dominio público solicitado non poderán denegar-la autorización pertinente para a utilización que requira o establecemento ou a ampliación das instalacións do concesionario ou operador polo seu termo municipal utilizando o solo ou subsolo das súas rúas».

Esta consideración do título habilitante para a ocupación do dominio público local como unha licenzia ou autorización de uso especial presente desde a perspectiva das administracións públicas titulares do dominio vantaxes importante derivadas da dita natureza. A autorización ou licenzia outorgaráselles directamente ós operadores de telecomunicacións con dereito a ocupa-lo dominio público, correspondendo ó alcalde ou ó presidente da Deputación, segundo que a administración titular do dominio público sexa o concello ou a deputación.

Naturalmente, a construción das redes de telecomunicacións, ademais da autorización de ocupación do ben demanial que deberá ou-

<sup>15</sup> Artigo 43.2 da Lei 30/1992, modificado pola Lei 4/1999: «Entenderanse desestimadas por silencio as solicitudes cunha estimación que tivera como consecuencia a transferencia ó solicitante ou a terceiras persoas de facultades relativas ó dominio público».

torga-la súa Administración local titular, está suxeita á previa licencia urbanística que deberá conceder-lo concello correspondente. Loxicamente, se o concello tamén é o titular dos bens demaniais que se van a ocupar, ambas autorizacións, patrimonial e urbanística, poden ser outorgadas conxuntamente nunha única resolución.

- A competencia das administracións locais para impoñerlle límites e condicións á solicitude de ocupación concreta dun ben demanial formulada por un operador que teña recoñecido o dereito xenérico á ocupación dos bens de dominio público:

A regulación das condicións técnicas e xurídicas da utilización do dominio público revelouose como esencial dada a saturación e desorde ó que se chegou na implantación das redes de telecomunicacións, fundamentalmente no subsolo das rúas das nosas cidades. A necesidade desta regulación polos concellos veu xustificada polo feito de que, competencias tan netamente municipais coma as de ordenación do tráfico de vehículos e persoas nas vías urbanas, a seguridade en lugares públicos ou o urbanismo vense afectados de modo decisivo pola permanente apertura de gabias nas rúas. Polo tanto, os concellos son competentes para regular as incidencias derivadas da execución das obras de establecemento das redes polos distintos operadores.

Xustamente por estas razóns, tanto as directivas 90/388 e 96/19CE coma a Lei xeral de telecomunicacións recollen determinados motivos de interese xeral que permiten limita-lo acceso ás redes de telecomunicacións, incluso en detrimento da instauración da competencia. Tales motivos están taxativamente recollidos na lei e englobanse baixo a denominación de «requisitos esenciais», definidos no seu anexo.

En consecuencia, un concello ó decida-la concreta solicitude de ocupación dun ben demanial formulada por un operador que conte cun dereito xenérico non poderá facelo con base en puras razóns de conveniencia. Só por razóns da protección dos intereses públicos, englobados baixo a denominación de requisitos esenciais, e respecto dos que sexan competentes para a súa protección as administracións locais, poderá o concello denegar unha solicitude de ocupación concreta dunha determinada zona ou tramo dun ben de dominio público. É evidente que do listado contido no anexo da lei só os aspectos urbanísticos e do medio natural poderán ser apreciados pola Administración local, por razón das súas competencias. A apreciación das restantes causas corresponderalle á Administración estatal.

Debe engadirse que no establecemento das condicións e requisitos que un concello pretenda protexe-los intereses públicos para os que é competente, deberá ter en conta que, ademais, tales condicións e requisitos deberán ser, en todo caso, transparentes e non discriminatorios.

A competencia dos concellos para a planificación e coordinación das obras de instalación de redes que teñen que executa-los operadores de telecomunicacións no dominio público viario municipal:

Por outro lado, a Administración local que pretenda acadar unha certa racionalización no proceso de implantación e construción de infraestructuras e redes de telecomunicacións, evitando ou ó menos minimizando no posible as molestias que as obras lles ocasionan ás persoas e á circulación dos vehículos, deberá utiliza-los instrumentos que lle confire o ordenamento xurídico: o planeamento urbanístico e as ordenanzas ou regulamentos municipais, xa que a lexislación de telecomunicacións non contén determinacións específicas sobre a programación polos concellos da actividade de instalación de redes de telecomunicación.

As posibilidades legais, que neste sentido teñen os concellos, pasan polo exercicio das competencias que teñen atribuídas pola lexislación vixente en materia de urbanismo e sobre o dominio público do que son titulares. Así como recoñeceu a sentenza do Tribunal Supremo do 24 de xaneiro de 2000, os concellos poden establecer no planeamento urbanístico condicións para as novas redes de telecomunicacións, e contemplar, en ordenanzas ou regulamentos relativos a obras e instalacións na vía pública, esixencias e requisitos para realiza-las correspondentes instalacións<sup>16</sup>.

Pola súa parte, a normativa de telecomunicacións en vigor permite que por medio dunha orde do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía se declare de uso compartido o dominio público viario de titularidade municipal. Este é indubidablemente un dos mecanismos máis eficaces para a consecución do fin de coordinación na execución das obras. Sen embargo, as competencias municipais limítanse á posta en marcha do proceso, solicitando a declaración de uso compartido para o viario público municipal, correspondendo a declaración propiamente dita ó Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía.

Entre as medidas que as ordenanzas municipais poden establecer co fin da planificación das obras, figura a obriga dos operadores de presentar un plan ou programa de actuación no termo municipal que permita fundamentalmente incorporar estas previsións ó planeamento urbanístico: plan xeral ou plans especiais que afecten ás infraestructuras da rede viaria. Xunto a esta planificación a longo prazo (catro anos) tamén será esixible unha concreta programación das obras que se pretendan executar no curto prazo –1 ou 2 anos– que permita coordina-las dos distintos

<sup>16</sup> Unha mostra do modo de ordenar polos concellos a implantación das redes de telecomunicacións nas cidades a través destes instrumentos, son os concellos de Madrid e Barcelona.

operadores. Desde logo esta planificación vai permitir que a execución das obras polos operadores se concentre en ámbitos determinados e ó mesmo tempo, permitirá que as molestias se minimicen.

Temos que facer referencia ó distinto protagonismo que un concello pode ter respecto da execución das obras de canalización no viario público municipal. Por unha parte, poderá optar por deixarlles ós distintos operadores a execución das obras, así o concello outorgaría as autorizacións ou licencias precisas para a ocupación do viario público municipal. A través dos mecanismos de coordinación deberá garantirse a posibilidade de que os operadores interesados poidan executa-las obras de construción das súas infraestructuras. Xunto a esta posibilidade está a de que as obras sexan executadas polo propio concello, quen, como titular do dominio público afectado executa unhas infraestructuras que se incorporarán ó dominio público, e que posteriormente son utilizadas polos distintos operadores para o establecemento das súas redes. Neste caso, o concello pode limitarse, como administración titular do dominio, a executar tales infraestructuras, ou ben actuar coa intención de intervir no mercado das telecomunicacións establecendo e explotando unha rede de telecomunicacións.

¶ A declaración por orde ministerial da utilización compartida do dominio público viario municipal para a instalación de redes públicas de telecomunicacións:

Na práctica naceu como un dos mecanismos máis eficaces para coordina-la execución das obras na vía pública, a declaración por medio dunha orde ministerial de utilización compartida do dominio público viario municipal para os efectos da instalación das redes públicas. Os concellos poderán dirixir unha solicitude do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía para que declare de uso compartido o dominio público viario municipal. Esta declaración permitirá dar aplicación ó procedemento de uso compartido de infraestructuras que establece o artigo 49 do Regulamento de servizo público<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Con base neste precepto e a petición das administracións correspondentes dictáronse, entre outras, as seguintes ordes ministeriais declarando a utilización compartida de diversos tramos de dominio público para os efectos da instalación de redes públicas de telecomunicacións:

¶ Orde do Ministerio de Fomento do 10 de marzo de 2000 (BOE do 22 de marzo de 2000) pola que se declara de utilización compartida todo o dominio público viario de Vitoria-Gasteiz, así como o dominio afecto ó complexo da Moncloa.

¶ Orde do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía do 7 de setembro de 2000 pola que se declara de utilización compartida ó dominio público municipal de Logroño, Vila-Real e Catarroja.

¶ Orde do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía do 12 de xaneiro de 2001 (BOE do



O artigo 49 do regulamento prevé a aprobación dunha orde ministerial que regule, con carácter xeral, os supostos nos que se poderá seguir o procedemento para o uso compartido de infraestruturas. A pesar de que esta orde aínda non foi dictada, os ministerios de Fomento e de Ciencia e Tecnoloxía, actualmente, viñeron adoptando estas resolucións, que resolven os problemas particulares dos concellos afectados. Estas disposicións concretas parten de recoñecer que un desenvolvemento desordenado das redes de telecomunicacións podería producir graves prexuízos de tipo ambiental e urbanístico, e proclaman como obxectivo evita-lo impacto negativo da instalación de múltiples redes a que conduce a liberalización na prestación de servizos e a explotación de redes de telecomunicacións levada a cabo pola Lei xeral de telecomunicacións, que implica a existencia dunha pluralidade de operadores que necesitan ocupa-lo dominio público para a instalación das súas redes.

O seguinte relator da tarde foi o subdirector xeral de Planificación e Fomento Tecnolóxico da Consellería de Industria e Comercio e enxeñeiro en telecomunicacións, **Ignacio Otero López**, que falou sobre «os concellos fronte ós campos electromagnéticos».

Na súa exposición tratou de aportar unha visión global sobre os aspectos relacionados coas emisións radioelétricas e a percepción social que existe sobre o seu posible impacto sobre a saúde das persoas e os mecanismos técnicos e administrativos postos en marcha para garanti-la seguridade dos cidadáns e o papel dos distintos axentes involucrados no proceso.

Aportou información sobre os máis importantes estudos, informes e recomendacións sanitarias sobre os campos electromagnéticos e da saúde. Asemade, describiu a nova normativa en vigor elaborada polo Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía e o Ministerio de Sanidade e Consumo, o seu alcance e aplicación e os procedementos técnicos e administrativos que garantirán o cumprimento dos niveis de referencia establecidos e de obrigado cumprimento.

Comezou dicindo que anque a enerxía electromagnética é emitida en forma de ondas polas fontes naturais e por numerosas fontes artificiais, nos últimos anos asistimos a un incremento sen precedentes, polo

---

20 de xaneiro de 2001) pola que se declara a utilización compartida do dominio público de titularidade dos municipios de Petrer, Benicarló, Camargo e Sevilla.

■ Orde do Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía do 20 de marzo de 2001 (BOE do 4 de abril de 2001) que declara a utilización compartida do dominio público local de titularidade dos municipios de Haro, Sueca, Vinarós e Ribarroja de Turia, así como o dominio público viario de titularidade do municipio de Alfajar e do solo público de titularidade da autoridade portuaria da Coruña.



seu número e a súa diversidade, das fontes de emisión de campos electromagnéticos (CEM) entre os que destacan os servizos de telecomunicación como a radio, a televisión, os teléfonos móbiles, os radares, pero tamén se inclúen outros equipos como os fornos microondas, aparatos de diagnóstico en medicina ou de tipo industrial como as liñas eléctricas e transformadores. Todas estas tecnoloxías fóronse introducindo nos nosos fogares facilitando e enriquecendo a nosa vida, facendo posible ferramentas como os electrodomésticos ou a informática e que medios como o transporte aéreo sexan viables e máis seguros.

A crecente implantación de infraestruturas que utilizan os CEM suscitou a preocupación social polos posibles efectos sobre a saúde e a realización de estudos sobre estes. Sen embargo, a ameaza real do risco sanitario non é de todo coñecida, anque para determinados tipos de campos electromagnéticos e nos niveis detectados habitualmente podería ser desprezable ou nula. No mundo que nos toca vivir debemos convivir coa tecnoloxía e os riscos que ocasiona. Coñecendo ben os seus efectos, poderemos toma-las medidas necesarias para minimizalos e poder levar unha vida máis segura.

Comezou falando dos campos electromagnéticos, e dixo que as ondas electromagnéticas consisten en campos eléctricos e magnéticos oscilantes que se propagan á velocidade da luz e caracterízanse por:

- Frecuencia: é o número de oscilacións que pasan por un punto nun segundo.
- ▲ Lonxitude de onda: é a amplitude en múltiplos de cuantos de fotóns.

Debemos distinguir as radiacións non-ionizantes, entre as que se atopa a luz visible, das ionizantes, que son portadoras de alta enerxía. Fixo tamén referencia ós campos electromagnéticos utilizados nas telecomunicacións e xerados por liñas eléctricas, que pola súa frecuencia se denominan non-ionizantes.

Puxo despois algúns exemplos de instalacións tecnolóxicas típicas que utilizan os campos electromagnéticos, ou son fonte de emisión de campos electromagnéticos, que afectan a zonas espaciais moi diferentes, sectores de pequena dimensión en telecomunicacións e superficies alongadas no caso de liñas eléctricas: emisores de radiodifusión e televisión, telefonía móbil, servizo fixo, liñas eléctricas, electrodomésticos.

Falou despois dos estudos sobre os efectos. En maio de 1996, a Organización Mundial da Saúde (OMS) lanzou un proxecto internacional para avaliar os posibles efectos sanitarios e ambientais da exposición ós campos electromagnéticos ata 300 GHz, chamado proxecto CEM. O proxecto ten como obxectivos realizar, con autoridade e independencia, o exame de publicacións científicas e identificar e satisfacer as lagoas exis-

tentes nos coñecementos científicos mediante o establecemento de protocolos de investigación baseados en métodos compatibles e comparables no fomento de investigacións máis específicas que culminen nunha mellor avaliación do risco. Comprende as seguintes funcións:

- ▮ Analizar publicacións científicas sobre os efectos biolóxicos da exposición da CEM.
- ▮ Identificar aspectos insuficientemente coñecidos que requiran investigacións para mellora-la avaliación dos riscos.
- ▮ Promover un programa específico de investigacións de gran calidade sobre a CEM.
- ▮ Avaliar metodicamente os riscos sanitarios da exposición da CEM, unha vez que se ultimaran as investigacións aceptables sobre a CEM.
- ▮ Facilitar información sobre a percepción, comunicación e xestión dos riscos.
- ▮ Aconsellar a programas nacionais e institucionais.

