

O DEREITO Á VIDA RECOLLIDO NO ART 15 CE.

CRISTIAN CARBAJALES NEIRA
Estudiante do Grao en Dereito
Universidade de Santiago de Compostela

Resumo

O dereito á vida é un dos dereitos fundamentais recoñecidos na Constitución española. Este artigo tentará analizar o seu marco legal, comezando polo seu contido, continuando coa cuestión dos seus suxeitos e, finalmente, rematando coa controversia acerca dos seus límites.

Palabras chave

Dereito á vida, contido, suxeitos, límites.

Abstract

Right to life is one of the different fundamental rights which are recognised by our Constitution. This paper will try to analyse its framework, starting by its content, then dealing with the question of subjects, and, finally, ending with the controversy of its limits.

Key words

Right to life, content, subjects, limits

INTRODUCCIÓN

Actualmente, o dereito á vida está recollido, no noso Ordenamento Xurídico, coa categoría de fundamental, no art 15 CE. A súa importancia radica en que é un dereito imprescindible para poder exercer calquera outro, de aí que, con moi bo criterio, o Poder Constituínte ubicouno sistematicamente á fronte de todos os dereitos fundamentais. Nesta dirección, afirmou o TC na súa STC 53/1985, FX 3 que "*o dereito á vida constitúe o dereito fundamental esencial e troncal en canto é o suposto ontolóxico sen o que os restantes dereitos non terían existencia posible*". Debido a isto, sería lóxico que este dereito fose historicamente explicitamente garantido ao individuo fronte ao Estado. Sen embargo, se acudimos á nosa

historia constitucional, así como ao Dereito comparado, a realidade distou bastante de seguir a anterior hipótese.

Para atoparnos co primeiro recoñecemento do dereito á vida como un dereito fundamental temos que agardar até o ano 1776 e desprazarnos até o continente americano. O 12 de xuño dese ano, o Principio I da Declaración de Dereitos do bo pobo de Virxinia proclama o seguinte: *"Que todos os homes son por natureza igualmente libres e independentes e teñen certos dereitos innatos, dos que, cando entran en estado de sociedade, non poden privar ou desposuír á súa posterioridade por ningún pacto, a saber: o goce da vida e liberdade, cos medios de adquirir e posuír a propiedade e buscar e obter a felicidade e a seguridade"*. Neste Principio, que debe as súas orixes á teoría do liberalismo clásico, recoñécese que os seres humanos, polo feito de o seren, contan cunha serie de dereitos inherentes que todo pacto social ten que respectar e que, polo tanto non admiten acordo maioritario en contra, xa que, de facerse, a convivencia en sociedade non sería posible. Así, apréciase nesta Declaración 2 dos rasgos que caracterizan aos dereitos fundamentais: a súa inherencia ao individuo, e a súa salvagarda fronte a unha posible decisión contraria a eles da maioría da sociedade. Posteriormente, este dereito á vida tamén se recoñecería no parágrafo 2º da Declaración de Independencia dos Estados Unidos, levada a cabo o 4 de xullo dese mesmo ano.

No continente europeo a evolución deste dereito foi totalmente distinta. Durante o século XIX, e comezos do século XX, as distintas constitucións non imitaron o modelo americano, e non recoñeceron o dereito á vida explicitamente, posiblemente por entender que se atopaba garantido de xeito implícito. Sen embargo, a dramática situación vivida coa II GM causou un xiro copernicano da anterior situación. O manifesto desprezo que se mostrou pola vida humana neste conflito bélico, levou aos distintos europeos a recoñecer de modo explícito este dereito e a dotalo da máxima protección posible. Así, dende mediados do século XX, o dereito á vida é recoñecido tanto nas distintas declaracións internacionais de dereitos humanos, entre as que podemos citar, a modo de exemplo, a Declaración Americana dos Deberes e Dereitos do Home, de 1948, a Declaración Universal de Dereitos Humanos, tamén do mesmo ano, ou o Convenio Europeo para a protección das Liberdades e Dereitos Fundamentais, de 1950, como nas principais constitucións do Dereito comparado europeo (Lei Fundamental de Bon, de 1949, arts 2.2, 102 e 104.1;

Constitución italiana, de 1947, arts 4, 13.4 e 27.3 e, máis tardiamente, Constitución de Grecia, de 1975, arts 3 e 7,2 e Constitución de Portugal, de 1976, arts 25 e 26).

No eido estatal, e seguindo a tradición continental, o dereito á vida non tivo cabida de forma explícita no constitucionalismo español do século XIX. Tampouco foi recoñecido este dereito na innovadora Constitución de 1931, debendo agardar a 1978 para atopar o primeiro recoñecemento explícito deste dereito na historia do noso constitucionalismo.

Co art 15 CE, España adaptouse á nova situación existente e situouse á par dos principais Estados europeos ao recoñecer o dereito á vida e dotalo de carácter fundamental, dándolle así as máximas garantías coas que un dereito pode contar no ordenamento xurídico. Non foi doado acadar este logro, xa que se deu un gran debate en torno á súa redacción definitiva, centrado esencialmente na titularidade de tal dereito, e na definitiva, ou non definitiva, abolición da pena de morte. Proba disto foron as distintas proposicións e anteproxectos que se levaron a cabo antes de alcanzar un consenso definitivo en torno á seguinte fórmula : " Todos teñen dereito á vida (...) Queda abolida a pena de morte, salvo o que poidan dispoñer as leis penais militares para os tempos de guerra".

Unha vez feita unha breve introdución necesaria en torno á historia deste dereito, procederemos a continuación ao seu análise, centrándonos no seu contido, suxeitos e límites.

INTERPRETACIÓN DO DEREITO Á VIDA CONFORME Á CE

CONTIDO

O alcance esencial do dereito á vida é a de protexer, por parte dos Poderes Públicos, e con todos os medios posibles, a existencia fisiobiolóxica de todos os individuos. Neste sentido, afirmaba MAUNZ-DURIG-HERZOG: Grundgesetz...,cfr., páx. 80 que "*o dereito constitucional á vida é,antes que nada, o dereito á propia existencia fisiobiolóxica*". Agora ben, en atención ao disposto no art 10 CE, o cal establece a dignidade da persoa, hai que matizar que este dereito non só garante a existencia biolóxica dos individuos, senón que ademais esixe que esta existencia humana se exerza coa dignidade que lle é inherente e propia. Así, debemos citar a N. MARTÍNEZ MARÍN: «El derecho a la vida en la Constitución Española de 1978 y en Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia», en Revista de la Facultad de Derecho

de la Universidad Complutense, núm. 2, monográfico (1979), pág. 147., o cal escribiu que " (o dereito á vida) non pode circunscribirse á mera subsistencia, ao simple feito de vivir, senón a un xeito de vivir humano". Nesta mesma dirección, cómpre citar o establecido polo TC na súa STC 53/1985, FX 3, o cal aclarou que "indisolublemente relacionado co dereito á vida na súa dimensión humana encóntrase o valor xurídico fundamental da dignidade da persoa, recoñecido no artigo 10 como xerme ou núcleo duns dereitos que lle son inherentes".

Unha vez establecido o contido do dereito á vida, hai que dicir que o art 15 CE impón obrigas nun dobre sentido: por unha banda, existe unha vertente de abstención ou *non facere*, é dicir, prohibe tanto aos particulares como aos poderes públicos levar a cabo calquera tipo de conduta que poña en perigo a vida humana, e, por outra banda, se ben só con respecto ao suxeito pasivo dos poderes públicos, existe unha obriga de *facere*, é dicir, impón aos poderes públicos a prestación positiva de poñer todos os medios necesarios para protexer a vida das persoas. Con respecto a isto, establecía a STC 120/1990, FX7. que "*o dereito fundamental á vida, en canto dereito subxectivo, da aos seus titulares a posibilidade de recabar o amparo xudicial e, en último termo, o de este Tribunal fronte a toda actuación dos poderes públicos que ameace a súa vida ou integridade. Doutra parte, e como fundamento obxectivo do ordenamento, impón a eses mesmos poderes públicos e en especial ao lexislador o deber de adoptar as medidas necesarias para protexer eses bens, vida e integridade física, fronte aos ataques de terceiros, sen contar para elo coa vontade dos seus titulares e incluso cando nin sequera se poida falar, en rigor de titulares dese dereito*".

Outro dos aspectos relativos ao contido deste dereito é a súa posible vertente negativa. O que se pretende determinar coa referencia a esta vertente é se un individuo ten dereito a acabar coa súa vida, ou o que é o mesmo, se existe un dereito subxectivo que permita recabar o apoio dos poderes públicos para poñer fin á vida dun mesmo. A pesares de certas correntes que poidan defender esta visión, dentro do marco da liberdade persoal, o certo é que a CE non recoñece este dereito, e así o ten manifestado o TC, sendo francamente aclarador o FX 7º da STC 120/1990, o cal citaremos a continuación: "*Ten, polo conseguinte, o dereito á vida un contido de protección positiva que impide configuralo como un dereito de liberdade que inclúa o dereito á propia morte. Iso non impide, sen embargo, recoñecer que, sendo a vida un ben da persoa que se integra no círculo da súa liberdade, pode aquela facilmente dispoñer sobre a súa propia morte,*

pero esa disposición constitúe unha manifestación do agere licere, en canto que a privación da vida propia ou a aceptación da propia morte, é un acto que a lei non prohibe e non, en ningún modo, un dereito subxectivo de carácter fundamental no que esa posibilidade se estenda incluso fronte á resistencia do lexislador, que non pode reducir o contido esencial do dereito. En virtude diso, non é posible admitir que a Constitución garanta no seu art 15 o dereito á propia morte". En base a este razoamento, pode extraerse claramente a conclusión de que a posibilidade de que un individuo acabe coa súa propia vida non é un dereito senón unha liberdade, é dicir, unha persoa pode tentar acabar coa súa vida, pero os poderes públicos, non só poden, senón que deben, porque así llo impón o art 15 CE, tratar de evitar que esta morte se produza, sen que se viole esta conduta o dereito fundamental á vida desa persoa, e sen que este individuo teña un dereito subxectivo a esixir que cese esta conduta de protección por parte do Estado. Iso foi o que ocorreu no suposto de feito que deu lugar á sentenza anteriormente mencionada, na que uns presos do grupo terrorista GRAPO iniciaron unha folga de fame coa intención de acabar coa súa vida, e Institucións Penitenciarias o impediu alimentándoos forzosamente, conduta que foi declarada lexítima polo TC, en base á relación de suxeición especial que tiñan estas persoas coa Administración Penitenciaria, que estaba obrigada a salvagardar a súa vida.

TITULARIDADE

A titularidade do dereito fundamental á vida debe ser analizado dende dúas perspectivas: a nacionalidade e a personalidade.

En relación á primeira, hai que aclarar que, dende o punto de vista da nacionalidade, este tema non prantexa problema, xa que, debido a que este dereito está directamente ligado á dignidade da persoa, son suxeitos activos del tanto os españois como os estranxeiros. Así o confirmou o TC na súa STC 107/1984, FX 3, na cal afirmou, con respecto a este dereito que "*non resulta posible un tratamento desigual con respecto a eles en relación cos españois*".

Cuestión distinta é o análise da titularidade deste dereito dende segunda das perspectivas, xa que concretar a titularidade del é unha das cuestións que suscitou e suscita máis debates entre a doutrina. Como sabemos, dende unha posición iusprivatista, existe un consenso unánime acerca de que, en virtude dos arts 29 e 30 CC, a personalidade xurídica é atribuída soamente ao nacido, esixíndose o pleno desprendemento do claustro materno, á vez que se equipara o nasciturus á

persoa nacida para todos os efectos que lle sexan favorables, coa condición de que, posteriormente, se produza o efectivo nacemento. Sen embargo, dende unha perspectiva constitucionalista, este consenso non se da en absoluto, manténdose distintas posturas acerca de se o nasciturus é suxeito activo do dereito á vida consagrado no art 15 CE ou non o é.

Para tratar esta cuestión é preciso comezar facendo referencia ás ponencias relativas a este artigo da CE, nas cales existían dous modelos claramente diferenciados. Un deles pretendía establecer que *"Todas as persoas teñen dereito á vida"*, mentres que o outro defendía a fórmula *"Todos teñen dereito á vida"*. Finalmente, tras os preceptivos debates parlamentarios optouse por levar á redacción do texto constitucional a segunda destas fórmulas. Sen embargo, esta decisión non resolveu a controversia existente, xa que existían múltiples discrepancias, tanto na doutrina como entre os diversos partidos políticos que participaran no debate parlamentario, acerca do alcance do termo todos.

Así, mentres para certo sector doutrinal e certo sector do Poder Constituínte, especialmente Alianza Popular, o termo "todos" implicaba necesariamente recoñecer ao nasciturus como titular do dereito á vida e implicaba a prohibición de despenalizar o aborto, certo sector doutrinal e un amplo sector do Poder Constituínte defendía que o uso do termo todos non supoñía, necesariamente e por si só, o recoñecemento do nasciturus como suxeito activo do dereito á vida nin impedía a despenalización do aborto, senón que eran necesarias posteriores criterios de interpretación, sendo moi aclarativa neste sentido a intervención parlamentaria do deputado Cuerda Montoya, representante do PNV no debate constitucional, o cal afirmou que *"Alianza Popular ven pretendendo algo así como que os que voten o termo persoa son abortistas e os que voten o termo todos son antiabortistas, e isto é, naturalmente, o que nós rexeitamos absolutamente"*, e a de Peces Barba-Martínez, representante do PSOE, o cal pronunciou as seguintes verbas: *"E, desengáñense as súas señorías, todos saben que o problema do Dereito é o problema da forza que está detrás do poder político e da interpretación. E se hai un Tribunal Constitucional e unha maioría proabortista, "todos" permite unha Lei de aborto; e se hai un Tribunal Constitucional e unha maioría antiabortista, a "persoa" impide unha Lei de aborto"*.

Para aclarar o alcance do termo "Todos" teríamos que esperar até o ano 1985. Con motivo da LO 9/1985, lei causal na que despenalizaba o aborto en caso de grave perigo para a vida da embarazada ou a súa saúde, no caso de que o embarazo se deba a unha violación, ou no

caso de grave risco de graves taras físicas ou psíquicas no feto, presentouse un recurso de inconstitucionalidade, por entender que se vulneraba o dereito á vida do nasciturus, recurso que foi resolto na STC 53/1985.

Nesta sentenza, tras interpretar o TC o art 15 CE, o TC ditaminou que o nasciturus non era titular do dereito á vida do art 15 CE, tal e como se aprecia no FX 6º: *" Os recorrentes pretenden deducir tal titularidade, non só dos mencionados debates parlamentarios acerca do termo "todos" do art 15, senón tamén da interpretación sistemática da Constitución, así como dos tratados e acordos internacionais ratificados por normas relativas aos dereitos fundamentais e liberdades nela recoñecidos. Non existe, sen embargo, fundamento suficiente no apoio da súa tese".*

Dito isto, tamén aclarou o TC que o feito de que o nasciturus non goce da titularidade activa deste dereito á vida, iso non implica que careza de protección algunha, xa que, tal e como se aclara no FX 7º da mesma sentenza, *" se a Constitución protexe a vida... non pode desprotexela naquela etapa do seu proceso que non é só condición para a vida independente do claustro materno, senón que é tamén un momento do desenvolvemento da vida mesma, polo que debe concluírse que a vida do nasciturus, en canto este encarna un valor fundamental -a vida humana garantida no art 15 CE, constitúe un ben xurídico cuxa protección encontra en dito precepto fundamento constitucional".*

Polo tanto, podemos concluír que o nasciturus non é suxeito activo do dereito á vida, pero este ten certa protección constitucional derivada deste artigo, pola cal, *" o Estado ten a obriga de garantir a vida, incluída a do nasciturus".* Agora ben, esta protección da que goza o nasciturus non é absoluta, senón que, como calquera outro dereito ou garantía, pode ser limitada en caso de conflito con dereitos doutros suxeitos, acudindo aos criterios de idoneidade e proporcionalidade. Así, afirma o TC no FX 9. desta sentenza que *"Tal é o caso dos supostos nos cales a vida do nasciturus, como ben constitucionalmente protexido, entra en colisión con dereitos relativos a valores constitucionais de moi relevante significación , como a vida e a dignidade da muller, nunha situación que non ten parangón con outra algunha, dada a especial relación do feto respecto da nai, así como a confluencia de bens e dereitos constitucionais en xogo".* Debido a isto, o TC entendeu que os tres casos nos que esta lei permitía o aborto eran límites que

respectaban estes dous criterios, polo que a protección da vida do nasciturus debía ceder ante eles, razón pola cal determinou a constitucionalidade de dita lei.

Tras analizar a cuestión da titularidade deste dereito dende estas 2 perspectivas, só queda por dicir que, debido ao seu contido fisiobiolóxico, as persoas xurídicas non poden ser titulares del.

LÍMITES EXPLÍCITOS

Resulta claro ao tenor literal da CE que esta mesma impón un límite explícito ao dereito á vida ao dicir: *"Queda abolida a pena de morte salvo o que poidan dispoñer as leis penais militares para tempos de guerra"*. A redacción definitiva deste precepto foi longamente debatida xa que, se ben se apreciaba unha vontade de eliminar de modo definitivo a pena de morte do noso Ordenamento Xurídico, tamén é certo que razóns de prudencia baseadas na realidade vixente naquel momento, fixeron que o Poder Constituínte limitase esta abolición nun suposto concreto: en tempos de guerra, entendéndose por isto exclusivamente o momento temporal-espacial no cal se está producindo un conflito bélico armado xeral e organizado, que foi formalmente declarado, se ben un sector minoritario doutrinal sostén que isto último non é necesario, en atención á costume xurídica internacional, e sempre que as leis penais militares, as cales forman parte do Dereito penal especial, dado que tutelan uns bens xurídicos peculiarmente importantes para o Estado, e, polo tanto quedan sometidas á reserva de lei orgánica do art 81.1 CE, así o contemplasen. Ademais, cabe dicir que esta limitación ten carácter dispositivo e non imperativo, xa que, tal e como veremos, nada impedía ao lexislador a posibilidade abolir a pena de morte para tempos de guerra do Código Penal militar.

En efecto, superada a transición, e froito da vontade abolicionista que existira, en 1995, o lexislador decidiu aprobar a LO 11/1995, que modificaba a LO 13/1985 e que abolía a pena de morte nos tempos de guerra. Deste modo, con esta lei, e actualmente, este límite desaparece do noso Ordenamento Xurídico. Con respecto a isto, cabe dicir que se ben esta abolición non se levou a cabo na Constitución, tal e como debiera terse feito, en boa técnica xurídica, para que fose definitiva, xa que deste modo a súa posible reimplantación queda aberta, a criterio do lexislador, isto é entendible debido ás dificultadas que implicaría levar a cabo unha modificación constitucional dese calibre.

LÍMITES IMPLÍCITOS

Á marxe do límite ao dereito á vida anteriormente exposto, cabe dicir que a CE non contempla ningún límite explícito adicional. Agora ben, isto non implica necesariamente que o dereito á vida non admita máis límites. É obvio que existen límites implícitos, os cales se dan cando hai unha colisión de dereitos, como son a lexítima defensa ou o estado de necesidade, non sendo obxecto deste artigo o análise dos requisitos indispensables para invocar algún destes límites.

Máis problemático é considerar como límites implícitos deste dereito o aborto e a eutanasia e, de consideralos, determinar o seu alcance. Para un mellor análise destes límites faremos un estudo separado de cada un deles.

ABORTO

Para expoñer todo o relativo ao aborto, cómpre partir da STC 53/1985, na que o TC considerou que, o nasciturus, pese a non ser titular do dereito á vida, si era merecedor dunha protección constitucional derivada deste artigo, o cal impón ao Estado a obriga de garantir a súa vida. Aclarado este punto de partida, debemos distinguir, no Dereito comparado, entre 3 lexislacións distintas relativas a este asunto:

Por unha banda, existen ordenamentos xurídicos, tales como o existente en España ata a LO 9/1985, que impoñen unha prohibición absoluta do aborto.

Por outra banda, existen leis de casos, é dicir, aquelas que outorgan ao nasciturus unha protección, pero que contemplan certos límites a ela, despenalizando o aborto en certas circunstancias. Un exemplo témolo na LO 9/1985, que foi considerada constitucional polo TC.

Finalmente, existen certos ordenamentos xurídicos que consideran o aborto como un dereito constitucional da muller embarazada, que, ao igual que outros dereitos, pode ter certos límites, os cales deben ser establecidos por vía lexislativa de maneira proporcionada e razoada. Nestes ordenamentos, establécense unha serie de prazos, dentro dos cales se pode abortar libremente. Como exemplo paradigmático atopámonos coa lexislación dos Estados Unidos, a cal, dende o fallo do Tribunal Supremo, en 1973, no caso *Roe vs Wade*, litixio no cal este tribunal entendeu que o dereito ao aborto se encadraba dentro do dereito da muller á súa intimidade,

chegando a afirmar acerca do aborto que *"trátase da decisión máis íntima e persoal que unha persoa pode tomar en toda a súa vida"*, estableceu un sistema de prazos.

En España, actualmente a lei vixente acerca deste tema é a LO 2/2010 , que estableceu un sistema de prazos, acercando así a lexislación española ao terceiro dos modelos descritos anteriormente. Non obstante, este sistema de prazos ten difícil encaixe na CE en atención á xurisprudencia establecida polo TC na STC 53/1985, na cal afirmou que a pesares de que o nasciturus non era titular do dereito á vida, si era merecedor dunha protección constitucional que obrigaba ao Estado a garantir a súa vida. Así, en base a esta sentenza, débese partir de que o nasciturus goza dunha protección constitucional, a cal, tal e como facía a lei anterior, pode ser limitada en certos casos de maneira xustificada, circunstancias nas cales si sería constitucional o aborto. Sen embargo, esta lei de prazos parece contraponerse aos criterios adoptados polo TC, xa que obvia a protección constitucional da que é susceptible o nasciturus e parte da idea de que existe un dereito constitucional ao aborto, o cal permite, dentro duns prazos, en todas as circunstancias, sen necesidade de alegar causa algunha. Debido a isto, interpúxose un recurso de inconstitucionalidade contra dita lei, que está á espera de ser resolto polo TC. Por último, cómpre engadir que, actualmente, o lexislador, está realizando os trámites parlamentarios previos que permitan a aprobación dunha nova regulación no tocante ao aborto, planteando unha volta aos criterios establecidos na LO 9/1985, a cal xa foi avalada polo TC.

EUTANASIA

No tocante á eutanasia, cómpre empezar por diferenciar entre eutanasia pasiva, consistente en aplicar tratamentos para paliar a dor dun enfermo e en non prolongar artificialmente a súa vida, e eutanasia activa, a segunda consiste en proporcionar a morte a unha persoa que sofre graves padecementos permanentes e incurables a petición propia.

Unha vez establecidas as diferenzas entre ambos tipos de eutanasia, cómpre dicir que a primeira delas, por estar directamente vinculada á dignidade humana, ten perfecta cabida na nosa constitución. A resposta negativa á admisibilidade da segunda delas deriva directamente da configuración do dereito á vida no art 15 CE, xa que, debido a que a nosa Constitución non recoñece o dereito dunha persoa a de acabar coa súa vida, polo cal debe considerarse como unha liberdade, ningún individuo pode esixir aos poderes públicos nin a outro particular axuda para

por fin á súa existencia, e o Estado debe tratar de impedir con todos os seus medios que esta conduta se leve a cabo. Froito da non admisión deste dereito á propia morte é a tipificación delitiva da eutanasia no art 143.4 CP, se ben se lle outorga unha resposta punitiva atenuada con respecto ao homicidio ou asasinato xa que, a pesar de non existir o dereito á propia morte, o lexislador, en atención ao criterio de proporcionalidade, quixo castigar dun modo máis leve este delito que calquera dos dous anteriores.

CONCLUSIONES

As flagrantes vulneracións de dereitos humanos vividas na II GM levaron aos principais Estados europeos a incluír de modo explícito nas súas constitucións e a dotar este dereito das máximas garantías. España engadírase a eles coa Constitución de 1978, na cal, no art 15 se recoñece este dereito, coa categoría de fundamental, e dáselle as máximas garantías xurídicas existentes no noso Ordenamento Xurídico.

O lugar que ocupa sistematicamente este dereito, á fronte dos dereitos fundamentais, e sen dúbida, moi acertado, xa que, como manifestou o TC, o exercicio del é indispensable para poder exercer calquera outro.

O contido deste dereito é o de garantir a existencia fisiobiolóxica de todos os seres humanos, se ben non contempla unha vertente negativa, ou un dereito á súa morte.

No tocante aos seus suxeitos activos, son titulares del tanto os nacionais como estranxeiros, se ben se debe excluír ao nasciturus, o cal, sen embargo, se ve dotado de certa protección constitucional para garantir a súa vida, que pode ser limitada en atención aos criterios de racionalidade e proporcionalidade.

Finalmente, con referencia aos seus límites, a CE contén unicamente de xeito explícito a pena de morte para tempos de guerra, a cal foi abolida polo lexislador, se ben isto non impide que este dereito teña certos límites implícitos, os cales se darán cando estamos nunha situación de colisión de dereitos.

BIBLIOGRAFÍA

Pérez Royo, J., (2010), Curso de Derecho Constitucional, Madrid: Marcial Pons.2012; páx 249-257

Rodríguez Mourullo, G., (1996), Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo II, Edersa; páx 267-302.

O VALOR DA NOSA CONSTITUCIÓN

ESTEFANÍA RAMOS GÓMEZ

Estudiante da Licenciatura en Dereito

Universidade de Santiago de Compostela

Resumo

A Constitución de 1978 como parte da Transición Española cara á democracia e influenciada doutros textos constitucionais europeos, é a primeira que se alcanza en España por consenso, e que acertou a implantar o principio democrático como único principio político lexitimador, erguéndose como cabeza e fundamento de todo o ordenamento xurídico, cuxos preceptos gozan de valor normativo e punto de referencia inescusable na interpretación de todas as normas.

Palabras chave

Constitución, consenso, democracia, valor normativo, eficacia directa.

Abstract

1978 Constitution was the result of the transition process, a political movement which allowed Spain to change from a dictatorial regym to a democratic system. This Constitution, which followed some of the European Constitutional tendencies, was the first in all the Spanish history to be consensuated, and to implant the democratic principle as the only politically legitime. This Constitution is the fundament of all our legal framework, and its precepts have to be respected when laws are interpreted.

Key words

Constitution, consense, democracy, direct application.

1. Introducción

O valor da nosa Constitución, tal e como recolle o seu propio Preámbulo, reside en ser o instrumento supremo garante de liberdade, seguridade e xustiza.

A Constitución de 1978 marcou decisivamente a nosa historia política, como tódalas Constitucións anteriores, pero tamén a nosa historia xurídica, o cal resulta xa completamente novidoso respecto de tódolos seus precedentes.

A redacción dunha Constitución que substituíse á armazón institucional creada pola ditadura, constituíuse como parte da Transición Española cara á democracia, trala morte do xeneral Franco e a desaparición do seu réxime. A Lei de Reforma Política de 1977 ofrecía a posibilidade de que a iniciativa da reforma constitucional correspondese ao Goberno ou ao Congreso dos Deputados, elixíndose esta última opción. Para tal fin, a Comisión de Asuntos Constitucionais e Liberdades Públicas do Congreso dos Deputados, nomeou un Relatorio de sete deputados de diversos partidos políticos- UCD, AP, PSOE, CiU, PCE, que foi o encargado de elaborar un anteproxecto de Constitución, os chamados "pais da Constitución": Gabriel Cisneros Laborda; Miguel Herrero e Rodríguez de Miñón, José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo, Manuel Fraga Iribarne, Gregorio Peces-Barba Martínez, Miquel Roca i Junyent, Jordi Solé Tura.

O texto é aprobado o 31 de outubro de 1978 no Congreso por 325 votos a favor, 6 en contra e 14 abstencións, e no Senado por 226 votos a favor, 5 en contra e 8 abstencións.

Sometido a referendo o 6 de decembro de 1978, obtivo un 87% de votos favorables. Foi sancionado polo Rei o 27 de decembro e publicado no BOE dous días a posteriori, data a partir da cal entrou en vigor.

A Constitución de 1978 é a primeira que se alcanza en España por consenso, un consenso ensaiado nos Pactos da Moncloa e achado en poucas outras situacións. A isto súmase a súa longa vixencia, feito tamén único na historia de España.

A revolución xurídica que achega a Constitución de 1978 foi de moi distinto signo. Por unha parte supón un fito á vella oposición no seo social e institucional, entre Antigo Réxime e democracia.

Por outra, a Constitución de 1978 é a primeira, que acertou a implantar o principio democrático como único principio político lexitimador. O verdadeiramente notable é, como dixeran anteriormente, que isto fose feito por un consenso entre tódalas forzas políticas sen precedentes, creando un espazo político común, por vez primeira xeral e nacional. Como unha expresión

auténtica dun verdadeiro pacto social fundacional, coa intención de instituír un marco duradeiro de estruturación perdurable do sistema democrático como sistema efectivo.

Como di o profesor **BLANCO VALDÉS**: "*a CE 78 ten por obxecto explicar a arquitectura xurídica e política que permitiu facer da Constitución o fundamento da nosa orde política e da nosa paz social*".¹

2. Norma Xurídica Suprema

Pero a esta básica significación xurídico-política, a Constitución de 1978 uniu unha novidade radical que a singularizou en toda a nosa historia constitucional: a de deliberadamente terse configurado para ser unha norma xurídica perfectamente operativa por si mesma, na súa función de cabeza e fundamento de todo o ordenamento xurídico. Así veu a consagralo no plano técnico o artigo 5.1 da Lei Orgánica do Poder Xudicial: "*A Constitución é a norma suprema do ordenamento xurídico e vincula todos os Xuíces e Tribunais*".

Os enunciados contidos nas constitucións, ata o momento, non foran nunca considerados como normas xurídicas propiamente ditas, sen contar nunca coa posibilidade dunha garantía xudicial de calquera carácter. De feito, tratábase como un documento político e de valor puramente programático consistente, de xeito exclusivo, na institucionalización dos axentes básicos do proceso político.

As eleccións que trouxesen consigo un cambio no signo do goberno podían ventilar así distintas interpretacións constitucionais, e a súa postulación aberta dun cambio constitucional expreso.

O Constitucionalismo posterior á Primeira Guerra Mundial foi afirmando a idea da Constitución non só como documento político, senón tamén como norma xurídica, posto que a propia Constitución era fonte do dereito e norma reguladora das fontes do dereito.

Coa promulgación da Constitución Española de 1978, aínda que non faltaron operadores xurídicos que nun primeiro momento consideraron á Constitución como unha determinación política con valor programático, o Tribunal Constitucional reaccionou contra esta formulación e

¹ Vid. Blanco Valdés, R. *La Constitución de 1978*. Madrid: Alianza Editorial. 2003

asentou a tese do valor normativo da Constitución en sentenzas como STC 16/1982, do 28 de abril, se declara que *"a Constitución, lonxe de ser un mero catálogo de principios de non inmediata vinculación e de non inmediato cumprimento ata que sexan obxecto de desenvolvemento por vía legal, é unha norma xurídica, a norma suprema do noso ordenamento (...) Por iso é indubidable que os seus preceptos son alegables ante os Tribunais"*, valor normativo que se deduce do artigo 9.1 CE "... " e artigo 5 LOPJ.(anteriormente citado).

A aplicación directa da norma constitucional trouxo consigo unha substancial modificación do sistema de fontes do Dereito, que a partir dese momento abandonou a súa tradicional sede civilista para adecuarse aos novos ditados constitucionais.

3. A eficacia directa da Constitución Española

Aínda que o valor normativo da Constitución se traduce ordinariamente nunha vinculación de tódolos poderes públicos ás súas disposicións, a doutrina puxo de manifesto tres supostos concretos nos que a CE ten unha eficacia directa: a regulación constitucional dos dereitos fundamentais, como se desprende do art.º 53. 1 e 2 CE; a aplicación directa da parte organizadora e habilitante dos poderes constitucionais; e por último, a Disposición Derrogatoria, cuio parágrafo 3º dispón *"Quedan derogadas cantas disposicións se opoñan ao establecido na presente constitución"*.

4. A interpretación das normas conforme á Constitución

O principio de unidade do Ordenamento Xurídico e a consideración da Constitución como norma superior; determina que ela constitúe o punto de referencia inescusable na interpretación de todas as normas, e antes que unha Lei sexa declarada inconstitucional, o Xuíz que efectúa o seu exame debe buscar en vía interpretativa a concordancia da devandita lei coa Constitución, e se finalmente a Lei resulta inconstitucional, será nula e sen efecto ningún.

Como di o profesor **GARCÍA DE ENTERRÍA**, *"a Constitución como norma xurídica é unha Constitución formal e escrita, rixida, e de carácter superior a todas as Leis"*.²

Esa superioridade da Constitución como norma xurídica, desdóbrase en dous sentidos:

² García de Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.2006

Dende un punto de vista material, por razón do seu contido, a Constitución establece e ordena as regras básicas de funcionamento baixo as que se articula toda a estrutura política, económica e social do Estado, establecendo límites ao exercicio do poder, e o ámbito de liberdades e dereitos fundamentais.

En todas estas materias, a Constitución preséntase como un sistema preceptivo que emana do pobo, vinculando á vez as autoridades e cidadáns en contraposición con calquera réxime de privilexios, no que se veu a denominar "a forza vinculante bilateral da norma".

Para asegurar a suprallegalidade material da constitución en EE.UU. no século XIX atribuíuse ao Tribunal Supremo o control de constitucionalidade das leis. En Europa, tras os estudos de Kelsen atribúese a competencia a un órgano " Ad Hoc", o Tribunal Constitucional que aparece nas constitucións de Weimar en 1919 e Austria en 1920. En España apareceu por primeira vez na constitución de 1931 e actualmente regúlase nos artigos 159 a 165 CE e na LOTC de 3 outubro de 1979 modificada entre outras por LO 6/2007 ou 1/2010.

Por outra parte, dende un punto de vista formal, como norma suprema elaborada polo poder constituínte, non pode ser alterada nin derogada por norma legal ningunha, máis que polos sistemas especificamente establecidos na propia Constitución, e polos procedementos ríxidos, nela recollidos. (Título X “Da reforma constitucional”.)

5.Influencias

As múltiples influencias dunha Constitución derivada como a Española de 1978, comezaremos polas recibidas do constitucionalismo histórico español:

Como primeiro intento errado naceu, nun contexto complexo, o Estatuto de Baiona de 1808, ditado fóra do territorio nacional e cun marcado carácter afrancesado, apadriñado polos liberais moderados.

Pero a verdadeira historia do noso constitucionalismo iníciase coa Constitución gaditana do 19 de marzo 1812 coñecida como "A Pepa".

Oficialmente estivo en vigor só dous anos ata a súa derogación en 1814 tras o regreso a España de Fernando VII, pero volveuse aplicar de forma intermitente durante o Trienio Liberal

(1820-1823), así como durante un breve período en 1836-1837, baixo o goberno progresista que preparaba la Constitución de 1837.

A Constitución establecía principios e dereitos tan importantes como a soberanía na Nación (xa non no Rei), a monarquía constitucional, a separación de poderes, (idea postulada por Montesquieu, na súa obra de 1748, "*Do espírito das leis*") ou o sufraxio universal masculino indirecto,

Anos a posteriori, como norma ponte entre a crise do Antigo Réxime e o inicio Estado Liberal, xorde o Estatuto Real de 1834, a cal prevé un fortalecemento case absoluto do poder do Rei. En realidade, non se trataba dunha Constitución en sentido estrito, senón unha Carta Outorgada: non hai poder constituínte e o cualificativo de "Real" advirte da súa orixe.

A Constitución española de 1837 promulgouse en España durante a Rexencia de María Cristina de Borbón. Foi unha iniciativa do Partido progresista para aprobar unha Constitución de consenso co Partido Moderado. Recoñécense determinados dereitos fundamentais (liberdade de imprenta), a igualdade xurídica, o dereito á inviolabilidade domiciliaria. Estivo vixente ata 1845, cando o Partido Moderado impuxo a súa propia Constitución, con volta a unha soberanía compartida entre as Cortes e a Coroa.

A Constitución de 1869, vixente durante o reinado de Amadeo I, foi unha constitución democrática onde a soberanía era nacional e o poder estaba dividido: o poder lexislativo tiñano as cortes, o poder executivo residía no rei e o poder xudicial nos tribunais. Continuouse coa relixión católica como relixión oficial do estado aínda que o texto garantía o exercicio de calquera outra, en público ou en privado, no seu artigo 21.

Constitución de 1876: promulgada por Cánovas del Castillo. Os principais aspectos da devandita constitución son os seguintes: os dereitos e deberes dos cidadáns están limitados polas leis ordinarias; o poder lexislativo é compartido entre as cortes e o Rei, podendo vetar este último leis e disolver as cámaras; a Coroa ten o poder executivo, podendo nomear ao xefe de goberno e os ministros; as cortes son bicamerais, cun senado formado por designación real e un congreso elixido por sufraxio directo; o poder xudicial tiña a potestade de aplicar as leis nos xuízos e os xuíces elixíanse mediante oposición, ao igual que na actualidade. Por último, os concellos e deputacións están baixo control gobernamental, organización centralista.

Finalmente, unha breve reseña ó antecedente máis próximo á actual: a Constitución de 1931. Vinculada a nosa Segunda República e vixente ata o final da Guerra Civil Española en 1939, dedica ampla atención aos dereitos individuais: igualdade, liberdade de conciencia e de culto, seguridade xurídica e garantía xudicial, libre circulación e residencia, libre emisión e difusión de ideas.

