

DR 29 1325

Muy buenas noches, con esta sintonía iniciamos una nueva revista de Derecho. Cada domingo nos dirigimos a nuestros alumnos y ya a todos los oyentes que tengan interés e inquietud por los temas jurídicos. Por eso, permítannos compartir con todos ustedes los próximos 75 minutos donde trataremos temas diferentes, todos ellos relacionados con las materias que se estudian en el tercer año de la carrera.

Les contaremos en primer lugar cómo es la evolución y el crecimiento del sector público, tan importante la economía de un Estado. Para ello contaremos con el profesor de Hacienda Pública, Pedro Juez Martel. La profesora de Derecho Administrativo, Carmen Fernández Rodríguez, nos explicará qué es, cómo funciona y cómo está regulada la Administración Institucional del Estado.

Las Arras será otro de los temas que expondrá la profesora de Derecho Civil, Maripaz Pous de la Flor. El artículo 174.1 del Código Penal define uno de los delitos contra la integridad moral, la tortura. De él nos hablará el titular de Derecho Penal, Alfonso Serrano Gómez.

Y, por último, profundizaremos en las fuentes del derecho internacional público con la profesora María Asunción Orenx del Moral. Esperamos que estos temas resulten interesantes y despierten su curiosidad y atención. Empezamos ya, sin más, a presentarles el primero de los temas de la Revista de Derecho de esta noche y que pertenece a la disciplina de Hacienda Pública.

La intervención del Estado hasta la crisis del 39 había tenido un papel reducido, pero es precisamente a partir de este momento, y sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, cuando se contempla la necesidad de una intervención mayor del Estado para permitir a la mayoría de los ciudadanos el acceso a la sanidad y a la educación principalmente. En España, el sector público creció considerablemente en los años 70 y 80 y, en la actualidad, el gasto público es de un 45% en relación con el PIB. El profesor de Hacienda Pública, Pedro Juez Martel, que se encuentra con nosotros, analiza a continuación la evolución y el crecimiento del sector público, así como sus funciones y principales problemas.

Bienvenido y buenas noches, profesor Juez. Buenas noches. Para iniciar el tema que vamos a tratar en primer lugar en la Revista de Derecho, ¿nos podría decir qué engloba exactamente el sector público? Bueno, pues el sector público fundamentalmente engloba a lo que se conoce como Administraciones Públicas, es decir, a la Administración Central del Estado, a las Administraciones Autonómicas, a las Administraciones Locales, a la Seguridad Social y a otros organismos autónomos.

Luego existen también lo que podríamos catalogar Empresas Públicas No Financieras, que son empresas donde el sector público tiene el control mayoritario, y Empresas Públicas Financieras. Sobre este punto quiero decir que existe un gran debate en cuanto a qué se considera

exactamente el porcentaje mínimo de acciones que debe tener para controlar, porque en los últimos años ha habido un proceso claro de privatización y entonces el sector público ha cedido la mayor parte de las acciones que tiene. Sin embargo, existe un control aún en bastantes empresas.

Básicamente eso es lo que viene a englobar. ¿Cuál ha sido la evolución de este sector público en las últimas décadas, profesor? Bueno, pues la evolución viene muy marcada por lo que es en sí la historia de la economía. Si nosotros cogiéramos el principio del siglo XX, en el principio del siglo XX imperaban los planteamientos clásicos, y los planteamientos clásicos configuraban al Estado con un papel bastante residual.

El Estado tenía que proteger al ciudadano a través de la policía y a través de lo que era la defensa nacional. Y luego, por otra parte, tenía que proveer una serie de servicios mínimos, pero el papel tenía que ser bastante reducido. Lo que sucedía, lo que sucedió con esto posteriormente y después sobre todo de la crisis de 1929, es que se vio que el Estado debía intervenir y debía intervenir regulando los sectores económicos, o sea, planteando las reglas del juego y sobre todo el Estado a partir, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, y con lo que se ha dado en llamar el Estado del Bienestar, pues ha tenido cada vez un papel más preponderante.