Os resultados deste proxecto estanse publicando nunha serie de boletíns informativos que están dispoñibles na páxina web: [www.who.int/peh-emf](http://www.who.int/peh-emf). Ningún estudio é concluínte en canto ós efectos dos CEM sobre a saúde, aunque se considera que dentro dos límites establecidos os efectos son desprezables ou nulos. Recoméndase, en calquera caso, a prudencia e o seguimento e fomento de investigacións máis específicas sobre o tema.

Analizou seguidamente o Real decreto 1066/2001, do 28 de setembro, polo que se aproba o regulamento que establece condicións de protección do dominio público radioeléctrico, restriccións ás emisións radioelétricas e medidas de protección sanitaria fronte ás emisións radioelétricas, que nace cun dobre obxectivo: protexer determinadas instalacións das interferencias electromagnéticas e dar resposta á demanda social na determinación das medidas de protección sanitaria fronte ós CEM.

No primeiro caso, capítulo II, anexo I, establécense as condicións de protección do dominio público radioeléctrico a través das limitacións necesarias para protexe-las instalacións de:

- ▮ Comprobación técnica de emisións radioelétricas.
- ▮ Socorro e seguridade.
- ▮ Defensa nacional.
- ▮ Seguimento e control de satélites.
- ▮ Investigación espacial.

É no segundo caso, capítulo III, anexo II, onde se determinan as medidas de protección sanitaria e a avaliación de riscos por emisións radioelétricas. No anexo II determinanse os límites de exposición fixados.

No artigo 6 do capítulo III especificase o espacio onde deben aplicarse estes límites, zonas nas que poidan permanecer habitualmente as persoas e na exposición ás emisións dos equipos terminais, sen prexuízo do disposto noutras disposicións específicas no ámbito local. No artigo 7 determínase que en función da evidencia científica dispoñible e da información facilitada polo Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía, o Ministerio de Sanidade e Consumo, en coordinación coas comunidades autónomas, avaliará os riscos sanitarios potenciais da exposición ós CEM. Parece cumprirse así coa recomendación da Organización Mundial da Saúde en relación ó fomento da investigación científica sobre este tema.

As restriccións básicas establécense tendo en conta as variacións que poidan introducir as sensibilidades individuais e as condicións ambientais, así como a idade e o estado de saúde dos cidadáns. En determinadas situacións nas que a exposición está moi localizada, como ocorre cos teléfonos móbiles, debe aplicarse a restricción básica.

En canto ás obras de infraestruturas, dixo que anque segundo o artigo 149.1.21 da Constitución é o Estado quen desempeña en exclusividade as competencias en materia de telecomunicacións, é evidente que as infraestruturas de telecomunicación inciden directamente sobre o desenvolvemento territorial, sobre dominio público local, o urbanismo, sobre a ordenación do territorio, a saúde e o medio natural. Son poucas as referencias que se fan sobre as competencias das comunidades autónomas en telecomunicacións, pero en particular se recollan aquelas que desenvolven a radiodifusión e a televisión.

É no Decreto 80/2000, do 23 de marzo, polo que se regulan os plans e proxectos sectoriais de incidencia supramunicipal, que desenvolve a Lei 10/1995, do 23 de novembro, de ordenación do territorio de Galicia, onde se recolle a competencia autonómica de regula-la implantación de infraestruturas de interese público ou utilidade social cando a súa incidencia transcenda do termo municipal no que se localicen, pola súa magnitude, importancia ou especiais características, ou que se asenten sobre varios termos municipais. A implantación destas infraestruturas adaptarase ó medio no que se atopen e articularanse coas determinacións da planificación urbanística e territorial correspondente. É habitual atopar infraestruturas como a da rede eléctrica ou os parques de enerxía eólica encadrados no marco deste decreto.

É no aspecto das instalacións de radio onde cabería pensar que habería un encaixe neste decreto ó concorre-la particularidade de que as ondas radioeléctricas se propagan máis alá dos límites administrativos e que en moitos casos serven para dar servizo a máis dunha demarcación municipal.

En canto ó dominio público local, urbanismo, saúde e ambiente, é a

Administración local a que ten a competencia. As administracións locais poderían regula-la incidencia das telecomunicacións nestes aspectos:

- ▮ **Urbanismo e medio natural:** existe un impacto paisaxístico importante e incidencia no planeamento urbanístico. Aspectos como a utilización común de infraestructuras, a visibilidade desde a vía pública, a integración no medio deberían ser contemplados nas ordenanzas municipais para o efecto.

- ▮ **Dominio público local:** o artigo 43 da Lei xeral de telecomunicacións establece que os titulares de licencias individuais para a instalación e explotación de redes públicas de telecomunicacións se beneficiarán dos dereito de ocupación do dominio público. Este dereito deberá estar ligado á competencia da Administración local sobre o dominio local.

- ▮ **Licencias de obra:** o outorgamento das licencias de obra para o establecemento das infraestructuras correspóndelles ás administracións locais.

- ▮ **Fiscalidade:** trátase dun aspecto que hai que resolver. Mentres que Telefónica debe aportarlles ás arcas municipais o 1'9 % da facturación, aproximadamente, os demais operadores de telecomunicacións non están achegando nada.


Igual que xa se fixo por algúns municipios como Madrid, como está facendo agora o Concello de Vigo, cabe suxerirlles ás administracións locais para que no ámbito das súas competencias elaboren instrumentos de planeamento urbanístico e ordenanzas municipais nos que se definan as condicións urbanísticas e ambientais ás que deben suxeitarse as instalacións de telecomunicacións no seu ámbito territorial<sup>18</sup>.

As administracións locais como garantía do cumprimento da legalidade, ós operadores de telecomunicación que queren instalalas súas redes no termo municipal, poderáselles esixir a acreditación do cumprimento da normativa de telecomunicacións, en concreto, para a utilización do dominio público radioeléctrico, en concreto os requisitos previos e obrigacións do operador de telecomunicacións ante o Ministerio de Ciencia e Tecnoloxía, que deberá autorizala instalación radioeléctrica, esixindo unha serie de requisitos.

En relación ás instalacións existentes, o Real decreto 1066/2001, do 28 de setembro, contempla que no prazo de 9 meses, desde a dita publicación, deberán remitirlle a certificación ó ministerio de conformidade cos límites establecidos. No caso de que non o cumpran, terán un prazo de tres meses máis para adecualas instalacións que non cumpran.

<sup>18</sup> Así o fixeron para os municipios cataláns a entidade LOCALRET, ou para os municipios aragoneses a Federación Aragonesa de Municipios e Provincias.

O último relatorio destas xornadas correu a cargo do secretario xeral da Federación Galega de Municipios e Provincias, **José Manuel Piñeiro Amigo**, quen presentou unha ordenanza tipo para a instalación e funcionamento de instalacións de telefonía móbil, persoal e outros servizos de telecomunicacións e de difusión elaborada pola FEGAMP. Esta ordenanza tipo propón prohibi-la instalación de antenas de telefonía móbil en hospitais, centros de ensinanza e xeriátricos. Ademais, a ordenanza vai máis alá do decreto do Goberno (Real decreto 1066/2001, do 28 de setembro), que limita por distancias. Esta ordenanza pode baixarse da páxina web da FEGAMP: [www.fegamp.es](http://www.fegamp.es) ou desde o propio portal do eido local no apartado da Federación: [www.eidolocal.es](http://www.eidolocal.es).

A clausura destas xornadas estivo a cargo do director xeral de administración local, Alfonso Rueda de Valenzuela, quen agradeceu a presenza de tódolos asistentes e relatores presentes, ademais de agradecerlle á EGAP a posibilidade desta colaboración en temas de tanta importancia para a sociedade en xeral, e para os funcionarios da Administración local, en particular, xa que deben estar preparados para darlles respostas ós veciños que as soliciten. 







BIBLIOGRAFÍA

B

RECENSIÓN'S



## *Manual de procedimiento administrativo* (2ª edición)

**Jesús González Pérez**

Madrid, Civitas, 2002

**S**in haber transcurrido aún dos años desde la primera edición, el profesor González Pérez ha debido abordar la segunda de su *Manual de Procedimiento Administrativo*, utilísima obra, que facilita sobremanera el acceso a los principios y criterios del procedimiento y su aplicación práctica, con transcripción –y no simple referencia– de las Sentencias más sobresalientes y actuales de los Tribunales en la materia.

Por encima, o a la altura de esta utilidad práctica, la obra aporta el mérito de construir un sistema regulador de los procedimientos administrativos que, sobre la base del Derecho positivo y su interpretación coherente, permita no perderse en el abigarrado mundo de las disposiciones procedimentales, provenientes no de uno, sino de numerosos centros de producción normativa. El sistema del profesor González Pérez permite entender el juego de una ley cabecera de grupo (la Ley 30/1992) con las normas procedimentales autonómicas, que inciden en aspectos fundamentales de garantía. Sin esa referencia sistemática tales disposiciones constituirían un mero depósito o acúmulo de normas. Y sería difícil o imposible su interpretación y aplicación coherente con el mínimo rigor y uniformidad que ha de exigirse a los procedimientos, a fin de cuentas garantía primaria del ciudadano en sus relaciones con las Administraciones públicas.

En el prólogo, el autor se sirve de indevaluables citas del «Sistema de Derecho procesal Civil», de Carnelutti, que elogian como método la constante depuración y ordenación de los conceptos en el secuencial proceso del progreso jurídico. Un camino metodológico y expositivo que es hijo de la experiencia jurídica y que, sintiendo y viviendo la práctica, es capaz, al final, de ordenar, sistematizar y, lo que es más importante, dotar de sentido categorial y buenos principios al quehacer cotidiano de cualquier operador jurídico del ámbito administrativo.

Nuestro Derecho administrativo tiene contraída con González Pérez una impagable deuda. Él ha sido el paladín en la necesaria tarea de dignificar la práctica jurídica, tantas veces relegada neciamente a técnica menor o de leguleyos, o minusvalorada en la «*turris ebúrnea*» de los diletantismos conceptuales al uso de la Academia.

Siempre he pensado que no puede ser un buen profesor de Derecho quien no se haya partido las cejas en el foro con un difícil problema de legitimación, una prejudicialidad penal, un litisconsorcio pasivo necesario, un engorroso cómputo de plazos, una caducidad o una inextricable detección del procedimiento aplicable al caso. Decía GOETHE, en otra esfera del pensamiento, que «las teorías son, habitualmente, precipitaciones de una inteligencia impaciente, que quería verse libre de los fenómenos y poner en su lugar imágenes, conceptos y, a menudo, simplemente palabras». Pero el Derecho, y más en el orden procedimental, es terco en realidades, en litigios concretos, y ante ellos los conceptos deben ser orden depurado constantemente, no simple prius teórico desconectado de la realidad y del conflicto.

Conciliar conceptos y categorías con prácticas y técnicas, procedimientos en suma, es lo que siempre encontramos en las obras de González Pérez. También, por supuesto, en esta, que ofrece un compendio, de justa medida, sobre el procedimiento administrativo en la España de hoy. La obra es un ejemplo de síntesis, sistemática y claridad expositiva. En poco más de 650 páginas de densa y a la vez clara redacción, se abordan todos los problemas que plantea la aplicación de la legislación reguladora del procedimiento administrativo y del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y se ofrece un resumen de la jurisprudencia dictada sobre cada uno de ellos, con una rigurosa crítica.

El libro contempla todas las fases del procedimiento, pero también los procedimientos especiales y una inestimable consideración sintetizada de los «actos de las Administraciones públicas» y de los recursos, en todas sus manifestaciones. Y lo hace sin olvidar nunca la confesa finalidad práctica de su libro, con amplísima apoyatura jurisprudencial, que no obvia la expresión de sus criterios personales.

En esta segunda edición, que crece en unas decenas de páginas respecto de la primera, el autor tiene en cuenta todas las disposiciones dictadas en desarrollo de la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, y aporta, además, la más reciente jurisprudencia sobre la temática analizada (hasta diciembre de 2001).

Aunque, en su modestia, González Pérez lo descarte, el libro bien merecería el título «Sistema» de Procedimiento administrativo, que tal es su verdadero alcance. Él ha preferido llamarle «Manual», lo que hemos de aceptar, como de seguro harían Carnelutti y Guasp, los únicos maestros que cita en el Prólogo, y que, como él, volcaron su esfuerzo en sistematizar la práctica jurídica cotidiana, dotándola de un sistema capaz de proporcionar las claves y principios a que debe ajustarse.

**Pablo González Mariñas**

*Profesor titular de derecho administrativo  
da Universidade de Santiago de Compostela*





## *Derecho de petición. Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001, del 12 de noviembre*

**Francisco González Navarro**  
**José Alenza García**

Madrid, Civitas, 2002

1. O profesor González Navarro tennos acostumbrados a certo tipo de traballos que teñen por virtude non deixar indiferente ó lector. Dende as primeiras páxinas das súas obras suxírese e incítase, a veces en ton case provocador, logrando o efecto tan buscado polos comunicadores de xerar certa ansiedade por da-la volta á folla, e despois á seguinte, ata chegar á última, sen deixarse vencer pola pereza, pola angustiosa falta de tempo e tantas outras xustificacións razoables en que soemos descansa-la conciencia para frea-lo desasosego que produce a desproporción entre a inxente produción literaria e científica e o voraz día a día do traballador ou o curioso: «*Creo que continuamos «atascados» en esa fase primordial del pensar que es el pensar confundente, el primer pensar. Un pensar venerable, que merece absoluto respeto, porque es la aduana por la que ha de atravesarse todo conocimiento, pero que, en el caso que nos ocupa, tendría que haber sido superado. Y no lo ha sido. Intentaré justificar, en lo que sigue, tan rotunda afirmación*». ¿É posible resistirse a tan suxerinte formulación?