Por outra banda, dentro das novas correntes europeas que aparecen despois da segunda guerra mundial, recibiu claras influencias doutros textos constitucionais europeos, así como de diferentes tratados de dereito internacional. Dentro destas podemos reflectir os seguintes exemplos:

Da Constitución italiana de 1947, habería que destacar a configuración do poder xudicial e os seus órganos de goberno, ou os antecedentes do Estado Rexional Italiano.

Da norma fundamental alemá de 1949, Lei Fundamental de Bonn, a de maior influencia, o catálogo de dereitos e liberdades, ou a cualificación do Estado como social e democrático de dereito (aínda que dalgún xeito xa o recollía Constitución española de 1931), e os mecanismos da moción de censura de carácter construtiva, que debe incluír un candidato alternativo á presidencia do Goberno.

Da Constitución francesa de 1958, influencia no referente aos valores constitucionais, a organización estatal, e ás relacións entre ambas as dúas cámaras lexislativas.

Da portuguesa de 1976, a súa influencia tamén en todo o relativo á regulación dos dereitos e liberdades fundamentais, notándose neles o impacto dos convenios internacionais na materia.

6. Conclusión

O valor da nosa Constitución reside en que como norma suprema é froito dun largo proceso de evolución e corrección de erros, que trouxo consigo o paso dun texto constitucional a outro novo, onde dos albores dunha soberanía estrita radicada na persoa do Rei chegamos a un sistema democrático, social e de Dereito, que propugna como valores superiores, a liberdade, a xustiza, a igualdade e o pluralismo político.

Un texto onde o cidadán encontra un decálogo de dereitos e deberes, que dean resposta ao desexo dunha convivencia social, pacífica e organizada.

Bibliografía

Solé Tura, J y A, Eliseo (1977). *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*. Madrid: Siglo XXI.1982.

Blanco Valdés, R. *La Constitución de 1978*. Madrid: Alianza Editorial. 2003

García de Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, S.A.2006, Madrid.

A CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DO DEREITO Á VIVENDA

BRUNO CASTELO VARGAS

Estudiante do Grao en Dereito

Universidade de Santiago de Compostela

Resumo

Para entender a configuración do dereito á vivenda este artigo aborda primeiro as características xerais dos principios reitores da política económica e social e logo concreta os ámbitos subxectivo e obxectivo do dereito en cuestión, para finalizar cunha breve referencia ós seus límites.

Palabras clave

Dereito constitucional, principios reitores, vivenda, elementos.

Abstract

In order to understand how right to housing is configured this paper deals, firstly, with the point of rector principles of economical and social politics, then focuses on the subjective and objective ambits of this right and finishes with a brief reference to its limits.

Key words

Constitutional Law, rector principles, right to housing, elements

Artigo 47 da Constitución Española:

“Tódolos españois teñen dereito a disfrutar dunha vivenda digna e adecuada. Os poderes públicos promoverán as condicións necesarias e establecerán as normas pertinentes para facer efectivo este dereito regulando a utilización do solo de acordo co interese xeral para impedir a especulación.

A comunidade participará nas plusvalías que xere a acción urbanística dos entes públicos.”

O dereito á vivenda como principio reitor da política social e económica

O dereito á vivenda é recoñecido pola Constitución no seu artigo 47, no marco dos principios reitores da política social e económica. Estes, recollidos no Capítulo III do Título I da Constitución, supoñen una esixencia da actuación efectiva do Estado para garantir a satisfacción de unha serie de necesidades dos cidadáns, que estes deben ver cubertas sexa cal sexa o seu poder adquisitivo. Son, por tanto, unha consecuencia lóxica da declaración do Estado español como estado social que realiza o artigo 1 da Carta Magna.

Estes dereitos teñen unha importantísima vertente prestacional que, dado o momento histórico no que se aprobou a Constitución (coincidente cunha forte crise económica que puxo en dúbida a posibilidade de soste economicamente o Estado de benestar), determinou que esta os regulase cunha certa prudencia e os dotase de menos garantías, formais e materiais, que ós dereitos fundamentais.

A atenuación da eficacia xurídica destes dereitos maniféstase na súa carencia de aplicabilidade directa e no feito de que non crean verdadeiros dereitos subxectivos senón meras expectativas que deberán ser desenvolvidas polo lexislador e que só serán alegables no foro na medida en que as leis lles dean forma. Distínguense así dos dereitos fundamentais, que si son directamente aplicables.

Isto non significa, nin moito menos, que os preceptos constitucionais relativos a estes principios carezan de eficacia xurídica: en virtude do artigo 9.1 vinculan a todos os poderes públicos, non podendo estes contradicilos frontalmente, o que os converte en parámetros de constitucionalidade. Teñen tamén unha función habilitadora respecto ós poderes do Estado, xa que lles permiten levar a cabo actividades que, de non ser por eles, atentarían contra o dereito de propiedade protexido polo artigo 33 CE. Ademais, cumpren un papel orientador da actividade administrativa e da interpretación xudicial das leis, xa que os xuíces e tribunais deben interpretar as leis de forma que aseguren o máis posible as prestacións recollidas no Capítulo III.

Este é un pequeno resumo do valor xurídico dos principios reitores dos que o dereito á vivenda forma parte. Agora centrarémonos especificamente na análise do dereito á vivenda en si.

Titulares do dereito á vivenda

Di o artigo 47 que “todos os españois teñen dereito a disfrutar dunha vivenda”... Parece así que, a primeira vista, os titulares deste dereito van ser unicamente os cidadáns españois, quedando o goce do mesmo vedado ós estranxeiros. Porén, unha interpretación sistemática da Constitución indícanos que non é así, posto que o artigo 10.2 CE obriga a recoñecer o proclamado na Declaración Universal de Dereitos Humanos no seu artigo 25, no que este dereito esténdese a “toda persoa”, e no artigo 11 do Pacto Internacional de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais, que fai outro tanto. Ademais, os cidadáns de Estados membros da Unión Europea acceden ós beneficios da política de vivenda en igual medida que os españois, en virtude da libre circulación de persoas proclamada nos Tratados.

Así, é evidente que o ámbito subxectivo do dereito á vivenda é máis amplo do que resulta da interpretación literal do artigo 47.

As desigualdades entre nacionais e estranxeiros en materia de acceso ás políticas de vivenda deben estar fundamentadas e ser razoables.

Ámbito obxectivo do dereito á vivenda

O seu obxecto é a vivenda como ben de uso, como necesidade irrenunciable para que unha persoa poida levar unha vida digna. Para que un edificio poida ser considerado vivenda a efectos deste dereito ha de reunir unha serie de requisitos que permitan calificalo como “digno” e “adecuado”. Aínda que ambos adxectivos parezan ter un significado moi similar reflexiona Vaquer Caballería (2011) que “a dignidade é un concepto abstracto, mentres que a adecuación é unha característica relativa” (cfr. páx. 28). Así, a primeira ten un carácter “obxectivo” no sentido no que unha vivenda digna o será para calquera persoa, independentemente das súas circunstancias persoais, e o será por reunir unha serie de características que a fan apta para o seu uso residencial. A segunda, porén, depende das características da persoa que a vai ocupar, xa que cada individuo ten diferentes necesidades que deben ser satisfeitas pola vivenda en cuestión.

Hai que facer unha importante precisión á hora de afrontar a configuración constitucional do dereito á vivenda, que ven imposta por unha análise teleolóxica do mesmo: o obxectivo do constituínte era garantir que todos os españois gozasen dunha vida digna, independentemente do

seu poder adquisitivo, non garantir *unha casa propia a cada español*. Non debe, pois, confundirse o dereito ó goce dunha vivenda co dereito a ser propietario dunha vivenda. De feito, o mandato constitucional de eficiencia na xestión dos fondos públicos recollido no artigo 31 desaconsella este enfoque, xa que a gran cantidade de facultades que confire a propiedade fai que este sexa, en condicións normais, o dereito real máis custoso. Como hai outros títulos en virtude dos cales tamén é posible o goce da vivenda, é máis eficiente que a acción estatal se encamiñe a facilitar ós máis necesitados vivendas en réxime de arrendamento, superficie ou calquera outro título con efectos limitados no tempo.

O mandato constitucional de evitar a especulación

A Constitución, sabedora de que un excesivo prezo da vivenda pode interpoñerse no camiño dos cidadáns máis necesitados, insta ó lexislador a tomar as medidas necesarias para impedir a especulación. A previsión constitucional non é nova: a lexislación preconstitucional xa regulaba o uso do solo buscando impedir tal fenómeno. A exposición de motivos da Lei de 2 maio de 1975, de Reforma da Lei sobre Réxime de Solo e Ordenación Urbana, entendía que a escaseza de solo urbanizado era o factor determinante do elevado prezo de acceso á vivenda. Definía dita exposición a especulación como a retención da propiedade do solo coa intención de aproveitar a continua subida de prezos causada pola escaseza de dito recurso. Para evitar a especulación a Lei de 1975 buscaba incrementar a oferta de solo urbanizado, o que segundo o plantexamento do lexislador debería moderar o prezo da vivenda e incentivar ós propietarios a ofertaren as súas propiedades canto antes, facilitando ó acceso das persoas menos favorecidas ó mercado inmobiliario.

Porén, é evidente que o plantexamento recollido por esta lei estaba errado: durante a tristemente célebre burbulla inmobiliaria previa á crise económica a construción de vivendas disparouse (e con ela o stock das mesmas) e sen embargo os seus prezos non só non descenderon, senón que creceron tamén a gran velocidade ata acadar cotas totalmente absurdas e en absoluto correspondentes co valor real dos inmobles.

Como a actual situación de crise veu demostrar, a previsión do constituínte resultou case profética: hoxe en día a especulación resultou nunha situación do mercado inmobiliario que fai moi difícil que as persoas con menos recursos participen nel.

As plusvalías xeradas pola acción urbanística dos entes públicos:

O principio de afectación de plusvalías naceu no século XIX vinculado ás obras de ensanche que o incremento poblacional obrigou a realizar en moitas cidades españolas.

Xa nesta época entendía o lexislador que a urbanización beneficiaba ás persoas que tivesen propiedades na zona na que se ía edificar o novo ensanche, considerando xusto que os propietarios participasen non só das plusvalías xeradas por dita obra senón tamén nos custes da mesma.

A Lei de Expropiación Forzosa de 1879 instaurou o “sistema de afección total das plusvalías ó custe da urbanización” (Gómez-Ferrer Morant, 2008, cfr. páx. 1103) no seu artigo 49, que significaba que non só se expropiarían os terreos dedicados a vías públicas senón tamén as zonas laterais que ían ver incrementado o seu valor, sendo o xustiprezo o valor de ditas propiedades con anterioridade ás reformas.

A Lei do Réxime do Solo e Ordenación Urbana de 12 de maio de 1956 configurou o urbanismo como función pública, introduciu o concepto de “plan urbanístico” e obrigou ós propietarios non só a ceder gratuitamente terreos senón tamén a financiar á urbanización en proporción ós beneficios que esta lles reportaría, introducindo o principio de xusta distribución de beneficios e cargas. Este principio é consecuencia do enfoque legal do suxeito pasivo da obriga de cesión de terreos e de financiación da obra: a lei consideraba sometido á mesma ó conxunto dos propietarios, e non a cada dono de forma individual, configurándose dito conxunto como unha comunidade dentro da cal se repartirían proporcionalmente as cargas.

Este concepto de participación colectiva foi ampliado polas sucesivas reformas lexislativas en materia urbanística, como a Lei de Ordenación Urbana e Réxime do solo de 1975, que obrigaba ós propietarios a ceder os terreos destinados á construción de espazos verdes e escolas.

O constituínte de 1978 comprendeu a importancia da afectación das plusvalías, chegando a incluír unha previsión ó respecto no artigo 47.

Os límites do dereito á vivenda

O dereito que nos ocupa está limitado polo respecto á lei e ós dereitos dos demais cidadáns. Ó ser un principio reitor da política social e económica, non é susceptible de protección xurisdiccional senón na medida en que as leis ó recollen.

Hai múltiples límites legais ó dereito á vivenda: a Administración ten a facultade de expropiar vivendas en aras do interese xeral, os ocupantes das unidades privativas en réxime de propiedade horizontal poden ser desaloxados da súa vivenda se realizan actividades molestas ou prohibidas, o arrendador ten dereito a desafiuzar ó seu inquilino se este non paga a renda ou expirou o contrato de arrendamento ...

Distribución de competencias en materia de vivenda:

A aprobación da Constitución significou a perda da exclusividade estatal en materia lexislativa. As competencias en materia de urbanismo e vivenda foron asumidas polas Comunidades Autónomas dada a ausencia de previsión constitucional de reserva competencial en favor do Estado. O reparto de potestades entre Estado e Comunidades deu lugar a diversos pronunciamentos do Tribunal Constitucional (sentencias 179/1985, 95/1986, 152/1988...).

A doutrina do TC permitiu clarificar os límites das competencias autonómicas e definir o papel do Estado na regulación relativa ó dereito á vivenda.

Así, o Estado pode levar a cabo unha “actividade promocional da vivenda” (Gómez-Ferrer Morant, 2008, cfr. páx. 1106) como elemento dinamizador da economía e creador de emprego. A financiación privada da construción de vivendas pode ser regulada polo Estado en virtude das súas competencias sobre as bases da ordenación do crédito. A normativa estatal sobre ambos aspectos debe ter en conta que o Estado ten “competencia exclusiva sobre a regulación das condicións básicas que garantan a igualdade de todos os españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes constitucionais” (artigo 149.1.1 CE). O reparto competencial non pode ser obstáculo, entende o Tribunal Constitucional, para a persecución do interese xeral en materia de dereito á vivenda.

A regra xeral en materia de política de vivenda é a transferencia ás Comunidades Autónomas dos recursos estatais destinados ás actividades que o Estado se propón promover,

sendo só admisible a xestión estatal directa de tales asuntos cando sexa estritamente necesaria para asegurar as mesmas posibilidades de obtención e disfrute por parte dos seus potenciais destinatarios en todo o territorio nacional. As Comunidades Autónomas están facultadas para levar a cabo unha política propia sempre e cando esta sexa compatible coa planificación económica xeral do Estado. Non se pode entender o artigo 47 como un precepto creador de competencias específicas para o Estado, senón como un principio informador da acción dos poderes públicos en xeral no ámbito das súas respectivas competencias.

Conclusión

É palmario que todo ser humano necesita unha vivenda adecuada para disfrutar dunha vida digna, así como o feito de que os elevados prezos que son unha constante no mercado inmobiliario poden impedir a moitas persoas de baixo poder adquisitivo satisfacer dita necesidade. O constituínte, consciente de isto, preveu o dereito á vivenda na lei de leis, e, para compatibilizar dito dereito coa estabilidade financeira do Estado dotouno dunha protección atenuada respecto ós dereitos fundamentais.

O tempo de crise económica na que vivimos non debe impulsar unha tendencia de recortes en materia de vivenda. Ó contrario: o lexislador debe actuar para facilitar unha vivenda digna ós máis necesitados, sexa mediante financiación directa (como plans de vivenda protexida) ou a través de lexislación destinada a evitar que un ben tan necesario como a vivenda sexa obxecto de especulación, práctica esta que demostrou ser moi nociva non só para os aspirantes a obter un fogar senón para o sistema financeiro e a economía en xeral.

Bibliografía:

López Guerra, L.; Espín, E.; García Morillo, J.; Pérez Tremps, P.; Satrústegui, M.: *Derecho Constitucional, el ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch (2003).

Vaquero Caballería, M.: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*. Iustel (2011).

Casas Baamonde, M.E.; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (directores): *Comentarios a la Constitución Española*. Fundación Wolters Kluwer (2008). Dentro deste libro atópase o artigo de Gómez-Ferrer Morant, R. que se cita no presente traballo, ocupando as páxinas 1101 a 1112.

A SOBERANÍA DOS ESTADOS

FABIOLA ABOY GARCÍA
Estudiante do Grao en Dereito
Universidade de Santiago de Compostela

Resumo: os Estados, por razón de ser así considerados, teñen unha serie de dereitos e obrigacións consigo mesmo e relacións entre eles. Existen órganos supranacionais que velan polo bo desenvolvemento destas que permiten unha convivencia pacífica e acomodada.

Palabras clave: soberanía, Estados, relacións.

Abstract: States, due to their sovereignty, have a group of rights and obligations among themselves and they develop mutual relationships. There are comunitary groups which take care of the development of them and which allow a pacific coexistence.

Key words: sovereignty, States, relationships

Os Estados, por razón de ser así considerados, teñen unha serie de dereitos e obrigacións consigo mesmo e relacións entre eles. Existen órganos supranacionais que velan polo bo desenvolvemento destas que permiten unha convivencia pacífica e acomodada.

Nos nosos días, estamos afeitos a que as distintas nacións que compoñen o noso planeta realicen intervencións a favor dos seus propios intereses mesmo boicoteando as normas que regulan as relacións entre estados, o Dereito Internacional Público. Nos últimos anos un dos casos máis relevantes foi o acontecido o 2 de maio de 2011, cando EUA, mediante unha operación secreta realizada sen coñecemento do estado paquistaní, deu morte ao terrorista máis buscado do mundo, Bin Laden.

Que é o que realmente se está a violar? Deben consentirse esta serie de actuacións? Que regulación existe ao respecto?

O Estado é o suxeito e elemento fundamental da sociedade internacional, do Dereito Internacional Público. Malia as diferenzas obvias entre eles, son todos posuidores da mesma situación xurídica de soberanía e definidos polo principio de igualdade soberana.

O nacemento dos Estados produciuse debido a procesos bélicos, confrontacións entre distintos pobos que foron concretando o mapa actual das nacións. Un claro exemplo foi o proceso da descolonización no século XX, do cal conseguiron a autodeterminación máis dun centenar de Estados, ou, tras a disolución da antiga Iugoslavia, a aparición de seis novos Estados.

Os Estados e a súa soberanía sufriron grandes cambios dos que se estableceron co nacemento do Estado moderno en 1648 coa firma da Paz de Westfalia coa cal se puxo fin á Guerra dos Trinta Anos en Alemaña e á Guerra dos oitenta anos entre España e o Países Baixos e levou a Europa a unha situación de equilibrio entre as potencias europeas.

"Haberá unha paz cristiá e universal, e unha amizade sincera, auténtica e perpetua entre [...] todos e cada un [...]. Que esta paz e amizade sexa observada e cultivada con tal sinceridade e celo, que cada parte se esforzará en procurar o beneficio, honra e vantaxe do outro [...]." (título 1º Tratado de Paz de Westfalia).

Foi o primeiro grande instrumento que recoñeceu a soberanía, a non intervención noutros Estados e a igualdade de trato entre estes; pero co paso dos séculos impuxéronse uns límites implícitos a causa da realidade e a interdependencia, derivados da globalización e transnacionalización tanto das actividades estatais coma das actividades dos seres humanos. Estes límites derivan da necesidade de respectar a soberanía do resto de Estados.

No Dereito Internacional non se regula o proceso de formación dun Estado senón que débese atender a unha serie de criterios obxectivos necesarios para a súa verificación como o é a existencia dun territorio propio, base física e soporte do Estado sobre o cal se actúa con exclusividade; existencia dunha poboación establecida sobre o devandito territorio e, a existencia dunha estrutura gobernamental e administrativa efectiva que faga efectivo o control interno e internacional e cumpra as funcións propias do Estado. Xunto con todos estes criterios hai que tratar o elemento máis importante e que está unido inherentemente á calidade de Estado, a soberanía.

Ao longo da historia veuse estudando o concepto de soberanía en canto a característica fundamental sen a cal non se pode falar de estado. A soberanía é un conxunto de poderes, competencias; dereitos supremos e exclusivos dos que dispón un Estado para exercer nun plano de independencia e igualdade en relación cos demais Estados. Isto significa que ningún estado debe inmiscirse nos asuntos que sexan competencia exclusiva do ordenamento xurídico e político doutro.

É o atributo característico e exclusivo do Estado, elemento decisivo que permite distinguilo doutros Estados. Pode definirse en dous ámbitos distintos, un interno no que dentro del é a relación entre o Estado e a poboación do seu territorio, pero no ámbito do Dereito Internacional, o externo, ese termo é moito máis amplo, significa autoridade suprema e completa, poder máximo do Estado e ausencia de sometemento a un poder superior, o cal lles fai independente.

A soberanía necesita ter poderes e competencias determinadas para o cumprimento último da función dos intereses xerais. Estas competencias teñen un carácter orixinario.

Nesta materia existe unha sentenza da Corte Permanente de Xustiza Internacional, órgano antecesor do Tribunal Internacional de Xustiza, datada de 1928 na que se soporta que a soberanía ten dous elementos característicos que a definen como son a plenitude e a exclusividade. A plenitude denota a plena e máis ampla capacidade de cada Estado para participar en todos vos actos e normas de dereito internacional, mentres que a exclusividade se refire ao xa antes mencionado, que ou estado exerce os poderes de forma individual, en nome propio, sen que outro estado poida exercelos sen un consentimento previo, expreso e válido.

Os Estados poden desprezar todas as competencias que non fosen sometidas a unha restrición específica aceptada polo Estado ou derivada dunha obriga internacional.

A propia Carta de Nacións Unidas no seu artigo 2.7 reconece os asuntos "que son esencialmente da xurisdición interna dos Estados"

A soberanía ten manifestacións concretas, uns principios básicos recollidos na Carta de Nacións Unidas de 1945 no seu artigo 2, ao igual que na Resolución 2625 da Asemblea Xeral de Nacións Unidas, establécese como principios básicos os de igualdade soberana e, implicitamente,

o de non intervención. Débeselle unir o de inmunidade de xurisdición e de execución do Estado estranxeiro.

Art.º 2.1: A Organización esta baseada no principio da igualdade soberana de todos os seus Membros.

Art.º 2.7: Ningunha disposición desta Carta autorizará ás Nacións Unidas a intervir nos asuntos que son esencialmente da xurisdición interna dos Estados, nin obrigará; aos Membros a someter os devanditos asuntos a procedementos de arranxo conforme á presente Carta; pero este principio non se opón á aplicación das medidas coercitivas prescritas no Capítulo VII.

O principio de non intervención fai referencia aos asuntos que son da xurisdición interna dos Estados por parte doutros. Foi reproducido en numerosas resolucións, entre elas a 2131 da Asemblea Xeral sobre a inadmisibilidade da intervención nos asuntos internos dos Estados e a protección da súa independencia e soberanía.

Neste principio ábrese unha vía á excepción á regra xeral, e son as medidas de acción en caso de ameazas á paz, quebrantamentos desta ou actos de agresión, pero para poñerse en práctica só está lexitimada a Organización de Nacións Unidas, só ela dispón do poder de coerción en toda a súa extensión. Coñécese como sistema de seguridade colectiva de Nacións Unidas e o órgano que principalmente o vai exercer é o Consello de Seguridade. Na actualidade cobrou gran importancia a intervención nos asuntos internos doutros Estados en virtude da asistencia humanitaria xa que se apela á responsabilidade de protexer ás poboacións cando o Estado sobre o cal está o territorio no que se asentan non cumpre cos seus deberes.

En base ao principio de non intervención, destácase que a pesares de flexibilizarse mediante o consentimento, existen prácticas denominadas ilícitas nas cales un ou varios estados, ou o seus órganos de goberno, deciden influír nos actos internos ou externos pertencentes a outro con ánimo coercitivo de impoñer a súa vontade fronte aos do Estado violado. Ante estas prácticas o Estado vítima pode denunciar para que cesen, e de seu, sexan reparadas.

Por último, en canto á inmunidade soberana do Estado, é un ápice moi importante igualmente xa que absorbe a inmunidade de xurisdición e de execución dos mesmos, que exclúe que as instancias xudiciais doutros países poidan axuizalos. Subsiste na actualidade para actos

realizados no exercicio da súa soberanía pero non sempre nos actos realizados no marco das actividades civís e comerciais. A inmunidade de execución impide a execución coercitiva da decisión xudicial dun tribunal doutro país contra os bens que estean sitos no territorio.

Concluíndo, o politólogo e xurista alemán Hermann Heller escribiu que o Estado é a unidade de denominación, de decisión nun territorio, independente no exterior e interior, que actúa de modo continuo con medios propios e delimitada no persoal e territorial, isto, reflexa con claridade o que o Dereito Internacional Público e todas as organizacións que se encargan de regular as relacións entre Estados queren garantir, protexer e promover, condenando todas aquelas prácticas que así non o fagan.

BIBLIOGRAFÍA

Carrillo Salcedo, José Antonio. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Editorial Tecnos. 2011.

Juste Ruiz, José; Castillo Daudí, Mireya, Bou Franch, Valentín. Lecciones de Derecho Internacional Público. Valencia: Tirant lo Blanc. 2011.

Díez de Velasco, M.: Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 18ª ed., 2013

RESOLUCIÓN 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2790/6.pdf>

<http://www.racmyp.es/docs/anales/A84/A84-23.pdf>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/832/11.pdf>

O ANTIIMPERIALISMO EN ACCIÓN: RUSIA, CHINA E SIRIA

VÍCTOR M. SANTANA LORENZO

Estudiante do Máster en Estudos Árabes e Islámicos Contemporáneos
Universidade Autónoma de Madrid

Resumo: Este artigo ten por obxecto abordar a situación do conflito sirio no escenario internacional da rexión e, igualmente, brindar algunhas ferramentas que permitan analizar a loita de intereses dos distintos países implicados. Para iso, faise un percorrido a través das alianzas de Siria e as súas conexións co conflito.

Posteriormente, abórdase a situación actual de Siria coa intención de analizar si imos poder ver unha pronta resolución do conflito e quen sería o hipotético vencedor.

Palabras Chave: Siria, conflito sirio, Irán, Rusia, China, antiimperialismo.

Abstract: The main aim of this article is to cover the Syrian conflict in the context of the international situation in the Middle East in order to give some tools, which allow the analysis of the struggle of interests of the countries involved. In this sense, we cover the path through Syria's alliances and their participation in the conflict.

After that, the present situation of Syria is going to be explained with the principal intention of discovering if a sooner solution is possible and who will be the hypothetical victor.

Key Words: Syria, Syrian conflict, Iran, Russia, China, anti-imperialism.

Dende o ano 2011, estamos vivindo o espertar do pobo sirio, que se enfronta de xeito directo a unha estrutura de Estado, organizada polo Baaz, con máis de 50 anos á fronte dun goberno que sistematicamente provocou medo, humillación e saqueos á poboación que hoxe esperta (Abbas, 2011).

Este partido, que con man de ferro gobernou Siria durante o último medio século, é o responsable do achegamento na década dos 60 ao bloque soviético, coa conseguinte proliferación dun sentimento anti-imperialista fronte ás potencias occidentais e en concreto cara a Estados Unidos de América.

A finais dos anos 90, un académico americano, Zbigniew Brzezinski (2003), resaltou que o maior perigo que podería existir para a hexemonía dos Estados Unidos sería unha coalición opositora, ao

dominio do poder americano na rexión, formada por Rusia, China e Irán, aínda que tamén recalcou que se trataría dun escenario moi pouco probable. Hoxe en día vemos como ese escenario estase dando e está facendo uso do seu control sobre Siria para demostrar a efectividade do seu poder sobre a rexión.

1. O Baaz

O partido Baaz é o partido no que se sustenta, a día de hoxe, o goberno alauí dos Al-Assad, o que organiza o Estado e o canalizador do poder a tódolos estamentos da sociedade. Pero o Baaz non é un partido recente, ten unha longa historia que non sempre estivo baixo o dominio da familia Al-Assad e das elites alauíes nas que se apoiou.

O partido Baaz chegou ao poder en Siria en 1963, pero é a partir de 1966 cando se empezou a marcar o rumbo do que é o actual Baaz. Nese tempo a proliferación do comunismo en Siria foi exponencial, obtendo un apoio institucional e social moi grande, chegándose a considerar o comunismo como o único mecanismo garante da unidade nacional así como a independencia do país fronte a potencias estranxeiras (Van Dam, 1996).

O Baaz articulouse durante os anos de Hafez Al-Assad á fronte do goberno, 1971-2000, como o instrumento político para controlar á poboación, instrumento que herdou o seu fillo Bashar Al-Assad no ano 2000 trala morte do seu pai, e que seguiu utilizando ao seu antollo ata o ano 2011, cando o pobo sirio dixo basta.

Pero a partir do 2000 a influencia do Baaz na sociedade foi perdendo peso debido a unha serie de sucesos que ocorreron na rexión como: a invasión de Irak no 2003, o que provocou un aumento da presión occidental en Oriente Medio, o asasinato do primeiro ministro de Líbano Rafiq Al-Hariri en 2005 e o non recoñecemento por parte das potencias occidentais da vitoria electoral de Hamás en 2006, o que levou a Bashar a fortalecer ás forzas de seguridade do Estado (Pierret, 2012: 179-200) e a fomentar a reislamización da sociedade.

2. Rusia

O Baaz é o nexa que permite fomentar as relacións entre Siria e a Unión Soviética, as cales comezaron en 1953, cando no seo do Consello de Seguridade de Nacións Unidas, os soviéticos sitúanse con Siria no conflito sobre as augas do Xordán contra Israel. Siria declarouse neutral durante estes anos pero debido ao apoio que as potencias occidentais deron á creación do Estado de Israel e o rexeitamento que Siria mostrou a isto dende un principio, propiciou que o achegamento ao bloque soviético fose unha realidade, incentivada cunha serie de beneficios económicos provenientes deste bloque (Ginat, 2005).

As seguintes décadas supuxeron para Siria un maior achegamento e colaboración co bloque soviético. Pero foi na década dos 70 cando Siria acadou o posto de aliado prioritario da URSS en Oriente Medio e o mundo árabe, debido en parte á perda de influencia do bloque do leste sobre Exipto.

A conxelación das relacións entre os dous países chegou á raíz da caída da URSS en 1991 e á aparición dunha Rusia que debía facer fronte aos retos internos. Oito anos despois, coa chegada do ministro de exteriores ruso Primakov, volvéronse a poñer os ollos sobre Oriente Medio. Pero non foi ata 2003 e debido á invasión de Irak por parte de EEUU cando a alianza entre Siria e Rusia se volveu a fortalecer. A velocidade coa que Rusia se apresurou a recuperar as boas relacións con Siria formou parte dunha estratexia para non permitir que a influencia de Estados Unidos en Oriente Medio crecese.

A importancia que Rusia lle confire a Siria pasa por moitos sectores, dende o comercial, onde o sector enerxético e a venda de armamento son puntos chave, ata a propia posición xeoestratéxica de Siria e as relacións de este coa súa contorna. A balanza comercial entre ambos países non supón unha gran porcentaxe de negocio para Rusia, pero a economía rusa fíxose oco nalgúns sectores estratéxicos sirios como a explotación de xacementos petrolíferos ou a construción de proxectos hídricos, investimento que se realizou a partir de 2005 coa condonación do 73% da débeda que Siria tiña con Rusia (Sánchez, 2006).

Para Rusia os beneficios obtidos polas exportacións de gas a Europa son moi importantes, por iso controlar a través do goberno sirio as canles de gas que transportan ese recurso a Europa desde Qatar¹ é unha oportunidade á que Rusia non se pode negar, poder controlar os prezos do gas ao seu antollo, provoca que os intereses de Rusia en Siria tamén se vexan influenciados por isto (Minnin, 2013).

A venda de armamento é o sector comercial máis beneficioso para Rusia, tendo en conta que a día de hoxe case a totalidade do inventario de armas sirio procede de Rusia, destacando por exemplo o actual sistema de defensa aéreo, mísiles Ónix P-800 equipados cun sistema de radar de última xeración. Deixando ao carón a balanza comercial entre os dous países, os intereses de Rusia tamén se centran noutro sector, a situación xeoestratéxica de Siria en Oriente Medio. Siria conta cunha saída ao Mediterráneo e unha conexión directa con Líbano, Irak e Israel, ademais dunha influencia sobre Palestina e Irán.

A saída ao Mediterráneo é esencial para Rusia: en Tartus, cidade siria do mar Mediterráneo, o Goberno ruso conta coa súa única base naval militar fora do territorio da antiga Unión Soviética. Este enclave é considerado como necesario para manter a súa influencia na zona (Ghilès, 2013). As influencias que Siria pode exercer nos países da rexión, ou sobre determinados grupos, é outro motivo para o apoio

¹ Qatar é un dos primeiros produtores de gas do mundo. <http://www.indexmundi.com/map/?t=0&v=136&r=me&l=es> (consultado: 2.07.2013).

que Rusia está prestando a Siria. O uso por parte do antigo país soviético destes lazos axudarlle a afianzar o seu poder na rexión e facer fronte á influencia crecente das potencias occidentais.

A conexión que une a Rusia e Irán é o punto máis importante para Siria, xa que é debido a esta estreita relación pola que Rusia segue mantendo o apoio a Bashar Al-Assad. O programa nuclear iraní está apoiado por Rusia coa intención de dotar a Irán dun poder que lle consolide na rexión fronte ao posicionamento Occidental e Israel e para iso a consolidación da Siria dos Al-Assad como primeira liña é esencial. De aí a importancia que Rusia lle está concedendo ao conflito.

3. China

A diferenza de Siria e Rusia, as relacións entre China e Siria non son antigas e as existentes hoxe en día son en case a súa totalidade por asuntos comerciais. A ideoloxía socialista, o uso dun partido para vertebrar o Estado e a necesidade de facer fronte a un Occidente cada vez máis próximo ás súas fronteiras, son puntos en común entre o xigante asiático e Siria pero non suficientes para explicar o apoio que China brinda ao réxime de Bashar desde o inicio do conflito en 2011.

Durante estes anos vimos como os intereses de China van máis aló da propia guerra, defendendo sempre un diálogo entre as partes cun especial interese pola non intervención, deixando claro que o respecto á Carta de Nacións Unidas é esencial para unha solución pacífica do conflito e esquecéndose das súas posicións en anteriores conflitos como o de Sudán en 2007².

A diferenza de Rusia, os intereses comerciais chineses en Siria son moi importantes. En 2011, China converteuse no primeiro socio comercial do réxime de Bashar, ascendendo o total dos intercambios comerciais a máis de 2,4 mil millóns de dólares (Wuthnow, 2012), unha cifra récord conseguida en apenas 7 anos, xa que foi a raíz da creación do Consello de Negocios China-Siria en 2004 cando as relacións comerciais entre os dous países despegaron.

Nas relacións comerciais entre China e Siria adquire un importante rol o sector enerxético. O propio Goberno chinés a través da Corporación Petrolleira Nacional China e empresas privadas investiu dende o 2005 centos de miles de millóns de dólares nas maiores petrolleiras sirias, na procura de novos xacementos e en I+D do país para fomentar a eficiencia enerxética. Pero foi tralo embargo imposto pola Unión Europea e Estados Unidos cando China tomou vantaxe e asumiu a compra de petróleo, que ata ese momento Siria exportaba a Occidente.

Ante isto é lóxico pensar que o posicionamento de China vai enfocado a protexer os seus intereses

² Conflito de Darfur, foi unha guerra racial entre os árabes e negros da zona na que China tomou parte coa venda de armamento ao goberno e este o repartiu entre os grupos árabes.

económicos no país, debido a que ante unha caída do réxime de Bashar os seus contratos estarían en perigo. Por iso a resolución que o goberno de China busca pasa sempre por unha solución negociada por ambos bandos. Non é menos importante o interese que China está poñendo en afianzar a súa cada vez máis activa presenza internacional, unha nova diplomacia que o país do dragón quere impoñer en Oriente Medio e o resto do mundo.

De tódalas maneiras, o peso da economía siria e a produción petrolífera non son tan significativos para China en datos absolutos como para vincularse dun xeito tan directo ao réxime de Bashar. Por iso é obvio pensar que os intereses radican non en clave deste conflito en concreto, senón que exceden a un nivel máis rexional. Do mesmo xeito que Rusia, China considera vital o mantemento do estatus de Irán na rexión, e para iso ve necesario manter unha fronte ante o posicionamento de Occidente cos países do Golfo e Siria é a peza central; si caera desestructuraríase toda a rexión a favor de Occidente (Shen, 2012).

4. Rusia e China

Non é casualidade que ambas potencias, Rusia e China, actúen en bloque ante o conflito de Siria. Parte dos obxectivos que teñen como nacións concordan. Evitar unha maior fortaleza dos países occidentais na rexión pero tamén defender os seus intereses nacionais vense reflectidos nesta contenda rexional.

O bloque China-Rusia actuou xa de xeito conxunto na resolución 1973 que en marzo de 2011 autorizou a Nacións Unidas a tomar todo tipo de medidas, salvo a intervención terrestre en Libia. Isto, a ollos das dúas potencias, que se abstiveron, foi un erro que non debe repetirse en Siria. Por iso é polo que ambas manteñen a postura de non intervención, así como o fomento do diálogo entre as partes co fin de que sexa o actual goberno de Bashar, o que se manteña no poder ata as seguintes eleccións, liderando unha transición no país. Pero esta saída é inviable para os grupos opositores debido á loita fratricida que se está vivindo, onde se lle acusa a Bashar de cruzar a liña vermella cando comezou a matar ao seu pobo.

Estes dous países son fieis defensores, no caso de Siria, de respectar os principios da Carta de Nacións Unidas e por iso están vetando sistematicamente as resolucións que se queren adoptar no Consello de Seguridade. Recalcan, pola contra, a necesidade de solucionar o conflito baixo os termos da Conferencia de Xenebra, engadindo ademais á mesa de negociacións a Irán, decisión coa que Estados Unidos non se sente cómodo (Soles i Lecha, 2012).

China e Rusia son os segundos e oitavos consumidores de petróleo do mundo³, o que significa que

³ Web Indexmundi: <http://www.indexmundi.com/map/?t=0&v=91&r=xx&l=es> (consultado: 20.06.2013).

están moi expostos aos cambios de prezos deste produto. Malia que Rusia teña unha importación moi baixa de cru, China é a segunda tras Estados Unidos en demandar este ben directamente dende Oriente Medio. Isto é outro dos motivos que moven a estas dúas grandes potencias a tomar parte no conflito de Siria.