Había un consenso, ha habido un consenso de que es necesario, pues, sobre todo lo que se refiere a la sanidad y a la educación, que el Estado tenga un papel importante para permitir el acceso a todos los ciudadanos a la sanidad y a la educación. Entonces, en lo que se refiere concretamente al caso español, vemos un gran aumento de lo que es el sector público, existe un gran aumento del sector público, fundamentalmente después de la época franquista, podemos decir varias etapas. De 1900, lo que es la época de los gobiernos de UCD, el sector público empieza a crecer, empieza a crecer en gran medida.

Del 80 al 82 sigue creciendo bastante, igual que en la época del 82 al 85. Luego del 1986 al 89 existe un ligero decrecimiento en términos globales del sector público. Del 89 al 93 vuelve a crecer, en gran medida está también un poco relacionado con la creación de nuevas infraestructuras, con todo lo que lleva aparejado la expo de Sevilla, las Olimpiadas y demás.

Hubo un crecimiento del 89 al 93 y a partir del 94 el sector público ha ido disminuyendo paulatinamente. Existe actualmente una tendencia, claramente, a una disminución del sector público. Para que nos hagamos una idea, actualmente aproximadamente el sector público viene a representar un 45% del total del gasto público, representa un 45% en relación a lo que sería el PIB, el Producto Integro Bruto.

Entonces, perdón, cuando nos estamos refiriendo al crecimiento o decrecimiento de este sector público, lo hacemos en términos económicos, no en que haya más organismos que son sector público, como estaba hablando antes de las administraciones, porque evidentemente con la creación de las administraciones autonómicas creció el sector público, pero nos referimos en el aspecto económico, cuando está hablando usted de esa evolución y ese crecimiento. Sí,

fundamentalmente sí nos estamos refiriendo básicamente en términos económicos, no tanto a nivel de organismos. ¿Y qué índices se utilizan más frecuentemente para medir la importancia del sector público? Bueno, pues existen básicamente tres tipos de índices, unos que se basan en lo que sería el gasto, lo que representa el gasto en la economía, el gasto público, otro que se basa en los ingresos, es decir, lo que representarían los impuestos, y otros que se erigen por otros criterios más generales.

Bueno, en lo que se refiere al gasto el más importante es lo que representa el gasto público en relación al Producto Interior Bruto, que actualmente viene a representar aproximadamente un 45%, como he dicho anteriormente. Luego, en relación a esta medida, pues existen muchas otras submedidas que se derivan de ella, como por ejemplo el porcentaje de lo que representan los gastos sociales, o otro tipo de gastos y demás. En lo que se refiere al apartado de ingresos, las dos medidas que se suelen utilizar más son la presión fiscal, y la presión fiscal, ¿qué es? Pues la presión fiscal es lo que representan los ingresos que obtiene el Estado a través fundamentalmente de los tributos en relación al PIB.

Y luego se utiliza también un índice que se llama el Índice de Frank, que lo que hace es referenciar esa presión fiscal pero en relación también a la renta per cápita. ¿Y por qué se utiliza también el Índice de Frank? Pues el Índice de Frank lo que viene a hacer es depurar más la presión fiscal, porque, claro, puede ser que en un momento determinado una presión fiscal del 30% puede ser mucho, puede ser poco. ¿Por qué? Porque depende en bastante medida de cuál sea el PIB per cápita en esa población.

Si el PIB per cápita, es decir, si la riqueza es muy alta, a lo mejor un 30% no es mucho, pero si la riqueza es escasa, si el PIB per cápita es escaso, pues un 30% puede ser realmente confiscatorio para esos ciudadanos. Y, por último, el otro tipo de medidas al que me estaba refiriendo antes, pues la más conocida es la capacidad o necesidad de financiación global que existe por parte del sector público. Profesor juez, ¿a cuanto más impuestos crece más el sector público o no tiene que ver nada? Se tiene siempre que referenciar a algo, porque el sector público puede recaudar más impuestos simplemente porque crezca la riqueza del país, el PIB, y no aumentar la presión fiscal.