Na colaboración co profesor Alenza García, que tan boas referencias nos deixa xa na literatura xurídica, agasállasenos cun coidadoso estudio sobre o *Derecho de Petición*, primeiro da serie «Derechos fundamentales y libertades públicas», editado por Civitas con gran pulcritude. O xénero –comentario lexislativo– é xustamente defendido por González Navarro na presentación que precede á análise:

«no es sólo un libro de investigación, ni un mero análisis crítico del nuevo producto normativo. Y tampoco es, al menos de manera exclusiva, un libro-máquina. Un comentario legislativo debe ser, además de todo eso, un libro didáctico». Dico coa xenialidade coa que soe expresarse o profesor: «no se trata de regalar un pez al que tiene hambre, sino de proporcionarle el utillaje necesario para que pueda pescarlo, con el añadido de tener que enseñarle también a manejarlo».

Con tal formulación, o resultado non é sorprendente, senón, pola contra, totalmente esperado. Aproximadamente mil páxinas destinadas ó *Derecho de Petición, Comentarios a la L.O. 4/2001, de 12 de noviembre*, dedicadas con suma elegancia, respecto e certa emoción á memoria de don Aurelio Guaíta Martorrell, «como homenaje y expresión de agradecimiento por cuanto de él hemos aprendido a través de la obra escrita que nos dejó, entre os que, igual que Alenza García, que «no llegó a conocerlo personalmente, pero ha dialogado con él... a través de la obra que nos dejó», recoñécese o suscriptor desta recensión.

Dicir que na obra non falta nada é algo habitual neste tipo de comentarios, nos que o rigor sistemático logra a maior parte das veces que a exhaustividade sexa unha das principais virtudes do comentarista. Pero dicir que non sobra nada é unha afirmación moito máis valiosa, sobre todo á vista das dimensións do traballo. Este libro pesa, pero cada un dos seus gramos está concienzudamente medido. Exprésao moi ben González Navarro a propósito do contido das disposicións adicionais da lei orgánica comentada, pero pode facerse extensivo a todo o traballo: «el tratamiento... puede tacharse de cualquier cosa menos de improvisado». As numerosas digresións que se introducen producen unha sensación de frescura dificilmente lograda na literatura xurídica e recordan a cada paso que o ordenamento xurídico é un cosmos ordenado onde todo ten o seu lugar ou, por empregar palabras do profesor, *un conjunto coherente y solidario donde –como en el ajedrez– la posición de cada trebeya influye en la posición de las restantes piezas del tablero*. A obra comentada serve así de pretexto para a reflexión profunda que excede con moito do propio libro: a crise irreversible do concepto de acto administrativo, o control das potestades discrecionais, o dereito de participación no Estado social e democrático de dereito, o estilo administrativo, a lingua, a Administración instrumental e a fuxida do dereito administrativo, as novas tecnoloxías no mundo xurídico e, como non, a teoría dos grupos normativos, que os autores consideran necesaria para facer manexable o complexo panorama xurídico español e que se veñen difundindo, incansablemente, na súa propia obra.

2. A xustificación histórico-xurídica do dereito de petición prodúcese ó fio dunha interesante perspectiva dos principais textos xurídicos dende 1822, momento no que por primeira vez se recoñece o dereito, daquela individual, de todo español de representar ás Cortes, ó Rei e ás demais autoridades constituídas, o que xulgara convenientemente ó ben público (lei do 12 de febreiro de 1822). Con algunhas variacións en canto ó seu contido, estendéndose por momentos

ás peticións colectivas e, sobre todo, ampliándose o suxeito pasivo ós poderes públicos, en xeral, o dereito de petición configurouse como *medio de formular súplicas sobre aspectos que carecían doutros cauces procedementais que non implicaban a obrigaón de ser atendidas*.

O éxito da súa primeira regulaci3n específica, contida na Lei 92/1960, do 22 de decembro, reguladora do dereito de petición, enmarcada polos comentaristas entre as leis administrativas de notable técnica normativa que caracterizaron a lexislaci3n española do final da década dos cincuenta do século XX, pon de manifesto que a necesidade dun novo texto legal non era tan acuciante como puidera parecer, respondendo en boa medida a súa aprobaci3n a unha operaci3n de estética constitucional tralo recoñecemento como dereito fundamental do chamado «de petición» no artigo 29 da Constituci3n española de 1978.

Na valoraci3n xeral da Lei orgánica (LODEPE) alúdese á «*escasa ambici3n del legislador, que ha pecado de exceso de conservadurismo, de falta de imaginaci3n o de ambas cosas a la vez*». Así, por exemplo, achácase á LODEPE non ter establecido conexi3ns suficientes con instituci3ns afíns ou con peticións especiais; así mesmo, algunhas cuesti3ns que viñan presentando problemas no pasado non son nin sequera aludidas, o que obrigará a realizar un esforzo interpretativo extra para a súa resoluci3n; finalmente os comentaristas lamentan que non se teñan incorporado algunhas precisi3ns que potencien o exercicio do dereito de petición e incrementen a súa eficacia.

3 A LODEPE non se aparta do dereito de petición tal e como o coñeceu a xurisprudencia constitucional: un dereito de configuraci3n legal, que goza da máxima protecci3n constitucional, que consiste nun dereito subxectivo *uti civis* de obxecto moi variado exercitable ante unha diversidade de destinatarios e concibido como técnica residual supletoria doutros instrumentos xurídicos.

Esta definici3n aproxímanos a un dereito de carácter residual e estricto. O primeiro –residual– respecto doutros instrumentos de relaci3n entre os cidadáns e os poderes públicos. «*En un Estado social y democrático de Derecho es –si se me permite la expresi3n– «el último de la fila» en el arsenal de instrumentos garantizadores de la libertad que dicho Estado pone a disposici3n de los sintientes humanos y de los grupos en que se integran aquéllos*», di González Navarro. O segundo –estricto– por canto engloba aquelas peticións ou solicitudes para as que o ordenamento xurídico non dispuxo unha vía específica, e deixa fóra do concepto de «petici3n» manifestaci3ns tan diversas e dispares coma as acci3ns xudiciais ou as suxesti3ns ós poderes públicos. De aí que se regule a inadmisión das peticións «nas que a resoluci3n se deba amparar nun título específico» e daquelas «sobre o obxecto das cales exista un procedemento parlamentario, administrativo ou un proceso xudicial xa iniciado» (artigo 8 da LODEPE).

A clave reside, polo tanto, no título xurídico no que se fundamente a petici3n. É esta a base para distingui-lo dereito de petici3n doutras figuras afíns, tales como as instancias ou solicitudes á Administraci3n ou os recursos admi-

nistrativos, no que se exige a titularidade dun dereito ou un interese lexítimo por parte do actor, ou as pretensións procesuais, no sentido descrito por H. Guasp de peticións fundadas que teñen unha significación xurídica, unha fundamentación xurídica que falta na simple petición.

A pesar de todo, a dificultade de establece-la diferenciación entre as peticións fundadas no dereito positivo ou nos principios que o sustentan e aquelas outras que teñen un fundamento que está máis acá ou máis alá do dereito e, polo tanto, non é xurídico (petitions *stricto sensu*, ou simples peticións) non foi superada pola LODEPE. «*No hemos avanzado gran cosa en el mejoramiento del ordenamiento español*», conclúe González Navarro, ó analiza-lo contido do artigo 3 da lei.

O carácter residual e estricto ó que se fixo referencia non se identifica, sen embargo, coa titularidade restrinxida. En ocasións expresamente, noutras coa necesaria remisión á xurisprudencia, o dereito de petición recoñéceselles ós menores que teñen xuízo para iso, ás persoas físicas e ás técnicas, prescindindo da vecindade ou da condición política e incluíndose expresamente o recoñecemento do dereito ó *status* do estranxeiro, coa máxima amplitude e sen distincións defendidas ata o LODEPE respecto ó réxime de protección, que será o mesmo sexa cal fora a nacionalidade do seu titular.

Entre as principais novidades da LODEPE, os autores destacan as seguintes: amplitude das delimitacións do ámbito subxectivo de titulares do dereito de petición, principalmente pola extensión do dereito ós estranxeiros e apátridas; delimitación abstracta dos destinatarios das peticións; antiformalismo e novas tecnoloxías para o exercicio do dereito a través de calquera medio, incluso de carácter electrónico, que permita acredita-la autenticidade da petición; audiencia especial do petionario perante os destinatarios; regulación dos deberes dos destinatarios das peticións; réxime de protección xurisdiccional do dereito de petición, a través das vías establecidas no artigo 53.2 da Constitución española de 1978, sen prexuízo de calquera outra acción que o petionario estimara oportuna; finalmente, conversión das iniciativas legislativas populares inadmitidas en petición ante as cámaras legislativas.

• A estrutura dos «comentarios», como a propia LODEPE, correspóndese co modelo relacional, baixo a perspectiva da relación xurídica constituída entre o petionario e o poder público destinatario da petición. Así, distínguese a chamada estrutura estática da dinámica. Naquela estúdiáanse os suxeitos, é dicir, o petionario (art.1) e o destinatario (art.2) así como o obxecto (art. 3). A integración de ámbolos elementos non está expresa, aínda que si implícita noutros preceptos. Na chamada estrutura dinámica estúdiáanse diversas fases da relación: iniciación (arts. 4, 5 e 6), crise e desenvolvemento (arts. 7, 8, 9 e 10), e terminación (art. 11). No artigo 12 prevese a eventual constitución dunha nova relación xurídica: a procesual ante a xurisdicción contencioso-administrativa.

Os comentaristas non teñen escatimado os esforzos ó abordaren o estudio das disposicións adicionais da lei (a 1ª relativa ós réximes especiais, a 2ª sobre o defensor do pobo e institucións autonómicas análogas e a 3ª sobre peticións dos internos das institucións penitenciarias), con ocasión das cales se nos ofrecen algunhas das observacións máis suxestivas do traballo.

Se do comentario xeral da LODEPE se traslucía unha excesiva timidez do lexislador, o tratamento do réxime especial das peticións dirixidas ó Congreso dos Deputados, Senado ou asembleas lexislativas das comunidades autónomas merece igual reflexión. «*La Disposición Adicional 1ª plantea más problemas por lo que dice, que por lo que no dice*», comenta Alenza. Para empezar, efectúalle unha remisión xeral á regulación dos correspondentes regulamentos parlamentarios sen aludir á aplicación supletoria das súas disposicións. Pero, ademais, deixa sen concretar algunhas cuestións como o número de asinantes necesarios para pedi-la conversión en petición das iniciativas lexislativas inadmitidas ou os efectos que se derivan da dita inadmisión. «*Ha sobrado, por tanto, timidez en el legislador orgánico y, sobre todo, ha faltado –y no sólo en esta Disposición Adicional– imaginación para arbitrar medidas que condujeran a la pretendida revitalización del derecho de petición*». Entre as novidades máis destacables, a posibilidade de converte-las iniciativas lexislativas populares inadmitidas en peticións ante as cámaras, reciclando os esforzos realizados no exercicio da iniciativa lexislativa popular para a súa formulación como petición ante o lexislativo, permite aproveitar-lo camiño andado residenciando nunha etapa previa –a das peticións antes as cámaras– as actuacións practicadas para que non devengan totalmente ineficaces.

A propósito da análise da disposición adicional 2ª, Gónzalez Navarro afonda no estudio do defensor do pobo, superando con creces as cuestións que «*tienen que ver con el derecho de petición*», por máis que esa fora a formulación inicial do autor. O «*régimen de las quejas*» dirixidas ó defensor do pobo recibe un tratamento diferenciado do xeral dedicado ás restantes peticións deste tipo. E tal tratamento diferenciado ten, á súa vez, unha particularidade: é unha queixa cualificada polo destinatario, que é un poder público determinado, «*un órgano constitucional cuyo nombre se adorna de extrañas resonancias que, por un lado, nos lo hacen familiar –al fin y al cabo, pueblo somos todos– y, por otro, nos lo hacen distante, por lo de sacro que hay siempre en lo que aparece nimbado por el aura que rodea al Parlamento del que es –nada menos, aunque nada más– su Alto Comisionado*». Polo que á LODEPE se refire, é indubidable a posibilidade de dirixirlle peticións *stricto sensu* ó defensor do pobo, a xulgar polos termos en que está redactado o artigo 2, (do destinatario), así como de dirixirlle iniciativas e suxestións, vistos os artigos 2 e 3 da lei.

Finalmente abórdase o estudio das peticións dos internos nas institucións penitenciarias (disposición adicional 3ª), centrado nos seguintes termos: a posibilidade do interno de utilizar, ademais do específico dereito de petición previsto na lexislación penitenciaria, á que a LODEPE se remite, a potestade xeral

de pedir ou queixarse en materias alleas ó pechado mundo no que ten que vivir, facendo uso para iso da lexislación xeral contida na lei orgánica comentada. A análise serve de pretexto, coma en tantas outras ocasións, para estudia-la bases da política penitenciaria actual.

**Marta García Pérez**

*Profesora titular de dereito administrativo  
Universidade da Coruña*



## *Cauces de comunicación de las Administraciones Públicas con los ciudadanos*

**Manuel Beato Espejo**

Madrid, Tecnos, 2002

**A** exposición de motivos da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, establece que o procedemento administrativo é unha peza esencial no camiño de modernización das administracións públicas. Por modernización das administracións públicas enténdese a posta en marcha dun proceso gradual e perseverante de reestructuración administrativa e organizativa, de introdución de novos sistemas e técnicas de xestión, de descentralización de funcións, de obtención de resultados na prestación de servizos, de dignificación da figura do empregado público; en definitiva, dun cambio de valores, onde prevaleza a responsabilidade e onde a relación entre obxectivos formulados e resultados obtidos sexa de signo positivo.