Unha eventual caída do réxime de Bashar provocaría un debilitamento de Irán como potencia antiimperialista na zona, sabendo que a súa capacidade para influír en Hezbolá ou Hamás veríase reducida e que o apoio que lle pode ofrecer Irak non é suficiente para substituír a Siria.

Isto provocaría que Irán quedácese a mercé dun auxe dos países do sur, Arabia Saudita e Qatar sobre todo, que se aproveitarían para influír no novo goberno de Siria conflito acrecentado pola división Chií-Suní. Tal hipótese acrecentaría a inestabilidade con Irán e achegaría de xeito inminente un conflito aínda a maior escala na rexión, axudado polo programa nuclear iraní, o que conlevaría unha suba vertixinosa dos prezos do petróleo. Este escenario é o que Rusia e China queren evitar custe o que custe, e para iso non dubidan á hora de apoiar a Bashar.

Conclusiones

A solución ao conflito sirio está moi lonxe de ser unha realidade. Logo do analizado para realizar este artigo, pódese dicir que cada vez lle será máis difícil á oposición facer fronte a un réxime que conta dende un primeiro momento cuns apoios sólidos que lle nutren de diñeiro, armas e combatentes, xa que, ademais, a insurxencia atópase moi fragmentada, con poucos apoios de Occidente e cunha achega continua das potencias sunníes cuxa finalidade é financiar a certos grupos que a diversifican e debilitan.

O elemento que complica a resolución do conflito son os intereses de cariz antiimperialistas que sobrevoan a rexión da man de Rusia e China, dúas das principais potencias aliadas de Bashar Al-Assad ante as Nacións Unidas. Ambas, por separado ou conxuntamente, bloquearon constantemente as decisións do Consello de Seguridade, afastando aínda máis a poucas oportunidade dunha intervención de Nacións Unidas que podería impulsar o avance da oposición.

Ante estes apoios exteriores do réxime, o grupo de potencias occidentais que apoian á oposición (Estados Unidos, Francia, Inglaterra e Alemania) así como o grupo de países sunníes do Golfo, decidiron aportar algúns dos medios necesarios –armamentísticos e financeiros- ao Exército Sirio de Liberación, amparándose nas brutais agresións que a oposición está sufrindo. Nestas circunstancias, o fracaso dunha solución pacífica é patente, quedando a resolución militar ao arbitrio da lei do máis forte, como se puido comprobar na última reunión do G-8, na cal Rusia mostrouse claramente reacia a chegar a un acordo con Estados Unidos, acordo que cada vez máis vemos como se ten que ir adecuando aos intereses de Rusia

sobre unha non intervención.

Debemos concluír destacando que estamos ante un conflito armado entre dous bandos moi desiguais. Por unha banda temos un réxime fortemente armado, cunha achega continua de combatentes, e no outro, unha oposición que ve como as súas aspiracións de derrocar a Bashar Al-Assad vanse reducindo ante un apoio de Occidente cada vez máis laxo, motivado en parte polo medo ás divisións internas dentro da propia oposición así como un non convencemento dos beneficios que provocaría un cambio de poder. Por todo isto, estamos convencidos de que unha resolución próxima do conflito é inviable e moito menos a favor da oposición, a non ser que o Consello de Seguridade de Nacións Unidas supere o bloqueo no que está sumido polos continuos vetos de Rusia e China.

Bibliografía

Abbas, H. (2011). "The Dynamics of the Uprising in Syria". Arab Reform Brief. 5.10.2011.

<http://www.arab-reform.net/dynamics-uprising-syria> (Consultado: 20.05.2013).

Arteaga, F. (2011). "Siria: La caída del régimen, entre la intervención externa y la guerra civil". Real Instituto Elcano. 12.12.2011.

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/especiales/crisismundoarabe/analisis/rie/ari160-2011 (Consultado 12.05.2013).

Brzezinski, Z. (2003). Out of Control: Global Turmoil on the Eve of the 21st Century. Touchstone, 2003 (reeditado).

"El régimen sirio intensifica su ofensiva por el control de Qusair". 25.05.2013. El País.

http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/25/actualidad/1369493038_363606.html (consultado: 1.06.2013).

Ghilès, F. (2013). "Russia in Syria and the shape of the Middle East". Opinión CIDOB, n.º 195. 18.06.2013.

http://www.cidob.org/ca/publicacions/opinio/mediterraneo_y_oriente_medio/russia_in_syria_and_the_shape_of_the_middle_east (Consultado 28.06.2013).

Gómez García, L. (2009). Diccionario de islam e islamismo. Espasa, Barcelona.

Masters, J. (2013). "What is the Status of the Situation in Syria?". Council on Foreign Relation. 8.05.2013.

<http://www.cfr.org/syria/syrias-crisis-global-response/p28402> (Consultado 3.06.2013).

Meneses, R. (2013). "La guerra civil siria en clave regional: El impacto en los países vecinos". Anuario CEIPAZ 2013-2014.

Minin, D. (2013). "The geopolitics of gas and the Syrian Crisis: Syrian "opposition" armed to thwart constuction of Iran-Iraq-Syria gas pipeline". 31.05.2013. <http://www.globalresearch.ca/the-geopolitics-of-gas-and-the-syrian-crisis-syrian-opposition-armed-to-thwart-construction-of-iran-iraq-syria-gas-pipeline/5337452> (consultado a fecha 21 de junio 2013).

Nisman, D. , Brode, D. (2013). "Will Syria bleed Hezbollah dry?". The New York Times. 30.01.2013. http://www.nytimes.com/2013/01/31/opinion/global/will-syria-bleed-hezbollah-dry.html?_r=0 (consultado: 2.06.2013).

Pierret, T. (2011). Bass et islam en Syrie: La dynastie Assad face aux oulèmas. Presses Universitaires de France. Paris.

"Reanudan las reuniones del G-8 sin alcanzar acuerdo sobre Siria". Público a fecha 18.06. 2013. <http://www.publico.es/internacional/457403/reanudada-las-reunion-del-g8-sin-alcanzar-un-acuerdo-sobre-siria> (consultado: 28.06.2013).

Sancha, N. (2011). "El desafío de El Assad y las vacilaciones de Occidente". Política Exterior. vol. 25, nº 142, págs. 24-33.

Sánchez Andrés, A. (2006). "Las relaciones económico-políticas de Rusia con Siria y su impacto sobre Oriente Medio". Real Instituto Elcano. http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/952/952_SanchezAndres.pdf (Consultado 23 de mayo de 2013).

Shen, S. (2012). No Longer Keeping a Low Profile: Change in Diplomacy in China's involvement in Syria . Ming Pao. Hong Kong.

Solés i Lecha, E. (2012). "Mucho más que Siria: Las razones tras el veto ruso y chino". Opinión CIDOB, n.º 138.

Van Dam, N. (1996). The Struggle for Power in Syria: Politics and Society under Assad and the Ba'ath Party. I.B.Tauris. Londres.

Wuthnow, J. (2012). "Why China Would Intervene in Syria". The National Interest. 16.07.2012. <http://nationalinterest.org/commentary/why-china-would-intervene-syria-7197> (Consultado 5.06.2013).

A CONDUCTA TÍPICA NO DELITO DE PREVARICACIÓN DE AUTORIDADES E FUNCIONARIOS PÚBLICOS. ARTIGO 404 DO CÓDIGO PENAL

RUBÉN MIRANDA GONÇALVES

Licenciado en Dereito

Estudante do Máster en Dº das Administracións e Institucións Públicas

Universidade de Santiago de Compostela

Resumo

A prevaricación administrativa é unha das figuras máis actuais na actualidade, por iso ao longo deste breve artigo trataremos de analizar a súa conduta típica segundo a xurisprudencia do Tribunal Supremo.

Palabras chave

Prevaricación administrativa, Código Penal, resolución arbitraria

Abstract

Administrative prevarication is one of the most present figures nowadays. Because of that, we will try to analyse in this brief paper its typical elements according to the TS jurisprudence.

Key words

Administrative prevarication, Penal Code, arbitrary resolution

O delito de prevaricación de autoridade ou funcionario público, encóntrase recollido no artigo 404 do noso Código Penal cando recolle que: *“a autoridade ou funcionario público que, a sabendas da súa inxustiza, ditare unha resolución arbitraria nun asunto administrativo castigaráselle coa pena de inhabilitación especial para emprego ou cargo público por tempo de sete a dez anos.”*

Para falar de deste delito teñen que darse unha serie de requisitos básicos, é dicir, teñen que consumarse unha serie de elementos que sen eles non estaría recoñecido como tal. O

Tribunal Supremo sinala cales son eses requisitos básicos en reiterada xurisprudencia¹. Así, será necesario que:

En primeiro lugar, sinala o TS que para falar deste tipo de prevaricación “*o suxeito activo ten que ser unha autoridade ou funcionario público*”. En segundo lugar, “*que o suxeito activo dite unha resolución arbitraria*”. En terceiro lugar, “*que dita resolución arbitraria se ditase a sabendas da súa inxustiza, ou que constituíse un elemento subxectivo expresamente esixido polo tipo e que configura ao delito como infracción inequivocamente dolosa.*”

A conduta típica deste delito consiste en que unha autoridade ou funcionario público, “*a sabendas da súa inxustiza dita unha resolución arbitraria nun asunto administrativo*”. Para que o lector poida comprender mellor o asunto, o lóxico será analizar cada termo por separado.

Para segui-la mesma orde que nos da o propio precepto, comezaremos analizando o tipo subxectivo deste delito o cal se expresa, sen lugar a dúbidas, co termo “*a sabendas da súa inxustiza*”.

O funcionario público ou autoridade ten que coñecer que a resolución que vai ditar é inxusta e polo tanto ilegal. O profesor GONZÁLEZ CUSSAC² dinos que “*a locución “a sabendas” contida no artigo 404, non deixa lugar a dúbidas sobre a necesidade de esixir a forma dolosa. (...) Doutrina e xurisprudencia móstranse ata aquí coincidentes de modo unánime.*”

Ademais o propio TS en reiterada xurisprudencia³ ratifícase en que esta locución enténdese como: “*conciencia e vontade do acto, isto é, con intención deliberada e plena conciencia da ilegalidade do acto realizado, é dicir, concorrendo os elementos propios do dolo.*”

En xurisprudencia máis recente, concretamente do ano 2001⁴ indícasenos que “*para que se poida considerar cometido o delito de prevaricación administrativa requírese que a autoridade ou funcionario actúe efectivamente “a sabendas”, o que no art. 404 CP vixente*

¹ Vid. SSTs 15 de novembro de 2004 (RJ 2004\8013); 25 de setembro de 2001 (RJ 20001\8092); 10 de xullo de 1995 (RJ 1995\5400); 14 de febreiro de 1994 (RJ 1994\731)

² Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 112.

³ Vid. STS de 22 de novembro de 1990 ([RJ 1990\9081](#)), STS 766/1992 de 26 de marzo RJ 1992\2475), STS 172/1993 de 8 febreiro (RJ 1993\939) e STS 877/1995 de 14 de xullo. (RJ 1995\5435)

⁴ Vid. STS 2340/2001 de 10 de decembro (RJ 2002\1791)

exprésase dicindo "a sabendas da súa inxustiza", é dicir, da inxustiza da resolución que se dita, formulación que seguramente non engade cousa algunha significativa á definición do tipo que figuraba no primeiro parágrafo do art. 358 CP 1973, aínda que a desaparición da forma culposa, antes prevista no segundo parágrafo do mesmo artigo, e a persistencia da locución "a sabendas" pode reforzar o vello criterio xurisprudencial -Sentenzas de 26 de Febreiro e 16 de Maio de 1.992- de que se trata dun tipo delituoso que non admite a comisión por dolo eventual. Cabe pensar, por iso, que nos atopamos ante a esixencia dun elemento subxectivo cualificado que non poderá senón ser coidadosamente ponderado cando o presunto culpable da prevaricación sexa unha persoa lega en dereito ou inexperta en temas administrativos, de xeito que se cometerá o delito de prevaricación administrativa -S. de 2-11-99- cando a autoridade ou funcionario, tendo plena conciencia de que resolve a marxe do ordenamento xurídico e de que ocasiona un resultado materialmente inxusto, adopta un determinado acordo porque quere aquel resultado e antepón a súa vontade a calquera outra consideración."

Analizado o termo *"a sabendas"*, cómpre tratar agora a outra locución que segue a esta e que se trata *"da súa inxustiza"* xa que pode xerar algún tipo de dúbidas con ilegalidade ou incluso con arbitrariedade sendo termos totalmente diferentes como veremos.

Fixémonos agora na locución **"da súa inxustiza"** relacionándoo posteriormente con **"arbitrariedade"**:

Para evitar que poidan confundirse os termos ilegalidade, inxustiza e arbitrario/a o Prof. GONZÁLEZ CUSSAC⁵ indica que: *"nótese que os termos ilegalidade e inxustiza non coinciden. Isto é así, dende o momento en que non toda ilegalidade, ou sexa, non toda decisión contraria ao dereito comporta un delito de prevaricación. Así o confirma a mesma existencia do sistema de recursos, que non supoñen outra cousa que a posibilidade de corrección de decisións non axustada ou escasamente axustadas a Dereito. Tamén se confirma que inxustiza non se identifica con simple ilegalidade, a través de unha interpretación sistemática a contrario sensu, co artigo 405 (nomeamentos ilegais), que expresamente só esixe ilegalidade. E incluso en relación ao artigo 410.1º e 2º (desobediencia), que califica ao termo "resolución". Pero ao mesmo tempo, segue mantendo a esixencia de "inxusta que agora se conecta ao requisito de "a sabendas". De*

⁵ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *El delito de prevaricación...*, cit., pp. 67-68.

modo que prevarica a autoridade ou funcionario que “a sabendas da súa inxustiza, dita unha resolución arbitraria en asunto administrativo” (...) “da nova regulación dedúcese claramente que para prevaricar non basta con ditar unha resolución “inxusta”, isto é, obxectivamente contraria ao ordenamento xurídico. Fai falla algo máis, e ese plus encóntrase xa, de forma explícita no termo “arbitrarias” (...) a xurisprudencia esixe para que unha ilegalidade se transforme en inxusta, que sexa clara, manifesta, patente. E insisten en que un mero erro non da lugar á realización da conduta típica.” (...) “de aí que a “inxustiza” pode provir tanto pola vulneración de normas substantivas como de normas adxectivas ou procesuais””

En decembro de 2004 ditouse un Auto na Audiencia Provincial de Castellón⁶ no que podemos apreciar unha diferenza de termos entre: “inxustiza”, “arbitrariedade” e “ilegalidade”. Así, en dito Auto podemos ler que “o delito de prevaricación non consiste en ditar unha resolución na que poida resultar xuridicamente discutible a competencia, o procedemento ou o fondo, dende a perspectiva da normativa administrativa aplicable, senón en adoptar unha resolución na que a contradición co ordenamento xurídico, na orde competencial, procedimental ou substancial, sexa tan notoria que resulte facilmente apreciable por calquera, precisando que non basta calquera ilegalidade, senón que ten que tratarse dunha contradición co ordenamento tan patente e groseira, esperpéntica, que pode ser apreciada por calquera, non bastando a mera ilegalidade produto dunha interpretación errónea, equivocada ou discutible, como tantas veces ocorre en Dereito, e que a expresión “a sabendas” (...) esixe unha intención deliberada e plena conciencia da ilegalidade do acto realizado, que se trata do elemento da culpabilidade en que reside a primordial diferenza cualitativa entre a ilegalidade administrativa e tipicidade penal, e esta esixe que nos achemos ante un ataque de certa intensidade á lexislación administrativa, sendo necesario este grado de intensidade para situar no seu debido plano a intervención última do dereito penal.”

Continua dicindo este Auto que “cando a resolución poida ser revisada e as súas nocivas consecuencias modificadas en vía de recurso administrativo non se considerará en xeral delituosa, conseguíndose así evitar que o grupo social dependa sempre para solucionar problemas xurdidos na administración pública de acudir á última ratio que é a sanción penal (...) as desviacións das normas administrativas teñen o seu corrector máis adecuado na esfera

⁶ Vid. Auto da AP de Castellón 360/2004 do 29 de decembro de 2004. (ARP 2005\236)

do dereito administrativo que desprega unha ampla cobertura e garantía para os administrados en xeral, pola vía de reclamacións en vía governativa e eventualmente na xurisdición Contencioso-Administrativa”.

Seguindo con este apartado, a Sentenza da Sala do Penal do Tribunal Supremo de 18 de xullo de 2005⁷ insístenos con relación á “inxustiza” que: “*o deito de prevaricación doloso, dítar a sabendas da súa inxustiza unha resolución arbitraria en asunto administrativo, supón «a postergación polo autor da validez do dereito ou do seu amparo e, polo tanto, a vulneración do Estado de Dereito» o que supón un grave apartamento do dereito.*”⁸ Esta mesma sentenza de xullo de 2005 volve a indicarnos que: “*Na súa comprensión, a xurisprudencia desta Sala rexeitou concepcións subxectivas baseadas no sentimento de xustiza ou inxustiza que teña o funcionario, e requiriu que o acto sexa obxectivamente inxusto. Integra a prevaricación cando « queda de manifesto a irracionalidade da resolución que se trata», ou « cando a resolución vulnera abertamente a Constitución»*”

En relación á “**arbitrariedade**”, en varias sentenzas da Sala II o Tribunal Supremo⁹, “*esixe para encher o contido da arbitrariedade que a resolución non so sexa xuridicamente incorrecta, se non que ademais non sexa sostible mediante ningún método aceptable de interpretación da Lei.*”

Na sentenza que citamos *ut supra*, 18 de xullo de 2005, indícasenos que: “*o relevante para a conceptualización de arbitraria dunha resolución ditada é que a mesma sexa rotundamente incasable co ordenamento xurídico. (...) sinalou a doutrina que « tanto que estamos ante unha resolución caprichosa, mais estritamente, irracional e absurda aínda que poida estar formalmente motivada».*

Tamén nos di o Tribunal Supremo¹⁰ que a decisión ditada, ten que ser lesiva, lesionando ao ben xurídico e continúa sinalando na súa xurisprudencia¹¹ que unha resolución vai ser arbitraria cando:

⁷ Vid. STS 959/2005 de 18 xullo RJ 2005\6610

⁸ Ratificado tamén pola STS 2/1999 de 15 de outubro (RJ 1999\7176)

⁹ Vid. STS de 2 de abril de 2003 (RJ 2003, 4204) e tamén Vid. STS de 24 de setembro de 2002 (RJ 2002\8169)

¹⁰ Vid. STS 1441/1994 de 12 xullo (RJ 1994\6365)

- a) Dita resolución careza de auténtica motivación.¹²
- b) Dita resolución se dite por un órgano incompetente.¹³
- c) Se omitan trámites esenciais do procedemento.¹⁴

Para rematar con este apartado sobre a “inxustiza” e a “arbitrariedade”, non podemos esquecernos que *“faise necesario que a resolución inxusta sexa ditada a sabendas do seu obrar torticeiro”*¹⁵

Seguindo coa análise do tipo, tócanos analizar agora, seguindo a orde do concepto, o verbo “ditar”, máis concretamente **“ditare”** xa que é así como o recolle o artigo 404 CP.

Estamos ante a conduta típica que recolle o artigo que estamos a analizar e, polo tanto, podemos dicir que a acción propia do tipo obxectivo do delito que estudamos consiste en “ditar” unha resolución e que esta resolución sexa “arbitraria”. Pois ben, ante a posible dúbida que poidamos ter sobre o significado dunha palabra convén acudir ao dicionario. Se consultamos o verbo español “dictar” no dicionario da RAE encontrámonos con que un dos significados é o seguinte: *“Dar, expedir, pronunciar leyes, fallos, preceptos, etc.”* polo que estamos ante un delito que quizais admite a comisión mediante unha acción activa e omisiva. Trataremos de explicalo o máis claramente posible xa que hai discrepancias en se cabe a comisión por omisión neste delito.

¹¹ Vid. STS 17 setembro 1990 (RJ 1990\7322), vid. Tamén: STS 773/1992 de 16 maio (RJ 1992\4318)

¹² Vid. STS 17 setembro 1990 (RJ 1990\7322)

¹³ Vid. (1) STS 773/1992 de 16 maio (RJ 1992\4318) e tamén Vid. (2) STS 346/1994 de 21 febreiro (RJ 1994\1552)

(1) *“A esixencia de que se dite unha resolución indica que soamente os órganos decisorios do organigrama administrativo dunha determinada entidade estatal, autonómica ou local poden estar revestidos destas facultades administrativas, polo que deberá indagarse, en cada caso, cal é o órgano concreto ao que teñen que atribuírse as facultades decisorias e en que medida un órgano ou cargo se limita a dar carácter executivo ás decisións adoptadas por outros órganos individuais ou colectivos, todo elo sen descartar a posible prevaricación por condución ou dirección dun determinado expediente administrativo no que conflúen decisións colectivas e individuais, admitíndose casos de coautoría cando exista un reparto conxunto e de común acordo, ou unha cadea produtora de resolucións que son firmadas pola Autoridade correspondente, dando lugar ao que un sector da doutrina denomina coautoría sucesiva.”*

(2) *“A «inxustiza» da decisión tanto pode vir referida á absoluta falta de competencia do órgano que a dita, ou ao seu contido de fondo incuestionablemente contrario e vulnerador do Ordenamento xurídico.”*

¹⁴ Vid. STS 346/1994 de 21 febreiro (RJ 1994\1552)

“A «inxustiza» da decisión tanto pode vir referida á absoluta falta de competencia do órgano que a dita, ao seu contido de fondo incuestionablemente contrario e vulnerador do Ordenamento xurídico ou á omisión de aqueles trámites procedimentais ou formais, custodios e salvagardadores das adecuadas garantías, a cuxo través plasmará necesariamente a resolución da autoridade ou funcionario público.”

¹⁵ Vid. STS 2261/1993 de 16 outubro (RJ 1993\7780)

A pesares do exposto ata o de agora, temos que deternos xa que a xurisprudencia do Tribunal Supremo na súa orixe rexeitou a comisión por omisión da prevaricación do 404 CP, aínda que na actualidade é recoñecida. A modo de exemplo onde o propio TS rexeita a comisión por omisión deste delito, atopámonos con unha sentenza do ano 1988¹⁶ na que efectivamente se afirma que: *“o delito de que se trata (prevaricación do artigo 358) só pode cometerse mediante unha actuación positiva, non sendo posible a comisión por omisión, xa que foi a propia literalidade do precepto, e a súa interpretación dende calquera ángulo hermenéutico, así nolo impón cando no primeiro parágrafo fala do funcionario público que «a sabendas, ditase resolución inxusta...», e cando no segundo emprega o mesmo verbo «ditar» en igual tempo da conxugación. Para a súa comisión é necesario que, a máis diso o inxusto na resolución, se aprecia, ou ben un dolo específico, ou ben unha simple negligencia, aínda que a verdade é que tanto para o dolo, como para a negligencia, requírese a concorrencia de circunstancias moi concretadas, cales son, para o primeiro, que a resolución pronúnciese «a sabendas», e para a segunda que sexa «inexcusable», expresión esta última que entendemos moi adecuada, pero non así a primeira («a sabendas»), pois se fai inútil unha figura delituosa con dolo tan concretamente especificado cando en realidade o que fai a norma nos dous parágrafos de que se compón é igualar, no tipo e nas súas consecuencias punibles, ao acto voluntario co simplemente culposo, rompendo así a graduación tradicional e que o propio Código admite como regula case intanxible entre acto intencional e acto meramente imputable a título de culpa.”*

Podemos dicir que esta opinión quedou desfasada e na actualidade, acéptase maioritariamente polo TS a comisión por omisión¹⁷, aínda que hai algunha excepción.

En relación co anterior, o propio TS dinos que o CP contén no artigo 11 a regulación expresa da comisión por omisión, e séguenos a dicir que: *“O tipo obxectivo intégrase polas seguintes notas: a) que a non evitación do resultado que implica a omisión sexa equivalente á súa causación; b) que o resultado que non se evitou sexa típico e c) que se infrinxise un especial deber xurídico que lle era esixible para a evitación do resultado pola súa posición de garante. E as fontes desa posición de garantía veñen concretadas no citado artigo 11, nunha dobre*

¹⁶ STS de 25 de abril do 1988 (RJ 1988\2864)

¹⁷ Segundo a STS 449/2003 de 24 maio (RJ 2003\4387): *“a prevaricación omisiva, foi admitida por esta Sala no Acordo Xeral de 30 de xuño de 1997, polo que non existe obstáculo algún para acudir á cláusula xeral do artigo 11 do Código Penal.”*

alternativa, nos seguintes termos: «a) cando exista unha específica obrigación legal ou contractual de actuar» e «b) cando o omitente cree unha ocasión de risco para o ben xuridicamente protexido mediante unha acción ou omisión precedente». Afirmárase a imputación obxectiva do resultado cando o suxeito que se achaba en posición de garante puidese evitalo mediante a acción que lle era exigible e a omitiu.

A estrutura do delito de comisión por omisión intégrase polos tres elementos que comparte coa omisión pura ou propia como son: a) unha situación típica; b) ausencia da acción determinada que lle era esixida; e c) capacidade de realizala; así como outros tres que lle son propio e necesarios para que poida afirmarse a imputación obxectiva: a posición de garante, a produción do resultado e a posibilidade de evitalo.”

Polas sentenzas analizadas ata o momento para poder explicar a conduta típica, apreciamos que é a partires do ano 1997¹⁸ aproximadamente cando o Tribunal Supremo comeza a admitir a comisión por omisión deste delito, aínda que segue habendo algunha excepción¹⁹.

Nesta sentenza do ano 1997 condénase a un alcalde que non convoca Pleno Extraordinario para resolver unha moción de censura na modalidade de comisión por omisión. O contido nesta sentenza é importante xa que nos explica os motivos polos que entenden que si existe comisión por omisión: *“Dúas posicións ben distintas mantivéronse nesta Sala achegada a posibilidade da comisión por omisión no delito de prevaricación . Así, expresáronse contrarias a esta posibilidade, entre outras, a sentenza de 26 de abril de 1994 na que se declara que "non adoptou entón nova resolución, limitándose a un comportamento pasivo, que xa non encaixa na forma penal descrita no artigo 358 do Código Penal... ". E a mesma posición séguese na sentenza de 25 de abril de 1988 na que se expresa que "o delito de que se trata (prevaricación do artigo 358) só pode cometerse mediante unha actuación positiva, non sendo posible a comisión por omisión, xa que a propia literalidade do precepto, e a súa interpretación dende calquera*

¹⁸ Vid. STS 784/1997 de 2 de xullo (RJ 1997\5684) Primeira sentenza do TS despois do Acordo do Pleno do 30 de xuño de 1997 xa mencionado “ut supra”

¹⁹ STS 38/1998 23 de xaneiro (RJ 1998\50) onde podemos observar o seguinte: *“resulta ademais da cualificación inxusta que utilizaba o artigo 358 del CP de 1973 e a de arbitraria que emprega o 404 del NCP. Iso explica que polo xeral, e salvo supostos moi excepcionais, o tipo de prevaricación requira un comportamento activo e non admite a forma omisiva”.*

ángulo hermenéutico, así nolo impón cando no primeiro parágrafo fala do funcionario público que «a sabendas, ditase resolución inxusta...», e cando no segundo emprega o mesmo verbo «dictar» en igual tempo da conxugación ...". Pola contra, pronunciáronse a favor da comisión por omisión outras sentenzas desta Sala, das que son expoñentes a de 28 de outubro de 1993 que aprecia o delito de prevaricación previsto no artigo 358 do Código Penal nun Alcalde que non convoca Pleno do Concello para debater a moción de censura solicitada por número suficiente de Concelleiros e na que se declara que "é indubidable que o acusado -cuxa condición de funcionario público non pode ofrecer a menor dúbida (art. 119 do Código Penal)-, con plena conciencia do que a lexislación vixente lle esixía ante a promoción por un número suficiente de Concelleiros da referida moción de censura, deliberada e reflexivamente, e pese aos reiterados estímulos recibidos para que convocase urxentemente o Pleno da Corporación, sen ningunha causa ou razón coñecida, decidiu non facelo na forma e prazos legalmente ordenados, con evidente conculcación da ilegalidade e descoñecemento das esixencias constitucionais (véxase arts. 9.1 e 103.1 CE)". Este mesmo criterio favorable séguese na sentenza 29 de outubro de 1994 cos seguintes razoamentos: "En efecto a omisión do Concelleiro, consiste, en realidade, no mantemento dunha resolución de suspensión en forma contraria ó seu deber. A equivalencia de tal omisión co ditado dunha resolución cumpre todas as esixencias dos delitos improprios de omisión, dado que o procesado era garante da non produción dun quebrantamento do dereito respecto do prexudicado e, ademais, a omisión é materialmente equivalente á acción na medida na que o tipo do artigo 358 non require unha especie determinada de comportamentos activos que condicionen a realización do mesmo.." E este criterio igualmente establécese na sentenza 27 de decembro de 1995 que aprecia delito de prevaricación en comisión por omisión cos seguintes argumentos: "Aínda que é certo que esta Sala sostivo en reiterados precedentes que, en principio, non cabe a comisión por omisión do delito de prevaricación, tal premisa xurisprudencial admite excepcións nos casos especiais nos que era imperativo para o funcionario ditar a resolución e a súa omisión ten efectos equivalentes a unha denegación. Este criterio é consecuencia do significado xurídico que ten o silencio da Administración, que equivale a unha denegación e abre a vía do recurso correspondente (cfr. arts. 42 e seguintes da Lei 30/1992)

O desexo de que o Tribunal Supremo cumpra a súa misión esencial de unificar a orde xurídica determinou que esta cuestión se someta ao Pleno da Sala que nunha reunión celebrada o 30 de xuño deste ano se decantou a favor da admisibilidade da comisión por omisión especialmente trala Lei 30/1992 de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común que vén outorgar aos actos presuntos, en determinadas materias e baixo certas condicións, o mesmo alcance que si se tratase dunha resolución expresa.”

Seguindo coa análise da conduta e pasando agora a outro análise que tamén forma parte dela, chegamos ao termo **“resolución.”**

Así, en reiterada xurisprudencia do TS²⁰ aparece que por **resolución** *“entenderase o acto administrativo que supoña unha declaración de vontade de contido decisorio que afecte aos dereitos dos administrados e a colectividade en xeral, ben sexa expresa ou tácita, escrita ou oral.”*²¹

O Alto Tribunal chega a destacar que: *“con independencia de cal sexa a forma que revista a resolución, o esencial é que esta teña en si mesma un efecto executivo”* e séguenos dicindo que *“dita resolución, debe versar sobre un asunto administrativo (...) Obviamente, quedarían excluídos de tal consideración as disposicións xerais, as leis e os regulamentos.”*²²

O TS²³ indícanos novamente que tamén quedarían fora do concepto de resolución os informes e ditames, consultas, circulares, propostas de resolución e as certificacións administrativas.

Concretamente, sinala que: *“estímase que a resolución é un acto administrativo, aínda que non todo acto administrativo pode dar lugar a unha resolución a efectos penais. Só serán resolución do artigo 404, os actos administrativos consistentes en declaracións de vontade realizadas pola Administración (por iso non integran ese delito os informes ou ditames)”*

²⁰ Vid. STS 13 de xuño de 2003 (RJ 2003\6387), STS 12 de febreiro de 1999 (RJ 1999\496), STS 14 de xullo de 1995 (RJ 1995\5435)

²¹ Vid. tamén: STS 16 de marzo de 2002 (RJ 2002\4932), STS 25 de setembro de 2001 (RJ 2001\8092), STS 14 de novembro de 1995 (RJ 1995\8308).

²² Vid. STS 38/1998 de 23 de xaneiro de 1998 (RJ 1998\50)

²³ Vid. STS 38/1998 de 23 de xaneiro de 1998 (RJ 1998\50)

E tamén sinala²⁴: *“a mera certificación administrativa non constitúe unha resolución e en consecuencia falta o elemento obxectivo que esixe do funcionario que a propósito ditase resolución inxusta en asunto administrativo ou que por negligencia ou ignorancia inescusable ditase resolución manifestamente inxusta en asunto administrativo.”*

Por último, e para ir concluindo coa explicación da análise da conduta típica, obxecto deste artigo, vamos a referirnos ao que se entende por **“asunto administrativo”**, xa que a resolución arbitraria ten que recaer sobre *“asunto administrativo”*. Será a STS 10 novembro 1989²⁵ a que nos aporte luz clara sobre que interpretar sobre este tema, xa que segundo esta sentenza: *“Referíndose o parágrafo primeiro do art. 358 a «resolución» en asunto administrativo, só os órganos decisorios, e entre eles os alcaldes, poden incorrer nesta especie de prevaricación -véxanse SS. 30.05.73 (RJ 1973\2478), 03.05.86 (RJ 1986\4666) y 07.11.86 (RJ 1986\6813)”* Polo tanto, o que se busca é que ese asunto administrativo teña carácter resolutorio ou que porte unha declaración de dereito.

BIBLIOGRAFÍA:

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

²⁴ Vid. STS 1158/2002 de 20 xuño (RJ 2002\7607)

²⁵ Vid. STS 10 novembro 1989 (RJ 1989\8609)

O DELITO DE DOPAXE NO DEREITO ESPAÑOL

MARÍA CASTRO CORREDOIRA

Licenciada en Dereito

Estudiante do Máster en Dº das Administracións e Institucións Públicas

Universidade Santiago de Compostela

Resumo

A dopaxe defínese coma unha pluralidade de prácticas, como a inxerencia de certas substancias ou o emprego de métodos prohibidos que atentan contra o xogo limpo e o espírito deportivo. O presente artigo trata de dar unha visión da regulación penal actual da dopaxe no ordeamento xurídico español e as discusións doutrinais que se plantexan en relación ao mesmo.

Palabras chave

Doping, harmonización, principio ne bis in idem

Abstract

Doping can be defined like a plurality of practices, which consist in the intake of certain substances or the use of forbidden methods, which contravene fair play and sportivity. This paper tries to review the Spanish legal framework about this matter and the different doctrinal tendencies which are being held at the moment.

Key words

Doping. Harmonize. Ne bis in idem principle.

Introdución.

O denominado “doping” consiste en certas prácticas polas que se somete ós individuos a tratamentos que modifican, dun xeito artificial, as capacidades naturais da persoa, de forma que potencian e melloran un rendemento específico no desenvolvemento de certas actividades deportivas, como consecuencia do cal a persoa pode chegar a situacións de estrés e incluso sufrir

riscos inherentes á inxerencia de certas substancias, debido ós efectos secundarios que poden producir. Con este tipo de prácticas búscase alterar a situación de igualdade de concorrncia ás competicións deportivas.

A dopaxe preséntase, na actualidade, coma un dos maiores problemas xurdidos en torno á actividade deportiva, pois o emprego de certas substancias e métodos prohibidos nas competicións deportivas supón unha vulneración directa do espírito deportivo¹ e, en consecuencia, da pureza deportiva e dos principais valores que instaura o deporte na sociedade, entre os que destaca a protección da saúde do deportista².

A crecente importancia desta eiva para a sociedade provocou a reacción por parte dos Estados, que mediante a coordinación e cooperación internacionais, buscan a harmonización nesta materia, para que, así, todos actúen no marco dunhas directrices comúns. Non obstante, a erradicación deste problema non se limita soamente á cooperación internacional, senón que os Estados van máis alá e xa legislan a nivel interno sobre dita materia. Deste xeito, os Estados desenvolven políticas tendentes á prevención e, no seu caso, represión da dopaxe, sobre a base da protección do principio de xogo limpo³.

Os distintos ordenamentos xurídicos estatais difiren á hora de sancionar as condutas dos deportistas relacionadas con esta materia, pois algúns elevan as condutas máis graves á categoría penal, mentres que outros confórmanse cunha configuración administrativa sancionadora en prol do principio de intervención mínima do dereito penal. Esta diversidade obedece, fundamentalmente, ás distintas tendencias e modelos xurídicos dos distintos Estados. Se a isto engadimos que a Convención Internacional contra a Dopaxe no Deporte firmada en París o 19 de outubro de 2005 non esixe ós Estados que as medidas que adoiten teñan reflexo penal, e que non existe unha Directiva que obrigue ós Estados Membros a reprimir penalmente as prácticas de dopaxe (como sucede por exemplo coa Directiva 91/308, de 10 de xuño, sobre branqueo de capitais, en particular procedentes do tráfico de drogas), o resultado é atopar unha amálgama de

¹ Carta Olímpica do Comité Olímpico Internacional.

² Código Mundial Antidopaxe (no que se acollen outros valores: o xogo limpo e a honestidade; a saúde; a excelencia no exercicio; o desenvolvemento da personalidade e a educación; a diversión e o xogo; o traballo en equipo; o sacrificio e o compromiso; o respecto polas regras e as leis; o respecto a un mesmo e ós outros participantes, a coraxe e o espírito de grupo e a solidariedade).

³ Vid. Rodríguez García, J., *Dopaje en el deporte*, 2ª ed., Alfa Delta Digital SL, Valencia, 2012, p.33.

normativas de diversa índole. Neste sentido, Roldán Barbero opina que “dada a heteroxeneidade actual de modelos xurídicos, a tarefa pendente é a creación e aprobación dunha Directiva que resolva definitivamente esta cuestión optando por un sistema xurídico unificado: sexa este de natureza penal ou ben de natureza administrativa⁴.

-O delito de dopaxe no Código Penal de 1995: consideracións xerais.