Siempre lo tienes que ver en función de qué porcentaje de tartas se lleva el sector público del global, de la economía. ¿Cuánto se está llevando? Y, efectivamente, si se lleva más porcentaje de tarta, que es lo que sería el PIB, es decir, lo que se produce dentro de las fronteras del país, pues está siendo, está recaudando más y está creciendo más el sector público en ese aspecto. ¿Cuáles son las principales funciones que realiza el sector público? Bueno, pues actualmente, por lo que estaba diciendo anteriormente, el sector público, las funciones han crecido en bastante medida, sobre todo por la concienciación por parte de los ciudadanos de que era necesario que el sector público, el Estado, interviniese en diferentes esferas, entre las cuales las más importantes pueden ser la justicia o la educación o la sanidad.

Existe un consenso bastante claro que el Estado tiene un papel ahí muy importante. Entonces,

pero básicamente así, globalmente, los capítulos fundamentales que tiene el sector público podrían ser los servicios de carácter general. Bueno, así es como están conceptuados los presupuestos del Estado.

En primer lugar, tenemos los servicios de carácter general. Dentro de aquí encontramos fundamentalmente lo que sería la administración central del Estado y otra serie de funciones generales. Después encontramos defensa, protección civil y seguridad ciudadana, que aquí encontramos todo lo relacionado con lo que es la defensa nacional y lo que es la policía y demás, las funciones policiales.

Después encontramos un capítulo que es seguridad, protección y promoción social, que es un capítulo muy importante. Aquí se engloban todos los gastos referidos a la seguridad social, la protección social de los trabajadores. En el cuarto punto tenemos lo que se llaman los presupuestos la producción de bienes públicos de carácter social y aquí encontramos fundamentalmente los capítulos más importantes son la educación y la sanidad.

Después tenemos otro apartado que serían producciones de bienes públicos de carácter económico, que aquí encontramos todo lo referido a las infraestructuras, es decir, las autovías que realiza el Estado y todas las infraestructuras generales que tiene que dotar el Estado, que son fundamentales para una economía de una nación. Luego encontramos otros aspectos como son lo que gasta el Estado en la regulación económica de los distintos sectores productivos y por último el último capítulo que es muy importante porque hay que pensar que este capítulo se lleva actualmente representa más que lo que se gasta en sanidad, por ejemplo, que sería la deuda pública, lo que se paga por intereses. Sí, y ¿cuáles son los principales problemas que genera o que tiene el sector público? Porque son muchos los campos en los que trabaja, ¿no? Sí, bueno, fundamentalmente el sector público tiene que caminar entre lo que sería el control, un control más férreo que una empresa privada.

Evidentemente, como se están manejando fondos públicos tiene que existir un control mucho mayor sobre esos fondos. Lo que sucede, pues lo que sucede fundamentalmente es que esos fondos por un lado tienen que estar controlados, pero también se tiene que permitir una gestión más dinámica. Ahora, por ejemplo, en todo lo referido al campo de la sanidad existe un gran debate porque por un lado se tienen que respetar todo lo que son las medidas de control, de gestión del presupuesto, pero por otro lado, por ejemplo, un hospital o incluso una universidad como es la Universidad Nacional de Educación e Investigación, tiene también que ser dinámica en todo lo referido a su gestión.

Entonces, ahora actualmente existe un cambio de política en cuanto que se está abriendo más la mano hacia nuevas formas de gestión donde no exista un control tan férreo. O sea, que exista un control férreo, pero se permita a los entes un nivel de gestión más elevado. Esto lo encontramos en la sanidad o en la educación y demás.

O sea, existe claramente la actualidad una necesidad de diferenciar lo que sería la provisión, lo que es la financiación de los servicios, de lo que sería en sí la gestión, que es que se está

pretendiendo dar un nivel mayor de autonomía a los diferentes entes en general. Eso es algo que se está haciendo de manera general. Pero hay sectores que, aunque a lo mejor de forma privada y que no sea pública, serían difíciles a lo mejor de soportar y, sin embargo, lo tiene que soportar el Estado.