Hai que integrar as administracións públicas na sociedade para servir ós cidadáns e facer que os seus dereitos constitucionais sexan reais e efectivos. Hai que poñer en marcha unha Administración máis capacitada para responder debidamente ás esixencias dos cidadáns. Dentro da unidade do Estado, hai que buscar e acadar unha relación fluída entre as administracións públicas, baixo un principio de cooperación recíproca e de mutua lealdade, xa que isto tamén axuda a achegarlle-las servizos administrativos ós cidadáns. Para garantir a calidade e a transparencia da actuación administrativa, hai que poñer a disposición das

administracións públicas medios técnicos axeitados e suficientes que faciliten a súa produción xurídica e a súa comunicación cos cidadáns; aínda que, para algúns, supoña a quebra de certas garantías máis formais que substantivas.

Nunha sociedade tan complexa e fragmentada coma a actual, a Administración atópase con grandes dificultades para servir ó interese xeral. Por unha banda, esíxeselle o debido respecto á igualdade e ó ben común, pero, por outra, pídeselle que responda individualmente a demandas concretas de cidadáns concretos; o que a sitúa nunha tensión difícil de romper e en posicións, ás veces, deslexitimadas, confusas, que levan ó cidadán a preguntarse a quén serve a Administración pública.

O modelo que utiliza a Administración para executa-las leis, manifestación da vontade xeral, e en virtude do cal aplica a súa autoridade en prol dunha actuación obxectiva e imparcial, altérase pola busca de valores individuais, de clientes concretos, do mercado cambiante, da eficacia, do gasto do débito, do aforro.

O proceso de informatización das administracións públicas é un dos elementos clave para a súa reforma, pero existe grandes esforzos: non só internos, de adecuación e formación do persoal necesario, senón tamén de formación do usuario.

Un dos primeiros e máis importantes clientes da industria tecnolóxica é a Administración pública. Isto permítelle non só dispoñer dos aparatos precisos para crear, acumular e trasladar información, senón que tamén lle serve para orienta-la investigación tecnolóxica no sentido que desexe.

A través dos servicios informáticos que as administracións públicas crean, xorde unha nova filosofía da xestión administrativa. A informática non é un instrumento ó servizo da técnica, senón que se converte nun fin en si mesmo; é máis, a política e a técnica sométense ós proxectos e ás decisións dos servizos informáticos. Dito noutros termos, a xestión administrativa automatízase non xa no sentido de dispoñer de elementos informáticos, senón no de depender deles para adoptar decisións.

Ademais desa dependencia para a xestión, o cúmulo de material informático en mans da Administración pública produce a creación, almacenamento e transmisión de datos sobre persoas e bens de tal xeito que leve ó máis exacto coñecemento dos seus titulares. É dicir, créanse bancos de datos como unidades administrativas autónomas, con personalidade xurídica e patrimonio propio, que concentran a información e adquiren poder sobre outras administracións públicas e sobre os cidadáns.

O proxecto de portelo único e o desenvolvemento dos servidores *World Wide Web* nas administracións públicas facilitan, sen dúbida, o achegamento ós cidadáns pola fonte documental que representan e pola información que lles proporcionan. Instrumentos que serven, ó mesmo tempo, de canle de comunicación entre as distintas administracións públicas e, polo tanto, de intercambio de información en beneficio da colectividade.

A Lei 4/1999 impón a obriga de resolver e de notificar en tódolos procedementos, tanto a instancia de parte como de oficio, establecendo cómputos distintos dos prazos dados. Nos que se inician a instancia de parte interesada, o prazo compútase desde que a solicitude tivo entrada no rexistro do órgano competente para a súa tramitación, o cal supón unha maior precisión que na Lei 30/1992, que establecía que o prazo se computaría desde que a solicitude entrara en calquera dos rexistros do ministerio competente para iníciala tramitación da solicitude. Tamén se impón que a Administración, no prazo de dez días desde a recepción da solicitude, lle debe comunicar ó solicitante a data na que foi recibida polo órgano competente.

Nos procedementos que se inícien de oficio, o prazo compútase desde a data do acordo de iniciación do procedemento. Acordo que tamén lles deberá ser comunicado ós interesados.

O uso dos medios técnicos dispoñibles na sociedade é un elemento que hai que ter en conta na modernización das administracións públicas, nos procedementos que se han seguir na toma de decisións e nas medidas a adoptar para acadar maior participación dos cidadáns na xestión pública. En definitiva, unha forma de integración da Administración na sociedade e unha mostra de calidade e transparencia no actual administrativo.

Este bo desexo de impulso e aplicación das técnicas electrónicas, informáticas e telemáticas pola Administración pública recóllese expresamente tanto nas leis procedementais de 1992 e de 1999, xa citadas, coma nun conxunto de disposicións adxectivas e substantivas.

Como conducto que as une a todas debe tomarse o artigo 45 da Lei de 1992, que lles impón a tódalas administracións públicas o deber de usar eses medios para o exercicio das competencias atribuídas.

Cando ese exercicio supoña a relación cos cidadáns, os medios electrónicos, informáticos e telemáticos que vaian utilizar uns e outros deben ser compatibles; o contrario, loxicamente, impediría a práctica dos dereitos do cidadán, polo menos a través dos medios que a lei tenta impulsar.

O autor fai un estudio de certos instrumentos de comunicación por medios electrónicos, informáticos e telemáticos, cunha referencia especial ó uso da firma electrónica e ó recoñecemento das entidades prestadoras de servizos de certificación, con garantías xurídicas e sen menoscabo da autenticidade do documento e da recepción polo interesado.

Pero, xunto á idea que subxace como fundamental, é dicir, a necesidade de cumprir coa obriga imposta de resolver, en forma expresa e no prazo, as peticións que se formulen, o autor diseña a estrutura informativa montada polas distintas administracións (organización rexistral, medios de comunicación da recepción de documentos, instrumentos de relación entre os distintos entes vinculados –portelo único–, cartas de servizo, etc) para ofrecerlle ó cidadán un servizo de información eficaz e eficiente.

As administracións públicas do século XXI prefigúranse claramente como

unhas administracións orientadas ós cidadáns, conscientes de que a súa misión principal é o servizo e a atención ás necesidades daqueles e ás súas demandas razoables. Por este motivo, entre os obxectivos xerais marcados para a construción da Administración do novo século, considérase prioritaria a mellora da atención ós cidadáns en tódalas súas vertentes, así como o establecemento dun sistema de comunicación recíproca entre aqueles e a Administración.

A consecución deste obxectivo xeral lograrase a través do desenvolvemento dun conxunto de estratexias e da implantación de medidas concretas ligadas a cada unha destas estratexias, para o cal deben de terse en conta as posibilidades que ofrecen as tecnoloxías da información e das comunicacións.

**Juan M. González Hiltner**

*Bolseiro de investigación EGAP*

## *Fraude contra Derecho*

**José Lois Estévez**

Madrid, Civitas, 2001

O autor divide esta obra en tres partes ben diferenciadas: na primeira trata o problema do fraude á lei, aprofundando no estudo da acepción da palabra fraude, pasando polo dereito romano, o dereito moderno e tamén pola xurisprudencia. Así mesmo, aborda o tema das premisas lóxico-xurídicas para unha definición de fraude á lei. Refírese tamén á esencia da manobra fraudulenta realizada polos particulares e ós medios utilizados para defraudar e, ademais, nesta primeira parte, o autor trata o fraude á lei no proceso de creación xurídica e tamén con ocasión de aplica-la lei. En derradeiro lugar, Xosé Lois Estévez, dá unha definición de fraude á lei.

Na segunda parte o autor trata da etioloxía e prevención do fraude á lei analizando as leis contrarias e conformes ó sentir xeral; as respectuosas ou perturbadoras do equilibrio xurídico e as que están en pugna ou en pro dos intereses particulares.

A terceira, e última parte deste libro, dedica o autor ó diagnóstico e proba do fraude á lei, e explica a sospeita inicial de fraude e os seus indicios.

Vista a estrutura xeral da obra, podemos analizar cada unha das tres partes que xa sinalamos. Deste xeito, e como é normal, comezaremos pola primeira delas.

O autor comeza esta obra falando do problema do fraude á lei e para iso acode á acepción vulgar e etimolóxica da palabra *fraude*. É por isto que pon de manifesto que se nun sentido vulgar fraude significa engano malicioso e inxusto,

etimoloxicamente a dita voz non sufriu cambios importantes no seu valor semántico.

O dereito romano tivo o indicio de que máis alá da infracción pura e simple dos textos legais, había outra forma de reacción que evitaba as prohibicións con previda desculpa; pero ó tratar de identificala, fixoa consistir nunha supeditación do espírito á letra da lei; en executa-lo que se supón reprobado *intencionalmente* polo lexislador so pretexto de que non aparece expresamente prohibido.

O tratamento xurídico asignado ós actos fraudulentos viña ligado ó que parece o carácter da lei. Só as *leges perfectae* sancionaban coa nulidade o acto na súa contra ou en fraude. Von Mayr sostén que os compiladores xustinianos desenvolveron o concepto de *fraus legis* como consecuencia de abolirse a distinción entre *leges perfectae, minus quam perfectae e imperfectae*.

As cautelas interpretativas dos xurisconsultos romanos permítennos entreve-lo seu *modus operandi* en tan delicado problema: convertían o *in fraudem legis* nun *contra legem agere*. Deste xeito, fixábanse máis no contido ca nas formas, negábanse a ter por válido un resultado que de xeneralizarse reduciría a norma vencellante a unha recomendación benevolente, a mercé das partes.

É dicir, en Roma, ó revés que no dereito moderno, a noción de fraude á lei encoméndaselles á aprehensión intuitiva, ó instinto dos prudentes, ós seus presuntos esforzos para preserva-lo dereito e a xustiza na aplicación práctica dos textos. Non hai propiamente no dereito romano unha definición conceptual, lóxica, do fraude á lei. Abondan, en cambio, xuízosos exemplos desta teoría no seu espírito.

No dereito moderno, os grandes códigos do noso mundo parecían gardar un estraño silencio sobre o fraude á lei. Nin o definían, nin sequera o mencionaban. A propia xurisprudencia amosábase reservada e obstinada. Na maioría dos casos fuxía desta temida e incomprendida construción.

España non constituía unha excepción a esta regra. O Código civil español non mencionara explicitamente o fraude á lei. Tampouco a xurisprudencia. A doutrina mesma parecía ignora-la existencia desta figura. Con todo, a partir do primeiro cuarto do século pasado, iníciase timidamente un cambio de actitude. Resulta interesante a historia porque amosa cómo a doutrina (que moitos autores descartan como fonte do dereito), unha vez formada, repercute primeiro na xurisprudencia e acaba por converterse en lei.

Houbo moitos autores que trataron o tema pero foi, sen dúbida, Federico De Castro quen consagrou o fraude á lei no seu *Derecho Civil de España*. Tras unha sucinta exposición da xénese histórica do concepto, distinguía o fraude das figuras afíns e definíao como *un acto cun resultado prohibido por unha lei pero que se amparaba noutra dictada con distinta finalidade*. Ademais, De Castro, trataba de establece-lo seu ámbito de aplicación e fixaba os seus requisitos e efectos.

A visión que predominou na doutrina española foi a que se difundía na mag-



nífica obra de De Castro. A maior parte dos nosos civilistas limitáronse a secundala. Así, por exemplo, autores como Castán, Puig Peña, Bonet, Lacruz, Díez-Picazo, Cossío, Albaladejo, Batlle, Gitrama, De los Mozos, etc.

Deste xeito, ó reformarse o título preliminar do noso Código civil tívose presente, sobre todo, o punto de vista predominante na doutrina nacional, aínda que se lle aplicou unha certa modificación; pois o parágrafo 4º do artigo 6 di que *os actos realizados ó amparo do texto dunha norma que persigan un resultado prohibido polo ordenamento xurídico, ou contrario a el, se consideraran executados en fraude á lei e non impedirán a debida aplicación da norma que se trata de eludir.*

Esta definición peca de insuficiente, pero en calquera caso, a recepción da doutrina sobre o fraude, pola xurisprudencia primeiro e logo pola lexislación, acredita de qué xeito se vai conformando a opinión dese público constituído polos xuristas e cómo polo seu influxo se oficializa.

Desde a súa orixe, a loita contra o fraude é inevitablemente un cometido xurisprudencial. Así segue a ser agora e continuará no futuro. A razón está clara: a doutrina do fraude á lei construíuse como unha reacción dos intérpretes *oficiais* contra as tentativas *privadas* de *paraliza-los* preceptos condenándoo ás súas hipóteses estrictas, mentres gracias á autonomía da vontade, trataban de crearse *formalmente* situacións de excepción, inmunes ás prohibicións lexislativas.

Só a xurisprudencia ten a oportunidade de reprimilo; pero só en moi contadas ocasións pode facelo sen mostrarse arbitraria. Pois un tribunal de dereito, lonxe de decidir segundo o seu propio sentimento xurídico e aínda segundo a súa propia conciencia, debe submisión a normas moi constrictas de índole procesual e material, relativas ás alegacións, á proba, á valoración da proba, á congruencia co pedido e, sobre todo, a unha imparcialidade sen sospeita.

A actitude inhibicionista dos ordenamentos contemporáneos ante o problema do fraude á lei, aínda que profundamente significativa, resulta en franca inconsecuencia cos principios imperantes.

O dereito positivo da nosa época está dominado polo signo dun normativismo absolutista e pretencioso, que tende a prevelo e regulalo todo. Non só se multiplican as normas ata constituír un labirinto que ningún fio de Ariadna logra desenredar, senón que, ademais, cada unha, co afán de ter en conta as circunstancias máis nimias, se perde nunha serie de sutilezas que converten nunha verdadeira tortura para os xuristas a súa comprensión e conciliación. A lei intenta reorganizalo todo, e o lexislador, co propósito de asegurarse a xa difícil submisión do xuíz, quere aprisionalo nunha estreita trama normativa e procura subministrarlle por adiantado todo xuízo.

Sintomaticamente e por excepción, ante o problema da *fraus legi*, o lexislador adoita observar un comportamento diferente. En lugar de precisar con rigor cómo se debe concibir e trata-lo fraude, na maioría dos países fíxolles unha verdadeira deixazón ós tribunais do seu descubrimento e terapia.

Isto responde, seguramente, a unha das notas máis rechamantes do fraude á lei: este confúndese co dereito. Tódalas formas xurídicas son boas para el e vive suxeito a unha transformación incesante.