No caso do ordenamento xurídico español, o crecente empeño dos poderes públicos por lograr un deporte limpo de dopaxe e a preservación da saúde pública materializouse na Lei Orgánica 7/2006, de 21 de novembro, de Protección da Saúde e de Loita contra a Dopaxe no deporte, que engadiu ó réxime de infraccións administrativas unha infracción de natureza penal. Esta novidosa incorporación dun ámbito de tutela penal da saúde pública ás actividades relacionadas coa dopaxe no deporte supuxo un salto cualitativo na concepción xurídica da que até ese momento gozaba a dopaxe, pois esta Lei Orgánica introduciu, a través do seu artigo 44, un tipo específico de represión penal deste tipo de prácticas entre os delitos contra a saúde pública⁵. Trátase dun novo artigo 361 bis que se incorpora á Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal, coa seguinte redacción:

“1. Os que, sen xustificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, subministren, administren, ofrezan ou faciliten a deportistas federados non competitivos, deportistas non federados que practiquen deporte por recreo, ou deportistas que participen en competicións organizadas en España por entidades deportivas, substancias ou grupos farmacolóxicos prohibidos, así como métodos non regulamentarios, destinados a aumentar as súas capacidades físicas ou a modificar os resultados das competicións, que polo seu contido, reiteración da inxestión ou outras circunstancias concorrentes, poñan en perigo a vida ou a saúde dos mesmos, serán castigados coas penas de prisión de seis meses a dous anos, multa de seis a dezaioito meses e inhabilitación especial para emprego ou cargo público, profesión ou oficio, de dous a cinco anos.

⁴ Vid. Roldán Barbero, H., La creación política de una nueva delincuencia: el uso del doping en el deporte”, en Arroyo Zapatero, L. A. (coord.), Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2001, p. 563 a 566.

⁵ Exposición de Motivos da Lei Orgánica 7/2006, de 21 de novembro, de protección da saúde e loita contra a dopaxe no deporte.

2. Imporanse as penas previstas no apartado anterior na súa metade superior cando o delito se perpetre concorrendo algunha das circunstancias seguintes:

-1ª Que a vítima sexa menor de idade.

-2ª Que se teña empregado engano ou intimidación.

-3ª Que o responsábel se teña prevalido dunha relación de superioridade laboral ou profesional”.

Esta reforma do Código Penal puxo fin á impunidade da que até entón gozaban as prácticas de dopaxe, pois o novo precepto pretende garantir e protexer a saúde pública fronte á ameaza que supón a comercialización sen garantía ou control algún, de produtos prexudiciais para a saúde, para o cal centra a súa atención en castigar ó entorno do deportista.

O fundamento para a incriminación desde tipo de prácticas obedece, en esencia, a dos factores: por un lado, atopámonos ante un elenco de condutas que van unidas á nocividade de substancias e produtos dopantes de xeito intrínseco. Por outro lado, este delito intima de xeito claro e directo cun ámbito específico de creación do risco, como é a competición deportiva. O delito configúrase coma un tipo penal doloso encamiñado á consecución de dous obxectivos que concorren de maneira alternativa: por unha parte estaría a intención de modificar as capacidades físicas naturais do individuo e, por outra, modificar os resultados da competición deportiva.⁶

Con esta regulación penal lógrase a configuración dun sistema dual de represión da dopaxe, dende unha perspectiva penal e administrativa, reservándose ó ámbito penal o castigo das condutas máis graves, sendo estas as que poñan en perigo a saúde do deportista. Nesta liña podemos salientar que nos atopamos ante un delito de perigo xeral ou abstracto, concreto en tanto que se trata de evitar a morte ou enfermidade dos deportistas⁷. É, polo tanto, apreciábel en grao de tentativa⁸. Porén, esta posibilidade redúcese ó caso de que a tentativa sexa acabada, xa que, ó

⁶ Vid. Muñoz Conde, F., Derecho Penal. Parte especial, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.613.

⁷ Auto nº128/2010 da Sección 5ª da Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de enero de 2010, e tamén Auto do Xulgado de Instrucción nº 31 de Madrid de 8 de marzo de 2007.

⁸ Vid. Álvarez García, F.J. (coord.), Derecho Penal Español. Parte Especial (II), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1236 a 1238.

tratarse dun delito de mera actividade, non se pode apreciar tentativa inacabada. Este sistema dual relaciónase co respecto ó principio *ne bis in idem*⁹.

En canto ó marco xurídico penal concreto do delito de dopaxe, o artigo 361 bis CP tipifica, obxectivamente, acción múltiples e alternativas. Algunhas das accións típicas (vgr. Prescribir ou dispensar) recollidas no precepto asóciense, de xeito específico, a certas condicións profesionais (médicos e farmacéuticos principalmente)¹⁰. Esta apreciación resulta interesante á hora de falar do suxeito activo que, en principio, e a excepción do xa dito, podería ser calquera, se ben é certo que, xeralmente, será alguén do persoal de apoio ós deportistas¹¹. Sen embargo, o suxeito pasivo circunscríbese, soamente, ó conxunto de deportistas federados non competitivos, deportistas non federados que practiquen o deporte por recreo e deportistas que participen en competicións organizadas en España por entidades deportivas.

Cuestión aparte é a relativa ó obxecto material do delito, no que se inclúen: substancias, grupos farmacolóxicos e métodos non regulamentarios, elementos todos eles que xogan o mesmo papel neste xénero de condutas, cal é o de aumentar as capacidades físicas dos deportistas ou cambiar os resultados da competición deportiva. Constitúen polo tanto un elemento normativo do tipo¹², e para a súa indentificación hai que atender ó disposto no Anexo I da xa mencionada Convención Internacional da Dopaxe no Deporte, que contén unha listaxe detallada de substancias e métodos prohibidos. A pesar disto, o Anexo II da mesma expón unha serie de normas para a concesión de autorizacións para o uso de ditas substancias e métodos con fins terapéuticos. A efectos penais, esta disposición goza dunha especial relevancia á hora de determinar a ilicitude dunha conduta, pois a falta de xustificación terapéutica é presuposto necesario para cualificar unha conduta como ilícita, pero non é suficiente para determinar a ilicitude da mesma, xa que se require, ademais, que o emprego destas substancias ou métodos teña por obxecto provocar alteracións, ben das capacidades individuais, ou ben dos resultados da competición. A este respecto, é importante salientar a diferenza entre tratamentos médicos e

⁹ Art. 23 LO 7/2007, no que se prohíbe expresamente o *bis in idem* cando os feitos teñan sido sancionados penalmente e exista identidade do suxeito, os feitos e os fundamentos.

¹⁰ Vid. Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 612.

¹¹ Art. 2.5 da Convención Internacional da dopaxe no deporte define como persoal de apoio ós deportistas: adestradores, instructores, directores deportivos, axentes, persoal do equipo, persoal médico ou paramédico que traballe con deportistas ou trate a deportistas que participen en competicións deportivas ou se preparen para elas.

¹² Vid. Lamarca Pérez, C. (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Colex, Madrid, 2011, p. 526.

autorizacións para uso terapéutico, pois os tratamentos son prescritos por médicos e poden ser anteriores ou posteriores ás autorizacións de uso terapéutico. Deste xeito, a autorización debe solicitarse nos casos nos que un tratamento médico destinado a recobrar a saúde é imprescindible a prescrición de substancias prohibidas¹³.

Por outro lado, en canto ó tipo, o básico é o que aparece recollido no 361.bis.1 CP. Non existen modalidades leves tipificadas como falta, pero si atopamos algún tipo agravado, por exemplo no 361.bis.2 CP, cando concorre algunha das circunstancias establecidas no mesmo. Ademais, o artigo 362.2 CP prevé, a maiores, outro tipo agravado para o suposto no que os feitos sexan cometidos por farmacéuticos ou por directores técnicos de laboratorios legalmente autorizados en cuxo nome ou representación actúen. En tódolos casos contéplase un tipo especial impropio cando o autor dos feitos sexa empresario, intermediario no sector financeiro, traballador social, docente ou educador, facultativo ou funcionario público, no exercicio do seu cargo, profesión ou oficio, ou autoridade ou axente da mesma, en exercicio do seu cargo.

Algunhas cuestións problemáticas acerca do delito de dopaxe do 361 bis CP.

Dende a súa configuración a partires da Lei Orgánica 7/2006, de 21 de novembro, de Protección da Saúde e de Loita contra a Dopaxe no deporte, a tipificación do delito de dopaxe non estivo exenta de críticas doutriniais.

En primeiro termo, suscitouse entre a doutrina a dúbida de si era necesaria a intervención penal nesta materia e se, en concreto, era necesaria a creación dun tipo específico. Neste sentido, Cortes Bechiarelli, ó igual que a doutrina maioritaria, entende que é lexítima esta tipificación penal¹⁴, sen prexuízo de que algúns expertos cuestionen, aspectos parciais ou determinados defectos técnicos¹⁵.

Outra cuestión refírese á situación sistemática do delito de dopaxe no Código Penal, pois hai autores, como Alicia Rodríguez Núñez, que entenden que este delito debería estar situado a

¹³ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje.

¹⁴ Vid. Cortes Bechiarelli, E., Delito de dopaje, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.57.

¹⁵ Vid. Álvarez Vizcaya, M., Salud o deporte ¿qué pretende tutelar el derecho penal?, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº47, 2008, p.5.

continuación do artigo 362 CP, en base a que o delito de dopaxe goza dunhas características mixtas entre a protección dos consumidores e o uso ilegal dos medicamentos.

A determinación de cal debe ser o ben xurídico protexido é un dos temas centrais sometido a debate doutrinal. Formúlase se o ben xurídico protexido debe ser a saúde no deporte, ou si se debe encamiñar cara a protección da lealdade na competición deportiva como ámbito específico de creación do risco, como xa tivemos ocasión de sinalar¹⁶. Estudosos da materia, como Luis Roca Agapito, seguen a tendencia maioritaria, defendendo así que o ben xurídico protexido debe ser o que é: a saúde na práctica do deporte¹⁷. Algúns, como Antoni Gili Pascual, afirman incluso que a pureza deportiva, a lealdade no marco do deporte, non é merecedora, per se, de tutela penal¹⁸. Rey Huidobro vai máis alá, defendendo que a intervención penal nesta materia debería ser moito máis profunda, e chegar incluso a regular condutas coma o autodopaxe¹⁹. Sen embargo, Paz de la Cuesta Aguado afirma que certamente non é axeitada a introdución deste tipo específico, salvo no caso de observalo dende una óptica de protección da “saúde dos deportistas” como ben xurídico individual²⁰.

De acordo coa posición maioritaria de que o ben xurídico sexa a saúde dun grupo de persoas, atopámonos ante un ben colectivo, superior polo tanto ós bens individuais, polo que non é posíbel apreciar causas de xustificación. A pesar disto, si se poden apreciar o resto de circunstancias eximentes do artigo 20 CP, así como as circunstancias modificativas de responsabilidade dos artigos 21 e 22 CP.

Outro problema, vinculado ó anterior, refírese á autoría e participación. Antes da creación do delito do 361 bis CP, o consentimento do deportista, como suxeito pasivo, era relevante a efectos da contribución á comisión do delito do 361 CP. Dita singularidade relativa á contribución do suxeito pasivo á comisión do delito tal vez motivara ao lexislador a regular o

¹⁶ Sentenza do Xulgado do Penal nº21 de Madrid de 29 de abril de 2013.

¹⁷ Vid. Roca Agapito, L., Los nuevos delitos relacionados con el dopaje, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 9-8, 2007, p.41.

¹⁸ Vid. Gili Pascual, A., La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº8, 2012, p.13.

¹⁹ Vid. Rey Huidobro, L.F., Repercusiones penales del dopaje deportivo, Revista Jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música, nº16, 2006, p.108.

²⁰ Vid. Álvarez García, F.J. (coord.), Derecho Penal Español. Parte Especial (II), cit., p. 1235.

delito de dopaxe nun tipo especial, xa que o habitual no 361 CP era que o destinatario da substancia descoñecera a súa composición e efectos concretos²¹.

As intervencións procesuais na persecución do delito de dopaxe.

A pesar de que o que se sanciona penalmente son as condutas que non requiren que a substancia se inxerira ou que o método se empregara, a praxe xudicial pon de manifesto que en ocasións acórdanse dilixencias de investigación (vgr. Consistentes na obtención de extraccións para análise de mostras biolóxicas, de ouriños ou de sangue, así como o acceso a información integradas en bases de datos, intervencións das comunicación e rexistros domiciliarios), para cuxa realización procúrase o consentimento persoal, aínda que en ocasións poida chegar a realizarse sen o mesmo²².

Xurde entón a cuestión da lexitimación de ditas intervencións por formular si se está violando a esfera do dereito á intimidade e datos persoais. Acudindo ó artigo 21 da Lei Orgánica 3/2013, de 20 de xuño, regulador da responsabilidade do deportista, parece que o precepto lexitima as intervencións do proceso penal por impor ós deportistas una conduta activa na loita contra a dopaxe. Porén, non se pode trasladar dita norma ó ámbito penal, mais o certo é que o xuíz, no marco do proceso penal referido a un delito de dopaxe, si se atopa lexitimado para acceder ás bases de datos a que se refire a normativa administrativa antidopaxe, sen prexuízo de que en ocasións estas medidas poidan restrinxir o dereito á intimidade e os datos persoais, sempre con respecto do principio de proporcionalidade.

En conclusión, o xuíz, no marco do proceso penal, poderá acordar este tipo de intervencións aínda que as mesmas supoñan unha limitación ós dereitos citados, sempre e cando se garantan tres factores: a necesariedade, o dereito a un proceso con tódalas garantías e o respecto ao principio de proporcionalidade, polo que cómpre extremar as precaucións á hora de empregar estes cauces, para evitar medidas desproporcionadas, innecesarias e inxustificadas²³.

²¹ Sentenza do Xulgado do Penal nº21 de Madrid de 29 de abril de 2013.

²² Vid. Doval Pais, A., Sánchez-Moradela, N., *Dopaje, Intimidad y Datos personales*. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales, Iustel, Madrid, 2010, p.99.

²³ Sentenza de 7 de outubro de 2013 do Tribunal Constitucional; tamén STC 54/1996, de 26 de marzo; STC 49/1999, de 5 de abril; e STC 96/2012, de 7 de mayo.

A SUBTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: UNHA VISIÓN XERAL DOS ASPECTOS CIVÍS E PENAI

MARTA GALIANO SANTIAGO
Estudiante da Licenciatura en Dereito
Universidade de Santiago de Compostela

Resumo

Este artigo analiza a figura da subtracción internacional de menores dende a perspectiva tanto do Convenio da Haia de 25 de outubro de 1980 como do Regulamento 2201/2003 relativo á competencia, recoñecemento e execución das resolucións xudiciais en materia matrimonial e de responsabilidade parental e tamén se indican os aspectos esenciais da subtracción de menores no dereito penal español

Palabras chave

Subtracción internacional, Convenio da Haia 1980, Regulamento 2201/2003, Lei Orgánica 9/2000 de 10 de decembro.

Abstract

This paper deals with the matter of international subtraction of people under 18, analysing it according to the Convention of La Haya of 25th october 1980 and, as well, from the perspective of 2201/2003 Rules, referring to the competence, admission and execution of judicial resolutions in the matter of marriage and parental responsibility. Essential aspects of subtraction of people under 18 are also analysed from the perspective of our National Criminal Law

Key words

International subtraction, Convention of La Haya, 2201/2003 Rules, 9/2000 Organic Law

I. SUBTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ASPECTOS CIVÍS. CONCEPTO

A subtracción internacional de menores, ou desprazamento internacional polos proxenitores, é un fenómeno relativamente frecuente vinculado aos conflitos de civilizacións, aínda que non sempre obedece a tales conflitos.

A miúdo, as decisións adoptadas polos tribunais acerca da custodia dos fillos en supostos de crises matrimoniais tenden a favorecer ao nacional do Estado do foro, e propician que o nacional estranxeiro “secuestre” ao seu fillo, desprazándoo ao seu país de orixe. Noutros casos, trátase dunha simple manobra para eludir unha decisión relativa á custodia do menor por parte do proxenitor prexudicado.

II. CONVENIO DA HAIA DE 25 DE OCTUBRO DE 1980

O interese do menor esixe evitar este tipo de situacións patolóxicas a través de mecanismos de cooperación internacional. Tal é a finalidade do **Convenio da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre aspectos civís da subtracción internacional de menores**, ratificado por España en 1987, e que nos vincula con máis de oitenta Estados. O Convenio non inclúe nas súas disposicións normas de competencia xudicial internacional, nin de Dereito aplicable, nin de recoñecemento, polo que pode concorrer de forma moi limitadas co resto de textos aplicables en materia de protección internacional de menores, malia que o seu artigo 34 especifica a súa prioridade sobre o Convenio da Haia de 1961 e a súa compatibilidade con outros textos, como o Convenio de Luxemburgo; e aínda que o Regulamento 2201/2003 relativo á competencia, o recoñecemento e a execución de resolucións xudiciais en materia matrimonial e de responsabilidade parental prima sobre o Convenio da Haia nas relacións entre os Estados membros, tal e como dispón o artigo 60.1 do citado Convenio, este segue sendo de aplicación no non disposto polo Regulamento, cuxas disposicións neste ámbito tenden máis ben a perfeccionar e completar o réxime do Convenio da Haia.

O Convenio da Haia de 1980 instaura un sistema de cooperación internacional que pretende, tal e como dispón no seu artigo 1, garantir a restitución inmediata dos menores trasladados ou retidos de xeito ilícito en calquera Estado contratante, así como velar por que os dereitos de custodia e de visita vixentes nun dos Estados contratantes se respecten nos demais.

A definición de traslado ou retención ilícito dun menor atópase recollida no artigo 3 do presente Convenio, cando establece que: *“O traslado ou a retención dun menor consideraranse ilícito: a) cando se produciron con infracción dun dereito de custodia atribuído, separada ou conxuntamente, a unha persoa, a unha institución, ou a calquera outro organismo, con arranxo ao Dereito vixente no Estado no que o menor tiña a súa residencia habitual inmediatamente antes do seu traslado ou retención; e b) cando este dereito se exercía de forma efectiva, separada ou conxuntamente, no momento do traslado ou da retención, ou se exerceu de non producirse no devandito traslado ou retención.*

O dereito de custodia mencionado en a) pode resultar, en particular, dunha atribución de pleno dereito, dunha decisión xudicial ou administrativa, ou dun acordo vixente segundo o Dereito do devandito Estado.”

Noutras palabras, enténdese que existe traslado ou retención ilícitos cando o desprazamento ou a retención conculcan un dereito de custodia establecido, de feito ou de Dereito, no Estado en que o menor tiña a súa residencia habitual inmediatamente antes do seu traslado ou retención.

Segundo o Convenio da Haia de 1980 non pode condicionarse ao coñecemento da decisión de custodia, nin á existencia no foro dunha decisión de custodia contraditoria. Incluso o mero feito de que a autoridade xudicial teña coñecemento do traslado ilícito implica que non pode decidir sobre custodia, como cuestión de fondo, ata que se resolva negativamente o procedemento de restitución ou transcorra o prazo razoable para instar a demanda de restitución, tal e como dispón o artigo 16 do citado Convenio.

Polo demais, o Convenio só se aplica respecto de menores de dezaseis anos que teñan a súa residencia habitual nun Estado contratante inmediatamente antes da infracción dos dereitos de custodia ou de visita.

O sistema de cooperación do Convenio materialízase a través das autoridades centrais. A súa responsabilidade consiste, a solicitude de calquera persoa ou organismo ou da propia autoridade central doutro Estado, en adoptar as medidas provisionais para a súa protección, actuar de compoñedores, facilitar información, actuar xudicial ou administrativamente para conseguir a

restitución do menor ou garantir o dereito de visita, proporcionando asistencia xurídica e obtendo a cooperación xudicial.

Ademais, o Convenio introduce obrigacións específicas para as autoridades xudiciais ou administrativas dos Estados parte, encargadas de decidir a restitución do menor ou organizar ou garantir o exercicio efectivo dun dereito de visita. Implicitamente, supón a competencia xudicial dos nosos Tribunais cando o menor se atopa en España, criterio que debe considerarse xeral.

É conveniente destacar que a restitución resulta imperativa se transcorreu menos dun ano desde o traslado ata a iniciación do procedemento. Se transcorreu máis dun ano, a restitución non procede se se demostra que o menor quedou integrado no seu novo medio, tal e como dispón o artigo 12 do Convenio, establecendo que: *“Cando un menor sexa trasladado ou retido ilícitamente no sentido previsto no artigo 3 e, na data da iniciación do procedemento ante a autoridade xudicial ou administrativa do Estado contratante onde se ache o menor, transcorrese un período inferior a un ano desde o momento en que se produciu o traslado ou retención ilícitos, a autoridade competente ordenará a restitución inmediata do menor.*

A autoridade xudicial ou administrativa, aínda no caso de que se iniciaron os procedementos logo da expiración do prazo dun ano a que se fai referencia no parágrafo precedente, ordenará así mesmo a restitución do menor salvo que quede demostrado que o menor quedou integrado no seu novo ambiente.”

Con todo, cabe denegar a restitución se se produce algunha das circunstancias descritas no artigo 13, o cal recolle que: *“Non obstante o disposto no artigo precedente, a autoridade xudicial ou administrativa do Estado requirido non está obrigada a ordenar a restitución do menor si a persoa, institución ou outro organismo que se opón á súa restitución demostra que a persoa, institución ou organismo que se fixo cargo da persoa do menor non exercía de modo efectivo o dereito de custodia no momento en que foi trasladado ou retido ou consentira ou posteriormente aceptado o traslado ou retención; ou existe un grave risco de que a restitución do menor o expoña a un perigo grave físico ou psíquico ou que de calquera outro xeito poña ao menor nunha situación intolerable. A autoridade xudicial ou administrativa poderá, así mesmo, negarse a ordenar a restitución do menor se comproba que o propio menor se opón á restitución, cando o*

menor alcance unha idade e un grado de madurez en que resulte apropiado ter en conta as súas opinións.

Ao examinar as circunstancias a que se fai referencia no presente artigo, as autoridades xudiciais e administrativas terán en conta a información que sobre a situación social do menor proporcione a Autoridade Central ou outra autoridade competente do lugar de residencia habitual do menor.”

A restitución do menor e o restablecemento dos dereitos de custodia protagonizaron a aplicación do Convenio de 1980. Non hai que esquecer, con todo, que o seu artigo 21 trata de garantir os dereitos efectivos de visita. Con carácter xeral, mantívose que neste punto a utilidade do Convenio se limitase a facer efectivo un dereito de visita xa establecido noutro Estado sen que caiba utilizar o artigo 21 como unha base legal para solicitar o establecemento *ex novo* dun dereito de visita. Con todo, esta segunda posibilidade foi defendida nalgúns Estados parte do Convenio e tamén serviu para fundamentar algunhas decisións dos tribunais españois [*Auto Aud. Prov. De Barcelona (sección 12º) de 4 de decembro de 2001 e Sent. Aud. Prov. De Madrid núm 323/2005 de 25 de abril*]

III. REGULAMENTO (CE) 2201/2003 DE 27 DE NOVEMBRO DE 2003

O Regulamento 2201/2003 relativo á competencia, o recoñecemento e a execución de resolucións xudiciais en materia matrimonial e de responsabilidade parental utiliza un concepto de traslado ou retención ilícita similar ao do Convenio da Haia, o cal se atopa recollido no artigo 2 do devandito Regulamento, cando dispón que: *“Aos efectos do presente Regulamento, entenderase por traslado ou retención ilícitos dun menor, o traslado ou retención dun menor cando: a) se produciu con infracción dun dereito de custodia adquirido por resolución xudicial, por ministerio da lei ou por un acordo con efectos xurídicos de conformidade coa lexislación do Estado membro onde o menor tiña a súa residencia habitual inmediatamente antes do seu traslado ou retención, e b) este dereito se exercía, no momento do traslado ou da retención, de forma efectiva, separada ou conxuntamente, ou se exerceu de non producirse no devandito traslado ou retención. Considérase que a custodia é exercida de xeito conxunto cando, en virtude dunha resolución xudicial ou por ministerio da lei, un dos titulares da responsabilidade parental non poida decidir sen o consentimento do outro titular sobre o lugar de residencia do menor”*,

correspondendo aos Dereitos nacionais establecer as condicións en que se adquire un dereito de custodia [Sent. TXUE (Sala Terceira) de 5 de Outubro de 2010].

No artigo 11 refírese, concretamente, ao suposto en que o titular dun dereito de custodia solicita nun Estado membro o retorno do menor que foi trasladado ou retido no devandito Estado membro cando inmediatamente antes do seu traslado tiña a súa residencia habitual noutro Estado membro. En tales casos a normativa comunitaria contén importantes limitacións ás regras contidas nos artigos 12 e 13 do Convenio da Haia de 1980.

Concretamente, o artigo 11 nos seus apartados 1 a 5 establece que: *“Os apartados 2 a 8 serán de aplicación cando unha persoa, institución ou organismo que teña o dereito de custodia solicite ás autoridades competentes dun Estado membro que se dite unha resolución con arranxo ao Convenio da Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civís da subtracción internacional de menores, con obxecto de conseguir a restitución dun menor que fose trasladado ou retido de forma ilícita nun Estado membro distinto do Estado membro no que o menor tiña a súa residencia habitual inmediatamente antes do seu traslado ou retención ilícitos.*

En caso de aplicarse os artigos 12 e 13 do Convenio da Haia de 1980, velarase por que se dea ao menor a posibilidade de audiencia durante o proceso, a menos que isto non se considere conveniente tendo en conta da súa idade ou grado de madurez. O órgano xurisdiccional ante o que se interpoña a demanda de restitución dun menor contemplada no apartado 1 actuará con urxencia no marco do proceso no que se substancie a demanda, utilizando os procedementos máis expeditivos que prevexa a lexislación nacional.

Sen prexuízo do parágrafo primeiro, e salvo que existan circunstancias excepcionais que o fagan imposible, o órgano xurisdiccional ditará a súa resolución como máximo seis semanas logo da interposición da demanda.

Os órganos xurisdiccionais non poderán denegar a restitución dun menor baseándose no disposto na letra b) do artigo 13 do Convenio da Haia de 1980 se se demostra que se adoptaron medidas adecuadas para garantir a protección do menor tralo súa restitución.

Os órganos xurisdiccionais non poderán denegar a restitución dun menor sen que se de a posibilidade de audiencia á persoa que solicitou a súa restitución.”

As normas do citado Regulamento prevalecerán sobre as respectivas normas do Convenio da Haia.

Ademais, no caso de que un órgano xurisdiccional ditase unha resolución de non restitución con arranxo ao artigo 13 do Convenio da Haia de 1980, transmitirá de inmediato ao órgano xurisdiccional competente ou á autoridade central do Estado membro no que o menor tiña a súa residencia habitual inmediatamente antes do seu traslado ou retención ilícitos, ben directamente ou ben por conduto da súa autoridade central, copia da resolución xudicial de non restitución e dos documentos pertinentes, en particular a acta da vista, de conformidade co previsto na lexislación nacional. O órgano xurisdiccional deberá recibir tódolos documentos mencionados no prazo dun mes a partir da data da resolución de non restitución, circunstancia que os nosos Tribunais teñen en conta nalgúns casos [*Sent. Aud. Prov. de Granada (sección 3ª) núm. 100/2006 de 16 de xuño*] e non noutros [*Sent. Aud. Prov. de Málaga (sección 6ª) núm. 463/2007 de 11 de setembro*].

Salvo que algunha das partes presente xa unha demanda ante os órganos xurisdiccionais do Estado membro no que o menor tiña a súa residencia habitual inmediatamente antes do seu traslado ou retención ilícitos, o órgano xurisdiccional ou a autoridade central que reciba a información mencionada no apartado 6 deberá notificala ás partes e invitalas a presentar as súas reclamacións ante o órgano xurisdiccional, de conformidade co previsto na lexislación nacional, nun prazo de tres meses a partir da data da notificación, a fin de que o órgano xurisdiccional examine a cuestión de custodia do menor.

Sen prexuízo das normas de competencia establecidas no presente Regulamento, no caso de que o órgano xurisdiccional non recibise reclamación ningunha no prazo previsto, declarará arquivado o asunto. Esta circunstancia, unida ao xogo das regras de competencia, pretende conferir seguridade xurídica á situación do menor.

No entanto, independentemente da resolución de non restitución no foro amparada no artigo 13 do Convenio da Haia de 1980, calquera decisión que ordene a restitución do menor ditada con posterioridade por calquera tribunal competente será executiva sen necesidade de recoñecemento, conforme ás disposicións do propio Regulamento. Non é preciso que a decisión

que ordene a restitución do menor se enmarque, se trate ou estea precedida dunha resolución definitiva ao dereito de custodia do menor [Sent. TXUE (Sala Terceira) de 1 de xullo de 2010].

III. CONVENIO DE LUXEMBURGO DE 20 DE MAIO DE 1980

O Convenio de Luxemburgo de 1980 relativo ao recoñecemento e execución de resolucións en materia de custodia de menores, así como ao recoñecemento de dita custodia, en vigor en España desde 1984, ten por obxecto específico o recoñecemento de decisións de custodia de menores de dezaseis anos sen dereito a fixar a súa residencia, nos supostos de traslado ilícito, constituíndo unha alternativa ao Convenio da Haia de 1980.

O Convenio presenta a particularidade de establecer un sistema de cooperación entre autoridades centrais en orde, por exemplo, á transmisión mutua de información, á localización do menor, á adopción de medidas provisionais ou á efectiva execución da decisión que conceda o *exequátur*. O procedemento de recoñecemento non resulta especificamente regulado no Convenio, que se remite aos dereitos internos, e xa que logo, en España ao procedemento de *exequátur*, salvo que resulte aplicable o procedemento previsto nos artigos 1901 e seguintes da Lei de Axuizamento Civil, con algunhas modificacións relativas aos documentos necesarios na solicitude e á eventual necesidade de escoitar ao menor e realizar as indagacións oportunas. A peculiaridade deste Convenio estriba no complexo réxime de condicións de recoñecemento das decisións de custodia ditadas nun Estado parte que varían segundo as circunstancias do suposto.

O primeiro deles refírese ao traslado ilícito contrario a unha decisión ou situación legal de custodia, cando no momento de ditarse esta ou de producirse o traslado, ambos proxenitores e o menor tiñan a nacionalidade do Estado de orixe e o menor residía habitualmente no devandito Estado, e, ademais, se cursara a solicitude de restitución a unha autoridade central nun prazo inferior a seis meses desde o traslado. Neste caso, deberá procederse á restitución inmediata do menor. Se a lei do Estado requirido esixe a intervención dunha autoridade xudicial para ese efecto, o recoñecemento da solicitude é incondicional.

A segunda hipótese refírese ás peticións cursadas no prazo de seis meses desde o traslado ilícito, sen que concorran as circunstancias sinaladas no primeiro suposto. En tal caso, o artigo 9 deste Convenio establece unha serie de condicións de recoñecemento relativas ás garantías

procesuais, competencia xudicial internacional do Tribunal de orixe, inconciliabilidade cunha decisión do Estado requirido, sen que caiba ningunha revisión en canto ao fondo.

Finalmente, o terceiro suposto, para os restantes casos, permite engadir novas condicións relativas á orde pública, a firmeza da decisión, litispendencia e inconciliabilidade e, sobre todo, a incidencia do transcurso do tempo que redunde nun cambio de circunstancias que aconselle, en interese do menor, negar eficacia á decisión de custodia de que se trate.

Mutatis mutandi, e coas correccións sinaladas no artigo 11 do Convenio de Luxemburgo de 1980, estas disposicións resultan aplicables así mesmo ao recoñecemento dos pronunciamentos sobre o dereito de visita.

IV. SUBTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES E NORMAS DE PRODUCCIÓN INTERNA

A aplicación por España do Convenio da Haia foi pouco afortunada nos seus inicios. A miúdo foi utilizado coma un mero instrumento de asistencia xudicial internacional, chegando ata o punto de instrumentalizar a súa aplicación a través do *exequátur* [Autos do TS de 24 de abril, 11 de maio, 15 de xuño, 16 de xuño, 19 de xuño, 25 de xullo, 14 de decembro de 1989], de ningún xeito necesario para o seu funcionamento. De feito, a Comisión Especial sobre o funcionamento do Convenio reprochou a España, en 1989, a virtual inaplicación do texto convencional. A súa aplicación, así como a doutros textos convencionais que regulan o retorno de menores en caso de subtracción internacional, mellorou de forma considerable unha vez que o lexislador español, por mandato da disposición final decimo novena da L.O. de Protección do Menor, articulou un procedemento específico de xurisdición voluntaria contido nos artigos 1901 a 1918 da Lei de Axuizamento Civil. Trátase dun procedemento especial que rexe, exclusivamente, en desenvolvemento dos convenios internacionais sobre secuestro internacional de menores, atribuíndo competencia aos Xuíces de Primeira Instancia en cuxa demarcación se ache o menor, e esixindo a intervención do Ministerio Fiscal. O procedemento artículase de forma que garante un desenvolvemento rápido de seis semanas, aínda que coas cautelas requiridas polos propios principios convencionais achega lexitimación, consentimentos necesarios, audiencia do menor, obtención de informes, etc. O auto do Xuíz só pode recorrerse en apelación nun só efecto, debendo resolverse no prazo improrrogable de vinte días.

No marco bilateral, o Convenio entre España e Marrocos de 30 de maio de 1997, sobre asistencia xudicial, recoñecemento e execución de resolucións en materia de dereito de custodia e dereito de visita e devolución de menores, contén nas súas dous primeiros capítulos unha regulación específica sobre o secuestro internacional de menores.

Cabe agregar para rematar, que en defecto de réxime convencional, o secuestro internacional de menores resolverase a partir das regras do réxime autónomo, singularmente a través dos mecanismos de recoñecemento e execución de decisións xudiciais en materia de custodia.

V. ASPECTOS PENAIS DA SUBTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Polo que se refire aos aspectos penais da subtracción internacional de menores, debe terse en conta, en todo caso, a incidencia da Lei Orgánica 9/2000, de 10 de decembro, sobre subtracción de menores, que introduciu no noso Código Penal o artigo 225 bis. Nel, baixo a rúbrica “Da subtracción de menores”, tipifícanse a partir dun tipo básico contido no apartado 1, diversos supostos dunha modalidade delituosa que non quedaba plenamente regulada no Código penal.

Trátase dun delito de desobediencia á decisión xudicial respecto de custodia e garda dos fillos menores en caso de separación ou divorcio das súas proxenitores. O feito deuse con bastante frecuencia, sobre todo, nos casos de ruptura entre membros da parella de diferente nacionalidade e ata concepción cultural oposta. Moitas veces un dos proxenitores quere levar os fillos en común a outro lugar ou ata a outro país, subtraéndoo ou impedindo calquera relación co outro proxenitor que ten custódiaa concedida xudicialmente. Pero igual pode suceder ata entre parellas con residencias próximas.

No ámbito dos posibles suxeitos activos esténdese tamén no apartado 5 “aos ascendentes do menor e aos parentes do proxenitor ata o segundo grado de consanguinidade ou afinidade.”

Un elemento importante no tipo básico que se regula no apartado 1 do artigo 225 bis é que o proxenitor que subtrae ao menor o faga “*sen causa xustificada*.” Non se trata, pois, só dunha desobediencia puramente formal á decisión xudicial, senón que desde o primeiro momento exclúense do tipo as situacións nas que dita subtracción poida estar xustificada porque o

proxenitor ou a persoa ou institución á que estivese confiado o menor ou que teña concedida a custodia abandone ao menor, o maltrate, non cumpra coas obrigacións legais de alimentos, educación, etc. O consentimento exclúe naturalmente tamén a tipicidade da conduta.

No apartado 2 defínese a subtracción como: *“1º O traslado dun menor do seu lugar de residencia sen consentimento do proxenitor con quen conviva habitualmente ou das persoas ou institucións ás cales estivese confiada a súa garda ou custodia. 2º A retención dun menor incumprindo gravemente o deber establecido por resolución xudicial ou administrativa.”*

A primeira modalidade non esixe necesariamente unha decisión xudicial previa sobre a quen corresponde custodia do fillo; o delito pódese cometer tamén cando se traslada o menor *“sen consentimento do proxenitor con quen conviva habitualmente”*. A segunda modalidade fai referencia a supostos nos que o proxenitor ten dereito a ter un certo tempo ao seu fillo, é dicir, dereito de visita, pero reténeno máis aló do tempo previsto, e aquí si son decisivos os termos nos que estea redactada a correspondente decisión xudicial ou administrativa.

A pena prevista no tipo básico é a de prisión de dous a catro anos e inhabilitación especial para o exercicio da patria potestade por tempo de catro a dez anos. No entanto, o artigo 622, tamén reformado pola LO 9/2002, castiga como falta, con multa dun a dous meses, *“aos pais que sen chegar a incorrer en delito contra as relacións familiares ou, no seu caso, de desobediencia infrinxisen o réxime de custodia dos seus fillos menores establecido pola autoridade xudicial ou administrativa.”*

No apartado 3, imponse a pena sinalada no apartado 1 na súa metade superior *“cando o menor sexa trasladado fóra de España ou fose esixida algunha condición para a súa restitución.”* [cfr. Convenios de Háxaa e de Luxemburgo de 1980, e TORRES FERNANDEZ, 2003].

En último lugar, no apartado 4 establécese unha escusa absolutoria *“cando o subtraínte comunique o lugar de estancia ao outro proxenitor ou a quen corresponda legalmente o seu coidado dentro das vinte e catro horas seguintes á subtracción co compromiso de devolución inmediata que efectivamente leve a cabo, ou a ausencia non fose superior a devandito prazo de vinte e catro horas.”* No parágrafo segundo deste apartado establécese unha pena atenuada de prisión de seis meses a dous anos *“se a restitución fíxela, sen a comunicación a que se refire o*

parágrafo anterior, dentro dos quinze días seguintes á subtracción.” Estes prazos computaranse desde a data da denuncia da subtracción.