Por lo menos a eso estamos acostumbrados, ¿no? Como puede ser algún tipo de transportes o incluso lo que estábamos hablando de la sanidad, ¿no? Claro, pero la idea no es, por ejemplo, la idea en lo que se refiere al tema de la sanidad no es privatizar la sanidad. No existe una idea de privatizar la sanidad. Concretamente en el campo de la sanidad hubo un informe que se llamó el Informe Abril, que fue un informe donde se preguntaban a todos los entes del sistema que tenían algún tipo de representación y demás.

Se les pidió opinión de qué se podía hacer para mejorar todo lo referido a la gestión, ¿no? Y parece que existía un gran consenso a la hora de decir que era necesario dotar los centros de una mayor gestión, que no quiere decir privatizar la sanidad, sino lo que es permitirle una gestión más eficaz a la hora de poder controlar de una manera más autónoma sus presupuestos, cosa que, por ejemplo, ahora mismo no existe y no sucede, ¿no? Y es toda la política que ha habido del tema de las fundaciones sanitarias, aunque ahora mismo el Ministerio ha dicho que las iba a suspender temporalmente, pero toda la última política del Ministerio ha ido en esa dirección, claramente, ¿no? Y en Educación exactamente igual, ¿no? O sea, dotar a los centros de una mayor capacidad de gestión, que no quiere decir para nada privatizar ese sector, sino darle más agilidad. Bueno, pues hemos dedicado unos minutos para conocer la evolución, el crecimiento y también los problemas que tienen el sector público, y ha sido con el profesor de la disciplina, Pedro Juez, a quien agradecemos mucho que haya estado aquí estos minutos con nosotros. Muchas gracias, Cheno.

Pasamos a otro tema en la revista de Derecho. En los siguientes minutos, con la profesora de Derecho Administrativo, Carmen Fernández Rodríguez, vamos a hablar de la Administración Institucional del Estado. Se trata de una administración modificada y ordenada por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril de 1997, que sustituye a la anterior ordenación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas.

Constituye este tema el núcleo de un problema fundamental para el derecho administrativo, que es el de la huida hacia el derecho privado a través de la Constitución de Entes con Personalidad Jurídica, mediante los cuales podría ser posible eludir los controles propios del derecho administrativo. Con esta regulación, se pone orden a todo el conglomerado de entes con personalidad jurídica del Estado. Buenas noches y bienvenido, profesora Fernández.

Hola, buenas noches, gracias. Como decía, vamos a hablar de la Administración Institucional y supongo, profesora Fernández, que habría que empezar por saber a qué fenómeno de derecho administrativo nos estamos refiriendo. Efectivamente, hay que empezar por delimitar lo que es este fenómeno de la Administración Institucional dentro de lo que constituye la organización administrativa.

Normalmente, los alumnos podrán encontrar en sus manuales, que se define a la Administración Institucional, como el conjunto de entes con personalidad jurídica de que se sirven a su vez las Administraciones Territoriales para cumplir funciones de servicio público o satisfacer funciones públicas específicas. Se trata, por tanto, de una modalidad organizativa resultado del principio de descentralización funcional, es decir, se crean nuevos entes para llevar a cabo funciones específicas y, en este sentido, pues estamos ante un modelo de administración especializada bajo el criterio de las funciones que llevan a cabo. ¿Pero qué diferencia existe, entonces, entre esta denominada Administración Institucional y la Administración Territorial? Bueno, básicamente, el criterio es el que diferencia una de otra, puesto que en la primera, la institucional se parte de la creación de un ente o institución con personalidad jurídica para el cumplimiento de esa función específica, de ese servicio público concreto, mientras que en la segunda, la territorial, se está al criterio territorial en la delimitación de la competencia, al criterio espacial y no tanto a la función específica que se desempeña.