Fronte a esta gama de posibles modificacións a impotencia do lexislador é moi visible, se condena unha forma, o fraude adoptará outra; e os subterfuxios non rematarán nunca. Pretender prevelos todos levaría a repetir ante cada norma todo un mundo de trabas, precaucións e contramedidas que farían o texto inmanexable. Defini-lo fraude e encomendarlle-la súa detección ós tribunais parece o único accesible para o lexislador con algún resultado: pero o traballo non resulta fructífero porque a reprobación do *fraus legi* é consubstancial á mera constatación de que toda disposición de intención pública, válida e vixente, debe ser efectiva.

A loita contra o fraude á lei ofrécese, así, como unha misión xurisprudencial, ou con maior xeneralidade aínda, como unha misión de tódolos órganos oficiais que aplican o ordenamento positivo.

O autor dedícalle unha alínea nesta primeira parte da súa obra ás premisas lóxico-xurídicas para unha definición do fraude á lei. Así, na xénese da noción no dereito moderno, a maioría das disputas, tanto de carácter doutrinal coma práctico, que xorden unha e outra vez a propósito do fraude á lei, non terían ocorrido co realismo san e co método científico rigoroso que demanda a concepción empírico crítica do dereito, se se comezara por dilucidar-la significación lóxico-xurídica da noción clasificadora, e despois, a sabendas xa das súas implicacións se inventariara con exhaustividade a casuística do fraude á lei, con supostos non triviais senón autenticamente significativos.

Polo que atinxe á causación do fraude desde o dereito, o autor sinala que para establece-las fronteiras do acto fraudulento debemos, en primeiro termo, separalo doutras figuras afíns coas que se soe mesturar. Sobre todo, cómpre distinguilo do que é unha mera *infracción legal*. O noso primeiro coidado ten que consistir en dilucidar ata qué punto é ilícito o fraude e en inquirir despois se esta ilicitude hipotética e diferente posúe suficiente singularidade para xustificar que se reivindicque no seu favor unha nova rúbrica terminolóxica.

Segundo unha teoría de grande avoengo entre os xuristas, a norma xurídica actúa sobre os súbditos de catro maneiras: mandando, prohibindo, permitindo e castigando. O mandato ou a prohibición legal, o mesmo que a sanción ó acto tipificado, determinan a esfera das conductas ilícitas, é dicir, o que debe ser condenado a inviable no mundo xurídico. Se descartámo-las formulacións de mero carácter declarativo e as de índole constitutiva, o dereito resolveríase nun cúmulo de prescricións imperativas. E dado que non se admite, a título de excusa, ningunha alegación de ignorancia, o resultado sería que o dereito, bloqueando efectivamente a liberdade cos seus *nons* ou *sís*, deixaríaalles expedito unicamente o camiño ós actos conformes á regra. Por iso se invoca tan a miúdo o axioma: todo canto non estea prohibido está xuridicamente permitido. Proposto así o problema, sería imposible facerlle sitio ó fraude entre os actos ilí-

ditos, nin o dereito podería coñecer un terceiro xénero entre o cumprimento e a infracción: a norma ou se acata ou se viola; pero nada máis. A razón é franca. Rexendo o principio de legalidade e o seu corolario (a liberdade residual), prohibicións ou mandatos que non consten, non poderían lícitamente ser impostos *a posteriori*; e máxime cando a ignorancia non exime. Pero así o fraude non podería nunca incorrer en sanción, agás que sexamos infieis ós principios.

No artigo 6, número 4, do título preliminar reformado, os lexisladores españois, quizais coa pretensión de sortear algúns dos palpables inconvenientes que queixarían a fórmulas similares, substituíron a contraposición doutrinal entre *norma infrinxida* e *norma de cobertura* (que disolvería o fraude nos actos contra a lei) por unha máis larvada oposición entre *norma invocada* e ordenamento xurídico. Así, os actos fraudulentos non serían xa *contra lei*, senón *contra dereito* (con só facer equiparable *dereito* e *ordenamento xurídico*). O noso lexislador viría deste xeito, a sabendas ou non, a refuxiarse nunha concepción paralela á da tese doutoral do autor, que dicía: *Este é o paradoxo do fraude: enfronta-lo dereito co dereito; pretender substraerse ó dereito utilizando como instrumento o propio dereito: apoiarse na estrutura ou modo de ser do sistema xurídico para facer pasar por normal un feito prohibido.*

Queda, sen embargo, desmentida esta primeira impresión polo propio aserto do Código civil: *Os actos realizados ó amparo do texto dunha norma que persigan un resultado prohibido polo ordenamento xurídico, ou contrario a el, consideraranse executados en fraude de lei e non impedirán a debida aplicación da norma que se tratara de eludir.*

A frase subliñada, coa súa manifesta referencia á norma transgredida, bota por terra a anterior hipótese e induce a crer que a mención do *ordenamento xurídico* non responde a ningunha intención de maior alcance, senón a simples motivacións estilísticas. A teor da súa verdadeira intencionalidade, a formulación do artigo sería equivalente a esta outra: *Os actos realizados ó amparo do texto dunha norma que persigan un resultado prohibido noutra, ou contrario a ela, consideraranse executados en fraude de lei e non impedirán a debida aplicación da que se tratara de eludir.*

Se cadra polos antecedentes do precepto sexa posible deducir que os principais inspiradores da reforma abrigaban o propósito de configura-lo fraude á lei tomando o ordenamento xurídico como un todo; pero á hora de dar corpo ó que sería o criterio legal, non se pode negar que prevalecendo sobre o designio reflexivo, a idea subconsciente que os dominaba comunicóuselles ás súas expresións. Reapareceu, así, fronte á norma de cobertura e de amparo, outra norma en conflito, a que trataba de eludirse, co que a referencia ó ordenamento xurídico como un todo viña a quedar en mera retórica.

En canto á esencia da manobra fraudulenta realizada polos particulares, recorda o autor que Thöl reducía a dous os posibles casos de fraude: unha falsa interpretación do principio xurídico ou unha desfiguración da situación de feito.

Lois Estévez refírese tamén ós medios utilizados para defraudar sinalando que para sistematizar con certa eficiencia os procedementos dos que se serve o fraude para eludi-la lei, convén preguntarse primeiro sobre quen ou sobre que recae a prohibición. A prohibición legal pode afectar unicamente a un conxunto determinado de persoas; a negocios ou actos xurídicos en xeral ou a calquera dos seus elementos en particular; ou a cousas ou instrumentos específicos.

Cando a prohibición afecta a unhas persoas e non a outras, pode eludirse poñendo ó afectado de acordo con alguén que non o estea para que, finxidamente substituíndoo como suxeito da relación xurídica, lle transmita despois a cousa, os seus froitos ou os efectos desexados. É o suposto da interposición de persoa.

Cando a prohibición se refire a un negocio xurídico ou a un acto, procúrase evitala desfigurándoo; é dicir, privando a súa aparencia dalgún ingrediente decisivo para a súa cualificación xurídica ou engadíndolle calquera nota ou circunstancia modificativa que cambie o seu xénero. Chamaremos a esta manobra desfiguración. Tamén cabe descompoñe-lo acto noutros máis simples, coa condición de que cada un sexa ou pareza inocente ou estea permitido. Falamos entón de desdoblamento.

Cando se funde a prohibición sobre elementos ou circunstancias, ben do acto ben do negocio, cabe intentar esquivala ocultándoos ou facendo que os suplanten outros elementos ou circunstancias lícitas.

En todos estes supostos a manobra fraudulenta realízase para facer inerte unha prohibición legal. Os actos mediante os que se procura a inmunidade fronte á norma prohibitiva son entón, sen lugar a dúbidas, *actos contra lei disfradados*, procedementos para converter en inaparente o antixurídico.

Polo que respecta ó fraude á lei no proceso de creación xurídica, o autor manifesta que é o fraude á lei máis perigoso e menos estudado e é cometido polos poderes do Estado cando se deixan arrastrar polo seu afán de supremacía.

En canto ó fraude á lei con ocasión de aplicala, sinala que aínda que a función de vulgar non poida reducirse, como pretendía Montesquieu, a unha repetición servil dos textos legais, haberá que garantir dalgún xeito que, co pretexto de interpreta-las normas, non sexa posible, aberta ou solapadamente, contradicilas. Pois unha cousa é recoñecer que os xuíces están chamados a crear dereito nos casos concretos e outra moi distinta facultalos para sobrepoñérense ás leis e recíbilas a beneficio de inventario, segundo particulares conveniencias ou segundo, incluso, o propio sentimento xurídico.

Que os xuíces poidan incorrer en fraude á lei vén recoñecéndose desde Roma. Pero, certamente, o fraude xudicial á lei resulta ignorado *de facto* no dereito moderno. Para desgracia de todos, a súa frecuencia é moito maior do desexable.

Por último, para rematar xa esta primeira parte do libro, o autor dá unha definición de fraude á lei e, así, di que a característica que comparten tódolos casos que explica na súa obra como exemplos de fraude á lei, consiste en *enmas-*

*cara-la que sería, se transcendera, antixuridicidade flagrante do suposto facticio tipificado, cambiando habilidosamente os seus rastros empíricos, para que pareza indiferente ou permitido polo dereito.*

Non parece, pois, que poida existir *fraus legi* sen previa maquinación que disfrace os feitos e, metamorfoseándoos, os faga inmunes á prescrición que se procura evitar. Tentar aproveitarse de calquera aporía ou lagoa descuberta no ordenamento, non constitúe fraude, senón facer vale-lo axioma de liberdade ou formular un mero problema interpretativo. Pois tanto as antinomias como as lagoas implican un baleiro legal ou a inexistencia dalgunha limitación esixible. E, por principio, se non hai regra que concretamente a reduza, ten que afirmarse como subsistente a liberdade.

O fraude á lei non consiste en ampararse nunha norma para eludir outra; senón en altera-los feitos de tal xeito que a disposición que se teme pareza inatínente ó evento mentido. De aí que poida definirse como deformación artificial dos signos sensibles que materializan empiricamente un suposto facticio, para que, trascanteada a súa *evidencia social*, lle escape á asignación xurídica que lle correspondería por *esencia*.

A segunda parte do libro refírese á *etioloxía e prevención do fraude á lei*. Nela, o autor sinala que toda lei suscita no medio social dúas clases de reaccións: unhas veces tradúcense en tendencias espontáneas ó acatamento masivo, instintivas; e outras, deliberadas, xorden despois de dar a coñece-lo contido do precepto e son, tal vez, de repulsa. As primeiras, debidas ó hábito de obediencia que semella formar parte da nosa herdade social, fan posible a efectividade do ordenamento positivo. As segundas, desembocan nun dos seguintes resultados:

- a) a lei é contraria ou conforme ó sentir xeral
- b) respectuosa ou perturbadora do equilibrio xurídico
- c) en pugna ou en prol dos intereses particulares de cada suxeito ó que afecta.

Cando as leis se inspiran en sentimentos que a maioría do pobo comparte, a propensión a gardalás ten que se-lo suposto normal. Pola contra, cando incomodan ou desagradan a moitos, o estímulo para reaccionar contra elas aumenta en proporción ó número de afectados. A probabilidade de ineficacia neste caso faise moi grande. Á pasividade da maioría, que non adoita informarse das innovacións legislativas nin está capacitada para entendelas, unírase entón o esforzo imaxinativo dos expertos para enervalas.

Deste xeito, témo-las seguintes reaccións ante a lei:

1ª. Inhibición colectiva. A norma amósase tan descoñecedora das realidades e necesidades sociais que a inmensa maioría dos seus destinatarios se comportan coma se non existira e incluso as autoridades, non considerándose lexitimadas para esixi-lo seu cumprimento, finxirán ignora-la infracción. A consecuencia disto é o desuso.



Outra causa de incumprimento xeneralizado é a hipertrofia lexislativa. Cando se lexisla en exceso, non hai quen de coñece-la inmensa maioría dos textos legais. Cómo poderemos, pois, garanti-la súa observancia. Aínda admitindo o principio establecido no artigo 6.1 do Código civil, segundo o cal a ignorancia das leis non é alegable como escusa do seu incumprimento, resulta incuestionable que non cabe aplicar semellante precepto senón *a posteriori* e a situacións litixiosas concretas; porque as normas descoñecidas pola maioría dos seus destinatarios son de acatamento imposible. E, na práctica, a ignorancia masiva equivale a universal repudio, como se se debese a un acordo multitudinario para boicotear unha disposición odiosa.

2ª. Franca oposición á norma. A norma contradí ata tal punto os sentimentos colectivos que o seu quebrantamento se produce masivamente e sen recato e aínda que os poderes públicos pretendan esixi-la súa observancia están condenados de antemán a fracasar. Tropezan cunha resistencia social tan cuantiosa que resulta invencible. Cabe concretala nunha especie de lei natural, extrínseca ó dereito, susceptible de formularse así: *A probabilidade de impoñer coercitivamente o cumprimento dun precepto xurídico é inversamente proporcional ó número de transgresións que se cometan contra el en unidade de tempo.*

3ª. Quebrantamento larvado. É un suposto moi común: calquera persoa que vexa importantes intereses seus ameazados por unha norma e teña medo de que, se a infrinxe abertamente, se lle apliquen as sancións previstas nela, haberá de procurarse, ó solaparse a violación, algún xeito inaparente de eludi-los disuasivos ameazantes. Esta reacción pode darse en contadas ou en múltiples ocasións. No primeiro caso, enfrontariámonos a tentativas de evasión illadas, que hai que combater caso a caso, a medida que se diagnóstiquen. Se ocorre en múltiples ocasións, o propio efecto cuantitativo impón un cambio de calidade e na súa virtude chégase moitas veces a constituír, ó consolida-lo procedemento como costume, novas figuras ou institutos xurídicos.