Finalmente, a nova normativa atribúe ás autoridades españolas a posibilidade de adoptar unha serie de medidas cautelares administrativas ou xudiciais para prever o risco de subtracción do menor, tal e como se dispón no artigos 103.1ª e 158.3º do Código civil, tales como condicionar o cambio de domicilio ou a saída do territorio nacional á previa autorización xudicial, retirar o pasaporte ao menor ou prohibir a súa expedición. En conclusión, a existencia dun ilícito penal pode resultar particularmente efectiva para obter o retorno do menor cando non resultan operativos os mecanismos convencionais.

VI. BIBLIOGRAFÍA

M.D.Adam Muñoz " Regulación autónoma del procedimiento relativo a la devolución de menores trasladados ilícitamente", Subtracción internacional de menores e adopción internacional de menores y adopción internacional, Madrid, Colex, 2004, pp.51-72.

M.D. Adam Muñoz e S.García Caño: "Subtracción internacional de menores e adopción internacional, Madrid, Colex, 2004, pp.81-88;

S. Alvarez González: "Secuestro internacional de menores e Cooperación internacional: a posición española ante o problema: Poder Judicial, núm 4, 1986, pp. 9-32.

A.L. Calvo Caravaca e J. Carrascosa González: "Problemas de secuestro internacional de menores", A.C, núm. 21, 1998. pp.481-527.

C. Lasarte Álvarez: "A Convención da Conferencia da Haia sobre os aspectos civís do secuestro internacional de nenos", B.I.M.J., núm.1301, pp. 4-19.

Tomás S.Vives Antón, Enrique Orts Berenguer, Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac e Carlos Martínez Pérez: " Derecho Penal Especial: Parte especial", Valencia, Tirant lo blanch, 2010, pp. 351.

Francisco Muñoz Conde: " Derecho Penal: Parte Especial", Valencia. Tirant lo blanch, 2010, pp.336-338.

A MEDIACIÓN PENAL E A PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

ROBERTO MACÍAS ALONSO
Estudiante do Grao en Dereito
Universidade de Santiago de Compostela

Resumo

A mediación penal é practicamente unha realidade xurídica pero as veces os novos aires traen problemas que resolver. Neste caso o procedemento da mediación pode vulnerar uns dos principios básicos do sistema penal, a presunción de inocencia, se non se leva a cabo unha boa labor de interpretación e regulación da figura.

Palabras chave

Mediación penal, ADR (*Alternative Dispute Resolution*), vítima, confidencialidade, presunción inocencia.

Abstract

The criminal mediation is practically a legal reality, but sometimes, innovation brings problems to resolve. In this case, the process of mediation can violate one of the most basic principles of the criminal system, presumption of innocence, if this instrument is not well regulated and interpreted.

Key words

Criminal mediation, ADR (*Alternative Dispute Resolution*), victims, confidentiality, presumption of innocence.

I. A MEDIACIÓN, UN NOVO PARADIGMA

A palabra crise provén do termo grego clásico “*krisis*”o cal significa “separar” ou “decidir”. Con esta sinxela frase poderíamos dar explicación dende a etimoloxía a moitas das

cuestións deste mundo actual. Para os gregos a crise supoñía un momento crucial, un instante de cambio inminente. Este termo era empregado polos profesionais da medicina para dar cabida a situacións nas que un doente chegaba ao seu límite, ao seu punto crítico, do cal unicamente podería definitivamente morrer ou milagrosamente saír con vida. Crise supón oportunidade, crise supón ocasión de cambio. É así como chegamos á oportunidade da mediación como unha posible axuda á crise do sistema xudicial do que tanto se fala, como posible vía de escape á conxestionada xustiza. Pero, que é mediación?

Dende un simple punto de vista procesualista, a mediación é un método autocompositivo de solución de conflitos, ou o que é o mesmo, un método non adversarial no que as partes en desacordo chegan elas mesmas a unha solución coa axuda dunha terceira persoa, o mediador, que guía o procedemento ata un bo fin. Adentrámonos coa mediación no mundo das ADR (*Alternative Dispute Resolution*), técnicas extraxudiciais de resolución de conflitos entre as que encontramos, ademais desta, a negociación, a arbitrase ou a conciliación.

Cunha visión xeral derivada na súa maioría da definición podemos, xa a simple vista, apreciar os beneficios que ten a mediación sobre o proceso xudicial:

1. No proceso as partes non teñen participación directa, non así na mediación na que son elas mesmas as que solucionan o conflito.
2. Os custos do proceso son cada vez máis elevados, o que en moitas ocasións pode provocar que a controversia quede sen resolver de ningún modo.
3. Mediante o proceso xudicial os conflitos perden a dimensión construtiva que deberían ter, pois a solución é imposta por un terceiro e non acadada polos “contrincantes”. Na mediación son as propias partes as que chegan á solución do conflito de xeito que se responsabilizan das decisións adoptadas, o que implica asimesmo unha maior porcentaxe de cumprimento dos acordos.
4. Por outra banda, aquelas persoas que acoden á mediación aprenden a interpretar os conflitos dende outros puntos de vista, comprendendo os erros que cometeron así como os da parte contraria. Deste xeito céntranse nos intereses comúns e persoais máis que nas diferenzas. Prodúcese unha aproximación de posicións, unha maior empatía entre as partes.

5. A mediación é un procedemento moi flexíbel, non segue un orden procedimental nin prazos e non está suxeito a condicións de ningunha clase.

II. A MEDIACIÓN NO ÁMBITO PENAL

Antes de entrar a dilucidar sobre a presunción de inocencia na mediación penal é preciso facer un pequeno apunte sobre este procedemento. A pesar da multitude de experiencias piloto en mediación penal esta carece de regulación concreta no noso estado no que a Dereito Penal de Adultos se refire, a espera da aprobación do novo Código Procesual Penal no cal parece ser se incluírá este procedemento entre os artigos 143 e 146.

A introdución desta ADR supón un cambio radical no modo de concibir a solución do conflito penal, tanto dende o punto de vista da vítima como do vitimario. Dende moito tempo atrás a vítima foi sempre a gran esquecida do proceso penal, unha simple testemuña privilexiada polo feito de sufrir en primeira persoa o feito penado sen importar o dano que esta podería sufrir o único que se pretendía era o castigo, a retribución do mal ao vitimario. Este tamén leva sendo dende sempre, coma dende certo punto podería pensarse que é lóxico, o gran prexudicado do proceso penal. O autor do delito sofre nas carnes o peso da xustiza baixo o principio da resocialización que a nosa Constitución establece no seu artigo 25. En moitos casos o máis adecuado para esta resocialización non é a condena penal senón un procedemento construtivo do que se derive un real aprender, unha verdadeira reinserción social. É así como coa mediación se introduce o concepto de xustiza restaurativa no ámbito penal, a reparación do dano na relación interpersoal e non a simple retribución pola vulneración dunha norma do Estado. Non é a mediación polo tanto senón unha forma de reafirmar o carácter de *ultima ratio* de dereito penal, o cal só actuará unicamente naqueles casos nos que non exista outra solución viable á que acudir.

Pese a que a mediación penal non se atopa regulada estatalmente si existen instrumentos europeos que o fan, entre os que se atopa principalmente a *Decisión Marco do Consello da Unión Europea de 15 de marzo de 2001*. Podémonos inspirar neste e outros instrumentos para por de manifesto dúas das características básicas deste procedemento:

1. *Voluntariedade*: a mediación é un procedemento voluntario *per se*. Esta voluntariedade maniféstase non só na posibilidade de acudir á mediación por propia iniciativa ou recomendación dos órganos xurisdicionais, senón tamén na posibilidade de abandoala en calquera momento sen ningún tipo de consecuencia negativa.
2. *Confidencialidade*: este carácter da mediación é básico pois, facendo uso da coñecida frase “*O que pasa en Las Vegas, quédase en Las Vegas*”, o que pasa na mediación, quédase na mediación. Isto é, débese garantir que as partes na mediación non estarán obrigadas a declarar no proceso sobre todo o vertido na mesma.

III. O PROBLEMA DA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA NA MEDIACIÓN PENAL

É precisamente sobre a base destas dúas características sobre as que vai xirar o xogo da presunción de inocencia na mediación penal. Todo proceso penal debe basearse neste principio constitucional da presunción de inocencia, de xeito que soamente mediante o propio proceso se delimitará a culpabilidade do presunto autor ao que poderá entón aplicarse unha pena ou sanción. Deste xeito, este mesmo principio debe acompañar ao procedemento mediador no cal as partes entrarán amparadas por esta presunción.

Pero, pode verse esta ameazada? Efectivamente, a presunción de inocencia pode verse en perigo en varios intres e ante varias situacións. Un deste primeiros momentos nos que esta garantía constitucional pode verse desafiada é coa simple aceptación ao sometemento a mediación. Podería parecer que ao aceptar o presunto infractor o procedemento de mediación coma unha mellor solución ante unha posible condena penal este estivera recoñecendo a súa culpabilidade, pero isto non pode ser de ningún modo así. A presunción de inocencia unicamente pode verse vencida pola proba no proceso penal de que efectivamente a culpabilidade é real, non tería sentido admitir que a simple busca doutras alternativas para acadar unha solución suporían a aceptación da culpabilidade que se trata de imputar ao acusado no xuízo penal. Así pois, a aceptación ao sometemento a mediación non pode ter consecuencias xurídicas para o imputado.

Asimesmo podería chegarse a pensar tamén que a presunción de inocencia vulneraríase se por algunhas das partes decidírase regresar ao proceso penal. A voluntariedade é o que

caracteriza a mediación de xeito máis marcado, motivo polo cal calquera das partes pode en calquera momento da mediación decidir abandonala retomando o camiño do proceso penal. Xorde así a dúbida sobre que valor vai ter o que as partes se leven da mediación. A mediación é un procedemento cercano, no que as partes van aproximar posturas e confesar determinados datos que poderían, ben beneficiar a algunha ou ben prexudicar a outra nun proceso. É por este motivo polo cal as conclusións, as confesións, os datos e demais confidencias que sexan facilitadas no procedemento de mediación non poden ter en ningún momento valor probatorio e non poderán polo tanto vulnerar a presunción de inocencia do imputado que verá como todo o que chegue a dicir no ámbito íntimo da mediación quedarase niso, nunha serie de conversas en *petit comité*. Xoga un papel decisivo chegados a este intre a confidencialidade da que antes falabamos. O procedemento de mediación é un procedemento confidencial do que nada pode saír, non podendo transmitirse aos xuíces nada salvo a acta final que o mediador redactará, na que unicamente aparecerán os acordos formulados polas partes, sen máis información adicional, en caso de que a mediación chegue a bo porto, ou unha simple acta de finalización do procedemento. Así pois, antes de comezalo o mediador, na denominada sesión informativa, explicará as partes en que consiste o proceso de mediación e que consecuencias terá acudir a el.

Unha vez as partes aceptan someterse ao procedemento, o mediador achegará ás mesmas un documento de confidencialidade, de xeito que nada do comentado no procedemento poida ter ese valor incriminatorio que faría perigar a presunción de inocencia. Loxicamente se as partes deciden outorgar este valor probatorio ao dito na mediación nada o impedirá, pero é preciso sinalar que deben ser as dúas partes as que de común acordo o desexen, non sendo válido que unha única delas o pretenda unilateralmente sen contar coa outra.

Sen embargo o problema con toda a información vertida na mediación non remata aquí pois as partes non son as únicas persoas que interveñen no procedemento. Deste xeito a garantía da confidencialidade debe estenderse a todos aqueles que estexan presentes ao longo da mediación, en especial á figura do mediador e o letrado que asiste á parte. A confidencialidade do mediador é máis que notoria pois este está amparado por un segredo profesional que o impide acudir ao proceso coma testemuña, como é lóxico, pois, xunto coas partes, o mediador é o único que está presente durante todo o proceso e mellor coñece o desenvolvemento e transcurso deste.

Por outra banda, é moi común, e incluso recomendable nalgúns casos e sesións concretas, que o letrado das partes as acompañe á mediación para asesoralas. Deste xeito os avogados tamén deben estar afectos desta confidencialidade que os obrigará a garantir o respecto a tódalas garantías e dereitos fundamentais que asisten ás partes, non podendo empregar a información das sesións de mediación no proceso penal posterior. Fóra destas persoas, este deber de confidencialidade e respecto á presunción de inocencia no proceso penal esíxeselle aos demais individuos que puntualmente puideran participar na mediación, coma por exemplo familiares, amigos, etc.

IV. BIBLIOGRAFIA

Magro, V. ,Hernández, H., Cuellar, J.P. Mediación penal. Una visión práctica desde dentro hacia afuera. Club Universitario. San Vicente (Alicante). 2011

Ríos, J.C., Pascual, E., Bibiano, A. La mediación penitenciaria. Reducir las violencias en el sistema carcelario. Editorial Colex. 2005

Ríos J.C. La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal. Alternativas a la Judicialización de los Conflictos (pp. 139 - 164). Estudios de Derecho Judicial 111-2006. Centro de Documentación Jurídica CGPJ

Sánchez, M.P. Mediación penal comunitaria: desde donde hacia dónde. Alternativas a la Judicialización de los Conflictos (pp. 23 – 34). Estudios de Derecho Judicial 111-2006. Centro de Documentación Jurídica CGPJ

Moreno, V., Cortes, V. Introducción al derecho procesal. Tirant Lo Blanch. 2012

Sáez, R. La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia. Alternativas a la Judicialización de los Conflictos (p. 35 - 77). Estudios de Derecho Judicial 111-2006. Centro de Documentación Jurídica CGPJ

Martínez, C. La mediación en el ámbito penal.

www.icauelva.es/ArticulosDoctrinales/MediacionPenal.pdf (28/09/2013, 20.13)

A IMPORTANCIA DO BO GOBERNO CORPORATIVO NAS SOCIEDADES MERCANTÍS

LIZZ LEONY

Estudiante da Licenciatura en Dereito

Universidade Francisco Marroquín (Guatemala)

Resumo

Ante os diversos cambios e factores externos que xorden, para ser eficientes e atractivos dentro do mercado competitivo, resulta necesario que as sociedades se adapten ao novo orde que emerxe. Actualmente, esta adaptación lógrase a través dun bo Goberno Corporativo.

Palabras chave

Sociedades mercantís, gobernos, cooperación.

Abstract

Due to the different changes and external factors which are happening, societies need to adapt to the new emergent world in order to be efficient and competitive. Nowadays, this adaptation is obtained through a good Corporate Government.

Key words

Businees societies, government, cooperation.

Concepto

Enténdese por Goberno Corporativo, ou ben *Corporate Governance*, como o conxunto de principios e normas polas que se rexe internamente unha sociedade mercantil para mellorar a súa xestión administrativa, as relacións entre accionistas e administradores, entre os propios accionistas; e tamén, a relación cos acredores.

Unha definición que deu a Organización para a Cooperación Económica e o Desenvolvemento (coñecida como *OECD* siglas en inglés por *Organization for Economic Cooperation and Development*) respecto ao Goberno Corporativo foi a seguinte: “o conxunto de

relacións entre os executivos dunha sociedade, a súa xunta directiva, os seus accionistas e outras partes interesadas¹”.

Porén, un concepto máis amplo respecto ao Goberno Corporativo é *"a vixianza e control que se exerce sobre a maneira en que se asignan os recursos e se estruturan e administran as relacións dentro dunha sociedade"*². En tal sentido, enténdese que a través dun Goberno Corporativo, preténdese protexer los intereses non só dos accionistas, senón tamén dos acredores e incluso, o dos traballadores.

O goberno Corporativo dunha sociedade recae sobre todo na normativa interna entre os accionistas e os administradores, pois resulta ser unha ferramenta para a solución dos diversos conflitos que poden existir entre estas dúas partes.

Os accionistas ao non ser quen administran a sociedade, queren ter certeza do bo manexo nas operacións da mesma, o cal resulta lóxico pois é o seu patrimonio o que pode estar prexudicado. En cambio, os administradores son quen realmente coñecen o xiro da sociedade e dirixen a mesma a través das empresas, xurdindo conflitos de intereses entre estes dous órganos societarios.

Por conseguinte, un dos fins do Goberno Corporativo é regular os mecanismos para diminuír os conflitos que pode existir entre os accionistas e os administradores.

Os principios dun Goberno Corporativo son os *“mecanismos que delimitan como as empresas operan e relaciónanse cos accionistas e os demais interesados no negocio, sendo o seu obxectivo, transparentar a relación entre os distintos niveis de xerencia e os seus accionistas”*³, polo cal se pretende diminuír os conflitos en xeral e ademais non prexudicar aos inversores, acredores, traballadores e terceiros que se cheguen a relacionar coa sociedade. Por medio do Goberno Corporativo, refléxase unha transparencia nas operacións da sociedade e das relacións que esta teña con terceiros.

¹ REYES VILLAMIZAR, F., *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea*, Editorial Legis, Colombia, 2013, cuarta edición, P. 242.

² *Ibídem*, P. 243

³ MATOS PRADOS, G. A., *El Gobierno Corporativo*, artículo publicado en vLEX International, número 6, enero 2011, Perú.

En conclusión, Goberno Corporativo refírese a “*normas orientadas a mellorar a xestión das compañías, mediante a adopción de mecanismos legais imperativos ou a inclusión de pautas adoptadas voluntariamente por aquelas sociedades interesadas en dispoñer en mellor forma para captar recursos de capital.*”⁴. Isto da unha maior confianza para terceiros, ademais de reducilos riscos en canto á información financeira e de operación en asuntos importantes claves do negocio, reducir custos de capital, reter a experiencia e capacidade da forza laboral, ademais de obter estabilidade e sustento da sociedade.

Importancia

O concepto de Goberno Corporativo e o seu emprego nunha sociedade cobrou maior importancia na actualidade, sobre todo no ámbito internacional. Debe advertirse, que o seu emprego é aínda máis relevante para aquelas sociedades que cotizan as súas accións no mercado de valores, pois resulta ser unha medida de protección para os inversores, aínda que non priva o emprego do Goberno Corporativo para sociedades fóra do mercado de valores.

¿Por que xurdiu o interese en protexer aos inversores mediante a definición dun bo Goberno Corporativo? Isto foi a consecuencia das crises financeiras que se viviron en diferentes países nos últimos anos. Tamén xurdiu a consecuencia de estafas que se deron, no cal se viron prexudicados, principalmente, os inversores.

Por tal razón, o Goberno Corporativo tivo maior importancia, pois ao reflexar unha organización administrativa definida e ao mellorar as relacións internas, dando solucións a posibles conflitos que poidan xurdir, da unha maior confianza aos inversores e demostra unha mellor eficiencia na sociedade

Ademais, como se expresou dende un inicio, as sociedades mercantís nun mundo competitivo, o asegurar o éxito da empresa a través da súa eficiencia e obter maior grao de confianza para terceiros, resulta ser de gran interese para as sociedades e así melloralo seu Goberno mediante a aplicación de principios correctos, conleva a un eficiente funcionamento da sociedade e así obter maiores ganancias.

⁴ REYES VILLAMIZAR, F. *Derecho Societario Tomo I*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2006, Segunda edición, P.612

A relevancia que comezou a ter este mecanismo exprésao o xuristas Francisco Reyes Villamizar no sentido de que sociedades se viron na necesidade de incorporar disposicións relativas coa honestidade dos administradores e ao acceso da información, así tamén a creación de comités de fiscalización. Ademais, suxeitos externos como entidades financeiras comezaron a tomar medidas para avaliar se unha sociedade cumpre ou non coas pautas mínimas de organización societaria⁵.

A recopilación de principios como parte dun Goberno Corporativo foi traballada por certos organismos como o da Organización para a Cooperación Económica e o Desenvolvemento (OECD), cuxos proxectos como o de *White Paper* foi de relevancia para os países de Latinoamérica, no cal se desenvolve a importancia do Goberno Corporativo e as pautas mínimas que debería conter. Esta recopilación de principios polos que debería entenderse un bo Goberno Corporativo son unicamente de referencia⁶, non vinculantes, tendo cada sociedade a liberdade de adoptalos ou non, ou ben, adoptalas súas propias normas.

En certos países considerouse regulalos principios dun Goberno Corporativo dentro das súas lexislacións, incluso, adoptalos principios recopilados pola OCDE. Isto co adán de protexer a terceiros, especialmente aos inversores. Non obstante, non debe esquecerse que cada sociedade engade os seus propios principios e normas, cos que reflexa confianza e transparencia, é dicir, en dita sociedade mercantil existe un bo Goberno Corporativo a través do seu propio sistema.

En conclusión, cada sociedade mercantil é distinta, polo que a súa normativa interna tamén pode ser, pero con un mesmo fin: implementando mecanismos para a solución de controversias entre accionistas, administradores e aqueles que se relacionen coa sociedade a as súas empresas, reflexando transparencia e confianza; obtendo como resultado final, ser unha sociedade eficiente e de éxito.

BIBLIOGRAFÍA

MATOS PRADOS, Gustavo Alberto, *El Gobierno Corporativo*, publicado en vLEX International, número 6, enero 2011, Perú. Disponible en:
<http://international.vlex.com/vid/gobierno-corporativo-316642425>.

⁵ Cfr. REYES VILLAMIZAR, F., *Op. Cit.* P. 245.

⁶ La propia OECD ha indicado que los principios compilados tienen carácter de no-vinculantes.

ORTIZ HERBENER, Andrés, “*Análisis del Buen Gobierno Corporativo: Su necesaria implementación en el Derecho Societario Ecuatoriano*”, publicado na Revista Xurídica da Facultade de Xurisprudencia e Ciencias Sociais e Políticas. Disponível em: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/20/20_analisis_del_buen_gobierno.pdf, consultada el 23 de setembro de 2013.

REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea*, Editorial Legis, Colombia, 2013, cuarta edición, P. 242.

REYES VILLAMIZAR, F. *Derecho Societario Tomo I*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2006, Segunda edición, P.612

Organización para a Cooperación Económica e o Desenvolvimento, *Principios de Gobierno Corporativo de la OECD*, 2004. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>, consultada el 23 de setembro de 2013.

“*Gobierno Corporativo: Lo que todo empresario debe saber*”, Publicación del Programa Kemmer, da Corporación Andina de Fomento (CAF). Disponível em: http://www.caf.com/media/3270/Mfolleto_solo_caf.pdf, consultada el 23 de setembro de 2013.

A BANCA FRAUDULENTA E A POSTERIOR ORIXE DOS BANCOS CENTRAIS

LORENA ALONSO SUÁREZ

Estudante do 2º curso do Máster en Xestión Pública

Licenciada en Economía

Universidade de Santiago de Compostela

Resumo

Ao longo da historia, o sistema bancario violou os principios tradicionais do dereito no referente ao depósito irregular. Os mecanismos sociais de control non souberon limitar eses abusos, ao contrario, gobernos e bancos privados, íanse beneficiando de actividades que practicaban de xeito fraudulento, creando co paso dos anos institucións e organismos que afianzasen ese control e manipulación.

Palabras clave

Sistema bancario, principios tradicionais do dereito, depósito irregular, actividades fraudulentas, institucións, control, manipulación.

Abstract

All along history, the banking system violated traditional principles of law related to irregular deposits. On the one hand, social control mechanisms failed to eliminate such abuses. On the other hand, governments and private banks, they would benefit from fraudulent activities, and as consequence, with years they creat institutions and organisms of control and manipulation

Keywords

Banking system, traditional principles of law, irregular deposits, fraudulent activities, institutions, control, manipulation.

Introdución.

No presente artigo o obxectivo que queremos acadar é xustificar e argumentar unha necesaria reforma no sistema bancario, cara unha banca que se axuste á legalidade e os principios tradicionais do dereito. En primeiro lugar, identificaremos o fraude bancario que se ven

practicando dende fai séculos. Unha vez identificada a problemática, en segundo lugar, repasaremos a evolución histórica da banca fraudulenta. En terceiro lugar, abordaremos unha cuestión moi importante a engadir na nosa reforma do sistema financeiro: o patrón ouro como respaldo na emisión de moeda. No cuarto e último apartado concluiremos os nosos argumentos citando tanto a autores e intelectuais que defenden esta postura, como os retractores que refutan tales plantexamentos. Remataremos cuestionándonos, polo tanto, cal é a natureza dos ciclos económicos unha vez analizadas todas estas cuestións.

1. Conceptos previos, causas e identificación do fraude bancario.

Para comezar, aclararemos a distinción que existe entre dúas das actividades fundamentais que realizan os bancos ou entidades financeiras: os contratos de préstamo e os contratos de depósito. Estes dous tipos de contratos, no caso concreto do noso país, está recollidos no Código Civil español desde o artigo 1740 en diante.

Nun contrato de préstamo suponse que a transmisión da dispoñibilidade da cousa pasa do prestamista ao prestatario, trasladándose o dereito de propiedade, por un prazo de duración determinado.

Á súa vez, o contrato de depósito ten como esencia que a dispoñibilidade da cousa moble non se transmite, é dicir, o depositante entrega ao depositario a cousa (funxible ou non) para que a garde e custodie, completamente dispoñible para o depositante. Ademais non existe ningún prazo determinado de duración do contrato.

O caso que nos ocupa é o contrato de depósito de diñeiro, o cal se denomina depósito irregular, por ser este un ben funxible, pero segue sendo en esencia un contrato de depósito que cumpre as mesmas características e requisitos.

Antes de profundar na evolución histórica da banca fraudulenta nos diferentes países, debemos explicar o porque da “invención” da banca con reserva fraccionaria que foi desde a súa orixe unha estafa, en base aos principios tradicionais do dereito, e provoca a expansión artificial do crédito creando débeda e inflación.

Isto débese a que os bancos privados conceden préstamos con cargo a depósitos irregulares, eliminando o coeficiente de caixa 100%, é dicir, préstaos (en contra das obrigacións

de custodia que impón o contrato de depósito irregular) á vez que lles garanten aos seus depositantes a dispoñibilidade do diñeiro no momento que desexen.

Os depositantes “confían” en que só unha fracción de reserva dos depósitos, realmente se depositada no banco, esixiría a devolución da débeda¹.

Vemos, polo tanto, que se confunde o depósito co préstamo, tendo unha natureza xurídica diferente. Tal e como sinala o profesor Jesús Huerta de Soto na súa obra “Dinero, crédito bancario y ciclos económicos”, xa os xuristas clásicos romanos entenderon a institución do depósito irregular do diñeiro considerándoa un tipo especial de depósito, pero que incluía as características esenciais deste. Ademais existe tamén o recoñecemento, por parte da xurisprudencia, dos principios esenciais do dereito que regulan o contrato de depósito irregular do diñeiro, esixindo un coeficiente de caixa do 100% como materialización do elemento esencial de garda e custodia do depósito.

Observamos que os banqueiros incorren continuamente na apropiación indebida dos depósitos irregulares, neste caso en concreto en depósitos de diñeiro, o que implica a violación dos principios xurídicos do contrato. Neste sentido, o economista austríaco Ludwig von Mises na súa obra “The Theory of Money and Credit”², explica que “O depositante dunha suma de diñeiro, que adquire a cambio dela un título, convertible en diñeiro en calquera momento e que lle presta o mesmo servizo que a suma á que refire, non intercambiou un ben presente por un ben futuro. O título que adquiriu polo seu depósito é tamén un ben presente para el. O feito de depositar diñeiro non significa de ningún xeito que renuncie á inmediata dispoñibilidade da utilidade que posúe”.

Mentres, os poderes públicos, lonxe de regular e prohibir o seu incumprimento, e coñecedores desta actividade, concederon ao longo de décadas privilexios e licenzas, á vez que se aproveitaban da banca fraudulenta mediante ingresos fiscais (con cargo a emisión de débeda por parte dos Estados) e/ou creando bancos públicos.

¹ Este feito está baseado en que os depositantes non reclaman tódolos seus depósitos á vez, nin tampouco tódolos prestatarios ou debedores están prestando e pagando ao mesmo tempo.

² “The Theory of Money and Credit” (1978, p.268), Ludwig von Mises.

Estas prácticas xeraban economicamente que se expandise a Base Monetaria, e como consecuencia a oferta monetaria, xerando dous efectos: maior cantidade de diñeiro en circulación (os axentes económicos atópanse con maior renda dispoñible) e expansión do crédito bancario.

Esta expansión artificial de oferta monetaria e crédito bancario xera un aumento descontrolado e prolongado do valor dos activos e produtos nos diferentes sectores da economía (afectando con maior intensidade nos sectores máis importantes da riqueza dun país). Isto estará acompañado dun aumento do investimento (debido aos baixos tipos de xuro) creándose un falso auxe económico que máis tarde se verá suspendido polo estalido da recesión, cando ese crédito se restrinxa, que desencadeará a posterior crise económica.

2. Evolución histórica da banca fraudulenta nos diferentes países.

Existen documentos que apuntan como este tipo de prácticas xa se levaban a cabo na Antiga Grecia, pero na Idade Media, coa orixe do sistema bancario moderno, datan tres casos a destacar.

Por unha banda, temos a banca de Florencia, que soportou o boom económico artificial desencadeado por unha expansión crediticia e unha profunda recesión, onde o goberno de Florencia se financiou de xeito especulativo; doutra banda, referímonos ó banco dos Médicis que terminou aceptando depósitos á vista, os cales usou indebidamente expandindo o crédito, dúas veces os depósitos recibidos, o que causou a súa creba; e para finalizar, no século XV resaltamos o caso da banca catalá, a cal inicialmente se baseaba en manter estritas normas contra os banqueiros fraudulentos. Con todo, existía constancia de que a liquidez dos bancos era inferior aos depósitos á vista que estaban recibindo. As numerosas e crecentes queixas dos clientes pola reticencia dos banqueiros á hora de devolver o diñeiro entregado para a súa custodia, derivou nunha crise bancaria na cal, en lugar de defenderse os dereitos de propiedade dos depositantes e impoñer responsabilidades legais, creouse un banco público municipal, chamado a Taula de Canvi ou Banco de Depósitos de Barcelona que, aproveitándose dos numerosos beneficios da banca dolosa, terminou suspendendo pagos no ano 1468 por utilizar parte das súas reservas en financiar os gastos municipais, e non puido facer fronte á retirada dos fondos en metálico por parte dos seus aforradores.

Durante o século XVI seguíronse repetindo prácticas similares e xa nos séculos XVII e XVIII intentouse de novo desenvolver lexitimamente o negocio bancario, o que orixinou o establecemento dos Bancos Centrais. Este último intento de establecer un banco baseado nos principios xerais do dereito foi o Banco Municipal de Ámsterdam (1609-1819) que no ano 1802 comezou a corromperse esixindo que se prestasen gran parte dos seus depósitos para facer fronte ao crecente gasto público, causando a súa desaparición.

Tamén o Banco de Estocolmo (1656), que malia ser un banco privado, tiña autorización para emitir billetes e crebou por emitilos en exceso sen o respaldo necesario. Este banco foi absorbido polo estado sueco e creouse o Banco Nacional de Suecia (1668) que aínda que nun principio non emitía billetes, debido á mala experiencia do Banco de Estocolmo, comezou emitindo notas de crédito e posteriormente autorizóuselle a emisión dos seus propios billetes, asumindo a posición de Banco Central ao reservarlle a exclusividade da emisión, considerándose o primeiro banco estatal do mundo moderno e o máis antigo.

En 1694 fúndase o Banco de Inglaterra, co principal obxectivo de axudar ao financiamento dos gastos públicos e as guerras coas colonias norteamericanas. Isto provocou que a coroa británica forzara ao banco para que imprimise billetes, creando inflación e suspendendo a redención dos billetes e depósitos en ouro e prata.

Por último, no referente á evolución histórica, comentamos o caso do sistema bancario en Francia. En 1716 fúndase o Banque Royale polo escocés John Law. Este sistema baseábase en facer uso do diñeiro que se lle depositaba para poder incrementar a cantidade deste en circulación e así estimular a economía (Sistema de Law). Deste xeito, creábase un boom artificial mediante unha gran emisión de créditos e billetes, cunha especial incidencia no mercado bursátil, que derivou nunha gran burbulla financeira. Isto produciu a ruína do banco e de numerosos accionistas franceses.

Unha vez consolidado o sistema bancario de reserva fraccionaria e, concretamente, a partir da Revolución Industrial, as expansións e contraccións crediticias comezaron a ser recorrentes. Por iso, en 1844 Robert Peel, político e estadista inglés e Primeiro Ministro de Inglaterra entre 1841 e 1846, farto dos continuos ciclos económicos de burbullas e posteriores recesións, promulgou a “Peel’s bank act”. En trazos xerais, esta lei trataba de impedir a

expansión crediticia ou emisión de billetes sen respaldo de aforro mediante un coeficiente de caixa 100% en forma de ouro. O problema desta lei é que se quedou incompleta ao non aplicarse tamén aos depósitos á vista con reserva fraccionaria, que provoca o mesmo efecto de expansión crediticia artificial que a emisión de billetes sen respaldo. De modo que os bancos sen necesidade de imprimir papel moeda, podían seguir creando novo diñeiro mediante simples apuntes contábeis .

Isto provocaba que sucedesen repetidas expansións artificiais da economía, coa creación de préstamos sen respaldo de aforro real, que desembocan en profundas crises financeiras onde os banqueiros se volvían insolventes. Por este motivo ponse de manifesto a necesidade de salvar eses bancos mediante a creación dos bancos centrais, que actuarían de prestamistas en última instancia e aos que se lles concede monopolio da emisión de diñeiro legal, deseño e execución de políticas monetarias a través do manexo dos tipos de xuro.

3. A importancia do patrón ouro.

Non debemos esquecernos da importante función que cumpría o patrón ouro, imperante dende o século XIX, onde a moeda dun país está legalmente definido nun equivalente dunha cantidade fixa de ouro, estando constituída a moeda en circulación por pezas de ouro ou billetes de banco, sendo estes de obrigatoria convertibilidade, por parte das autoridades, nunha determinada cantidade de ouro, sempre que esta convertibilidade se demande por parte dos axentes.

De este xeito, o patrón ouro comezou a funcionar a partir de 1821, lográndose establecer este sistema case un século³, ata o estalido da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), xa que os gobernos necesitaban diñeiro fiduciario⁴ para financiar todo o esforzo bélico aínda que non puideran respaldalo có metal precioso. Despois da guerra, Alemania, Francia, Inglaterra e Estados Unidos, volveron ó patrón ouro, ata a súa caída pola crise da década de 1930, para evitar a baixada dos prezos e salarios que se estaba a producir coa crise.

³ Durante o século XIX os países adoptaban un patrón bimetálico ata o terceiro cuarto do século que comezou a someterse a crecentes presións.

⁴ Substitutos do diñeiro, que se basean, total ou parcialmente, na fe e na confianza que proporciona ó público a entidade emisora, que polo xeral é o Estado.

No 1944, coa participación de 44 países e sendo latente xa o final da Segunda Guerra Mundial, celebrouse a chamada Conferencia de Bretton Woods, coa finalidade de crear un sistema de relacións económicas internacionais que evitara unha nova crise xeral como a de 1929. As decisións a destacar tomadas nesta conferencia foron as seguintes: o establecemento do patrón ouro-dólar, a creación do Fondo Monetario Internacional (FMI), do Banco Mundial e a creación do Acordo Xeral de Aranceis e Comercio (GATT) .

A aplicación do sistema monetario patrón ouro-dólar pretendía que tódalas moedas de case tódolos países comezaran a utilizar o dólar como moeda de referencia, ó mesmo tempo que Estados Unidos se comprometeu a respaldar cada dólar con ouro. Estados Unidos adquiría deste modo unha gran vantaxe en relación ó resto do mundo, xa que era o único país que podía pagar as súas débedas imprimindo diñeiro. A excesiva confianza que o resto dos países posuían no dólar foi minguando cando os países, especialmente Francia, insistían en trocar as súas reservas de dólares en ouro.

Esta crecente desconfianza, a crise do petróleo nos anos 70 e os resultados adversos da Guerra de Vietnam, arrasaron coas reservas de ouro do EE.UU facilitando a súa bancarrota. Pero os Estados Unidos posuían a imprenta de dólares, e en contra da recomendación de Henry Hazlitt e Paul Samuelson, de desprezar fortemente o dólar, o Presidente dos Estados Unidos nese momento, Richard Nixon, seguindo as indicacións de Milton Friedman, o 15 de agosto de 1971 declarou a inconvertibilidade do dólar en ouro, rematando de maneira unilateral có acordo de Bretton Woods.

O patrón ouro era un sistema monetario internacional que non podía funcionar sen a cooperación e colaboración dos países que o adoptaban. O seu correcto funcionamento impedía que as nacións puidesen levar a cabo políticas proteccionistas que desencadearan en estancamento.

Ademais, son dúas as cuestións esenciais polas que defendemos a volta o patrón ouro⁵.

A primeira baséase en que a efectos prácticos, un patrón monetario implica ligar o valor do diñeiro a un ben económico presente, a través da convertibilidade⁶. Nun sistema como o noso, sen patrón ouro, o valor do papel moeda está ligado a débeda. Se observamos o balance de

⁵ Cuestións defendidas por economistas austríacos, neste caso en concreto, o profesor Juan Ramón Rallo

⁶ Cada billete constitúe un dereito a recibir unha cantidade determinada de ouro, prata, etc.

calquera banco central, encontrámonos con que os seus pasivos (os billetes de euro, dólares ou yenes) se corresponden con uns activos compostos na súa práctica totalidade por débeda pública ou privada. As consecuencias implican ter que saldar esa débeda con diñeiro, baseándose este a súa vez na débeda. E dicir, as nosas débedas se pagan con outras débedas, chegando ó punto de non poder discriminar as boas das malas débedas, xa que as segundas, nun sistema financeiro san deberían darse de baixa do balance para non seguir acumulándoas ata provocar o colapso económico. Esta posibilidade quedaría moi limitada cun patrón metálico (preferiblemente ouro).