Entonces, cada Administración Territorial puede tener su propia Administración Institucional. Esto es, efectivamente, la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, la denominada LOFAGE, Ley 6.97 de 14 de abril, a la que antes te has referido y que aconsejo, desde luego, a todos los alumnos que dispongan de ella para su consulta, regula la Administración Institucional del Estado. Pero, a su vez, las comunidades autónomas, en sus leyes propias, prevén sus modalidades de Administración Institucional, que coinciden, en lo básico, con las del Estado.

De otro lado, la Ley de Bases de Régimen Local, de 1985, se refiere a otra modalidad de Administración Institucional similar, que es el Organismo Autónomo Local, como Administración Institucional, también dotada de personalidad jurídica independiente de la propia Corporación Local. Por tanto, cualquier Administración Territorial puede tener, a su vez, sus modalidades de Administración Institucional. Dentro de la Administración del Estado, ¿qué categorías existen de Administración Institucional? Bueno, la LOFAGE regula, básicamente, dentro de lo que es el concepto de organismo público, dos modalidades.

De un lado están los organismos autónomos y, de otro, están las entidades públicas empresariales. Podríamos decir que los primeros se regulan de forma más administrativa que los segundos, en cuanto, por tanto, a su ordenación jurídica. Los organismos autónomos se destinan, básicamente, al fomento y a la ejecución de los servicios públicos, mientras que las entidades públicas empresariales se destinan a la organización de servicios que exigen contraprestación.

En este sentido, se les aplica, con carácter general, derecho privado, salvo para determinadas excepciones en las que se exige la aplicación del derecho administrativo. Básicamente, en las que hay un mayor destino de dinero público, hay un ejercicio de autoridad administrativa. Luego, habría que ver en cada una de estas modalidades, los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, cuáles son esas diferencias, atendiendo al órgano del que

dependen, cuál es el derecho que les es aplicable, cuál es el régimen de contratación en general y de contratación de personal en particular, etc.

¿Qué otros criterios sirven para diferenciar los organismos autónomos de las entidades públicas y empresariales, profesora Fernández? Además del que hemos dicho, con carácter general, habría que enumerar otros, ciertamente, como que los organismos autónomos dependen del ministerio, de esa administración territorial que los crea, mientras que las entidades públicas empresariales pueden depender de ese mismo ministerio, pero también de un organismo autónomo. Otro criterio sería, y me he referido antes a él, el hecho de que el derecho aplicable a los organismos autónomos es el derecho administrativo, mientras que para las entidades públicas empresariales la regla general es la aplicación del derecho privado, si bien hay toda una serie de excepciones, porque efectivamente, cuando se trata de la creación de la voluntad de los órganos de estas entidades públicas empresariales, se aplica el derecho privado. Cuando estamos ante, por ejemplo, contratación de personal laboral, es preciso aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad, aunque estemos ante un ente que con carácter general se regula por el derecho privado y, en general, cuando este ente se dedica a llevar a cabo o ejerce potestades administrativas, asimismo no se le aplica el derecho privado, sino el derecho administrativo.

Por lo demás, en cuanto a lo que son las reglas de contratación, las reglas presupuestarias y el patrimonio, ambos tipos de entes se rigen por las mismas normas. Sin embargo, el control de eficacia, en el caso de los organismos autónomos, se lleva a cabo por el ministerio y, en el caso de las entidades públicas empresariales, se lleva a cabo por el ministerio o, como he dicho anteriormente, por el organismo autónomo del que dependen. Por tanto, serían estos básicamente los criterios que servirían para diferenciar a uno u otro ente.