Na terceira parte do libro, o autor trata do diagnóstico e proba do fraude á lei, e sinala que o fraude á lei, como creación de falsas aparencias para esconder e facer pasar por outra a verdadeira realidade, ten que estar formalmente salvagardado por documentos, con preferencia públicos. Tratando de impedir que se aplique unha lei a un suposto facticio nela previsto, necesita predispoñe-la proba de tal xeito que funcionarios e xuíces non poidan identificar, se respectan as normas probatorias, o caso real desfigurado, senón só ver nel unha excepción ou algún outro caso diferente. A proba é aquí, polo tanto, enganosa.

O dereito ten sempre que dar por suposto que os sucesos que contan con maior índice de frecuencia, ou sexa, os máis probables, son os que deberán terse por acontecidos; e, en cambio, resulta lóxico esixir unha proba especial cando se afirma que se produciron feitos que acontecen máis rara vez.

Acredita-la existencia do fraude obrigará entón, ante todo, a desvirtua-los medios persuasivos cos cales unha parte, polo xeral o demandado, ofrece a



demostración de que a súa situación difire e é inconciliable coas previsións da norma invocada pola súa contraria. Como, ademais, a carga da proba pesa substancialmente sobre o actor, a demanda do cal debe desestimarse se non consegue achegar suficientes instrumentos de convicción en aval da súa tese; cerciorarse de que se intentou defraudar-la lei constitúe unha auténtica *probatio diabólica*.

Porque, por unha banda, o defraudador reconstituíu, de ordinario, proba de que realizou un negocio xurídico lícito, ó non estar prohibido en ningunha lei e resultar por ende aplicable ó mesmo o axioma de liberdade e o principio de autonomía volitiva; *per contra*, o adversario debe demostrar que, por non explicarse os feitos senón como un medio para eludir-la aplicación dunha norma imperativa ou, mellor, de orde pública (*ius cogens*), a autonomía volitiva non se consínte.

Toda a énfase debe poñerse neste aspecto da demostración, porque se o negocio xurídico é normal, estatisticamente frecuente e non foi expresamente prohibido, é obvio que non poderá tildarse de fraudulento sen incorrer en pronunciamento arbitrario. Pois non podendo pasar inadvertido ó lexislador, ó ser un dato patente da experiencia xurídica, faise inevitable cualificalo de permitido. Xa que sería moi inxusto tratar como fraudulento o que, por coñecido e non prohibido, hai que ter á forza por permitido.

En canto á sospeita inicial; para chegar a convencerse de que certos actos ou negocios xurídicos, que en aparencia non quebrantan ningún precepto positivo, sen embargo, entrañan fraude á lei, o primeiro de todo é sospeitar por algúns vestixios, a súa existencia. Para isto, debemos comezar preguntándonos qué circunstancias poden movernos a reecer que un determinado comportamento fora motivado polo deliberado propósito de subtraerse a unha esixencia ou prohibición normativa.

Habermos de contar, así, cunha norma, vixente á data na que se realizou o acto ou o negocio xurídico, que non admita a autonomía da vontade, senón que obrigue ó sometemento incondicional dos afectados. Sobre este punto non existe, naturalmente, ningunha esixencia de proba, por reducirse a unha cuestión de mero dereito. O que si resulta problemático é acreditar que a hipótese ou suposto fáctico normativo fora desvirtuado para que non pareza comprende-lo caso litixioso real.

En rigor, a manobra defraudadora móntase exercitando a autonomía volitiva para producir unha proba legal ou sumamente verosímil de que as partes constituíron voluntariamente unha relación xurídica inusitada, nova ou pouco frecuente, que hai que cualificar de lícita, porque non foi aínda obxecto de prohibición legal.

Estes dous riscos son os que permiten conxectura-la existencia do fraude: o precepto con pretensións de ineludibilidade e o acto ou actos anómalos que, prevaléndose da liberdade contractual, logran obter, por medios que non delatan a súa ilexitimidade, un resultado equivalente ou idéntico ó suposto fáctico que a norma pública trata de inhibir.

Debemos recoñecer, sen embargo, que un indicio de fraude non abonda para xustifica-la súa represión nunha sentenza. O xuíz, actuando imparcialmente debe respecta-las regulamentacións sobre a proba, a distribución da súa carga e a súa definitiva valoración. Pois converter nun feito un simple indicio, aínda que sexa a máis frecuente tentación en que pecan os xuíces, significa ceder ó prexuízo e incorrer en arbitrariedade.

Polo que respecta ós indicios de fraude, o fraude, ó igual ca unha enfermidade debe ser detectado polos seus síntomas. Como evento anómalo, soe deixar tras de si algúns rastros delatores, que servirán precisamente como o seu medio de diagnóstico.

Finalmente, en relación coa proba do fraude, sinala o autor que o fraude non pode presumirse, hai que probalo, porque debe rexe-la presunción de inocencia para o imputado. A proba faise a miúdo por medio de presuncións legais, que poden chegar á ficción cando *son iuris et de iure*.

Teremos indicios de que unha cousa non comprendida nunha prohibición legal foi tomada en substitución da que se ve afectada por aquela; de que unha persoa a quen é lícito un certo acto xurídico figura en lugar doutra que o ten prohibido; ou ben un contrato non permitido se reempraza por outro lícito, urdido para producir un resultado económico equivalente; ou calquera outro negocio xurídico visto con tolerancia, ponse en lugar do reprobado.

En resumo: substitución de persoas, de cousas ou de actos xurídicos.

De aí que para detecta-la maquinación fraudulenta, haberá que preguntarse se a persoa que aparece como titular é a que realmente protagoniza o acto xurídico substitutivo ou ben algunha outra interposta, que deberá de gardar coa primeira relacións estreitas de parentesco ou amizade. Cuestionar tamén se a cousa está, ou non, empregándose en lugar doutra ou se os actos ou negocios xurídicos se xustifican e son intelixibles por si mesmos ou se só teñen sentido como partes dun todo para acadar un resultado económico prohibido no seu xeito normal de acadalo; é dicir, mediante un acto ou negocio que é o medio tradicional para a súa consecución.

Así, temos sintetizados os indicios que poden permitir diagnostica-la comisión do fraude e sobre os cales se van proxecta-las reflexións do xurista e do xuíz.

Cuestionándonos todas estas cousas e contrastando cada unha cos seus posibles indicios, a sospeita inicial pode conducirnos á certeza moral que se require para diagnostica-lo fraude á lei sen pecar de arbitrario.

**Isabel Castiñeiras Bouzas**

*Avogada*

## *Instituciones de Derecho Ambiental*

**Andrés Betancor Rodríguez**

Madrid, La Ley, 2001. 1.517 páxs.

A degradación do medio natural é unha preocupación recente da nosa sociedade. Intentando ofrecer unha resposta a este conflito social, o Dereito ambiental empeza a adquirir perfís propios a partir da década dos setenta. Así, o profesor Martín Mateo publicou, en 1977, o seu *Tratado de Derecho ambiental*; punto de partida do estudio en España desta disciplina. Desde os anos sesenta, moitos teñen sido os que seguiron esta estela inicial marcada por tan insigne mestre. A capacidade productiva da doutrina española tense ido incrementando nestes últimos anos coa publicación de innumerables manuais, monografías e artigos sobre a cuestión. Teñen sido, é son, múltiples os administrativistas que, desde o compromiso, dedican boa parte do seu esforzo docente e investigador ó estudio e ó perfeccionamento do dereito ambiental. Andrés Betancor Rodríguez, profesor titular de Dereito administrativo da Universidade Carlos III, está desenvolvendo nos últimos anos un importante labor docente, divulgativo e investigador no marco desta nova disciplina xurídica. Director do Máster en política e xestión ambiental da Universidade Carlos III e da *Revista Interdisciplinar de Gestión ambiental*, trátase dun dos compoñentes máis dinámicos no conxunto de estudiosos e especialistas de dereito ambiental en España.

A presente obra, *Instituciones de Derecho Ambiental*, é o voluminoso resultado dun ambicioso proxecto. Unha nova achega doutrinal no camiño cara ó perfeccionamento do dereito ambiental. O autor pretende identificar, ó longo do

presente traballo de investigación, as características, os principios, fins e instrumentos dunha disciplina xurídica con vocación de autonomía.

Parte dunha dobre perspectiva. En primeiro termo, o estudo está dotado dunha perspectiva institucional. Non se realiza unha análise sectorial da normativa ambiental para a protección dos diferentes vectores ambientais (auga, aire, residuos, etc) senón que se desenvolve un estudio horizontal dos instrumentos que manexa o dereito para cumprila súa función tuitiva. O autor realiza unha reflexión global e abstracta da natureza e instrumentación dos diferentes mecanismos de tutela. En segundo termo, adopta unha perspectiva interdisciplinaria. A problemática ambiental ten un carácter multidimensional. A protección, conservación e mellora do marco de vida esixe unha actuación integrada, non pode realizarse desde a compartimentación das disciplinas científicas. A actuación tuitiva do Dereito só se pode realizar desde o coñecemento e a toma en consideración previa dos coñecementos achegados por outras disciplinas científicas coma a ecoloxía, a economía e a socioloxía.

Na presente obra, o autor aborda tres cuestións fundamentais: a condición sistémica do Dereito ambiental (primeira parte); o estatuto xurídico da natureza e dos recursos naturais (segunda parte); e, moi especialmente, o réxime xurídico dos instrumentos de protección ambiental (terceira parte).

A primeira parte da obra –o Dereito ambiental como sistema–, tras realizar unha aproximación inicial ó concepto de dereito entendido como sistema normativo (alínea III), realiza unha defensa do Dereito ambiental como rama autónoma do ordenamento xurídico, sobre a base do seu carácter interdisciplinario e supranacional. Neste esforzo xustificativo, identifica cáles son as características, os fins e os principios do Dereito ambiental (alínea IV). Apunta suxerentes reflexións sobre as tendencias actuais do Dereito ambiental: a flexibilización das súas esixencias, no marco xeral da imperante ideoloxía liberalizadora e desreguladora; a dimensión científica do dereito; o conflito entre a seguridade xurídica e a incerteza científica.

O autor leva a cabo, igualmente, un esforzo por concreta-lo concepto de desenvolvemento sostible. Diferencia dous obxectivos instrumentais, a utilización racional dos recursos e o desenvolvemento sostible, e un obxectivo principal, a conservación da natureza e, en particular, da biodiversidade. Rexeita o concepto de desenvolvemento sostible manexado pola Comunidade Europea por antropocéntrico e profundamente economicista, e propón unha alternativa «(...) ecocéntrica y socio-económica, o sea holística e integral-integradora». Pese ó suxestivo dalgunha das súas ideas, apréciase, ó meu xuízo, unha certa confusión de conceptos, que desemboca nunha conceptualización non de todo intelixible do concepto de desenvolvemento sostible.

Seguindo claramente o artigo 174 CE, a obra identifica os seguintes principios do Dereito ambiental: prevención, cautela, corrección dos atentados, preferentemente na súa fonte, e quen contamina paga. Fronte ás afirmacións dalgúns autores como Krämer, realiza unha acesa e lóxica defensa do valor xu-

rídico dos principios. Clarifica, acertadamente, cuestións coma a diferenza entre o principio de prevención e de precaución, asignándolle autonomía propia a este último.

No marco da alínea V do título I da primeira parte, Betancor, clasifica as fontes do Dereito ambiental de acordo cun criterio material, formal e de eficacia. O autor chama a atención sobre a menor capacidade directiva das leis, así como sobre o risco de fragmentación do Dereito. Nesta orde de ideas, alude á crise da ordenación xeral a favor da ordenación singular, máis en concreto, á remisión das normas á concreción das esixencias básicas das actividades contaminadoras, a través de concretos actos administrativos ou de acordos voluntarios coa Administración. A xuízo do autor, a dita inercia representa unha ameaza á seguridade xurídica e á igualdade. En último termo, a obra fai referencia ó proceso de xuridificación das normas técnicas, así como ós problemas que isto presenta, como pode se-lo recoñecemento dos efectos xurídicos.

Analizado o marco xeral que configura o esqueleto básico do Dereito ambiental, a obra identifica cáles son os actores da escena ambiental (alínea VI). Sinala o diferente papel que desempeñan os cidadáns, lexitimados para participar na xestión pública do medio natural; a Administración, como garda da legalidade e da protección do dereito ó medio natural adecuado; e das empresas, en tanto que suxeitos pasivos ó deber industrial de respecta-lo medio natural.

O título II da primeira parte trata de dúas regras e principios estruturais do Dereito ambiental. Primeiro, apunta algunhas cuestións desde a perspectiva internacional das grandes declaracións de orde programática, que veñen configurando os principios e a estratexia xeral de actuación internacional (alínea VII). En segundo termo, o autor aborda a constitucionalización do medio natural e da política ambiental no Tratado constitutivo da Comunidade Europea (alínea VIII). Trata a integración dos obxectivos ambientais nos obxectivos (artigo 2 CE) e principios xerais da Comunidade Europea, así coma os obxectivos, os principios e os criterios específicos da Política ambiental comunitaria. Betancor realiza interesantes comentarios sobre a eficacia xurídica dos obxectivos, principios e criterios da Política ambiental comunitaria, fronte ás posicións doutrinais que lles outorgan o valor de meras declaracións políticas.

A constitucionalización do medio natural estúdiasi na alínea IX do título II da primeira parte. Nun primeiro momento, a obra analiza o artigo 45 CE, así como o conflito entre o dereito a un medio natural adecuado con outros bens e dereitos constitucionais, coma ocorre co principio de liberdade de empresa. Nun segundo lugar, estudia o clásico tema da distribución competencial no marco constitucional. Diferencia entre competencias ambientais-substantivas (recursos hídricos, minas, etc.) e a ambiental-formal (protección do medio natural). A competencia ambiental-formal de protección do medio natural –artigos 148.11 e 149.23 CE– refírese, ó xuízo do autor, ás técnicas e instrumentos de protección. En todo caso, o título competencial do artigo 149.23 CE e, segundo Betancor, un título de segundo grao en concorrencia cos títulos ambien-



tais substantivos. No sentido da xurisprudencia do Tribunal Constitucional da Sentencia 13\1881 considera que as competencias ambientais substantivas exercen unha *vis atractiva* sobre a protección ambiental. Así, Betancor, entende que a competencia ambiental-formal é unha competencia de carácter residual, destinada a cubri-los ocos doutros títulos máis específicos. A pesar do clarificador da súa exposición, cabe advertir do perigo de baleiramento da competencia ambiental, así coma da posible subtracción ás comunidades autónomas da competencia executiva en materia ambiental. A *vis atractiva* exercida polas competencias substantivas estatais sobre a competencia ambiental formal, pode derivar na subvaloración práctica desta compoñente. A pesar do afirmado por Betancor, a necesaria integración das esixencias de protección no resto de políticas sectoriais non require necesariamente unha interpretación coma a defendida polo autor. A integración supón que as esixencias de protección sexan asumidas tanto no deseño coma na aplicación das políticas sectoriais, non a centralización mediante o exercicio conxunto da competencia substantiva e formal. En todo caso, aínda estimando os posibles beneficios derivados do posicionamento do autor, isto non lexítima que se desvirtúe a competencia executiva das comunidades autónomas en materia de protección ambiental.