A segunda cuestión esta intimamente ligada á anterior, xa que na actualidade o papel moeda está baseado na débeda, e esta son bens futuros, polo que o valor do papel moeda dependerá do valor deses bens futuros. Polo que estamos comprando bens existentes no presente con cargo a bens que, tal vez, produciremos no futuro pero que non existen no presente.

Aínda que son moitos os retractsos deste sistema monetario, argumentando que as reservas de ouro están mal repartidas, que o uso do patrón ouro é inestábel fronte a calquera decisión gobernamental que decida suspendelo ou que o subministro é insuficiente e non está relacionado co subministro global de bens, os feitos demostran que o abandono do patrón ouro supuxo un enorme crecemento da oferta monetaria mundial, que o non estar en consonancia co crecemento total dos bens e servizos producidos, causa unha inflación permanente, combinada co xurdimento de institucións (o Fondo Monetario Internacional) que perpetúan o control e manexo da política monetaria.

4. Conclusións.

No presente artigo, asumimos a necesidade dunha reforma do sistema financeiro, completando aí onde quedou incompleta a Lei de Peel, cumprindo a garda e custodia, propia da natureza dos depósitos á vista, e sancionando os que incorren no delito de apropiación indebida, en suma coa volta do patrón ouro como elemento disciplinario para as entidades financeiras e o poder político.

Todo o comentado e analizado foi obxecto de estudo por numerosos intelectuais, pertencentes á Escola Austríaca, como o xa citado Jesús Huerta de Soto, Ludwig Von Mises, Water Block ou Hermans Hoppe, entre moitos outros. Esta escola de pensamento defende a liberdade ou liberalización bancaria e financeira, lonxe do control político e de organismos ou

institucións como os bancos centrais, os cales gardan unha estreita relación cos gobernos e autoridades, axudando ao financiamento dos gastos públicos e concedendo numerosos privilexios de financiamento, a cambio de conferir en exclusiva a emisión da moeda. Para eles estes argumentos poderían explicar os recorrentes ciclos económicos.

Outros intelectuais que abordaron intensamente estas temáticas tiñan outra concepción. Autores como Nicolas Kaldor ou Hyman Minsky, centraron as súas investigacións en ver como evolucionaba a inestabilidade que se producía nos mercados financeiros na súa interacción coa economía. Explican a teoría dos ciclos económicos baseándose nos efectos dinámicos da especulación que se produce nos mercados financeiros, xa que nos tempos de prosperidade ou auxe económico a euforia especulativa fai aumentar o volume de crédito, ata que chega o momento onde os beneficios producidos non poden pagalo, contráese o crédito e a economía entra en recesión⁷. Este argumento defende, polo tanto, aumentar o control e a intervención por parte das autoridades para frear a especulación nos mercados. Rexeitamos este argumento apoiado por moitos economistas keynesianos, xa que esa especulación, que pode xerarse nos mercados financeiros, é a consecuencia das prácticas fraudulentas da banca, respaldada polos gobernos e autoridades, e da estreita relación que permite esa dilatada expansión crediticia.

Finalizamos preguntándonos se os ciclos económicos, que suceden cada aproximadamente dez anos, temos que consideralos como inevitables e intrínsecos á economía, ou quizais a causa está nas malas prácticas desenvolvidas ao longo do tempo pola banca e os gobernos, formando un tándem perfecto no camiño cara a unha banca perversa e estatista.

4. Bibliografía.

De Soto, Jesús Huerta, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Unión Editorial S.A, 5º ed, 2011.

Mises, Ludwig von, *The theory of Money and Credit*, Foundation for Economic Education Irvington-on-Hudson, N.Y., 1978.

⁷ [Hyman P. Minsky, The Financial Instability Hypothesis, Working Paper No. 74](#) The Levy Economics Institute, Bard College, NY.

Hoppe, Hans-Hermann; Block, Walter; Hülsmann, Jörg Guido, *Contra los medios fiduciarios*, publicado en Quarterly Journal of Austrian Economics, 1998.

Minsky, Hyman, *Stabilizing an unstable economy*. McGraw-Hill, 2008.

Minsky, Hyman, *John Mynard Keynes*. McGraw-Hill, 2008.

Minsky, Hyman, *The Financial Instability Hypothesis*, , Working Paper No. 74 The Levy Economics Institute, Bard College, NY.

Ichimura, Shinichi, *Economía post-keynesiana: Hacia una teoría general macrodinámica y no lineal de las fluctuaciones económicas*. Universidad Wakayama. Japón.

Kindleberger, Charles, *Manias, Panics and Crashes*. New York, Basic Books, 1978.

Código Civil español.

REGULACIÓN DAS AXUDAS Ó SEGURO FORESTAL EN ESPAÑA

JESÚS BARREAL PERNAS

Licenciado en Administración e Dirección de Empresas

Universidade de Santiago de Compostela

Resumo

O seguro forestal enmárcase dentro dos Seguros Agrarios Combinados. Este seguro ten unha lexislación xeral para todas as liñas e unha específica no caso seguro forestal. Para aplicar este seguro creouse a Entidade Estatal de Seguros Agrarios e xeráronse mecanismos económicos a través do Consorcio de Compensación de Seguros para dar cobertura ás posibles indemnizacións. Así, a lexislación española regula a subscrición do seguro forestal e ó mesmo tempo se lle concede unha serie de subvencións sobre o custe da prima para incentivar a súa contratación. A axuda dependerá do tipo de propietario, antigüidade e outras características técnicas, pero sempre se garante unha axuda base. Esta axuda pode ser ampliada pola administración autonómica á que pertenza o ben asegurado. A cobertura do seguro forestal abrangue aqueles danos rexistrados sobre as producións forestais polos lumes e outras catástrofes meteorolóxicas. A de cobertura poder ser por danos na produción ou sobre os custos de recuperación da produción forestal, pero ambas dependerán do tipo de plantación e do tipo de terreo.

Palabras Clave

Axudas, cobertura, seguro agrario combinado, seguro forestal, reforestación.

Abstract

The forest insurance is included in the Agriculture Insurance Plan. There is developed a general law to all the insurances included in this Plan; however there is also developed specific regulation to forest insurance. To apply these insurances, the legislation creates the National Agricultural Insurance Institute and the Insurance Compensation Consortium develops economic measures to cover the compensations. Thus, the Spanish law regulates the forest insurance policy and public subsidies are also included to incentive the forest insurance contracting. These subsidies are focused to pay a percentage of the premium. This ratio depends of the type of landowner or forest manager, the years as a forest insured and other technical characteristics; nevertheless a minimum

subsidy is guaranteed. The regional government could extend this subsidy. The forest insurance covers the damages that will cause the wildfires or the climatology in the forest stand. The coverage could be for forest stand damages and/or restoration costs, but both depend on the insured specie and the kind of land.

Keywords

Agriculture insurance, forest insurance, grants, insurance coverage, restoration forest.

1. Introducción

Os montes galegos son unha fonte de riqueza para a nosa comunidade, por ende, fan falla mecanismos que cubran as posibles perdas que neles se ocasionen. Deste xeito, a lexislación estatal ven promovendo unha serie de axudas que favorecen a contratación do seguro forestal. Este tipo de seguro acóllese dentro do Seguro Agrario Combinado¹, no que se establece como un dos ben asegurables a produción forestal. Dende a posta en vigor do decreto que regula o Seguro Agrario Combinado, ditouse un regulamento ó abeiro do que se regula anualmente a convocatoria de este tipo de seguro². O fin desta axuda é fomentar o uso de seguros agrarios que permita ós produtores forestais ter unha garantía ante fenómenos naturais non controlables³. A principal finalidade de esta iniciativa é favorecer a recuperación forestal tras eventos que poidan provocar a destrución total ou parcial da súa produción. Para elo usan o seguro forestal como un elemento que garanta a reforestación, para que a explotación sexa outra vez posta en marcha e o entorno non perda valor. Neste senso, trata tamén de ofertar unha cobertura de risco a un custe asumible e axustado para os produtores tendo en conta risco cuberto. Este seguro xestionase a través da Entidade Estatal de Seguros Agrarios (ENESA) que é un órgano adscrito o Ministerio de Agricultura, Alimentación e Medio Ambiente a través da súa Subsecretaría⁴.

A axuda ó seguro forestal posúe dous tramos. Un primeiro que regula o estado e outro que depende de cada Autonomía. Estas dúas axudas non son incompatibles senón que son

¹ LEY 87/1978, de 28 de decembro, por a que se establece y regula el Seguro Agrario Combinado.

² REAL DECRETO 2329/1979, de 14 de setembro, por el que se aprueba el Reglamento para aplicación de la Ley 87/1978, de 28 de decembro, sobre Seguros Agrarios Combinados

³ Anexo Segundo, b) da Resolución de 28 de decembro, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de decembro de 2012, que aprueba el Plan de Seguros Agrarios Combinados para el ejercicio 2013.

⁴ Art. 12.6 do REAL DECRETO 401/2012, de 17 de febreiro, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente

complementarias. No caso de Galicia non se facilita unha axuda complementaria á estatal, non obstante en Cataluña⁵ ou Madrid⁶ véñense ofrecendo durante os últimos anos unha axuda complementaria ó propietario que subscribía este tipo de seguros. Tamén comunidades como La Rioja⁷, Andalucía⁸, Asturias⁹ ou Cantabria¹⁰ tiveron nalgún momento esta axuda. No caso de Galicia está recoñecido o seguro forestal como elemento afecto a subvención, pero non lle outorga ningunha axuda. Polo que os propietarios galegos só teñen subvencionada a contía que lles outorga a convocatoria xeral de Seguros Combinados¹¹. De tódolos xeitos, na normativa autonómica recoñécese a necesidade de incentivar o seguro forestal entre os propietarios e xestores dos montes galegos¹². Do mesmo xeito tamén se recoñece que aquelas persoas que contraten seguros forestais teñen prioridade nos incentivos forestais determinados pola administración autonómica¹³. Así mesmo recoñécese que os asegurados neste tipo de seguros teñen preferencia sobre o resto de propietarios ou xestores para acollerse a subvencións sobre actividades de xestión forestal¹⁴.

O estudo de axudas os seguros agrarios xa foi estudado por Burgaz (1995), no que se mostraba os obxectivos e contías das axudas o sector agrario na Unión Europea e nos países membros. No tocante ó estudo do seguro forestal, a temática foi abordada dende moitos eidos científicos. Así, estudouse este tipo de seguro dende un punto de vista fiduciario, de análise de

⁵RESOLUCIÓN AAM/1333/2013, de 30 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Rector del Centro de la Propiedad Forestal de convocatoria de las subvenciones para la contratación de seguros forestales para el año 2013.

⁶ORDEN 2984/2011, de 6 de septiembre, por la que se modifica la Orden 1251/2008, de 17-4-2008 (LCM 2008\178), y realiza la convocatoria del Plan de fomento de determinados seguros agrarios en la Comunidad de Madrid para el año 2011.

⁷ORDEN 2/2011, de 14 de enero, por la que se desarrolla las subvenciones del coste de los seguros agrarios concertados para el ejercicio 2011 y modifica la Orden 4/2010, de 29-2-2010 (LLR 2010\24).

⁸RESOLUCIÓN LAN\2011\6, de 22 de diciembre 2010, por la que se establece las determinaciones en relación con las ayudas a la contratación de seguros agrarios del Plan 2011.

⁹RESOLUCIÓN LPAS\2008\382, de 11 de septiembre 2008, por la que se aprueba las bases reguladoras que regirán la concesión de ayudas para la contratación de seguros de cobertura del riesgo de incendios a favor de explotaciones forestales del Principado de Asturias.

¹⁰ORDEN DES/37/2008, de 27 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria para 2008 de las ayudas a la suscripción de pólizas de seguros agrarios incluidos en el Plan de Seguros Agrarios Combinados para el año 2008.

¹¹Anexo C da ORDEN de 18 de enero 2011, por la que se establece las bases reguladoras de las ayudas para el fomento de la contratación de los seguros agrarios en la Comunidad Autónoma de Galicia y convoca para el año 2011.

¹²Art. 119. 2 da LEY 7/2012, de 28 de junio, de montes de Galicia.

¹³Art. 52.2 da LEY 3/2007, de 9 de abril, de prevención e defensa contra os incendios forestais de Galicia. Apartado modificado por disp. final 1.45 de Ley 7/2012, de 28 de junio LG\2012\278.

¹⁴Art. 49.2 da LEY 43/2003, de 21 de noviembre, de montes.

risco ou de xestión forestal (Picos e Valero, 2005; Holecy e Hanewinkel, 2006; Brunette e Couture, 2008). No texto de Picos (2006) fai unha revisión do seguro forestal na historia e formula un contrato de seguro acorde ó risco de incendio e as características de Galicia. Deste xeito consegue estimar un custe da prima para ese contrato. Non obstante, neste traballo non inclúe unha revisión exhaustiva das axudas a contratación de este tipo de seguro, aínda que si menciona e describe brevemente en que consisten. No texto de Picos e Valero (2007) destacan que se realizan axudas a contratación do seguro forestal debido a importancia do seguro forestal e a dificultade que estaba tendo a súa implantación. Outros textos como o de Picos e Valero (2005), Holecy e Hanewinkel (2006) ou Brunette e Couture (2008) tratan o seguro forestal pero non mencionan e/ou non describen as normativas as que fan referencia a subvención do seguro forestal así como a importancia financeira e/ou ambiental de que existan estas axudas. Tampouco analizan os requisitos técnicos para subscribir o seguro e optar a axuda.

Con todo isto, este artigo pretende dar unha visión dos requisitos técnicos do seguro agrario, así como o marco legal no que se estrutura. Así, afondarase nos requisitos para obter a subvención o custe da prima e nos pagos das indemnizacións en caso de sinistro. Este traballo estruturarase comezando por unha descrición do papel dos Seguros Agrarios Combinados, así como do Consorcio de Compensación de Seguros e ENESA. Seguidamente se analizarán as condicións técnicas para poder optar as axudas ó seguro forestal, para continuar describindo os distintos tramos de subvención que recolle a lexislación. En estes dous apartados incluíranse datos referentes ó 2013 para unha mellor descrición da subvención. Por último remátase cunhas breves conclusións sobre o seguro forestal e as súas axudas.

2. O seguro forestal.

2.1. Implicacións do Seguro Agrario Combinado.

Para levar a cabo o Seguro Agrario Combinado crease ENESA adscrita ó Ministerio de Agricultura con personalidade xurídica propia e con participación do Estado e das asociacións de agricultores e gandeiros¹⁵. As funcións desta entidade son as de coordinar e enlazar as actividades vinculadas a esta liña de seguros. Así mesmo se lle encomenda realizar estudos para ampliar as coberturas e os riscos en cada plan¹⁶. Así mesmo, establecece que a contratación e cobertura

¹⁵Art. 17da LEY 87/1978, de 28 de diciembre.

¹⁶Art. 18.1da LEY 87/1978, de 28 de diciembre.

deste seguro correrá a cargo por parte das entidades aseguradoras de acordo a lexislación vixente e os riscos contemplados en cada Plan Anual de Seguros Agrarios Combinados¹⁷. Neste senso, o seguro forestal será ofrecido por aquelas entidades aseguradoras que inscritas no Rexistro Especial da Dirección Xeral de Seguros e autorizadas a operar con este tipo de seguro¹⁸. Así mesmo pódense realizar agrupacións de entidades para ofertar este servizo sempre que se cumpran os requisitos legais do Regulamento de Seguros Agrarios Combinados¹⁹. No caso de que non se alcance entre todas as compañías aseguradoras a totalidade da cobertura prevista na lexislación do seguro agrario, por extensión do forestal, entón o Consorcio de Compensación de Seguros asumirá a cobertura de risco²⁰. No citado consorcio figura o Fondo de compensación de incendios forestais que se financia obrigatoriamente mediante o ICONA, estrutura englobada actualmente na Dirección Xeral de Conservación da Natureza, polos montes que xestione e que sexan propiedades do Estado, do Organismo ou de consorcios; as entidades locais e corporacións e entidades de dereito público propietarias de monte; e por propietarios particulares²¹.

Así mesmo no Regulamento de Seguros Agrarios Combinados determinase que a póliza do seguro e o seu custe será aprobado polo Ministerio de Facenda seguindo os informes do Ministerio de Agricultura²². Tamén se inclúe nese regulamento as subvencións que se poden conceder para o pagamento da prima e a súa distribución entre os diferentes grupos de beneficiarios²³. Ademais nese regulamento establece como se vai proceder o sistema de peritaxe e recoñecementos de danos, así como o pagamento das indemnización deste tipo de seguros. Por ultimo tamén contempla que na convocatoria anual do seguro agrario combinado se poida incluír a figura fiduciaria da franquía, que sería determinada polo Ministerio de Facenda²⁴.

Como se mencionou anteriormente o seguro forestal enmarcase dentro do Seguro Agrario Combinado para reducir os riscos das producións forestais. Neste senso, a regulación establece que o seguro para produción forestais deben dar cobertura ó risco de incendio sobre a masa, sobre os gastos e deterioro ocasionado; e as indemnizacións que as persoas accidentadas nas labores de

¹⁷ Art. 18.2 da LEY 87/1978 de 28 de diciembre.

¹⁸ Art. 127 do DECRETO 3769/1972, de 23 de diciembre, reglamento sobre incendios forestales.

¹⁹ Art. 38. do REAL DECRETO 2329/1979, de 14 de septiembre.

²⁰ Art. 18.3 da LEY 87/1978, de 28 de diciembre.

²¹ Art. 90 do DECRETO 3769/1972, de 23 de diciembre - RCL\1973\249, Reglamento sobre incendios forestales.

²² Art. 21.1 do REAL DECRETO 2329/1979, de 14 de septiembre.

²³ CAPITULO IX do REAL DECRETO 2329/1979, de 14 de septiembre.

²⁴ Art. 23.2 do REAL DECRETO 2329/1979, de 14 de septiembre.

extinción deban recibir. Estas coberturas están condicionadas ó *Regulamento de Incendios forestales*²⁵. Ó citado regulamento tamén condiciona os capitais asegurables; os prazos de notificación e tramitación do sinistro; ou o establecemento de indemnizacións²⁶. Ademais, neste regulamento especificase vías de financiamento alternativas para o Fondo de compensación de incendios forestais²⁷ e que poden pertencer a el aqueles subscritores do seguro forestal que o comuniquen²⁸.

2.2. As condicións para a subvención do seguro forestal.

Dentro do Plan de Seguros Agrarios Combinados para o ano 2013 recóllense axudas para o seguro forestal²⁹. Así esta liña de axudas van dirixidas a masa forestais tanto pertencentes a persoas físicas como xurídicas, xa sexa individualmente ou en réxime de copropiedade de acordo a *Ley 43/2003, de Montes*. Este plan estipula que o seguro forestal cubre os danos na produción e os custes de reforestación das zonas forestais afectadas por incendio, tempestades ou choivas torrenciais³⁰. Estas coberturas vense condicionadas polo tipo de produción forestal que sexa asegurada e polo tipo de terreo no que se atope. Neste senso, as plantacións de cortiza de reprodución e a produción de piñas cobren tanto as perdas produtivas como a recuperación da masa forestal. Mentres que para a masa pura de coníferas, frondosa ou mestura de ambas cubre os gastos de recuperación e reforestación da superficie afectada. Todos os casos anteriores están cubertos tanto en terreos agrícolas coma forestais. Non obstante, as producións arbustivas en superficies forestais tamén están cubertas para súa recuperación e reforestación en caso de incendio³¹.

As superficies teñen que ter unha serie de condicións técnicas para poder ser aseguradas³². Deste xeito non son propiedades asegurables as superficies maiores a 0,25 hectáreas, nin as que

²⁵ Art. 8 do REAL DECRETO 2329/1979, de 14 de setembro.

²⁶ Art. 16.4, Art. 22.2 y Art. 29.9 do REAL DECRETO 2329/1979, de 14 de setembro.

²⁷ Capítulo III do DECRETO 3769/1972, de 23 de decembro.

²⁸ Art. 91 do DECRETO 3769/1972, de 23 de decembro.

²⁹ Anexo, punto 1 da Resolución de 28 de decembro de 2012, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de decembro de 2012, por el que se aprueba el Plan de Seguros Agrarios Combinados para el ejercicio 2013.

³⁰ Anexo I ORDEN AAA/2898/2012, de 28 de decembro, Define las masas y producciones asegurables, las condiciones técnicas mínimas de forestación y cuidado de las masas, el ámbito de aplicación, los periodos de garantía, las fechas de suscripción y los precios unitarios del seguro con coberturas crecientes para incendios forestales, comprendido en el Plan 2013 de Seguros Agrarios Combinado.

³¹ Art. 1.3 da ORDEN AAA/2898/2012, de 28 de decembro.

³² Art. 1.5 da ORDEN AAA/2898/2012, de 28 de decembro.

estean en estado de abandono ou seriamente deterioradas. Tampouco son asegurables as que posúan unha cobertura de matogueira superior ó 60% da superficie total, así como que teñan unha altura superior a 1,50 metros³³. Para o caso de sobreiras, non se poden haber realizado descorchado a produción nos últimos 15 anos e que superaran a idade do primeiro descorche. Tampouco se permite asegurar a produción de cortiza borniza e que a cortiza de reprodución non fora retirado no verán anterior o que se intenta contratar o seguro. Por ultimo, non poderán asegurarse aquelas parcelas que teñan un expediente de anulación de axudas para a forestación de terras agrícolas.

Por outro lado, o seguro forestal debe ter unhas condicións técnicas mínimas de coidado³⁴. Todo elo está condicionado pola normativa forestal, tanto nacional como rexional. Deste xeito, esíxese na regulación deste seguro que se limpe a vexetación competidora ca produción forestal³⁵, así como a realización de podas, clareos e labores de mantemento adecuadas para este tipo de produción. Tamén establece unha serie de medidas preventivas para evitar os incendios e a súa propagación. Así, obrígase a que o subscritor manteña as lindes, os corta lumes, puntos de auga e vías de acceso en perfecto estado de uso. Esta medida está encamiñada a reducir o risco de incendio e, por tanto, da aseguradora. No caso das reforestacións de terras agrícolas tamén se estipula unha reposición de marras cando o porcentaxe destas supere o máximo permitido pola normativa de plantación forestal deste tipo de terras. Similar situación ocorre cas masas de sobreira, que terá que ser rozado o perímetro de cada árbore dependendo das características do terreo. O incumprimento, total ou parcial, das anteriores condicións pode levar consigo unha diminución, total ou parcial, da indemnización a percibir.

En caso de ter que recuperar un terreo, primeiro recuperarase o terreo acorde ás características do terreo, a especie seleccionada e ó método de replantación empregado. Para seleccionar este método de replantación terá que facerse de acordo as especificación do terreo, así como das condicións meteorolóxicas. A semente da especie seleccionada debe cumprir a normativa en vigor para ser empregadas como material de reprodución. A densidade da plantación debe facerse en consonancia cas características da zona de plantación e da anterior semente empregada. Por ultimo, deberán empregarse materiais protectores para aquelas especies

³³ Esta condición queda supeditada a non estar situado o terreo en áreas protexidas.

³⁴ Art. 3 da ORDEN AAA/2898/2012, de 28 de decembro.

³⁵ Supeditado a que non o prohiba a normativa de protección forestal.

que o necesiten, así como labores que favorezan a recuperación da produción. No caso de non cumprir as anteriores condicións na recuperación e reforestación do terreo danado polos eventos cubertos no seguro, entón a indemnización podería verse reducida en función da gravidade dos incumprimentos.

2.3. Descrición da axuda ó seguro forestal

A axuda para a contratación de seguros forestais enmarcase dentro do Plan Anual de Seguros Agrarios combinados e na convocatoria de subvencións³⁶. Nel establécense porcentaxes do custe da prima que son subvencionados polo Estado. Así mesmo determínanse varios tramos de subvención, quedando os porcentaxes establecidos na convocatoria anual e podendo variar entre a liña a que dependa o seguro agrario subscrito³⁷:

- Subvención base: aplicarase a todas as pólizas que se subscriban no seguro.
- Subvención adicional por contratación colectiva: serán beneficiarios desta axuda aqueles asegurados que estean inscritos no rexistro de ENESA.
- Subvención adicional segundo as características do asegurado: se aplicará a los asegurados que cumplan una serie de requisitos establecidos en el Plan Anual de Seguros Agrarios y en la convocatoria de las subvenciones.
- Subvención adicional por renovación do contrato: aplicarase cando a póliza houbese sido contratada para a mesma liña no Plan do ano anterior.
- Subvención adicional por prácticas de redución de risco e condicións produtivas: se aplicará a los asegurados que cumplan una serie de requisitos establecidos en el Plan Anual de Seguros Agrarios y en la convocatoria de las subvenciones.

A maiores, se a contratación da póliza corresponde con organización de produtores, sociedades cooperativas, entidades asociativas para asegurar asociativamente os seus socios, entón a axuda será única. Os tramos anteriores poden ser ampliados se así se establece no Plan Anual de Seguros Agrarios combinados e na convocatoria de subvencións.

³⁶ Art. 3.1 da Orden PRE/126/2012, de 20 de enero, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones de la Administración General del Estado a la suscripción de los seguros agrarios incluidos en los Planes anuales de Seguros Agrarios Combinados.

³⁷ Art. 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, da Orden PRE/126/2012, de 20 de enero.

No caso de 2013 a subvención para o seguro forestal englobase no da modalidade P³⁸, fixándose unha subvención base do 14%. No caso de contratación colectiva por parte de organizacións de produtores, sociedades cooperativas ou entidades asociativas de propietarios forestais o porcentaxe total de subvención será do 45%³⁹. No apartado por subvención adicional polas características do propietario será dun 8%, sempre que o propietario sexa un agricultor novel ou que nalgún dos anos precedentes lle fora outorgado unha axuda para primeiro establecemento en virtude do Fondo Europeo Agrícola de desenvolvemento Rural (FEADER)⁴⁰. Tamén se lle pode conceder a aqueles propietarios agro-gandeiros rexistrados ou en explotación preferenciais estipuladas pola comunidade autónoma a que pertenza. Así mesmo na propia regulación desta subvención tamén se establece que as explotacións en común poden optar a esta subvención. Por último, este apartado tamén está regulado a documentación a presentar para acreditar así como as características específicas das distintas opcións que dan lugar a optar por esta subvención adicional.

No tocante á subvención adicional por prácticas de redución de risco e condicións produtivas establece unha axuda dun 3%. Esta axuda está supeditada a unha serie de características que debe cumprir o propietario e que están recollidas na resolución da axuda. Mentres que a subvención por renovación dunha póliza subscrita no plan anterior ascenderá a un 3%. Esta axuda por renovación tamén pode manterse no caso no que se xubilación ou falecemento o titular ou mude a situación societaria, sempre acolléndose a especificidade que determina a resolución pola que se regulan as axudas de 2013⁴¹.

2.4. As indemnizacións tras sinistro.

As indemnizacións están reguladas en función do tipo de ben asegurado e das súas coberturas. As compensacións serán estipuladas de acordo os gastos e danos reais, tendo que estar

³⁸Estas modalidades correspóndense co tipo de contratación que se oferta ós produtores agrario, gandeiros e forestal para as distintas liñas dos seguros con coberturas crecentes englobados no Plan Anual de Seguros Agrarios Combinados.

³⁹Anexo, 1 e Sección Décima da Resolución de 10 de junio de 2013, de la Entidad Estatal de Seguros Agrarios, por la que se establece la convocatoria de subvenciones de la Administración General del Estado a la suscripción de los seguros incluidos en el Plan de Seguros Agrarios Combinados para el ejercicio 2013.

⁴⁰Sección séptima da Resolución de 10 de junio de 2013.

⁴¹Sección novena da Resolución de 10 de junio de 2013.

a compensación entre os límites que se explicarán de seguido. O cálculo da indemnización é a parcela e está supeditado a que se cumpriran os requisitos mínimos de coidado da masa.

As indemnización por perdas na produción estableceranse entorno a unha franxas que estipulan o seu máximo e mínimo valor que pode ser fixado acorde a súa calidade⁴². No caso de cortiza de reprodución a indemnización oscilará entre 80 € e 160 € por cada centenar de quilos, mentres para a produción de piña o prezo fluctuará entre os 20 € e os 30 € por cada centenar de quilos perdidos.

No caso da indemnización por cobertura no custe de recuperación e reforestación da área afectada, esta condicionada ó tipo de masa e cobertura forestal, o tipo de terreo, e a pendente. Así pode resumirse que para producións sobre terreos agrícolas no Cadro 1.

Cadro 1. Indemnizacións nos terreos agrícolas.

	Custe mínimo €/ha	Custe Máximo €/ha
Masa pura de coníferas ($\geq 80\%$ árbores de especies coníferas).	500	1.000
Masa pura de frondosas ($\geq 80\%$ árbores de especies frondosas)	700	1.400
Masa mesturada (coníferas e frondosas)	600	1.200
Masa arbustiva	400	800

Fonte: Anexo II. 1 da Orden AAA/2898/2012, de 28 de diciembre - RCL\2013\41, Define las masas y producciones asegurables, las condiciones técnicas mínimas de forestación y cuidado de las masas, el ámbito de aplicación, los periodos de garantía, las fechas de suscripción y los precios unitarios del seguro con coberturas crecientes para incendios forestales, comprendido en el Plan 2013 de Seguros Agrarios Combinado

No caso de terreos forestais, a indemnización dependerá da pendente do terreo afectado. No caso de que a pendente sexa ata ó 30%, a indemnización por hectárea será de 900 € como mínimo

⁴² Art. 8.2 da Orden AAA/2898/2012, de 28 de diciembre.

e de 1600 € como máximo. Non obstante, se a pendente supera esa pendente, entón a indemnización mínima será de 1400 € e a máxima de 2800 €⁴³. Con isto a indemnización recolle os maiores gastos que implica recuperar e rexenerar a produción forestal nas plantacións de elevadas pendentes. Por último, tanto en terreos forestais coma agrícolas, estipulase que o custe máximo de retirar a madeira comercial sinistrada é dun máximo de 500 € por hectárea.

3. Conclusións

O seguro forestal está regulado en España a través dos Seguros Agrarios Combinados e xestionado a través de ENESA. A súa contratación depende directamente das empresas aseguradoras e está avalado tanto por ENESA coma polo Consorcio de Compensación de Seguros.

Para favorecer a contratación de este tipo de seguros desenvólvese un programa de axudas na que se subvenciona o pago da prima. Esta axuda é modular e depende das características do propietario, das súas labores e da antigüidade como subscritor do seguro. Ademais, con esta axuda pretendese dar un incentivo a que se recupere ordenadamente as zonas afectadas por incendios, fortes ventos ou incendio, tempestades ou choivas torrenciais.

4. Bibliografía

Brunette, M. e Couture, S. (2008). Public compensation for windstorm damage reduces incentives for risk management investments. *Forest Policy and Economics* 10 (7–8), págs. 491–499

Burgaz, F. (1995). Las políticas de ayudas a las catástrofes agrícolas y a los seguros agrarios en la Unión Europea. *Revista española de economía agraria* 174, págs. 289-308.

Holec, J. e Hanewinkel, M. (2006). A forest management risk insurance model and its application to coniferous stands in southwest Germany. *Forest Policy and Economics* 8(2), págs. 161–174

Picos, J. e Valero, E. (2005). Introducción a los seguros de incendio forestales y su aplicación en Galicia (España). *Gerencia de riesgos y seguros* 91, págs. 31-48

⁴³Anexo II. 2 da Orden AAA/2898/2012, de 28 de decembro.

Picos, J. (2006). Los seguros contra Incendios Forestales y su aplicación a Galicia. Madrid. Fundación MAPFRE. Instituto de Ciencias del Seguro. Cuadernos de la Fundación 105. 361 p.

Picos, J. e Valero, E. (2007). Frecuencia de siniestralidad y coste medio del siniestro como base para el cálculo de la prima pura en seguros contra incendios forestales para propietarios forestales privados en Galicia. 4th International Wildland Fire Conference, Sevilla (España).

FUTURO DO ESTADO AUTONÓMICO: RECENTRALIZACIÓN OU ESTADO FEDERAL?

ANDREA M^a MARTÍNEZ DAMEA
Graduada en Ciencias Políticas
Universidade de Santiago de Compostela

Resumo

Explicarase dunha maneira concisa, presentando unha alternativa ao modelo de organización territorial en España, o federalismo, xa que se está a debater se o Estado español lle debería retirar as competencias ás autonomías ou non por razóns económicas e financeiras. Na parte final do traballo indícanse unha serie de puntos relevantes que o Estado español, en caso de modificar o Estado autonómico cara a un Estado federal, tería que reformular.

Palabras Clave

Federalismo, descentralización, Estado.

Abstract

Explain shortly, showing an alternative of territorial organization model in Spain, Federalism, it has a discussion if Spanish State would remove the competences to the autonomies or not for economic and financial reasons. In the end of the work, it will show that references would have to change to the Spanish State, in case of change the Autonomous State to make it a Federal State.

Key Words

Federalism, Decentralization, State.

1. Introducción

Un dos debates máis comentados nesta época de recesión económica en España é a cuestión da permanencia ou non das comunidades autónomas, da devolución ou non das competencias autonómicas ao Estado central debido ao elevado gasto¹ que existe e que non para

¹Noticia publicada nun periódico dixital, que enfatiza no elevado gasto das comunidades autónomas:
<http://www.libremercado.com/2013-08-21/el-gasto-de-las-ccaa-se-dispara-un-20-en-plena-crisis1276497680/>

de aumentar nos últimos tempos, cando en recesión económica cumpriría facer recortes e aforrar en todas as ramas administrativas da Administración pública en España. Pero a devolución de competencias autonómicas ao Estado central, non vai provocar nin provocará un efecto aforrativo nin tampouco reducir o gasto público, senón o efecto contrario: aumentaría o gasto público do Estado central.

A posición que ten o Goberno central actual é controlar as comunidades autónomas para asegurar que se cumpren os obxectivos de déficit, que se controlen os niveis de gasto etc. Porén, o Estado central é o primeiro en incumplir as propias normas que impón as autonomías e darlles máis facilidades ás Comunidades que non acaden os obxectivos impostos polo Goberno da nación. Nesta situación, na que Cataluña pide a independencia e as Comunidades cada vez maior financiamento ao Estado central para poderen cubrir os niveis de gasto, que se debería facer?, que reformas habería que levar a cabo para solucionar a situación?

Nas epígrafes que seguen daremos conta das definicións que se lle asignan ao “federalismo”, das características do modelo federal e, por último, dos puntos que o Estado español debería reformar para levar o Estado autonómico cara ao Estado federal para que haxa estabilidade no territorio español a longo prazo.

2. O federalismo

A primeira vez que se falou do federalismo e, por tanto, onde se marca a súa orixe histórica, é na aprobación da Constitución dos Estados Unidos de América o 17 de setembro de 1787, onde se ratificou no ano 1788 ao formaren pactos os estados entre todos para facer unha nación máis forte, así como en resposta ás deficiencias manifestas pola antiga Confederación dos Estados Unidos.

Non todos os países que arestora gozan das vantaxes do federalismo levan consigo esta organización territorial dende a aprobación das súas respectivas constitucións, senón que existen casos en que se deron algúns procesos de federalización dos estados que previamente estiveran baixo unha organización territorial de maneira unitaria, aínda podendo estar isto referido ao traspaso de competencias as unidades territoriais de rango inferior.

O federalismo é unha doutrina política baseada nun tipo de organización territorial do Estado que á súa vez se sustenta nun alto grao de autonomía e nun alto grao de autogoberno (en palabras de Daniel J. Elazar²). Con todo, e malia gozaren as comunidades políticas dun alto grao de autonomía do Estado central, establécense unha serie de competencias que desenvolve o Estado facendo que a xestión das devanditas competencias sexan compartidas polo este e polas federacións, por medio dunha cámara de representación territorial.

É de especial interese salientar dous autores concretos que establecen diferentes acepcións do “federalismo”, nas que se contemplan características básicas do modelo federal:

“Riker³ (1975) define o federalismo como: “Unha organización política na que as actividades do goberno están divididas entre os gobernos rexionais e o goberno central de modo que cada tipo de goberno ten certas actividades nas que toma as decisións finais” (p.101)

Pola contra, “Elazar⁴ (1997) define o federalismo centrándose na cuestión da ‘non centralización’ do poder, principal característica do modelo federal: a distribución fundamental do poder entre unha multiplicidade de centros, non da devolución do poder dende un único poder central cara abaixo da pirámide”(p. 239)

Porén, o sistema federal non é aplicable en todos os sistema políticos e, aínda que así fose, teríanse que dar unhas condicións de tal maneira que se garantizase a permanencia no tempo deste tipo de sistema de organización territorial co sistema político vixente. O sistema político máis compatible co federalismo é a democracia, xa que unha das bases do sistema federal é a soberanía popular e esta característica sempre está vinculada á democracia⁵.

Outro punto a destacar son as características do federalismo: o modelo federal caracterízase polo parlamento bicameral, onde por un lado se xestionan as competencias que

²“Elazar (1990): autogoberno mais goberno compartido” (p. 32)

³ Foi un politólogo americano que aplicou a teoría do xogo e as matemáticas ás ciencias políticas.

⁴ Foi profesor de ciencia política na Universidade Bar-Ilan de Israel, no Temple University (Philadelphia) e o presidente fundador do Centro Jerusalén de Asuntos Públicos.