¿Entonces ya no existen en la Administración del Estado las dos modalidades que antes se regulaban en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de organismos autónomos de carácter administrativo y los de índole comercial, industrial y financiero? No, esta materia ya está derogada. No existen, por tanto, en la Administración del Estado estos dos tipos de organismos autónomos, lo que no quiere decir que no encontremos comunidades autónomas que sigan distinguiendo estas dos posibles modalidades. Es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En la práctica, no obstante, la Entidad Pública Empresarial, que regula actualmente el alofaje, viene a equivaler a esa segunda modalidad de organismo autónomo, que era el de carácter comercial, industrial y financiero, en la medida en que se da entrada cuantitativamente más importante en su ordenación a lo que es el derecho privado. ¿Se refiere el alofaje, la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, a alguna modalidad más de la Administración institucional? Sí, efectivamente. También se refiere a lo que siempre se ha denominado sociedad mercantil estatal en la disposición adicional, decimos segunda, para señalar que este tipo, esta modalidad de administración institucional, que son las sociedades mercantiles estatales, no pueden ejercer funciones que impliquen ejercicio de autoridad

pública, de tal forma que, aunque se rigen por derecho privado, se les debe aplicar el derecho administrativo en lo que se refiere a los aspectos presupuestarios, contables, financieros y de contratación.

Además, el alofaje se refiere a todo un conjunto de entes que regula en sus disposiciones adicionales, sexta, undécima, y que se rigen por sus propios estatutos o por sus propias leyes de creación y, básicamente, se caracterizan por su singularidad. Se trata de lo que el texto del Catedrático de la Asignatura, Ramón Parada Vázquez, pues denomina entes atípicos o apátridas, que son administraciones un poco a caballo entre lo que son las administraciones institucionales y las administraciones independientes. Entre ellas, pues podríamos enumerar, entre otras, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, el Consejo Económico Social, el Instituto Cervantes, entre otros muchos.

¿Qué diferencia existe entonces entre las administraciones de las que estamos hablando, las denominadas institucionales, de las que se llaman en la doctrina administraciones independientes? Bueno, realmente estamos ante un criterio puramente doctrinal que trata de diferenciar un fenómeno que es ciertamente complejo, pero, básicamente, se trata de que, mientras las administraciones institucionales son personas jurídicas sujetas política y jurídicamente al control del Gobierno, al ser este quien las nombra y les destituye libremente a sus gestores, en las administraciones independientes existe una pretensión de independencia política y jurídica. Se trata de una independencia respecto del poder ejecutivo del Gobierno, ya que éste evidentemente no puede o se limita el poder de nombrar o destituir a los directivos del ente en cuestión. Son supuestos, por tanto, caracterizados por una cierta independencia orgánica pero no funcional, aunque pudiera llegar a serlo.

Es el caso de las reales academias, de las confederaciones hidrográficas e, incluso, de supuestos de autonomía institucional constitucionalmente garantizada, como son los casos del Defensor del Pueblo, del Consejo de Estado, de las universidades o, incluso, de RTVE. Pero, ¿algunos de estos supuestos a los que usted se refiere, profesora Fernández, se encajan también en otras modalidades de organización administrativa? Sí, claro, porque lo que estamos haciendo es delimitar bajo criterios que no quiere decir que no sean coincidentes entre sí. Por tanto, no son excluyentes.

Una administración puede ser, desde el punto de vista organizativo o formal, una administración independiente o institucional y, a su vez, desde la óptica de sus funciones, tratarse de una administración consultiva. Sería, por ejemplo, el caso del Consejo de Estado, del Consejo Económico y Social. Por tanto, es preciso que el alumno integre los criterios para saber, según la óptica o criterio elegido, si una misma administración puede ubicarse en diferentes categorías.

Yo, personalmente, recomiendo a los alumnos que, para el estudio de toda esta materia, se hagan con una ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, con un lófaje y, desde luego, con un libro de texto actualizado, para evitar hacer un esfuerzo de

estudio vano, ya que responder a estas preguntas, como ha sucedido en alguna otra convocatoria pasada, con derecho obsoleto, como sería, en este caso, la Ley de Entidades Estatales Autónomas, es tanto como no responder. Esta es una modificación que se hizo en 1997 para la Administración General del Estado, por tanto, no para las comunidades autónomas y que, por tanto, el alumno debe tenerla en cuenta. Muchas gracias, profesora Carmen Fernández, por haber compartido con nosotros estos minutos de Derecho Administrativo, hablando de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado.

Muchas gracias a ustedes.