A segunda parte da obra aborda a cuestión do estatuto xurídico da natureza e dos recursos naturais. Nun primeiro momento, trata a cuestión da institucionalización xurídica da natureza (alínea X). O autor apunta os factores ideolóxicos e científicos que interveñen na construción social da natureza. Pasa, nun segundo momento, ó concepto xurídico do medio natural, e intenta deseñar, finalmente, un estatuto xurídico para o medio natural desde o concepto de patrimonio común da humanidade manexado por OST.

Na alínea XI, Betancor debuxa o estatuto xurídico dos recursos naturais: o aire; a auga; a flora e a fauna silvestre e o solo. Esboza unha breve exposición das disposicións normativas –internacionais, comunitarias e estatais– e das técnicas de protección orientadas á preservación de cada un dos recursos naturais.

A terceira parte do presente traballo de investigación, a protección xurídica do medio natural, é o núcleo fundamental deste obra. Analízanse as actividades humanas obxecto de regulación ambiental (título I); os instrumentos de protección ambiental (título II) e o dano ambiental e as súas consecuencias xurídicas (título III).

A alínea XII, integrada no título I da terceira parte, estudia as actividades humanas obxecto de regulación ambiental, así como as técnicas de avaliación de riscos utilizadas na súa determinación. Tras realizar un breve estudo da avaliación dos riscos, leva a cabo un exame das técnicas e instrumentos preventivos e correctivos utilizados na lexislación específica que regula o impacto das actividades (accidentes maiores, produtos, organismos modificados xeneticamente, residuos).

O título II aproxímase ó tema central: os instrumentos de protección. En primeiro termo, a alínea XIII confecciona unha clasificación inicial dos instru-



mentos de protección. Tras considera-la insuficiencia da clasificación tradicional da actividade administrativa, na que non se ten en conta a actividade informal da Administración, Betancor delimita as técnicas de protección ambiental do seguinte modo: planificación (alínea XIV); intervención (alínea XV); promoción (alínea XVI); e negociación (alínea XVII). Para finalizar este esforzo de encadramento inicial, o autor expón, de modo brillante, a súa visión sobre a denominada crise dos instrumentos xurídicos. Centra a súa reflexión na falta de aplicabilidade crónica do dereito ambiental e na tendencia, cada vez máis palpable, cara á liberalización e desregularización en materia ambiental como unha manifestación concreta dunha inercia xeral. Sinala tamén, as dificultades que presenta a alternativa baseada no mercado, tanto desde unha perspectiva microeconómica, coma macroeconómica. A imposibilidade de que o mercado poida interioriza-los valores ambientais ou a súa dificultade para satisfacer-los intereses xerais, desde a súa perspectiva antropocéntrica e a súa fundamentación no egoísmo xeracional. Ante os fallos que ofrece o mercado, Betancor apunta as diversas alternativas formuladas ata o momento. Resalta, non sen certo escepticismo, de orde ética e xurídica, o papel dos instrumentos económicos, aínda que entende que, en todo caso, deben manter un papel secundario e dependente con relación ós instrumentos normativos.

Tras esta valoración previa das técnicas de protección ambiental, procede a analizar, un por un, os ditos instrumentos de acordo coa sistemática xa apuntada. Así, en primeiro lugar, aborda, na alínea XIV, o papel, a eficacia xurídica e a transcendencia práctica da planificación nos distintos sectores normativos (augas, espazos naturais, ordenación do territorio e residuos).

A alínea XV trata as técnicas e instrumentos preventivos de intervención administrativa: a avaliación do impacto ambiental; as autorizacións ambientais; as auditorías e informes ambientais; a inspección ambiental; e as ordes ambientais. A técnica de EIA é analizada en toda a súa dimensión, abordando as dúbidas e cuestións xurídicas que presentan, tanto o procedemento, coma a non de todo correcta transposición da normativa comunitaria. O presente traballo de investigación aborda, igualmente, o estudo das autorizacións ambientais: as autorizacións da lexislación sectorial; a licenza municipal do antigo réxime do Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas; a nova perspectiva, introducida polo Dereito comunitario, da prevención e o control integrado da contaminación. Desde unha perspectiva xeral, o autor, a medida que analiza a propia natureza das autorizacións de vertido, pon en dúbida o anquilosado concepto clásico de autorización, superado na realidade por un maior achegamento destas fórmulas de intervención á figura da concesión administrativa. Do mesmo modo, a obra efectúa un exame superficial do novo papel das auditorías ambientais, en canto técnicas operativas de control e xestión privada das actividades industriais. Estudia, tamén, o réxime xurídico da inspección e o control das actividades ambientais; tomando en consideración o crecente, e quizais excesivo, protagonismo dos axentes privados, isto é, as entidades colabo-

radoras da Administración. Finalmente, a alínea XV remata cunha reflexión sobre o que o autor denomina, de forma un tanto prosaica, a «perda de soidade do acto». A progresiva conversión do Dereito ambiental dun dereito de intervención nun dereito de promoción ou estímulo.

Nesta mesma orde de ideas, a alínea XVI introdúcenos no estudio das razóns de fondo do auxe dos instrumentos de promoción fronte ós de coacción, no contexto imperante da ideoloxía liberal e da incapacidade do Dereito e das administracións para regular e controlar eficazmente tódalas actividades humanas. Betancor afonda nos distintos instrumentos de estimulación –axudas, fondos, seguros e impostos ambientais–; nas medidas de orientación –recomendacións; ecoetiquetado, e ecoauditorías– e nos mecanismos de ilustración –fundamentalmente, o acceso á información ambiental–.

Para finaliza-la análise dos instrumentos de protección ambiental, a alínea XVII acomete o novidoso tema dos acordos ambientais. Ofrece unha reflexiva visión dos principais problemas xurídicos que presentan os acordos ambientais, especialmente no seo dos procedementos autorizatorios ou sancionadores.

O título III da terceira parte ponlle fin a este traballo de investigación introducíndonos ó tema da responsabilidade administrativa por infraccións ambientais. Tras esbozar inicialmente os trazos característicos do dano ambiental (alínea XIX), así como unha breve referencia á responsabilidade civil e penal (alínea XIX), o autor estudia, polo miúdo, o Dereito ambiental sancionador: a esixencia de responsabilidades administrativas por mera inobservación; as características xenuínas das infraccións administrativas; as posibles consecuencias derivadas da infracción ambiental; e o procedemento para esixi-la correspondente responsabilidade (alínea XXI).

A bibliografía manexada é ampla e completa. Ademais, o voluminoso resultado da investigación vén acompañado do apoio de varios índices –de figuras, de normas, de resolucións xudiciais, analítico e sistemático– que fan máis manexable e práctica a obra.

A pesar do excesivo dogmatismo e de que se bota en falta un maior esforzo de síntese nalgunha das alíneas desta obra, o autor levou a cabo un traballo creativo, suxestivo e exhaustivo. Desde a crítica e a orixinalidade ofrece interesantes reflexións nos temas claves da política e do dereito ambiental. Trátase, en definitiva, dun novo e ineludible referente no seo da doutrina xurídico-ambientalista máis autorizada.

**Juan José Pernas García**

*Bolseiro predoutoral da Universidade da Coruña  
Área de Dereito administrativo*

## *Las acciones impugnatorias en la quiebra, en el marco del sistema concursal: derecho vigente y reforma*

**Rosario C. Escribano Gámir**

Madrid, Aranzadi, 2001

A quebra<sup>1</sup> é un estado legal que lle fai perder ó quebrado a disposición e administración dos seus bens, restrinxe a súa capacidade e inhabilita para o exercicio do comercio en tanto que non sexa rehabilitado.

A quebra é unha institución xurídica, de carácter procesual integrada por un conxunto de normas e actos procesuais dirixidos á liquidación do patrimonio do quebrado e ó reparto entre os acredores, unitariamente organizados baixo o principio de comunidade de perdas.

Dende o dereito romano ata os nosos días os lexisladores elaboraron normas que eles crían máis útiles para a finalidade tutelar da comunidade de acredores prexudicada. Este punto de partida sérvenos como base para adiantar que no dereito comparado son máis as semellanzas cás diferencias.

O libro de dona Rosario C. Escribano céntrase no marco das accións impugnadoras coas que contan os acredores concursais para reintegrar-la masa da quebra. O libro consta de tres capítulos:

<sup>1</sup> Vid., por todos, Garrigues, J: *Curso de Derecho Mercantil*, II, 7ª ed. Madrid, 1980, pax. 378. Segundo este, a quebra constitúe un procedemento de execución colectiva que descansa no principio da comunidade de perdas, cando o patrimonio do debedor é insuficiente para atender tódalas débedas.

- As accións impugnadoras concursais como instrumento legal de reintegración da masa da quebra.
- As accións impugnadoras concursais no noso dereito positivo vixente.
- As accións impugnadoras na quebra, no marco da reforma do noso dereito concursal.

Na actualidade temos tres sistemas de reintegración do patrimonio no dereito comparado:

1. Sistema de reintegración absoluto. Este sistema non distingue entre actos, de tal maneira que os efectos do sistema principian dende a data na que se retrotraía a quebra.

2. Sistema de reintegración relativo. Nace como consecuencia da necesidade de evitar perturbacións do sistema anterior, consiste en anular tan só *ipso iure* determinadas actuacións daquel, tales coma os actos a título gratuito, os pagos de débedas non vencidas, as constituicións de garantías reais para débedas anteriores, así como aquelas outras que teñan idéntica natureza.

3. Sistema de reintegración mixto. É unha combinación dos sistemas anteriores, de tal maneira que deveñen ineficaces tódolos actos levados a cabo polo quebrado no período que media entre a declaración de quebra e o anterior na que se retrotraen os efectos da dita declaración, dispoñen dunha serie de accións impugnadoras fronte a actos específicos.

No noso Código de comercio o sistema que se seguiu foi o modelo anglosaxón que mestura o período da *relation back*, no que tódolos negocios nel conclusos son nulos, con outro que posibilita a ineficacia parcial de determinados actos, segundo as circunstancias que rodearon a súa realización; a pesar do paralelismo non teñen un entroncamento común.

Só estarán afectados aqueles negocios xurídicos que tiveron lugar no tempo no que o debedor era insolvente, distinguindo:

1. Sistema de determinación xudicial. Son os tribunais os que establecen a data da insolvencia.<sup>2</sup>

2. Sistema de fixación legal. O período sospeitoso non é único, utilizan un sistema flexible, de tal maneira que o lexislador para reparar esta inseguridade do modelo deu entrada a unha serie de presuncións e, naturalmente a facultar ó debedor a demostra-la súa insolvencia no transo en cuestión.<sup>3</sup>

3. Sistema indeterminado. Evítase calquera fixación, legal ou xudicial, do momento no que poden enervarse os instrumentos restitutorios, de tal maneira que o principio xeral declara impugnables aqueles actos que concluíran antes da

<sup>2</sup> Este sistema é o francés. Baixo este criterio móvese o dereito español, que ademais non coñece ningún límite temporal, (O artigo 1024 do Ccom/1829 sustenta legalmente este parecer. A vixencia do citado precepto non é nin moito menos pacífica e, deste modo, non falta doutrina científica nin xurisprudencial que a neguen).

<sup>3</sup> Este sistema séguese en Italia, Gran Bretaña e Estados Unidos.

apertura do procedemento e que prexudicasen ós acredores. A proba da insolvencia resulta ineludible, só poderán ser obxecto de impugnación aqueles actos realizados polo debedor debido insolvente, non se admite ningún tipo de pre-sunción.<sup>4</sup>

A autora céntrase nesta parte do libro en darnos unha visión histórica da quebra no dereito comparado e por suposto tamén en España, paréceme brillante a súa capacidade de síntese e a claridade de ideas; pero agora quémome centrar nas accións impugnadoras concursais no noso dereito positivo vixente, correspóndese co capítulo II do manual.

O primeiro que hai que subliñar son as deficiencias lexislativas que presenta a ordenación da quebra en España, no noso Código de comercio as accións impugnadoras atópanse nos artigos 879 a 882. Empezaremos abordando o tema falando dos institutos da retroacción e da acción pauliana.

A acción pauliana pode definirse como a facultade que o ordenamento xurídico lle concede ó acredor para impugnar actos válidos e eficaces realizados polo seu debedor, dado que, polo seu carácter fraudulento, cāusanlle certo prexuízo, ó impedirlle satisfacer o dereito ou crédito do que é activo titular. O principio de responsabilidade e o dereito de garantía implícanse nesta institución.

A través da *actio pauliana* o acto que se ataca é válido e eficaz *erga omnes* e necesita da canle impugnadora para alcanza-la súa ineficacia, ou sexa, precisa dunha declaración xudicial en tal senso. Aínda así, queda a defensa contra o acto inopoñible, pois a acción correspondente «constitúe unha facultade automática do beneficiado».

Concluimos, pois, a natureza impugnativa da acción pauliana. A súa ineficacia é potestativa e xudicial, sobrevida, parcial, relativa e estreitamente vinculada ó prexuízo. Trátase dunha acción tutelar do crédito, conservadora (pode exercitarse aínda que o crédito non sexa esixible), subsidiaria, especial, de carácter persoal, de tipo rescisorio e con efectos limitados.