⁵Un autor a destacar canto á democracia é Robert Dahl, que fixo unha obra titulada *Democracy and Its Critics* (1989) onde expresa a visión que ten Dahl sobre a democracia e sobre os piares nos que se ten que fundamentar a democracia para converterse nun “Ideal de democracia” ou, se non se cumpren todos os criterios que establece Dahl se trate dunha poliarquía. Os cinco criterios que Dahl asocia ao Ideal de democracia son: “Participación efectiva, igualdade de voto, alcanzar unha comprensión ilustrada, exercer o control final sobre a axenda e a inclusión dos adultos”.

posúa o Estado central e, polo outro, os distintos territorios federados poñen en común as súas posturas con respecto ás mencionadas competencias. Outras características relacionadas co federalismo son, por exemplo, a rixidez⁶ da constitución federal⁷ ou a forte revisión xudicial das leis constitucionais para analizar o grao de constitucionalidade mediante tribunais, a non centralización do poder central e a difusión do poder central entre o Goberno federal e as entidades políticas constituíntes.

Nestas conceptualizacións e características que nos ofrecen os autores sobre o federalismo, podemos sacar en claro as dúas características principais que sempre mencionamos cando falamos de federalismo: a non centralización do poder no Goberno central e a división do poder entre o poder central e os distintos poderes rexionais.

3. A necesaria reforma do Estado autonómico

Por conseguinte, e tendo en conta as definicións dos autores sobre o “federalismo” e as características descritas, debe darse un paso cara adiante no modelo do Estado autonómico en España e ir cara ao Estado federal xa que España, segundo a clasificación que Arend Lijphart fai no seu libro titulado “Modelos de democracia”, clasifícase como “país semifederal” ou, como o conceptualiza Luis Moreno (1994), de “federalismo imperfecto”. Tal e como amosan os datos da OCDE, os países federais como Alemaña, Austria e Bélxica teñen un nivel de gasto público menor que os países unitarios como Francia, Holanda, Italia e Irlanda.

En primeiro termo, o que cumpriría facer, ante todo, sería que comunidades autónomas e o Goberno central tivesen vontade política⁸ e intención de reformar a Constitución española de 1978 para transformala nunha Constitución federal, dado que unha das características do federalismo é a existencia dunha Constitución federal e ríxida que estableza claras as bases, os principios e os dereitos que van ser recollidos na Carta Magna.

⁶Establécense mecanismos de reforma da constitución federal que fan que as condicións para levar a cabo unha reforma constitucional sexan difíciles de realizar xa que, en certo modo, as condicións, principios, dereitos e demais teñen que estar claros á hora da súa redacción.

⁷“Elazar (1990) explica no seu libro que hai cinco modelos básicos de constitución escrita nun sistema federal: a constitución como 1. Marco de goberno e garantía xurídica; 2. Como código; 3. Como manifesto revolucionario ou carta social; 4. Como ideal político; e 5. Como adaptación ou modernización dunha antiga constitución tradicional.” (p. 201-202)

⁸Esta característica do federalismo da vontade e intención da comunidade política de se converter en federal foi desenvolva por Daniel J. Elazar.

En segundo termo, teríanselles que traspasar as competencias ás comunidades autónomas (as competencias de compartidas entre ambas as dúas administracións) e o Estado central posuír as competencias, tal e como di Ludwig Von Mises no seu libro *Liberalismo*⁹, no que defende un Estado mínimo e lle atribúe tres funcións ao Estado segundo a doutrina liberal: a protección da propiedade, da liberdade e da paz.

A reforma do Estado autonómico tamén implica unha modificación no sistema de financiamento autonómico, é dicir, que todas as comunidades autónomas gocen dos beneficios do sistema de réxime foral do que gozan as comunidades do País Vasco e Navarra, xa que o sistema de financiamento autonómico de réxime común leva consigo o principio de “solidaridade interterritorial” que supón unha redistribución de determinados recursos a través de diversos fondos, tales como: fondos de suficiencia, de cooperación e de competitividade, coa finalidade de que exista o mesmo nivel de financiamento para todas as comunidades autónomas acollidas a este sistema de financiamento. Dado que a reforma que se fixo en 2009 non é sostible a longo prazo, as porcentaxes acordadas na reforma dos impostos cedidos non son factibles e ninguén é quen de predicir cal vai ser a situación económica a longo prazo.

Deste modo, cun Estado autonómico de carácter federal e instaurado o sistema de réxime foral¹⁰, as comunidades autónomas gozarían da independencia económica do Estado central, xa que co actual sistema de réxime común¹¹ de financiación autonómica, as Comunidades que pertencen a este sistema teñen dependencia económica do Estado central, o que implica unha centralización dos ingresos e a descentralización dos gastos por parte destas, por poderen as comunidades autónomas recorreren ao gasto público sen necesidade de suba de impostos debido a que o Estado central financia ese gasto coas novas porcentaxes dos impostos cedidos.

⁹MISES, Ludwig Von. “1. Los fundamentos de una política liberal” *Liberalismo*. pp. 47-96

¹⁰O sistema de financiamento caracterízase por que o País Vasco e Navarra teñen potestade para manter, establecer e regular o seu réxime tributario. Implica a xestión, liquidación, recadación e inspección da meirande parte dos impostos estatais. A recadación destes impostos realízase polos territorios de ambas as dúas comunidades e, pola súa parte, a comunidade autónoma contribúe ao financiamento das cargas xerais do Estado non asumidas, a través dunha cantidade denominada “cupo” ou “aportación”. Fixase cada cinco anos e actualízase mediante aplicación do importe fixo do ano base dun índice de actualización. O ingreso do cupo do País Vasco prodúcese ao final de cada cuatrimestre. E o ingreso da aportación de Navarra prodúcese ao final de cada trimestre. Ambas as dúas aportacións inclúense no orzamento de ingresos do Estado.

¹¹Este sistema de financiamento baséase na Lei 22/2009, de 18 de decembro. Foi unha reforma que se levou a cabo no ano 2009 de maneira comxunta entre o Estado central e as comunidades autónomas para darlle cumprimento á LOFCA.

Temos un exemplo moi cercano de descentralización política e fiscal que é o modelo cantonal suízo, así como os históricos foros españois ou as cidades-estado. Estas tres formas de organización territorial teñen unha característica común: a fragmentación do monopolio gobernamental en pequenas unidades administrativas moi próximas ó cidadán.

En terceiro termo, para levar a cabo unha reforma do Estado autonómico que nos leve cara un Estado federal tamén habería que reformar ou modificar o Capítulo III do Título VIII da Constitución Española de 1978 sobre a organización territorial do Estado.

Por último, e relacionado co Estado autonómico, unha nova configuración territorial do Estado de carácter federal implicaría unha reforma do Senado para que se converta verdadeiramente nunha “cámara de representación territorial” como define o artigo 69.1 da Constitución Española de 1978: *“El Senado es la Cámara de representación territorial”*. Convertiríase, xa que logo, nun órgano representativo onde os representantes de cada comunidade autónoma puidesen pór as súas posturas en común e coparticipar na xestión común dos asuntos do Estado central.

4. Conclusión

O camiño que o Goberno español debería tomar con respecto ao futuro do Estado autonómico é cara ao Federalismo, xa que unha recentralización das competencias autonómicas cara ao Estado central sería dar un paso atrás e desmontar todo o traballo e o esforzo desenvolvido durante a transición española, no momento no que se estaban a configurar os principios da actual democracia que gozamos e que están contemplados na actual Constitución Española de 1978, hoxe en día.

Así mesmo, debería respectar e cumprir o dito no artigo 137 do Título VIII da Constitución Española de 1978: *“O Estado organízase territorialmente en municipios, en provincias e nas comunidades autónomas que se constitúan. Todas estas entidades gozan de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses”*. En referencia a este último punto, respecto da autonomía das entidades administrativas contempladas no artigo citado, coa nova configuración territorial poderíanse evitar ou, cando menos suavizar, problemas que existen na actualidade política como, por exemplo, a Independencia de Cataluña, nun marco no que cada

comunidade autónoma sería a responsable da súa propia xestión en todos os ámbitos (económico, financeiro, administrativo etc.).

5. Bibliografía

ELAZAR, Daniel J. (1990), *Exploración del Federalismo*. Editorial Hacer, Barcelona.

GUILLÉN LÓPEZ, Tonatiuh (2001), *Federalismo, Gobiernos Locales y Democracia*. Instituto Federal Electoral, Méjico.

HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J (1998), *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, Méjico D.F.

LIJPHART, Arend (2000), *Modelos de democracia: Formas de gobierno y resultados en 36 países*. Editorial Ariel, Barcelona.

MISES, Ludwig Von (2007), *Liberalismo*. Unión Editorial, Madrid

RALLO, Juan Ramón (2012), *Un modelo realmente liberal*. LID Editorial Empresarial, Madrid.

FAMILIA E DELINCUENCIA.

MOZOS INSTITUCIONALIZADOS VS. MOZOS NORMALIZADOS

DELIA RODRÍGUEZ LÓPEZ

Estudiante Criminoloxía

Universidade Santiago de Compostela

I. Introducción

Dende finais do século XVIII e principios do século XIX, son numerosos os estudos que dende distintas disciplinas e distintas orientacións teóricas se levaron a cabo sobre o tema da delincuencia xuvenil. Esta situación prodúcese non só por esta gran variedade de enfoques, senón tamén porque a conduta delituosa en se mesma ten unha natureza complexa e multicausal. A gran parte destes estudos centráronse en delimitar os procesos que subxacen á xénese e mantemento das devanditas condutas nos mozos, así como as implicacións que a súa realización conleva, tanto para o suxeito mesmo, coma para a sociedade que o rodea.

Obviando a análise doutros factores que sen dúbida inciden na determinación da conduta delituosa dos mozos, centrarémonos nesta obra no papel da familia, que tal como sinalou Johnstone (1978) "poucos xeraron tal cantidade de atención como o papel da familia na etioloxía da delincuencia xuvenil". Aínda que as conclusións dos estudos sobre este tópico varían en canto á importancia concedida ás características familiares como factores determinantes da conduta desviada, é difícil atopar datos que, dalgún xeito, non proporcionen apoio para o establecemento dunha relación entre familia e delincuencia xuvenil (Mirón Redondo, L 1990).

II. Delincuencia xuvenil

a) Concepto

Un dos problemas que nos atopamos cando comezamos a investigar nesta área, é a non existencia de consenso entre os autores que traballan neste campo acerca do concepto de delincuencia xuvenil. Dende un punto de vista xurídico, o termo delincuencia fai referencia ás consecuencias legais do comportamento, ao delito e á conseguinte responsabilidade legal. O carácter distintivo que se aprecia na delincuencia xuvenil, neste ámbito, viría dado polos límites de idade ou polo que a lei considera "minoría de idade penal". Pero a ausencia dunha definición clara e universalmente aceptada dificulta o seu estudo por varias razóns. Por unha parte, partimos, en opinión da maioría dos autores, dun concepto demasiado amplo e "vago", que por outra parte quizais sexan características indisolubles da súa natureza.

Ante esta situación, intentouse partir da análise das súas características básicas: o relativismo e a amplitude. Partindo do seu relativismo, a grandes trazos, "a delincuencia xuvenil é un problema que xorde do feito de que un determinado grupo de idade actúe dun modo que a sociedade considera inadecuado" e tomando como referencia a súa amplitude, podemos dicir que "o termo delincuencia xuvenil se veu utilizando para describir condutas que abranguen dende desobediencia crónica aos pais ata asasinato, tomando como única característica común a idade dos suxeitos que realizan tales condutas" (MIRÓN REDONDO, 1990).

Asumindo a imposibilidade de propoñer unha definición exhaustiva, pero ante o desexo de poder proporcionar unha que nos sirva de guía e referencia na lectura desta obra, reflectiremos aquí a definición de Kaplan (1984) para quen a delincuencia xuvenil se refire a "aquelas condutas executadas polos mozos que supoñen unha violación das leis aplicables a este grupo de idade".

b) Orixe da conduta delituosa

No campo da criminoloxía podemos observar dúas orientacións diferenciadas no modo de avaliar a delincuencia: os que utilizan medios estatísticos oficiais e os que prefiren os autoinformes de actividades delituosas. Desafortunadamente, estes dous métodos achégannos resultados diametralmente opostos en canto á incidencia e características da delincuencia (HINDELANG Y COLS. 1979, 1981).

Os suxeitos incluídos nas taxas de delincuencia oficial pertencen, na súa ampla maioría, ás clases sociais máis desfavorecidas, tanto economicamente coma culturalmente, o que motivou que as investigacións durante longo tempo afirmasen unha relación negativa de grande importancia entre a clase social e a delincuencia. Non obstante, co emprego de informes persoais da propia conduta delituosa, descubriuse que a delincuencia se produce en todas as clases sociais, e que a clase social baixa estaría máis relacionada coa institucionalización que coa delincuencia en si mesma. Ademais, a delincuencia xuvenil áchase máis estendida e xeneralizada do que supoñen as estatísticas oficiais. É un fenómeno estatístico "normal": tan normal é que un mozo delinquire como "anormal" que resulte "penado" por iso. A "cifra negra" é moi elevada.

En opinión de QUINTANA / CABANAS (1984), a delincuencia sería unha aprendizaxe falida ou inadecuada do proceso de socialización. O proceso de socialización, que trata da cuestión da influencia dos feitos sociais sobre o desenvolvemento e a formación da personalidade humana, atribúe unha importancia fundamental para o desenvolvemento dun individuo na sociedade. A vida pacífica en sociedade sería imposible en ausencia de certas normas básicas de convivencia e o proceso de socialización intenta inculcar nos novos membros da sociedade o respecto das devanditas normas.

Partimos de que no proceso de socialización se distinguiron tres tipos ou niveis de acordo ás súas funcións e nivel de importancia. A socialización primaria, que implica o contacto cos chamados grupos primarios, como é a familia. Nela o neno vai experimentando e aprendendo a máis elemental das aprendizaxes afectivas e normativas de grupo. A socialización secundaria é o resultado da relación establecida con grupos máis xerais, como a escola, e ten un carácter menos afectivo e máis normativo; é por iso que o obxectivo que se persegue no contexto escolar é a interiorización dos valores sociais, que institucións como a escola están encargadas de transmitir. Finalmente, a socialización terciaria ou resocialización, que é o proceso de intervención educativa que se xera cando unha persoa vai adquirindo un estilo de vida antisocial e, polo tanto, dificultou a súa exitosa adaptación social (Chan Gamboa, E.C. 2009).

Se asumimos que a conduta delituosa é o resultado dalgún fracaso no proceso de socialización, teremos que sinalar que unha área crucial de investigación debe ser a de clarificar as presións (influencias) tanto a favor coma en contra da conduta socialmente adaptada. Dende unha perspectiva psicolóxica: Garrido Genovés (1987) fala de tres niveis de explicación fundamentais: 1) Individual, 2) psicosociolóxico, e 3) sociolóxico.

As teorías do control social parten da base de que en todo individuo existe un impulso ou motivación natural cara á transgresión, impulso que debe contrarrestarse no proceso de socialización por medio dos mecanismos de control.

O modelo da contención de Reckless (1967) que establece que o factor determinante tanto na conformidade coma na desviación é o grao en que á persoa se lle prohibiu (ou prohíbese a se mesma) a realización de actividades contrarias ás normas. Certos mecanismos internos como son unha forte personalidade, un alto grao de tolerancia á frustración, así como mecanismos externos como son o sentimento de pertenza á sociedade, inhiben ou contrarrestan eses estímulos.

A teoría do control social de Hirschi (1969) que na súa obra "Causas da delincuencia" define a desviación como intrínseca á natureza humana, e afirma que é a conformidade a que debe ser explicada. Formula que canto maior sexa a integración dun individuo na sociedade, menor será a súa tendencia a cometer delitos.

A teoría da Asociación diferencial de Sutherland (1939) na que se asume que o delincente o é porque foi socializado nunha subcultura delituosa. Ademais, coas súas investigacións concluíu que a conduta desviada non se observa só nas baixas clases sociais xa que ao tratarse dunha aprendizaxe de valores criminais pode darse en calquera cultura e estrato social.

A teoría da aprendizaxe social de Bandura (1971) que non é un modelo teórico da conduta desviada, senón un modelo de aprendizaxe da conduta humana en xeral. Parten de que a adquisición de pautas e condutas criminais se levan a cabo a partir dun proceso de aprendizaxe que descansa na observación e imitación do comportamento delituoso doutros. Polo tanto, o home non nace delincuente, senón que o aprende; e é que malia que certos factores biolóxicos e psicolóxicos poden predispoñer a criminalidade, é un determinado ámbito social e ambiental o que activa estes.

Por último, a teoría da Aprendizaxe Social desenvolvida por Akers e cols (Burgess e Akers, 1966; Akers, Krohn, Lanza – Kaduce e Radosevich, 1979), a conduta social desenvólvese sobre a base dunha serie de procesos que inclúen o modelado ou imitación da conduta doutros, o reforzo diferencial, e a avaliación que realizan os outros significativos das condutas como boas ou malas.

III. A familia

a) Definición

Considerando conxuntamente as achegas dos distintos enfoques que estudaron a relación entre a familia e a delincuencia xuvenil, poderíamos definir a familia como un sistema ou unha institución social cunha estrutura e unhas funcións específicas, composta por individuos que se comunican e interactúan entre si, e que posúe un carácter dinámico. Non obstante, esta definición ten o problema de que poderá aplicarse de igual modo a outro tipo de institucións e grupos sociais. É por iso que debemos diferenciar que a familia se distingue doutros grupos en canto á súa perdurabilidade no tempo e ao seu carácter universal, a súa estrutura e as súas funcións son altamente específicas e o seu carácter dinámico non está relacionado tanto co sistema en si como co proceso evolutivo dos seus membros.

b) Funcións

Reutter (1984) categoriza as funcións familiares en dúas grandes áreas: promover o crecemento e o desenvolvemento individual, e adaptarse ás demandas externas e internas para asegurar a supervivencia dos individuos e da familia como tal. É evidente que estas dúas funcións son sumamente importantes con respecto aos fillos. De feito, numerosos estudos confirman que os pais son considerados, tanto por eles mesmos coma polos seus fillos, como a principal fonte de influencia na vida dos últimos.

c) Variables de funcionamento da relación familia – delincuencia

Relacións afectivas: o compromiso e o apego son fundamentais para un desenvolvemento axeitado do individuo. É dentro da familia onde o neno adquire un sentido de identidade e o apego é

fundamental para lograr unha autoestima axeitada e un sentimento de satisfacción vital. Os individuos necesitan un ambiente de seguridade a partir do cal enfrontarse aos sucesos cambiantes do ámbito, e isto é especialmente certo para os individuos máis novos que se enfrontan por primeira vez a unha serie de acontecementos.

Interiorización de normas: gran tarefa que deben encarar os pais con respecto aos fillos. É un proceso de iniciación á adultez polo cal un individuo novo a través da educación, o adestramento e a imitación adquire a súa cultura, así como os hábitos e valores congruentes coa adaptación a esa cultura. A familia xoga un rol importante neste aspecto, xa que é no ambiente familiar onde os nenos se enfrontan por primeira vez ás normas, onde reciben as primeiras nocións acerca da autoridade e onde aprenden que comportamentos son castigados e cales son alentados e recompensados.

Adaptación aos cambios evolutivos e ás demandas sociais: unha función moi importante na familia é a de cambiar os patróns de interacción a nivel afectivo e normativo en función das demandas evolutivas e sociais ás que está sometido o fillo. Un momento especialmente crítico no desenvolvemento dos fillos é o da adolescencia. Por iso, a relación pais - adolescentes difire significativamente da relación pais - neno. Así, na adolescencia, o problema central é o de facilitar aos fillos unha gradual autonomía e independencia mantendo as restricións e limitacións que o adolescente necesita aínda debido á súa madurez. A familia debe proporcionar afecto aos fillos, convertelos en membros integrados da sociedade á que pertencen e axustar as súas interaccións con eles en función do momento evolutivo e das presións sociais ás que están sometidos. As irregularidades ou disfuncionalidades en calquera destes aspectos, aumentará a probabilidade de que o fillo sexa inseguro, non adaptado ou conflitivo.

Estrutura familiar: os estudos nesta liña centráronse en tres variables: tamaño familiar, clase social da familia e fogar roto.

d) Estilos parentais na socialización do menor

Unha mención á parte merece o papel que xogan os estilos parenterais na socialización do menor. Como xa sinalamos anteriormente, a socialización está intimamente relacionada co estilo parenteral ou o clima emocional da familia, é dicir, ás actitudes que os pais xeran cara ao fillo. Os estilos confórmanse a partir de patróns familiares, de sistemas de crenzas, de mitos, do ciclo vital e das características da interacción que prevalecen na relación con cada un dos fillos. Para NARDONE (2003) prevalecen seis formas de interacción educativa ou de estilos parenterais na socialización familiar: os pais hiperprotectores, os pais democrático-permisivos, os pais sacrificantes, os pais intermitentes, os pais delegantes e os pais autoritarios.

e) Perspectivas teóricas

Nas teorías sociolóxicas tradicionais a familia aparece como unha variable que incide sobre a conduta desviada en canto que é o grupo familiar o que sitúa a estrutura de clases sociais e actuando, ademais, como o primeiro grupo de referencia que transmite ao fillo un conxunto de normas e valores seleccionados de entre os que lle "ofrecen" as subculturas ás que acceden.

Dende unha perspectiva psicolóxica, a incidencia da familia na delincuencia do fillo virá determinada polo seu papel en todo o proceso de desenvolvemento e maduración do individuo. Súmase tamén, que as actitudes e condutas dos pais xogan un rol crucial no desenvolvemento afectivo, cognitivo e conductual dos fillos, de maneira que o fracaso dos pais para lograr e/ou fomentar este desenvolvemento se relacionará, de xeito importante, cunha serie de problemas no fillo, entre os que se inclúe a conduta antisocial. En canto ás teorías psicosociais, estas consideran a familia como o primeiro ámbito social no que se desenvolve a vida do individuo, e, polo tanto, como o primeiro órgano de modelado, aprendizaxe e socialización. Tendo en conta que nestas teorías a conduta desviada se formula como unha consecuencia directa do proceso de socialización a que estivo sometido o suxeito, o papel que nelas se asigna ao ámbito familiar, é, necesariamente, prioritario.

Como exemplo deste tipo de teorías temos as xa citadas máis arriba do control social de Hirschi (1969), a cal establecía que para os nenos e adolescentes, os principais axentes de integración social son a familia, a escola e os amigos. Estes axentes favorecen o desenvolvemento de vínculos entre o mozo e a orde social convencional e, cando os devanditos vínculos son o suficientemente fortes, disuaden o mozo de violar a lei. Entre estes vínculos, o apego aos pais ocupa na teoría de Hirschi un lugar fundamental. O mozo apegado aos seus pais pasa máis tempo con eles, e en consecuencia, ten menos ocasións de cometer delitos. Non obstante, segundo Hirschi, este control directo exercido polos pais só ten unha importancia relativa; o verdadeiramente importante é que os pais estean psicolóxicamente presentes cando ao mozo se lle presenta a ocasión de cometer un delito. É precisamente nese momento cando o mozo debe preguntarse que pensarían os seus pais se o visen cometer ese delito. Se o mozo non se formula esa pregunta, queda libre de pasar ao acto.

A teoría da Asociación diferencial de Sutherland (1939) establecía que a familia é a encargada de transmitir ao individuo unha serie de valores favorables ao respecto da lei; e unha disociación familiar reduce a vixilancia que os pais poden exercer sobre os seus fillos, e isto pode facilitar que entren en contacto con grupos de novos delincuentes sen que as súas nais ou pais o saiban. Ademais, a familia

disociada pode dificultar a relación entre pais e fillos e, de xeito consecuente, a transmisión de valores favorables ao respecto da lei.

E a teoría da Aprendizaxe Social de Bandura (1971), a cal pon de manifesto que nas condicións de vida familiares durante a infancia e o comezo da adolescencia estaría a clave para a formación da personalidade.

IV. INVESTIGACIÓN

a) Datos de investigacións anteriores

Nun primeiro momento, predominaban os traballos realizados con delinquentes institucionalizados, e nos que a atención se centraba en variables da estrutura familiar. Posteriormente, e ata a actualidade, a maior parte das investigacións ocupáronse de formular a relación entre variables de funcionamento familiar e delincuencia, medida, xeralmente, sobre a base de autoinformes dos adolescentes.

Xa polo ano 1934, Eugenio Cuello Calón publicaba un libro titulado "Criminalidade Infantil e Xuvenil", no que referenciaba que os seus estudos "mostraran que o delito infantil, como o delito en xeral, é o resultado de determinadas capacidades físicas e psíquicas, de mecanismos mentais de emocións e desexos, de influxos e de reaccións do medio en que o suxeito vive,". Expresaba este autor, que os menores delinquentes con considerable frecuencia descendían de pais física e mentalmente anormais, de pais criminais, que moitos nenos e adolescentes criminais presentaban graves taras hereditarias físicas e psíquicas, e que as condición físicas, psíquicas e mentais destes menores eran, en grandes proporcións, anormais ou patolóxicas. De tal forma, afirmaba "sen pecar de lixeireza" que a constitución (sobre todo conxénita) do menor era un factor de importancia extrema na produción desta criminalidade.

Pero aínda tenda tan grande influxo criminóxico o factor biolóxico, para Cuello Calón, a causa máis importante desta delincuencia debía buscarse nas influencias do ambiente, no familiar e no social, pero sobre todo no primeiro. Investigacións recentes no tema permitiron constatar a existencia dunha asociación importante entre delincuencia xuvenil (tanto oficial coma medida sobre a base de autoinformes e: 1) relacións escasamente afectuosas ou conflitivas entre ambos os dous pais, 2) relacións escasamente afectuosas ou conflitivas entre o fillo e os pais, 3) utilización por parte dos pais, de estilos disciplinarios e sancións excesivamente ríxidas e inconsistentes, e 4) ausencia de axeitada supervisión e control dos pais sobre a conduta do fillo.

O apego do fillo cara aos pais, a cohesión e o conflito familiar, así como as relacións entre o pai e a nai e entre ambos os dous pais e o fillo, foron os principais aspectos afectivos utilizados, e todos eles demostraron a súa relevancia na análise e comprensión da conduta delituosa do adolescente.

As relacións normativas, referidas ás prácticas disciplinarias dos pais e ao grao de supervisión sobre a conduta do fillo aparecen tamén como determinantes e os estudos que analizan a non adaptación por parte dos pais ás súas relacións afectivas e normativas ao momento evolutivo do fillo, mostran que este é un aspecto que non pode obviarse nos traballos centrados na delincuencia adolescente.

A estrutura familiar en si mesma considerada (composición de familia, fogares rotos por separación ou morte dos pais) ten pouca importancia na explicación da conduta delituosa. En efecto, a familia non é un ente illado, senón que desenvólvese nun contexto social máis amplo, e, en moitos casos, as características da estrutura familiar poden estar relacionadas coa condena que coa propia conduta delituosa. Así, parece necesario centrarse máis no funcionamento da familia, nas interaccións familiares, nos métodos de educación e no impacto que estes teñen sobre a conduta do neno.

Na investigación anterior, formulámonos comprobar a existencia dun vínculo entre a estrutura familiar, o nivel cultural dos pais, as relacións entre os membros da familia e unha serie de comportamentos antisociais. Para iso utilizamos unha mostra de 28 alumnos dun IES da comarca do Morrazo matriculados nos PCPI (Programa de Cualificación Profesional Inicial) que oferta o centro educativo; e aos cales se lles pasou un cuestionario de autoinforme. Os resultados botados por esta investigación levánonnos a afirmar que os adolescentes entre 15 e 19 anos, varóns, que proceden de familia complexa teñen unha prevalencia de cometer comportamentos antisociais superior aos de familia básica, salvo no caso dos comportamentos desviados e problemáticos, nos que é menor. Datos similares obsérvanse tras a análise en canto a xénero. A tenor destes resultados, encontrámonos con que en xeral os nosos datos viñan a corroborar estudos clásicos que indican que os mozos de familias complexas tenden a cometer máis comportamentos antisociais que os de familia básica, se ben sorprende e moito que no caso dos comportamentos desviados e problemáticos, a prevalencia sexa menor. Isto quizáis se deba á reticencia a contestar as preguntas que analizan estes comportamentos, ben por vergoña, por medo, ou por outra circunstancia similar. Por iso, esta cuestión debería ser estudada e abordada novamente, pero mediante entrevista persoal ou outra técnica que nos permita obter datos máis veraces que o autoinforme.

A. Investigación nun Centro de Menores**1. Obxectivos**

O obxectivo que nos formulamos na nosa micro investigación é comprobar se existe un vínculo entre a estrutura familiar, o nivel cultural dos pais, as relacións entre os membros da familia e unha serie de comportamentos antisociais.

2. O cuestionario de autoinforme

A técnica utilizada foi a dunha enquisa sobre familia, actitudes, hábitos e comportamentos autorrevelada.

3. Mostra

Inicialmente o ámbito poboacional deste traballo deberían ser todos os individuos entre 14 e 18 anos, residentes nun Centro de Reeducación da provincia Pontevedra, que no momento de realización das enquisas contaba cun total de 25 prazas ocupadas, unha das cales libre debido á fuga dun menor. Non obstante, o rango de idade se amplía, xa que no centro conviven suxeitos de ata 20 anos que aínda cumpren algunha medida penal imposta como menores de idade. Sinalar tamén que os mozos proveñen de tres provincias distintas de Galicia, en concreto, da Coruña, Pontevedra e Ourense. Deste total, quedamos coa participación voluntaria de 17 suxeitos. Así, a mostra quedou reducida a un total de 17 autoinformes, dos cales 15 foron varóns e 2 corresponden a mulleres, todos eles entre os 15 e os 20 anos.

4. Aspectos a analizar

Nun primeiro momento centrarémonos no tipo de familia e xénero dos entrevistados, distinguindo aquí entre estrutura familiar básica (familia básica) na que incluiremos a todos aqueles mozos que convivan cos seus pais e irmáns (6 varóns); e estrutura familiar complexa (familia complexa) na que incluiremos a aqueles adolescentes que convivan en familias monoparentais, coa familia extensa (avós, tíos, etc.), etc., cando non se atopan no Centro (9 varóns e 2 mulleres). Ademais, pararémonos a analizar cal é a situación familiar dos entrevistados que proveñen do grupo de familia complexa (pai falecido nun 27.77% dos casos e pais separados / divorciados nun 72.73% dos supostos). Posteriormente, pasaremos a analizar unha serie de comportamentos antisociais que agrupamos en cinco grandes categorías: os roubos e furtos, os comportamentos violentos, as infraccións en materia de estupefacientes, os comportamentos desviados e os comportamentos problemáticos.

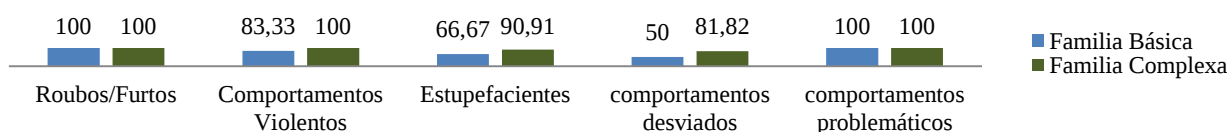
5. Análise de resultados

En canto ao tipo de familia (básica ou complexa) e o xénero dos entrevistados, un 35,30% do total destes pertencen a unha estrutura de familia básica, é dicir, onde conviven os fillos e os seus proxenitores unicamente no núcleo familiar; fronte a un 64,70% cuxa estrutura familiar é complexa, xa sexa familia monoparental, extensa, etc. Analizando brevemente a situación familiar do grupo de familia complexa podemos observar como do 64,70% total, un 72,73% son mozos que proveñen dunha familia na que os proxenitores se encontran separados ou divorciados; e tres casos no que un dos pais se encontra falecido (27,27%).

Prevalencia da delincuencia: as figuras 1 e 2 indican a prevalencia da delincuencia entre os fillos de familia complexa e os fillos de familia básica. A prevalencia vida expresa a porcentaxe de enquisados que levaron a cabo polo menos unha vez na súa vida o comportamento en cuestión. En cambio, a prevalencia último ano expresa a porcentaxe de enquisados que o levaron a cabo durante os doce meses anteriores á enquisa.

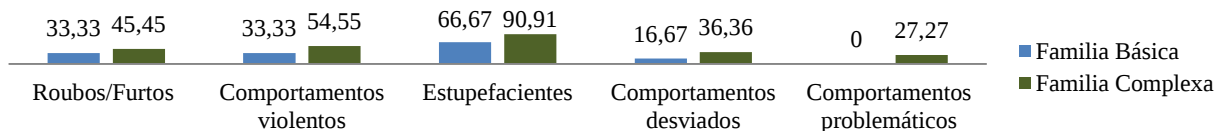
A tenor do reflectido na figura 1, podemos observar como a prevalencia vida da delincuencia é lixeiramente superior para os adolescentes da familia complexa no caso dos comportamentos violentos, o consumo de estupefacientes e os comportamentos desviados; mentres que para os roubos e furtos e os comportamentos problemáticos a prevalencia é exactamente a mesma, dándose no 100% dos enquisados.

Figura 1. Prevalencia vida da delincuencia



En cambio, ao observar a prevalencia no último ano dos comportamentos antisociais analizados (fig. 2), observamos que en todos os subgrupos que elaboramos, a prevalencia é superior no grupo de familia complexa.

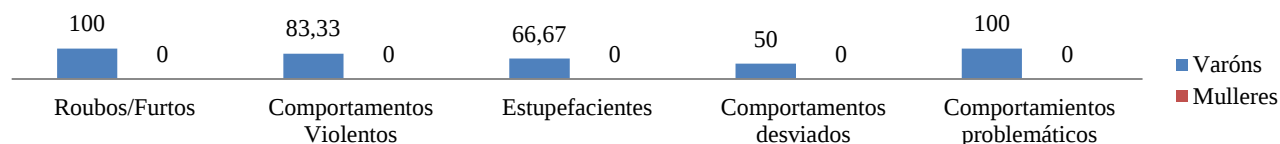
Figura 2. Prevalencia último ano da delincuencia



Xénero: como regra xeral, as investigacións sobre a delincuencia xuvenil, entre as que destacamos as analizadas neste traballo, establecen que a delincuencia está máis estendida entre os varóns que entre as

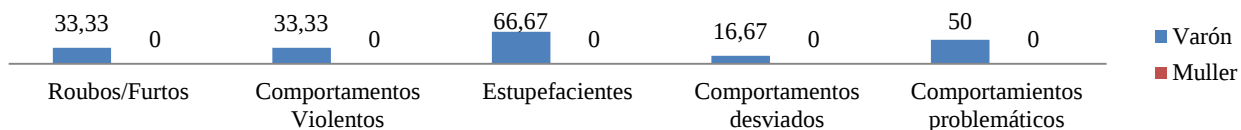
mulleres. As excepcións atópanse no terreo dos comportamentos desviados e os comportamentos problemáticos, nos cales as mulleres están implicadas máis ou menos na mesma medida que os varóns. A simple vista, poderíamos dicir que así acontece na nosa mostra, pois do total de 17 suxeitos internos, 15 son varóns e só dous son mulleres. Nas próximas catro figuras, afondaremos a análise da relación entre xénero e delincuencia tomando en consideración a estrutura familiar.

Figura 3. Prevalencia vida da delincuencia en Familia Básica



Observamos que todas as categorías a porcentaxe de prevalencia é superior en varóns, e todo iso porque non temos na mostra ningunha muller que pertenza a unha familia básica. De todos os xeitos podemos observar, como a pesar de ser unha familia básica, os varóns presentan un prevalencia superior ao 50% en todos os comportamentos estudados, chegando ao 100% nas categorías de roubos e furtos e comportamentos problemáticos.

Figura 4. Prevalencia último ano da delincuencia en Familia Básica



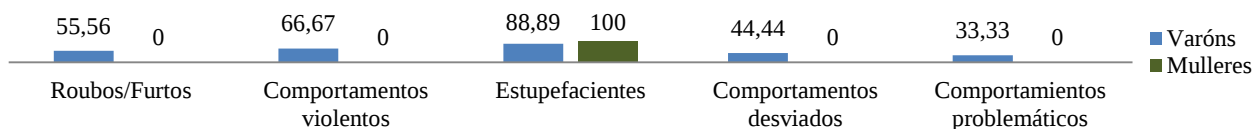
Neste caso, observamos ao igual que no caso anterior, como a prevalencia de mulleres de familia básica é nula, debido como dixemos, a que non atopamos na nosa mostra muller pertencente a familia básica. Non obstante, o patrón de prevalencia cambia nos varóns, diminuíndo considerablemente no último ano, a excepción do consumo de substancias que segue sendo superior ao 50%, e manténdose na mesma porcentaxe (66,67%).

Figura 5. Prevalencia vida da delincuencia en Familia Complexa



Neste caso, observamos como a estatística non se corresponde co mostrado en estudos anteriores. Observamos que hai tres tipos de comportamentos, os roubos/furtos, os comportamentos violentos e os comportamentos desviados, nos que ambos os dous grupos teñen a mesma prevalencia; pero, sorprendentemente, no consumo de estupefacientes e nos comportamentos problemáticos, observamos como a prevalencia é superior no caso das mulleres.

Figura 6. Prevalencia último ano da delincuencia en Familia Complexa



Por último, no caso da prevalencia no último ano en familia complexa, observamos que en catro dos cinco comportamentos antisociais analizados, a prevalencia é moi superior no caso dos varóns, xa que no caso do xénero feminino a prevalencia é nula; a excepción do consumo de estupefacientes, no que a taxa de prevalencia é superior en mulleres que en homes, obtendo estas unha prevalencia do 100%.

6. Conclusións

A nosa análise mostra que os adolescentes entre 15 e 20 anos, varóns, que proceden de familia complexa teñen unha prevalencia de cometer todos os comportamentos antisociais, superior aos da familia básica. Datos similares obsérvanse tras a análise en canto a xénero. A tenor destes resultados, atopámonos con que en xeral os nosos datos veñen a corroborar estudos clásicos que indican que os mozos de familias complexas tenden a cometer máis comportamentos antisociais que os de familia básica, a excepción da prevalencia vida, na que os roubos e furtos; e os comportamentos problemáticos que é idéntico (100%).

B. Resultados comparados entre mostra de mozos normalizados e mozos institucionalizados

1. Obxectivos

Comprobar se existe correspondencia entre os datos obtidos con poboación adolescente que leva a cabo un curso regulado nun instituto da comunidade, e os datos obtidos polos adolescentes que se encontran cumprindo medidas penais nun centro de reeducación.

2. Mostras

Grupo normalizado: 28 suxeitos (17 varóns e 11 mulleres) matriculados nun instituto da Comarca do Morrazo, na provincia de Pontevedra.

Grupo institucionalizado: 17 suxeitos (15 varóns e 2 mulleres) internos nun Centro de Reeducación da provincia de Pontevedra.

3. Comparativa

Mentres que o 67,86% dos suxeitos normalizados pertencen a unha familia básica; o 64,70% dos suxeitos institucionalizados pertencen a unha estrutura familiar complexa. E o mesmo acontece con á inversa; o 32,14% dos normalizados pertencen a unha familia complexa, mentres que o 35.30% pertencen a unha familia básica.

Se nos centramos a continuación na situación familiar dos entrevistados que proveñen de familia complexa, podemos observar como as familias complexas en ambos os dous grupos son na súa maioría consecuencia da separación e/ou divorcio dos proxenitores (21.43% no caso dos suxeito normalizados e o 72.73% no caso dos suxeitos institucionalizados), aínda que no caso dos suxeitos normalizados se distribúen en tres categorías -pai falecido (3.57%), separados/divorciados (21.43%) e outros (7.14%); mentres que no caso dos suxeitos institucionalizados, a distribución se centra exclusivamente entre pai falecido (27.27%) e separados/divorciados (72.73%)

Prevalencia da delincuencia: comezaremos pola comparativa entre os datos obtidos na prevalencia vida da delincuencia de familias complexas e familias básicas, por ambas as dúas mostras (figs. 7 e 8). Así, podemos observar como a prevalencia vida da delincuencia en familias básicas (fig. 7) tende a ser superior nos suxeitos institucionalizados, aínda que sorprende que no caso do consumo de estupefacientes e comportamentos desviados, aínda que lixeiramente, é superior nos suxeitos normalizados.

Figura 7. Prevalencia vida da delincuencia (%) para Familias Básicas

	Roubos/Furtos	Comportamentos Violentos	Estupefacientes	Comportamentos Desviados	Comportamentos Problemáticos
■ Normalizados	31,58	73,68	73,68	57,89	68,43
■ Institucionalizados	100	83,33	66,67	50	100

Algo similar acontece cando observamos a prevalencia vida en familias complexas (Figura 14). Neste caso todos os comportamentos antisociais prevalecen en maior medida na mostra de suxeitos institucionalizados, a excepción do de consumo de estupefacientes, que aínda que sexa só lixeiramente, é superior no grupo de suxeitos normalizados (un 100% fronte a un 90,31%).

Figura 8. Prevalencia vida da delincuencia (%) para Familias Complexas

	Roubos/Furtos	Comportamentos Violentos	Estupefacientes	Comportamentos Desviados	Comportamientos Problemáticos
■ Normalizados	44,44	100	100	44,44	66,67
■ Institucionalizados	100	100	90,91	81,82	100

Unha vez analizado este aspecto, centrémonos na prevalencia no último ano da delincuencia segundo tipo de familia e mostra. Observamos que a prevalencia no último ano de comportamentos antisociais (fig. 9) das familias básicas é lixeiramente superior nos suxeitos institucionalizados, salvo nas categorías de comportamentos desviados e problemáticos nos que o grupo normalizado mostra unha maior taxa. Isto podería ser debido a que os suxeitos institucionalizados teñen menos oportunidades de comisión destes comportamentos ao encontrarse recluídos.

Figura 9. Prevalencia último ano da delincuencia (%) para Familias Básicas

	Roubos/Furtos	Comportamentos Violentos	Estupefacientes	Comportamentos Desviados	Comportamientos Problemáticos
■ Normalizados	10,53	21,05	57,89	24,05	26,32
■ Institucionalizados	33,33	33,33	66,67	16,67	0

Non obstante, en canto ás familias complexas (fig. 10), os datos parecen ser máis uniformes, menos no caso dos roubos/furtos e comportamentos problemáticos nos que os suxeitos institucionalizados presentan unha maior porcentaxe. Destacar tamén, que a pesar da uniformidade, non se aprecia que esta sexa superior a favor dos suxeitos institucionalizados como cabería esperar, senón que en canto a consumo de estupefacientes e comportamentos desviados, os que presentan taxas lixeiramente superiores son os suxeitos normalizados. Ao igual que no caso anterior, podemos sospeitar que esta situación podería estar causada pola menor cantidade de oportunidades que presenta o grupo institucionalizado de levar a cabo os devanditos comportamentos.

Figura 10. Prevalencia último ano da delincuencia (%) para Familias Complexas

	Roubos/Furtos	Comportamentos Violentos	Estupefacientes	Comportamentos Desviados	Comportamientos Problemáticos
■ Normalizados	31,58	73,68	73,68	57,89	68,43
■ Institucionalizados	100	83,33	66,67	50	100

4. Conclusiones

A prevalencia vida da delincuencia é superior en suxeitos institucionalizados, tanto de familias básicas coma de familias complexas; pero esta diferenza non se aprecia significativamente no caso da prevalencia no último ano. Como xa viñemos apuntando, estes datos parecen corroborar a hipótese de que

isto sucede polo feito de que os suxeitos institucionalizados, polo simple feito de estar reclusos teñen menos oportunidades materiais de levar a cabo os comportamentos investigados. Se aceptamos a hipótese como plausible, poderíamos chegar a afirmar, tendo en conta a prevalencia vida, que os suxeitos institucionalizados presentan unha maior taxa de comportamentos antisociais que os suxeitos normalizados.

MOBBING: ACOSO PSICOLÓXICO NO TRABALLO

ANDREA ABILLEIRA ESCUDERO
Estudiante de Criminoloxía
Universidade de Santiago de Compostela

Resumo

Definimos o *mobbing* como o maltrato verbal e modal continuado e deliberado recibido por un traballador por parte de outro que intenta aniquilalo e destruílo psicolóxicamente e facelo saír dunha organización. No presente traballo tratase de definir cales son as características definitorias deste proceso e a súa regulación legal, centrándonos no proceso de avaliación a través da escala Cisneros®, para o cal se recolle un estudio realizado na cidade de Pontevedra.

Palabras clave

Mobbing, acoso psicolóxico, organización, Escala Cisneros.

Abstract

We define *mobbing* like a verbal and modal abuse continued and deliberate received by an employee by another, trying to annihilate and destroy psychologically and make it out of an organization. This work tried to define what are the defining characteristics of this process and its legal regulation, focusing on the evaluation process by the scale Cisneros ®, for which outlined a study conducted in the city of Pontevedra.

Keywords

Mobbing, psychological harassment, organization, Scale Cisneros.

I. Introducción

O *mobbing* ou acoso psicolóxico no traballo, non é un fenómeno novo, con todo, a súa incidencia e crecemento resultan alarmantes nos últimos anos. O concepto de *mobbing* foi definido por primeira vez polo psicólogo Heinz Leymann quen o definía como “o encadeamento sobre un período de tempo bastante curto de intentos ou accións hostís consumadas, expresadas ou manifestadas, por unha ou varias persoas, cara a unha terceira: o obxectivo”. Na sesión do Senado de 19 de xuño de 2001 aprobouse unha resolución sobre acoso psicolóxico na que se

definía o mobbing do seguinte xeito: «continuado e deliberado maltrato verbal e modal que recibe un traballador por parte doutro ou outros, que se comportan con el cruelmente co obxecto de lograr a súa aniquilación ou destrución psicolóxica e obter a súa saída da organización a través de diferentes procedementos ilegais, ilícitos, ou alleos a un trato respectuoso ou humanitario e que atentan contra a dignidade do traballador».

As escalas Cisneros constitúen as principais ferramentas destinadas a medir a incidencia do *mobbing* en España, aportando interesantes datos sobre as relacións laborais no noso país, e poñendo de manifesto que en España máis de dous millóns de traballadores están afectados polo mobbing nos seus postos de traballo. Este fenómeno tradúcese nun enorme sufrimento para a persoa que o padece así como a diminución da competitividade da organización na que se produce. As consecuencias derivadas de sufrir este fenómeno provocan que cada vez sexa maior o número de traballadores que fan fronte de forma persoal e xudicial a este problema.

II. Regulación legal

A) Normativa internacional

A Declaración Universal dos Dereitos Humanos proclamada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas, na súa resolución 217 A (III), de 10 de decembro de 1948, é a base dos preceptos legais que se poden aplicar aos casos de *mobbing*. Esta resolución recolle os seguintes artigos aplicables en casos de *mobbing*:

Artigo 1. Todos os seres humanos nacen libres e iguais en dignidade e dereitos e, dotados como están de razón e conciencia, deben comportarse fraternalmente os uns cos outros.

Artigo 3. Todo individuo ten dereito á vida, á liberdade e á seguridade da súa persoa.

Artigo 5. Ninguén será sometido a torturas nin a penas ou tratos crueis, inhumanos ou degradantes.

Artigo 12. Ninguén será obxecto de inxerencias arbitrarias na súa vida privada, a súa familia, o seu domicilio ou a súa correspondencia, nin de ataques á súa honra ou á súa reputación. Toda persoa ten dereito á protección da lei contra tales inxerencias ou ataques.

A Organización Internacional do Traballo (OIT) ofrece, pola súa parte, na súa Carta de Principios Fundamentais dos ordenamentos laborais de 1998, unha salvagarda aos traballadores que sofren o acoso no seu posto de traballo. Considera necesario garantir os principios e dereitos fundamentais para manter o vínculo entre o progreso social e o crecemento económico. Esta carta compromete a todos os estados membros da OIT a respectar os principios de catro categorías: (a) a liberdade de asociación, sindical e de negociación colectiva, (b) a eliminación do traballo forzoso, (c) a abolición do traballo infantil e (c) a eliminación da discriminación. Nos seus intentos por mellorar a calidade dos procedementos de prevención do acoso laboral así como a solución de conflitos a OIT asinou un Convenio Colectivo en Xenebra (2001), a partir do cal desenvolvéronse investigacións, campañas de sensibilización e de cooperación con gobernos, empresarios e traballadores co fin de alcanzar os seus obxectivos.

No ámbito da Unión Europea, en 1989 iníciase o proceso de aplicación da directiva do Consello, de 12 de xuño de 1989, relativa á aplicación de medidas para promover mellora da seguridade e da saúde dos traballadores no traballo (Directiva Marco) (89/391/CEE):

Artigo 1.1: O obxecto da presente Directiva é a aplicación de medidas para promover mellóraa da seguridade e da saúde dos traballadores no traballo.

Artigo 5.1: O empresario deberá garantir a seguridade e a saúde dos traballadores en todos os aspectos relacionados co traballo.

Artigo 6.1: No marco das súas responsabilidades, o empresario adoptará as medidas necesarias para a protección da seguridade e da saúde dos traballadores, incluídas as actividades de prevención dos riscos profesionais, de información e de formación, así como a constitución dunha organización e de medios necesarios. O empresario deberá velar para que se adapten estas medidas a fin de ter en conta o cambio das circunstancias e tender a mellóraa das situacións existentes.

O Parlamento Europeo, en 2001, emitiu unha resolución sobre Acoso Moral no Traballo, na que se solicitou a elaboración dunha Directiva Marco que constituíse un instrumento xurídico contra o acoso moral no traballo, así como a revisión da definición de acoso moral para chegar a unha definición uniforme. Con todo, esta Directiva Marco aínda non se elaborou.

B) Normativa nacional

Coa entrada en vigor o pasado 23 de decembro da reforma do Código Penal (LO 5/2010), considérase delito a realización reiterada de “actos hostís ou humillantes que, sen chegar a constituir trago degradante, teñan por obxecto impedir o lse considera delito la realización reiterada de “actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supoñan grave acoso contra a vítima” (art. 173.1 CP).

Pola súa banda o Estatuto dos Traballadores, protexe ao traballador do *mobbing* a través dos seus artigos 4 e 5.1 da sección segunda. Recoñécese, entre outros dereitos, o dereito do traballador a non ser discriminado por razóns de sexo, estado civil, idade, etc., o dereito á integridade do traballador, ao respecto da intimidade do traballador, así como á consideración debida á súa dignidade. O traballador terá tamén o deber de cumprir coas obrigacións concretas do seu posto de traballo, de conformidade ás regras da boa fe e dilixencia. En caso de producirse, o acoso laboral vulneraría tamén a lei 14/86 Xeneral de Sanidade, posto que a súa art. 10 recoñece o dereito do traballador a que se respecte personalidade, dignidade humana e intimidade, sen que poida ser discriminado pola súa orixe racial ou étnico, por razón de xénero e orientación sexual, de discapacidade ou de calquera outra circunstancia persoal ou social. De igual xeito, no capítulo III da Lei de Prevención de Riscos Laborais, establécese o dereito dos traballadores á súa integridade física, ao respecto á súa intimidade, á consideración da súa dignidade e á protección fronte ás ofensas físicas ou verbais.

O *mobbing* foi obxecto dunha especial análise pola xurisprudencia española nos últimos anos (T.S.J. Canarias 33/2013 de 18 de xaneiro, A.P. Sevilla 107/2012, de 23 de febreiro, T.S.J. Galicia 135/2012, de 23 de decembro de 2011). Dado que as secuelas que provoca este fenómeno (Trastorno por Estrés Postraumático, depresión, ansiedade, úlceras, etc.) son constitutivas dun accidente no traballo, intentouse configurar os requisitos constitutivos do *mobbing*, a saber:

- Intención dolosa de provocar dano coa finalidade de destruír a personalidade do obxecto, a vítima, con independencia do sector da empresa do que provén o ataque.
- Producción dun dano na esfera dos dereitos persoais esenciais da vítima.
- Carácter complexo, continuado, predeterminado e sistemático dos ataques á vítima.

III. Características do mobbing

Pódese considerar o *mobbing* como unha forma característica do estrés laboral, aínda que este presenta a particularidade de que non ocorre de forma exclusiva por causas que están

directamente relacionadas co desempeño do traballo ou coa súa organización, senón que ten a súa orixe nas relacións inter-persoais que os traballadores establecen en calquera empresa.

Este acoso maniféstase a través de variados mecanismo de fustrigamento, e caracterízase por ser un conflito asimétrico entre dous partes, no que a parte fustrigadora ten máis recursos, apoios ou unha posición superior á do traballador fustrigado. O agresor válese normalmente dalgún argumento ou estatuto de poder como a forza física, a antigüidade na empresa, a forza do seu grupo, a súa popularidade ou o nivel xerárquico na empresa para levar a cabo os comportamentos fustrigadores..

A. Características do agresor

O suxeito activo da agresión é “aquela persoa que leva a cabo, individual ou colectivamente, contra unha ou varias persoas da empresa, de xeito consciente ou inconsciente, unha actividade de acoso psicológico para conseguir marxinalas ou descualificalas fronte a outras” (RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2004, p. 24. Podemos citar numerosas características que definirían a estes suxeitos, aínda que as tres características fundamentais que os definen son:

- Esaxerada centralización en si mesmos.
- Falta de interese ou empatía cara aos demais.
- Necesidade de aprobación e triunfo.

Estes agresores adoitan ser persoas egocéntricas, intolerantes ás críticas, necesitados de atención, admiración e recoñecemento, adoitan ser persoas resentidas, frustradas, envexosas, celosas e egoístas. O seu obxectivo é ser admirados, recoñecidos e protagonistas.

B. Características da vítima

Os suxeitos pasivos dunha agresión ou vítimas da mesma, pódense clasificar en tres grupos:

1. Persoas brillantes, atractivas e algo sedutoras que polo tanto resultan envexables e consideradas perigosas ou ameazadoras polo agresor que teme perder o rol protagonista que el desexa.
2. Persoas vulnerables ou depresivas que son o branco fácil do agresor no que descargar as súas propias frustracións.

3. Persoas eficaces e traballadores que poñen en evidencia o establecido e pretenden impoñer reformas, que son vistas polo agresor como un perigo ou ameaza da súa status actual na empresa.

C. Características que delimitan o acoso psicolóxico

Os investigadores utilizan unha serie de parámetros que sirvan para delimitar o *mobbing* ou acoso psicolóxico no traballo. En primeiro lugar, os investigadores, para diferenciar entre acoso moral e outro tipo de comportamentos, céntranse no tipo de comportamento sufrido pola vítima. O acoso moral no traballo responde fundamentalmente a episodios concretos de ataques realizados por individuos da organización. O segundo parámetro é a duración e a frecuencia, pois estes ataques son realizados de xeito consistente, durante certo período de tempo sen que se poida tratar dun feito illado. O terceiro e último parámetro é a reacción da vítima, que inclúe a auto-caracterización como vítima, as reaccións negativas, sentimento de estar acosado, etc.

IV. Formas de expresión do *mobbing*

Como xa mencionamos, existen dúas partes enfrontadas, por unha banda o fustrigador ou fustrigadores con comportamentos e actitudes hostís, activas, dominadoras, e por outra banda o agredido cunha actitude ou comportamento de tipo reactivo ou inhibitorio. As situacións de fustrigamento maniféstanse de moi diversos xeitos, con distintas actitudes e comportamentos. Este fustrigamento pode producirse de xeito horizontal (no desenvolvemento das relacións entre compañeiros) ou vertical (nas relacións con superior xerárquico).

Leymann distinguía entre 45 comportamentos hostís que podían ser da seguintes natureza (Táboa 1).

Táboa 1

COMPORTAMENTOS HOSTÍS SEGUNDO A SÚA NATUREZA.
Actividades de acoso para reducir as posibilidades da vítima de comunicarse adecuadamente con outros.
1. Non permitir á vítima ter a posibilidade de comunicarse.
2. Interromper continuamente á vítima cando fala.
3. Impedir á vítima expresarse
4. Gritar, berrar e verter inxurias en voz alta á vítima.
5. Atacar verbalmente criticando o traballo realizado pola vítima.
6. Criticar a vida privada da vítima.
7. Aterrorizar á vítima con chamadas telefónicas.
8. Ameazar verbalmente á vítima.
9. Ameazar á vítima por escrito.
10. Rexeitar o contacto coa vítima.

11. Ignorar a presenza da vítima.

Actividades de acoso para evitar que a vítima teña a posibilidade de manter contactos sociais.

12. Non falar nunca coa vítima.

13. Non deixar que a vítima dirixase a un.

14. Asignar á vítima un posto de traballo que lle ille dos seus compañeiros.

15. Prohibir aos compañeiros falar coa vítima.

16. Negar a presenza física da vítima.

Actividades de acoso dirixidas a desacreditar ou impedir á vítima manter a súa reputación persoal ou laboral.

17. Maldicir ou calumniar á vítima.

18. Facer correr contos e rumores orquestrados polo acusador.

19. Ridiculizar á vítima.

20. Atribuír á vítima unha enfermidade mental.

21. Intentar forzar un exame ou diagnóstico psiquiátrico.

22. Fabular ou inventar unha suposta enfermidade da vítima.

23. Imitar xestos, posturas voz e talante da vítima para ridiculizála.

24. Atacar crenzas políticas ou relixiosas da vítima.

25. Facer burla da vida privada da vítima.

26. Facer burla das orixes ou nacionalidade da vítima.

27. Obrigar á vítima a facer un traballo humillante.

28. Cronometrar, anotar ou rexistrar inequitativamente o traballo da vítima en termos malintencionados.

29. Cuestionar as decisións tomadas pola vítima.

30. Verter inxurias en termos obscenos ou degradantes á vítima.

31. Acosar sexualmente á vítima con xestos ou proposicións.

Actividades de acoso dirixidas a reducir a ocupación da vítima e a súa empregabilidade mediante a desacreditación profesional.

32. Non asignar ningún traballo á vítima.

33. Privar á vítima de calquera ocupación e asegurarse de que non poida atopar ningunha ocupación por si mesma.

34. Asignar tarefas totalmente inútiles ou absurdas á vítima.

35. Asignar á vítima tarefas moi inferiores á súa capacidade ou competencias profesionais.

36. Asignar á vítima tarefas novas sen cesar.

37. Obrigar á vítima a executar traballos humillantes.

38. Asignar á vítima tarefas que esixen unha experiencia superior ás súas competencias profesionais.

Actividades de acoso que afectan á saúde física ou psíquica da vítima.

39. Obrigar á vítima a realizar traballos perigosos ou especialmente nocivos para o seu saúde.

40. Ameazar fisicamente á vítima.

41. Agredir fisicamente á vítima, a título de advertencia, sen gravidade.

42. Agredir fisicamente á vítima sen conterse.

43. Ocasionar gastos voluntariamente á vítima con intención de prexudicala.

44. Ocasionar danos no posto de traballo ou domicilio da vítima.

45. Agredir sexualmente á vítima.

V. Fases do *mobbing*

O desenvolvemento do acoso psicológico nunha organización adoita producirse a través das etapas enumeradas a continuación:

1. A fase de conflito ou detonante: un incidente crítico ou un problema non resolto produce un cambio repentino na relación laboral.

2. Fase de estigmatización: o acosador tenta ata onde pode chegar co acoso, confunde á vítima e crea un área de influencia en torno á vítima, procurando sempre a presenza de espectadores. O acosador fustriga á vítima con comportamentos perversos.
3. Fase de persecución: o maltrato faise máis explícito, implícase a superiores e a outros traballadores que se unen á actuación de humillación e crítica. Normalmente a directiva sumar ao acoso activo ou pasivo cara á vítima.
4. Fase de expulsión: a vítima é incapaz de enfrontarse ao acoso xa que non atopa o apoio suficientes, nin na organización nin fóra dela. Xorde a obsesión e a resultante renuncia ou situación de incapacidade, chegando ao suicidio nos casos máis graves.

VI. Consecuencias do mobbing

En situacións normais o traballo ocupa un terzo da vida activa dunha persoa, polo que si se da unha situación de acoso no traballo, estarase producindo un importante desequilibrio nunha das facetas centrais da vida dunha persoa adulta, e a vítima de este acoso comezará a padecer un importante sufrimento e sentimento de desamparo. As consecuencias que se adoitan derivar deste tipo de acosos son esencialmente de carácter psíquico, con todo tamén se producen danos a nivel psíquico, danos para a empresa, posto que se ve afectado o rendemento da vítima e o risco de accidentabilidade, para rematar, estes danos transfírense ás familias das vítimas así como a outros extractos da sociedade.

A. Consecuencias para a vítima

1. Consecuencias psíquicas

A sintomatoloxía psíquica resultante dun acoso deste tipo pode ser de diversa índole, con todo, as principais afectacións da vítima estarían relacionadas coa ansiedade, desenvolvéndose síntomas como pensamentos obsesivos e soños repetitivos, respostas de evitación ás situacións temidas, irritabilidade, presenza de medo acentuado e permanente, problemas de concentración e atención, etc.

Outros problemas emocionais resultantes poden ser os sentimentos de fracaso, frustración, impotencia, baixa autoestima ou apatía. Para diminuír a ansiedade o traballador pode chegar a desenvolver comportamentos substitutivos e perigosos como o consumo de drogas que pode supoñer a orixe doutras patoloxías. Ademais estes trastornos psíquicos poden chegar a verse

reflectidos no corpo en forma de doenzas ou incapacidades físicas que levan a respostas motoras ou comportamentos anómalos.

Tralo fustigamento dispáranse os mecanismos de alerta da vítima: aparece unha hipervixilancia permanente que leva á vítima a atoparse nunha situación de alerta ante calquera estímulo externo, todo iso provoca alteracións do soño, perda de apetito, diminución do rendemento laboral, ata chegar a xerar a chamada síndrome de “*burn-out*”, caracterizado pola angustia e desesperación do traballador que lle impide enfrontarse ao seu traballo.

Este trauma sufrido polo traballador que é vítima deste fustrigamento será maior canto menor sexa o apoio social recibido e percibido por parte dos seus compañeiros. En último termo, si se excede a duración ou magnitude deste acoso, a patoloxía desenvolvida pola vítima pode agravarse ou dar lugar a problemas persistentes e ata a trastornos paranoides e ideas suicidas.

2. Consecuencias físicas

En ocasións os trastornos psíquicos poden chegar a verse reflectidos no corpo como patoloxías psicosomáticas que van desde dores e trastornos funcionais ata trastornos orgánicos. Entre os síntomas psicosomáticos podémonos atopar: pesadelos, diarrea, dor abdominal, vómitos, perda de apetito, choro espontáneo, ademais dos trastornos relacionados coas hormonas do estrés e a actividade do sistema nervioso autónomo: dor torácica, sudación, sequidade de boca, palpitacións e problemas respiratorios, problemas de soño, tensión muscular, etc.

B. Consecuencias para a organización de traballo

1. Rendemento

O primeiro efecto que experimenta a organización como consecuencia do mobbing é a diminución da produtividade e da calidade da produción, a perda de clientes, o aumento da porcentaxe de absentismo laboral, maiores gastos económicos, empeoramento da imaxe e credibilidade da organización, etc.

Ao existir este tipo de problemática na organización vese afectada a comunicación e a colaboración entre traballadores, prodúcese unha interferencia nas relacións que os traballadores deben establecer para a execución das tarefas, o que leva á diminución da cantidade e calidade do

traballo desenvolvido pola persoa afectada, así como á dificultade ou imposibilidade de traballar en grupo.

Pódense resumir as consecuencias relacionadas co rendemento nas seguintes:

- Mal clima e ambiente de traballo.
- Afectación da calidade e cantidade de traballo.
- Interferencias nos circuítos de información e comunicación.
- Descenso da creatividade e innovación.
- Perda de motivación.
- Despreocupación pola satisfacción dos clientes.
- Maior absentismo e baixas laborais.
- Notable aumento das consultas ao servizo médico.

2. Accidentabilidade

A situación de estrés que sofre o traballador incide sobre a súa capacidade de concentración, atención e reacción, o que supón un claro risco laboral e frecuentemente tradúcese na produción de accidentes laborais.

C. Consecuencias para a familia e a sociedade

A contorna social do afectado padecerá as consecuencias de ter unha persoa próxima coas características deste tipo de vítimas, é dicir, persoas sen motivación, frustradas, anhedónicas, que viven con medo, etc. É posible que estes suxeitos cheguen a ser moi susceptibles e hipersensibles ás críticas, desenvolvendo actitudes de desconfianza, illamento, evitación, retraemento e ata hostilidade, agresión ou outras formas de inadaptación social. Os efectos para a sociedade adóitanse concretar nos custos, principalmente económicos, debido ás prestacións por enfermidade, xa que a maior parte das vítimas de mobbing adoitan ser diagnosticadas de trastornos relacionados co estrés ou a depresión.

VII. Avaliación do mobbing.

Co obxectivo de sondar o estado e índices de violencia na contorna laboral, o profesor Iñaki Piñuel elaborou o Barómetro CISNEROS ® (Cuestionario Individual sobre Psicoterror,

Negación, Estigmatización e Rexeitamento en Organizacións). Este barómetro consta de tres escalas e a primeira delas é a que trata de avaliar o grado de acoso psicológico sufrido na contorna laboral. Trátase dun cuestionario autoadministrado composto por 43 ítems que obxectivan e valoran 43 condutas de acoso psicológico no ámbito laboral. O obxectivo desta escala é sondar de xeito periódico cal é o estado e as consecuencias da violencia na contorna laboral das organizacións.

Os resultados dos estudos de fiabilidade e validez da escala indican que a escala Cisneros ten unha elevada fiabilidade (.96), unha estrutura bidimensional que permite ordenar os seus ítems ao longo de dúas dimensións (Ámbito da conduta de acoso e Tipo de conduta de acoso), e que presenta relacións teóricamente esperables con escalas que miden Autoestima, *Burn-out*, Depresión, Abandono profesional e Estrés postraumático. Os resultados obtidos mostran unha boa capacidade para discriminar entre diversos grados de acoso e, por conseguinte, a utilidade da escala como indicador da gravidade e intensidade do dano inflixido á vítima.

VIII. Aplicación Escala CISNEROS ® e resultados

A. Mostra

A mostra sobre a que se realizou o estudo está constituída por un total de 40 persoas, traballadoras en activo tanto do sector público como do sector privado e pertencentes a diferentes categorías e niveis de formación. A mostra foi seleccionada na contorna da cidade de Pontevedra, entregando os cuestionarios en distintas empresas. As características demográficas e laborais das persoas ás que se lle aplicou a escala atópanse na Táboa 2

Táboa 2.

CARACTERÍSTICAS DEMOGRÁFICAS E LABORAIS DA MOSTRA				
	Varóns	Mulleres	Total	%
GRUPOS DE IDADE				
< 20 ANOS	2	1	3	7.5%
20-30 ANOS	6	4	10	25%
30-40 ANOS	6	7	13	32.5%
40-50 ANOS	3	4	7	17.5%
>50 ANOS	1	6	7	17.5%
TOTAL	18	22	40	100%
SECTORES DE ACTIVIDADE:				
SANIDADE	1	3	4	10%
HOSTALARÍA	5	5	10	25%

ADM. PÚBLICA	3	2	5	12.5%
EDUCACIÓN	2	4	6	15%
COMERCIO	1	7	8	20%
INDUSTRIA	6	1	7	17.5%
TOTAL	18	22	40	100%

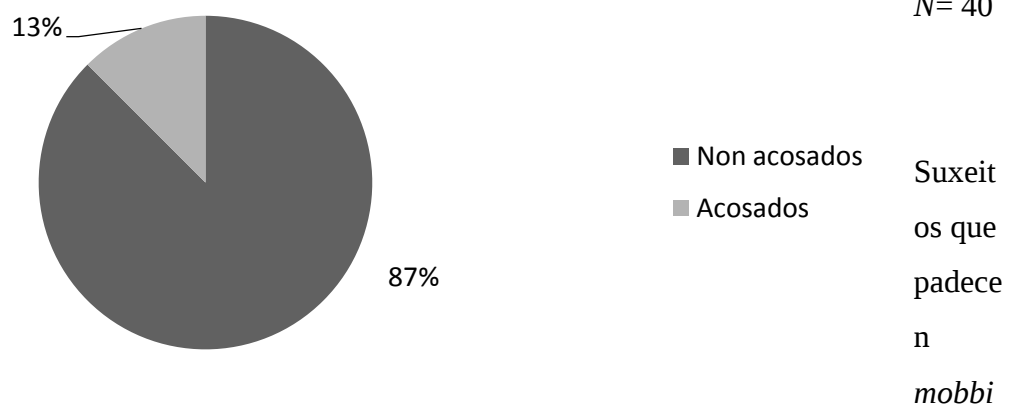
B. Procedemento

O cuestionario, de formato autoadministrado, foi entregado en man a distintos suxeitos traballadores de empresas da cidade de Pontevedra, entre as que figuran centros comerciais, restaurantes, institutos, fábricas, empresas de electricidade e centros hospitalarios adscritos ao SERGAS. O prazo para cumprimentar o cuestionario antes de proceder a recollelo foi de 7 días.

C. Puntuación

De acordo co ítem 44 que establece unha duración mínima de acoso de seis meses cunha frecuencia semanal, divídese á mostra en dúas submostras, diferenciando entre quen padecen *mobbing* (resposta afirmativa ao ítem 44) e quen non o padecen (resposta negativa ao ítem 44) (gráfico 1), obtendo unha porcentaxe de persoas para cada submostra, que aparece recollido na Táboa 3.

Gráfico 1. Porcentaxe de traballadores acosados e non acosados



ng n= 5 Suxeitos que non padecen *mobbing* n= 35

Táboa 3. Tipo de acoso

Porcentaxe de persoas da mostra que sofren acoso.			
	Total	No Acosados	Acosados
Restrición	5	0	40

comunicación			
Ignorar	30	25.71	60
Interrupcións continuas	10	2.85	60
Traballos contra os principios	17.5	8.57	80
Avaliación sesgada	47.5	42.85	80
Inactividade forzada	22.5	14.28	40
Traballos absurdos	85	82.85	100
Tarefas por debaixo de competencias	77.5	74.28	100
Tarefas rutinarias	32.5	28.57	60
Sobrecarga	40	37.14	60
Tarefas perigosas	10	5.71	20
Impedir seguridade	5	2.85	20
Perxuizos económicos	5	2.85	20
Prohibición comunicación con compañeiros	0	0	0
Minusvaloración do desempeño	25	14.28	100
Acusacións difusas	20	17.14	40
Acusación sistemática	25	20	60
Amplificación erros	57.5	57.14	60
Humillacións	32.5	25.71	80
Ameazas uso disciplinario	40	37.14	60
Medidas aislamiento	2.5	2.85	0
Distorsión comunicación	17.5	11.42	60
Desestabilización	22.5	17.14	60
Menosprezo	12.5	2.85	80
Burlas	12.5	5.71	60
Críticas vida persoal	5	2.85	20
Ameazas en persoa	0	0	0
Ameazas por escrito	0	0	0
Gritos	20	11.42	80
Avasalamento físico	0	0	0
Ridiculización	12.5	0	100
Rumores e calumnias	7.5	0	60
Privar de información	7.5	0	60
Limitación de carreira profesional	25	22.85	40
Perxuízo imaxen	7.5	2.85	40
Presión indebida	17.5	11.42	60
Redución de prazos	10	8.57	20
Modificación de responsabilidade	15	14.28	20
Falta de valorización do esforzo	40	31.42	100
Desmoralización	22.5	11.42	100
Inducir a erros	32.5	25.71	80
Monitorización perversa	35	28.57	80

Insinuación sexual	0	0	0
--------------------	---	---	---

A Táboa 3 móstranos como existe unha importante diferenza entre a porcentaxe de persoas que afirma sufrir algún tipo de acoso en comparación con aquelas persoas que manifestan non ser vítimas de acoso.

Aínda que non aparece recollido na táboa, tamén atopamos diferenzas na frecuencia promedio da conduta de acoso entre os dous grupos: máis da metade dos suxeitos que manifestan non sentirse acosados obtén unha puntuación promedio de 1 (codificado como poucas veces ao ano ou menos), mentres que na mostra de suxeitos que manifestan ser acosados, en máis da metade dos casos, a puntuación promedio é de 3 (codificada como algunhas veces ao mes) aínda que tamén existen numerosos casos cunha puntuación promedio de 4 (codificada como unha vez á semana).

En canto ás características demográficas dos suxeitos que afirman recibir algún tipo de acoso, atopamos que o rango de idade no que predominan os casos de acoso é no rango entre os 20 e os 30 anos (gráfico 2). En canto ao sexo dos traballadores acosados, entre estes predominan as mulleres fronte aos homes (gráfico 3). O sector profesional no que se atopa un maior número de casos de acoso é o sector da hostalaría, cun 60% dos casos de acoso (gráfico 4).

Gráfico 2. Traballadores acosados segundo rango de idade

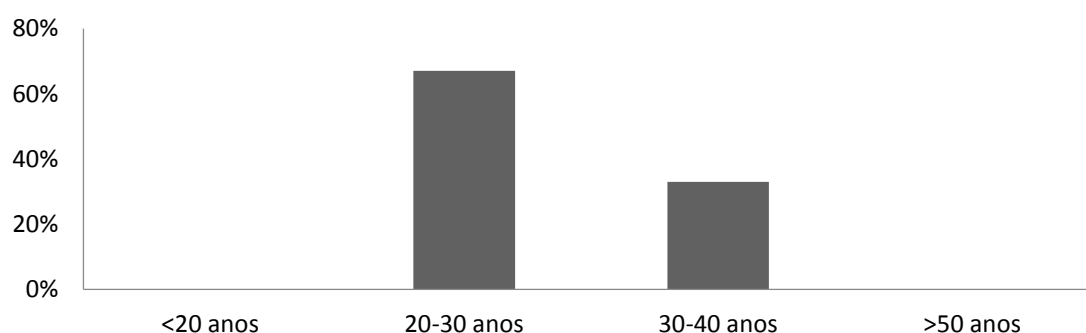


Gráfico 3. Traballadores acosados segundo o xénero

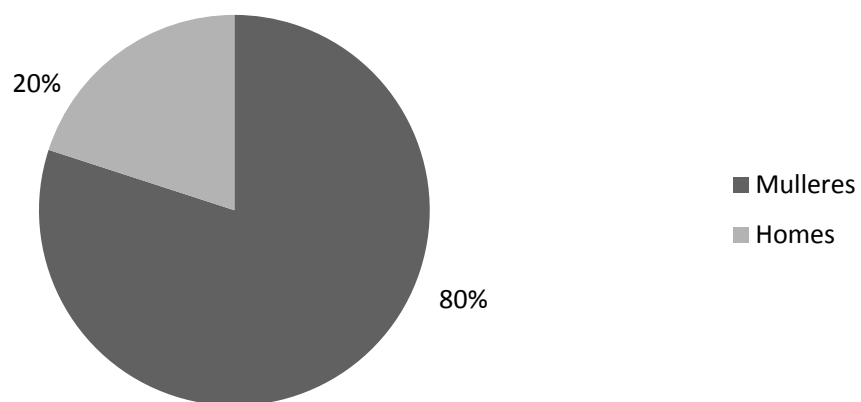


Gráfico 4. Traballadores acosados segundo sector profesional