As accións dos artigos 879 a 882 do Código de comercio, segundo a autora, constitúen accións impugnadoras de tipo rescisorio pauliano por fraude de acredores<sup>5</sup>.

En canto ós presupostos distínguense dous:

1. Crédito a favor do impugnante.
2. Acto de disposición que beneficia a un terceiro.

Respecto ós seus requisitos a distinción é tamén dobre:

1. *Eventus damni*
2. *Consilium fraudis*

<sup>4</sup> Este sistema séguese en Alemaña.

<sup>5</sup> A STS do 9 de xuño de 1932 (RJ 1932, 1094), expón que mentres non se inste á eficacia dos actos e contratos consignados nos preceptos do Código de comercio, aqueles terán que reputarse válidos.

A autora neste apartado da súa exposición fai uso da discriminación civil, de tal maneira que os presupostos das accións dos artigos 879 a 882 serán tres. O primeiro presuposto é, dende logo, complexo, toda vez que subsume outros dous: estado de insolvencia (que á súa vez esixe a insuficiencia do patrimonio neto do debedor) e a condición do debedor. O segundo presuposto, consiste na existencia do crédito a favor de quen intenta a impugnación. O requisito pauliano tradúcese neste ámbito na formalización da masa da quebra (que xunta tódolos créditos de aqueles acredores individuais do debedor e que, trala declaración xudicial, se constitúen en colectividade), conforme ó proceso disciplinado na lei. Para rematar, o terceiro presuposto é a realización dun acto dispositivo polo debedor dos consignados nos artigos 879 a 882 do Código de comercio, e que beneficie a un terceiro.

De acordo co previsto no artigo 1366 da Leciv<sup>6</sup>, a lexitimación activa para o exercicio das accións rescisorias concursais correspóndelles exclusivamente ós síndicos. O emprego polo lexislador do termo «personalidade», o artigo 1366 da LECiv, parece participar que nos atopamos ante unha lexitimación *ad proce-sum* e non substantiva nin *ad causam*, por ser representativa. De tal maneira, que a titularidade das accións reintegradoras do patrimonio do quebrado correspóndelles ós acredores, o seu exercicio confíreselles *ex lege* ós síndicos. O fundamento da exclusividade predicada para a lexitimación, imbricárase na mencionada representación, calidade na que actúan os síndicos.

Non é unicamente a sindicatura a que ten a representación dos intereses da masa. Na hipótese de que o debedor e a colectividade de acredores alcancen un convenio, a comisión liquidadora, como órgano executivo da cesión, asumiría aquela, cualificadamente, non se pode evitar entende-la posibilidade de que a prenomeada comisión sexa facultada no convenio para exercitar, por e para a masa, as accións que a esta lle correspondan, e que, dende logo, antes da realización do negocio xurídico entre as partes quebrada e acreedora, lle competían ó síndico.<sup>7</sup>

A interposición, tanto das reclamacións extraxudiciais ós terceiros para obter reintegro á masa do que a esta lle pertenza, coma, tralo fracaso daquelas, «os medios de dereito que correspondan segundo o obxecto de cada reclamación», está necesitada da autorización antes mencionada.

As demandas de rescisión dos negocios xurídicos consignados nos artigos 881 e 882 do código de comercio, substáncianse polo xuízo declarativo que lle

<sup>6</sup> Vixente en virtude da disposición derogatoria única 1.1ª da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil, que entrou en vigor o pasado 8 de xaneiro de 2001.

<sup>7</sup> O Tribunal Supremo se ben negou a lexitimación activa do acredor singularmente considerado, refutou tamén que o exercicio das accións antes referidas só lle incumbían á sindicatura, non deixa de considerar que a realización do convenio non transloce o decaemento do interese da masa co fin de reintegra-lo patrimonio do seu debedor. De feito, en ningunha norma, o Código de comercio exixe a realización do acordo entre as partes, conclusas as operacións reintegradoras da masa activa.



corresponda á súa contía (artigo 1377 LACiv/1881). Pero ademais, o declarativo deberá acudir ó síndico, cando co exercicio dalgunha das accións dos artigos 879 e 880 do Código de comercio pretenda alcanzar a un subadquirinte. As restriccións que operan nos procesos sumarios referidos, obrigan a abandonalos cando estas se superan. Polo demais, a partir da entrada en vigor da Lei de axuízamento civil, teranse en conta nesta materia as novas regras para determinar o proceso declarativo pertinente (artigos 248 e seguintes da Lei de axuízamento civil).

Tanto a xurisprudencia coma a doutrina civil tradicional, imputaron reiteradamente a acción rescisoria por fraude de acredores para os efectos xurídicos previstos nos artigos 1295 do Código civil. Verbo do exame dos específicos efectos que desata o exercicio das accións impugnadoras, contempladas polos nosos lexisladores de 1829 e de 1885, hai que advertir da posible implicación de varios suxeitos no lado pasivo da lexitimación procesual. Trátase da chamada proposición triangular, pois non é, dende logo, difícil de imaxinar que o ben transmitido por algún dos negocios previstos nos artigos 879 e seguintes do código de comercio, pode volver ser obxecto doutro diverso ou, incluso, igual. Desta forma, producirase unha cadea transmisora que a sindicatura deberá de atacar, para conseguila reintegración da masa.

■ Efectos entre a masa e o terceiro adquirinte.

A ineficacia implica a reparación xurídica do prexuízo causado ós acredores polo acto lesivo. Os bens obxecto dos negocios afectados pola rescisión, volverán a masa *in natura* (artigo 1375 LECiv) e, se non fose posible, o seu equivalente en diñeiro (artigos 1124, 1295 e 1303 Código civil).

De acordo co artigo 1378 LECiv, en relación co 1101 do Código de comercio de 1829, a presentación dos créditos para o seu exame debe levarse a cabo no prazo máximo de sesenta días, a contar dende a data en que teña lugar a resolución xudicial que o estableza. A norma do artigo 1298 Código civil, no caso de que se frustrate a acción rescisoria, por imposibilidade de levar a cabo a res titución, esta degrádase en indemnizadora polos danos e prexuízos causados. A causa da falta de reembolso é indiferente, basta que se dea o feito descrito para que naza a citada obriga.

■ Efectos entre a masa e os subadquirintes.

De acordo co carácter rescisorio da pauliana, e no previsto nos artigos 1295 e 1298 do Código civil, a ineficacia afectaríalle á órbita patrimonial do subadquirinte.

■ Efectos entre o quebrado e o terceiro adquirinte.

O réxime de efectos entre o quebrado e os terceiros debe entreverse nas normas establecidas nos artigos 1.298, 1.305 e 1306 do Código civil. En primeiro lugar, cando o negocio impugnado entrañe a comisión dun delicto ou falta común a ámbolos contratantes (mala fe), carecerán reciprocamente, de acción. A

rescisión desta maneira poríalles fin ás relacións interpartes. En segundo lugar, cando o delicto ou falta mencionada só fôra imputable ó quebrado, o terceiro (de boa fe ou cun título superior) conservaría as accións oportunas para reclamarlle, á súa opción, ou ben aquilo que entregara, ou ben o cumprimento da prestación á que o quebrado se obrigou. Por último, cando a conducta descrita lle sexa atribuíble ó terceiro, carece de calquera acción contra o quebrado nos termos descritos.

Este libro de dona Rosario C. Escribano Gámir pode quedar, dende o meu punto de vista, anticuado, xa que nel se toca moi por riba a reforma da lei concursal; de feito, a autora inclúea nun anexo ó seu traballo, de tódalas maneiras non quero deixar escapa-la ocasión sen dedicar unhas liñas a esta reforma concursal.

Como é ben sabido, a normativa vixente en materia de dereito concursal atópase dispersa en varias disposicións legais, a maioría das cales foron promulgadas no século XIX. A máis moderna, e peza clave do noso sistema, que se dictou para resolver un caso concreto e evita-la quebra dun banco, leva oitenta anos de vixencia. Ante este panorama non é estraño que haxa distintos intentos de modifica-la normativa concursal, algún deles moi serios e ben concibidos, que sen embargo non chegaron a prosperar. Actualmente estamos en presenza dunha nova proposta de cambio e parece que agora vai en serio.

A lei concursal é un dos proxectos lexislativos que o Goberno ten previsto aprobar este trimestre para inicia-la súa tramitación parlamentaria. O anteproxecto desta lei, presentado ó Consello de Ministros o pasado mes de setembro, contempla entre as súas novidades a creación dos xulgados especializados en materia mercantil. Estes xulgados coñecerán nun principio (aínda que o anteproxecto prevé unhas competencias moito máis amplas):

- Tódolos litixios relativos a sociedades mercantís e cooperativas.
- Todo o relativo a propiedade intelectual e industrial.
- A actividade do transporte, incluíndo a totalidade do dereito marítimo.
- As accións relativas a condicións xerais de contratación nos casos previstos na lexislación sobre esta materia.

A futura lei, segundo o anteproxecto, tratará de posibilita-los principios de mantemento da empresa e de conservación dos postos de traballo. Tamén establece un procedemento dirixido por un xuíz único e especializado que será titular dos novos xulgados do mercantil. As características principais son:

- Os procedementos de quebras e suspensión modernízanse e simplifícase a súa estrutura. Ademais unifícanse os procesos e concéntranse os recursos.
- O procedemento concursal toma carácter de xuízo universal. Un único xuíz coñecerá tódolos extremos do caso aínda que afecten a varias xurisdicións.
- Limitáanse os privilexios que se derivan da lexislación actual co obxectivo de conseguír un equilibrio entre o interese público e o dos traballadores.

|| Créase un único procedemento que salva a actual división entre a suspensión de pagos e a quebra. Artículanse dúas solucións ó conflito, o convenio ou a liquidación.

Con referencia o libro, dicir que as accións impugnadoras na quebra se ven totalmente modificadas co anteproxecto, e polo que se refire a formación da masa activa do concurso, hai que sinalar de forma moi positiva a desaparición do sistema de retroacción, que tantos e tan importantes problemas veu suscitando a súa estricta aplicación por parte da xurisprudencia.

En conxunto, o anteproxecto de lei concursal mércenos unha valoración altamente positiva. Hai que ter en conta que, na actualidade, o réxime xurídico das quebras intégrase por normas do Código de comercio de 1829, da Lei de axuízamento civil de 1881 e do Código de comercio de 1885, mentres que a disciplina da suspensión de pagos recóllese na coñecida Lei de 1922. Trátase pois dunha normativa arcaica, dispersa e que considera unha realidade socioeconómica que non se corresponde coa actual. Só pola modernización do noso dereito concursal, que é o que aspira o anteproxecto, xa merece ser aplaudida.

O CXAE valorouse como acertada a «significativa» función atribuída ós avogados no anteproxecto de lei ó establecer que a Administración xudicial do concurso será desempeñada por tres membros, un deles avogado con experiencia profesional polo menos de dez anos de exercicio. Eu persoalmente non estou de acordo, pois dez anos de exercicio non implican coñecementos concursais, senón que unha vez máis os avogados fan un *cluster* para que a xente nova teña máis impedimentos no exercicio da profesión.

A pesar de todo o exposto, hai sectores que non están de acordo con algunhas medidas do anteproxecto, que son as seguintes:

- || Os auditores consideran que a nova normativa abre a posibilidade de que os administradores non precisen de formación na área económica.
- || Os secretarios xudiciais tamén encontran algunha obxección, xa que o anteproxecto négalle a inclusión de facultades procesuais ó secretario xudicial deixando a súa figura no esquecemento.
- || Algúns sindicatos critican a lei por non establece-la posibilidade de saldar primeiro as débedas que mantén a empresa cos seus traballadores, senón que a equipara con outras débedas doutros traballadores.

A autora na súa obra dedícalle un apartado ás accións impugnadoras concursais, como mecanismo do sistema de reintegración da masa e a súa inclusión na futura Lei de quebras, no cal nos expón o seguinte:

Partindo do sistema español de reintegración da masa da quebra, confórmasse sobre dous elementos: a retroacción, contemplada no artigo 878.2 do Código de comercio, e as accións impugnadoras de determinados actos, previstos polo lexislador nos artigos 879 a 882 do citado código, de tal maneira que ten un dobre carácter xudicial e legal. As accións rescisorias e a reintegración en xeral da masa quedan baleiras se con artificios se restrinxen os bens que

teñen unha saída indebida que resulta inataviable. Parece ser que a lei eleva o cada vez máis reclamado prexuízo en privilexio duns poucos (non se privilexian determinados créditos, senón a preterición da masa crediticia restante (ordinaria) e, por conseguinte, irrogarlle un prexuízo que, de acordo cos principios conformadores do sistema, debería poder neutralizar.

Estamos, en suma, ante un traballo importante e necesario, no cal a autora fai un excepcional *excursus* falando das accións impugnadoras e indo e volvendo constantemente ó dereito comparado que, en función da aprobación ou non da nova lei, perderá ou non vixencia e que cobre un baleiro non cuberto ata agora; de tal maneira que a parte do libro que dona Rosario chama anexo converterase no esquema dunha futura publicación por parte da autora que tan brillantemente enfocou o tema das accións impugnadoras na quebra, que tal como todos sabemos é un tema confuso e complexo, tanto para a doutrina coma para a xurisprudencia; é por isto que o labor da autora case se pode cualificar de pioneiro. Non é fácil xulgar unha obra deste tipo nunhas curtas liñas, pero doume por satisfeito se se contribúe a unha maior difusión desta.

**Xosé Antón Barreiro Pereira**

*Avogada*





## NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografiadas a dobre espazo nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folla á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Inclúiranse co título do artigo catro ou cinco descritores a través dos que se poida clasificar o artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, e incluírase ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañarase a versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

### *Libros:*

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

### *Artigos:*

AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remitíranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismos, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegaranse o enderezo postal e o teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

**Revista Galega de Administración Pública**

EGAP

Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4  
15707 Santiago de Compostela.  
Galicia. España.











CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA,  
RELACIÓNS INSTITUCIONAIS  
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA  
DE ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA