

REGAP

REVISTA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Número
18

**ESCOLA GALEGA DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**



REGAP

REGAP: Revista Galega de Administración Pública. – N.º 0 (1992) – . –
Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1992–
v.; 24 cm.

ISSN:1132–8371

Depósito legal: C. 1.596-91



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edita: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Rúa de Madrid, 2 - 4. Polígono das Fontiñas.

15707 Santiago de Compostela

Tel.: (981) 54 60 40 / Telefax: (981) 54 63 37

Traducción e supervisión lingüística: M^o Xosé Castro López

M^o Carme Pérez Picallo

Deseño Gráfico: Uqui  CEBRA

Imprime: Gráficas Sementeira

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuadrimestral.

Solicitude de subscricións á Editorial Galaxia.

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

REVISTA GALEGA DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

Xaneiro - Abril
1998

18

DIRECTOR

Domingo Bello Janeiro

Director da EGAP

SECRETARÍA TÉCNICA

José Luis Mínguez Goyanes

Corpo Superior de Administración
da Xunta de Galicia

CONSELLO

José Antonio Álvarez Vidal
Director xeral de Xustiza e Administración local

Francisco Javier Castiñeira Izquierdo
Secretario de Administración local

Juan Luís Castro Somoza
Avogado do Estado

José Ramón Cólera Leirado
Letrado maior do Parlamento de Galicia

Andrés Faiña Medín
Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

Alejandro Fernández Barreiro
Decano da facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Manuel Fernández Areal
Catedrático de teoría xeral da información

Francisco Fernández Segado
Catedrático de dereito constitucional
da Universidade de Santiago de Compostela

José Antonio García Caridad
Presidente do Consello Consultivo de Galicia

Ramón García-Malvar y Mariño
Fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Pablo González Mariñas
Profesor titular de dereito administrativo
da Universidade de Santiago de Compostela

Vicente González Radío
Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña

José Carlos López Corral
Letrado da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

Xosé López García
Decano da facultade de Ciencias da Información
da Universidade de Santiago de Compostela

Fernando José Lorenzo Merino
Catedrático de dereito civil da Universidade de Vigo

Jesús Martínez Girón
Catedrático de dereito do traballo da Universidade da Coruña

Carlos Otero Díaz
Conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia

Santiago Porta Dovaló
Psicólogo da Consellería de Traballo e Servicios Sociais

Juan Ramón Quintás Seoane
Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

Juan Jesús Raposo Arceo
Profesor da Universidade Nacional de Educación a Distancia

Luis Rodríguez-Ennes
Decano da facultade de Dereito de Ourense

Juan Rodríguez Yuste
Secretario xeral de Relacións coa Unión Europea e
Acción Exterior da Xunta de Galicia

Antonio Romero Lorenzo
Maxistrado xuíz decano de Vigo

Francisco José Serna Gómez
Secretario xeral de Caixa Ourense

Luis Ramón Sotelo López
Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia

Javier Suárez García
Director xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia

José Ramón Vázquez Sandes
Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Jesús Vázquez San Luis
Interventor do Consello de Contas de Galicia

José Vilas Nogueira
Catedrático de ciencia política e da administración
da Universidade de Santiago de Compostela

Perfecto Yebra Martul-Ortega
Catedrático de dereito financeiro da
Universidade de Santiago de Compostela

Sumario

ESTUDIOS

José Vilas Nogueira Eduardo L. Giménez Fernández	As representacións da poboación do apoio electoral dos partidos: Galicia 1987. _____	13
Carlos Ruiz Miguel	A función consultiva na Constitución. O Consello de Estado. _____	37
F. Vázquez Portomeñe Seijas	Introducción a los delitos contra la Administración pública. _____	77
Faustino Martínez Martínez	O Consello Provincial de Lugo. Os primeiros anos (1845-1849). _____	105

NOTAS E COMENTARIOS

Juan José Novoa Montero	Control de legalidade versus control financeiro na xestión do gasto público. _____	169
Rui Duarte Morais	Evolución recente de la tributación predial en Portugal. _____	185
Rosa M ^o Gabriela de Cal y Cortina	Os concellos galegos na encrucillada política do primeiro constitucionalismo. _____	221
Joaquín Meseguer Yebra	El recurso extraordinario de revisión y la LOFAGE: un recorrido por la normativa estatal y autonómica. _____	239

XURISPRUDENCIA

Jaime Cabeza Pereiro	Desenvolvemento regulamentario da Lei de prevención de riscos e normativa sectorial. O concreto exemplo da estiba portuaria. A propósito da STS (sala terceira) do 2 de xullo de 1997. _____	251
----------------------	--	-----

CRÓNICA PARLAMENTARIA

- 265 _____ A Xunta de Galicia como depositaria da
confianza parlamentaria. Xosé Antón Sarmiento Méndez

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- Seminario internacional sobre a reforma administrativa:
a dirección por obxectivos e a xestión orzamentaria.
279 _____ EGAP, Santiago de Compostela, 19, 20 e 21 de xuño de 1997. José Ricardo Pardo Gato
- Xornadas sobre a xestión da función pública nos países
da Unión Europea e Hispanoamérica.
309 _____ EGAP, Santiago de Compostela, 22 e 23 de setembro de 1997. José María Rebolledo Varela
- Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das
administracións públicas e do persoal ó seu servicio.
315 _____ EGAP, Santiago de Compostela, 10 e 11 de novembro de 1997. José Ricardo Pardo Gato

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- Discursos parlamentarios de Montero Ríos
no sexenio democrático (1868-1873)*
Margarita Barral Martínez, Emilia García López
331 _____ EGAP, Santiago de Compostela, 1997. Xosé Luís Mínguez Goyanes
- El nuevo servicio público*
Gaspar Ariño, J. M. de la Cuétara e
J. L. Martínez López-Muñiz
335 _____ Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997. José María Rebolledo Varela
- La responsabilidad de la Administración
en la asistencia sanitaria.*
Miriam Cueto Pérez
347 _____ Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1997. Ángeles Pérez Vega



As representacións da poboación do apoio electoral dos partidos: Galicia 1987

Catedrático de ciencia política,
Universidade de Santiago de
Compostela

José Vilas Nogueira

Profesor de fundamentos da
análise económica,
Universidade de Vigo

Eduardo L. Giménez Fernández

Entre os indicadores habitualmente utilizados (estimados a partir da declaración dos entrevistados) para caracterizar a cultura política dun país adoita tomarse en consideración o grao de afiliación partidista e de simpatía cara ós partidos políticos. Aquí centrarémonos nun aspecto particular da percepción cidadá dos partidos políticos: as representacións da poboación galega sobre o apoio de clase e o apoio xeracional ós diversos partidos¹, tal como se deducen dunha enquisa do CIS (estudio 1700, de 1987)², que ofrece algúns resultados salientables.

¹ Este traballo realizouse no marco do proxecto de investigación CICYT SEC94-0975. Agradecemoslles á Comisión Interministerial de Ciencia e Tecnoloxía e ás persoas responsables desta institución, a axuda prestada.

² O ámbito é o da Comunidade Autónoma de Galicia; o número de entrevistas, 2191; e a data de realización, setembro de 1987 (Para o conxunto de características técnicas remitímonos ó propio estudio, dispoñible no banco de datos do CIS).

É coñecido que, dende a súa aparición como actores políticos colectivos, os partidos políticos foron considerados frecuentemente como axentes políticos dos intereses dunha clase social. Moitas veces, os propios partidos, en especial a partir da aparición dos partidos socialistas, se presentaron como tales. A notoriedade que en décadas pasadas alcanzou a categoría do partido *catch-all*, elaborada por Kirchheimer (1966), confirmao *sensu contrario*.

Tamén é coñecido que a común opinión percibe un progresivo declinar desta significación, que se adoita vincular, xa sexa a procesos de homoxeneización da sociedade, xa sexa de debilitamento da ideoloxía, xa dun crecente hedonismo consumista (ou de todo o contrario, por ex., Inglehart, 1991 (1990), etc., xa a unha combinación de varios destes factores. Naturalmente, tamén é posible, aínda que sexa menos frecuentado, o recurso ás propias leis de estrutura e funcionamento da liberal-democracia que constrinxen ó abandono de posicións estrictamente clasistas (ver Vilas Nogueira, 1980, e 1981).

En calquera caso, nos últimos anos houbo estudos empíricos que amosan que o voto determinado "clasistamente" supón niveis relativamente reducidos (ver, por ex., Gunther, 1991).

Nesta enquisa preguntouse pola consideración da posición de clase dos votantes dos diversos partidos relevantes no momento. A primeira nota destacable é a estruturación das posibilidades de resposta que se lles ofreceron ós consultados. Certamente, como puxo de manifesto Almond (1980; páx. 15), as enquisas sobre cultura política implican que a determinación dos "obxectos" científicos é patrimonio do investigador. Por incómodo que resulte, é dificilmente concibible unha posibilidade alternativa. Pero este "privilexio" debería comportar un exquisito coidado para neutralizar, na medida do posible, os nesgos derivados de asociacións ideolóxicas e, aínda máis, dunha formulación equívoca das preguntas. Non parece, sen embargo, que os redactores do cuestionario do estudio que analizamos respectaran regras tan elementais.

A pregunta foi: "¿considera Vde. que a xente que vota o partido X é de clase alta, clase media ou clase obreira?". Moi evidentemente, os termos de identificación das clases ofrecidos eran inconsistentes lóxicamente, pois se usamos un criterio topográfico, a clase alta e a clase media requiren da clase baixa, pero non da clase obreira. É posible que os individuos da clase obreira sexan considerados ou se consideren a si mesmos como de clase

baixa, pero a proposición inversa non se verifica en moitos casos (e máis en Galicia). É difícil que un agricultor pequeno propietario sexa considerado, e se considere a si mesmo, pertencente á clase media ou á clase alta, pero non é máis doado que sexa considerado, ou se considere a si mesmo, pertencente á clase obreira. O mesmo se pode dicir de moitos traballadores subalternos na función pública ou en actividades de servicios da empresa privada, que dificilmente se consideran ou son considerados pertencentes á clase media ou á clase alta, pero que é moi improbable que sexan considerados ou se consideren a si mesmos pertencentes á clase obreira.

En termos dos especialistas en estatística, a pregunta vulnera as esixencias de exhaustividade e dun único principio clasificatorio na construción da variable (ver, por exemplo, Sánchez Carrión, 1995, páx. 28). Quizais a explicación desta estridente inconsistencia estea en que os redactores do cuestionario pensaron que a expresión "clase baixa" asocia tal disvalor que deturparía o significado das respostas. Pero se foi así, o remedio foi peor cá enfermidade, mesturando churras con meiriñas, en agravio da intelixencia e do sentido común dos consultados (que esperemos non se "vingaran").

Outro trazo da formulación da pregunta foi a estratexia, bastante habitual nas enquisas do CIS, de non ofrecerlles ós consultados o valor "neutral", neste caso, "votan o partido X os de *tódalas clases*". Esta posible resposta, que por certo presenta frecuencias relativamente altas, había de ser apuntada espontaneamente polo entrevistado. Sen dúbida, preténdese con iso eludirlas respostas "cómodas", que privarían á enquisa de virtualidade ilustrativa das opinións dos consultados sobre a pregunta. En efecto, existe o perigo que se adoita materializar en moitos casos, de que os consultados por comodidade e/ou ánimo de "quedar ben" ante o entrevistador tendan a elixir as categorías "centrais" entre as alternativas posibles de resposta. Pero este procedemento tamén ten custos, pois introduce a posibilidade de nesgos incontrolables. Os consultados máis proclives a aceptar as pautas do entrevistador, menos imaxinativos ou con menor seguridade en si mesmos, é probable que non tivesen pensado na posibilidade dunha resposta diferente da tríade que lle ofrecía o entrevistador, a diferenza dos máis rebeldes, máis imaxinativos ou máis seguros de si mesmos. ¿E cómo se pode controlar a eventual incidencia destas diferentes orientacións na estimación subxectiva da relación entre partido e voto de clase?³ É, cando menos, dubidoso que este recurso sexa o máis axeitado a unha pregunta desta natureza.

³ A formulación literal da pregunta (P.31) foi: "Vou lerlle algúns dos principais partidos galegos. Querería que me dixese se, ó seu xuízo, a xente que adoita votalos é máis ben de clase alta, de clase media ou de clase obreira? (Entrevistador: non ler "de todas elas"; Anotar só se o entrevistado o di)".

Esta estratexia é reveladora dun dos problemas xerais do estudo das actitudes políticas; a súa eventual redución ó estudo das opinións. Pois as opinións son iso, opinións, non son actitudes (Botella, 1992 di algo parecido, a propósito da súa distinción entre "cultura política" e "opinión pública"). Que as opinións, que son elaboracións racionais, sexan o mellor indicador das actitudes é, en termos xerais, cuestionable, e ó límite pode converter en inanes os estudos de cultura política. Aínda que, naturalmente sempre sexa máis cómodo deterse nas opinións que elaborar indicadores máis complicados das actitudes ou que, reducidos a aquelas, intentar análises máis afinadas, que impliquen a problematización da sedicente evidencia estatística dos indicadores de opinión.

Apoio de clase reputado para os diversos partidos

Se nos centramos na nosa investigación, o apoio de clase reputado polos consultados para os diversos partidos (expresado en porcentaxes) reflíctese na táboa 1:

	Clase alta	Clase med.	Clase obr.	Tod. el.	NS	NC
Alianza Pop.	29,3	13,0	3,5	29,4	21,4	3,4
CDS	5,9	36,3	2,8	26,2	25,3	3,6
Coal. Galega	5,3	29,4	6,2	25,5	29,9	3,7
PSOE	2,7	17,0	18,6	35,4	22,9	3,4
PNG	2,2	19,4	14,4	23,5	36,7	3,9
Esq. Galega	0,7	10,3	31,2	21,8	32,2	3,8
Esq. Unida	0,7	5,7	37,6	20,3	32,0	3,7
BNG	0,6	7,8	34,5	20,2	33,0	3,8

Da simple observación da táboa anterior, resulta que Alianza Popular era considerado o partido tipicamente apoiado pola clase alta (case quintuplica, respecto do partido que lle segue, o apoio relativo que os consultados lle supoñían entre os electores desta clase). No extremo contrario, os consultados supoñen que Esquerda Galega, Esquerda Unida e o BNG non atopan virtualmente ningún apoio entre os electores de clase alta.

O CDS era considerado o partido tipicamente apoiado pola clase media. Tamén se supoñía un apoio moi caracterizado dos electores de clase media a Coalición Galega. No extremo oposto, a Esquerda Unida e ó BNG repútaselles escaso apoio da clase media.

Aínda que se discute qué é o que sexa “medio” na clase media (ver Wright, 1986), podería imaxinarse que o apoio reputado de clase media e o apoio reputado interclasista (“de tódalas clases”) debería ofrecer series moi próximas. Sen embargo, non é así. Deixando á parte os nesgos que puidese introducir a estratexia da entrevista, xa comentada, quizais os consultados son moito máis sofisticados do que con frecuencia supoñen algúns profesores. Quizais os consultados razoen dun modo próximo a este: hai partidos que supoñen “proxectos nacionais”, quere dicirse que transcenden a “intereses corporativos ou de clase”. Polo tanto un partido ó que se lle reputaba un apoio electoral relativamente modesto entre a clase media, como o PSOE, é considerado o campión do apoio interclasista, seguido de Alianza Popular. Os consultados reputan, con bastante lóxica, que os grandes partidos son os que reciben un maior apoio interclasista, que concilian, no caso do PSOE cun discreto apoio da clase obreira, e no de Alianza Popular, cun grande apoio da clase alta.

Tamén con bastante lóxica, os consultados supoñen que o apoio electoral de clase obreira é simetricamente inverso ó apoio electoral de clase alta. Esquerda Unida, en primeiro lugar, o BNG, e Esquerda Galega suponse que obteñen a maior parte dos seus votos entre electores de clase obreira. E no extremo oposto, sitúanse CDS e Alianza Popular.

Por outro lado, a relativa dificultade de supor cál sexa o apoio electoral de clase dos partidos, pode deberse cumulativamente a dúas circunstancias: o carácter interclasista do partido e o grao de coñecemento do partido (podemos repetir que, *coeteris paribus*, os partidos pequenos son menos coñecidos cós grandes). A primeira circunstancia, o carácter interclasista, é parcialmente neutralizada pola posibilidade da resposta (aínda que teña que ser espontánea) de apoio interclasista. Polo tanto, os valores de “perplexidade” (“non sabe” e mais “non contesta”) á pregunta sobre o apoio electoral de clase “deberíannos” ofrecer unha serie de significado inverso á importancia dos diversos partidos. E así é, en efecto (ver táboa 2):

Táboa 2
Perplexidade ante o apoio electoral de clase ós diversos partidos

Alianza Popular	24,8	Esquerda Unida	35,7
PSOE	26,3	Esquerda Galega	36,0
CDS	28,9	BNG	36,8
Coalición Galega	33,6	PNG	40,6

Suma de porcentaxes de “non sabe” e mais “non contesta” á pregunta P.31, para cada partido.

Para obter unha imaxe máis sintética e expresiva construímos un índice de apoio de clase reputado.

Índice de apoio de clase reputado

Para os efectos da construción deste índice, tratarémosla variable ordinal de apoio de clase reputado como se fose unha variable de intervalo (este non é un recurso moi exquisito, pero naturalmente non o inventamos nós; pola contra; é bastante frecuente na bibliografía, ver Sánchez Carrión 1995, páxs. 29 e 59). Para obte-lo noso índice, dámoslle o valor 1 á categoría "voto de clase alta"; 2 á categoría "voto de clase media", e 3 á de "voto de clase obreira". Prescindimos, como valor neutral, das respostas que supoñen un apoio interclasista, "voto de tódalas clases", e dos non sabe/non contesta. Multiplicamos por cada un destes "valores" as porcentaxes de consultados que elixen cada categoría. Sumámo-los productos e dividímolos pola porcentaxe de consultados que, para cada partido, escolleron as tres categorías (isto é, subtraendo da base 100, a porcentaxe dos que elixeron a resposta neutral, e mais os "non sabe" e os "non contesta").

Naturalmente, un partido ó que os consultados no supuxesen absolutamente ningún apoio da clase media e da clase obreira obtería un coeficiente 1, e de modo inverso, un partido ó que os consultados non lle supuxesen absolutamente ningún apoio da clase alta e da clase media, obtería un coeficiente 3. O resultado preséntase na táboa 3:

Táboa 3
Índice de apoio de clase reputado

	Clase alta	Clase med.	Clase obr.	
Alianza Popular	(29,3x1) +	(13,0x2) +	(3,5x3) =	65,8/45,8 = 1,4
CDS	(5,9x1) +	(36,3x2) +	(2,8x3) =	86,9/45,0 = 1,9
Coal. Galega	(5,3x1) +	(29,4x2) +	(6,2x3) =	82,7/40,9 = 2,0
PNG	(2,2x1) +	(19,4x2) +	(14,4x3) =	84,2/36,0 = 2,3
PSOE	(2,7x1) +	(17,0x2) +	(18,6x3) =	92,5/38,3 = 2,4
Esq. Galega	(.7x1) +	(10,3x2) +	(31,2x3) =	114,9/42,2 = 2,7
BNG	(.6x1) +	(7,8x2) +	(34,5x3) =	119,7/42,9 = 2,8
Esq. Unida	(.7x1) +	(5,7x2) +	(37,6x3) =	124,9/44,0 = 2,8

Como se ve, Esquerda Galega, Esquerda Unida e o BNG eran reputados claramente partidos de clase obreira (os dous últimos quedan só a dúas décimas do máximo teórico de apoio de clase obreira (3,0). No extremo oposto, Alianza Popular é reputado

como un partido con apoio claramente de clase alta (a catro décimas do máximo teórico, 1,0 neste caso). Isto é particularmente significativo, se consideramos que mentres os primeiros partidos tiñan daquela un apoio electoral real moi modesto, no mellor dos casos non chegaba ó 4% dos votos⁴; en cambio Alianza Popular era o partido máis votado en Galicia, con máis do 39,4% dos votos.

O voto de clase reputado ós diversos partidos non presenta unha relación significativa coa localización de clase que lles prestan os entrevistadores ós entrevistados. Os coeficientes de correlación R de Pearson amósanse na táboa 4:

Táboa 4			
Coeficientes de correlación R de Pearson entre localización de clase (heterolocalización polo entrevistador) e representación polos entrevistados do apoio electoral de clase ós diversos partidos			
PSOE	0,08533	PNG	0,04598
Esquerda Galega	0,08329	Coalición Galega	0,03338
Alianza Popular	- 0,06275	Esquerda Unida	0,03264
CDS	- 0,04653	BNG	0,01548

Excluíronse do cálculo os "non sabe" e "non contesta", nas dúas variables.

Quizais, o único un pouco destacable sexa a debilidade da correlación respecto de Esquerda Unida e o BNG. Máis significativa é a relación entre o voto de clase reputado ós diversos partidos e a idade dos entrevistados. Os coeficientes de correlación R de Pearson amósanse na táboa 5:

Táboa 5			
Coeficientes de correlación R de Pearson entre idade e representación polos entrevistados do apoio electoral de clase ós diversos partidos			
PSOE	0,13552	PNG	0,04553
Coalición Galega	0,12659	CDS	0,03917
Alianza Popular	0,08325	BNG	- 0,03724
Esquerda Galega	0,05951	Esquerda Unida	0,03151

Excluíronse do cálculo os "non sabe" e "non contesta", nas dúas variables.

¿E cal é a relación desta suposición co nivel de ingresos? Se cruzámo-la variable de apoio de clase reputado para Alianza Popular coa variable de ingresos, de modo inicial e relativamente sorprendente (despois veremos que non hai motivos para a sorpresa), son as persoas con ingresos medios (de 75.001 a 150.000 PTA/mes) as que reputan en maior proporción un apoio de clase alta para Alianza Popular (47,5 fronte a unha media, como

⁴ Nas eleccións lexislativas xerais de 1986 (as eleccións máis próximas á data de realización da enquisa), o BNG obtivo o 2,1% dos votos, Esquerda Galega o 3,6 e Esquerda Unida (en Galicia, é claro) o 1,1.

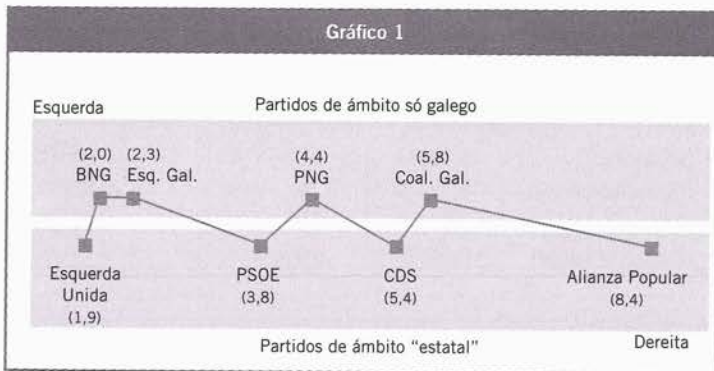
se ve na táboa, do 29,3). En cambio, as persoas con ingresos baixos (ata 50.000 PTA/mes) só lle atribúen este apoio nun 25,9%, por debaixo da media. Diso colíxese, moi naturalmente, que a imaxe de Alianza Popular como partido da clase alta tiña moito máis predicamento entre a clase media que entre a clase baixa, eventualmente menos sensible á retórica das elites mesocráticas.

¿Na percepción dos consultados, o apoio diferencial de clase social identifícase coa localización no espazo ideolóxico, isto é, na dimensión esquerda-dereita? Vexamos.

Representación do apoio de clase social e configuración do espazo partidario

Requiréselles ós consultados que sitúen os partidos nun punto entre o 1 e o 10, suponse que 1 é a posición extrema esquerda e 10 a posición extrema dereita do *continuum*, a orde e os valores medios resultantes da enquisas (P.34) foron: Esquerda Unida (1,9), o BNG (2), Esquerda Galega (2,3), o PSOE (3,8), o PNG (4,4), o CDS (5,4), a Coalición Galega (5,8) e Alianza Popular (8,4). Como se ve a coincidencia é case total: a unha posición máis de esquerda, maior apoio da clase obreira, a unha posición máis de dereita, maior apoio da clase alta.

Introducindo o elemento do carácter do partido segundo o seu ámbito de acción, exclusivamente galego ou extensivo a todo o territorio español, a representación do espazo partidario sería desta guisa (gráfico 1):



A moda na representación da localización ideolóxica de Alianza Popular, sitúase no punto 9, a un só punto da extrema dereita. A media, como dixemos, no punto 8, 4. Nin un só consultado situou este partido na posición 1. Na 2, 3 e 4, conxuntamente, o 0,2 e nas posicións centrais, 5 e 6, o 4,1%.

⁵ Queda fóra do noso propósito aquí a análise diacrónica. Non obstante podemos apuntar que entre os anos 1984 e 1992, ós que se estende o estudio (do que o presente traballo é unha entrega parcial), como era de supor, a autolocalización ideolóxica dos entrevistados ofrece valores moi pouco sensibles ó cambio, virtualmente inertes, malia que no mesmo período houbera cambios significativos da orientación do voto (claro que sempre podería atribuírse-lle o desprazamento do voto ós NS/NC na autolocalización ideolóxica). Os pequenos cambios rexistrables quizais se deban máis ó *aleas* das enquisas que a verdadeiros cambios de opinión. Por exemplo, no ano 1987, respecto de 1984, a media desprazárase lixeiramente á dereita (de 5,1 a 5,3), a moda seguía correspondéndolle á posición 5, e aumentara lixeiramente a frecuencia das posicións máis á dereita (9 e 10; do 3,7% ó 6,5%). Diminuía apreciablemente a porcentaxe de NS (de 15,5 a 11,3) e NC (de 14,1 a 10,4).

⁶ A técnica de aplicación, habitual nas enquisas do CIS, desta pregunta parécenos bastante cuestionable. Preséntaselle ó entrevistado unha tarxeta na que se dispoñen dez cuadrículas, do 1 ó 10, e pídeselle que sinale cun dedo aquela na que se sitúa. Difícilmente se podía arbitrar un procedemento máis sensible á atracción do centro (ver Amheim 1988 (1982). Non parece difícil adiviñar que, con esta técnica, a moda da distribución se atopará sempre nas posicións centrais. Dito menos piadosamente, esta técnica frustra a virtualidade ilustrativa da pregunta.

No centro do espacio partidario para PNG e CDS, a moda sitúase no punto 5, pero as posicións medias difiren bastante, 4,4 para PNG, e 5,4 para o CDS, case exactamente no punto teórico medio da dimensión. Por outra parte, o PNG, é o partido que suscita maior perplexidade para a súa localización, case o 37% dos consultados non saben situalo. Coalición Galega sitúase tamén en posicións centrais: a moda no punto 6, e a media no punto 5,8, polo tanto un pouco máis á dereita có CDS. Pero, aínda que a media é case a mesma, na cualificación de Coalición Galega maniféstase moita maior disparidade, e, tamén, hai máis consultados que non o saben situar (case 6 puntos máis).

Na esquerda moderada, para o PSOE a moda sitúase no punto 4, e a media no 3,8. E, finalmente, na esquerda radical, para Esquerda Galega a moda sitúase no punto 2, e a media no 2,3. Para Esquerda Unida e o BNG, a moda sitúase no punto 1, extrema esquerda. As posicións medias son, respectivamente, 1,9 e 2. A penas ningún dos consultados os consideraban de centro (moito menos de dereita).

¿E onde se situaban ideoloxicamente os consultados? (P33). A distribución da autolocalización ideolóxica dos consultados ofrece os seguintes valores: 1 (2%), 2 (3,5%), 3 (9,7%), 4 (12,7%), 5 (20,3%), 6 (8,5%), 7 (8,6%), 8 (6,4%), 9 (4,1%), e 10 (2,5%)⁵. A moda no punto 5 e a posición media no 5,3, no centro case exacto da dimensión, “dúas décimas” cara á esquerda⁶. Graficamente, pódese representar así:



A posición media coincide case exactamente coa do CDS. ¿Era este o partido que suscitaba maior identificación ou foi o partido máis votado na elección máis próxima á realización da enquisa, inmediatamente antes ou despois?

Identificación cos diversos partidos

Moi evidentemente, non. En canto á identificación partidista (P.35), unha poboación que se consideraba ideoloxicamente de centro, e que moi obviamente distaba de ser maioritariamente de clase alta (véxase máis adiante a localización de clase que lle atribúen os entrevistadores), identificábase preferentemente cun partido, como Alianza Popular, ó que situaba á dereita, moi á dereita, e ó que reputaba ser votado preferentemente por xente de clase alta. Os valores para tódolos partidos poden verse na táboa 6:

(en %)	(1) Moi próximo	(2) Próximo	(1+2)
Alianza Popular	7,0	17,6	24,6
PSOE	4,3	18,0	22,3
CDS	2,1	9,3	11,4
Esquerda Galega	1,7	8,9	10,6
Coalición Galega	0,6	6,3	6,9
BNG	1,4	4,3	5,7
Esquerda Unida	0,4	4,1	4,5
PNG	0,3	3,5	3,8

Lamentablemente, o estudo non pregunta pola autolocalización de clase do entrevistado, o que permitiría avalialo grao de consistencia entre o apoio de clase reputado ós diversos partidos e a autolocalización de clase dos consultados. Si, en cambio, nos ofrece, a heterolocalización (polo entrevistador), pero, agora, con base nunha clasificación distinta (!), que ofrece cinco valores: clase "alta", "media alta", "media", "media baixa", e "traballadora". En calquera caso, a autolocalización ideolóxica correlaciónase moi debilmente coa heterolocalización de clase polo entrevistador: R de Pearson 0,05733 (excluídos os "non sabe" e os "non contesta" das dúas variables).

Os entrevistadores reputaron que só o 0,5 dos entrevistados correspondían á clase alta, o 3,5 á clase media-alta, o 37,2 á clase media, o 20,4 á clase media-baixa, e o 36,8 á clase traballadora. Aínda considerando que a clase media-alta, no xuízo dos entrevistadores, poida integra-la clase alta de votantes, que se lles ofrece ós entrevistados, resultaría que a mostra só presenta un 4% de individuos de clase alta. Sen embargo, case un 25% dos individuos da mostra se consideran próximos a Alianza Popular, que, paradoxalmente, segundo o 29,3% dos propios

consultados, sería un partido votado fundamentalmente por individuos de clase alta.

¿Atopámonos ante unha inconsistencia derivada da influencia sobre os consultados do valor de opinións recibidas?

¿Inconsistencia ou "falacia ecolóxica"?

En principio temos que supoñer que a xente, o común da xente, sabe o que quere e actúa en consecuencia. Na marxe doutras cuestións, esta suposición ten a vantaxe de que fortalece a crenza nas nosas propias capacidades, pois se o común das persoas non fosen competentes para sabe-lo que queren e para actuar en consecuencia, ¿por que haberíamos de selo nós? Sempre se podería xustificar, pero, obviamente, sería máis difícil.

De todos modos, aquela suposición non implica que, necesariamente, todo o mundo en tódalas circunstancias actúe de modo lóxicamente consistente. A, non moi difícil, constatación de inconsistencias lóxicas en comportamentos políticos e sociais nutriu de munición os debeladores dos foros da razón, e da responsabilidade individual, a favor da imaxinaria virtualidade de fantasmagóricas entidades colectivas ou da subsunción da determinación das preferencias individuais en misteriosos procesos "políticos", na "noite de gatos pardos" dos cales habería que consultar ó insolente "gurú", que tal proclama, para saber qué é o que a xente realmente quere tralo proceso de "determinación política" das preferencias individuais (ver Lindblom, 1990, páx. 29, aínda que non compartímo-lo conxunto da súa argumentación, que, no noso xuízo, se resente dunha formulación incorrecta da cuestión fundamental).

Pero o predicado, conforme a experiencia e a filantropía, de que a xente sabe o que quere e actúa en consecuencia non exclúe necesariamente que, con bastante frecuencia, a súa conducta sexa lóxicamente inconsistente. Como dixo Simon hai xa algún tempo (para as súas últimas formulacións, ver Simon, 1985), a racionalidade humana é limitada. Está limitada pola información dispoñible; está limitada, como demostraron brillantemente Tversky e Kahneman (1981) (ver tamén Kahneman e Tversky, 1982, e 1984) pola continxencia da estruturación do marco de decisión; está limitada polos recursos utilizables na ponderación dos resultados dos diversos cursos posibles da acción, etc.

E está limitada non só nos supostos implicados no parágrafo anterior, que se refiren de modo máis ou menos explícito a unha expectativa de intervención práctica (de acción, no sentido trivial da palabra), senón tamén en casos nos que a acción, agora

no sentido de Parsons, se detén no momento cognitivo. Un destes casos podería ser o da representación da relación entre partido e clase social, á que nos estamos referindo. E unha suposición asociada é que, presumiblemente, as posibles inconsistencias lóxicas que os entrevistados poidan exhibir a propósito desta cuestión non sexan exclusivas nin de Galicia nin do ano 1987.

Pero, podería tratarse dunha "falacia ecolóxica" (Shively, 1975). Intentemos ver isto algo mái de preto, desagregándolles os valores de proximidade ós diversos partidos.

Situación de clase e grao de información política

Unha primeira cuestión que se deberá considerar é a distribución dos "non sabe-non contesta". Dende logo esta é unha categoría complexa, "lugar de encontro para diversas respostas" (ver Cruz Cantero, 1990). Aquí, dada a natureza da pregunta e o contexto no que se formula, supoñemos inxenuamente que o "non sabe" significa iso, que "non sabe", é dicir, un defecto de información, e que o "non contesta" significa un "defecto" de interese. Para o conxunto dos partidos, aproximadamente o 11% dos consultados non sabe situarse. Os partidos que suscitan menor perplexidade son Alianza Popular (só o 8,7% non sabe situarse), o PSOE (9%) e o CDS (9,5), isto é, os partidos, naquel tempo con maior apoio electoral e de ámbito nacional-español. No extremo oposto, o PNG suscitaba unha grande perplexidade (o 15% non sabía situarse), seguido por Esquerda Unida (12,5), e o BNG (12,3).

¿O grao de información distribuíase homoxeneamente entre as diversas clases sociais? Nada diso. Para o conxunto dos partidos, a incapacidade de situarse ascendía entre os individuos da clase media-baixa e da clase traballadora (adscripción reputada polos entrevistadores) a aproximadamente o 16%. E esta incapacidade relativa non estaba modulada, en absoluto, pola suposta maior proximidade dalgúns partidos ás clases máis baixas. Polo contrario, manifestaba exactamente as mesmas pautas que para o total dos entrevistados. Así, os partidos que suscitan menor perplexidade entre os membros reputados da clase media-baixa e da clase traballadora son Alianza Popular (12,4%), o PSOE (12,8), e o CDS (13,3). No extremo oposto, o PNG suscitaba unha grande perplexidade (o 20,5% non sabía situarse), pero tamén partidos de suposto apoio das clases baixas, como o BNG (17,5), e Esquerda Unida (17,2).

En cambio, entre os individuos das clases máis altas (segundo a adscripción reputada polos entrevistadores) eran moitos menos os que non sabían situarse, aproximadamente só o 5%.

E como o lector pode esperar, os partidos que suscitan menos perplexidade son os mesmos (Alianza Popular, 3,8, o PSOE, 4 e o CDS, 4,6%) e os que suscitan maior perplexidade son os mesmos (o PNG, 7,6, Esquerda Unida, 6,0 e o BNG, 5,4).

Polo tanto, cabe reter que os membros da clase media-baixa e da clase traballadora "non saben" situarse respecto dos partidos políticos (independentemente da significación de clase real ou presunta de cada partido) nunha porcentaxe apreciablemente maior (arredor de 11 puntos porcentuais) cá dos membros das clases máis altas.

¿Están tamén menos interesados ("non contestan")? Si, pero aquí as diferencias son moito menores. Aproximadamente, o 6% do conxunto dos consultados non contesta á pregunta do seu grao de proximidade ós diversos partidos. De acordo coa nosa suposición de que o "non contesta" revela indiferencia ante a cuestión da proximidade ós partidos, as respostas só minimamente se ven afectadas pola individualidade do partido polo que se pregunta (os valores extremos son para Alianza Popular, 6,0%, e o PNG, 6,3%). Entre os membros das clases media-baixa e traballadora, a media de non interesados nesta cuestión é de aproximadamente o 7,5%, mentres que entre os individuos das clases máis altas non chega ó 4,4%. Como se ve, unha diferenza moito menor cá que se manifestaba a propósito do grao de coñecemento.

Vexamos agora, a relación entre proximidade ós diversos partidos e localización de clase (heterolocalización polo entrevistador).

Proximidade ós partidos e situación de clase

En realidade, a penas hai relación, como amosan os coeficientes de correlación R de Pearson, que expoñemos na táboa 7:

PSOE	- 0,11967	PNG	- 0,03615
Esquerda Unida	- 0,07047	Coalición Galega	- 0,03293
BNG	- 0,05710	Alianza Popular	0,01755
Esquerda Galega	- 0,04985	CDS	- 0,00374
Excluíronse do cálculo os "non sabe" e "non contesta", nas dúas variables.			

O PSOE é claramente o único partido que amosa un coeficiente de correlación algo significativo. No extremo oposto, o CDS é tamén, moi claramente, o partido máis insensible a esta co-

relación. En termos xerais, os partidos de esquerda presentan coeficientes de correlación máis altos cós de dereita, achados, todos eles, que se conforman ó esperable. O máis "inesperado" é probablemente que Esquerda Unida non presente un coeficiente de correlación máis alto.

Podemos considera-la relación entre localización de clase (heterolocalización polo entrevistador) e proximidade ós partidos dende outra perspectiva. Reducímo-los valores da pregunta (P.35: "moi próximo", "próximo", "distante", e "moi distante") a unha matriz bipolar, que podemos designar cos termos próximo ("moi próximo" e mais "próximo")/afastado ("distante" e mais "moi distante"), e obtémo-las *ratios* correspondentes. Dende logo, en tódolos grupos de clase e para tódolos partidos (coa única excepción do grupo de clase alta e clase media-alta para Alianza Popular), son máis os consultados que se declaran afastados ca próximos ós diferentes partidos. Por iso as razóns de proximidade/afastamento son sempre (agás aquela excepción) inferiores á unidade (ver táboa 8):

Táboa 8
Ratios proximidade / afastamento

	Clase				
	Alta+med. alta ⁷	Med.	Med. - baixa	Trab.	val. med.
Alianza Popular	1,61	0,51	0,73	0,66	0,63
BNG	0,07	0,11	0,08	0,11	0,10
CDS	0,56	0,36	0,24	0,30	0,32
Coalición Galega	0,23	0,15	0,16	0,17	0,16
Esquerda Galega	0,19	0,25	0,12	0,30	0,24
Esquerda Unida	0,07	0,09	0,06	0,11	0,08
PNG	0,07	0,09	0,06	0,07	0,08
PSOE	0,36	0,51	0,66	0,87	0,63

Como se pode ver, as *ratios* máis elevadas do sentimento proximidade-afastamento danse para Alianza Popular no grupo de clase alta e media-alta (1,61), o PSOE no grupo de clase traballadora (0,87), Alianza Popular no grupo de clase media-baixa (0,73), Alianza Popular no grupo de clase traballadora (0,66) e o PSOE, no grupo de clase media-baixa (0,66). O PSOE é, evidentemente, o único partido que ofrece unha pauta de proximidade-afastamento que se corresponde exactamente coa localización de clase: a frecuencia dos sentimentos de proximidade acentúase a medida que se descende na escala de clase. Alianza Popular suscita unha grande identificación nos individuos das

⁷ Agrupámo-los individuos de clase alta cos de clase media-alta, xa que o número de individuos da enquisa ós que os entrevistadores supoñen de clase alta é tan reducido, que resultaría aventurado atribuír-lle significatividade.

clases alta e media-alta, pero descende relativamente moito entre os individuos da clase media (media-media, debería dicir a enquisa para ser claros), posiblemente pola maior sensibilidade deste grupo ás imaxes que identifican, en España, a dereita coa "caverna" (ausencia de ilustración, nepotismo, caciquismo, etc.). En cambio, entre os individuos da clase media-baixa (quizais acusados pola "pantasma da proletarización") e, incluso, entre os individuos da clase traballadora (quizais máis sensibles a mensaxes populistas) suscita unha considerable identificación.

O CDS espertaba sentimentos de proximidade relativamente elevados entre as clases alta e media-alta, e relativamente baixos na clase media-baixa (presumiblemente menos sensibles ca outros grupos de clase á imaxe deste partido como herdeiro de "as cousas boas" de UCD: espírito de tolerancia e moderación, etc.). Coalición Galega tamén espertaba sentimentos de proximidade relativamente elevados entre os membros da clase alta e media-alta, o que non é estraño, se se ten en conta que este partido foi, basicamente, unha criatura "post-ucedeá" (ver Vilas Nogueira, 1992). O BNG suscitaba moi poucos sentimentos de proximidade entre a clase alta e media-alta. Esquerda Galega "afrouxaba" no apoio da clase media-baixa (quizais pouco sensible á imaxe de nacionalismo esquerdista "ilustrado" deste partido). Esquerda Unida, moi naturalmente, suscitaba maiores sentimentos de proximidade, en termos relativos, entre a clase traballadora. ¿E en canto ó rexeitamento dos partidos?

Rexeitamento dos diversos partidos

O partido que suscitaba unha maior porcentaxe de rexeitamento era o BNG e o que menos o CDS. Os valores para tódolos partidos poden verse na táboa 9:

Táboa 9 Rexeitamento dos diversos partidos			
(en %)	(1) Distante	(2) Moi distante	(1+2)
BNG	32,7	19,3	52,0
Esquerda Unida	34,0	16,3	50,3
PNG	31,2	13,4	44,6
Esquerda Galega	31,6	12,3	43,9
Coalición Galega	29,8	11,3	41,1
Alianza Popular	21,9	17,2	39,1
PSOE	25,4	9,6	35,0
CDS	27,3	7,4	34,7

Naturalmente, os dous sentimentos de identificación e de rexeitamento non teñen por qué ofrecer series inversamente simétricas. É lóxico que os partidos que sexan percibidos en posicións centrais do espacio (xa sexa na dimensión esquerda-deita, xa na de nacionalismo periférico-nacionalismo español) susciten, *coeteris paribus*, menos rexeitamento cós que ocupen posicións máis extremas. En cambio, non ten por qué suscitar maior identificación. A relativa neutralidade tende a excluír sentimentos de aversión, pero non garante sentimentos de identificación. Se se repara nisto non resulta tan sorprendente o contraste entre o aparente complemento de lexitimación dos partidos de centro e o seu relativamente escaso éxito na bibliografía (contraste que atormentou, hai anos, a Daalder).

Pola mesma razón, os partidos centrais tenden a suscitar maior indiferencia (ou equidistancia: nin "próximo" nin "distante"). A serie a este propósito é a seguinte, de maior a menor indiferencia: o CDS (38,3 %), a Coalición Galega (34,7), o PNG (30,4), Esquerda Galega (27,7), PSOE (27,6), Esquerda Unida (26,5), o BNG (24,0), e Alianza Popular (21,6).

Do mesmo xeito, as porcentaxes de máxima distancia son un bo indicador da extremosidade (percibida) dos partidos. A serie é BNG (19,3), Alianza Popular (17,2), Esquerda Unida (16,3), PNG (13,4), Esquerda Galega (12,3), Coalición Galega (11,3), PSOE (9,6), e CDS (7,4). Pero, naturalmente, hai o problema do tamaño. Os partidos máis pequenos provocan máis NS/NC. Haberá, pois, que referi-las porcentaxes non ó total dos consultados, senón a só os que expresan opinión. O resultado, sen embargo, non altera a orde, aínda que cambian algo as distancias relativas entre algúns partidos (ver táboa 10):

Táboa 10
Porcentaxes de máxima distancia referidas ós consultados
que expresan opinión

BNG	$19,3 \times 100 / (100-18,3) = 23,6$
Alianza Popular	$17,2 \times 100 / (100-14,7) = 20,2$
Esquerda Unida	$16,3 \times 100 / (100-18,6) = 20,0$
PNG	$13,4 \times 100 / (100-21,2) = 17,0$
Esquerda Galega	$12,3 \times 100 / (100-17,9) = 15,0$
Coalición Galega	$11,3 \times 100 / (100-17,4) = 13,7$
PSOE	$9,6 \times 100 / (100-15,1) = 11,3$
CDS	$7,4 \times 100 / (100-15,6) = 8,8$

A “perplexidade” (non sabe e mais non contesta) na percepción da propia proximidade perante os diversos partidos, debe estar en función, preferentemente, do “tamaño” dos partidos. Así acontece, en efecto. A serie é: PNG (21,2%), Esquerda Unida (18,6), BNG (18,3), Esquerda Galega (17,9), Coalición Galega (17,4), CDS (15,6), PSOE (15,1) e Alianza Popular (14,7).

A representación do apoio xeracional

Grupos de idade e actitudes políticas

A idade é un dos trazos estruturais básicos para o estudio do cambio en calquera sociedade ou grupo social (Riley, 1987), incluso como *cleavage* político de importancia fundamental, equiparable pola súa influencia á etnia, á clase social ou á relixión. “La edad es uno de los factores que, en expresión de Mannheim, *sitúa (locates)* a los individuos o a los grupos en la estructura social, tanto en las sociedades tradicionales como en las modernas” (Justel, 1992, páx. 60). Esta importancia acentúase, se temos en conta o avellentamento demográfico acelerado, sen precedentes históricos, que se vén producindo dende hai máis de medio século en todo o mundo, particularmente nas sociedades avanzadas de Occidente. “Según las estimaciones medias, en el año 2025 uno de cada cuatro europeos tendrá sesenta y cinco años o más” (Justel, 1992, páx. 62).

A primeira cuestión é a de se os grupos de idade supoñen “constitutivamente”, orientacións políticas diferenciadas, polo xeral sobre unha matriz “mozos = radicais, máis vellos = conservadores”. Naturalmente, a explicación non ten por que ser reducida a factores de orixe psico-biolóxica, como a rebeldía xuvenil (a “necesidade freudiana de mata-lo pai”) ou a súa maior dispoñibilidade cara a posicións anti-*establishment*, vinculable a esa mesma disposición rebelde do espírito xuvenil. Hai tamén factores sociolóxicos: en termos xerais, os mozos non están inseridos, ou estano precariamente, no mundo socio-laboral e, derivativamente, no mundo da política institucionalizada. Sofren, por iso, menos enerxicamente as construcións do “principio da realidade”, por dicilo tamén “freudianamente”, e poden entregarse menos onerosamente ó “principio do pracer”. Atópase unha “(...) constatación recorrente de que el ingreso en el mercado laboral y el cambio de rol y *status* social correspondiente va acompañado de un proceso de socialización política que refuerza notablemente la competencia política personal” (Justel, 1992, páx. 72).

Unha comprensión deste tipo permite explicar un apoio xeracional diferencial a algúns partidos, e non é difícil supoñer que os partidos políticos beneficiarios dun apoio preferentemente xuvenil probablemente ocuparán posicións marxinais na configuración do espacio político e terán influencia subalterna na dinámica do sistema. Pero non permite ningunha influencia proxectiva, pois, como é sabido, lamentablemente, a xuventude é a única "enfermidade" que se cura sempre. En contra das suposicións dalgúns políticos radicais demagogos, ou simplemente estúpidos, que invocan o apoio xuvenil como heraldo dun futuro éxito, tal apoio é un caso máis remitible á metáfora papiniana do espello que foxe, do tren que nunca se detén.

A segunda cuestión é a de se un apoio diferencial dos mozos se conecta a un cambio, suficientemente profundo, de valores, e de valores susceptibles pola súa propia significación de seren proxectables máis alá das fronteiras dun grupo de idade específico (polo tanto de valores que impliquen algo máis que "rebeldía xuvenil", de valores que sexan síntoma "dalgunha enfermidade", que a diferenza da "xuventude" poida non ter cura). Neste caso, un apoio diferencial da xuventude si pode ser heraldo de éxitos futuros; si pode ter virtualidade proxectiva (aínda que tampouco hai que excluír que as forzas do *establishment* asimilen os novos valores e "non pase nada", ou case nada).

Como xa se advertiu, na realidade unha e outra cuestións preséntanse entremesturadas, e unha resposta concluínte só se pode dar *a posteriori*. Polo que lle afecta ó que aquí nos ocupa, a diferenza pode ser ilustrada pola comparación da evolución posterior a 1987 do éxito electoral de Esquerda Unida e do BNG. O preferente apoio xuvenil que os consultados supoñían para Esquerda Unida é remitible ó primeiro tipo de explicación. Os mozos que deixan de selo, deixan de apoiar este partido. En cambio, o preferente apoio xuvenil que os consultados lle reputaban ó BNG é indicativo dun cambio de orientación cara ó nacionalismo galego (e, en xeral, en toda España cara ós nacionalismos periféricos). Os mozos que deixan de selo, non deixan de apoiar este partido. E como hai un cambio de valores non específicos dun grupo de idade, as forzas do *establishment*, no noso caso Alianza Popular, asimilan os novos valores (a evolución en Galicia de Alianza Popular, primeiro, e do Partido Popular, despois, é unha ilustración excelente do noso argumento). ¿Como representaban os consultados o apoio xeracional dos partidos?

A suposición que se fan os consultados sobre o apoio electoral dos partidos con relación á idade reflíctese na táboa 11

Táboa 11
Apoio xeracional reputado dos diversos partidos

	Moz.	Med. idade	Maior.	Tod. idade	NS	NC
BNG	38,9	6,7	2,0	22,6	26,9	3,0
Esq. Unida	34,3	7,6	1,6	24,3	29,0	3,3
Esq. Galega	33,5	9,1	0,9	24,6	28,7	3,2
PNG	16,3	16,7	3,0	26,7	32,9	3,3
PSOE	11,6	19,4	2,2	42,6	21,0	3,2
Coal. Gal.	6,8	27,0	6,2	29,4	27,5	3,2
CDS	3,2	34,9	5,2	30,3	23,4	3,1
Alianza Pop.	2,3	11,3	32,9	30,9	19,4	3,2

A pregunta (P.32) repetía a estratexia, xa comentada, da pregunta sobre a representación do apoio de clase, de non ofrecerlles ós consultados a alternativa de resposta “de tódalas idades”. Da simple observación da táboa anterior, resulta que Alianza Popular era considerado o partido tipicamente apoiado polos máis vellos (32,9%). No extremo oposto, os consultados supoñen que Esquerda Galega (0,9), Esquerda Unida (1,6) e BNG (2,0) non atopan virtualmente ningún apoio entre os máis vellos. Os valores son case exactamente inversos para o apoio reputado dos mozos. A Alianza Popular só se lle supón un apoio do 2,3, mentres que no extremo contrario se situaban Esquerda Galega (33,5), Esquerda Unida (34,3) e o BNG (38,9).

Ó CDS (34,9) e a Coalición Galega (27,0) considerábanos partidos tipicamente apoiados pola xente de mediana idade. De modo análogo ó que acontecía co apoio reputado de clase social, un partido ó que se lle supón un apoio relativamente modesto entre a xente de mediana idade, o PSOE, é considerado o campión do apoio interxeracional, seguido de Alianza Popular. *Mutatis mutandis*, son reproducibles aquí as consideracións anteriores, a propósito do apoio de clase, sobre a relación entre a percepción de partidos con “proxectos nacionais” e outros con “proxectos de clase ou grupo”.

Para obter unha imaxe máis sintética e expresiva, trataremos-la variable ordinal de apoio xeracional reputado como se fose unha variable de intervalo, construíndo así un índice do apoio xeracional reputado.

Índice de apoio xeracional reputado

A mecánica seguida para a construción do índice de apoio xeracional reputado foi a mesma seguida para a construción do índice de apoio de clase reputado, explicada anteriormente. Dámolles o valor 1 á categoría "voto de xente nova"; 2 á categoría "voto de mediana idade", e 3 á de "voto dos máis vellos". Prescindimos, como valor neutral, das respostas que supoñen un apoio interxeracional, "voto de tódalas idades", e dos non sabe/non contesta. Os resultados reflíctense na táboa 12:

BNG	$(38,9 \times 1) + (6,7 \times 2) + (2,0 \times 3) = 58,3/47,6 = 1,22$
Esq. Unida	$(34,3 \times 1) + (7,6 \times 2) + (1,6 \times 3) = 54,3/43,5 = 1,25$
Esq. Galega	$(33,5 \times 1) + (9,1 \times 2) + (0,9 \times 3) = 54,4/43,5 = 1,25$
PNG	$(16,3 \times 1) + (16,7 \times 2) + (3,0 \times 3) = 58,7/36,0 = 1,63$
PSOE	$(11,6 \times 1) + (19,4 \times 2) + (2,2 \times 3) = 57,0/33,2 = 1,72$
Coal. Gal.	$(6,8 \times 1) + (27,0 \times 2) + (6,2 \times 3) = 79,4/40,0 = 1,98$
CDS	$(3,2 \times 1) + (34,9 \times 2) + (5,2 \times 3) = 88,6/43,3 = 2,05$
AP	$(2,3 \times 1) + (11,3 \times 2) + (32,9 \times 3) = 123,6/46,5 = 2,66$

Alianza Popular considérase o partido caracteristicamente dos máis vellos (2,66, respecto do máximo posible de 3; o índice con maior distancia relativa respecto de calquera outro partido). BNG (1,22), Esquerda Unida (1,25) e Esquerda Galega (1,25) destacan como partidos dos mozos, con índices moi próximos ó mínimo posible (1,0). Os índices de Coalición Galega e CDS están moi próximos do índice teórico de apoio da idade mediana (2,0).

¿Como se correlaciona a suposición de apoio electoral de idade coa idade dos propios entrevistados? Os coeficientes R de Pearson amosan as seguintes correlacións. Ver táboa 13:

PNG	- 0,12279	BNG	- 0,08306
PSOE	- 0,10727	CDS	- 0,06633
Esq. Unida	- 0,10223	Esq. Galega	- 0,02508
Coal. Gal.	- 0,08566	Alianza Pop.	- 0,01958

Excluíronse do cálculo os "non sabe" e "non contesta", nas dúas variables.

A correlación máis débil dáse, precisamente, para Alianza Popular. Como era razoable supoñer, os máis vellos son máis re-nuentes para acepta-lo estereotipo de Alianza Popular como "o

seu" partido cós de xeracións inferiores. Así, por grupos idade, dos 18 ós 45 anos, considérase preferentemente que Alianza Popular adoita ser votada máis ben por xente maior, e en cambio de 46 anos en adiante considérase preferentemente que adoita ser votada por xente de tódalas idades. A medida que se avanza en idade perde peso a suposición de que Alianza Popular é votada preferentemente pola xente máis vella. A tendencia acentúase a partir dos 56. Dos 65 en adiante, incluso perde peso relativo a opción de voto de media idade. En sentido inverso, a medida que se avanza en idade increméntase a frecuencia da suposición de que é votado indiferenciadamente por tódalas idades. Os individuos de 18 a 35 anos, aínda que se inclinan preferentemente pola opción do "voto maior", presentan unha proporción relativamente importante de suposición de voto dos mozos para Alianza Popular. Isto é posible, porque os individuos destes grupos de idade son os que menos frecuentan a resposta de apoio interxeracional. Por outro lado a proporción relativa de "non sabe" ofrece unha progresión en correlación perfecta co incremento de idade. Na táboa 14 recóllense os valores das categorías máis ilustrativas:

Táboa 14
Suposición de voto para AP, segundo idade

	Grupos de Idade					
	18-25	26-35	36-45	46-55	56-64	65 e máis
Maior	41,3	39,8	36,4	29,5	26,0	24,2
Tódalas idades	27,4	29,3	29,6	32,6	35,1	32,7
NS	12,0	13,4	16,1	19,6	23,5	32,2

As cifras expresan as porcentaxes referidas ó total de consultados de cada grupo de idade

En realidade, os coeficientes R de Pearson amosan correlacións bastantes significativas entre a idade e a proximidade ós partidos, como se ve na táboa 15:

Táboa 15
Coeficientes R de Pearson de correlación entre idade e proximidade ós diversos partidos

Alianza Pop.	- 0,27525	Esq. Unida	0,09229
Esquerda Galega	0,16650	PSOE	0,06582
BNG	0,13616	CDS	- 0,06428
Coalición Galega	- 0,13114	PNG	- 0,00207

Excluíronse do cálculo os "non sabe" e "non contesta", nas dúas variables.

A correlación máis alta dáse para Alianza Popular. Aínda que menos alta, tamén se dá unha correlación significativa, no mesmo sentido, para Coalición Galega. Esquerda Galega e o BNG ofrecen tamén correlacións significativas, neste caso encontrando máis sentimentos de proximidade entre os mozos. A proximidade ó PNG é enteiramente insensible ó factor idade, e a proximidade ó PSOE e ó CDS moi pouco sensible a este factor. En termos xerais, o factor idade amosa moita máis capacidade predictiva que a localización de clase (heterolocalización polo entrevistador).

¿Os mozos/as son obreiros/as, os vellos de clase alta?

Resulta destacable a coincidencia total, case exacta, na suposición do apoio de clase e do apoio xeracional. Alianza Popular, o partido da clase alta é tamén o partido dos máis vellos. BNG, Esquerda Galega e Esquerda Unida, os partidos da clase obreira son tamén os partidos dos mozos. CDS e Coalición Galega, os partidos da clase media son tamén os partidos da mediana idade. Os partidos interclasistas (PSOE e Alianza Popular) son tamén os partidos interxeracionais.

Desta coincidencia podería inferirse que os consultados participan do consolador estereotipo que a medida que se progresa en idade se ascende de clase (lamentablemente, a realidade non o confirma). Máis ben dá a impresión de que os consultados responden a partir do estereotipo "máis vellos = conservadores", "mozos = radicais (de esquerda)". De maneira, que a partir dese estereotipo, presumen que os máis vellos votan preferentemente ós partidos conservadores (que "lógicamente deben" ser apoiados pola clase alta) e, os mozos ós partidos de esquerda (que "lógicamente deben" ser apoiados pola clase obreira).

Este estereotipo, como todos, probablemente agocha algo de verdade, pero, como todos, puido conducir a unha percepción deturpada da realidade.

Conclusión

Explorámo-las representacións da poboación galega do apoio electoral ós diversos partidos políticos, en función da clase social e da idade, sobre a enquisa do CIS (estudio n.º 1700), realizada no ano 1987. Do traballo dedúcese que, para este contexto, (i) a idade é unha variable con maior capacidade predictiva cá localización de clase (heterolocalización polo entrevistador). Por outro lado, en contra da suposición de que a ideoloxía determina ou codetermina a opción electoral e a proximidade par-

tidista, cremos ter mostrado que (ii) as percepcións declaradas polos consultados da conducta electoral dos membros dos grupos de clase e de idade non se corresponden coa conducta electoral real da poboación; (iii) non hai unha correlación substancial entre a autolocalización ideolóxica dos consultados e as súas preferencias partidistas e (iv) os consultados identifican virtualmente os membros das clases máis altas coa xente maior e os das clases máis baixas coa xente máis nova. **G**

Referencias bibliográficas

- ALMOND, G. A., "The Intellectual History of the Civic Culture Concept", en G. A. Almond e S. Verba, eds., *The Civic Culture Revisited*, Boston/Toronto, Little, Brown and Company, 1980, páxs. 1-36.
- ARNHEIM, R., *El poder del centro. Estudio sobre la composición en las artes visuales*, Madrid, Alianza Editorial (traducción de *The Power of the Center. A Study of Composition in the Visual Arts*, University of California Press, 1982), 1988.
- BOTELLA, J., "La cultura política en la España democrática", en R. Cotarelo, ed., *Transición política y consolidación democrática. España (1975-1986)*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1992, páxs. 121-136.
- CRUZ CANTERO, P., "Del no sabe al no contesta: un lugar de encuentro para diversas respuestas", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 52, outubro-diciembre, 1990, páxs. 139-158.
- GUNTHER, R., *The Dynamics of Electoral Competition in a Modern Society: Models of Spanish Voting Behavior, 1979, and 1982*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials (*Working Papers*, n.º 28), 1991.
- INGLEHART, R., *El cambio cultural en las sociedades industriales avanzadas*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas (traducción de *Culture Shift in Advanced Industrial Society*, Princeton, Princeton University Press, 1990), 1991.
- JUSTEL, M., "Edad y cultura política", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 58, abril-xuño, 1992, páxs. 57-96.
- KAHNEMAN, D., e TVERSKY, A., "The Psychology of Preferences", *Scientific American*, n.º 246, 1982, páxs. 136-142.
- KAHNEMAN, D., e TVERSKY, A., "Choices, Values, and Frames", *American Psychologist*, vol. 39, n.º 4, 1984, páxs. 341-350.
- KIRCHHEIMER, O., "The Transformation of the Western European Party Systems", en J. LaPalombara y M. Weiner, eds., *Political Parties and Political Development*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1966, páxs. 177-200.

- LINDBLOM, CH. E., *Inquiry and Change. The Troubled Attempt to Understand and Shape Society*, New Haven/New York, Yale University Press/Russell Sage Foundation, 1990.
- RILEY, M.W., "On the Significance of Age in Sociology", *American Sociological Review*, vol. 52, febreiro, 1987, páxs. 1-14.
- SÁNCHEZ CARRIÓN, J. J., *Manual de análisis de datos*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.
- SHIVELY, W.PH., "Ecological" Inference: The Use of Aggregate Data to Study Individuals", *American Political Science Review*, vol. 63, 1975, páxs. 1183-1196.
- SIMON, H. A., "Human Nature in Politics: The Dialogue of Psychology with Political Science", *American Political Science Review*, vol. 79, n.º 2, xuño, 1985, páxs. 293-304.
- TVERSKY, A., e KAHNEMAN, D., "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice", *Science*, vol. 211, 30 de xaneiro, 1981, páxs. 453-458.
- VILAS NOGUEIRA, J., "Igualdad jurídica y desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 14, marzo-abril, 1980, páxs. 111-123.
- , "La Constitución y la reproducción del orden político fundamental", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 21, maio-xuño, 1981, páxs. 53-71.
- , "Las elecciones autonómicas de Galicia (1981-1990)", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 75, xaneiro-marzo, 1992, páxs. 59-85.
- WRIGHT, E. O., "What Is Middle about the Middle Class?", en John E. Roemer, ed., *Analytical Marxism*, Cambridge/París, Cambridge University Press/Maison des Sciences de l'Homme, 1986, páxs. 114-140.

A función consultiva na Constitución. O Consello de Estado

Profesor titular de dereito
constitucional.
Universidade de Santiago de
Compostela

Carlos Ruiz Miguel

O Consello de Estado é un órgano que lles preocupou máis ós administrativistas que ós constitucionalistas, por máis que estes non o deixasen totalmente abandonado das súas preocupacións. Neste traballo propónse un estudo do Consello de Estado dende a perspectiva do dereito constitucional, obviando así outros aspectos menos vinculados con esta disciplina, anque non por iso menos importantes.

1. Presupostos teóricos: a distinción entre *auctoritas e potestas*

1. Decía Schmitt que a distinción entre forza e autoridade non necesitaba ser explicada para a exposición da teoría da Constitución, pero era de grande importancia para a teoría do Estado. Así distinguía entre poder ou forza, ó que lle correspon-

den conceptos como soberanía e maxestade, e autoridade que, para Schmitt significa un prestixio esencialmente baseado no elemento da *continuidade* e contén unha referencia á tradición e permanencia¹.

A afirmación de Schmitt é importante, aínda que habería que precisar varios puntos. En primeiro lugar, Heller discute a opinión de Schmitt de que a nota de continuidade que Schmitt anuncia sexa esencial á autoridade, pois considera que tamén hai autoridades revolucionarias, a "validez social" da cal (recoñecemento social, diríamos nós) cabalmente se apoia na quebra da continuidade². Polo demais, examinaremos se a distinción entre *auctoritas* e *potestas* non só é relevante para a teoría do Estado, senón tamén para a teoría da Constitución e, en concreto, para o dereito constitucional³.

2. As nocións de *auctoritas* e *potestas* non se corresponden exactamente coas de autoridade e poder. Como xa advertiu García-Pelayo, a *auctoritas* pode ser un fenómeno oposto ó que hoxe comunmente se entende por autoridade⁴. Doutro lado, tamén se chegou a distingui-la *potestas* do poder entendendo que a primeira é un "poder socialmente recoñecido"⁵. Por iso, quizais sexa necesaria unha previa delimitación conceptual deses vocábulos. Mentres o poder determina a conducta dos demais, substituíndo a vontade allea pola propia, a *auctoritas*, en cambio, condicionaa, inclínase a seguir unha opinión ou conducta, pero ofrece a posibilidade de non seguila. Mentres o poder domina contradicindo, en última instancia, a liberdade do obxecto, a *auctoritas*, en cambio, para ser efectiva ha de ter como contrapunto a liberdade da persoa, a cal se autoimpón como a segui-lo camiño marcado polo suxeito da *auctoritas*⁶. No poder o substancial son os elementos volitivos, na *auctoritas* os intelectivos⁷.

3. Certos autores afirman que a distinción foi descoñecida para os gregos, e foi en Roma onde naceu esta noción de *auctoritas* que os autores da época (como Díon Casio) consideraban in traducible ó grego, anque non foi teorizada polos romanos⁸. Sen embargo, quizais podería aventurarse outra hipótese sobre a teoría da trifuncionalidade nas vilas indoeuropeas formulada por Dumézil. En efecto, a primeira función é a función sagrada (os *oratores* no medievo). Esta función é, tamén, a da sabedoría e tamén, en boa medida, o consello. A segunda función é a bélica (os *bellatores* na idade media), en definitiva, a encargada do exercicio da forza. Non sería arriscado inferir que a *auctoritas* é exercicio de primeira función e a *potestas* de segunda función.

O concepto de *auctoritas* tivo unha importancia transcendental para o dereito romano tanto público como privado⁹. Na

¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, pág. 93 (en nota).

² Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de L. Tobío, FCE, México, 1974 (7ª reimp.), pág. 298.

³ O propio Schmitt, pese á súa afirmación de que a distinción *auctoritas/potestas* non é relevante para a Teoría da Constitución (*op. cit.*, pág. 93), noutro lugar da súa obra capital fai uso dela para explicar un punto importante da súa teoría da Constitución, a saber, a monarquía parlamentaria. *Id.*, Schmitt, *op. cit.*, pág. 281.

⁴ García-Pelayo, Manuel: "Auctoritas" (1969), en *Idea de la política y otros escritos*, CEC, Madrid, 1983, págs. 135 e segs., pág. 137. Un exemplo dun uso xurídico do vocábulo autoridade contradictorio co significado da *auctoritas* en López-Font Márquez, José Francisco, *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Facultad de Dereito da Universidade de Granada-Civitas, Madrid, 1993.

⁵ D'Ors, Álvaro: "Autoridad y potestad" (1964) en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, CSIC, Roma-Madrid, 1973, págs. 93 e segs.; "Lex y Ius en la experiencia romana de las relaciones entre *auctoritas* y *potestas*" (1971), en *Escritos...*, cit., pág. 87 e segs.

⁶ García-Pelayo, *op. cit.*, págs. 138-139; Lucas Verdú, Pablo e Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *Manual de Derecho Político*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1990 (2ª ed.), págs. 139-140.

⁷ D'Ors, *ibid.*, García de Enterría, Eduardo, "Estructura orgánica y Administración consultiva" en *La Administración española*, Alianza, Madrid, 1985 (4ª ed.), págs. 34 e segs., pág. 46.

⁸ Nocera, Guglielmo, voz *Auctoritas* en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1959, págs. 465 e segs.; García-Pelayo, *op. cit.*, pág. 142. No mesmo sentido D'Ors,

orde política existe unha distinción entre *imperium*, *potestas* e *auctoritas*. Mentres o *imperium* era o pleno poder de mandar, dotado de instrumentos e facultades coactivas, a *potestas* era o poder de mandar particularizado, é dicir, relativo a unha maxistratura determinada, pois non había un concepto substantivo de *potestas*, senón que esta se mostraba distinta en función de cada maxistratura. Na época clásica da república a *potestas* dos *magistratus* proviña da *maiestas* ou do *imperium* do *Populus*, e expresábase mediante a *lex* que era un dictado do maxistrado. Pola súa parte, o órgano de autoridade era o *Senatus* que, baseado na *auctoritas patrum* se expresaba nos *senatusconsulta* ¹⁰. En todo caso, xa os xuristas romanos distinguiron os efectos característicos do consello e os propios do mandato. O *Digesto* di con claridade que *nemo ex consilio obligatur* ¹¹. É dicir, se hai algo que caracterice o consello é, precisamente, que non obriga, a diferenza do mandato.

A teoría política da primeira idade media, o agustinismo político, tamén asumiu estas categorías. A famosa carta do Papa Gelasio I (492-496) ó Emperador Anastasio distingue claramente entre a *auctoritas* pontifical e a *potestas* real¹².

A relación entre a potestade e a *auctoritas* foi tamén advertida por Hobbes, non que se percibe o coñecemento do dereito romano, ó contempla-la diferenza entre o mandato ou a orde e o consello¹³. Para este, unha orde é unha indicación dunha persoa a outra "sin esperar outra razón que la *voluntad* de quien formula el mandato"¹⁴. Sen embargo, o consello é aquela indicación dun suxeito a outro na cal o primeiro explica as *razóns* polas que se beneficiará o segundo¹⁵. Un home pode ser obrigado a face-lo que se lle manda, cando se obrigou a obedecer; en cambio, non pode ser obrigado a face-lo que se lle aconsella, pois se se obrigara a seguilo, o consello adquiriría a natureza da orde¹⁶. A función de *potestade* é, seguindo esta tese, a función de *gobierno*, e a de *autoridade* a de ciencia e *consello*. Dende esta formulación, o acto puro de goberno é o acto de potestade, o cal consiste na prudencia política da elección e realización dun consello e non doutro¹⁷. Como xa advertiu Hobbes, a capacidade de aconsellar procede da experiencia e do prolongado estudo. Ámbalas dúas cualidades, en canto personalísimas, non se presumen. Como subliña o de Malmesbury, ninguén se presume que pode ser bo conselleiro, senón naqueles negocios nos que, non soamente está moi versado, senón sobre os cales meditou e consultou longamente¹⁸.

A *auctoritas* para ser tal debe ser algo socialmente recoñecido¹⁹. O saber convértese en autoridade cando é recoñecido

A., "Doce proposiciones sobre el poder" en *Ensayos de teoría política*, Eunsá, Pamplona, 1979, páxs. 111 e segs., páx. 117; Id., "Lex y lus...", cit., páx. 88.

⁹ Nocera, *op. cit.*, páx. 465.

¹⁰ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 142 e segs; D'Ors, "Lex y lus.", cit., páx. 87; "Doce...", cit. páx. 112.

¹¹ *Digesto*, 17, 1, 2.

¹² Cfr. Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, trad. de Javier Pradera, Tecnos, Madrid, 1970, páx. 108.

¹³ Xa que logo trabúcase D'Ors ("Autotidad...", cit., páx.96) cando sostén que a teoría política da idade moderna parte da identificación entre autoridade e potestade.

¹⁴ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, trad. de M. Sánchez Sarto Sarpe, Madrid, 1983, t. I, 2ª, XXV, páx. 259 e 262.

¹⁵ Hobbes, *op. cit.*, páxs. 260 e 262.

¹⁶ Hobbes, *op. cit.*, páx. 260.

¹⁷ D'Ors, A., "El regionalismo jurídico" (1972), en *Escritos...*, cit., páxs. 75 e segs., páxs. 82-83.

¹⁸ Hobbes, *op. cit.*, páx. 264.

¹⁹ Lucas Verdú e Lucas Muriello, *op. cit.*, páx. 139.

socialmente, pois sen este recoñecemento queda reducido a pura *ciencia* ou coñecemento sen autoridade. O recoñecemento social da autoridade depende do sistema organizativo mantido pola potestade. Do mesmo modo, o que distingue o poder (ou *potestas*) da pura forza ou dominación é o gozar dun recoñecemento. Ese recoñecemento social da pura forza que o converte en poder (ou *potestas*), depende da *auctoritas*, isto é, da convicción expresada por ese saber persoal socialmente recoñecido que se chama autoridade²⁰.

4. Entre a *auctoritas* e o poder poden darse tres tipos de relacións dialécticas. En primeiro lugar, o simple poder pode transformarse en *auctoritas*. Esta relación presenta dúas modalidades. A primeira consiste na adquisición de *auctoritas* polo recoñecemento ou a investidura por parte dunha autoridade superior²¹. Neste sentido, Heller tamén fala do carácter creador do dereito que ten o poder. Esta idea evoca en certo modo o que aquí se entende por potestade, pois o recoñecemento social da autoridade depende do sistema organizativo mantido pola potestade²². Segundo Heller, as normas xurídicas positivas non se establecen por si mesmas, senón que son queridas, establecidas e aseguradas mediante disposicións reais. Sen unha positivación, por medio de actos de *vontade*, o dereito non pode ter nin a firmeza que require a actual sociedade de cambio, nin eficacia²³.

A segunda modalidade é aquela en virtude da cal o suxeito que posuía poder é privado deste. Nese proceso, o suxeito que "era" poderoso, ben mantén a *auctoritas* que xa antes posuía conxuntamente con ese poder, ou ben transforma o poder que antes detía en *auctoritas*, a cal, basicamente, é un atributo novo daquel suxeito. Este último proceso é o acaecido na metamorfose das monarquías europeas que, de ser monarquías provistas de poder (xa absoluto, xa limitado) pasaron a ser monarquías parlamentarias por enteiro desprovistas de poder, pero dotadas dunha singular *auctoritas*²⁴.

En segundo lugar, podemos atopar outra relación entre ámbalas magnitudes conforme á que a *auctoritas* se converte en *potestas*. O suxeito que posuía só autoridade, pero que carecía de potestade pode ocorrer que asuma unha potestade da que antes carecía. En Roma encontrámo-lo exemplo de Augusto²⁵. Máis recentemente, advírtese esa mutación nos consellos dos que se rodeaban os reis. Os ditos consellos carecían de poder e só contaban con autoridade, cando o monarca tiña na súa man a potestade. De forma simultánea a como o rei foi perdendo potestade para gañar autoridade, estes consellos adquirían *potestas*

²⁰ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 151; D'Ors, "Doce...", *cit.*, páx. 111-112.

²¹ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 151.

²² D'Ors, "Doce...", *cit.*, páx. 112.

²³ Heller, *op. cit.*, páxs. 212-213.

²⁴ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 152.

²⁵ García-Pelayo, *op. cit.*, páxs. 154.

mentres perdían *auctoritas*. Este fenómeno parece que ten que ver co feito observado por Schmitt de que o conselleiro que ten acceso ó poderoso por iso mesmo posúe xa poder²⁶. Este último fenómeno pode poñerse en relación coa teoría de Heller acerca do carácter formador de poder que ten o dereito. Segundo Heller, "para que algunos tengan poder, es decir, para que sus órdenes sean cumplidas de modo constante, es preciso que quienes lo sostienen, o al menos *aquellos de más influjo, estén convencidos de la legitimidad su poder*" (subliñados nosos)²⁷. A terceira relación posible entre ámbalas dúas magnitudes é a de conflito. García-Pelayo pon como exemplo deste conflito o que se produce cando un cargo público dimite ante o abuso de poder imposto por unha instancia superior ou ante a imposibilidade de exercelo correcta e honestamente dadas as características dunha determinada situación²⁸. Aquí tamén se pode invocalo famoso conflito das investiduras na idade media, no que o emperador dotado de *potestas* pretendía en virtude desta nomealos bispos, algo ó que se opoñía o Papa a través da súa *auctoritas*. O certo é que para reforzala posición do Papado se alegaba máis que a *auctoritas* deste a súa suposta *potestas indirecta*.

5. O recoñecemento da *auctoritas* e a súa distinción do poder teñen unha clara vinculación coa liberdade. Aquela e o poder están nunha relación complementaria. Cando nunha sociedade se manifesta extensa e intensamente a presenza da *auctoritas*, xa sexa adherida ó exercicio do poder, xa sexa a portadores desta na marxe dos centros de poder, este necesita facerse moito menos presente. Por outra parte, en canto que a *auctoritas* implica un recoñecemento espontáneo, a súa vixencia non soamente fai posible, senón tamén efectiva, a autonomía de persoas, de grupos e institucións, de modo que, como pensaban os romanos, a *auctoritas* é o contrapunto da *libertas* 29.

Pero non só o seu recoñecemento, tamén, segundo D'Ors a súa distinción do poder axuda na defensa da liberdade humana³⁰. O recoñecemento da *auctoritas* non pode servir como lexitimación dunha tecnocracia. O sabio, opina este autor, non debe pretender gobernar, xa que a verdadeira autoridade debe absterse deliberadamente de toda aspiración a exercerla potestade, pois, na medida en que usurpa a potestade, perde a pureza da súa autoridade. Pola súa parte, o gobernante non debe prescindir do consello, sempre limitativo, do home que sabe³¹. Agora ben, o non prescindir do consello non significa que deba seguirse ese consello, como xa dixemos. O acto de goberno consiste, como se dixo, na prudencia política de seguir un consello e non outro, de elixir ben e de realizar ben os consellos da au-

²⁶ Schmitt, Carl, "Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso", en *Diálogos*, trad. de Anima Schmitt de Otero, IEP, Madrid, 1962, páx. 81.

²⁷ Heller, *op. cit.*, páx. 209.

²⁸ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 156.

²⁹ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 157.

³⁰ D'Ors, "El regionalismo...", *cit.*, páx. 82; "Doce...", *cit.*, páx. 112.

³¹ D'Ors, "El regionalismo...", *cit.*, páx. 83.

toridade. Esa prudencia da potestade ten o seu correlativo na prudencia da autoridade que consiste en saber aconsellar ben a potestade, indicándolle o que resulta posible e máis conveniente en cada caso. Isto último explica que, anque os intelectuais poidan ter certa autoridade na vida pública, non sempre exercen a súa función de conselleiros, precisamente por careceren moitas veces do sentido da posibilidade (ou da oportunidade, diríamos), que si ten, en cambio, o home de goberno³². En virtude do anterior, parece indiscutible que "as decisións puntuais da potestade prevalecen sobre o consello da autoridade, da mesma maneira cá *vontade* pode, nun determinado momento, prevalecer sobre o *entendemento*", se ben isto leva consigo o risco de que, como froito da súa desautorización pola autoridade, a potestade perda o seu carácter e chegue incluso a deixar de existir como poder³³. Outro risco, non menos posible, é que o titular do poder pretenda transferirlle a responsabilidade dos seus actos ó titular da *auctoritas*. Sen embargo, debe quedar claro que o responsable é o que toma a decisión, pois é libre de seguir ou non o consello.

A necesidade dunha moderación do poder por un factor constitucional independente está na mesma natureza das cousas. De aí que trala quebra da distinción entre autoridade e potestade por obra da teoría do Estado absoluto do século XVI xurdisse a teoría de Montesquieu da división de poderes. Anque algún autor non considere suficiente este mecanismo para a defensa da liberdade reclamando tamén unha reconsideración da distinción entre autoridade e potestade³⁴, é certo que, como xa se observou, tamén está latente o risco de que o suxeito que posúe *auctoritas* se transforme en titular de poder. Sexa o que for, parece que anque ese baleiro de *auctoritas* tenda a encherse por novos órganos consultivos conforme os anteriores degradan a súa autoridade en potestade, é o certo que, sen nega-la garantía que poida prestarlle á liberdade a distinción entre autoridade e potestade, a división de poderes non supón ningunha ameaza para a liberdade, antes ben, supón unha importantísima garantía adicional para esta.

6. Nun sistema representativo, a diferenza do que ocorrería nun sistema de democracia directa, a potestade fúndase nun poder competente que é delegable. Nun sistema de democracia directa, pode sosterse, como o fixo Rousseau, que a soberanía é inalienable, e que a promesa simple (mandato representativo), non condicionada (mandato imperativo), de obedecer ó que un suxeito diga no futuro significa a disolución por ese acto do corpo político³⁵. A representación política, por contra, consiste

³² D'Ors, "El regionalismo...", *ibid.*; "Doce...", *cit.*, páx. 112 e 121.

³³ D'Ors, "Doce...", páxs. 112-113.

³⁴ D'Ors, "Autoridad...", *cit.*, páxs. 96-97.

³⁵ Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social* (ed. de Bertrand de Jouvenel), Hachette-Pluriel, París, 1982, II, 1º, páxs. 196-197. A alienación do poder, da vontade, non é algo que Rousseau exclúa (*vid.* II, 4º, páx. 206); o que exclúe é que tal alienación se produza de forma non expresa e precisa, como ocorre co mandato representativo.

precisamente nesa delegación nun reducido número de persoas, do poder que reside no pobo. A vontade do representado ten por obxecto o que determine a vontade do representante. O representado vén dicir: quero o que o meu representante declare querer e para iso outórgolle un mandato representativo, amplo e indeterminado. Neste sentido, a vontade é alienable, non porque se renuncie á propia liberdade, senón porque se incorpora á propia vontade a determinación allea. Este acto polo que se delega a vontade é o mandato que significa precisamente apoderamento. Dado que un mandato a perpetuidade pode supoñer unha limitación excesiva á propia liberdade do que manda, o mandato considérase como esencialmente revogable ou, cando menos, como temporalmente limitado. A emisión do voto supón isto mesmo. No voto superpóñense dous actos: un de potestade, polo que se delega o propio poder de decisión polos membros do pobo soberano, e outro de autoridade polo que se declara un consello concreto (un nome, unha candidatura, un si ou un non, etc.). O elector quere unha cousa, o resultado, o que explica que o elixido sexa o seu representante anque el non o propuxera. O consello que se emite a favor dunha opción determinada, ten por obxecto darlle contido a ese acto de vontade. O poder político pode representa-la vontade da comunidade e ese é o principio fundamental da democracia. Os cidadáns *queren* (xa activamente, xa pasivamente) o que o Goberno quere, anque a súa opinión sexa contraria á do Goberno. A autoridade, a diferenza da potestade, fúndase na ciencia, no saber, que é persoal e intransferible³⁶, e polo tanto, indelegable e irrepresentable. Por iso, o poder político representa a vontade do pobo, pero non a súa opinión, xa que a opinión é algo persoal de cada cidadán. Isto mesmo explica que no réxime democrático se lle dea entrada á discusión dos actos de goberno polos cidadáns. Estes *queren*, si, o que o Goberno quere (polo menos que adopten unha actitude de insumisión ou desobediencia civil ou armada), pero resérvanse o dereito a discutir os seus actos³⁷. O carácter indelegable da autoridade xustifica, polo tanto, que a lexitimidade dos órganos consultivos, dos órganos de autoridade, non proveña do seu carácter representativo da vontade do titular do poder, isto é, do pobo.

7. A distinción entre *autoritas* e *potestas* como xa apuntou Pérez Hernández, axuda a comprender-la esencia da función consultiva. O Consello de Estado, a título de exemplo, non participa de ningunha das potestades típicas –lexislativa, executiva e xudicial–, anque ten unha grande autoridade³⁸. Das características propias da *autoritas* poderemos extraer consecuencias para

³⁶ Hobbes, *op. cit.*, páx. 343.

³⁷ D'Ors, "Autoridad...", *cit.*, páx. 100-102.

³⁸ Pérez Hernández, Antonio, *El Consejo de Estado*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1965, páx. 18.

o estudio dos órganos consultivos, un dos cales é o Consello de Estado.

En primeiro lugar, a autoridade *aconsella*, dá consellos técnicos, xurídicos ou políticos, é dicir, de oportunidade. O que non pode facer a autoridade so pena de perde-la súa esencia, é decidir, por canto neste caso deixaría de ser autoridade para converterse en potestade: o consello converteríase na orde. A potestade é libre para seguir un consello ou outro.

En segundo lugar, a autoridade non xorde por obra dunha técnica representativa ou electoral, debido a que se funda no saber, na ciencia, a cal non é delegable, senón que é persoal e intransferible. De aí que non sexa esixible que o órgano de autoridade sexa representativo.

En terceiro lugar, para asegurar unha relación de paridade coa potestade, a autoridade debe ter garantida a súa independencia. Esta independencia non só redunda en beneficio propio, senón tamén da potestade. A independencia do conselleiro pode fortalecer-lo recoñecemento social do seu saber, imprescindible para que ese saber se considere autoridade. Por outro lado, se a potestade non é aconsellada por un saber socialmente recoñecido, corre o risco de que o seu poder deixe tamén de ser socialmente recoñecido.

Estas notas, extraíbles da autoridade, tal e como foron antes configuradas, servirán de guía na análise que nos propoñemos realizar.

2. A función consultiva na Constitución

1. A Constitución recolle expresamente diversas normas sobre a función consultiva. En primeiro lugar, sinalou Martínez Marín que o art. 76.1 CE, que trata sobre as comisións parlamentarias de investigación, constitucionaliza a consulta legislativa³⁹. Sen embargo, a cuestión non está tan clara. Seguindo a doutrina italiana, recollida en España por Lucas Murillo, coidamos que as comisións de investigación son un dos varios medios de información do Parlamento. A información do Parlamento non é unha función autónoma, senón unha actividade instrumental que se pon en marcha para o exercicio de cada unha das funcións específicas do Parlamento⁴⁰. Tales funcións son a legislativa, a de control da acción de Goberno, a orzamentaria, e a de integración de determinados órganos (Tribunal Constitucional, Consello Xeral do Poder Xudicial, Tribunal de Contas, Defensor do Pobo, Xunta Electoral Central,...) que con-

³⁹ Martínez Marín, Antonio, *Derecho Administrativo. La organización administrativa*, Tecnos, Madrid, 1986, páx. 416.

⁴⁰ Recchia, Giorgio, *L'informazione delle assemblee rappresentative. Le inchieste*, Dott, Eugenio Jovene, Nápoles, 1971, páxs. 263 segs.; Manzella, Andrea e Long, Gianni, "Il Parlamento" en Amato, Giuliano y Barbera, Augusto, *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 1984, páxs. 407 segs., *vid.*, páx. 431. Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, "Las Comisiones de investigación", *RF-DUC*, Monográfico n.º 10, páx. 143 e segs., páxs. 146 e 147.

trolan non só o Goberno, senón tamén (como o Tribunal Constitucional) o propio Parlamento.

Deben facerse certas precisións. Dunha banda, información non é o mesmo que consulta. A consulta é, certamente unha petición de información, pero de tipo moi cualificado, trátase dun saber técnico. Pero ademais, doutra banda, os instrumentos cognoscitivos do Parlamento son de varias clases. En primeiro lugar, pódense diferenciar os medios de información de tipo inspectivo, de carácter máis autoritario, que se caracterizan polo dereito que asiste ó Parlamento a tomar coñecemento de certas circunstancias e a correlativa obriga de responder polo suxeito interrogado⁴¹; e os demais instrumentos de coñecemento, de tipo máis consensual, que se configuran negativamente respecto dos anteriores⁴². En segundo lugar, atópanse os medios de adquisición directa de coñecemento (comisións de investigación, preguntas, citacións de ministros...) ou indirecta a través de órganos auxiliares. Na liña do Goberno consensual, a estratexia moderna da información parlamentaria apunta cara a instrumentos de coñecemento non autoritarios e indirectos⁴³.

As comisións de investigación do art. 76 CE son un dos medios de información do Parlamento que se distingue polo seu carácter autoritario e directo, como di Manzella e pola súa excepcionalidade tanto respecto do suposto de feito, como respecto das súas potestades. En primeiro lugar, a teor do precepto, parece revelar que o suposto de feito ("calquera asunto de interese público") está en relación coa existencia dun *affaire* político. A segunda cuestión, a existencia de poderes excepcionais, na opinión de Lucas Murillo, límitase á obrigatoriedade da comparecencia (art. 76.2 CE)⁴⁴.

2. Pero a Comisión de investigación non é o único medio de información do Parlamento. Tamén existen medios de información en sentido estricto que non teñen os mesmos poderes cás comisións de investigación. A esta categoría pode corresponder-la previsión do art. 109 CE conforme á que as cámaras e as súas comisións "poderán recabar, a través dos presidentes daquelas, a información e a axuda que precisen do Goberno e dos seus departamentos e de calquera autoridade do Estado e das comunidades autónomas". Mentres que as comisións de investigación poden obrigar a todos a comparecer, cidadáns e poderes públicos, as cámaras e comisións tamén poden obrigar non a comparecer, pero si a informar a calquera autoridade do Estado e das CCAA, anque non ós cidadáns (e parece que tampouco ós membros das corporacións locais). Desta sorte, a diferenza do que ocorre en Italia, onde a cesión desta información é libre⁴⁵,

⁴¹ Exemplos diso son o art. 82 da Constitución italiana e o 76 da española.

⁴² Manzella, Andrea, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1977, páxs. 123 e segs., pág. 124; Manzella e Long, *op. cit.*, pág. 431. Exemplos de medios non autoritarios serían para Manzella as averiguacións non inspectivas, as audiencias lexislativas ou as preguntas a certos órganos (como en Italia o Consello Nacional de Economía e Traballo), *Il Parlamento*, *cit.*, pág. 157 e segs.

⁴³ Manzella, *Il Parlamento*, *cit.*, páxs. 124-125.

⁴⁴ Lucas Murillo, *op. cit.*, pág. 162. En Italia chegan á mesma conclusión Manzella e Long, *op. cit.*, pág. 431-432.

⁴⁵ Manzella y Long, *op. cit.*, pág. 432.

en España non o é, e distínguese da información con fins investigadores, en primeiro lugar, polo ámbito dos suxeitos pasivos de tal obriga e, en segundo lugar, polo distinto contido da obriga (comparecencia nun caso e simple información noutra).

Os regulamentos das cámaras avalan a posibilidade de atribuírlles ás comisións a facultade de solicitar consultas. Isto é predicable tanto das comisións non permanentes⁴⁶, o propósito da cales sexa o de solicitar consultas sobre os proxectos ou proposicións de lei que se debatan no Congreso, como das comisións permanentes non lexislativas⁴⁷. Os poderes que se lles recoñecen ás comisións ordinarias nos regulamentos das cámaras (solicitar información e documentación do Goberno e das administracións; solicita-la presenza de membros do Goberno, autoridades e funcionarios ou outras persoas competentes *ratione materiae*⁴⁸) poden ser suficientes para articular a actividade consultiva sobre os proxectos de lei, materia esta que en Francia lle está atribuída ó Consello de Estado, pero que no noso sistema non é obxecto de exame por ningún órgano consultivo.

3. De forma xa verdadeiramente explícita, o art. 92 CE configura un referendo consultivo sobre decisións políticas de especial transcendencia, o que debe convocar o rei, por proposta do presidente do Goberno, logo da autorización do Congreso dos Deputados⁴⁹. O referendo consultivo ten precedentes en Noruega, Suecia e Reino Unido⁵⁰. En España, Torres del Moral negou a virtualidade do referendo consultivo. Na súa opinión, non aceptalo carácter vinculante de tal instrumento "sería un golpe de Estado constitucional". Torres afirma que "está fuera de lugar que al pueblo se le asigne una función de consejo" xa que cando o pobo fala "no aconseja, ni recomienda, ni sugiere: decide". Respecto disto apóiase en Rousseau para dicir que "la voluntad general... no puede expresarse sino por ley" e "reducirla a mero consejo es una enajenación de la voluntad general, de la soberanía". Se se contradí a vontade xeral "hay que concluir que el pueblo no es soberano". Por iso, se o que se pretende é o coñecemento do "estado de la opinión pública (subliñados nosos) están los sondeos de opinión"⁵¹.

Non podemos compartir esa tese. En primeiro lugar, debe distinguirse un acto de *vontade* da emisión dunha *opinión*. O referendo consultivo non dá lugar a un acto de vontade, senón á exteriorización dun xuízo, dunha opinión. En segundo lugar, non nos parece conveniente o recurso exclusivo ás sondaxes de opinión por canto, estes si, poden ter un carácter alienante respecto do pobo, se se lle abre paso á idea de que se a enquisa se realizou con criterios científicos, a práctica da votación é su-

⁴⁶ Art. 51 do Regulamento do Congreso dos Deputados (RCD).

⁴⁷ Art. 46.2 RCD; art. 49.2 e 4 de Regulamento do Senado (RS).

⁴⁸ Art. 44 RCD; art. 67 RS.

⁴⁹ Sobre o referendo consultivo, *vid.*, Cruz Villalón, Pedro, "El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional", *REP* n.º 13 (1980), páx. 145 e segs., en especial páxs. 159 e segs. En xeral sobre o referendo, Aguiar de Luque, Luis, "La Ley Orgánica de referéndum: un comentario", *RFDUC*, n.º 58 (1980), páxs. 167 e segs.; *Id.*, "Referendum", en González Encinar, Juan José (dtor.), *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, páxs. 791 e segs.; *Id.*, "Participación política y referéndum: Aspectos teóricos y constitucionales", *RDPB*, n.º 102 (1986), páxs. 5 e segs.; Ramírez, Manuel: "Democracia directa y Constitución, problemática y desarrollo legislativo" en Ramírez, M. (ed.), *El desarrollo de la Constitución Española*, Pórtico, Zaragoza, 1982, páxs. 15 e segs.; Torres del Moral, Antonio, "La participación política a través de las instituciones de democracia directa", en VVAA, *La participación*, Estudi General de Lleida, Lleida, 1985, páxs. 23 e segs.

⁵⁰ Cruz Villalón, *op. cit.*, páxs. 154 e segs.

⁵¹ Torres del Moral, *op. cit.*, páxs. 41-42; *Id.*, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Atomo, Madrid, 1988 (2ª ed.), t. I, páxs. 151-152.

⁵² Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1976, páxs. 204-205. O autor recolle unhas manifestacións do Comité Nacional Democrático norteamericano que, aínda que poidan ser esaxeradas, non por iso carecen totalmente de base, segundo as cales as enquisas son "o primeiro paso dunha conspiración para suprimir as eleccións populares de acordo coa lei e facer que a configuración da opinión pública caia en mans de millonarios e de corporacións".

⁵³ Acepta a constitucionalidade deste referendo, Cruz Villalón, *op. cit.*, pág. 155

⁵⁴ O caso do referendo sobre a OTAN (oficialmente Alianza Atlántica) alegado como exemplo do carácter realmente vinculante deste, pode que demostre o contrario, pois a porcentaxe do "non" no referendo non tiña un correlato porcentual na representación parlamentaria. Atrévemonos a opinar que a situación non cambiaría en caso de triunfo do "non".

⁵⁵ Sobre este Consello, *vid.*, Sánchez Agesta, Luis, "El Consejo Económico y Social previsto en el art. 131 de la Constitución", *Cuadernos de Política Económica*, n.º 3 (1980); Martínez Abascal, Vicente Antonio e Rojo Torrecilla, Eduardo, "Participación institucional: los Consejos Económicos y Sociales en España", en VVAA, *La participación*, cit., páxs. 127 e segs., especialmente pág. 139 e segs.; Albiñana Cilveti, César, "Las Cortes Generales y el Consejo Económico y Social", en VVAA, *Las Cortes Generales*, IEF, Madrid, 1987, t. I, páxs. 475 e segs.

perflua e ademais máis cara⁵². En terceiro lugar, o non sometemento por un Goberno a unha opinión popular expresada por referendo consultivo, non supón ningún golpe de Estado constitucional nin un alleamento da soberanía. A soberanía exerceuse ó aprobarse a Constitución. Mediante esta, o pobo auto-limitouse no seu poder, non só respecto do referendo consultivo, senón respecto doutras cuestións (p. ex. reforma constitucional e esixencia de maiorías cualificadas). Por tanto, que o Goberno ou o Parlamento non sigan unha *opinión* expresada por referendo é unha posibilidade aceptada polo soberano ó aproba-la Constitución e, polo tanto, totalmente constitucional e lécitima⁵³. Outra cousa distinta é que o pobo, no exercicio do poder no marco da Constitución, a través das eleccións, a través do acto de *vontade* que estas representan, poida castigar a quen non seguiu a súa opinión⁵⁴.

4. O art. 131.2 CE prevé que o Goberno elaborará os proxectos de planificación económica de acordo coas previsións que lle subministren as CCAA e co asesoramento e colaboración dos sindicatos e outras organizacións profesionais, empresariais e económicas, para a fin da cal se constituirá un Consello, a composición e funcións serán desenvolvidas pola lei⁵⁵. En España constituíuse recentemente un Consello Económico e Social de ámbito nacional⁵⁶ e órganos homólogos creáronse en diversas CCAA⁵⁷. Formulouse a cuestión de en qué medida o Consello Económico e Social creado pola Lei 21/1991 ten a súa fundamentación no art. 131.2 CE⁵⁸, cuestión que non é banal por moitas razóns. En primeiro lugar, porque o art. 131.2 CE dispón un contido mínimo indispensable para ese Consello, que non existiría noutro Consello creado na marxe dese precepto⁵⁹; en

⁵⁶ Lei 21/1991, do 17 de xuño, pola que se crea o Consello Económico e Social.

⁵⁷ Lei 4/1984, do 15 de novembro, sobre Consello Económico e Social Vasco; Lei 10/1988, do 31 de decembro, de creación do Consello Económico e Social do Principado de Asturias; Lei 3/1989, do 23 de xuño, pola que se crea o Consello Económico e Social da Rioxax; Lei 8/1990, do 14 de maio, do Consello Económico e Social de Canarias; Lei 9/1990, do 9 de novembro, do Consello Económico e Social de Aragón; Lei 13/1990, do 28 de novembro, do Consello Económico e Social da Comunidade Autónoma de Castela e León; Decreto 8/1991, do 10 de xaneiro, polo que se crea o Comité Económico e Social da Comunidade Valenciana; Lei 6/1991, do 4 de abril, de creación do Consello Económico e Social da Comunidade Autónoma de Madrid; Lei 3/1991, do 25 de abril, sobre creación do Consello Económico e Social de Extremadura; Lei 1/1992, do 27 de abril, de creación do Consello Económico e Social da Comunidade Autónoma de Canarias. En Galicia, Lei 6/1995, do 28 de xuño.

⁵⁸ Santana Gómez, Antonio, "El Consejo Económico y Social español", en Ojeda Avilés, Antonio (coord.), *Los Consejos Económicos y Sociales*, Trotta/Consejo Andaluz de Relaciones laborales, Madrid, 1992, páxs. 11 e segs., páxs. 12 e segs.

⁵⁹ Santana, *op. cit.*, páxs. 15-16.

segundo lugar, mentres o Consello do art. 131.2 CE debe ser creado por lei, o Consello que se institúa sen fundamento en tal disposición constitucional pode facerse a través do exercicio da potestade regulamentaria do Goberno⁶⁰; en terceiro lugar, existen certas disposicións no ordenamento que se refiren ó Consello do art. 131.2 CE ou ó presidente deste que, como é lóxico, non poden aplicarse ó Consello Económico e Social creado na marxe da dita norma⁶¹.

Tendo en conta que nin o preámbulo nin a parte dispositiva da Lei 21/1991 que crea o Consello Económico e Social aluden ó art. 131.2 CE, nin, o que é máis importante, a dita lei contén o mínimo indispoñible de competencias do Consello que o art. 131.2 CE establece, dispón, a saber, as relativas á planificación, pode afirmarse que este Consello Económico e Social non é o previsto no art. 131.2 CE.

5. Outro caso curioso de función consultiva na Constitución móstrao o art. 99.1 CE. Este precepto dispón que “despois de cada renovación do Congreso dos Deputados, e nos demais supostos constitucionais en que así proceda (caso, por exemplo de denegación da confianza ó Goberno, art. 114.1 CE), o rei, previa **consulta** cos representantes designados polos grupos políticos con representación parlamentaria, e a través do presidente do Congreso, **proponerá** un candidato á Presidencia do Goberno”. Aquí hai unha superposición de dúas funcións consultivas. En primeiro lugar, os partidos con representación parlamentaria aconsellan o rei e este, pola súa vez, aconséllalle ó Parlamento un presidente. O rei non pode nomear libremente o presidente (sería exercicio de *potestas*), senón que só aconsella ou propón o seu nomeamento (*auctoritas*).

6. Finalmente, a Constitución refírese ó Consello de Estado en dous preceptos, os arts. 107 e 153.b). O art. 107 CE escuetamente afirma:

“O Consello de Estado é o supremo órgano consultivo do Goberno. Unha lei orgánica regulará a súa composición e competencia”.

Pola súa parte, o art. 153.b) CE alude a que o control da actividade dos órganos das CCAA o exercerá, entre outros, “o Goberno, tralo dictame do Consello de Estado” respecto do exercicio de funcións delegadas, ex. art. 150.2 CE.

7. O recoñecemento constitucional das diversas manifestacións consultivas aludidas, e en concreto, do Consello de Estado ten transcendencia. En primeiro lugar, a Constitución española de 1978 define un Estado de dereito de tipo social e democrático. Un Estado social non neutral ante o *statu quo* e un

⁶⁰ Santana, *op. cit.*, páx. 17 (en nota).

⁶¹ O art. 8 LOCE dispón que é conselleiro nato do Consello de Estado o presidente do Consello ó que se refire o art. 131.2. CE. É evidente que o presidente doutro consello que non sexa o entroncado con ese precepto constitucional non pode ser considerado conselleiro nato do Consello de Estado.

Estado democrático no que a vontade popular lle atribúe a unha maioría o poder en cada momento, supón a abertura dun abano enorme de posibilidades de actuación para o grupo investido pola maioría. As posibilidades de modificación e transformación social son máis amplas no Estado así caracterizado e por iso mesmo están máis suxeitas a dereito, por esixencia do Estado de dereito. A actuación dun Estado social e democrático está sometida a diversos controis: o control *a posteriori* polos tribunais, o control parlamentario, o control da opinión pública e o control do Tribunal Constitucional⁶². Pois ben, a xuízo de Quadra-Salcedo, a inserción do Consello de Estado na Constitución significa que para ela o xogo dos anteriores controis do poder e moi especialmente do Executivo non é suficiente e cómpre aínda un control adicional: o que se deriva da obriga constitucional de consultar cun determinado órgano supremo: o Consello de Estado⁶³. Cabe obxectar, sen embargo, que non parece deducirse da Constitución o carácter preceptivo da consulta ó Consello de Estado, á parte da cuestión, que máis adiante se tratará de se a función consultiva se distingue da de control ou é unha forma desta última.

En segundo lugar, a propia dinámica do Estado social cunha Administración intervencionista en case tódalas ordes, para os que non sempre dispón de experiencia nin de persoal adecuado capaz de proporcionarlle coñecemento suficiente para emitila resposta co rigor esixido, potenciou a función consultiva⁶⁴.

En terceiro lugar, a acción estatal tanto no plano horizontal por mor do Estado social expansivo e interviniente en áreas cada vez máis especializadas e autónomas, como no plano vertical pola multiplicación de administracións, ten un carácter centrífugo que pode conducir a unha disgregación do sistema. Estes fenómenos urxen a presenza dun órgano centrípeto do sistema que permita controlar ese proceso centrífugo. En principio, o proceso só é controlable, de modo casuístico, polo Tribunal Constitucional⁶⁵. Agora ben, ademais deste órgano dotado de poderes coactivos e que, precisamente por iso, é a *ultima ratio* para asegura-la racionalidade do sistema, é conveniente a presenza doutro órgano que, sen eliminar esas necesarias accións autónomas e especializadas nas dimensións horizontal e vertical do Estado, coordine pola vía consultiva, isto é, non coactivamente, sen un *poder* que sufoque as ditas accións autónomas, esa normativa que pode chegar a ser inconexa e contradictoria con detrimento do principio de eficacia (art. 103.1 CE). Esta tarefa de coordinación da actividade administrativa só pode realizala un órgano dotado dunha gran preparación técnico-xurídica. Parece que o

⁶² Quadra-Salcedo, Tomás, "El Consejo de Estado en un Estado Social y Democrático de Derecho", en *VVAA, Gobierno y Administración en la Constitución*, IEF, Madrid, 1988, t. I, páxs. 207 e segs., páx. 218-219.

⁶³ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, páx. 219.

⁶⁴ Martínez Marín, *op. cit.*, páx. 427.

⁶⁵ Porras Nadales, Antonio, *Introducción a una teoría del Estado*.

Consello de Estado pode cumprir ese labor, polo menos no plano horizontal do problema. Na perspectiva vertical, esa función pode tamén realizala o Consello ou poden levala a cabo os consellos, comisións ou conferencias compostas por representantes das administracións afectadas⁶⁶.

En cuarto lugar, a xuízo de Quadra-Salcedo, a constitucionalización do Consello de Estado supón a configuración dun determinado modelo de Goberno e Administración. É a expresión dunha forma de entender a realización do valor superior xustiza (art. 1.1 CE) e as súas proxeccións dos principios de legalidade, xerarquía normativa, publicidade das normas, irretroactividade das disposicións sancionadoras ou restrictivas de dereitos individuais, a seguridade xurídica, a responsabilidade e interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos (arts. 9.3 CE). A suxeición á Constitución e ó resto do ordenamento xurídico (arts. 9.1 e 103.1 CE) non é só unha suxeición externa ós tribunais, senón tamén interiorizada e previa; unha suxeición que ha de realizala propia Administración e que encontra ó seu servicio e no nivel constitucional a consagración da propia necesidade da consulta⁶⁷.

Finalmente, en quinto lugar, o art. 107 CE reservoulle á lei orgánica o desenvolvemento da composición e atribucións do Consello de Estado. A vontade do constituínte de reservarlle a ese instrumento normativo as institucións fundamentais do Estado é clara. De aí que poida inferirse a importancia que a Constitución lle atribúe ó Consello de Estado. Esa importancia pode conectarse co peso da tradición do Consello de Estado ou coa relevancia da súa función. Quadra-Salcedo estima máis importante esta última razón⁶⁸. A primeira pode apoiarse na aseveración dalgún sector doutrinal que non ten empacho en afirmar que o Consello de Estado "sempre integrou a nosa Constitución material"⁶⁹.

En definitiva, a función consultiva en xeral, e a exercida polo Consello de Estado en particular, teñen unha innegable importancia constitucional que nos esixe unha análise desa institución que a Constitución realzou.

3. O Consello de Estado

3.1. Natureza xurídica

1. Parece que hai acordo na doutrina á hora de excluí-lo Consello de Estado da categoría dos órganos constitucionais. Sen embargo, o Consello de Estado adoita ser cualificado como ór-

⁶⁶ Martínez Marín, *op. cit.*, pág. 429.

⁶⁷ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, pág. 220.

⁶⁸ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, pág. 227.

⁶⁹ Gálvez Montes, Javier, "Comentario al art. 107 de la Constitución", en Alzaga, Óscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas de España*, Edersa, Madrid, 1985, t. VIII, pág. 377 e segs., pág. 380. No mesmo sentido, García-Trevijano Garnica, Ernesto, "Efectos de la omisión del preceptivo dicamen del Consejo de Estado", *rap* n.º 118 (1988), págs. 241 e segs., pág. 258.

gano con relevancia constitucional⁷⁰. Esta última categoría constrúese en torno á do órgano constitucional para cualificar certas entidades que non cumprían os requisitos que se lle esixían a este. O primeiro requisito do órgano constitucional é o de estar establecido e configurado directamente pola Constitución⁷¹; o Consello de Estado atópase establecido na Constitución, pero a súa configuración a penas está esbozada nela, a que non determina nin a súa composición, nin os órganos e métodos de designación dos seus membros, nin o seu *status* institucional, nin a relación precisa das súas competencias⁷². En efecto, só se di que é un órgano consultivo (art. 107 CE) do que se infire que posúe competencias consultivas, das que só se menciona expresamente unha (art. 153 b) CE), se ben a Constitución remite a unha lei orgánica para desenvolver estes aspectos.

Un segundo requisito que debe reunir un órgano constitucional é o de ser un compoñente fundamental da estrutura constitucional. Cada estrutura constitucional, cada Estado, ten os seus peculiares órganos constitucionais, a desaparición dos cales ou desorganiza completamente o Estado ou o transforma fundamentalmente⁷³. O Consello de Estado, pese a que sexa un órgano de gran relevancia para a defensa do Estado de dereito ó velar no exercicio da súa función consultiva pola observancia da Constitución e do resto do ordenamento xurídico (art. 2.1 LOCE), non pode considerarse tan esencial como para pensar que a súa desaparición desorganizaría completamente o Estado ou o transformaría substancialmente.

A terceira nota característica dun órgano constitucional é a súa participación na dirección política do Estado, ou en termos de Romano, a súa participación na soberanía⁷⁴. O Consello de Estado participa na función lexislativa dictaminando diversos instrumentos normativos (proxectos de decretos lexislativos, anteproxectos de leis que desenvolvan tratados internacionais ou afecten ó Consello de Estado, anteproxectos de leis orgánicas de transferencia ou de delegación de competencias ás CCAA, regulamentos executivos de leis ou tratados, *vid.*, arts. 21 e 22 LOCE); igualmente participa na función executiva dictaminando diversos actos administrativos e na función xurisdiccional (arts. 22. 8 a 10 LOCE). Pero esta participación é de tipo auxiliar e ademais non é *decisiva*.

Un cuarto trazo que perfila a figura do órgano constitucional é o de gozar de paridade de rango respecto dos demais órganos constitucionais, sendo cada un deles supremo *in suo ordine*, e derivase de aquí a súa posición de independencia recíproca, o que non é óbice para que haxa unha interdependencia organi-

⁷⁰ Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge, "Estudio Preliminar" a la LOCE en Ley Orgánica del Consejo de Estado", *Cuadernos de Documentación del Instituto Nacional de Prospectiva*, n.º 7, Madrid, 1980, páx. 41; García Roca, Francisco Javier, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1987, páx. 84; Gómez Montoro, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992, páx. 347.

⁷¹ García-Pelayo, Manuel, "El «status» del Tribunal Constitucional", *REDC* n.º 1 (1981), páxs. 11 e segs., páx. 13.

⁷² A diferenza do que sucede co Consello de Estado holandés.

⁷³ García-Pelayo, *op. cit.*, páxs. 14-15; Nese sentido xa se pronunciou Jellinek, un dos forxadores do concepto de órgano constitucional, *vid.*, Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Albatros, Bos Aires, 1978, páx. 42.

⁷⁴ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 22; Romano, Santi, "Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato", en *Scritti minori* (edición a cargo de Guido Zanobini), vol. I, Giuffrè, Milán, 1950, páx. 1 e segs., páx. 10 (este traballo publicouse orixinalmente en 1898).

zativa ou sistemática dos órganos entre si que leve a que un órgano constitucional poida nomealos titulares doutro ou incluso controlalo⁷⁵. O Consello de Estado está definido na Constitución como o "supremo" órgano consultivo do Goberno e non se atopa subordinado a ningún órgano. A preposición "del" para aludir á súa relación co Goberno non implica unha subordinación senón unha conexión.

Á luz das anteriores consideracións parece claro que o Consello de Estado é un órgano que se establece pola mesma Constitución e algúns destes elementos do seu réxime están previstos na propia Constitución, pero nun grao significativamente menor do que sucede cos órganos constitucionais.

2. O concepto de órgano con relevancia constitucional que, como se ve, se constrúe de forma negativa e residual respecto do de órgano constitucional, non está reñido co de órgano auxiliar⁷⁶ construído, o mesmo que o de órgano con relevancia constitucional, pola doutrina italiana. A noción de órgano auxiliar aparece expresamente na Constitución italiana (sección III do título III) e foi primeiramente teorizada por Ferrari⁷⁷ sendo en España considerada de forma global por Aguilar⁷⁸, á parte outros estudos realizados a propósito dalgún órgano precisamente cualificado como auxiliar⁷⁹.

O Consello de Estado italiano pronunciouuse con nitidez en torno á cuestión da súa natureza xurídica utilizando estas categorías. Na súa propia opinión, o Consello é un "órgano de relevancia constitucional" as atribucións consultivas do cal se explican polo interese sectorial da Administración pública que reclama os dictames daquel, pero tamén polo interese público considerado dende un punto de vista xeral e obxectivo, así como polo interese da legalidade da acción administrativa. Por iso, o Consello ten a natureza dun órgano do Estado-ordenamento (Estado-comunidade) e non simplemente do Estado-administración, órgano chamado para cumprir, en función de "auxiliariedade" ou auxilio as súas atribucións consultivas de forma obxectiva e neutral⁸⁰.

Aguilar efectúa a súa construción da categoría do órgano auxiliar partindo da distinción entre poderes e funcións xa incoada por Pérez Serrano e cun claro influxo da doutrina italiana. Mentres a división de poderes é obra da doutrina, está encamiñada cara a un fin político, cal o aseguramento da liberdade, e artículase mediante mecanismos de equilibrio; a diversificación das funcións é obra da crecente complexidade social, diríxese cara a unha especialización (técnica) e división do traballo, e constrúese sobre unha base orgánica, isto é, sobre unha análise

⁷⁵ García-Pelayo, *op. cit.*, páx. 28; Romano, *op. cit.*, páx. 12.

⁷⁶ Mortati, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, t. I (10ª ed. a cargo de Franco Modugno, Antonio Baldassarre e Carlo Mezzanotte), Cedam, Padua, 1991, páx. 601.

⁷⁷ Ferrari, Giuseppe: *Gli organi ausiliari*, Giuffrè, Milán, 1956.

⁷⁸ Aguilar Fernández-Hontoria, Jaime, "A propósito del Defensor del Pueblo: los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares", en VVAA, *Las Cortes Generales*, t. I, IEF, Madrid, 1987, páx. 337 e segs.

⁷⁹ Varela Suances-Carpegna, Joaquín, "La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo", *redc* n.º 8 (1983), páx. 63 e segs.; o mesmo autor fai unha serie de consideracións xerais sobre os órganos auxiliares en Francisco J. Bastida Freijedo, Joaquín Varela e Juan Luis Requejo Pagés, *Derecho Constitucional. Cuestionario comentado*, t. I, Ariel, Barcelona, 1992, páx. 386.

⁸⁰ *Parere*, n.º 1237, do 23 de novembro de 1967, da Asemblea Xeral do Consello de Estado italiano.

dos órganos que deben exercelas⁸¹. Sobre esta base, Aguilar distingue entre os "poderes" estatais que son as vías de exercicio da "actividade política do Estado" e as "funcións" que son as canles polas que se manifesta a "actividade técnica" deste, estimando que a relación das segundas cos primeiros é unha relación de auxilio e asistencia, de garantía, para acadar un axeitado, correcto, cumprimento dos seus obxectivos⁸². Aqueles órganos estatais superiores, ou se se quere, recollidos na Constitución, que están vinculados ós "poderes" serán os órganos constitucionais e os que se relacionen coas "funcións" estatais serán os órganos auxiliares⁸³.

Sentadas estas premisas teóricas, Aguilar estima que o Consello de Estado é un órgano auxiliar. Da sucinta definición do art. 107 CE e do seu encadramento no título dedicado ó Goberno e á Administración deduce que a Constitución está configurando un singular órgano de asesoramento externo da Administración pública⁸⁴. Este órgano ten encomendada a función de emitir unha opinión independente, obxectiva e motivada sobre a corrección da solución ou decisión propugnada polos órganos activos consultantes. Así pois, a actividade estatal desenvolvida polo Consello de Estado está inspirada polo sentido de garantía que caracteriza a "actuación técnica do Estado". Ó Consello de Estado, como afirma Quadra-Salcedo, asígnaselle obxectivamente unha función de relevancia constitucional, a función consultiva⁸⁵. A actividade consultiva é, polo tanto, o exercicio dunha "función" estatal (a "función consultiva" nas esferas gobernativa e administrativa) polo que, en consecuencia, o Consello debe ser caracterizado como órgano auxiliar⁸⁶.

3. As relacións entre os órganos auxiliares e os órganos constitucionais poden formularse dende unha perspectiva subxectiva ou obxectiva. Dende a primeira podería considerarse que o órgano auxiliar está en certo modo condicionado pola disposición, as instrucións, a vontade ou os desexos do órgano constitucional ó que supostamente auxilia. Dende a segunda, que é a que defende Aguilar seguindo a Ferrari⁸⁷, estímase que os órganos auxiliares, en sentido obxectivo, coadxuvan a garantir unha correcta actuación estatal en certos eidos complexos exercendo de forma independente as súas competencias⁸⁸. Desta maneira, cando a parcela da actividade estatal ocupada obxectivamente pola "función" realizada polo órgano auxiliar entre en escena, activaranse automaticamente as competencias que o órgano auxiliar realice respecto desa parcela obxectivamente considerada (no noso caso, as de tipo consultivo en cuestións de Goberno e de Administración)⁸⁹.

⁸¹ Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976, páx. 384; Aguilar, *op. cit.*, páxs. 355 e segs.; unha distinción parecida é a que establece Vergottini entre "funcións primarias dos órganos constitucionais", de tipo activo, encomendadas ós órganos ós que a Constitución confía a función de *indirizzo politico*, e as funcións secundarias, que presupoñen esas outras funcións primarias, que poden ser de consulta, de control ou de proposta, e son de carácter instrumental, pero necesarias para un exercicio satisfactorio das funcións primarias de *indirizzo* (o que Aguilar chama "poderes"), *vid.*, Vergottini, Giuseppe de, "Gli organi ausiliari", en Amato y Barbera, (comps.), *Manuale*, cit., páxs. 647 e segs., páx. 647.

⁸² Aguilar, *op. cit.*, páxs. 363 e 365.

⁸³ Aguilar, *op. cit.*, páxs. 367 e segs.

⁸⁴ Aguilar, *op. cit.*, páx. 379.

⁸⁵ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, páx. 213.

⁸⁶ Aguilar, *op. cit.*, páxs. 380-381.

⁸⁷ Ferrari, *op. cit.*, páxs. 367 e segs.

⁸⁸ Como afirma Varela, entre o órgano auxiliar e o órgano constitucional nin hai relación de paridade nin a hai de xerarquía ou subordinación, gozando o primeiro de autonomía orgánica e funcional respecto do segundo, *vid.*, Varela, *op. cit.*, páx. 386.

⁸⁹ Aguilar, *op. cit.*, páxs. 396-398.

O art. 107 CE parece configurar unha relación subxectiva entre o Consello de Estado (órgano auxiliar) e o Goberno (órgano constitucional). Non obstante, opina Aguilar que a "función" consultiva que desenvolve o Consello se estende tradicionalmente ás materias gobernativas e administrativas. Esta posición obxectiva dota o Consello dunha independencia respecto dos demais órganos constitucionais e auxiliares, o que se traduce, non na imposibilidade de que outros órganos participen na vida do Consello (p. ex. nomeando os seus compoñentes), senón nun exercicio independente das súas atribucións. Agora ben, a expresión "do Goberno" do art. 107 indica, segundo Aguilar, a procedencia esencial das cuestións que se someten á consideración do Consello de Estado⁹⁰. En definitiva, da tese de Aguilar podería concluírse que a acción do Consello de Estado se determina pola presenza das circunstancias obxectivas que se dean respecto da súa "función", non circunscribíndose ó auxilio do Goberno, e débese considerar que esa mención non constitúe un límite cualitativo da súa actividade, senón unha referencia cuantitativa á procedencia das consultas. Conflúe así coa posición anteriormente expresada por Gálvez Montes para quen a expresión "do Goberno" do art. 107 CE "no puede aceptarse en un sentido excluyente que limite el auxilio del Consejo de Estado, ...(que) impida una extensión de su actividad consultiva a otros órganos del Estado" admitindo a posibilidade de que poidan ampliarse as súas actividades consultivas a órganos lexislativos e xurisdiccionais⁹¹. Esta última consideración, é dicir, a ampliación da actividade do Consello a órganos lexislativos e xurisdiccionais pode ter un certo apoio normativo⁹².

Fronte a esta posición que parte de considerar que o Consello de Estado é un órgano estatal superior de tipo auxiliar, outros autores sostiveron que a expresión "órgano consultivo do Goberno" significa que se subordinase ó Goberno central e, polo tanto, incardinado na Administración central. Dende esta formulación, o Consello de Estado non é un órgano do Estado, no sentido de Estado-comunidade, senón un órgano do Estado central ou se se quere da Administración do Estado⁹³. Unha formulación distinta é a de afirmar que, aínda sendo un órgano do Estado-comunidade, o art. 107 CE veda a consulta preceptiva a el das CCAA, pois estima que a expresión "órgano consultivo do Goberno" é de tipo oclusivo, e non de carácter exemplificativo, de maneira que non se admitiría a súa intervención respecto de entes non citados expresamente no art. 107 CE. Segundo Muñoz Machado, se a Constitución pretendese incluí-los gobernos autonómicos no radio de acción do Consello de Estado

⁹⁰ Aguilar, *op. cit.*, páxs. 402-404.

⁹¹ Gálvez Montes, *op. cit.*, pág. 386; non obstante Gálvez non chega a esta conclusión pola mesma vía teórica que Aguilar, xa que considera o Consello de Estado como "un órgano de la Administración del Estado", *op. cit.*, páxs. 389-390, 391-392.

⁹² Gálvez cita os arts. 109 CE, conforme o que as cámaras e as súas comisións poden solicitar "axuda... de calquera autoridade do Estado", e 118.8 (deber de colaboración cos xuíces e tribunais no proceso e na execución do resolto). En apoio desta tese pode engadirse tamén o art. 19.3º RO-CE que indica que o presidente do Consello de Estado autoriza coa súa sinatura "as comunicacións oficiais... ás Cortes".

⁹³ Gálvez Montes, *op. cit.*, páxs. 389-390 e 391-392; Carreras Serra, Francesc, "El Consell d'Estat com a òrgan consultiu" en VVAA, *El Govern a la Constitució i als Estatuts d'Autonomia*, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1985, páxs. 79 e segs., pág. 84; Bosch Benítez, Óscar, "Consejo de Estado y Consejo Consultivo de Canarias: problemas de articulación de la competencia consultiva en el Estado autonómico", *Actualidad Administrativa*, n.º 44 (1987), páxs. 2502-2503; Bravo-Ferrer Delgado, Miguel, "Consejo de Estado y Estado de autonomías", *REDA* n.º 60 (1988), pág. 579; López Benítez, Mariano, "Nuevas consideraciones sobre la posición del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas", *reda* n.º 64 (1989), páxs. 609 e segs., páxs. 634 e 635.; Trujillo, Gumersindo, "La función consultiva en las Comunidades Autónomas: sus órganos específicos y sus relaciones con el Consejo de Estado", *DA* n.º 226 (1991), páxs. 153 e segs., pág. 177.

Esta concepción compartírona varias sentencias do Tribunal Supremo, *vid.*, p. ex. a STS do 24 de novembro de 1989 (sala de Revisión, ponente: Agúndez).

⁹⁴ Lembremos, anque Muñoz Machado non o diga, que a cláusula "e outros poderes públicos" engadida ó "Goberno" para designar-los destinatarios da actividade consultiva do Consello de Estado formulouna nunha emenda transaccional na Comisión Constitucional do Senado quen despois sería presidente do Consello de Estado, Antonio Jiménez Blanco.

⁹⁵ Esta posición sostívoa inicialmente por Muñoz Machado, Santiago, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, t. II, Civitas, Madrid, 1984, páx. 47.

⁹⁶ Muñoz Machado, *op. cit.*, II, páx. 49.

⁹⁷ STC 56/1990, do 29 de marzo, Pleno (ponentes: Díaz, López y Gimeno); esta sentenza foi obxecto dun comentario de Ernesto García-Trevijano Garnica, "Posición institucional del Consejo de Estado", *RAP* n.º 122 (1990), páx. 323 e segs. A segunda sentenza é a 204/1992, do 26 de novembro, Pleno (ponente: Vega).

⁹⁸ STC 56/1990, f. x. 37.

⁹⁹ Que prevén que as persoas que fosen presidentes ou membros dos consellos executivos das CCAA poidan ser elixidos conselleiros permanentes (art. 7.2º) ou electivos (art. 9.h) do Consello de Estado.

"nada lle custaría ó constituínte usa-lo plural ou facer referencias máis concretas ós executivos autónomos, ben usando fórmulas xenéricas comprensivas deles (o concepto de "poderes públicos"⁹⁴ é o de máis reiterado exemplo), ben citándoos de maneira expresa, como fan outros moitos preceptos constitucionais"⁹⁵. Isto non significa, sen embargo, para Muñoz Machado, que debería excluírse de forma radical toda posibilidade de que as CCAA consulten o Consello de Estado⁹⁶.

4. A posición do Tribunal Constitucional expresouse en dous pronunciamentos⁹⁷ nos que se advirte un claro influxo da doutrina italiana. No primeiro⁹⁸ afirmábase que o Consello de Estado "pese á dicción literal do art. 107 da CE, que se refire a el como supremo órgano consultivo *do Goberno*, ten en realidade o carácter de órgano *do Estado* con relevancia constitucional ó servizo da concepción do Estado que a propia Constitución establece" (subliñados meus). O Consello de Estado "non forma parte da Administración activa", senón que "*conforme ó art. 107 CE*" e ó art. 1.1 da LOCE é un órgano consultivo "que *actúa*, en todo caso, *con autonomía orgánica e funcional en garantía da súa obxectividade e independencia* (art. 1.2 LOCE)" (subliñado meu). O tribunal, polo tanto, acolle a noción de "órgano de relevancia constitucional" para aplicala ó Consello de Estado, o cal é considerado como un órgano ó que, é certo, o Goberno consulta (e nese sentido é "órgano consultivo *do Goberno*") pero que non depende do Goberno pois, trátase dun órgano *do Estado*. Este órgano do Estado, que goza de relevancia constitucional, goza de autonomía orgánica e funcional non só con base no art. 1.1 LOCE, senón sobre todo "*conforme ó art. 107 CE*" que deste xeito ten un significado máis profundo en canto é o fundamento da autonomía do Consello de Estado que, xa que logo, non se orixina na LOCE, senón que existe *ex constitutione*.

Polo demais, o Consello está ó servizo da concepción do Estado establecida na Constitución, isto é, do Estado autonómico como resulta "da súa composición (arts. 7 e 9 h) LOCE"⁹⁹ e das súas funcións consultivas que se estenden tamén ás comunidades autónomas, segundo prevén explicitamente no deseño competencial a que se remite a Norma fundamental, realizado polos arts. 20 a 23 da LOCE). É dicir, sentado que se trata dun "supremo órgano (do Estado) consultivo do Goberno" principalmente, a Constitución remite a unha lei orgánica a determinación das competencias dese órgano do Estado de tipo consultivo. A LOCE nese sentido prevé a consulta das CCAA a ese órgano do Estado de tipo consultivo. En definitiva, parece que a STC 56/1990 sostén que o establecemento de competencias

do Consello de Estado en relación coas CCAA, se ben se concreta na LOCE, ten o seu apoio no propio art. 107 CE. Matízase así unha anterior afirmación do TC segundo a que "o Consello de Estado, tal como establece o art. 20.1 da súa Lei orgánica 3/1980, do 3 de abril, configúrase tamén como órgano consultivo das comunidades autónomas"¹⁰⁰. É dicir, non só é órgano consultivo das CCAA en virtude da LOCE, como parecía indicarse na Sentencia 214/1989, senón tamén en virtude da propia Constitución que o considera como órgano consultivo do Estado que, tendo en conta a súa natureza, mediante lei orgánica pode exercer competencias respecto das CCAA.

A doutrina sentada na STC 56/1990, vaina desenvolver STC 204/1992. Esta sentenza reitera que o Consello de Estado é un "órgano consultivo con relevancia constitucional" ó servizo da concepción do Estado que a propia Constitución establece"¹⁰¹. Esa condición e os seus corolarios de non formar parte da Administración activa e de gozar de autonomía orgánica e funcional como garantía de autonomía e independencia "habilitano para o cumprimento desa tarefa... en relación tamén con outros órganos gubernativos e con outras administracións públicas distintas da do Estado, nos termos que as leis dispoñan, conforme a Constitución. A mención expresa do art. 107 CE ó Goberno como destinatario da súa función consultiva non é, polo tanto, unha mención excluínte, senón *ad exemplum*, que "non quere dicir que ese órgano teña que quedar confinado ó exercicio desa específica función e que non poida estenderse o alcance da súa intervención consultiva". Por iso, anque "o art. 107 CE non dispuxo"¹⁰² que o Consello de Estado sexa o órgano superior consultivo dos gobernos das comunidades autónomas e das súas respectivas administracións... tampouco impide que desempeñe esa función"¹⁰³.

Aínda que o TC non emprega a noción de "órgano auxiliar", senón a de "órgano de relevancia constitucional", o certo é que dá pé para que sexa considerado como órgano auxiliar de acordo coas formulacións antes expostas. O TC subliña a existencia dunha "función" consultiva de contornos obxectivos ó declarar que "a intervención preceptiva dun órgano consultivo das características do Consello de Estado, sexa ou non vinculante, supón en determinados casos unha importantísima garantía do interese xeral e da legalidade obxectiva". Trátase "dunha función moi cualificada que lle permite ó lexislador eleva-la súa intervención preceptiva, en determinados procedementos, sexan da competencia estatal ou da autonómica, á categoría de norma básica do réxime xurídico das administracións públicas ou parte

¹⁰⁰ STC 214/1989, do 21 de decembro, Pleno (Ponente: De los Mozos), f. x. 17.

¹⁰¹ Advírtase, sen embargo, que a STC 204/1992 omite dúas palabras importantes que se din na STC 56/1990, por máis que se remita expresamente a ela. Mentres a Sentencia de 1990 di "órgano do Estado con relevancia constitucional...", a de 1992 di "órgano consultivo con relevancia constitucional" omitindo o complemento "do Estado". En calquera caso, a cualificación de órgano con relevancia constitucional xa presupón a cualidade de órgano do Estado.

¹⁰² Expresamente, poderíamos engadir.

¹⁰³ STC 204/1992 f. x. 2.

do procedemento común (art. 149.1.18 CE)"¹⁰⁴. Estas expresións coidamos que fertilizan a concepción do Consello de Estado como órgano auxiliar entendido sobre a base dunha precisa función obxectiva, e non tanto sobre unha consideración subxectiva.

3.2. Competencias

O art. 107 CE sinala no seu inciso final que as competencias do Consello de Estado serán reguladas por lei orgánica. Existe, por tanto, unha reserva de lei orgánica nesta cuestión que realza a relevancia da función do Consello. Podería pensarse que a remisión do art. 107 CE á LO é de tipo indeterminado, isto é, que mediante LO pode asignárselle calquera xénero de competencias ó Consello, sempre e cando efectivamente tal asignación se opere mediante o citado instrumento normativo. Sen embargo, e iso verase nas consideracións que faremos a continuación, a definición constitucional do Consello como un "órgano consultivo" supón unha limitación obxectiva de competencias. O Consello pode desempeñar facultades de diverso tipo sempre e cando poidan ser reconducidas a unha natureza consultiva.

A. Consultivas

Como advertiu Gálvez, a CE atribúelle ó Consello de Estado unicamente competencias consultivas. Aínda que se remita a unha lei orgánica a regulación da competencia do Consello, debe terse presente que a Constitución determinou o ámbito competencial do Consello de Estado en canto vén caracterizalo como órgano consultivo, o que exclúe a posibilidade de que por lei orgánica se lle atribúan competencias de natureza non consultiva¹⁰⁵.

Numerosos autores cualificaron o Consello de Estado como órgano de control e a súa función como unha función de control¹⁰⁶. Esta posición, dun lado, non se compadece coa concepción do consello existente dende o dereito romano, conforme á que *nemo ex consilio obligatur*¹⁰⁷, senón que tamén parece romper certas ideas da Dogmática clásica que distinguen as funcións consultiva e de control. Nesta liña, Mortati sostén que a actividade consultiva consiste na prestación ós órganos deliberantes de elementos valorativos das circunstancias sobre as que se deba fundamentala decisión e neste sentido debe preceder á emanación do acto. Esta intervención consultiva, ben pode dirixirse a suplir unha eventual falta de coñecementos técnicos dos órganos decisores, ben a axudar á formación da súa convicción sobre o modo de satisfacerlo interese público.

¹⁰⁴ STC 204/1992 f. x. 4.

¹⁰⁵ Gálvez Montes, *op. cit.*, páx. 384.

¹⁰⁶ Pérez-Tenessa, *El Consejo...*, cit., páx. 58; Id., "Perspectivas del Consejo de Estado", REDA n.º 22 (1979), páxs. 339 e segs., páx. 345; Muñoz Machado, *op. cit.*, páx. 47; Quadra-Salcedo, *op. cit.*, páx. 215 e segs.; Mestre Delgado, Juan Francisco, "Reglamentos autonómicos y Consejo de Estado", REDA n.º 59 (1988), páxs. 451 e segs., páx. 451; Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. II (Organización y empleo público), Marcial Pons, Madrid, 1991, páxs. 302-304.

¹⁰⁷ *Digesto*, 17, 1, 2.

Sen embargo, o control ten unha estrutura distinta. Como afirma Galeotti, o control componse de dous elementos: dunha banda, o xuízo sobre o respecto da norma ou acto controlado cara a unha norma ou principio que se quere salvagardar; pero ademais, doutra banda, unha medida de tipo obstativo respecto do obxecto controlado. Este último elemento é, na opinión de Galeotti, esencial e decisivo para os efectos de cualificar como control un determinado instituto xurídico¹⁰⁸. O elemento da medida, esencial no control, pode consistir, xa en impedi-la emisión do acto, xa en precluí-la eficacia deste, xa en retiralo da circulación despois de que entrase en vigor, en tódolos casos en que sexa considerado contrario a dereito ou se opoña o interese confiado ó coidado do órgano axente. Polo demais, na opinión de Mortati, tanto a actividade consultiva como a de control conservan a súa identidade xa operen respecto da función legislativa como da administrativa ou a xudicial¹⁰⁹. Esta postura clásica é a defendida en España por Cordero Torres¹¹⁰, Tolivar¹¹¹, Jordana¹¹² e Gálvez¹¹³.

Fronte a esta corrente, como xa se viu, outros autores defenden a natureza de control que posúe a actividade consultiva do Consello de Estado. Pérez-Tenessa dende dentro do Consello, constata que o mesmo "tiene conciencia de no ser un cuerpo consultivo, sino un mecanismo de control"¹¹⁴. Quadra-Salcedo, pola súa parte, sostén que a dimensión de control reside na circunstancia de que a consulta ó Consello de Estado non é libre nin en canto ó qué, nin en cánto ó cándo, nin en cánto ó a quen se consulta. Precisamente porque a entidade consultante non é libre en todos eses aspectos, opina este autor que a consulta ten esa dimensión de control "aunque no tenga carácter vinculante el dictamen emitido"¹¹⁵.

Pola súa parte, Parada sostén que a cualificación do Consello de Estado como un órgano de control se deduce dunha serie de datos. En primeiro lugar, a independencia funcional e a intervención preceptiva do Consello parecen establecidos en función de asegurar ou preservar determinadas aplicacións do ordenamento xurídico dunha intervención e interpretación exclusiva do Goberno ou da Administración. Neste sentido, a intervención do Consello de Estado ten unha finalidade cuasifiscalizadora, de maneira que os actos do Goberno e a Administración ou ben non sexan válidos se se omite a petición do dictame, ou ben sufran unha certa desautorización material –non formal, pois o acto é válido– se non se segue a opinión do dictame. En segundo lugar, as garantías de que se inviste o Consello de Estado, que son as propias dos órganos xudiciais

¹⁰⁸ Galeotti, Sergio, "Controlli costituzionali", en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, t. X, Varese, 1962, páxs. 319 e segs., pág. 321.

¹⁰⁹ Mortati, *op. cit.*, I, páxs. 264-267.

¹¹⁰ Cordero Torres, José María, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, IEP, Madrid, 1944, pág. 208.

¹¹¹ Tolivar Alas, Leopoldo, "Renovación legislativa y Consejo de Estado", *reda*, n.º 31 (1981), páx. 683 e segs., páxs. 684-685.

¹¹² Jordana de Pozas, Luis, "El Consejo de Estado en la Constitución", en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (1979), páxs. 205 e segs., pág. 221.

¹¹³ Gálvez Montes, *op. cit.*, pág. 384; nese sentido pronunciábase Mortati, *op. cit.*, I, pág. 265.

¹¹⁴ Pérez-Tenessa, *op. cit.*, pág. 346. Pode advertirse, non obstante que unha cousa é "ter conciencia" de algo e outra cousa é "selo", hai quen se cre Napoleón, pero non o é: *Denken ist frei*.

¹¹⁵ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, pág. 222.

(autonomía orgánica e funcional para garantir obxectividade e independencia) fertilizan esa caracterización como órgano de control. Esta configuración tamén está apoiada, en terceiro lugar, pola finalidade das intervencións do Consello (velar pola observancia da Constitución e do resto do ordenamento xurídico) que é similar á dos órganos xudiciais¹¹⁶.

Ó noso modesto entender, sen embargo, é impropiedade identificar consulta e control. Certamente, os argumentos de Quadra-Salcedo e de Parada poñen de manifesto a existencia de elementos de control na consulta, pero iso non pode levar a identificar ámbalas dúas nocións. A distinción clásica, ben expresada por Mortati, mantén a súa vixencia. Os dictames do Consello, e sempre que non sexan vinculantes, non producen ningún dos efectos que predica Mortati dos actos de control: nin impiden a emisión do acto, nin a súa eficacia, nin o retiran da circulación. De aí que, sen negar esa presenza de elementos de control, estes non cheguen a desnaturalizala función consultiva do Consello de Estado cando elabora dictames que non son vinculantes.

As consultas ó Consello de Estado poden ser preceptivas ou facultativas. No suposto de que unha consulta sexa preceptiva, unha determinada entidade ou órgano está obrigado a consulta-lo Consello, a diferenza do caso en que a consulta sexa facultativa en que acudirá ó Consello só se o estima conveniente. A consulta só será preceptiva nos casos en que a LOCE ou outras leis así o establezan, e facultativa nos demais casos¹¹⁷. Existe polo tanto unha reserva de lei para poder configurar como preceptiva unha consulta, e non poden establecerse dictames preceptivos por vía regulamentaria. As competencias consultivas do Consello pódenas exercer o Pleno ou a Permanente. Estas competencias poden ser fundamentalmente de dous tipos: políticas e xurídicas. Estas últimas poden, pola súa vez, ser de tres clases, cómpre saber, internacionais, constitucionais e administrativas. No noso exame prescindiremos das consultas xurídico-internacionais e administrativas.

a. Políticas.

1. Como advertiu García Fernández, o paso da monarquía absoluta á representativa, anque sexa moderada, reflíctese na existencia dun órgano consultivo que o é, cada vez máis, da Administración antes ca do Goberno como ente político. De aí que, respecto do Consello de Estado (e non só en España), a medida que avanza o réxime representativo o asesoramento político vaise reducindo e álzase a función consultiva administrativa¹¹⁸. Agora ben, isto non significa que desapareza a necesidade dos

¹¹⁶ Parada, *op. cit.*, páxs. 302-303.

¹¹⁷ Art. 2.2 LOCE.

¹¹⁸ García Fernández, Javier, "Las funciones consultivas en el Estado democrático", *DA*, n.º 226 (1991), páxs. 13 e segs., páxs. 17 e 19.

órganos políticos do Goberno de solicitar consellos políticos, como tamén advirte García Fernández. Ocorre, na opinión deste autor, que os consellos de tipo clásico (o Consello de Estado) se atopan centrados no xurídico e, polo tanto, non poden dar asesoramento político. Ese baleiro sería o que cubrirían os gabinetes como órganos de Estado maior¹¹⁹.

O certo é que as regulacións anteriores sobre o Consello de Estado lle concedían ó Pleno deste órgano unha importante competencia consultiva nos asuntos políticos. Anteriormente o Pleno entendía preceptivamente “sobre toda resolución que por circunstancias extremas ou altos intereses e conveniencia da Nación, crea deber adoptar o Goberno, da que deba dar conta ás Cortes” e pode o Goberno prescindir da consulta “só en casos de urxencia”; e tamén entendía obrigatoriamente “sobre as cuestións de Estado que revistan carácter de conflitos internacionais”¹²⁰. Ó suprimirse o Pleno do Consello de Estado en 1931 desaparecen estas cuestións políticas da súa competencia, que tampouco a LOCE de 1944 recupera, polo menos con carácter preceptivo, para o Consello.

2. En calquera caso, e anque sexa por reminiscencia histórica, ó Consello de Estado atribúenselle funcións de asesoramento político. Santamaría reconece que a cualificación do Consello de Estado que fai o art. 107 CE evoca un órgano dedicado preferentemente ó asesoramento político¹²¹.

As competencias do Consello de asesoramento político están fundamentalmente atribuídas ó Pleno. O Pleno deberá ser consultado “naqueles asuntos de Estado ós que o Goberno recoñeza especial transcendencia ou repercusión”¹²². Este é un suposto teoricamente de consulta preceptiva. Agora ben, dunha banda é o Goberno quen debe recoñecerlle a ese asunto de Estado unha “especial transcendencia ou repercusión”; e, doutra, non parece moi conveniente fixar este tipo de consulta política como preceptiva, como advirte Pérez-Tenessa, pois do mesmo modo que ningunha lei obriga o enfermo a acudir ó médico, senón que vai porque lle convén, aquí sucedería algo parecido¹²³. Polo demais, non está clara a consecuencia xurídica do incumprimento da obriga de consultar nestes supostos. Por iso, poderían reconducirse á categoría dos actos políticos¹²⁴, e enténdese por tales os dictados polo Goberno en canto órgano político e non órgano da Administración e os non sometidos á xurisdicción contencioso-administrativa¹²⁵. Agora ben, o feito de que certas actividades se sitúen fóra do control contencioso-administrativo, non significa que estean exentas de suxeición ó dereito e de todo control xurisdiccional¹²⁶.

¹¹⁹ García Fernández, *op. cit.*, páxs. 20-21.

¹²⁰ Art. 26 LOCE de 1904 e art. 26 LOCE de 1924.

¹²¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, t. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, páx. 1063.

¹²² Art. 21.9 LOCE.

¹²³ Pérez-Tenessa, “Perspectivas...”, *cit.*, páx. 347.

¹²⁴ Sobre o acto político, téñase en conta as SSTC 45/1990, do 15 de marzo (sala 1ª, ponente: Leguina); 196/1990, do 29 de novembro (sala 1ª, ponente: Leguina).

¹²⁵ SSTC 45/1990 (f. x. 2); 196/1990 (f. x. 5).

¹²⁶ STC 196/1990 (f. x. 6).

Ademais do caso anterior, o Consello de Estado tamén pode coñecer de asuntos políticos, xa en Pleno, xa en Comisión Permanente en sede de consulta facultativa a través da cláusula aberta que indica que “o Consello de Estado, sexa en Pleno ou en Comisión Permanente, pode ser oído *en calquera asunto* en que, sen ser obrigatoria a consulta, o presidente do Goberno ou calquera ministro o estime conveniente” (subliñado noso)¹²⁷.

3. A competencia consultiva política do Consello de Estado valorárona negativamente algúns autores. A dobre virtualidade do Consello, dun lado, como un órgano técnico que responde ó tipo de organismo consultivo clásico e, doutro, como un órgano que pode ser consultado en cuestións de oportunidade e de conveniencia, para Carreras pode ser disfuncional. Na súa opinión sería conveniente que as funcións do Consello se cinguisen ós aspectos técnico-xurídicos para impedir unha posible utilización legal do Consello para finalidades políticas que, aínda que sexan de carácter consultivo, poden enmascararse nunha *auctoritas* especial na que os planos xurídico e político se confunden¹²⁸.

Quadra-Salcedo, polo súa parte, sostén que a decisión política como tal o Goberno só debe consultala ó electorado ou ás forzas políticas, e debe a consulta do Consello referirse unicamente á constitucionalidade e á legalidade da decisión, e integralas consideracións de oportunidade nese xuízo de legalidade e de constitucionalidade¹²⁹. Segundo o ex presidente do Consello de Estado ó Goberno correspóndelle a lexitimidade democrática para darlle a orientación política que crea conveniente á súa actuación, e non é posible que ningún órgano na marxe dese proceso de lexitimación puidese obstaculizalo seu dereito e a súa responsabilidade¹³⁰.

Os argumentos de Quadra-Salcedo, sen embargo, presentan algúns problemas. En primeiro lugar, se só debe consultarse o electorado ou as forzas políticas, teríamos que formulármola lexitimidade (ou se se quere, incluso a constitucionalidade mesma) da figura dos gabinetes, sobre todo do gabinete do presidente do Goberno, que, como xa sinalamos, realizan un labor (entre outros) de intenso asesoramento político. Pero, ademais, debemos ter en conta que o electorado non só ofrece un consello, senón que na súa actuación (e a salvo do referendo consultivo xa examinado) pronuncia unha decisión. O electorado non “aconsella” que sexan elixidos determinados deputados, senón que “decide” elixilos. Non debe esquecerse a distinción *auctoritas-consello/potestas-orde*. O que aconsella dalgunha maneira exerce *autoritas*, está totalmente privado do poder de

¹²⁷ Art. 24.1 LOCE.

¹²⁸ Carreras, *op. cit.*, páxs. 81 e 83.

¹²⁹ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, páxs. 225-226.

¹³⁰ Quadra-Salcedo, *op. cit.*, páx. 228.

dar ordes e, polo tanto, non pode impedir de forma coactiva (coacción xurídica) que o aconsellado, o Goberno neste caso, estableza unha determinada orientación política. De aí que o órgano que só aconsella non pode obstaculizar en ningún caso o dereito e a responsabilidade do Goberno de impulsar unha determinada orientación política. En definitiva, a competencia consultiva política do Consello é perfectamente constitucional.

b. *Xurídico-constitucionais.*

1. Con carácter xeral, como xa se advertiu, o Consello de Estado, sexa en Pleno ou en Comisión Permanente, pode ser oído "en calquera asunto en que, sen ser obrigatoria a consulta, o presidente do Goberno ou calquera ministro o estime conveniente"¹³¹. En parecidos termos formúlase a posibilidade de que as CCAA, por conducto dos seus presidentes, lle consulten ó Consello "aqueles asuntos en que, pola especial competencia ou experiencia deste, o estimen conveniente"¹³². Estas cláusulas permiten atribuírle ó Consello a máis ampla competencia consultiva en calquera asunto non só político, senón tamén xurídico. Sen embargo, esta consulta é facultativa e non preceptiva.

2. O Consello de Estado tamén ten competencias consultivas sobre aspectos de relevancia xurídico-constitucional. Este tipo de consultas agrúpase en diversas clases: A) en primeiro lugar, atópanse as relacionadas coa creación de normas; B) en segundo lugar, as relativas a procesos constitucionais; C) e, en terceiro lugar, as referidas ó órgano auxiliar de relevancia constitucional que é o Consello de Estado.

2.A. As consultas relacionadas coa **creación de normas** poden versar sobre tratados internacionais, sobre diversas normas con rango de lei e sobre regulamentos.

2.A.1. En materia de **tratados internacionais** a Permanente do Consello de Estado dictamina preceptivamente sobre a necesidade de autorización das Cortes Xerais con carácter previo á prestación do consentimento do Estado¹³³. Na nosa opinión, a omisión deste dictame pode ter diversas consecuencias. Se o tratado é finalmente ratificado con autorización das Cortes, coidamos que a súa omisión non produce consecuencias, pois o dictame diríxese, precisamente, a informar da posible necesidade de tal autorización. Agora ben, se a ratificación se produce sen esa autorización das Cortes, a omisión do dictame supón un vicio que invalida constitucionalmente esa ratificación. Isto xustifícase, precisamente, porque o dictame ten como obxecto advertir da posible necesidade da autorización polo Parlamento de tal ratificación.

¹³¹ Art. 24.1 LOCE.

¹³² Art. 23.1 LOCE.

¹³³ Art. 22.1 LOCE e art. 94 CE.

2. A.2. O Consello de Estado ten competencias consultivas sobre diversas normas con rango de lei. En primeiro lugar, o Pleno debe dictaminar preceptivamente aqueles anteproxectos de leis que teñan que dictarse en execución, cumprimento ou desenvolvemento de tratados, convenios ou acordos internacionais¹³⁴. En segundo lugar, a Permanente dictamina obrigatoriamente sobre os anteproxectos de lei orgánica de transferencia ou delegación de competencias ás CCAA¹³⁵. Nestes supostos, o Consello de Estado colabora na formación das leis: coopera na preparación dos anteproxectos de lei; emite o seu parecer sobre a constitucionalidade dos mesmos; verifica se se axusta ós tratados internacionais que xa formen parte do ordenamento español; e coopera na corrección técnico-xurídica da obra lexislativa¹³⁶.

Ademais, o Pleno tamén debe ser consultado preceptivamente verbo dos proxectos de decretos lexislativos¹³⁷. Neste caso, xa se trate de formular un texto articulado a partir dunhas bases, ou xa se trate de refundir varios textos legais nun só, o Consello proxecta a súa actividade sobre o contido e sobre o procedemento da lexislación. O Consello verifica se os textos articulados proxectados desenvolven –nos límites da delegación– as bases da lei delegante. Cando se trate de textos refundidos, o Consello debe verificar se o proxecto respecta o ámbito normativo ó que se refire o contido da delegación e se esta abrangue a regularización, aclaración e a harmonización dos textos legais que han de ser refundidos. O Consello de Estado emite un xuízo de fondo sobre a interpretación das regras refundidas e os contidos refundidos. Tamén valora os aspectos de técnica e de sistemática do texto consultado¹³⁸.

Tanto os proxectos de lei que desenvolvan, cumbran ou executen tratados, como os decretos lexislativos, poden versar sobre materias socioeconómicas e laborais. Isto formula o problema da relación entre o Consello de Estado e o Consello Económico e Social nestas materias. Mentres o Consello de Estado é un órgano do Estado con relevancia constitucional de tipo auxiliar, o Consello Económico e Social é unha institución que, anque configurada seguindo o modelo do Consello de Estado, non ten rango constitucional e está adscrita ó Ministerio de Traballo e Seguridade Social¹³⁹. O Consello de Estado está definido constitucionalmente como o “supremo órgano consultivo”. Esta supremacía tradúcese en que “os asuntos en que dictaminara o Pleno do Consello de Estado non poderán remitirse a informe de ningún outro corpo ou órgano da Administración do Estado”; nos asuntos que dictaminara a Permanente “só poderá informa-lo Consello de Estado en Pleno”¹⁴⁰. Unha das funcións

¹³⁴ Art. 21.2 LOCE.

¹³⁵ Art. 22.4 LOCE.

¹³⁶ Arozamena Sierra, Jerónimo, “La función consultiva del Consejo de Estado”, *DA*, n.º 226 (1991), páxs. 129 e segs., pág. 143.

¹³⁷ Art. 21.1 LOCE e art. 82 CE.

¹³⁸ Pérez Hernández, *op. cit.*, páxs. 34-37; Arozamena, *op. cit.*, páxs. 143-144.

¹³⁹ Art. 1.2 da Lei 21/1991.

¹⁴⁰ Art. 2.4 LOCE.

do Consello Económico e Social é precisamente emitir dictame con carácter preceptivo sobre anteproxectos de leis do Estado e proxectos de reais decretos legislativos que regulen materias socioeconómicas e laborais¹⁴¹. Tendo en conta estas consideracións, o Consello Económico e Social debe emiti-lo seu dictame antes que o Consello de Estado, e se este dictaminase xa, non poderá facelo o Consello Económico e Social.

Formulouse a conveniencia de que o Parlamento consulte o Consello de Estado. No dereito comparado puidemos constatar que en Francia e en Holanda existe a consulta preceptiva ó Consello de Estado sobre os proxectos de lei, mentres en Italia ou en Bélxica, esa consulta é potestativa. Nalgúns homólogos autonómicos do Consello de Estado considérase esta posibilidade. Sen embargo, no noso dereito constitucional histórico, salvo na Constitución de 1808, non existen precedentes diso¹⁴². A consulta preceptiva rexeitouna Cordero Torres para quen impoñerlles ás Cortes a obriga de consulta-lo Consello de Estado supón unha perturbación no libre xogo dos órganos constitucionais. Este autor inclínase polo modelo de consulta facultativa¹⁴³. Coidamos que unha interpretación flexible dos regulamentos das cámaras debería levarnos a acepta-la posibilidade de que o Congreso ou o Senado poidan acudir ó Consello de Estado¹⁴⁴.

Parada sostivo que a omisión do dictame do Consello de Estado, nestas competencias relacionadas coa función legislativa, non produce consecuencias xurídicas posto que o acto posterior do Goberno dá lugar a leis que non son fiscalizables xudicialmente por este motivo¹⁴⁵. Sen embargo, sería conveniente matizar esa tese. Se ben a xurisdicción ordinaria non fiscaliza as leis, si o fai a xurisdicción constitucional. A carencia do preceptivo dictame do Consello de Estado podería chegar a constituír un tipo de vicio que fora causa de inconstitucionalidade desa norma con rango de lei. Distinguiuse respecto disto entre vicios no procedemento legislativo e vicios nos presupostos do acto legislativo, os cales tamén están sometidos ó control do TC¹⁴⁶. Entre estes últimos considera Biglino os trámites para a admisión da iniciativa legislativa popular¹⁴⁷, pese a que o art. 87.3 CE se atopa encadrado no capítulo II do título III da Constitución dedicado "á elaboración das leis". Neste capítulo inclúese tamén a iniciativa legislativa do Goberno. En calquera caso, doutrinalmente, considérense estes actos procedemento legislativo ou actos presupostos, poden ser obxecto de control polo TC ó examina-la constitucionalidade da lei.

A xurisprudencia constitucional é vacilante respecto disto. Mentres nun caso se declarou a inconstitucionalidade dunha lei

¹⁴¹ Art. 7.1.1.a) da Lei 21/1991.

¹⁴² Non compartimos, xa que logo, o xuízo de Cordero Torres para quen a falta de precedentes respecto disto en España é absoluta. *Vid.*, Cordero Torres, *op. cit.*, páx. 178.

¹⁴³ Cordero Torres, *ibid.*

¹⁴⁴ Art. 44 RCD e art. 67 RS.

¹⁴⁵ Parada, *op. cit.*, páx. 306.

¹⁴⁶ Biglino Campos, Paloma, *Los vicios del procedimiento legislativo*, CEC, Madrid, 1991, páxs. 102 e segs., especialmente páx. 106.

¹⁴⁷ Biglino, *op. cit.*, páx. 107.

que carecía do oportuno dictame consultivo preceptivo previsto nun Estatuto de autonomía¹⁴⁸, noutro suposto declarouse que a omisión dun dictame consultivo do Consello Xeral do Poder Xudicial, preceptuado por unha lei orgánica, se produciu “no procedemento administrativo previo ó envío do proxecto ó Congreso e non no procedemento lexislativo, é dicir, *no relativo á elaboración da lei*, que se desenvolve nas Cortes Xerais” (subliñado noso)¹⁴⁹. Xa advertimos que na rúbrica da Constitución dedicada á elaboración das leis se inclúe a iniciativa lexislativa do Goberno que se xera fóra das Cortes. Biglino intenta superar esta contradición xurisprudencial alegando que un Estatuto de autonomía forma parte do parámetro da constitucionalidade, pero é dubidoso que unha lei orgánica pertenza a este¹⁵⁰. En calquera caso, o TC considerou leis orgánicas homologables coa discutida naquela ocasión, como a do Tribunal de Contas, como compoñentes do bloque da constitucionalidade¹⁵¹, polo que esa explicación pode que non sexa concluínte.

En calquera caso, se se nega que a omisión do dictame do Consello de Estado vicie a iniciativa lexislativa do Goberno, habería que sinalar qué consecuencia xurídica se produce polo incumprimento dese trámite. Unha posible solución que non fose tan traumática e incluso desproporcionada como a inconstitucionalidade, podería se-la facultade das Cortes de negarse a tramitar un proxecto lexislativo que non reúna os requisitos legais, cal o de contar co preceptivo dictame do Consello de Estado, se este fose preceptivo.

2. A.3. A competencia consultiva do Consello de Estado tamén se estende á **potestade regulamentaria**. Deixando na marxe polo momento a actividade regulamentaria das CCAA, centrémonos agora nunhas consideracións xerais sobre esta potestade, centrada en principio no Goberno. A Permanente debe ser consultada preceptivamente sobre “as disposicións regulamentarias que se dicten en execución, cumprimento e desenvolvemento de tratados, convenios ou acordos internacionais” e sobre os “regulamentos ou disposicións de carácter xeral que se dicten en execución das leis, así como as súas modificacións”¹⁵².

No exercicio desta competencia consultiva correspóndelle ó Consello de Estado verificar, en primeiro lugar, se o texto sometido á súa consideración foi precedido do procedemento legalmente establecido¹⁵³ e emana de quen ten atribuída a competencia (exame de procedemento e de competencia). O Consello de Estado analiza, en segundo lugar, se o texto se axusta á lei que lle proporciona cobertura ó regulamento, da que este é execución, desenvolvemento e complemento, e tamén se o re-

¹⁴⁸ STC 35/1984, do 13 de marzo (Pleno, ponente: Pera), f. x. 6.

¹⁴⁹ STC 108/1986, do 26 de xullo (Pleno, ponente: Latorre), f. x. 3.

¹⁵⁰ Biglino, *op. cit.*, páx. 109 (en nota).

¹⁵¹ STC 187/1988, do 17 de outubro (Pleno, ponente: Be-gué), f.x. 1.

¹⁵² Art. 22.2 e 3 LOCE.

¹⁵³ Arts. 129 e segs. LPA.

gulamento respecta os límites materiais ou substantivos da potestade regulamentaria (exame de contido). Tamén, en terceiro lugar, lle corresponde ó Consello de Estado dictaminar sobre os aspectos de técnica normativa (construcción da regra de dereito, certeza e claridade na súa formulación, ordenación sistemática, conveniencia de repetir no regulamento preceptos da lei, etc.)¹⁵⁴.

Os problemas preséntanse verbo do propio concepto de regulamento executivo e respecto dos efectos da omisión do dictame do Consello nestes supostos. En canto ó primeiro problema, isto é, ó concepto de regulamento executivo, a LOCE parece que non prescribe o dictame do Consello respecto de tódolos regulamentos, senón só respecto daqueles que se dicten "en execución das leis" ou "en execución, cumprimento e desenvolvemento de tratados... internacionais".

Formulouse a cuestión dos regulamentos dictados en execución de dereito comunitario derivado que nin é "lei estatal" nin "tratado internacional". Anque Alonso García pensa que unha interpretación lóxica e sistemática dos arts. 22.2 e 22.3 LOCE levaba a considerar preceptivo o dictame do Consello de Estado en tales casos¹⁵⁵, o certo é que o propio dereito positivo estipulou a obrigatoriedade do dictame nos supostos mencionados¹⁵⁶.

O dito anteriormente respecto das relacións entre o Consello de Estado e o Consello Económico e Social respecto do dictame de certas normas de tipo lexislativo que regulen materias socioeconómicas e laborais, debe reiterarse aquí con relación ós "Proxectos de reais decretos que considere o Goberno que teñen unha especial transcendencia na regulación das indicadas materias".¹⁵⁷

Esa alusión ós regulamentos executivos implica un recoñecemento da posible existencia de regulamentos independentes. Tal categoría foi moi discutida pola doutrina. É evidente que a CE non garante un espacio de reserva para o regulamento¹⁵⁸. O problema non radica aí, senón no controvertido punto de se existe unha potestade regulamentaria autónoma, isto é, cál é o ámbito dos regulamentos que non son executivos senón independentes. Nos casos en que existe unha reserva constitucional de lei non caben regulamentos materialmente independentes. Agora ben, discútese a extensión desa reserva de lei. Respecto disto poden distinguirse tres posturas. A primeira, sostida por un sector minoritario, considera que existe unha reserva xenérica de lei, de tal sorte que o regulamento necesariamente debe gozar de habilitación legal previa (anque sexa unha remisión en

¹⁵⁴ Advirte Pérez Hernández verbo da cuestión de repetir preceptos legais nun regulamento, que o Consello nalgún momento rexeitou ese sistema. Sen embargo, non quixo ese criterio noutras ocasións. A razón é que na práctica é máis cómodo manexar un só texto, e que o risco de modificar por vía regulamentaria un precepto legal se amortigua polo informe preceptivo do Consello de Estado, a función do cal é advertir dese feito. Un modelo intermedio é o seguido polo ROCE que incorpora ó Regulamento artigos da lei, pero facendo constalo precepto legal ó que se corresponde cada precepto regulamentario. *Id.*, Pérez Hernández, *op. cit.*, páxs. 37-38; Arozamena, *op. cit.*, páxs. 144-145. O problema referido non ós regulamentos, senón ás leis (as chamadas *leges repetitae*) foi obxecto de consideración polas SSTC 40/1981, do 18 de decembro (f. x. 1.C); 10/1982, do 23 de marzo (f. x. 8); 35/1982, do 14 de xuño (f. x. 3); 62/1991, do 22 de marzo (f. x. 4 b. e. e.). Sobre esta última sentenza *vid.*, o comentario de López Benítez, Mariano, "¿Interdicción de las *leges repetitae*?", AA n.º 6 (1991), páxs. e 131 segs.

¹⁵⁵ Alonso García, Ricardo, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 69 (en nota).

¹⁵⁶ Art. 4 da Lei 47/1985, do 27 de decembro de bases de delegación ó Goberno para a aplicación do dereito comunitario, que establece o dictame preceptivo sobre "cantas disposicións regulamentarias se dicten en execución, cumprimento ou desenvolvemento da normativa comunitaria europea".

¹⁵⁷ Art. 7.1.1.a) da Lei 21/1991.

¹⁵⁸ STC 18/1982 do 4 de maio (Pleno, ponente: Escudero), f. x. 3.

branco), sen que sexa posible unha relación directa Constitución-regulamento sen a *interpositio legis*. Aducen no seu apoio o art. 97 CE, fundamentalmente, que lle atribúe ó Goberno a potestade regulamentaria "de acordo coa Constitución e as leis", amén dos arts. 9.1 (suxeición á Constitución), 9.3 (principio de xerarquía) e 103.1 ("a Administración actúa... con sometemento pleno á lei e ó dereito")¹⁵⁹.

A segunda postura, maioritaria, inclínase a pensar que existe unha reserva xeral de lei para a liberdade e a propiedade, coa consecuencia de que as regulacións complementarias só poden operarse por regulamentos que gocen de habilitación legal previa¹⁶⁰; agora ben, nas materias non sometidas a tal reserva constitucional de lei, é posible unha regulación directa, isto é, independente por regulamento¹⁶¹. A potestade regulamentaria independente tería, pois, un ámbito residual¹⁶². A terceira posición, tamén minoritaria, sostén que non existe tal reserva xeral e o Regulamento pode regular de forma directa ou independente calquera materia que non estea cuberta por unha reserva expresa de lei, anque se trate da liberdade e da propiedade¹⁶³.

A xurisprudencia constitucional¹⁶⁴ parece que aceptou a categoría dos regulamentos executivos definidos como "aqueles que estean directa e concretamente ligados a unha lei, a un artigo ou artigos dunha lei, ou a un conxunto de leis" (subliñado noso), e admite así mesmo os "regulamentos de organización", pero "sen trata-la cuestión de se os ditos regulamentos teñen verdadeiramente carácter independente" anque non aparezan "necesariamente como complementarios da lei"¹⁶⁵. É dicir, que

entre a segunda e a terceira (non admiten expresamente a reserva de lei respecto da liberdade e da propiedade), na práctica achéganse á primeira, pois nin tan sequera nos campos que tradicionalmente se asignan á potestade regulamentaria independente (potestade organizatoria, relacións especiais de suxeición e prestacións positivas ós administrados que inciden favorablemente sobre eles) "es previsible -y en algún caso tampoco legalmente posible- que exista una potestad reglamentaria del Gobierno que se ejerza directamente a partir de la Constitución y sin intermediación alguna de una Ley que regule la materia de que se trate" (páxs. 189 e segs.).

¹⁶³ De Otto, *op. cit.*, páx. 233. Este autor rexeita a dualidade lei material/lei formal no noso ordenamento (De Otto, *op. cit.*, páxs. 162 e segs.) deixando de lado algúns datos positivos como o art. 53.1 CE (como base para a construción do concepto de lei material) e o art. 134.7 CE (que permite distingui-la "lei substantiva" da que non o é, isto é, da formal).

¹⁶⁴ A xurisprudencia respecto disto estúdiase Alonso García, *op. cit.*, páxs. 15 e segs.; de forma moi sintética e esquemática, con referencia á xurisprudencia do TS. *Vid.*, Sebastián Lorente, Jesús J., "El dictamen del Consejo de Estado sobre reglamentos: casuística y sistemática jurisprudencial", *Actualidad Administrativa*, n.º 8 (1993), páxs. 135 e segs.

¹⁶⁵ STC 18/1982, do 4 de maio (Pleno, ponente: Escudero), f. x. 4.

¹⁵⁹ Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, "Observacions a l'entorn dels límits de la potestat reglamentària del Govern", en VVAA, *El Govern...*, cit., páx. 155 e segs., páx. 159 e segs. Na mesma liña, Alonso García, *op. cit.*, páx. 69.

¹⁶⁰ García de Enterría, Eduardo e Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I., Civitas, Madrid, 1990 (5ª ed.), páxs. 256 e segs., especialmente páx. 266. De Otto observa acertadamente que esta tese "aunque *expressis verbis* mantenga una concepción puramente formal de la ley, que exige correlativamente una teoría puramente formal del reglamento, la doctrina que se critica se viene a articular sobre la vieja concepción de que las normas que afectan a los derechos de los ciudadanos son leyes en sentido material", *vid.*, De Otto y Pardo, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1989, páx. 234.

¹⁶¹ García de Enterría e Fernández, *op. cit.*, páx. 218 (con matices, páx. 227).

¹⁶² Carro Fernández-Valmayor, José Luis y Gómez-Ferrer Morant, Rafael, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", *RAP* n.º 87 (1978), páxs. 161 e segs., páx. 189. Anque estes autores teoricamente se sitúan nunha postura intermedia

aínda aceptando a tradicional categoría dos “regulamentos executivos” non se recoñecen expresamente os regulamentos independentes. Posteriormente, sen embargo, o TC dixo que o regulamento “salvo moi contadas excepcións só pode actuar cando o primeiro (o instrumento legal) o habilita”¹⁶⁶, o que supón un recoñecemento dun ámbito, sequera sexa restrinxido, para os regulamentos independentes. Agora ben, eses regulamentos independentes teñen unha posición constitucional precaria, pois o TC negou que exista unha reserva regulamentaria¹⁶⁷, o que supón que os regulamentos son independentes só na medida en que a lei o permita. En calquera caso, a posible existencia destes regulamentos independentes ten un límite radical, pois “o Goberno non pode crear dereitos nin impoñer obrigas que non teñan a súa orixe na lei, polo menos de maneira mediata, a través dunha habilitación”¹⁶⁸. Finalmente, na opinión do TC, non lle é posible ó legislador dispoñer da reserva mesma de lei a través de remisións incondicionadas ou carentes de limitacións certas e estrictas, pois iso suporía un desapoderamento do Parlamento a favor da potestade regulamentaria e sería contrario á norma constitucional creadora da reserva de lei¹⁶⁹. Iso non é óbice para que o propio TC considere a potestade regulamentaria, sen distincións, como “unha técnica de colaboración da Administración co poder legislativo”¹⁷⁰.

O Tribunal Supremo, pola súa parte, sostivo posicións contradictorias, aínda que parece decantarse a favor da tese da existencia de regulamentos independentes. Por unha parte, defendeu a distinción entre regulamento executivo e independente, tanto dende unha perspectiva material, que o leva a considerar regulamento executivo o “directa e concretamente ligado a unha lei ... ou a un conxunto de leis, de maneira que a dita lei, ou leis, a/s completa e desenvolve... o regulamento e iso anque tales regulamentos deban “respecta-lo bloque da legalidade formal”¹⁷¹; canto dende unha perspectiva formal (regulamento executivo é todo regulamento que, sen desenvolver materialmente unha lei, executa unha habilitación legal)¹⁷². En todo caso, ámbalas perspectivas converxen ó entender como regulamentos executivos das leis “os que –de forma directa e inmediata– executan, desenvolven, completan, cumprimentan ou pormenorizan unha lei ou disposición normativa con forza de lei, ou un dos seus preceptos ou un conxunto destes ou daquelas”¹⁷³. O Tribunal Supremo non só recoñeceu a existencia de regulamentos executivos, o que *a contrario sensu* implica o recoñecemento implícito de regulamentos independentes, senón que expresamente acolleu esta última categoría en relación, prin-

¹⁶⁶ STC 35/1982, do 14 de xuño (Pleno, ponente: Rubio), f. x. 2.

¹⁶⁷ SSTC 5/1981, do 13 de febreiro (Pleno, ponente: Tomás), f. x. 21.C); 18/1982, f. x. 3; 60/1986, do 20 de maio (Pleno, ponente: Leguina), f. x. 2.

¹⁶⁸ STC 4/1991, do 14 de xaneiro (Sala 2ª, ponente: Rodríguez), f. x. 3.

¹⁶⁹ SSTC 99/1987, do 11 de xuño, (Pleno, ponente: Vega), f. x. 3; 178/1989, do 2 de novembro (Pleno, ponente: Rodríguez), f. x. 7.

¹⁷⁰ STC 18/1982, f. x. 3.

¹⁷¹ STS do 22 de abril de 1974, Sala 4ª (Ponente: Martín Martín), Arzdi. 1921.

¹⁷² STS do 17 de novembro de 1975 (Arzdi. 4402).

¹⁷³ STS do 25 de outubro de 1991 (Sala 3ª, Sección 4ª, ponente: Rodríguez-Zapata), Arzdi. 8178.

¹⁷⁴ STS do 15 de marzo de 1989 (Sala 3ª, Sección 2ª, ponente: Cancer), Arzdi. 2017. No mesmo sentido, a STS do 22 de maio de 1991 (Sala 3ª, Sección 6ª, ponente: Rosas Hidalgo), Arzdi. 4337.

¹⁷⁵ A STS do 15 de marzo de 1989 di que os regulamentos organizativos “completan a organización a que aquela (a lei) se refire” e a STS do 22 de maio de 1991 declara que eses regulamentos son “en boa medida independentes da lei”.

¹⁷⁶ STS do 24 de maio de 1984, Arzdi. 3132. De forma máis nítida a STS do 5 de xuño de 1989 (Sala Especial) que considera "artificiosa" a separación dos regulamentos executivos dos independentes, a cal achaca precisamente ó art. 22.3 LOCE.

¹⁷⁷ Cordero Torres, *op. cit.*, páx. 179.

¹⁷⁸ Alonso García, *op. cit.*, páx. 66.

¹⁷⁹ Alonso García, *op. cit.*, páx. 69.

¹⁸⁰ As achegas doutrinais respecto disto son numerosas: De Dios Viéitez, María Victoria, "El dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos. ¿Control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria?", *REDA*, n.º 60 (1988), páx. 632 e segs.; García-Trevijano Gamica, Ernesto, "Efectos de la omisión ...", páxs. 241 e segs.; De Asís Roig, Agustín Eugenio, "Los efectos de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de Disposiciones generales", *PJ*, n.º 16 (1989), páxs. 9 e segs.; González Salinas, Pedro, "El dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales", *REDA* n.º 67 (1990), páxs. 463 e segs.; Alonso García, *op. cit.*, páxs. 74 e segs.

¹⁸¹ STS do 7 de maio de 1987, Arzdi. 5241.

¹⁸² *Vid.*, recentemente as SSTS do 23 de decembro de 1991 (sala 3ª, sección 4ª, ponente: Rodríguez-Zapata), Arzdi. 302; e do 20 de xaneiro de 1992 (sala 3ª, sección 4ª, ponente: Rodríguez-Zapata), Arzdi. 622.

¹⁸³ Excepto De Dios Viéitez, *op. cit.*, páx. 644.

cialmente, co regulamento organizativo, que na opinión do TS é un regulamento administrativo e interno, puramente organizatorio, que "debe ser encadrado entre os chamados autónomos ou independentes, que nin complementan, nin aplican, desenvolven ou executan a lei... senón que simplemente complementan a ordenación á que aquela se refire, sobre unha materia organizatoria na que a lei non entrara"¹⁷⁴. En todo caso advírtase que neste regulamento o TS indica que hai polo menos unha conexión coa lei¹⁷⁵. En contraste con estas posicións, houbo sentencias que relativizaron esa distinción ata practicamente anulala, eliminando a categoría dos regulamentos "independentes", pois "un regulamento sempre terá que mostrarse de acordo coa Constitución e as leis"¹⁷⁶.

Esta última liña xurisprudencial que se corresponde coa posición doutrinal que nega a existencia de regulamentos "independentes" é a que consideramos máis positiva. Xa Cordero Torres propuxo que tódalas disposicións de índole regulamentaria deberían ir, se acaso coa excepción dos regulamentos de necesidade, ó Consello. Ó seu xuízo, é nos regulamentos onde o Consello achega a súa competencia única, para non obrar con esquecemento dos numerosos efectos que eles poden provocar sobre outras disposicións e persoas, excedéndose na súa misión, descoñecendo a competencia ou o dereito alleo, contradicindo ou derogando, sen que o propuxese, calquera precepto, e de mil modos máis¹⁷⁷. Por esta senda camiña tamén Alonso García quen observa que alí onde exista maior marxe de discrecionalidade no exercicio da potestade regulamentaria por non haber conexión cunha lei previa con contido que desenvolver, maior necesidade hai de potencia-los mecanismos de control, sobre todo se a través destes é posible examinar non só a legalidade –formal e material– do regulamento, senón tamén o seu acerto e oportunidade, control este último que, no único momento en que pode ser exercido é precisamente na fase de elaboración da norma ó quedar fóra da competencia dos órganos xurisdiccionais¹⁷⁸. Por iso este autor defende unha interpretación extensiva da LOCE para que "execución das leis" comprenda o bloque da legalidade formal e material, incluída a Constitución¹⁷⁹.

Outra cuestión discutida céntrase arredor dos efectos da omisión do preceptivo dictame do Consello de Estado nestes regulamentos¹⁸⁰. A xurisprudencia en xeral e salvo unha excepción¹⁸¹, considera que no recurso directo contra disposicións xerais, esa omisión provoca a nulidade de pleno dereito da disposición¹⁸². A doutrina tamén se inclina por esa tese¹⁸³. Cando o recurso é

indirecto a xurisprudencia tende a soste que a omisión ou provoca a anulabilidade ou é irrelevante. Un sector da doutrina xustificou esta postura alegando que a garantía da intervención do Consello de Estado debe cohonestarse con outros principios xurídicos (economía procesual, conservación do ordenamento xurídico, protección das relacións xurídicas xurdidas ó amparo do regulamento en cuestión), ademais de perder virtualidade (o consello sobre o acerto e a oportunidade da norma é menos relevante canto máis tempo trascorre dende a aprobación desa)¹⁸⁴.

2.B. En relación cos procesos constitucionais, a Permanente debe ser consultada obrigatoriamente na impugnación das disposicións e resolucións adoptadas polos órganos das CCAA ante o Tribunal Constitucional, con carácter previo ou posterior á interposición do recurso. Neste último caso o Goberno acordará, na mesma sesión, interpoñe-lo recurso e formula-la consulta¹⁸⁵.

O obxecto de impugnación pode ser calquera disposición ou resolución (con ou sen forza de lei, regulamentaria, ou administrativa) adoptada por unha CA. Exclúese, polo tanto, o suposto de impugnación de actos ou normas de calquera dos órganos constitucionais (Goberno, Parlamento –Congreso e Senado– ou Consello Xeral do Poder Xudicial).

Os tipos de procesos constitucionais que esixen este dictame obrigatorio son os recursos de inconstitucionalidade, os conflitos de competencias e as impugnacións das disposicións sen forza de lei e calquera resolución adoptada polos órganos das CCAA (título V LOTC).

O suxeito que debe formula-la consulta non está expresamente indicado pola LOCE. O art. 22.6 *in fine* parece significar que é o Goberno o único destinatario deste mandato. Arozamena defende esa interpretación¹⁸⁶. Esta interpretación, á que certamente dá pé a LOCE cremos que é tributaria dunha concepción do Consello de Estado como órgano auxiliar exclusivamente do Goberno, isto é, dunha idea subxectiva do Consello (centrada nas súas relacións con outros suxeitos) máis que nunha configuración obxectiva ou funcional do mesmo que é a que aquí se defendeu. Dende esta última perspectiva cremos que a LOCE pode interpretarse no sentido de que non só deba o Goberno da Nación consultar preceptivamente nestes supostos, senón que tamén deban facelo os demais suxeitos lexitimados nos referidos procesos, como por exemplo o poida ser una CA que formule un conflito de competencias fronte a outra CA. Polo demais, non se discute que calquera CA pode solicitar facultativamente dictame do Consello naqueles asuntos,

¹⁸⁴ Alonso García, *op. cit.*, páx. 92.

¹⁸⁵ Art. 22.6 LOCE.

¹⁸⁶ Arozamena non se formula a existencia doutro posible destinatario de norma e alude unicamente ó Goberno e ó seu presidente como obrigados a pedir-lo dictamen, *op. cit.*, páxs. 137-138.

coma este, no que pola especial competencia ou experiencia daquel, o estimen conveniente¹⁸⁷.

O dictame pódese solicitar antes ou despois da interposición do recurso. A solicitude posterior, e non previa, é, na opinión de Arozamena, un suposto de excepción ó que é común á función consultiva, que se exerce antes da decisión. Esta modalidade excepcional deveu practicamente nunha regra xeral coa conseguinte perda de eficacia da consulta, tanto dende a perspectiva do Consello de Estado, canto dende a perspectiva do mellor asesoramento do Goberno¹⁸⁸.

Agora ben, como sostén o mesmo autor, e xa antes advertiu Cordero¹⁸⁹, isto non supón unha privación total da eficacia da función consultiva, pois unha vez coñecido o dictame, o Goberno pode, ben reconsidera-la súa postura desistindo do procedemento ou ben facerlle chegar ó TC tal dictame en apoio das súas pretensións¹⁹⁰.

Este dictame do Consello de Estado que pode evacuarse nun prazo moi inferior á sentenza do Tribunal Constitucional pode resultar moi útil como unha especie de "antexuízo de constitucionalidade" ou de "primeira instancia impropia" nos procesos constitucionais que, dunha banda, permita aliviar-lo tribunal de recursos que poden ser obxecto de desistimento, á vista da opinión dun órgano independente de que non teñen posibilidades de prosperar; e, doutra banda, pode facilita-lo traballo de estudo dos casos no Tribunal Constitucional, o que pode solicitar tal dictame e aproveita-lo traballo desempeñado polos membros do Consello para o seu estudo dos casos aliviando a enorme tarefa que deben realizar os letrados do Tribunal Constitucional. Por iso, nunha formulación *de lege ferenda* cremos que sería positivo estende-la preceptividade do dictame a tódolos procesos constitucionais, xa se orixinen por normas ou actos das CCAA, ou xa se causen por normas ou actos dos órganos constitucionais do Estado.

2. C. Finalmente, hai un terceiro tipo de consultas que se refiren ó órgano auxiliar do Estado con relevancia constitucional que é o **Consello de Estado**. O Pleno debe ser consultado preceptivamente sobre tódolos anteproxectos de lei ou proxectos de disposicións administrativas, calquera que fose o seu rango e obxecto, que afecten á organización, competencia ou ó funcionamento do Consello de Estado¹⁹¹. O Pleno debe ser igualmente consultado acerca da separación dos conselleiros permanentes¹⁹². Pola súa parte, a Permanente debe ser obrigatoriamente consultada sobre os asuntos relativos á organización, competencia e funcionamento do Consello de Estado¹⁹³.

¹⁸⁷ Art. 23.1 LOCE.

¹⁸⁸ Arozamena, *op. cit.*, páx. 138.

¹⁸⁹ Cordero Torres, *op. cit.*, páx. 211.

¹⁹⁰ Arozamena, *op. cit.*, páxs. 138-139. Este autor considera que o art. 88.1 LOTC autoriza esa remisión do dictame. Máis exacto coidamos que é considerar que o TC pode solicitar do Goberno tal dictame.

¹⁹¹ Art. 21.6 LOCE.

¹⁹² Art. 21.8 LOCE.

¹⁹³ Art. 22.16 LOCE.

Trátase dunha competencia consultiva que tende a reforza-la independencia e a autonomía do Consello dándolle voz respecto a tódalas cuestións que lle poidan afectar. Esta competencia consultiva configúrase de forma moito máis ampla do que recollían as anteriores regulacións sobre o Consello de Estado. Mentres tradicionalmente se consultaba o Consello, ademais de sobre a separación dos conselleiros permanentes, acerca dos “asuntos relativos á orde interior do Alto Corpo”¹⁹⁴, agora consúltase sobre aspectos de indubidable relevancia externa como as competencias que lle corresponden.

Pode formularse a cuestión de en qué medida a competencia consultiva da Permanente respecto disto ten substantividade en relación coa amplísima competencia do Pleno nesta materia (tódalas disposicións “calquera que fose o seu rango e obxecto”). Trátase no caso da Comisión Permanente, dunha competencia residual que permita facer oí-la voz do Consello en todo aquel suposto en que non puidese aplicarse a norma que prescribe a consulta ó Pleno. O obxectivo é, indubidablemente, garantista.

B. Control

Xa houbo ocasión de expoñe-la distinción entre as funcións de consulta e a de control, seguindo a Mortati e a Galeotti. Como vimos, a actividade de control caracterízase por constar de dous elementos: o xuízo e a medida. Esta última ben impide *ab initio* a eficacia do acto, ben a preclúe, ou ben o retira da circulación trala súa entrada en vigor. Estes efectos prodúcense nos casos nos que tal acto ora sexa considerado contrario a dereito, ora se opoña ó interese confiado ó coidado do órgano axente¹⁹⁵. O dictame ordinario, se ben conta co primeiro elemento definitorio do control, isto é, o xuízo, carece do segundo elemento, a medida, que é esencial, *sine qua non* para lle outorgar ó dictame a cualidade de control. Dende esta perspectiva, a natureza de control pode predicarse dos dictames vinculantes, a natureza de dictames é negada por un cualificado sector da doutrina. Máis discutible é se tamén pode formularse respecto dos chamados dictames semi-vinculantes.

García-Trevijano distinguiu tres tipos de vinculación. En primeiro lugar, existiría a vinculación absoluta. Un dictame deste tipo obrigaría o destinatario deste, por unha parte a actuar, pero ademais a facelo no sentido marcado polo dictame. En segundo lugar, existiría a vinculación parcial ou semi-vinculación en canto ó fondo do asunto. Neste caso, o dictame non obrigaría a actuar, pero se o destinatario deste decidise actuar só podería facelo seguindo a doutrina fixada no dictame. En terceiro e úl-

¹⁹⁴ Art. 27.9° LOCE 1904; art. 27.8° LOCE 1924; Art. 17.8° LOCE 1944.

¹⁹⁵ Galeotti, *op. cit.*, páxs. 321 e 322; Mortati, *op. cit.*, I, páx. 266.

timo lugar, distínguese outro dictame que García-Trevijano tamén chama semi-vinculante, pero respecto da forma. No último suposto, o dictame non obriga a actuar nin obriga a facelo no sentido por el marcado, pero si obriga a que a decisión sobre a actuación e o sentido desta a adopte un suxeito distinto do destinatario do dictame¹⁹⁶.

O primeiro tipo de dictame (vinculación absoluta) cremos con Cordero Torres que carece absolutamente de natureza consultiva. O segundo tipo de dictame (vinculación parcial), parécenos que tampouco ten natureza consultiva. Tanto este dictame como o anterior, contradín de forma evidente o principio *nemo ex consilio obligatur*¹⁹⁷. Cordero Torres opina que obriga-lo órgano activo a que non se separe do dictame sen impoñerlle a súa aceptación, é un acto híbrido do que só excepcionalmente se poderían seguir vantaxes para o bo servicio dos intereses públicos, posto que este tipo de dictames diminúen a responsabilidade do consultante¹⁹⁸. Como afirman García de Enterría e Fernández, os dictames desta segunda clase supoñen a existencia dunha competencia compartida entre o órgano activo e o consultivo¹⁹⁹. Esta circunstancia fai que o órgano consultivo se converta en codecisor que exerce *potestas* deixando de ser un órgano consultivo que só exerce *auctoritas*. A terceira e última forma de dictame (semi-vinculación), que unicamente obriga a que a decisión sexa adoptada por outro órgano distinto, ten unha natureza máis dubidosa. Propiamente falando, este dictame non ten natureza de control, non poden predicarse deste as notas que vimos que caracterizaban a función de control. Agora ben, o que singulariza estes últimos dictames é que, sen impedila, obstaculiza a eficacia do acto e fai necesaria unha intervención adicional. Trátase dun suposto fronteirizo entre a consulta e o control.

O feito de que o dictame aquí non sexa impeditivo, pese a dificulta-la emisión do acto, inclínanos a consideralo de natureza consultiva.

O dictame vinculante absolutamente non existe actualmente no noso ordenamento, se ben existiu no pasado²⁰⁰. A súa existencia entendemos que está vedada pola definición constitucional do Consello de Estado como órgano *consultivo*. O dictame parcialmente vinculante atópase previsto na LOCE, que dispón que "os dictames do Consello non serán vinculantes, salvo que a lei dispoña o contrario"²⁰¹. É dicir, admítase que por lei poida dispoñerse tal carácter vinculante.

Este precepto cremos que é inconstitucional por razóns de tipo material e formal. A primeira razón material é que ese dictame

¹⁹⁶ García-Trevijano Fos, José Antonio, "Tratado de Derecho Administrativo", *Revista de Derecho Privado*, t. II, vol. II, Madrid, 1971 (2ª ed.), páxs. 676-677.

¹⁹⁷ *Digesto* 17, 1, 2.

¹⁹⁸ Cordero Torres, *op. cit.*, pág. 208.

¹⁹⁹ García de Enterría e Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II (3ª ed.), Civitas, Madrid, 1991, pág. 467.

²⁰⁰ Referímonos ó dictame de revisión das actuacións dos tribunais de Honor (suprimidos polo art. 26 CE), *cf.* base 5ª da Lei do 17 de outubro de 1941.

²⁰¹ Art. 2.3 LOCE.

vinculante (que se corresponde co que aquí se chamou vinculación parcial) ten unha natureza de control e o Consello *ex Constitutione* non ten natureza de órgano de control, senón de órgano consultivo. A definición constitucional como órgano consultivo supón xa unha acotación das posibles competencias que segundo o art. 107 CE pode asumir o Consello. Adóitase dicir (aínda que non sempre é certo xuridicamente) que quen pode máis (o control), pode o menos (o consello); o que parece tremendamente discutible é que se poida defender que quen pode o menos, poida tamén o máis.


A segunda razón material que, na nosa opinión, alimenta a inconstitucionalidade do citado precepto da LOCE é que este ignora a distribución de competencias operada pola mesma Constitución a favor de diversos órganos ou entidades. Así, dun lado, o art. 97 CE di que o Goberno dirixe a política e a Administración, e que exerce a función executiva e a potestade regulamentaria, de acordo coa Constitución e as leis; e, doutro, o art. 106.1 CE indica que os tribunais controlan a potestade regulamentaria, a legalidade da actuación administrativa e o sometemento desta ós fins que a xustifican. Unha atribución ó Consello de Estado de dictames parcialmente vinculantes suporía un cernamento, non previsto na Constitución, das competencias que a esta lle asigna ó goberno ou ós tribunais. E o mesmo podería dicirse en relación coas CCAA e as entidades locais.

A razón formal que apoia a nosa opinión sobre a inconstitucionalidade do art. 2.3 LOCE baséase en que o art. 107 CE prevé que “*unha lei orgánica*” regulará as competencias deste. O que opera o art. 2.3 LOCE é unha especie de “deslegalización” que permite a asunción de competencias polo Consello mediante unha “lei” sen adxectivacións (salvo que o concreto precepto desa lei, presuntamente ordinaria, teña carácter orgánico). Tal “deslegalización” coidamos que tamén vulnera o art. 107 CE.

Certamente, o anterior non significa que non se lle poidan encomendar novas competencias ó Consello de Estado, mediante leis orgánicas distintas da prevista no art. 107 (anque poida ser criticable dende a perspectiva da técnica legislativa). Tampouco significa que a lei orgánica prevista no art. 107 CE non poida defini-las competencias xenéricas do Consello, de maneira que a lei ordinaria poida, dentro dese marco, atribuír-lle outras específicas. O imprescindible é, dende o punto de vista formal, que se respecte a reserva de lei orgánica.

Pese ó que manifestamos, o TC na única ocasión que tivo de pronunciarse sobre este asunto, se ben *obiter dictum*, parece que admitiu que os dictames do Consello poidan ser vinculantes ou

non²⁰². En todo caso, opinamos que tal pronunciamento pode explicarse, en primeiro lugar, por facerse, como xa se dixo, o paso doutra cuestión; en segundo lugar, para non cuestiona-la inconstitucionalidade de certas normas existentes no noso ordenamento e que ninguén formulou formalmente; e, en terceiro lugar, como consideración da garantía que ese dictame supón para o funcionamento da Administración.

No noso ordenamento aínda subsisten algúns casos, ligados a materias de dereito administrativo²⁰³, nos que o dictame do Consello é vinculante no sentido exposto. A LOCE tamén prevé o suposto da chamada por García-Trevijano semi-vinculación parcial en canto ó fondo. Nos casos de consulta preceptiva, cando o consultante sexa un ministro e disinta do parecer do Consello, corresponderalle resolver ó Consello de Ministros²⁰⁴. Este dictame, como xa advertimos, cremos que non sae da esfera da consulta, polo que a súa constitucionalidade é defendible. 

²⁰² STC 204/1992 (f. x. 4).

²⁰³ Art. 50 da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana, aprobada por R.D. 1346/1976, do 9 de abril; art. 42 do Regulamento xeral de contratación do Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, do 25 de novembro; art. 65.1.a. da Lei xeral presupostaria, Texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 1091/1988, do 23 de setembro; art. 102.1 LRXAP.

²⁰⁴ Art. 2.5 LOCE.

Introducción a los delitos contra la Administración pública

Profesor ayudante
de Derecho Penal.
Universidad de Santiago de
Compostela

Fernando Vázquez Portomeñe Seijas

1. Consideraciones previas

En una valoración compartida con carácter general en el ámbito del derecho comparado, la determinación de los intereses protegidos a través de las figuras integradas en el grupo de los delitos de los funcionarios públicos se revela como una tarea compleja, mediatizada por una pluralidad de factores de diversa índole¹. En el dato histórico se justifica la existencia de profundas divergencias –de forma y de contenido– entre las regulaciones previstas en los diversos sistemas penales, habiéndose formulado al hilo del mismo una de las críticas más importan-

¹ Véanse al respecto las referencias de R. Maurach ("Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abweichungen der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda", en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1. band, Bonn, 1954, pág. 252) y F. Tagliarini (*Il concetto di Pubblica Amministrazione nel Codice penale*, Milano, 1973, págs. 77 y ss.). Para el Derecho español, E. Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, págs. 135 y sigs. y 188 y sigs.

tes de que estas infracciones son objeto: su profunda inadecuación a la evolución sufrida por la materia en la que, en definitiva, "hunden sus raíces"². Por otra parte, el iter de creación y evolución del grupo en los diversos textos punitivos entronca históricamente con la injerencia de un Poder del Estado –el Judicial– en otro –el Ejecutivo– y con la progresiva consolidación de un sistema de revisión jurisdiccional de la actividad administrativa completamente independiente de la eventual afirmación de la responsabilidad penal del funcionario³. El número excesivamente amplio de figuras que integran el grupo, su escasa movilidad y los métodos de sistematización a que viene sometido representan, en fin, las principales rémoras de técnica legislativa que debe enfrentar la construcción dogmática de estas figuras.

Estas notas pretenden poner de manifiesto la conveniencia de revalorizar el punto de vista sistemático como criterio preferente en la reconstrucción interpretativa del grupo. Se apoyan para ello en la eficacia exegética que reviste la integración de la norma jurídico-penal en un sistema de preceptos que autoriza a una labor de justificación de cada uno de ellos en función de los restantes, esto es, **ab interno** de una constitución orgánica de principios⁴. Así, la pretensión legislativa de reunir estos delitos a partir de un criterio formal basado en la condición especial del sujeto activo, como ocurre en el Código penal alemán y en el Có-

² Además de la bibliografía citada en la nota 1, vid. R. Klinhardt, "Die Amtsdelikte", en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 2. Band, Bonn, 1955, págs. 479 y sigs., y especialmente Wachinger, "Verbrechen und Vergehen im Amte. Allgemeine Erörterung", en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil*, IX Band, Berlin, 1906, pág. 284, a quien pertenece la cita.

³ Vid. J. R. Casabó Ruiz, "Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", en *Escritos penales*, Valencia, 1979, p. 192, donde recoge las opiniones del senador Armendáriz contrarias al Proyecto de Código penal de 1942, al entender incompatible con el principio de división de poderes la existencia de un grupo de incriminaciones dirigido a "permitir" la injerencia del poder judicial en el poder administrativo. La existencia de una relación de proporción inversa entre el desarrollo de los cauces penales de control de la actividad funcional y los sistemas de responsabilidad administrativa ha sido destacada, entre otros, por J. Lalinde Abadía (*Iniciación histórica al Derecho español*, 3ª ed., Barcelona, 1983, p. 637) y R. Parada Vázquez (*Apuntes de Derecho administrativo*, 1º, Tomo V, Madrid, 1973-1974, págs. 210 y sigs.).

⁴ Desde luego, por lo que a la codificación penal española atiende, la doctrina ha subrayado tradicionalmente que la articulación de los tipos de la Parte Especial adopta como punto de referencia el objeto al que el legislador pretende dispensar tutela, remitiéndose en prueba de ello a los propios enunciados o epígrafes que encabezan los diversos títulos, capítulos y secciones. Un examen más atento revela, sin embargo, que así como las mismas indicaciones de la norma avalan la trascendencia de las consideraciones sistemáticas en el seno del texto punitivo (sobre ello, A. Beristain, "Concepto y método del

digo penal español de 1973, ha venido en apoyo de una concepción subjetiva del injusto típico, centrada en la infracción de deberes personales de lealtad y fidelidad al Estado⁵. Del mismo modo, los esquemas clasificatorios predominantemente objetivos aceptados por el Código penal italiano y el español de 1995 han puesto sobre el tapete el problema de la oportunidad político-criminal y técnica de aglutinar todos los delitos de los funcionarios en el seno de un título en que se aluda a la comisión de las conductas delictivas en el ejercicio de la función pública o contra ella⁶.

Derecho criminal", en *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 100 y 101), la validez general de aquel postulado admite notables excepciones. En alusión al Código penal de 1973, J. Ortego Costales señalaba (Teoría de la Parte Especial del Derecho penal, Salamanca, 1988, p. 23) que en el título III del Código penal de 1973 – "de las falsedades" – el legislador recurría al criterio del medio empleado, en tanto que en el capítulo I del título I – "Delitos de traición" – venía expresado el quebrantamiento del deber de fidelidad a la patria y en el capítulo II del título II aludía meramente a los "delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes". En general, para este autor la existencia de títulos que no acotan un grupo exactamente definido de bienes provoca una grave distorsión en la labor del intérprete, que se ve obligado a partir del tipo como unidad autónoma, no sistematizadora ("Bien jurídico: lesión y peligro", en *Libro Homenaje al prof. J. Antón Oneca*, cit., pág. 432).

⁵ Cfr. Casabó Ruiz, "Introducción...", cit., págs. 190 y sigs. Efectivamente, la conformación de la rúbrica del título VII del Libro II del Código penal de 1973 ("De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos") ha constituido tradicional objeto de censura por parte de la doctrina española, que ha destacado fundamentalmente su ruptura del método de sistematización habitualmente seguido por el texto punitivo (*vid.* nota anterior). La doctrina estaba de acuerdo en que la existencia del título VII denotaba la pretensión de integrar ciertos contenidos a partir de un criterio de unificación situado fuera de la propia esencia de las infracciones penales. Y por ello –se entendía– el legislador debía proceder a la reagrupación de los diversos delitos alrededor de un intitulado expresivo de la comunidad de bien jurídico agredido (cfr. A. Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, Madrid, 1956, p. 57; T. Jaso Roldán, en J. A. Rodríguez Muñoz y otros, *Derecho penal*, Tomo II, Parte Especial, Madrid, 1949, pág. 192; M. Cobo del Rosal, "Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español ("Sobre el concepto de funcionario público" a efectos penales)", *RGLJ*, Tomo XLIV (212 de la colección), febrero de 1962, pág. 250; A. Quintano Ripollés, *Curso de Derecho penal*, Tomo II, Madrid, 1963, p. 549; E. Orts Berenguer, en T. S. Vives Antón y otros, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 1993, pág. 437. Con todo, esta corriente de opinión –absolutamente mayoritaria, por otra parte– había sido contestada por Octavio de Toledo y Ubieto (*La prevencación...*, cit., págs. 137 y 138) y García Arán (*La prevencación judicial*, cit., pág. 30), de acuerdo con los cuales una interpretación declarativa de los términos "delitos de los funcionarios públicos" con arreglo a su verdadero sentido normativo –el que les proporcionaba el párrafo 3º del artículo 119– enunciaba el propósito del legislador de contener bajo la rúbrica del título VII las figuras que preservaban a la función pública de los ataques provenientes de la organización burocrática del Estado.

⁶ *Infra.*

Conviene precisar, en cualquier caso, que objeto de las presentes reflexiones son exclusivamente materiales legislativos, elementos a los que debe atribuirseles el valor de indicios en la determinación del fundamento racional objetivo de la norma (*ratio legis*). En el derecho penal moderno, es al concepto material y político-criminal de bien jurídico al que debe reconocérsele preponderancia en tanto criterio de clasificación sistemática de los diversos tipos de delito, como reflejo en el ámbito de la Parte Especial de la propia relevancia metódica del concepto⁷. Sólo una noción de interés extraída de la entera estructura del supuesto de hecho legal es idónea, sin embargo, para suministrar un criterio válido para la definición de la objetividad jurídica de cada delito y de su gravedad⁸.

⁷ Sobre la función sistemática del bien jurídico, entre otros, M. Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, 1974, págs. 300 y sigs.; P. Nuvolone, *Il sistema di Diritto penale*, Padova, 1975, págs. 222 y sigs.; E. Mezger, *Tratado de Derecho penal*, Tomo Y, de. revisada y puesta al día por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955, pág. 385. Con relación a los intentos de adopción de principios clasificadores basados en los motivos del delito, la personalidad del autor o los medios comisivos véase A. Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del derecho penal*, vol. I, 2ª ed. puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Madrid, 1972, págs. 1 y sigs. Debe indicarse que ha sido en virtud de la concepción del derecho penal como verdadera instancia de control social formalizado que la clasificación de los delitos y la ordenación sistemática de las normas e institutos legales a partir del bien jurídico han merecido en los últimos tiempos una especial atención de la doctrina. Si los instrumentos propios del derecho penal cumplen su cometido cuando ayudan a garantizar la protección formalizada de intereses humanos y fundamentales a través de una técnica protectora formalizada y observando los principios valorativos formalizadores, la clasificación aparece como una de las posibilidades que tiene el legislador para configurar de un modo complejo y claro los presupuestos de la imputación, para posibilitar a través de la transparencia del sistema de tales presupuestos el incremento del número de los que puedan formularse y controlarse. Por esta vía, al margen de su trascendencia estrictamente sistemática, se ha destacado que tras las diversas distinciones entre delitos o sus fundamentos existen decisiones político-criminales que determinan el nivel formalizador del derecho penal. Sobre ello, ampliamente, W. Hassemer, en W. Hassemer / F. Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al derecho penal*, Valencia, 1989, págs. 143 y sigs.

⁸ Cfr., por ejemplo, F. Infantini, *L'abuso della qualità e delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974, págs. 13 y 14; G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, pág. 79; Octavio de Toledo y Ubieta, *La prvaricación...* cit., págs. 321 y 322, nota 1198.

2. Modelos legislativos de tratamiento de los delitos de funcionarios públicos

A) El modelo alemán

El Código penal alemán regula las "Infracciones penales en el cargo" ("*Straftaten im Amte*") en el título 29 de su Parte Especial. Tras la extensa reestructuración operada por la EGStGB ("*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*"), de 2 de marzo de 1974⁹, el capítulo se integra en la actualidad de las figuras de cohecho pasivo (pág. 331), cohecho pasivo agravado (pág. 332), cohecho activo (pág. 333), cohecho activo agravado (pág. 334), omisión de la acción del servicio (pág. 335), remuneración a árbitros (pág. 335 a), prevaricación (pág. 336), lesión corporal en el ejercicio de funciones públicas (pág. 340), coacción para la obtención de una declaración (pág. 343), persecución de no culpables (pág. 344), ejecución contra no culpables (pág. 345), falsedad documental en la función pública (pág. 348), exacción ilegal de honorarios (pág. 352), exacción ilegal de impuestos (pág. 353), infidelidad en el servicio extranjero (pág. 353 a), lesión del secreto de servicio (pág. 353 b), transmisión no autorizada de objetos o noticias secretas (pág. 353 c), informes prohibidos sobre audiencias judiciales (pág. 353 d), lesión del secreto postal y de telecomunicación (pág. 354), lesión del secreto fiscal (pág. 355), prevaricación de abogado (pág. 356) e inducción a un subordinado a la comisión de delitos (pág. 357).

La agrupación de los "*Verbrechen und Vergehen im Amte*" del capítulo 28 del Código de 1871 denota la influencia di-

⁹ La nueva disciplina de los delitos de los funcionarios públicos constituye uno de los momentos fundamentales en el proceso de reforma de la Parte Especial del Código penal alemán, proceso fuertemente impulsado por la EGStGB. En virtud de ella: a) fueron redactados de forma completamente distinta los párrafos 331 a 334, 343 a 345 –tipificándose en el párrafo 2º del último de ellos una conducta negligente– y 345 d –acogiendo el contenido del p. 453 del Proyecto de 1962–; b) se integraron en el 28. *Abschnitt* con finalidad aclaratoria los párrafos 335 y 344 a; c) se subsumieron en sus teóricos tipos base los delitos de los párrafos 340, 341, 346, 347, el párrafo 2º del 348, 350, 351, 353 d párrafo 1º; d) se suprimieron los párrafos 348 párrafo 4º –supuestos especialmente graves de destrucción de documentos– y 343 c –divulgación prohibida de asuntos o noticias secretas–; e) fueron refundidos en el nuevo párrafo 354 y sin modificaciones sustanciales los párrafos 354 y 355 del anterior texto punitivo; y f) la violación del secreto fiscal fue extraída de la Ordenanza fiscal y regulada en el StGB (pág. 355). Ulteriores modificaciones –en todo caso incidentales– han venido de la mano de las Leyes de reforma de 21 de diciembre de 1979 (17. *StrÄndg*), en materia de violación de secretos (pág. 353 b párrafo 2), y de 28 de marzo de 1980 (18. *StrÄndg*), que trasladó los delitos en el cargo desde el capítulo 28 al 29, último de la Parte Especial, reservando aquél para el tratamiento de los delitos contra el medio ambiente.

recta –y gravosa– de la tradición legislativa prusiana, representada por el Código penal de 1851 y el ALR (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) de 5 de febrero de 1794¹⁰. Reminiscencia del derecho penal estamental elaborado por el legislador prusiano para los servidores del Estado se consideraba, en particular, la presencia en el capítulo de un elevado número de delitos en punto a los que la cualidad funcional determinaba únicamente una agravación de la pena respecto al correlativo delito común (delitos impropios –“*unechte*”, “*uneigentliche*”– de los funcionarios públicos)¹¹.

⁹ Así se había advertido –desde una perspectiva unánimemente crítica– tanto por la doctrina antigua como por la inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la EGStGB. Cfr. F. V. Liszt / E. Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23. Aufl., Berlin und Leipzig, 1921, págs. 607 y 608; R. Maurach, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 2. Aufl., Karlsruhe, 1956, págs. 611 y 612; H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, 9. Aufl., Berlin, 1965, pág. 485; P. Baldus, número 1 letra b) antes del parágrafo 331, LK, 3. Band, 9. Aufl., Berlin, New York, 1974. Producto típico del Despotismo Ilustrado prusiano, el ALR contenía los principios cardinales del Estado de policía entonces vigente. Contribuyó decisivamente al saneamiento de la burocracia prusiana, al incluir en su título 10 un completo elenco de sus derechos y obligaciones, hasta entonces descritos únicamente en el nombramiento, el juramento y las instrucciones jerárquicas. Asimismo, y aún sin operar la transición del vínculo funcional desde el derecho privado al público, instituyó un procedimiento para la reparación del servicio rodeado de ciertas garantías y consagró el carácter de servidor del Estado –y no sólo del rey– del funcionario. Según detalla U. Stock (*Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, Leipzig, 1932, pp. 145 y ss.), el 8. *Abschnitt* del título 20 de su segunda parte –parágrafos 323 a 508– se dedicaba a los “Delitos de los servidores del Estado” (“*Verbrechen der Diener des Staats*”), considerados por su ubicación sistemática como “lesiones contra el derecho del Estado”. En él se incluían –como grupo de delitos comisibles por cualquier servidor del Estado (“*Staatsdiener*”)– los delitos en la obtención de un cargo, en el ejercicio o administración del mismo, los de los superiores jerárquicos que transgredían deberes, los delitos contra la subordinación, quebrantamiento de reserva o sigilo oficial, la corrupción, las injurias realizadas en el cargo y la forma de vida desordenada. A ellos seguían los delitos de los empleados judiciales y los de los empleados de las finanzas. El capítulo se integraba, además, de delitos cuyo autor no había de ser un servidor del Estado (delitos de los médicos, por ejemplo), y de ciertas disposiciones de imposición de penas especiales por la comisión de delitos comunes con o sin ocasión del ejercicio del cargo. En realidad, Svarez y Klein –autores del cuerpo legal– construyeron un verdadero derecho penal de clase que hacía del funcionario el centro de la regulación y el elemento fundamental –también a efectos dogmáticos e interpretativos– de los tipos delictivos. De hecho, a diferencia de los restantes grupos de delitos del título 20 de la segunda parte, el 8. *Abschnitt* no se vinculaba en su rúbrica a la dirección –ofensiva– de la acción delictiva, sino al carácter de servidor del Estado, aspirando a contemplar todas las lesiones imaginables de sus deberes. Y en él se repetían los delitos comunes previstos en otros lugares del título, evidenciándose el papel central desempeñado por la violación del deber estatutario oficial (*vid.* Stock, *op. cit.*, pág. 154).

¹¹ Cfr. K. Binding, “Die Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung”, GS, 64. Band, 1904, pp. 20 y 21, si bien opinando sobre la base de la

La EGStGB excluyó del grupo aquellas figuras para las que se entendía suficiente la conminación del delito común, fundamentalmente las detenciones ilegales en la función, el allanamiento de morada en la función, el encubrimiento en la función y la malversación, simple y agravada. Además, abrogó el anterior parágrafo 359, que contenía la definición de *Beamte*, sustituyéndolo en el párrafo 11.2 del Capítulo 2 de la Parte General por la definición del *Amtsträger* ("quien, según el Derecho alemán, a) es funcionario o juez, b) se encuentra en otra relación oficial de derecho público o c) se halla de otro modo

sistemática que él mismo propone como criterio material de ordenación de estos delitos, y que distingue no entre delitos propios e impropios, sino entre "delitos del cargo" ("*Amtsverbrechen*") y "delitos de funcionarios" ("*Beamtenverbrechen*"). Con arreglo al planteamiento dominante, Maurach (*Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 612), Welzel (*Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 485 y 487) y Baldus (números 12 y 23 antes del parágrafo 331, *LK*, 3. Band, 9. Aufl., cit.) veían en dicha presencia el factor de mayor perturbación en orden a una correcta comprensión del sentido de estos delitos. Ese "planteamiento dominante" al que aludo es el que advierte delitos propios ("*echte*", "*eigentliche*") de funcionarios en aquéllos que sólo un funcionario público puede cometer en calidad de autor, al contener el tipo como elemento constitutivo la lesión de un deber del cargo. La cualidad de funcionario público sería en estos casos una característica personal que fundamentaría la punibilidad del autor en el sentido del parágrafo 28.1) StGB. Los ejemplos frecuentemente aludidos son los de la prevaricación, el cohecho pasivo, la persecución o ejecución contra no culpables y la falsedad documental en el ejercicio de la función pública. En la misma línea, delitos impropios, por contra, sería aquéllos que podrían ser cometidos también por sujetos no cualificados, siendo determinante para la agravación de la pena bien la lesión de los deberes u obligaciones propios del servicio público y las relaciones de confianza estatal, bien el abuso del cargo como medio de comisión de los delitos. Antes de la entrada en vigor de la EGStGB, la figura habitualmente reclamada como modelo era la malversación de caudales públicos (pág. 350); con posterioridad, la lesión corporal en el ejercicio de la función pública (pág. 340). Cfr. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 486 y 487; W. Petters / H. Preisendanz, *StGB*, 28. Aufl., Berlin, 1974, pág. 634; Baldus, números 4 y 5 antes del parágrafo 331, *LK*, 3. Band, 9. Aufl., cit.; H. Blei, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, 12. neubearbeitete Aufl., München, 1983, pág. 452; P. Cramer, en A. Schönke / H. Schröder, *StGBK*, 22. neubearbeitete Aufl., München, 1985, pág. 1913; H.-H. Jescheck, números 11 y 12 antes del parágrafo 331, *LK*, 7. Band, 10. völlig neubearbeitete Aufl., Berlin, New York, 1988; V. Krey, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 7. völlig neubearbeitete Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, 1989, págs. 252 y 257; E. Dreher / H. Tröndle, *StGB*, 45. neubearbeitete Aufl., München, 1991, pág. 1753; F. Haft, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 4. Aufl., München, 1991, pág. 299. Entre los delitos propios y los impropios, E. Schmidhäuser sitúa los delitos especiales mixtos, que se caracterizarían porque las posiciones de deber que son presupuesto de la tipicidad podrían ser ocupadas tanto por los sujetos activos de los tipos propios de los titulares del cargo público como por sujetos sin dicha cualificación. Los delitos que reconduce a esta categoría son la infidelidad en el servicio extranjero (p. 353 a), la lesión del secreto de oficio y de un deber especial de secreto o reserva (p. 353 b), la lesión del secreto postal y de telecomunicación (pág. 354) y la lesión del secreto fiscal (pág. 355). Cfr. *Strafrecht. Besonderer Teil*, Tübingen, 1980, págs. 229 y 230.

encargado del cumplimiento de tareas de administración pública en una oficina administrativa o en otro ente o a sus órdenes")¹². Y reconoció, con relación a los criterios de punición del delito de cohecho (**Bestechung**), la diferencia cualitativa existente entre la aceptación y ofrecimiento de ventajas de los párrafos 331 y 333, en los que el objeto de las conductas típicas es una acción conforme a los deberes del servicio, y los de los párrafos 332 y 334, en los que el objeto viene integrado por una acción por medio de la cual aquéllos son o serán lesionados¹³.

¹² Frente al concepto penal de funcionario ("**Beamte**") del pág. 359 –comprendivo de quienes mediata o inmediatamente, permanente o provisionalmente y terciando juramento profesional o no, recibían el encargo de realizar funciones del servicio público–, el legislador de 1975 acuña los conceptos de "**Amtsträger**" ("Titular del cargo"), en esencia correspondiente al de "**Beamte**", y de "**für der öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter**" ("sujeto especialmente obligado para el servicio público"), hasta ese momento adoptado por la Ordenanza para la disciplina de los delitos de cohecho y violación de secretos cometidos por sujetos no funcionarios (**BestechVO**) de 22 de mayo de 1943, dejada sin vigencia por la EGStGB (art. 287, n.º 3). Con arreglo al derecho derogado, los delitos del 28. **Abschnitt** podían ser perpetrados únicamente por los funcionarios en sentido jurídico-penal, mientras que para otras clases de empleados en oficinas o entidades de derecho público se contemplaban diferenciadamente determinadas prescripciones en materia de violación de secretos y cohecho (por ejemplo, en los párrafos 353 B II StGB y 1 I **BestechVO**). Tras la EGStGB, el StGB muestra tanto disposiciones legales que abarcan exclusivamente a los titulares del cargo ("**Amtsträger**"), caso de los párrafos 174 b, 258 a, 336, 340 ó 341, como párrafos que se destinan en idéntica medida a los "**Amtsträger**" y a los sujetos especialmente obligados para el servicio público (por ejemplo, los números 203, 331 y sigs., 353 b ó 355). Para la respuesta –no uniforme– de la literatura a las nuevas disposiciones, E. Samson, número 8 y sigs. al párrafo 11, en H.-J. Rudolphi / E. Samson / E. Horn / H.-L. Günther, 1995.

Bajo el concepto "sujeto especialmente obligado para el servicio público" (pág. 11 n.º 4) se comprenden aquellas personas que sin ser "**Amtsträger**", ni hallarse en relaciones de derecho público o haber sido encargados para el ejercicio de tareas de la Administración, poseen una relación mediata con ésta, participando en un ente u oficina encargado de aquellas tareas y viniendo formalmente obligados al cumplimiento escrupuloso de obligaciones relacionadas con el servicio público. Presupuesto formal de la obligación es, según el párrafo 1 II de Ley sobre contratación de formal de sujetos no funcionarios –a que se remite el artículo 42 de la EGStGB (**Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen in der Fassung des Art. 42 EGStGB**, de 9 de marzo de 1974)– la expresa indicación en el contrato de trabajo sobre las consecuencias penales de la infracción de las obligaciones profesionales. Cfr. ampliamente, Tröndle, números 52 y sigs. al párrafo 11, *LK*, 1. Band, 10. Aufl., cit.

¹³ Las necesidades de reforma del cohecho venían siendo expresadas desde hacía largo tiempo. La directriz esencial de la nueva regulación, plegada a las sugerencias de los párrafos 460 a 463 del Proyecto de 1962, fue la de reforzar la protección penal contra la corrupción pública (Cfr. H. Jung, en C. Roxin / W. Stree / H. Zipf / H. Jung, *Einführung in das neue Strafrecht*, 2. Aufl., München, 1975, p. 128). La regla del número 3 del párrafo 331 relativa a la relevancia jurídico-penal de la autorización por autoridad competente de la conducta del funcionario o del sujeto especialmente obligado al servicio público carece de

Tras la reforma, las aproximaciones de la literatura al sistema de tratamiento de los delitos en el cargo en el StGB siguen subrayando, sin embargo, su profunda insatisfactoriedad. Trascendiendo la exégesis de las figuras particulares y dejando al margen referencias que por su abstracción y genericidad no resultan en absoluto aptas en orden a desempeñar las funciones técnicas, dogmáticas y político-criminales propias del concepto de bien jurídico-penal, la agrupación que forman los *Straftaten im Amte* apenas podría entenderse como unidad sino desde el punto de vista de un sujeto activo. Y esta obligada conclusión –se enfatiza– desconocería las exigencias dirigidas al derecho penal en orden tanto a precisar los límites del *Ius puniendi* como a decidir –con arreglo a criterios materiales y valorativos– sobre los procesos de criminalización o desincriminación en este ámbito, esto es, sobre la continuidad o discontinuidad entre los delitos y las infracciones disciplinarias¹⁴.

En otro sentido, el examen de estos delitos desde la óptica *formal* del delito especial –desde la perspectiva de la restricción legal del círculo de sujetos activos– permite descubrir que ni todos los delitos contenidos en el capítulo 29 tienen como presupuesto la cualidad de funcionario de su autor¹⁵, ni aquél re-

antecedentes. Si bien parece clara su finalidad político-criminal –excluir la punibilidad de las recepciones de ventajas socialmente habituales o adecuadas– su calificación dogmática es, no obstante, polémica. Sobre las diversas opciones (causa de justificación, causa de atipicidad, excusa absoluta), M. Maiwald, “Die Amtsdelikte. Probleme der Neuregelung des 28. Abschnitts des StGB”, *JuS*, 1977, págs. 355 y sigs.; Schmidhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 232; Cramer, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., pág. 1924.

¹⁴ Cfr. con carácter general, H. J. Hirsch, “Literaturbericht”, *ZStW*, 88. Band, Heft 3, 1976, págs. 776 y 777. Para Cramer en el fundamento material de los diversos tipos se acentúan sin concierto ora el aspecto del ejercicio en debida forma del cargo público, ora el perjuicio del interés estatal en ofrecer ante la ciudadanía apariencia de juridicidad, de sujeción a derecho, en sus aparatos administrativos (en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., pág. 1912). Rotundos, Haft (*Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 299) y Jescheck (número 8 antes del párrafo 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.) niegan toda posibilidad de determinación unitaria, bajo cualquier punto de vista, del bien jurídico. Schmidhäuser (*Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 229) alude tanto a su inevitable construcción como delitos de peligro abstracto contra el bien jurídico “confianza de la ciudadanía en la juridicidad de la realización de las tareas encomendadas a los órganos estatales”, como a la necesaria distinción en el seno del 29. *Abschnitt* de las figuras que atentan contra la autoridad de las decisiones jurisdiccionales. Blei (*Strafrecht II. Besonderer Teil*, cit., págs. 450 y 451), en fin, justifica la reconducción del objeto de protección a un esquema unitario únicamente a costa de su identificación con la genérica “pureza en el ejercicio del cargo” y de la realización de ulteriores diferenciaciones entre delitos uniofensivos y pluriofensivos.

¹⁵ Caso del cohecho activo (págs. 333 y 334), la recaudación ilegal de honorarios (pág. 352, por lo que atiende a las figuras del abogado u otro asistente jurídico), la prevaricación de abogado (pág. 356) y la información prohibida

úne todos los *Amtsdelikte*. Algunos se ubican junto con los delitos con que comparten un mismo bien jurídico protegido¹⁶. La rúbrica del Capítulo –indica Jescheck– es, al propio tiempo, en exceso restringida y extensa¹⁷.

Sobre la base, entonces, de una regulación mayoritariamente tachada de dispersa, anacrónica y perturbadora –material y valorativamente– se desarrolla el trabajo doctrinal en Alemania en esta materia, preferentemente dirigido a delimitar el objeto de protección con el fin de inscribir a los delitos en el cargo como grupo técnico en el ámbito del derecho penal común.

B) *El modelo italiano*

En una sistematización de los delitos contra el Estado que responde a la concepción dominante en sede de compilación y comentario del Código de 1889, el Código penal italiano de 1930 (Código Rocco) dedica los tres primeros títulos de su Libro II a los delitos contra la personalidad del Estado, la Administración pública y la Administración de Justicia, por este orden¹⁸. En tanto modelo técnico de incriminación, su principal

sobre audiencias judiciales (p. 353 d). Inciden en ello Jescheck, número 2 antes del párrafo 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.; Dreher / Tröndle, *StGB*, cit., pág. 1753; Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., págs. 229 y 230. Para Blei (*Strafrecht II. Besonderer Teil*, pág. 450) la presencia de tales tipos constituye –todavía en la actualidad– otra de las pruebas de la “herencia prusiana”. Cramer justifica su inclusión por las “conexiones objetivas” que presentan con los delitos en el cargo (en Schönke / Schröder, *StGBK*, pág. 1912).

¹⁶ Así, la liberación de presos por funcionario o sujeto especialmente obligado por el servicio público a evitar la evasión (pág. 120.2), el quebrantamiento de depósito (p. 133.3), la lesión de secretos privados en la función pública (p. 203.2) y la frustración de pena en la función (p. 258 a). Cfr. Hirsch, “Literaturbericht”, cit., pág. 773; Jescheck, número 2 antes del párrafo 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.; Dreher / Tröndle, *StGB*, cit., pág. 1754; Cramer, en Schönke / Schröder, *StGBK*, cit., pág. 1912; Schmidhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 231; Krey, *Strafrecht. Besonderer Teil*. Band 1, cit., pág. 257; Haft, *Strafrecht. Besonderer Teil*, cit., pág. 299, todos ellos subrayando el carácter inconcluso de la reforma del capítulo en materia de delitos impropios.

¹⁷ Vid. número 2 antes del párrafo 331, *LK*, 7. Band, 10. Aufl., cit.

¹⁸ El Libro II del Código penal de 1889 (Código Zanardelli) trataba los delitos contra la Seguridad del Estado en el título I y los delitos contra la Administración pública en el III. Tanto la Relación Ministerial sobre el Proyecto como la literatura de la época advertían sobre la referencia de esta distinción sistemática –con origen en el Código sardo-piamontés de 1859– a la diversa naturaleza o cualidad de las ofensas. Mientras los delitos del título I representaban conductas peligrosas para la seguridad de los organismos políticos del Estado y su autoridad y prestigio, los del título III constituían perturbaciones del regular funcionamiento de los poderes públicos en sentido lato. Cfr. C. Civoli, *Trattato di Diritto penale*, Vol. II, Milano, 1912, págs. 221 y 222; S. Lollini, “Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione (Libro II, Titolo II del Codice penale)”, *EDPI*, Vol. VII, Milano, 1907, págs. 4 y sigs. En esta misma

rasgo distintivo viene dado por la irrelevancia de la procedencia de la agresión como criterio preferente de ordenación sistemática, convergiendo en el extenso Título II tanto las necesidades de protección contra las conductas *in officio* como las obstrucciones por particulares a la regularidad funcional de los órganos estatales¹⁹. De esta forma, mientras el capítulo I tipifica los tradicionales delitos de funcionarios, como el peculado (art. 314), la concusión (art. 317), el cohecho (arts. 318 a 320), el abuso de oficio (art. 323) y la omisión y rechazo de actos de oficio (art. 328)²⁰, el capítulo II describe como “delitos de los privados contra la administración pública”, entre otros, las vio-

lnea, la doctrina actual destaca la relevancia de la tripartición desde la perspectiva de la determinación del bien jurídico protegido en el título II, del que el legislador alcanzaría sólo a diferenciar –por razones técnicas o tradicionales, según los casos– determinadas figuras relativas al ejercicio de la función jurisdiccional. Al respecto, aunque para una significativa corriente de opinión la disciplina del capítulo I del título II obedece a la lógica de asegurar la tutela de la organización estatal en su conjunto, esto es, de la “Administración Pública” en sentido subjetivo (así R. Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1966, págs. 2 y 3; V. Manzini, *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. V, 5ª de. a cura di P. Nuvolone, Torino, 1982, págs. 1 y 2), los monografistas enfatizan que la protección que las normas del Título I dispensan a los órganos superiores estatales no atiende ni a su carácter de órganos constitutivos de una función autónoma *ab interno* del Estado mismo ni a su significado de expresiones constitucionales de los tres poderes tradicionales. Los delitos contra la personalidad interna del Estado garantizarían, bien al contrario, el orden político-constitucional en que se encarna un determinado método de lucha política (el “método democrático”, al que hace referencia el art. 49 de la Constitución) mediante el cual el poder puede ser legítimamente adquirido y ejercitado y el sistema eventualmente transformado. Cfr. E. Gallo / E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, págs. 12 y 13; M. Romano, “Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico”, QC, nº 1 de 1981, pág. 157; T. Padovani, “Bene giuridico e delitti politici”, RIDPP, nº 1 de 1982, pág. 24.

¹⁹ La apreciación es extensible tanto a los dos textos punitivos italianos como a la mayoría de los códigos preunitarios (*vid.* R. Pellegrini, voz “Pubblica Amministrazione (delitti contro)”, *DI*, Vol. XIX, Tomo II, Torino, 1925, pág. 1190). Por lo demás, una agrupación delictiva semejante puede localizarse en las codificaciones iberoamericanas directa o indirectamente inspiradas por aquéllos, como los códigos de Argentina (título XI del Libro II, arts. 237 y sigs.), Brasil (título X del Libro II, arts. 312 y sigs.), Colombia (título X del Libro II, arts. 322 y sigs.) y Uruguay (título IV del Libro II, arts. 153 y sigs.). Los dos primeros se singularizan a mayores por no conceder tampoco sustantividad sistemática a los delitos contra la Administración de Justicia, conceptuada así como un apéndice de la Administración pública *stricto sensu*.

²⁰ El capítulo se compone de las siguientes figuras: peculado (art. 314), peculado mediante aprovechamiento del error ajeno (art. 316), malversación en perjuicio del Estado (art. 316 bis), concusión (art. 317), disposición común a los artículos anteriores relativa a las penas accesorias (art. 317 bis), cohecho por un acto del oficio (art. 318), cohecho por un acto contrario a los deberes del oficio (art. 319), agravantes específicas del cohecho por un acto del oficio (art. 319 bis), cohecho en actos judiciarios (art. 319 ter), cohecho del encargado de servicio público (art. 320), disposición sobre penas aplicables

lencias o amenazas a oficiales públicos o cuerpos políticos, administrativos o judiciales (arts. 336 y 338), las resistencias a oficiales públicos (art. 337), los desacatos (arts. 341 a 344) y la violación de la custodia pública de bienes (art. 351). En el Capítulo III se incluyen las disposiciones comunes a los precedentes, las definiciones de "oficial público" (art. 357), "encargado de servicio público" (art. 358) y "ejerciente de un servicio de necesidad pública" (art. 359)²¹.

La doctrina coincide tanto en la idoneidad de la distinción entre los delitos de los capítulos I y II en orden a una disposición racional de las materias como en la justificación material de la dispersión sistemática del tratamiento punitivo de los delitos de los oficiales públicos, puesto que tampoco el título II del

al particular corruptor (art. 321), instigación al cohecho (art. 322), abuso de oficio (art. 323), atenuante de particular levedad referida a todos los delitos anteriores (art. 323 bis), utilización de invenciones o descubrimientos conocidos por razones del oficio (art. 325), revelación y utilización de secretos del oficio (art. 326), incitación al menosprecio y vilipendio de las instituciones, de las leyes o de los actos de la autoridad (art. 327), denegación y omisión de actos del oficio (art. 328), denegación o retraso en la obediencia cometidos por militares o agentes de la fuerza pública (art. 329), interrupción de un servicio público o de necesidad pública (art. 331), omisión de deberes del oficio con ocasión del abandono de un oficio público o de interrupción de un servicio público (art. 332), sustracción o daño de bienes sujetos a secuestro dispuesto en el curso de un procedimiento penal o por la autoridad administrativa (art. 334) y violación culposa de los deberes inherentes a la custodia de cosas sometidas a secuestro dispuesto en el curso de un procedimiento penal o por la autoridad administrativa (art. 335).

²¹ La ubicación de estas normas en el seno de los delitos contra la Administración pública es respetuosa, en todo caso, con la tradición legislativa italiana: cfr. F. Tagliarini, *Il concetto di Pubblica Amministrazione nel Codice penale*, Milano, 1973, pág. 127, con referencias a los artículos 297 del Código penal de 1889 y 165 del Código penal toscano de 1853. Habida cuenta de que la mayoría de los tipos del capítulo I integran tipos exclusivos de los oficiales públicos y encargados de servicio (arts. 314, 316, 317, 318, 319, 322, 323, 325, 326, 327 y 328) y de que sólo los de los artículos 331 y 332 reclaman la cualidad de ejerciente de un servicio de necesidad pública como elemento de la autoría, la dicotomía esencial con vistas a la comprensión del sistema es la de función-servicio públicos. Con arreglo a la redacción sentada por la Ley 86/1990, de 26 de abril, la disciplina normativa de la actividad se erige en parámetro de delimitación de ambas nociones, sancionándose como criterios de circunscripción interna la presencia de poderes de formación y manifestación de la voluntad de la Administración Pública, autoritativos y certificativos. A este respecto conviene tener presente que la Ley 181/1992, de 7 de febrero, ha provisto una suerte de interpretación auténtica de la norma contenida en el artículo 357, sustituyendo en su primer apartado la palabra "jurisdiccional" por la de "judiciaria" y redactando nuevamente el segundo en los términos siguientes: "A los mismos efectos es pública la función administrativa disciplinada por normas de derecho público y actos autoritativos y caracterizada por la formación y por la manifestación de la voluntad de la Administración Pública o por desarrollarse por medio de poderes autoritativos o certificativos".

Código penal italiano constituye la exclusiva *sedes materiae* de los abusos del poder público²².

En la primera de las perspectivas, la infracción de los deberes estatutarios de carácter público sirve para identificar la mayor incisividad frente a los intereses estatales de las conductas de los oficiales públicos y encargados de servicio, toda vez que en las del capítulo II el perjuicio viene de la mano de particulares o de sujetos cualificados en cualquier caso ajenos al ámbito de actividad que resulta afectado²³. Sentadas estas premisas, en la ubicación de la malversación en perjuicio del Estado –delito común– en el capítulo I no se observa sino una excepción que confirma la regla general de la precisión en la caracterización de los delitos de uno y otro grupo²⁴.

La dispersión del tratamiento punitivo de los delitos de los funcionarios se entiende indiciaria de que la presencia en la estructura de los tipos del abuso de la función pública no determina de por sí el total contenido de injusto. Las diferencias entre la violencia privada y los delitos de secuestro y arresto ilegal cometidos por funcionarios se establecen en torno a que además la disminución de la libertad personal del individuo se produce en tales casos a través de la violación de los deberes inherentes a las funciones públicas o el abuso de los poderes que les están conferidos. Las “intrínsecas” dificultades de sistematización de las detenciones ilegales se ven como el lógico corolario de su naturaleza pluriofensiva²⁵.

En realidad, en las contradicciones sistemáticas en que incurre el texto punitivo se conviene al hilo de la ardua problemática (dogmática y político-criminal) que suscita la determi-

²² Tanto el capítulo III del título IV (arts. 476, 477, 478, 479, 480, 481, 487 y 493) como la sección II del capítulo III del título XII (arts. 606 a 609) incluyen delitos de falsedades y contra la libertad personal realizados en la función o servicio públicos.

²³ La tesis viene acuñada por la doctrina tradicional y, según alcanzo a ver, goza de generalizada aquiescencia –se entiende, en tanto expresiva de un criterio formal de clasificación– entre los comentaristas más recientes. Cfr. S. Riccio, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1955, págs. 5 y 6; Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali...*, cit., en particular, G. Pisapia, *Istituzioni di Diritto penale*, 3ª ed., Padova, 1975, pág. 237: “La diferente cualidad del sujeto activo se refleja sobre la naturaleza particular del hecho puesto en existencia por él, que, en el caso de delitos cometidos por oficiales públicos, aparece también como la violación del deber de fidelidad que los oficiales públicos tienen hacia el Estado”.

²⁴ De esta opinión, G. Marconi, “Malversación ai danni dello Stato”, en A. Coppi (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 1993, pág. 57.

²⁵ Amplias referencias en G. Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990, págs. 70 y sigs.

nación del bien jurídico. De la composición del capítulo I del título II se hace derivar la conclusión de que el legislador no se propone la tutela de las singulares administraciones públicas ni la de la función administrativa en sentido propio, sino la del Estado en la complejidad de órganos y entes a través de los cuales actúa. El ámbito típico de las figuras del capítulo abarca también –en algunos casos incluso explícitamente– las conductas realizadas por los *intraneei* a la Administración de Justicia, representando en realidad todas las figuras previstas en el título III bien delitos comunes –esto es, que prescinden de la cualificación de *intraneei* respecto a la burocracia judicial–, bien delitos especiales de sujetos que se hallan en una particular relación con la función judicial, pero que no pertenecen al orden jurisdiccional (intérpretes, peritos, testigos, abogados, etc.). A los ojos del legislador, por lo tanto, determinados aspectos de la Administración de Justicia la hacen aparecer como parte integrante de la Administración pública en una disciplina unitaria que contradice –en opinión de Tagliarini y Rampioni– las bases institucionales con arreglo a las que debe articularse la organización del Estado: la difusión de la soberanía y el conferimiento de autónomas características y principios a las tres funciones estatales²⁶. Y es la propia consolidación de esa acepción penal de la Administración pública que la diferencia del concepto técnico-jurídico extraíble de la teoría de la separación de poderes, lo que constituye a tenor de las exposiciones posteriores a la última reforma importante en la materia –establecida por la Ley 86/1990²⁷– la prueba más evidente de su precariedad a la hora de

²⁶ Cfr. Tagliarini, *Il concetto...*, cit., págs. 129, 141 y 142; R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1984, pág. 260.

²⁷ A nivel dispositivo el capítulo I del título II acusa intensamente la intervención de la Ley 86/1990, de 26 de abril. La elaboración de una nueva normativa venía reiteradamente reclamada tanto por la literatura como por la clase política, remontándose a 1985, en el curso de la IX Legislatura, las propuestas legislativas ulteriormente desembocadas en aquella (para su análisis, M. Petrone, "La nuova disciplina dei delitti degli agenti pubblici contro la P. A.: Dalle prospettive di riforma alla legge n. 86/90", *RIDPP*, n.º 3 de 1993, págs. 917 y ss.). **Ab interno** de una Administración intervencionista, descentralizada y dotada de autonomía política, las infracciones delictivas de los principios constitucionales de eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de potestades discrecionales precisaban a todas luces una profunda revisión técnica. De hecho, las denunciadas superposiciones entre el derecho-deber de intervención judicial y la competencia de las autoridades administrativas eran –a entender de la doctrina especializada– consecuencia de la indeterminación y ausencia de contenido material de figuras como el peculado por distracción, el abuso innominado en actos del oficio, el interés privado en actos del oficio y la omisión y rechazo del cumplimiento de actos del oficio. Sobre las diversas tesis doctrinales propuestas a la hora de perfilar las exactas dimensiones a asumir

actuar el proceso de selección de valores constitucionalmente orientado que habría de fundamentar definitivamente estos delitos.

c) *El modelo español*

El modelo punitivo español de tratamiento de la responsabilidad funcional se ha caracterizado tradicionalmente por su "profesionalidad" y dispersión. En sus presupuestos históricos, la restricción de la respuesta penal a los delitos "en el cargo" —así rezaba la rúbrica del título VII del Código penal de 1973— ha venido anudada a un proceso de diversificación sistemática en cuyo origen se identifica la influencia desplegada por la Constitución liberal de 1869 sobre el Código penal de 1870, que por vez primera expuso la materia con arreglo a la distinción entre los delitos de funcionarios "contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes" y los delitos "en el ejercicio de sus cargos". La consolidación de esta subdivisión formal y la previsión en otros títulos de tipos y causas personales de agravación asimismo destinados a esta clases de sujetos cualificados (arts. 131, 159, 222.1º, 241, 302, 305 y 308, entre otros) hicieron de la delincuencia funcional en el Código penal de 1973 un terreno inconexo, no sujetable a los principios generales y de distribución residual²⁸.

por la reforma, V. Scordamaglia, voz "Peculato" *DE*, vol. XXXII, Milano, 1982, págs. 606 y sigs.; A. Bartulli, "Buon andamento della Pubblica Amministrazione: profili penali", *QI*, n.º 35, 1985, págs. 65 y sigs.; G. Marinucci, "Gestione d'impresa e Pubblica Amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici", *RIDPP*, n.º 2 de 1988, págs. 424 y sigs.; R. Rampioni, "Progetto di riforma de oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione", en A. M. Stile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1987, págs. 63 y sigs. A la realización de tales criterios de máxima se orientan las líneas de actuación reconocibles en la Ley 86/1990. Así, desde una perspectiva general, la supresión de la multa como concurrente con la pena privativa de libertad en los delitos más representativos, la desaparición como incriminaciones autónomas del peculado por distracción, el interés privado en actos del oficio y la malversación en perjuicio de particulares y la introducción del peculado de uso (art. 314.2º) y la malversación en perjuicio del Estado (art. 316 bis). Y con carácter específico, la equiparación del régimen sancionatorio del cohecho pasivo propio antecedente y subsiguiente (art. 319), la incriminación autónoma del cohecho en actos judiciales (art. 319 ter), la previsión de la tentativa del funcionario en el cohecho pasivo (art. 322.3º y 4º), y la extensión del ámbito de aplicación del abuso de oficio a los encargados de servicio y el endurecimiento de su tratamiento a través de la distinción entre ventajas injustas patrimoniales y no patrimoniales (art. 323). Para el estudio pormenorizado del trámite parlamentario y la redacción definitiva de la Ley 86/1990, *vid.* L. Balsano, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione. La legge 26 aprile 1990 n.º 86*, Coenza, 1991, págs. 5 y sigs.

²⁸ Cfr., además de la bibliografía citada en la nota 5, C. Sáinz de Robles Santa Cecilia, *Contribución a la teoría general de los delitos de los funcionarios*.

El Código penal de 1995 sustenta el sistema clasificatorio del Derecho derogado, si bien modificaciones secundarias y matices de redacción han reformado el contenido global de los capítulos más significativos. El Capítulo V del Título XXI (arts. 529 y ss.) prevé los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, entrañando especial interés a los efectos de este trabajo el innovador planteamiento recogido en la regulación de las detenciones ilegales, el descubrimiento y revelación de secretos y el allanamiento de morada, incriminados ya como delitos contra las garantías constitucionales ya como atentados a la libertad, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio en dependencia de que en su realización medien causa legal por delito e infracción de las garantías constitucionales o simplemente extralimitaciones en las cláusulas legales de permisión. De la relación de conductas mencionadas en el Título XIX, dedicado a los delitos contra la Administración Pública, han desaparecido, por su parte, las prevaricaciones judicial, de abogados y procuradores y la incomparecencia de testigos y peritos ante los Tribunales de Justicia, incardinadas en el Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia, y las usurpaciones de atribuciones, ubicadas ahora como delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes en la Sección II del Capítulo III del Título XXI (arts. 506 y sigs.), figuras todas ellas incluidas en el Título VII del Código de 1973²⁹.

Tesis doctoral, Valladolid, 1985, págs. 167 y sigs.; Quintero Olivares, "La autotutela, los límites del poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del derecho penal", *BIMJ*, n.º 1608 a 1610, 1991, pág. 26; J. M^a Rodríguez Devesa / A. Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte Especial*, 16^a ed. revisada y puesta al día, Madrid, 1993, pág. 1124.

²⁹ A lo largo de sus nueve capítulos, el título IX tipifica los delitos de prevaricación de funcionarios (art. 404), nombramientos ilegales (art. 405), aceptación por particular del nombramiento ilegal (art. 406), abandono de destino (art. 407), omisión del deber de perseguir delitos (art. 408), abandono colectivo de servicio público (art. 409), desobediencia (arts. 410 y 411), denegación de auxilio (art. 412), infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 a 415), infidelidad en la custodia de documentos por particular encargado de su custodia (art. 416), violación de secretos (art. 417), aprovechamiento por particular del secreto o la información privilegiada (art. 418), cohecho (arts. 410 a 426), disposición sobre exención de pena para el particular denunciante del cohecho activo (art. 427), tráfico de influencia (arts. 428 a 430), disposición sobre decomiso de las dádivas del cohecho y el tráfico de influencias (art. 431), malversación (arts. 432 a 435), fraudes de funcionarios (art. 436), exacciones ilegales (art. 437), estafa o apropiación indebida con abuso del cargo (art. 438), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (arts. 439 a 441), uso de secretos o informaciones privilegiadas (art. 442), abusos contra la libertad sexual (arts. 443 y 444) y disposición relativa a la penalidad de los dos artículos anteriores (art. 445).

La intensa atención dispensada por el Código penal español al funcionario como sujeto activo del delito y su desentendimiento sistemático por su comportamiento al margen de la función pública no han servido para consolidar un trabajo doctrinal de delimitación material de la categoría de los delitos contra la Administración pública. Ambas notas parecen haber precondicionado, por el contrario, su valoración como grupo particular en que ni la estructura de la autoría y participación ni el fundamento del injusto son análogos a los de los demás delitos. No obstante las valiosas aportaciones de autores como Octavio de Toledo³⁰, los delitos contra la Administración pública siguen constituyendo a los ojos de la doctrina mayoritaria un conjunto de infracciones aglutinadas alrededor de una idea de "vago quebrantamiento" de deberes profesionales o de "deslealtad" frente al Estado³¹. La determinación de un bien jurídico de precisos contornos, de contenido material suficientemente valioso y con capacidad para asumir las funciones que la dogmática penal actualmente le atribuye pugna en la exposiciones al uso con la difícil articulación de esta materia con el régimen general de las circunstancias agravantes genéricas³², con su coexistencia con

³⁰ Las últimas teorías sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública adoptan como punto de partida la misión global que la Administración tiene atribuida en el Estado prestacional en orden al atendimiento de las necesidades existenciales comunitariamente sentidas por la colectividad en cuanto tal. En atención a ello, el interés protegido por este conjunto de delitos se incardinaria en un ámbito relacional, el que liga a la Administración-servidora con los ciudadanos receptores, situándose en primer plano de estos delitos su semblante de afección a los intereses generales cuya procura constituye el fin institucional de aquélla. Entre sus patrocinadores, todavía minoritarios, Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, cit., pág. 243; F. J. Álvarez García, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, pág. 222; C. Martínez Pérez, "Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios. (A propósito de la sentencia de T. S. sobre el 'caso Barreiro')", *ADPCP*, 1991, pág. 389.

³¹ Vid. por todos, Jaso Roldán, en Rodríguez Muñoz / Jaso Roldán / Rodríguez Devesa, *Derecho penal*, Tomo II, Parte Especial, cit., pág. 192: "lo que da unidad a estos delitos es la infracción del deber, y sólo en segundo término, bien para establecer formas agravadas... o bien para configurar ciertas especies delictivas... ha tomado en cuenta -el Código penal- las especiales lesiones de los bienes jurídicos que aquellas conductas contrarias al deber llevan consigo". Más recientemente, en referencia a determinadas figuras, M^a D. Fernández Rodríguez, "Los abusos contra la honestidad", *CP*, n.º 5, 1978, pág. 53; R. F. Suárez Montes, "El delito de malversación de caudales públicos", *RGLJ*, 1966, págs. 867 y 868.

³² El artículo 22.7º contiene la agravante genérica de prevalimiento del carácter público. Despiertan controversias su fundamentación (objetiva -de mayor antijuricidad- o subjetiva -de mayor culpabilidad-) (cfr. M. Alonso Alamo, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid, 1981, págs. 561 y sigs.) y su inherencia a todas y cada una de las figuras que reclamen la condición de funcionario público o autoridad en el sujeto activo o en que el

las infracciones de la normativa administrativa prevista para las relaciones de sujeción especial (faltas disciplinarias)³³ y, antes que nada, con la incongruencia de que la distinción legislativa entre los delitos contra las garantías constitucionales y los delitos contra la Administración pública se hace acreedora a la luz de cualquier criterio de ordenación científica.

En efecto, mientras el nuevo enclave sistemático de los delitos de prevaricación y usurpación de atribuciones viene examinado en el contexto del proceso general de racionalización introducido en la estructura del Código penal³⁴, y la razón para

carácter público del culpable resulte esencial para la existencia de la infracción (sobre las diferentes posturas, M. García Arán, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho penal español*, Barcelona, 1982, págs. 160 y 161).

³³ Este grupo de delitos plantea de forma inmediata la necesidad de su delimitación con las infracciones sancionadas por la Administración pública en el ejercicio de la potestad "ad intra" de que dispone para la corrección de la actividad ilícita de las personas sometidas al régimen funcionarial. La toma de postura en este tema significa en primer lugar y por sus directas implicaciones el otorgamiento de una mayor o menor virtualidad al principio "noin bis in idem", toda vez que la acumulación de pena y sanción disciplinaria en los supuestos en que la ley penal haya tenido en cuenta los especiales deberes que vinculan al sujeto con la Administración supondría castigar dos veces la infracción del mismo deber. Del mismo modo, salta a la vista que proclamada una diferencia ontológica entre los dos ilícitos, tradicionalmente apoyada en la teoría de las relaciones especiales de sujeción, no se aprecia obstáculo alguno en una actuación sancionadora de la Administración añadida a la condena penal. Y que si se concluyese, por el contrario, su diferenciación sólo cuantitativa sería más fácil sostener que la reducción deba ir acompañada de un descenso en las garantías de legalidad formal y tipicidad.

Las tesis cuantitativas restringen la intervención penal a los deberes funcionariales de mayor trascendencia, fundamentándose para ello en la no definición exhaustiva de las conductas prohibidas en el ámbito disciplinario y en su acomodación a los establecido en el art. 25.3 de la Constitución española (así, J. Cerezo Mir, "Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo", *Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, pág. 88; J. R. Casabó Ruiz, en G. Rodríguez Mourullo / J. Córdoba Roda / A. del Toro Marzal / J. R. Casabó Ruiz, *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Barcelona, 1972, pág. 92). Las teorías cualitativas apelan a la distancia existente entre los objetivos de uno y otro ordenamiento, puesto que mientras el penal se ordena a la defensa del orden jurídico general, el disciplinario mira a la mejor organización de un servicio público o a mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes (E. Cuello Calón, *Derecho penal*, Tomo I, Vol. I, Barcelona, 1971, pág. 10). Una tercera vía interpretativa se debe a Octavio de Toledo y Ubieto (*La prevaricación...*, cit., pág. 279), quien sostiene que si por separado los bienes jurídicos afectados por unas y otras infracciones son distintos -el mantenimiento de la organización administrativa por medio del respeto a los deberes nacidos de la relación que vincula al funcionario al Estado y los servicios requeridos por los ciudadanos a la Administración-, el primero de ello se convierte en necesario medio para la consecución del segundo, existiendo entre ambos una relación de consunción que permite superar el escollo del bis in idem.

³⁴ Cfr., G. Quintero Olivares, "Los delitos contra la Administración de Justicia", *RJC*, 1980, p. 192; M. J. Magaldi / M. García Arán, "Los delitos contra

la agravación del tipo básico sufrida por diversos delitos de irregular distribución se identifica en la facilidad para ejecutar el hecho base que proporciona el abuso del cargo³⁵, respecto de aquélla se afirma una absoluta irreducibilidad a esquemas unitarios, atribuyéndosele el significado de estadio intermedio en un proceso de disolución de delitos de carácter puramente residual o, cuando menos, de síntoma de su absoluta heterogeneidad y deficiente tipificación.

A tenor de las exposiciones, no podría ser explicada racionalmente, en primer lugar, a partir de la relación en que unos y otros se hallan con las figuras comunes recogidas en otros lugares de la Parte Especial. A la propuesta de Viada de construir los delitos contra la Administración pública como especiales propios y los delitos contra los derechos de las personas legalmente reconocidos como impropios, esto es, susceptibles de comisión por sujetos no investidos de condición oficial³⁶, se ha opuesto que no es cierto que a todos los tipos relativos a las garantías constitucionales les corresponda un tipo común correlativo y que, de otra parte, la malversación –arquetípico delito “en el cargo”– no puede merecer la consideración de delito especial propio, al tratarse de un hurto agravado por la cualificación pública del sujeto y del objeto material del delito³⁷.

Y tampoco se correspondería con una distinción subyacente y relativa una diversidad de bienes jurídicos. Por una parte, lo primero que permitiría sospechar que el tratamiento disperso de los delitos de los funcionarios no es acertado es el hecho de que también ciertas figuras recogidas en el título XIX –como las limitaciones a la libertad sexual y las exacciones ilegales– afectan a derechos personales constitucionalmente reconocidos en

la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *DJ*, Monográfico dedicado a la PANCP, vol. II, 1983, págs. 1125 y 1128; D. M. Luzón Peña, consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, págs. 515 y sigs.

³⁵ Vid. los artículos 222, 391, 394, 398, 499 a 501, 562 y 616. En opinión de M. García Arán (*La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, pág. 32), el ejercicio abusivo del cargo facilita la realización del hecho base, “con independencia de que ello lesione indirectamente la función desempeñada por el sujeto activo, pero sin que ésta sea la razón de la cualificación”. En el mismo sentido, entre otros, R. Rebollo Vargas, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, 1996, pág. 53.

³⁶ S. Viada y Vilaseca, *El Código penal reformado de 1870*, tomo II, 4ª ed., Madrid, 1890, págs. 531 y 532.

³⁷ Así M. López Rey y Arrojo, *Derecho penal*, tomo II, Parte Especial, Madrid, 1935, págs. 172 y 173; J. Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, tomo III, Barcelona, 1978, págs. 289 y sigs.

modo no sustancialmente diverso del de aquellos que se agrupan como delitos contra las garantías constitucionales³⁸. En segundo lugar, pretender que los delitos del título II dispensen protección a los particulares frente a la acción de los funcionarios cuando actúan como órganos del Estado soslayaría el dato de que en más de un supuesto la lesión del bien jurídico estatal en el título VII se opera a través de la lesión de un bien jurídico de un particular, como ocurriría con la prevaricación o, nuevamente, con las exacciones ilegales³⁹.

Desde estas posiciones se reconoce, por lo tanto, la existencia de amplias superposiciones entre ambos grupos delictivos. La revisión de los delitos contra la Administración pública debería permitir, por contra, el hallazgo en todos ellos de comportamientos que importasen la lesión de un bien jurídico como la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, la capacidad prestacional de los servicios públicos o el correcto funcionamiento de la Administración al servicio de sus fines⁴⁰.

³⁸ Cfr. E. Bacigalupo, "Sobre la reforma de los delitos de funcionarios", *DJ*, monográfico dedicado a la PANCP, Vol. II, n.º 37 a 40, enero-diciembre de 1983, pág. 383. Comparten estas conclusiones L. Rodríguez Ramos, *Libertades cívicas y Derecho penal*, Madrid, 1975, págs. 347 y 359; Portilla Contreras, *El delito de práctica...*, cit., pág. 58; J. J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, 2ª ed. corregida y puesta al día, Barcelona, 1992, págs. 876 y 880.

³⁹ Vid. Bacigalupo, "Sobre la reforma...", cit., pág. 384; Portilla Contreras, *El delito de práctica...*, cit., pág. 58, señalando que no puede afirmarse que los delitos previstos entre los hechos punibles contra las garantías constitucionales tengan en todo caso como sujetos pasivos a particulares y no a la propia Administración.

⁴⁰ Vid. Bacigalupo, "Sobre la reforma...", cit., págs. 385 y 387; Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte Especial*, cit., págs. 557 y 558. Aun sin secundar tales interpretaciones del bien jurídico de las incriminaciones del título VII, Portilla Contreras justifica la existencia de una doble regulación de los delitos de funcionarios sólo en la medida en que los preceptos recogidos en aquél "presentan una naturaleza, generalmente, pluriofensiva", por lo cual el único medio de resolver la confusión pasaría por la privación de "sacralidad" a la función sentida, propone una reforma de los delitos contra la Administración pública y contra la Administración de Justicia, que descriminalice, en primer lugar, las infracciones que contradicen exclusivamente del deber del cargo; que otorgue un tratamiento independiente y basado en el interés directamente protegido, en segundo lugar, a las que afectan a bienes jurídicos distintos a la propia función; y que regule en los títulos que protejan el bien jurídico realmente afectado, en tercer lugar, a las que conciben la infracción de un valor jurídico fundamental. "En definitiva -concluye- sólo deben regularse como delitos contra la Administración pública o de Justicia los que infrinjan intereses generales de los ciudadanos mediante el desarrollo de la función pública y no estén previstos en algún otro título del Código penal". Cfr. *El delito de práctica ilegal...*, cit., págs. 58 y 59. Por contra, a juicio de Rodríguez Ramos las tensiones existentes entre los delitos "en el cargo" y los delitos contra las garantías constitucionales podrían hallar salida únicamente a través de una reestructuración similar a la operada por el Código de 1848, es decir, confi-

3. Algunas consideraciones críticas

A) *Sobre la formación de un grupo general de delitos de los particulares y de los funcionarios públicos contra la Administración pública*

Como categoría dogmática, los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración pública son expresión de una peculiar técnica de tipificación. El ejercicio de la función constituye el fundamento de su tipicidad, y sirve no sólo para delimitar el ámbito de la autoría, sino, fundamentalmente, para connotar las conductas típicas como infracciones de deberes estatutarios o abusos de poderes jurídicos, esto es, como desarrollos defectuosos –pero también efectivos– de aquélla⁴¹.

La más significativa de las normas del capítulo II del título XXII del Código penal español de 1995 (“De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”), es, sin duda, la contenida en el artículo 550, que tipifica el atentado⁴². La estructura de este delito lleva a excluir, sin embargo, que los criterios de interconexión entre el ejercicio de la función y el tipo de injusto puedan verificarse en los mismos términos.

En primer lugar, su objeto de tutela no puede reducirse sin más al correcto ejercicio de las “actividades funcionales públicas” objetivamente consideradas. Elemento constitutivo del atentado no es el efectivo perjuicio funcional de ese ejercicio⁴³. De hecho, basta con que la relación ofensiva de violencia o amenaza frente a la persona física cualificada se produzca “con ocasión del ejercicio de las funciones”, en atención a funciones ya ejercidas o que van a realizarse. El acometimiento, el empleo de fuerza o la intimidación son ya típicos, por lo tanto, simplemente si se realizan con motivo del ejercicio de las funciones⁴⁴.

gurando en el seno de aquél un capítulo independiente, destinado a los “abusos contra los particulares” (*Libertades cívicas...*, cit., pág. 347, nota 11).

⁴¹ Para las referencias, H. Wagner, *Amtsverbrechen*, Berlín, 1975, págs. 270 y sigs.; A. Kaufmann, “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad”, *ADPCP*, n.º 1 de 1984, págs. 12 y 13, nota 24; L. Stortoni, *L'abuso di potere nel Diritto penale*, Milano, 1978, págs. 59 y sigs.; en España, Sáinz de Robles Santa Cecilia, *Contribución...*, cit., págs. 257 y sigs.

⁴² Art. 550 CP: “Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”.

⁴³ Opinión pacífica: cfr. J. Cerezo Mir, “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, *REP*, Año XXII, n.º 173, abril-junio 1966, pág. 331, notas 52 y 53.

⁴⁴ Cfr., Cerezo Mir, “Los delitos de atentado propio...”, cit., pág. 334: “El

Por otra parte, la cualidad de funcionario público, a efectos jurídico-penales, no acompaña forzosamente al sujeto como si de un estatuto personal se tratara. Determinar en cada caso si una persona es funcionario público exige adecuar las definiciones genéricas contenidas en los preceptos de la Parte General (o Especial, en el caso del Código penal italiano) a las finalidades de cada precepto específico. Es en este sentido en el que Del Toro apunta un criterio interpretativo de validez general que conviene traer a colación: la mayor preocupación legislativa por el empleo de la función para delinquir, o durante el delito, que como objeto de ofensa por terceros. Subraya este autor que mientras la protección penal en los delitos de los particulares contra la Administración pública (desacatos, atentados, resistencias) cesa cuando el funcionario se extralimita en sus funciones, cometiendo violencias innecesarias o actuando con absoluta falta de competencia para fines particulares, ello no es dable en los supuestos en que el funcionario es el sujeto activo de la infracción, toda vez que, por imperio de la finalidad de los tipos, la desviación o abuso de poder es precisamente la razón de la incriminación⁴⁵.

Este criterio es, sin duda, producto de una interpretación teleológica sobre la totalidad del ordenamiento penal. En un clásico trabajo sobre la materia que nos ocupa, Malinverni afirmaba que en un ordenamiento democrático en el que el fun-

código penal español tutela el desempeño de la función pública de un modo muy amplio, al bastar con que el acometimiento, el empleo de fuerza o la intimidación se realicen con ocasión, es decir, con motivo del ejercicio de las funciones... El acometimiento, el empleo de fuerza y la intimidación, pueden realizarse con el fin de obligar al funcionario público a llevar a cabo una coacción conforme a deber. En estos casos la extensión de la tutela penal es justificada y plausible. No cabe decir lo mismo, en cambio, en aquellos casos en que la conducta del funcionario que constituye el motivo de la agresión, se ha llevado ya a cabo y el acometiendo, el empleo de fuerza o la intimidación se realizan con propósito de venganza. Estos casos deberán ser castigados con arreglo a las disposiciones penales ordinarias".

⁴⁵ Cfr., A. del Toro Marzal, en J. Córdoba Roda / G. Rodríguez Mourullo / J. R. Casabó Ruiz / A. del Toro Marzal, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona, 1972, págs. 728 y 729. Téngase en cuenta, con todo, que un sector de la doctrina entiende que aun cuando el funcionario realice un acto antijurídico, no pierde su condición de funcionario, ni deja de estar por ello en el ejercicio de sus funciones, por lo que la cuestión a resolver en los casos de conducta antijurídica del funcionario es la de si la acción llevada a cabo por el sujeto activo resulta o no justificada por la eximente de legítima defensa. Parece, por el contrario, que estimar que la frase legal "cuando se hallaren ejerciendo las funciones de su cargo" comprende tanto los casos de ejercicio legal como ilegal del cargo debe desecharse por la razón de que las funciones del cargo aludidas por el tipo son únicamente aquellas que el derecho establece y conforma. En este último sentido, Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*, Tomo III, cit., págs. 500 y sigs.

cionario debe ser considerado antes como servidor del interés general y de la colectividad que como autoridad, su dignidad y responsabilidad no siempre coinciden. El argumento quizá pueda complementarse notando que sobre el plano de la tutela de la Administración pública, respecto de las ofensas que nacen de su interior juegan exigencias objetivas, como la eficiencia, la imparcialidad, etc., que no encuentran paralelismo en las que se desarrollan desde el exterior. Uno de estos casos puede venir representado, precisamente, por el atentado, en el que la tutela no adopta como presupuesto la identificación de la persona con la función ni incide necesariamente sobre la actividad y, en definitiva, sobre la eficiencia en el momento ejecutivo de la Administración.

B) *Sobre la Administración pública omnicomprendivamente entendida en tanto objeto de tutela penal*

Bajo el perfil de la ofensividad, la configuración global de la Administración pública como objeto de protección de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos se explica correctamente con la tesis de los delitos con "bien jurídico intermedio espiritualizado" o con bien jurídico "con función representativa". Esta construcción surge para ser aplicada a delitos de peligro abstracto que tutelan bienes jurídicos supraindividuales en punto a los cuales resulta difícilmente concebible la tipificación de una lesión o puesta en peligro concreto, puesto que su perturbación se produce únicamente a través de una reiteración generalizada de conductas⁴⁶.

Desde la perspectiva del bien jurídico inmaterial colectivo la acción individual carece, por lo tanto, de la necesaria lesividad. La figura típica se construye así sobre la base de un bien intermedio "representante" (el deber del cargo, en estos delitos) que es el que resultará inmediatamente lesionado por el comportamiento típico individual, sin que sea preciso demostrar la lesión o puesta en peligro concreto del bien inmaterial inmediatamente protegido. Esta construcción posee como único correctivo típico los supuestos de "ataques mínimos", en los que

⁴⁶ La tesis de los delitos con bien intermedio viene formulada en el seno de las diversas clasificaciones propuestas para diferenciar las técnicas de tipificación de los delitos de peligro abstracto. Véanse F. Loos, "Zum 'Rechtsgut' der Bestechungsdelikte", *Festschrift für H. Welzel*, Berlin, Nueva York, 1974, págs. 879 y sigs.; J. Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einen funktionalen Strafrechtssystem*, Berlin, 1981, págs. 328 y sigs.; G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlín, 1991, pág. 175. En España también ha encontrado partidario: *vid.* T. Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, págs. 300 y sigs.

la conducta será atípica sobre la base del principio de insignificancia, y por lo que respecta a las exigencias de la imputación subjetiva, considera suficiente con que el dolo o la imprudencia del sujeto abarquen el conocimiento de los elementos típicos, bastando con que se conozca la vulneración del bien representante inmediatamente protegido y sin que sea necesario acreditar el conocimiento del bien mediato representado⁴⁷.

Entiendo que un planteamiento de estas características arrastra numerosas perturbaciones en orden a la construcción lógico-científica de este grupo delictivo. Localizar el objeto representante –el único al que se reconocen funciones dogmáticas y político-criminales– en el deber del cargo no parece defendible en un sistema en el que sin la presencia de un bien jurídico el derecho penal resulta materialmente injusto y ético-socialmente intolerable⁴⁸. Una caracterización de los delitos de funcionarios en tanto infracciones de deberes no resulta ni siquiera adecuada al Derecho vigente, puesto que no toda infracción de los deberes que incumben a los funcionarios son o deben ser al mismo tiempo delictivas. De lo contrario, la diferenciación entre infracciones disciplinarias administrativas y delitos en sentido estricto sería totalmente inviable⁴⁹. En realidad, el papel que la infracción del deber puede desempeñar en la construcción de estas infracciones, tradicionalmente consideradas paradigma de los delitos especiales, no puede ser sino medial. Entendido desde una perspectiva subjetiva, de relación entre el funcionario y la organización burocrática de la que forma parte, el deber estará siempre en función de la tutela de un valor o interés particular⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. Loos, "Zum 'Rechtsgut'...", cit., págs. 888 y sigs.; Wolter, *Objektive...*, cit., pág. 329; Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pág. 175; Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro...*, cit., págs. 302 y 303.

⁴⁸ Por todos, M. Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974, págs. 21 y 22. En el rechazo que ha merecido la doctrina del deber del cargo como objeto de protección ha pesado considerablemente su proximidad a los planteamientos de la Escuela de los juristas nazis de Kiel, que defendía una concepción del delito en la que lo fundamental no era tanto la violación de la ley formal o la lesión de un bien jurídico cuanto la actitud ética del sujeto ante los valores comunitarios. Estas propuestas interpretativas otorgarían a los delitos de los funcionarios la tesitura de meras desobediencias, de delitos formales sin reprobabilidad social real, a través de cuya tipificación se perseguiría el logro de una determinada actitud interna frente al Estado.

⁴⁹ En este sentido, Bacigalupo, "Sobre la reforma...", cit., pág. 350.

⁵⁰ Admitiendo que, como paradigmas de los delitos especiales, en los delitos de funcionarios la característica básica del autor es que infringe un deber específico extrapenal, Gómez Benítez se apresura a destacar que no se quiere decir con ello que el derecho penal considere delictivas estas conductas porque constituyen meras infracciones de deberes; "lo que se quiere decir es que

Un valor o interés para cuya identificación no puede servir de pauta el concepto de Administración pública que se estila en el derecho penal italiano. Un concepto inaprehensible y carente totalmente de contenido material. Aun entendiendo todas y cada una de las figuras funcionariales asentadas sobre el genérico potencial prestacional con que se significa político-socialmente el Estado social y democrático de derecho en todas sus manifestaciones materiales y jurídicas, deviene imprescindible una especificación de las actividades estatales implicadas en cada una, como paso previo en la reconstrucción de los valores cardinales que el legislador ha entendido preservar frente a las singulares funciones públicas. Esta primera vía interpretativa permite aprehender la sustancial desigualdad de naturalezas y principios de organización y funcionamiento que en el derecho continental europeo caracteriza al Parlamento, el juez y la Administración pública. No debe olvidarse que mientras el primero se edifica sobre el principio de representación política y el segundo es "viva vox iuris", directamente vinculado al derecho, sin insertarse jerárquicamente en su función sentenciadora en ninguna organización, la Administración entraña una organización dependiente y necesitada de justificarse en cada caso en el servicio a la comunidad a que está ordenada, de modo que su dato primario ante el derecho es el de su personalidad jurídica, que la comprende como organización⁵¹.

Un paso ulterior en ese proceso de concreción vendrá dado por la situación de su actividad en el marco del artículo 103.1 de la Constitución española: "La Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, coordinación y sometimiento pleno a la ley y al derecho". La Administración no es, pues, un bien jurídico genérico o formal, desvinculado de los ciudadanos. Bien al contrario, se justifica precisamente como mecanismo prestacional, en la medida en que en su funcionamiento llegue a servir con "eficacia indiferente" intereses generales, esto es, no intereses del Gobierno, ni de partido, ni de la Administración burocrática⁵².

criterio específico de imputación al autor es la infracción del deber, con independencia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que, efectivamente, pueda constatarse" (*Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1984, pág. 154). De especial interés para la interrelación conceptual entre el deber jurídico y el bien jurídico, M. Cobo del Rosal, "Revisión del problema del consentimiento en las lesiones", *ADPCP*, 1964, pág. 259.

⁵¹ Cfr., E. García de Enterría / T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 5ª ed., Madrid, 1990, págs. 28 y 29.

⁵² Para el concepto de interés general y sus implicaciones con otros análo-

A mi modo de ver, la nuda referencia a los intereses generales conduciría, sin embargo, a una absolutización del bien jurídico similar a la que entraña el concepto omnicomprendido de Administración como actuación funcional del Estado. Dicho en este sentido de recientes aportaciones doctrinales como las de Portilla y Morillas o Rebollo, para quienes la intervención penal obtiene su legitimidad en este ámbito de la puesta en peligro de los intereses generales mediante una actuación ilegal, ineficaz, parcial⁵³.

Es cierto que a la luz de estas concepciones es posible distinguir nítidamente los respectivos ámbitos de los ilícitos penales y disciplinarios y, además, hacerlo con arreglo al sentido que la amenaza punitiva reviste en un Estado de derecho. Un objeto jurídico que ponga de manifiesto los servicios que la Administración ha de prestar a los ciudadanos se acomoda, evidentemente, a los principios penales de fragmentariedad y ultima ratio.

Su validez viene puesta en duda por otra vía, la de la necesaria idoneidad que todo bien jurídico-penal debe poseer desde la perspectiva de la graduación de los criterios de ofensividad. Los intereses generales no constituyen un objeto afectable por la actuación del sujeto, ideal o materialmente. En la línea de las tesis anteriormente reseñadas sobre los delitos con bien representante, es necesario delimitar una referencia conceptual intermedia capaz de servir de límite al *Ius puniendi* estatal. Una referencia que viene dada por otra de las características que presenta la regulación positiva en los sistemas examinados: el dato subjetivo de la comisión. *De lege lata*, la simple titularidad de un cargo público es insuficiente para determinar la existencia de un delito de funcionario público, requiriéndose la conexión entre el delito y las competencias funcionales, entre la conducta y el contenido del cargo o función. La función interferida será, en todo caso, la directamente desenvuelta por el funcionario y sobre ella el funcionario proyecta el abuso de un poder jurídico, en beneficio propio o de un tercero.

gos, A. Nieto García, "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a E. García de Enterría*, tomo III, Madrid, 1991, págs. 2228 y sigs.

⁵³ Cfr., G. Portilla Contreras / L. Morillas Cuevas, "Revelación de secretos, cohecho y tráfico de influencias", *Comentarios a la legislación penal*, tomo XVI, Madrid, 1994, pág. 186; Rebollo Vargas, *La revelación de secretos...*, cit., págs. 52 y 54. En realidad la alusión a los intereses generales como bien protegido había encontrado ya eco entre algunos autores alemanes, que lo habían vinculado a la idea de prestigio del aparato administrativo frente a la ciudadanía. Cfr., Stock, *Entwicklung...*, cit., pág. 249.

c) *Sobre la distribución del grupo de los delitos de funcionarios públicos en propios e impropios*

La Administración pública es la personificación interna del Estado y su instrumento de relación permanente con los ciudadanos. Para el cumplimiento de sus objetivos dispone de un elenco de potestades exorbitantes por medio de las cuales puede crear, modificar y extinguir derechos por su sola voluntad, ejecutar de oficio por procedimientos extraordinarios sus decisiones, hacerse justicia sin intermediación de los tribunales, etc. Potestades de ejercicio obligatorio (potestades-función) y sujeto con arreglo al artículo 103.1 de la Constitución a la ley y el derecho⁵⁴.

Las conductas típicas de los delitos de los funcionarios representan extralimitaciones de las facultades otorgadas con arreglo al principio de legalidad administrativa. Como injustos realizados en la función pública, vulneran el bien jurídico a través del abuso de una potestad del Estado⁵⁵. Ello significa, en primer lugar, que todos los delitos de los funcionarios son delitos especiales propios, sin tipos comunes correlativos. Las detenciones ilegales en la función, por ejemplo, no son meras agravaciones de los delitos contra la libertad. Semejante solución legislativa desconoce la presencia en todos los delitos de funcionarios de un bien jurídico institucional relativo, precisamente, a los presupuestos de ejercicio de las potestades administrativas⁵⁶. Un bien jurídico que, en palabras de Bustos Ramírez, recoge un sistema orgánico y complejo de valoraciones, y que entendiendo debe reconducirse al principio de legalidad como sistema de control a las actuaciones de los poderes públicos⁵⁷.


Además, la sistemática adoptada por el legislador español encuentra sobre estas bases un fundamento material. En los delitos contra las garantías constitucionales, la legalidad opera como un sistema garantizador de derechos subjetivos típicos relativos a la libertad, la intimidad, el derecho de defensa. Se trata de delitos pluriofensivos que protegen derechos funda-

⁵⁴ Vid. la exposición de García de Enterría / Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, cit., págs. 431 y ss.

⁵⁵ Cfr. H. Welzel, "Der Irrtum über der Amtspflicht", *Juristenzeitung*, n.º 718, 1952, págs. 208 y 209. En la doctrina española perfilan la estructura típica de los delitos de los funcionarios en torno al abuso de poder jurídico medial con relación a un bien jurídico, J. Bustos Ramírez, *Manuel de Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona, 1991, pág. 366; F. Bueno Arús, "Los 'Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales, y de las libertades públicas garantizados por la Constitución' en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983", *DJ*, vol. II, Monográfico dedicado a la PANC, 1983, pág. 620.

⁵⁶ Cfr., Wagner, *Amtsverbrechen...*, cit., págs. 107 y sigs., si bien este autor plantea la naturaleza de los tipos funcionariales al hilo de su distinción entre los delitos imputables al Estado, en los que la titularidad del cargo es una exigencia para que el comportamiento del funcionario se impute al ente de pertenencia, y con ello al Estado, y delitos no imputables al Estado, en los que la lesión del bien jurídico en relación con la lesión del propio deber de servicio es determinante del injusto. Sobre los tipos de detenciones ilegales, L. Zúñiga Rodríguez, *Libertad personal y seguridad ciudadana*, Barcelona, 1993, págs. 170 y 171, con indicaciones.

⁵⁷ J. Bustos Ramírez, "El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público", *CPC*, n.º 20, 1983, pág. 346.

mentales, derechos humanos constitucionalmente reconocidos. En los delitos contra la Administración pública, el acento se coloca, en cambio, en derechos subjetivos reaccionales, en el abstracto interés que todo ciudadano tiene en el buen funcionamiento de la maquinaria del Estado. Se protege la relación de servicio entre la Administración y el administrado en la exigencia de que se desarrolle de acuerdo con el principio de legalidad (bien representante). 

O Consello Provincial de Lugo. Os primeiros anos (1845-1849)

Área de historia do dereito e
das institucións.
Universidade de Santiago de
Compostela

Faustino Martínez Martínez

1. Introducción

O século XIX supón a chegada a España de novas ideas en practicamente tódalas ordes do dereito público, do dereito que se ocupa de regula-las institucións básicas do Estado, agora titulado liberal. As constitucións, a codificación, as declaracións de dereitos do home e do cidadán, entre outras moitas, son mostras dos novos aires que corren en Europa e que van te-lo seu correspondente reflexo no marco das institucións e dos poderes do novo Estado que aparece como resultado dun feito clave: a Revolución Francesa. España, con certo atraso, non se subtrae ó poderoso influxo intelectual francés e, o que é máis importante, ás innovacións institucionais que Francia irradia para o resto do continente. Tódalas administracións –central, provincial e local– van ser recipiendarias deses aires de renovación, cos que enterran principios organizativos característicos do antigo réxime; o vello sistema queda sepultado trala Constitución de Cádiz, a cal sentará as bases dun novo modelo de organiza-

ción do poder público nos niveis citados. De tódolos xeitos, como destaca Santamaría Pastor, a transformación operada polos movementos revolucionarios que se xestan e desenvolven en Europa e América dende 1770 ata 1815 non é radical e absoluta en relación coa organización político-administrativa do antigo réxime: *"el cambio es, ciertamente, total en cuanto se refiere a los presupuestos ideológicos y a los principios estructurales del Estado... No hay ruptura, sino continuidad y reforzamiento en el plano real de la acción estatal"*¹.

Deste xeito, aparecerán as figuras do xefe político, gobernador ou subdelegado de Fomento, da Deputación ou ben adquirirán novos perfís institucións de antano, pero que se adaptan ós novos principios que se respiran no dereito público, como é o caso do Intendente. Todas estas institucións, as novidasas e as antigas renovadas ou pasadas pola criba da nova ideoloxía liberal, constituirán os novos mecanismos de poder que se instalarán nas provincias e que permanecerán practicamente ó longo de todo o século XIX, con denominacións oscilantes, exercendo as súas funcións de goberno nese ámbito territorial.

As institucións mencionadas son as que máis lles preocuparon ós estudiosos da historia institucional decimonónica. Sen embargo, os consellos provinciais, obxecto do noso traballo, a penas foron obxecto de tratamento monográfico, salvo excepcións², e tampouco existen referencias minuciosas nos manuais ó uso sobre a natureza e funcións desta figura, tanto os de dereito administrativo do século XIX e comezos do XX³ como os actuais manuais de historia do dereito e das institucións⁴.

¹ Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1991, páxs. 129-130.

² A única referencia que temos no campo historiográfico é o estudo do profesor E. González Díez sobre o Consello Provincial de Palencia, *Administración y justicia: el Consejo Provincial de Palencia*, en "Actas do III Congreso de Historia de Palencia", Palencia, 1995. En cambio, a institución examinárona estudiosos do dereito administrativo á hora de abordar-la cuestión da orixe do recurso contencioso-administrativo en España e o nacemento da xurisdicción contencioso-administrativa, como veremos máis adiante.

³ Por razóns obvias si se encontran referencias nalgúns dos manuais máis coñecidos de dereito administrativo do século XIX e de comezos do século XX, así como nas obras de autores anteriores á Lei de 1845, que comentan os primeiros proxectos sobre esta materia, *v. gr.*, Posada de Herrera, J. de, *Lecciones de Administración, trasladadas polos seus discípulos Juan Antonio de Bascon, Francisco de Paula Madrazo y Juan Pérez Calbo*, Madrid, 1843 –cito pola edición do Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978, tomo I, páxs. 186-202–, ou Ortiz de Zúñiga, M., *Elementos de Derecho Administrativo*, Granada, 1843, tomo II, pág. 364-383. Entre os manuais debemos destaca-los seguintes: Colmeiro, M., *Derecho Administrativo Español*, Madrid, 1850, tomo I, páxs. 208-215, e tomo II, páxs. 241-247, e *Elementos de Derecho Político y Administrativo de España*, Madrid, 1875, páxs. 337-340. Escriche, J., *Diccionario razonado de Le-*

gislación y Jurisprudencia, na voz *Consejos Provinciales*, Madrid, 1874, tomo II, páxs. 501 e segs., así como nas voces *Diputación Provincial*, *Jurisdicción contencioso-administrativa* e *Procedimiento contencioso-administrativo*. Mellado, F., *Resumen de Derecho Administrativo*, Madrid, 1890, páxs. 180-181 e 241-242. Posada, A., *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Madrid, 1898, tomo II, páxs. 501-512. Santamaría de Paredes, V., *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid, 1908, pág. 762. Ademais Alfaro e Lafuente, S., *Tratado completo de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1875, páxs. 31-35, e Abella, F., *Manual teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1882, páxs. 47-58.

⁴ Dos manuais de historia do dereito que fan mención ós con-

En cambio, de forma marxinal, algúns estudos sobre institucións decimonónicas achegaron certos datos, non excesivos, acerca dos consellos provinciais e as súas relacións coas estruturas de poder existentes no seo das provincias españolas, sobre todo no caso dos distintos traballos sobre as deputacións provinciais⁵.

A finalidade do presente traballo, e por ende a súa estruturación, é dobre: por un lado, en primeiro lugar, trato de cubri-lo baleiro existente respecto desta institución, o que me levará a formular unha introducción sobre a orixe e a evolución lexislativa deste órgano provincial dende un punto de vista exclusivamente dogmático. Pero para que este modesto traballo non quede nunha simple descrición e comentario da lexislación, en segundo lugar, centrei o meu labor no exame de actividade concreta desempeñada polo Consello Provincial de Lugo nos seus primeiros anos de existencia. Ante todo, procurei que a estrutura sexa simétrica para que desta forma se poida observa-lo paralelismo ou a coincidencia, se é que se produce, entre o que as leis deseñaban e o que a realidade práctica, deducida fundamentalmente das actas do Consello, permite colixir respecto dunha institución radicalmente novidosa no panorama provincial español do século XIX, se ben na súa conformación se nota de maneira moi acentuada o influxo preponderante da lexislación da Francia posrevolucionaria.

sellos provinciais, destacámo-lo de Álvarez de Morales, A., *Historia de las instituciones españolas, siglos xviii-xix*, Madrid, 1982, páxs. 219, e os de Sánchez-Arcilla Bernal, J., *Historia de las instituciones político-administrativas contemporáneas*, Madrid, 1994, páxs. 324-325 e 425-426, e en *Historia del Derecho. Instituciones político-administrativas*, Madrid, 1995, páxs. 1074-1075 e 1129-1130.

⁵ V. gr., con carácter xeral, Santana Molina, M., *La Diputación Provincial en la España decimonónica*, Madrid, 1989, páxs. 125-126. Traballos máis concretos, Fradera, J. M., "Entre progressites i moderats: la Diputación de 1840 a 1868", en Riquer, B. de (dir.), *Història de la Diputació de Barcelona*, Barcelona, 1987, tomo I, páxs. 106-107; Ortego Gil, P., *Evolución legislativa de la Diputación Provincial en España, 1812-1845. La Diputación Provincial de Guadalajara*, Ma-

2. O deseño legal da institución

A evolución política dos primeiros anos que seguen ó establecemento final do Estado Liberal en España, trala morte de Fernando VII no ano 1833, trouxo consigo a necesidade de modificar-la lexislación sobre o goberno das provincias⁶. A Lei do 3

drid, 1990, 2 tomos. Orduña Rebollo, E., *Evolución histórica de la Diputación Provincial de Segovia*, Segovia, 1991, páxs. 103-104. Pérez Núñez, J., *El poder provincial en Vizcaya, 1808-1868: La Diputación Foral*, Madrid, 1992, páxs. 425-447. Laguna Platero, A., e Martínez Gallego, F. A., "Una jurisdicción de privanza. El Consejo Provincial" en Chust, M., et alii, *Historia de la Diputación de Valencia*, Valencia, 1995, páxs. 115-118; e Galván Rodríguez, E., *El origen de la Autonomía Canaria. Historia de una Diputación Provincial (1813-1925)*, Madrid, 1995, páxs. 82-83.

⁶ Débensele a Francisco Agustín Silvela unha serie de proposicións de lei presentadas no Congreso dos Deputados a comezos de 1838. A intención deste era efectuar unha reforma substancial na Administración provincial para o que elaborou tres proxectos: o primeiro sobre deputacións provinciais, o segundo sobre consellos e tribunais de Administración provincial, e o terceiro sobre os gobernos políticos. Tales proxectos de lei poden consultarse no *Diario das sesións do Congreso dos Deputados* (en adiante, *DSCD*), n.º 93, apéndice segundo,

de febreiro de 1823, co paso do tempo e coa chegada ó poder dos moderados, foi obxecto de varios intentos de reforma⁷. O punto de partida para a plasmación práctica definitiva destes intentos reformistas constitúeo o Real Decreto do 9 de outubro de 1844 por medio do que Isabel II autorizaba o ministro da Gobernación para presentar un proxecto de lei que facilitará o arranxo das administracións provincial e local⁸.

Trala autorización á que aludimos, o ano 1845 iniciará coa introducción de importantes cambios en canto ó réxime de goberno das provincias que ata entón estivera limitado a dúas grandes instancias fundamentalmente: o chamado Xefe Político e a Deputación Provincial. A nova lexislación moderada, representada pola Lei do 8 de xaneiro de organización e atribucións das deputacións provinciais e a do 2 de abril sobre atribucións dos gobernos políticos⁹, supón a plasmación práctica da con-

Sesión do 9 de marzo de 1838, páxs. 1183-1189. Máis adiante, no mes de novembro, o mesmo Silvela presentou un proxecto de lei máis completo sobre os consellos de provincia, que será o que se traslade, con pequenas modificacións, ó dictame e proxecto de lei da Comisión do 30 de xaneiro de 1839, en *DSCD*, n.º 72, apéndice, Sesión do 2 de febreiro de 1839, páxs. 1507-1511. A comisión presidiuna o marqués de Someruelos, actuando Silvela como secretario; os outros membros eran José Agustín de Larramendi, Francisco X. Ferro Montaos, Dionisio Valdés, Miguel María Fuentes e José María Cambronerero. A necesidade da reforma exprésaa Silvela de forma tallante: "De nada serviría, y de muy poco sirve á la verdad, que en la Constitución se diga que al Rey corresponde hacer ejecutar y cumplir las leyes. De nada absolutamente, si el Rey no ha de tener en las provincias, en todas partes, agentes suyos, autoridades que empiezen por obedecerle y respetarle, y que á su vez tengan el suficiente poder para hacerse obedecer y respetar... porque yo estoy intimamente persuadido que organizar una administración fuerte, vigorosa, inteligente y benéfica; una administración que proteja todos los intereses legítimos; que distribuya con equidad las cargas y reparta los favores con discernimiento", en *DSCD*, n.º 93, Sesión do 9 de marzo de 1838, páx. 1.163. Posteriormente o propio Silvela publicou estes proxectos coas mencións e modificacións resultantes da tramitación parlamentaria na súa obra *Colección de Proyectos, Decretos y Leyes Orgánicas o Estudios de Administración*, Madrid, 1839.

⁷ Ortego Gil, en *Evolución legislativa*, tomo I, páx. 641, sinala que a reforma da Lei do 3 de febreiro de 1823 se ía facendo cada vez máis necesaria para adapta-las estruturas provincial e local ós postulados do Partido Moderado, se ben os membros deste partido eran conscientes de que tales reformas soamente poderían levarse á práctica por medio dun goberno forte, apoiado por unhas Cortes da súa mesma cor política, dado que os proxectos anteriores, de marcado cariz moderado e incluso os presentados polo Goberno no ano 1842, non conseguiran fructificar. Cómpre destacar, con Artola Gallego, como unha das primeiras medidas que adoptará o Goberno moderado, tivo como finalidade darlle vixencia á Lei moderada sobre concellos que, tres anos antes, provocara a caída de María Cristina, en "La Burguesía Revolucionaria (1808-1869)", *Historia de España Alfaguara*, Madrid, 1973, tomo V, páx. 211.

⁸ Ortego Gil, *op. cit.*, páxs 642-654.

⁹ Publicadas respectivamente no *Boletín Oficial de la Provincia de Lugo* (en diante, *BOPL*) nos seus números 15, do 4 de febreiro, e 49, do 25 de abril,

cepción deste partido, agora gobernante, acerca do sistema administrativo provincial, concepción esta que, en palabras de Sánchez-Arcilla, descansaba sobre dous grandes piares¹⁰: a centralización e a xeraquización.

Un tratadista do século XIX, Adolfo Posada, sinalaba que a nova normativa respondía con exacta fidelidade ós mesmos principios centralizadores e a idéntico sentido de subordinación e xerarquía, e engadía que a nova concepción moderada supoñía a plenitude do réxime provincial constituído como dependencia do poder central, e integrado polas tres institucións que no futuro constituirán a vida política e administrativa das provincias: a Deputación Provincial, o Gobernador ou Xefe Político, e o Consello Provincial¹¹. Desta forma, as institucións para o goberno da provincia eran as dúas xa citadas anteriormente e unha de nova impronta. Xunto a elas hai que destacar tamén o Intendente, encargado da administración económica e por iso dependente do Ministerio de Facenda, que se fusionará co Xefe Político por Real decreto do 28 de decembro de 1849, dando orixe á figura do Gobernador Provincial¹². Vexamos superficialmente

ambos do ano 1845. Pola súa parte, a Lei dos consellos provinciais, do 2 de abril, aparece no *BOPL*, n.º 48, do 22 de abril. Tanto a Constitución do 18 de xuño de 1837 (arts. 69-71) como a do 23 de maio de 1845 (arts. 72-74), se referían de forma xenérica ó goberno das provincias e remitían ó lexislador ordinario para o desenvolvemento normativo desta cuestión. Así, en termos case idénticos, a Constitución de 1837, no seu art. 71, dispoñía que "la ley determinará la organización y funcionamiento de las Diputaciones provinciales y de los Ayuntamientos" e o art. 74 da Constitución de 1845 sinalaba que "la ley determinará la organización y atribuciones de las Diputaciones y de los Ayuntamientos, y la intervención que hayan de tener en ambas corporaciones los delegados del Gobierno". Ámbolos dous textos citados por *Las Constituciones de España*, Edición e estudio preliminar de Jorge de Esteban, Madrid, 1990.

¹⁰ Sánchez-Arcilla Bernal, J., *Historia del Derecho. Instituciones político-administrativas*, Madrid, 1995, páx. 1044. Idéntica posición doutrinal avanzara González Casanovas, para quen a nova lexislación sobre as provincias e o seu goberno era un claro exemplo do liberalismo moderado, descansando sobre a figura do xefe político, que ve acrecentadas as súas funcións, ó recorta-las competencias das deputacións e ó crear un novo órgano, os membros do cal dependen directamente do poder central que os nomea e destitúe (o Consello Provincial), en *Las Diputaciones Provinciales en España. Historia de las Diputaciones, 1812-1985*, Madrid, 1986, páx. 36.

¹¹ Posada, A., *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, tomo I, Madrid, 1897, páxs. 437-439. A provincia, engadía o citado autor, non vive no século XIX, nin a descentralización, nin a autonomía.

¹² A exposición de motivos do Real decreto do 28 de decembro de 1849 sinala a causa fundamental que xustifica a fusión destes dous órganos que non é outra cá de evita-los continuos conflitos que se viñan producindo entre ambos: "Cuando dos autoridades iguales en categoría dividen entre sí atribuciones que lejos de excluirse mutuamente, tienen íntimo enlace y contacto, no pueden evitar conflictos por grande que sea su celo y su abnegación, ni

as atribucións principais destas institucións de goberno dentro do ámbito provincial.

En primeiro lugar, aparece o Xefe Político que desempeña a dobre condición de principal autoridade provincial e de representante do Goberno central no territorio correspondente¹³. Ademais de presidi-la Deputación e o Consello, era o encargado de velar pola orde interna no territorio provincial, o que implicaba que estaba dotado dun importante elenco de competencias en materia de policía para tódalas cuestións referidas á orde pública como no campo da sanidade, vixilancia de establecementos públicos, etc. Basta a lectura do art. 4 da Lei do 2 de abril para entende-la súa importancia na engrenaxe administrativa do momento¹⁴, recordando en todo caso que se trataba dun órgano do poder central e que, como tal, nomea a raíña e quedaba baixo a dependencia do Ministerio da Gobernación conforme ó artigo 1 da lei citada.

En segundo lugar, hai que cita-la Deputación Provincial, que, trala Lei do 8 de xaneiro, adquirirá tres ámbitos concretos de actuación, ó xuízo de Morell Ocaña¹⁵:

les es dado proceder en sus disposiciones con aquella absoluta conformidad de miras sin la cual la unidad administrativa, se quebranta, ya que no desaparece del todo”.

¹³ As denominacións deste órgano variaron ó longo do século XIX. Lalinde Abadía sinala que trala Constitución de Cádiz (art. 324) se lles chamou xefes superiores das provincias. No ano 1813, pasan a ser xefes políticos; no 1833, subdelegados de Fomento; gobernadores civís no ano 1834 e novamente xefes políticos no 1836 e 1849, para retoma-la denominación de gobernadores civís que chega ata os nosos días, en Lalinde Abadía, J., “El orto de la provincia constitucional”, capítulo XX da obra colectiva *La provincia en el sistema constitucional*, Madrid, 1991, páx. 497. Con carácter máis concreto sobre esta figura, Pérez de la Canal, M. A., *Notas sobre el régimen legal de los gobernadores civiles (1812-1958)*, Madrid, 1964. Dentro do volume colectivo *El Gobernador Civil en la política y en la Administración de la España contemporánea*, Madrid, 1997, son de destacar os estudos xerais de Morell Ocaña, L., “Un precedente: Jefe político y Diputaciones provinciales en la Constitución de 1812”, páxs. 131-157, Sánchez-Arcilla Bernal, J., “Los antecedentes del Gobernador Civil: El Jefe político bajo la Constitución de 1812”, páxs. 159-242, e Sarmiento Larrauri, J. I., “El surgimiento histórico del Gobernador Civil”, páxs. 243-291.

¹⁴ Art. 4: “Corresponde al Jefe Político: 1. Publicar, circular, ejecutar y hacer que se ejecuten en la provincia de su mando las leyes, decretos, órdenes y disposiciones que al efecto le comunique el Gobierno. 2. Mantener bajo su responsabilidad el orden y el sosiego público. 3. Proteger las personas y las propiedades. 4. Reprimir y castigar todo desacato á la religion, á la moral ó á la decencia pública, y cualquier falta de obediencia y respeto á su autoridad. 5. Cuidar de todo lo concerniente á la sanidad en la forma que prevengan las leyes y reglamentos y dictar, en casos imprevistos y urgentes de epidemia ó enfermedad contagiosa, las medidas que la necesidad reclamare, dando inmediatamente cuenta al Gobierno”.

¹⁵ Morell Ocaña, L., *El régimen local español*, tomo I, Madrid, 1988, páxs.

1. O dos intereses estatais, que se manifesta en funcións tributarias e militares: a Deputación fixa e reparte as contribucións estatais entre os diferentes concellos da provincia e establece o número de persoas que cada municipio enviará para o recrutamento militar que corresponda, resolvendo así mesmo as reclamacións que xurdan en relación con estes dous aspectos, como se infire do art. 55, apartados 1, 2 e 3 da Lei de deputacións de 1845¹⁶. É dicir, nestes casos, o ente provincial aparece como executor das decisións do Goberno central.

2. O dos intereses provinciais, que fai que a Deputación apareza como órgano de consulta para os efectos que destaca o art. 57, como é o caso da constitución de novos municipios ou da súa segregación, da creación de establecementos de beneficencia ou de instrución pública, etc., o que supón dota-la entidade dun conxunto de atribucións en materias que afectan directamente ós intereses da propia provincia¹⁷.

3. O daqueles asuntos nos que a Deputación como titular de bens, dereitos ou establecementos, xestiona os seus propios intereses patrimoniais e, polo tanto, goza dunha certa autonomía, tal e como se deriva do art. 56 da lei¹⁸.

Pero a gran novidade da nova lexislación moderada constitúe a creación dos consellos provinciais, uns órganos dotados dunha dobre natureza posto que aparecen como institucións consultivas e dictaminadoras, e como tribunais da acabada de nacer xurisdicción contencioso-administrativa, segundo se de-

679-680. Sobre a figura das deputacións provinciais, remito á bibliografía citada na nota 5.

¹⁶ Art. 55: "Es atribución de las diputaciones provinciales, conformándose á lo que determinen las leyes y reglamentos: 1. Repartir entre los ayuntamientos de la provincia las contribuciones generales del Estado, y las derramas para gastos provinciales de cualquier clase. 2. Señalar á los ayuntamientos el número de hombres que les corresponda para el reemplazo del ejército. 3. Decidir en las primeras sesiones de cada año y antes de proceder á nuevos repartimientos, las reclamaciones que se hiciesen contra los indicados en los párrafos anteriores".

¹⁷ Art. 57: "Se oír el informe de las diputaciones provinciales: 1. Sobre la formación de nuevos ayuntamientos, unión y segregación de pueblos. 2. Sobre la demarcación de límites de la provincia, partidos y ayuntamientos, y señalamiento de capitales. 3. Sobre los establecimientos de beneficencia, instrucción pública, ú otros cualesquiera de utilidad para la provincia que convenga crear ó suprimir en élla".

¹⁸ Art. 56: "Las Diputaciones provinciales pueden deliberar, con sujeción á las leyes y reglamentos: 1. Sobre el modo de administrar las propiedades que tenga la provincia, condiciones de los arriendos, ó nombramiento de administradores. 2. Sobre la compra, venta y cambio de propiedades de la misma. 3. Sobre el uso ó destino de los edificios pertenecientes á la provincia. 4. Sobre los establecimientos provinciales que convenga crear ó suprimir, y las obras de toda clase que pueden ser de utilidad para la provincia".

duce do texto da Lei do 2 de abril de 1845 de organización e atribucións dos consellos provinciais¹⁹.

A) *Composición*

O art. 1 da Lei do 2 de abril sobre consellos provinciais sancionaba que en toda capital de provincia existiría un Consello Provincial, integrado polo Xefe Político como presidente, e un número variable de conselleiros ou vocais –tres como mínimo e cinco como máximo²⁰–, nomeados polo rei, dos cales dous, polo menos, deberían ser letrados, requisito que se explica pola especialidade das competencias coas que se vai dotar a este órgano, como xa veremos. De entre os vocais ou conselleiros, o Goberno designaría un como vicepresidente, a teor do art. 2 da lei. Débese advertir que a dependencia do Consello Provincial respecto do poder central é clara, dado que tódolos seus membros os nomea o Goberno e non os habitantes da propia provincia, como sucedía coas deputacións. É unha mostra desa centralización que caracterizará a lexislación moderada de mediados do século XIX. Centralización que leva aparelada a dependencia xerárquica.

Para supli-los conselleiros nos casos de ausencia, enfermidade, recusación ou separación do cargo, a lei prevía, no seu art. 4, a posibilidade de nomear un número igual de conselleiros supernumerarios, os cales poderían asistir ás sesións do Consello, se ben carecerían de voz e de voto, ademais de cobra-la metade da retribución prescrita para o cargo, salvo que pasasen a actuar como conselleiros ou vocais efectivos. O tema da retribución dos membros do Consello trátase en liñas xerais no art. 3 da lei, na que tamén se indica que os conselleiros teñen o de-

¹⁹ Para Morell Ocaña, o Consello Provincial, como órgano da xurisdición contencioso-administrativa, supón a plasmación da construción dogmática, importada de Francia, de que o control do poder executivo non podería realizalo o poder xudicial, senón o mesmo poder executivo, a través de órganos *ad hoc* ós que se lles encomenda exclusivamente esa función de autocontrol. Por outra parte, a función consultiva implica unha certa mingua das competencias das deputacións provinciais “en la tarea de asistencia y consejo a la autoridad gubernativa de la provincia”. Así, o Consello Provincial vai orixinar “un paso en la sustantivación de una organización propia del Estado en la provincia, distinta y completamente al margen de las Diputaciones y configurada con arreglo al principio burocrático y no el representativo”, en *op. cit.*, páxs. 749-750.

²⁰ Eran tres vocais ou conselleiros naquelas provincias de menos de 300.000 habitantes, e cinco nas que tiñan unha poboación superior á cifra referida. En calquera caso, o Goberno reservaba o dereito de aumentar ou reducir ese número de conselleiros cando o estimase conveniente, por proposta da Deputación Provincial, de acordo con Sánchez- Arcilla Bernal, *Historia de las instituciones*, Madrid, 1994, páx. 325, nota 391.

reito a usa-lo uniforme e o distintivo que os regulamentos sinalen e que eses servicios desempeñados no novo órgano provincial se computarán como méritos especiais nas súas respectivas carreiras²¹.

As disposicións relativas á composición do Consello Provincial complétanse cunha Real orde do Ministerio da Gobernación do 2 de xullo de 1845²², a finalidade da cal era insta-la constitución dos distintos consellos provinciais en tódolos territorios do Reino antes do 1 de agosto do ano en curso. Para iso regulábanse cuestións referidas á sesión de constitución do citado órgano²³, ó xuramento dos conselleiros²⁴ –dunha grande importancia xa que sen este requisito non tiña eficacia o nomeamento, a teor do art. 4 da real orde–, ás retribucións, que dependían da clase de provincia²⁵, e, por último, contemplábanse certas normas sobre a forma de actuar da nova institución, ás que aludiremos máis adiante. O art. 5 desa real orde permitíalle ó Xefe Político nomear como secretario do Consello Provincial a

²¹ Segundo consta na Acta da Sesión do 13 de marzo de 1847, infórmase ó Consello Provincial de Lugo dunha Real orde do 21 de abril de 1846 pola que se declaraba que as gratificacións que percibían os conselleiros eran compatibles co gozo de calquera outro haber do tesouro, xa procedese de pensión, de xubilación ou de cesantía; dispoñíase así mesmo que tales gratificacións non creaban dereito a cesantía nin a xubilación, nin podía gozar deles cando os conselleiros obtivesen algunha licencia, en Arquivo da Deputación Provincial de Lugo (en adiante, ADPL), lex. 1, *Actas del Consejo Provincial de Lugo*, ano 1847, f. 12 v. e 13.

²² Publicada en BOPL, n.º 87, do 22 de xullo. Nesta publicación indícase tamén, en cumprimento da real orde transcrita, a primeira composición que tivo o Consello Provincial de Lugo: Juan Ferreiro Caamaño, presidente como xefe político que era, xunto a tres vocais efectivos que, naquel tempo foron Ignacio Timoteo Yáñez, Juan Pardo y Pardo e José Castro Bolaño, ademais dun membro supernumerario (Juan Manuel Pardo). Así se recolle na acta de instalación do Consello Provincial, en ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 1.

²³ Art. 3 da R.O.: "En el día señalado para la instalación y á la hora que se hubiere determinado, asistirán al mismo local del Gobierno político todos los consejeros nombrados, así efectivos como supernumerarios. Precederá á la instalación la lectura de la ley de 2 de abril próximo pasado relativa á la organización y atribuciones de los consejos provinciales, la de los nombramientos de los respectivos consejeros y la de esta Real orden circular".

²⁴ A fórmula que se vai empregar no xuramento aparece recollida no art. da R.O.: "¿Jurais por Dios y por los Santos Evangelios guardar y hacer guardar la Constitución de la Monarquía y las leyes, ser fiel á S.M. la reina Doña Isabel II, y conducirlos fiel y lealmente en el desempeño de vuestro cargo? Si juro. Si así lo hiciereis, Dios os lo premie y si no, os lo demande".

²⁵ O art. 10 da R.O. sinala os distintos niveis retributivos, e completa así o disposto no art. 3 da lei. O cargo de conselleiro comporta un soldo anual de 8000 reais nas provincias de terceira clase, 9000 nas de segunda, 10000 nas de primeira, e 12.000 na de Madrid. En todo caso, os gastos que esta corporación xera satisfaranse con cargo ós fondos da propia provincia, segundo se deduce do art. 5 da lei.

un dos oficiais da súa Secretaría, cargo que só se podería exercer cando aquel non actuase como tribunal administrativo.

A práctica demostrou graves atrasos na constitución e no funcionamento destes órganos, sobre todo no referido ó cumprimento de funcións por parte dos conselleiros efectivos e dos supernumerarios, e como resposta a todo iso aparece outra real orde do Ministerio da Gobernación²⁶, por medio da cal se incrementou o control do Xefe Político sobre os vocais e os seus substitutos; así, dispoñíase que os conselleiros no exercicio das súas funcións e os supernumerarios, tamén en exercicio, necesitarían real licencia para ausentarse da capital da provincia respectiva, de conformidade co art. 1 da real orde, se ben no art. 2 se lles recoñecía o dereito a dúas licencias anuais de quince días cada unha delas para asuntos dentro da propia provincia, permiso este que concedería o Xefe Político. Respecto dos conselleiros supernumerarios non exercentes, necesitaban tamén permiso do Xefe Político para ausentarse da provincia (art. 3), o cal podería ser denegado por xustas causas. Para evita-la eventual falta de *quorum* do órgano provincial, estatuíase para esta mesma categoría de conselleiros que lle comunicasen ó Xefe Político as súas viaxes dentro do territorio provincial (art. 4).

Por Real decreto do 29 de setembro de 1847 estableceu un cambio na composición dos consellos provinciais que non afectou para nada ás competencias que tiñan atribuídos estes. O art. 1 do citado real decreto dispoñía que "habrá en la capital de cada provincia un Consejo provincial, compuesto del Gobernador civil, del secretario del Gobierno civil, de un consejero letrado y un diputado provincial, nombrados por el Gobierno". O gobernador desempeñaría o cargo de presidente, mentres que o secretario do Goberno Civil actuaría como vicepresidente do Consello (art. 2). Deseñábase así mesmo un sistema de substitucións para os membros do citado corpo²⁷ e prevíase a creación dun

²⁶ BOPL, n.º 138, do 18 de novembro. A Real orde do 2 de xullo, no seu art. 2, sancionaba que os conselleiros, tanto efectivos como supernumerarios, deberían fixa-la súa residencia e domicilio na capital da provincia, se se encontrasen fóra dela, para garanti-la real constitución do órgano que nos ocupa na data prevista que se establecera para o 1 de agosto.

²⁷ Art. 4: "Para reemplazar al consejero letrado se nombrará por el Gobierno en cada provincia uno supernumerario, el cual tendrá facultad de asistir á las sesiones, pero sin voz ni voto, excepto cuando entre en ejercicio; en este caso, y mientras dure su interinidad, cobrará la mitad de la gratificación que corresponda al propietario". Conforme ó art. 5, "el consejero diputado provincial tendrá tambien un suplente designado por el Gobierno". Os suplentes podían ser chamados excepcionalmente para asistir en ás sesións con voz e con voto, sempre e cando, na opinión do gobernador civil, a urxencia ou a multitude dos asuntos do servizo así o requirisen (art. 6).

Consello de Goberno xeral²⁸, con idénticas funcións ás que tiñan os consellos provinciais. De tódalas formas, esta reforma non chegou a callar xa que a penas durou unha semana: a volta de Nárvaez ó poder supuxo a restitución do réxime administrativo anterior, operada mediante o Real decreto do 5 de outubro de 1847, o que mandaba suspender a reforma administrativa contida no Real decreto do 29 de setembro dese ano e as demais disposicións para levalo a efecto.

B) O Consello Provincial como órgano consultivo

Segundo expresa o art. 6 da Lei de consellos provinciais, a primeira competencia importante destes consistía na actuación como órgano dictaminador, como corpo consultivo²⁹. Esta fun-

²⁸ Art. 8: "En la capital de cada Gobierno general habrá un Consejo llamado de Gobierno general, y compuesto del Gobernador civil general, que será su presidente; de un vicepresidente nombrado por el Gobierno; de dos consejeros de número y de otros dos supernumerarios, todos ellos letrados y de Real nombramiento". No caso de que o Consello de Goberno xeral se instalase na capital dunha provincia, o secretario do Goberno Civil pasará a desempeñar-lo cargo de presidente do Consello Provincial (art. 7). A diferenza con relación ó Consello Provincial estribaba no ámbito territorial de actuación, de acordo co art. 15 do real decreto: os consellos de Goberno xeral actuarán coas mesmas competencias e atribucións cós consellos provinciais, pero "cuando en vez de corresponder á una sola provincia se refieren por su generalidad al conjunto del territorio que se les ha designado, procediendo en tal caso con sujeción á las mismas reglas ya prescritas para los provinciales".

²⁹ No Proxecto do 22 de febreiro de 1838, Silvela enunciaba no art. 17 que a primeira atribución dos consellos sería a de *ilustrar y auxiliar*, nas súas operacións, a autoridade superior da provincia, para o que deberán realiza-las tarefas que se sinalaban a continuación e que transcribimos: "evacuar los informes que pida el jefe político en todos los ramos de la administración... dar su parecer motivado en todo los casos en que las leyes exijan este requisito... asistir con su presencia y cooperación al jefe político en todos los casos en que las leyes lo prevengan... discutir y modificar en su caso y presentar á la aprobación del jefe político los presupuestos anuales de los pueblos... examinar, modificar en su caso y aprobar las cuentas anuales de los alcaldes y de los mayordomos de propios que no lleguen á 200.000 mrs... calificar la urgencia y justificación de las solicitudes que hagan los pueblos pidiendo moratorias ó indemnizaciones por calamidades públicas... desempeñar con cierto número de adjuntos las funciones atribuidas en el día á las Juntas provinciales de sanidad, de instrucción pública y de beneficencia", en *DSCD*, n.º 93, apéndice segundo, Sesión do 9 de marzo de 1838, páx. 1186. Análogos contidos recolléronse nos arts. 46-47 do Proxecto de lei do 16 de novembro de 1838, recollido en *DSCD*, n.º 7, apéndice terceiro, Sesión do 16 de novembro de 1838, páx. 98, así como os arts. 46-47 do Dictame e do Proxecto de lei da comisión que traballou sobre esta última proposta de Silvela, do 30 de xaneiro de 1839, en *DSCD*, n.º 72, apéndice, Sesión do 2 de febreiro de 1839, páx. 1.510. Esta competencia reiterábase así mesmo o art. 10 do fallido Real decreto reformador do 29 de setembro de 1847: "Tanto los Consejos de Gobierno general, como los provinciales con el carácter de cuerpos consultivos, darán sus dictámenes siempre que el Gobernador civil por sí ó por disposición del Gobierno se lo pida, ó cuando las leyes, Reales órdenes y reglamentos lo prescriban".

ción de asesoramento do xefe político atribuíraselles tradicionalmente no goberno provincial ás deputacións que se van ver agora desprazadas a un segundo plano por parte da nova institución³⁰.

Esta primeira facultade consultiva podía exercerse de dúas formas diferentes, sen que en ningún caso os seus dictames tivesen carácter vinculante xa que a decisión última lle correspondía ó xefe político, polo demais único e último responsable dos actos administrativos que se dictasen no seo das competencias que sinalaba a lexislación do momento:

1. En primeiro lugar, a emisión do dictame podía vir xustificada por unha disposición normativa, é dicir, cando por mandato da lei, reais ordes ou por outra norma calquera, se esixise un dictame. Trátase, polo tanto, de dictames obrigatorios, esixidos pola lexislación vixente e de inescusable cumprimento³¹.

2. En segundo lugar, o dictame podía emitirse por petición do xefe político, que podería solicitalo por si mesmo ou por mandato do Goberno. Encontrámonos ante dictames que podemos cualificar como potestativos en canto que non se amparaban en ningunha disposición vixente, senón no que determinase a von-

³⁰ No proxecto de Silvela de febreiro de 1838 xustificábase esta función consultiva da seguinte maneira: "Además de los contencioso-administrativo, los consejos de provincia tienen las atribuciones de ilustrar y auxiliar al jefe superior. Y como que estos auxilios, estos consejos son de todos los días, de todos los instantes; como que los trabajos son penosos, modestos, sin gloria y sin lucimiento ó recompensa exterior, de aquí la necesidad de que los consejeros sean empleados públicos, á quienes á todas horas se tenga derecho de emplear. Jamás las Diputaciones, organizadas como en el día lo están, sin sueldo y sin recompensa sus vocales, pudieran despachar los negocios que se encargan á los consejos con la igualdad, constancia y oportunidad necesaria. No obstante, lo que propongo es más económico que lo que existe", en *DSCD*, n.º 93, Sesión do 9 de marzo de 1838, páx. 1164.

³¹ Exemplos destes dictames ou informes de carácter obrigatorio aparecen en diversas normas: a) na lexislación electoral, para decidir acerca das reclamacións ou instancias de inclusión ou de exclusión de electores, ex. art. 28 da Lei do 18 de marzo de 1846; b) para declarar a validez das actas das deputacións, se non houbese reclamacións atendibles, ou para remitirle ó Goberno a decisión do asunto, conforme ó sinalado nos arts. 32 e 33 da Lei do 8 de xaneiro de 1845; c) en sede de concellos, arts. 31, 54, 80 e 108 da Lei do 8 de xaneiro de 1845; d) en materia de beneficencia, a Lei do 20 de xuño de 1849 e as reais ordes do 22 de outubro de 1846 e do 18 de decembro de 1848; e) en canto ás obras públicas, a Real orde do 14 de marzo de 1846, o Real decreto do 7 de abril de 1848 e a Lei do 28 de abril de 1849; f) na lexislación sobre minas, os arts. 3, 7, 10 e 20 da Lei do 11 de abril de 1849; g) nos conflitos de atribucións entre órganos xudiciais e administrativos, véxase o art. 13 do Real decreto do 4 de xuño de 1847; h) nos procesos contencioso-administrativos, tamén se oír o informe do Consello á hora de fixar as dietas dos ordenanzas no propio Consello Provincial, cando teñan que saír da capital para practicar algunha dilixencia, como se pode ver no art. 12 do Regulamento do 1 de outubro de 1845.

tade do máximo órgano gubernativo provincial ou do Consello de Ministros.

De acordo co art. 12 da lei, as reunións do Consello Provincial celebraríanse coa periodicidade que dispuxese o propio Xefe Político e serían a porta pechada (art. 13). Para que os acordos puidesen tomarse ou o dictame emitirse, esixíase na lei a presenza da maioría dos membros de órgano, incluído o presidente, e deses membros asistentes un como mínimo debería ser letrado³², tendo o presidente voto de cualidade para dirimilos empates, tal e como sanciona o art. 14 da lei³³.

A Real orde do 2 de xullo engadía máis concreción nestes aspectos ó destacar que este órgano que estamos estudando debería te-la súa sede nunha habitación nas mesmas dependencias do Goberno político (art. 5) para facilita-la colaboración institucional, pois como destaca o citado artigo "los Consejos provinciales se hallan estrechamente ligados con los Gobiernos políticos" e por ese motivo "sus comunicaciones han de ser continuas y frecuentemente verbales". O Xefe Político é o que inicia a actuación dictaminadora xa que ha de remiti-los expedientes -"instruídos y extractados" di o art. 7- para que o Consello tome o acordo ou emita o dictame pertinente. O dito dictame podía ser escrito ou oral (art. 8), e preferíanse estes últimos "en obsequio del mas pronto y facil despacho" dos asuntos. O art. 9 sinalaba a distinta canle ou procedemento que se seguiría en cada caso:

1. Se se trata dun dictame ou informe escrito, un dos conselleiros, a modo de relator elaborará unha proposta de acordo ou de dictame para que despois tódolos membros do Consello deliberen e voten.

³² Por decisión do xefe político podían así mesmo asistir con voz, pero sen voto, e dependendo da natureza do asunto que se fá tratar, o secretario do Goberno Civil, os xefes de Facenda, o xefe da Sección de Fomento, os enxeñeiros de Camiños, Minas e Montes, e o arquitecto provincial, en Sánchez-Arcilla Bernal, *Historia de las instituciones*, páx. 325, nota 391.

³³ Como exemplo deste voto dirimente, pode sinalarse a Acta da Sesión do 26 de novembro de 1845, en ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 24 v., onde o Consello Provincial informaba o Xefe Político sobre a validez das actas das eleccións locais celebradas no Concello de Xermade. Xorde unha dúbida respecto de se os escusados, é dicir, as persoas que solicitan a exención do cargo de concelleiros, han de ser substituídos por medio de elección parcial ou ben por outras persoas que figuraban nas listas electorais. Como se recolle no texto da acta "Discutido largamente esse particular se puso a votacion, y los ss. vocales Yáñez y Pardo y Prado opinaron por el 2º extremo, al paso q. el Sr. Castro Bolaño y el Sr. Presidente por el 1º, y mediante el voto del ultimo en caso de empate es decisivo, quedo resuelto q. se proceda a efectuar la eleccion parcial en el citado Distrito para reemplazar a los cuatro escusados".

2. Se é oral, en tal caso, o informe ou dictame só se pode levar a efecto se o xefe político se atopa presente na reunión, informárase primeiramente ó presidente, debaterase e votarase, sen máis trámites. En todo caso, o acordo ou o dictame recollerase brevemente por escrito.

En ámbolos casos, os conselleiros asistentes asinarán a acta que se redacte, na que poderán facer consta-lo seu voto particular, sempre que se produza algunha disensión.

A decisión final que adopte o xefe político deberá incluí-la fórmula "oído el Consejo provincial", cando o seu dictame fose obrigatorio, como garantía da legalidade da actuación concreta de que se trate, anque, temos que repetilo, o xefe político non estaba suxeito en ningún caso ó que propuxese o Consello³⁴.

Por último, o Consello, a teor do art. 7 da lei, tería as competencias, noutros sectores da Administración, que lle sinalasen as normas vixentes³⁵, o que significaba deixar unha porta aberta á posibilidade de que este órgano de nova impronta vise incrementadas as súas competencias nos máis variados campos, sen que existise ningún tipo de restricción a esta asimilación sucesiva de novos labores. Un exemplo claro podémolo encon-

³⁴ Unha mostra desta mención aparece no *BOPL*, n.º 112, do 2 de outubro de 1845: "Admitidas por este gobierno politico todas las reclamaciones que se le dirigieron por inclusion ó exclusion de las listas de electores... y con audiencia del Consejo provincial". En *BOPL*, n.º 133, do 7 de novembro de 1845 o xefe político expón que "no habiendose recibido otro alguno, de conformidad con lo que me propuso el Consejo provincial, he venido en admitir como mas ventajosa".

³⁵ Froito desta habilitación legal son unha serie de actuacións do Consello Provincial que, en palabras de Colmeiro, non son nin consultivas, nin contenciosas, senón "propias de la administración pura": o xefe político adopta a decisión pero sempre *de acordo* co Consello Provincial, o que supón reforza-lo papel deste órgano na toma de decisións que lle afecten á provincia. Cita, o mesmo autor, os seguintes supostos: a) para declara-las dúbidas e dirimi-las cuestións suscitadas entre os alcaldes e os depositarios dos fondos municipais sobre o pagamento dos libramentos non axustados ás partidas orzamentarias; b) para examinar e censura-las contas destes, sempre que o orzamento municipal non excedese de 200.000 reais de velón, segundo o teor dos arts. 104 e 108 da Lei do 8 de xaneiro de 1845; c) para decidir se o deputado provincial electo ten as cualidades requiridas pola lei e para resolve-las solicitudes de exención deses cargos, conforme ó art. 34 da Lei do 8 de xaneiro de 1845; d) para a distribución entre os municipios das cantidades aprobadas pola Deputación Provincial para a construción de camiños veciñais, para sinala-la contía da prestación persoal e para declara-la necesidade dun camiño cando os pobos afectados non se aviñesen a recoñecela, como se colixe dos arts. 4 e 9 do Real decreto do 7 de abril de 1847, e art. 7 da Lei do 28 de abril de 1849; e) en materia de sorteos para o recrutamento do exército, *vid.* a Lei do 4 de outubro de 1846 e a Real orde do 21 de outubro de 1846; en Colmeiro, M., *Derecho Administrativo Español*, Tomo I. Librería de don Ángel Calleja, Madrid-Santiago, 1850, páx. 213-214. Manexámo-la edición facsimilar da Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995.

trar, en relación co Consello Provincial de Lugo, nas actas das sesións dos anos 1848 e 1849. Nelas faise consta-la asunción dunha nova competencia, compartida co Comisario de Guerra, en virtude dunha Real orde do 16 de setembro de 1848, mediante a que os órganos citados serían os encargados de fixar “los precios a que deben abonarse á los pueblos las especies de suministro que faciliten a las tropas en el 4º trimestre del año actual” (dende o 1 de outubro ata o 31 de decembro), e así establecen o prezo das racións de pan, das fanegas de cebada, das arrobas de palla, de aceite, de leña e de carbón³⁶.

De acordo con Sánchez-Arcilla, o fundamento desta facultade de consulta oficiosa radicaba na necesidade de que os actos das administracións provinciais se sometesen a unha especie de “purga” previa á súa aprobación, a unha especie de control previo. Ademais debe destacarse o feito de que os xefes políticos, normalmente amobibles, debían de estar asesorados por un corpo experimentado, estático e con continua actividade³⁷.

Máis expresivamente destacaba Colmeiro as razóns que, ó seu xuízo, lexitimaban o labor consultivo destes novos órganos colexiados en contraposición ás deputacións, que foran tradicionalmente o corpo consultivo do órgano rector da provincia. O administrativista galego sinala catro claros argumentos a favor dos consellos provinciais: a súa actividade permanente, a inamabilidade dos seus membros, a busca do ben común por riba de intereses provinciais ou localistas, e o seu corte aristocrático, tal e como o afirma textualmente na obra que nos serve de referencia:

“Las Diputaciones provinciales tienen sesiones periódicas y la administración activa há menester un consejo permanente. - Las primeras se renuevan con frecuencia, y la administracion activa debe ser consultada por corporaciones habituadas á interpretar leyes y reglamentos. - Aquellas entienden mas de asuntos de interés provincial y los miran con preferencia á los de utilidad comun, y los Consejos, si no libres de toda afeccion

³⁶ ADPL, lex. 1, *Actas*, anos 1848 e 1849, ff. 1, 2 e 3, onde se recollen as únicas actas deses anos, con idéntico contido, e das datas seguintes: 15 de outubro de 1848, 12 de xaneiro de 1849, 11 de abril de 1849, 12 de xullo de 1849, 5 de setembro de 1849 e 10 de decembro de 1849. A título anecdótico, na última sesión apuntada fíxanse os seguintes prezos: “El de cada ración de pan a, veinte y tres y medio mrs... El de las fanega de cevada, veinte y siete reales... El de la arroba de paja, dos reales y veinte y cuatro mrs... El de la arroba de aceite, sesenta y dos rls. y medio... El de la de leña, un real y ocho mrs... El de la de carbón, dos reales y diez y seis mrs”.

³⁷ Sánchez-Arcilla, *Historia de las instituciones*, pág. 324, nota n.º 390. En realidade, esa reflexión sobre a esencia dos consellos, como xa advirte o propio autor, atribúselles a Cánovas del Castillo e a Cos Gayón.

local, por lo menos son mas dueños de sí mismos, y forman juicios mas independientes; y en suma, siendo las Diputaciones de origen popular, carecen de unidad de pensamiento y están exentas de responsabilidad, de lo cual se infiere que su cooperación sería pocas veces eficaz y menos todavía espontánea y sincera³⁸.

C) O Consello Provincial como tribunal administrativo

Pero a lexislación moderada non lles atribúe unicamente ós consellos a función arriba destacada, que xa existía na lexislación española aínda que atribuída a outro órgano, senón que introduce unha competencia radicalmente novidosa ó deseñar un modelo de xurisdicción contencioso-administrativa que se introduce así por primeira vez na nosa historia.

Non obstante, a función de control xurídico das actuacións da Administración non era algo totalmente descoñecido: no panorama institucional do antigo réxime, podemos albiscar certos exemplos de mecanismos de control relativos ás decisións gobernativas dos órganos do poder público. Basta cita-los estudos de García-Gallo, Villapalos Salas e doutros para encontrar notorias mostras do dito³⁹.

Afirmaba Tocqueville que a xustiza administrativa e a garantía dos funcionarios eran xa institucións vixentes no antigo réxime⁴⁰. Pola súa parte, García de Enterría engadíalle á idea

³⁸ Colmeiro, *op. cit.*, tomo I, páx. 209. En idéntico sentido se manifestara anos atrás Silvela, en *DSCD*, n.º 93, Sesión do 9 de marzo de 1838, páx. 1164, así como a súa proposición de lei posterior: "Para aconsejar á un hombre de luces, á un jefe á quien se confía el mando de una provincia; para proporcionarle un auxilio eficaz, se há menester un caudal de conocimientos especiales, una práctica en el manejo de negocios, una consumada experiencia, que mal pudiera suponerse en quienes no hayan tenido ocasión de adquirirla; y aconsejar todos los días, á todas horas y sobre infinita variedad de materias, requiere una inversion de tiempo que no hay derecho a exigir gratuitamente a nadie", en *DSCD*, n.º 7, apéndice terceiro, Sesión do 16 de novembro de 1838, páx. 83.

³⁹ Sen ánimo exhaustivo, debemos destaca-los seguintes estudos: García-Gallo, A., "Cuestiones y problemas de la Historia de la Administración española" en *Actas del I Simposio de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, páxs. 39-59, e "La división de competencias administrativas en la Edad Moderna" en *Actas del II Simposio de Historia de la Administración*, Madrid, 1972, páxs. 289-306. Villapalos Salas, G., *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504)*, Madrid, 1976. García de Enterría, E., "La formación histórica del principio de autotutela de la Administración" en *Moneda y Crédito*, 128 (1974), páxs. 59-87; e Morales Arizabalaga, J., "Procedimientos para el ejercicio gubernativo y contencioso de la jurisdicción de la Real Audiencia de Aragón en el siglo XVIII" en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LIX [LX] (1990), páxs 509-550.

⁴⁰ Tocqueville, A. de, *El Antiguo Régimen y la revolución*, Madrid, 1982, volume I, páxs. 91-95.

precedente que o réxime administrativo que impuxo a Revolución Francesa continuou a estrutura de poder do antigo réxime, "pero... agregó a la misma el ingrediente decisivo de la garantía jurídica en la relación con los súbditos"⁴¹.

A creación dunha xurisdicción contencioso-administrativa⁴² –auténtica xurisdicción especial fronte á civil e á criminal que conformaban a xurisdicción ordinaria– efectuarase mediado o século XIX. No seu banzo inferior situábanse os consellos provinciais, como órganos de primeira instancia. Este sistema xurisdiccional introdúcese en España a imitación do modelo francés, e ten o seu fundamento último na peculiar asimilación ou adaptación que os revolucionarios franceses fixeron da doutrina da división de poderes formulada por Montesquieu na súa obra *Del espíritu de las leyes*.

En efecto, esa división de poderes –que supoñía atribuír-las tres funcións de legislar, executar e vulgar a órganos distintos do Estado– será entendida nun sentido estricto, é dicir, deben existir tres poderes separados, como compartimentos estancos, sen permitir inxerencias, de ningunha clase, dun poder na órbita de actuación de calquera dos dous restantes. De aquí séguese que o poder xudicial nunca podería examinar ou controla-la actuación do Executivo, da Administración⁴³, o que ten o seu corrolario no *adagio* francés *juger l'Administration c'est encore admi-*

⁴¹ García de Enterría, E., "Alejandro Oliván y los orígenes de la Administración española contemporánea", *La Administración española*, Madrid, 1992, páx. 26.

⁴² Sobre as orixes da xurisdicción contencioso-administrativa, Nieto García, A., "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España", en *Revista de Administración Pública* (en adiante, *RAP*), 50 (maio-agosto de 1966), páxs. 27-50, e "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo", en *RAP* 57 (setembro-diciembre de 1968), páxs. 9-33. Parada Vázquez, R., "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", en *RAP*, 55 (xaneiro-abril de 1968), páxs. 65-112, e "Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo", en *rap* 59 (maio-agosto de 1969), páxs. 41-70. Garrido Falla, F., "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España", en *RAP* 55 (xaneiro-abril de 1968), páxs. 9-26. Gallego Anabitarte, A., "Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho administrativo español", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 63 (231 da colección), 3, setembro de 1971, páxs. 237-348; e Santamaría Pastor, J. A., *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1973.

⁴³ Así se recolle no art. 13 da Lei francesa sobre organización xudicial, do 16-24 de agosto de 1790: "Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours, séparées des fonctions administratives. Les juges en pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions". Este principio recollerase posteriormente na Constitución de 1791 e na do ano III da Revolución (1795).

nistrer; pero isto non supuxo que a Administración tivese absoluta impunidad para actuar, senón que deu orixe a unha forma especial de autocontrol administrativo a través de distintos mecanismos⁴⁴, que culminará coa creación do Consello de Estado⁴⁵. En palabras de García de Enterría, trátase do "primer sistema contencioso-administrativo sistemático y general, aunque en la forma de una "justicia retenida" (por el Gobierno o por el Prefecto, que deciden sobre la propuesta de sus órganos)"⁴⁶.

No caso español, a evolución que se produce no século XIX en relación co control dos actos das administracións públicas pasa por tres grandes momentos: 1) a lexislación dictada en Cádiz, que consagra o sometemento da Administración ós tribunais ordinarios, conforme o Decreto do 13 de setembro de 1813⁴⁷;

⁴⁴ Admitida de forma xeral a idea de que os xuíces non podían inmiscuírse no labor da Administración, a seguinte cuestión á que se trata de responder é a de determinar cómo se controla a actividade administrativa. Seguindo a Santamaría Pastor, en *Fundamentos*, páx. 150, manifestáronse claramente dúas posicións: unha que propugnaba o control por parte dos tribunais ordinarios, representada, entre outros, por Sièyes e Bergasse; outra que defendía a creación dun tribunal especial, situado dentro do poder xudicial (Thoubet). Óptase, por proposta de Pezous, por unha solución salomónica: o contencioso-administrativo adxudícaselle á propia Administración activa (directorios de distrito e de departamento no nivel local; ós ministros no central), coa excepción dos litixios relativos ás contribucións indirectas que se lles atribúen ós tribunais de distrito (Leis de 6 e 7-11 de setembro e de 7-16 de outubro de 1790).

⁴⁵ García de Enterría, E., e Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1991, tomo II, páx. 535: "La institución del Consejo de Estado, creada por la Constitución napoleónica del año viii para "resolver las dificultades que se susciten en materia administrativa", y como órgano puramente administrativo, por supuesto, de asistencia al Gobierno, va a admitir en seguida, primero las reclamaciones contra la Administración basadas en derechos patrimoniales... pero enseguida, y sobre todo, admitirá también las quejas de los ciudadanos que se sienten agraviados por cualquier ilegalidad en la actuación administrativa. En la esfera provincial el mismo papel asume otro órgano administrativo, éste creado el mismo año viii para asistir al Prefecto, el Consejo de Prefectura. En 1806 se crea ya en el Consejo de Estado una Sección de lo contencioso-administrativo, que comienza a operar con procedimientos formalizados; el propio Napoleón está en su origen y la llama «tribunal especial». Sobre o nacemento do contencioso-administrativo en Francia, Dareste, R., *La justice administratif en France*, París, 1898. Alibert, R., *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*, París, 1926; e Appletón, J., *Traité èlémentaire du contentieux administratif*, París, 1927.

⁴⁶ García de Enterría e Fernández Rodríguez, en *op. cit.*, páx 535. Tamén en García de Enterría, E., *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 1986, se efectúa unha exposición de varios temas relacionados coas consecuencias xurídicas que a Revolución Francesa produciu no campo da Administración pública.

⁴⁷ Decreto CCCIX, do 13 de setembro de 1813, sobre o establecemento de xulgados para os negocios contenciosos da Facenda Pública, o art. 1 do cal dispoñía que "todos los negocios contenciosos de la Hacienda pública sobre cobranza de contribuciones, pertenencia de derechos, reversion e incorpo-

2) os decretos das Cortes, do 29 de xuño de 1821 e do 3 de febreiro de 1823, atribúenlles esa función de control ós órganos da propia Administración⁴⁸; e 3) a implantación dun sistema contencioso-administrativo orgánico, similar ó francés, tralas leis sobre consellos provinciais e sobre o Consello Real do ano 1845.

Esta última fase ten, non obstante, un precedente moi influente nos proxectos de Francisco Agustín Silvela⁴⁹. Tralo fra-

ción, amortización, generalidades, correos, patrimonio real, contrabandos, delitos de los empleados en el ejercicio de sus funciones, y las demas causas y pleitos de que han conocido hasta ahora los Intendentes y Subdelegados de Rentas, y el Consejo suprimido de Hacienda, se fenecerán en las provincias conforme al artículo 262 de la Constitución, substanciándose y determinándose en primera instancia por Jueces letrados, y en segunda y tercera, por las Audiencias respectivas", e engade o art. 3 que as causas e os preitos acerca de "contratas generales ó particulares" se ventilarán nas súas respectivas instancias perante os "Jueces de letras y las Audiencias que se hubiesen designado en los contratos". O texto en *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes Generales y Extraordinarias*, correspondentes ó ano 1813, Imprenta Nacional, Madrid, 1820, tomo IV, páxs. 246-250.

⁴⁸ Decreto LXXVIII, do 29 de xuño de 1821, art. 199: "El juicio en las reclamaciones de cualquiera especie que sean, en materia de contribuciones, pertenece á la autoridad administrativa; los Tribunales ordinarios no pueden conocer de ellas ni de las cobranzas, e art. 200: Los agravios, ya sea de pueblo á pueblo ó de los pueblos y partidos, serán resueltos y enmendados por las Diputaciones Provinciales. O texto en *Colección de Decretos y Órdenes Generales expedidas por las Cortes Ordinarias*", ano 1821, Imprenta Nacional, Madrid, 1821, tomo VII, páxs. 298-344. O Decreto XIV do 3 de febreiro de 1823 é a coñecida Lei para o Goberno económico e político das provincias, en *Colección de Decretos y Órdenes Generales expedidas por las Cortes Extraordinarias*, ano 1823, Imprenta Nacional, Madrid, 1823, tomo X, páxs. 171-222.

⁴⁹ Neste proxecto para a creación de consellos e tribunais de Administración de Provincia, do ano 1838 era dunha grande intensidade a influencia do modelo francés, a pesar do que o seu redactor manifestaba: "Anticipo esta observación, porque fuera de este recinto no dejará la ignorancia de tachar mi plan de una copia, una imitación francesa. Señores, es sabido que los principios no son ni franceses, ni españoles, ni rusos. El estudio de una ciencia; el hacer suyos, el hacer propios por una especie de digestion intelectual sus principios teóricos y sus máximas de aplicación, no es copiar, ó todo es copia en el mundo", en *dscd*, n.º 93, apéndice segundo, pág. 1164. O organigrama que deseñaba Silvela previa un consello por cada provincia, composto polo Xefe Político e tres conselleiros, propostos polas deputacións e nomeados polo rei -catro conselleiros nos proxectos de novembro de 1838 e xaneiro de 1839-, os cargos dos cales serían vitalicios. Na cúspide localizarase o Consello de Estado. O proxecto inicial de Silvela constaba de 19 artigos, divididos en dous capítulos: o primeiro sobre a organización dos consellos (arts. 1-16) e o segundo sobre as atribucións (arts. 17-19). A proposición posterior, do mes de novembro de 1838, era máis extensa -53 artigos- debido a que se regulaban máis asuntos. A súa estrutura é a que segue: título primeiro sobre formación dos consellos e tribunais de Administración provincial (arts. 1-11); título segundo sobre as sesións dos consellos (arts. 12-15); título terceiro acerca do procedemento (arts. 16-19); título cuarto sobre as sentencias e decisións (arts. 20-28); título quinto sobre notificación e execución das sentencias (arts. 29-31); título sexto dedicado á apelación e a outros recursos (arts. 32-40); título sétimo sobre a responsabilidade dos membros do Consello (arts. 41-45); título oitavo sobre as atribucións de consellos (arts. 46-48); e finalmente o

caso daqueles, polas circunstancias políticas do momento, a introducción do sistema contencioso-administrativo en España producírase por medio da Lei de consellos provinciais e pola Lei do 6 de xullo de 1845 que regulaba o Consello Real (despois chamado Consello de Estado).

O Consello Provincial actúa como un órgano xudicial de primeira instancia, con xurisdicción propia – polo tanto, non retirada como sucedía cos consellos de Prefectura franceses –, o cal implicaba a función de oír e resolve-las reclamacións dos cidadáns particulares contra os actos da Administración que lesionasen algún dos seus dereitos. En definitiva, a función de xulgar naqueles asuntos que conformasen a materia administrativa. Santamaría de Paredes, inspirador, en boa parte, da Lei da xurisdicción contencioso-administrativa do 13 de setembro de 1888, destacaba que o recurso contencioso-administrativo, como tal recurso, era unha reclamación contra un acto da Administración, entendendo que para interpoñelo deberían concorrer tres notas fundamentais: a) que por medio do recurso se intente atacar unha resolución definitiva da Administración que ademais verse sobre materia administrativa; b) que tal resolución se dictase no exercicio dunha potestade regulada, isto é, non discrecional; c) que con esa resolución emanada da Administración se lesione un dereito administrativo do administrado, un dereito particular e preexistente⁵⁰.

título noveno que recollía disposicións xerais, especiais e transitorias (arts. 49-53). Con idéntico contido a este último, *vid.* o Dictame e o Proxecto de lei da comisión de febreiro de 1839. Poden consultarse respectivamente no *DSCD*, n.º 93, apéndice segundo, Sesión do 9 de marzo de 1838, páxs. 1.185-1.187; no *DSCD*, n.º 7, apéndice terceiro, Sesión do 16 de novembro de 1838, páxs. 95-100; e no *DSCD*, n.º 72, apéndice, Sesión do 2 de febreiro de 1839, páxs. 1.507-1.511. Para unha exposición e xuízo crítico sobre o citado proxecto pode verse Posada de Herrera, J. de, *Lecciones de Administración, trasladadas por sus discípulos Juan Antonio de Bascón, Francisco de Paula Madrazo y Juan Pérez Calbo*, Edición del Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978, tomo I, páxs. 186-202 e Nieto García, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona, páxs. 441-449.

⁵⁰ Santamaría de Paredes, V., *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid, 1888, pág. 839. En idéntico sentido pronunciárase anos antes M. Colmeiro, en *op. cit.*, tomo II, pág. 223, cando afirmaba que “son asuntos contenciosos aquellos en los cuales hay oposición legítima entre el interés público y el privado, entre el individuo y la sociedad, si la reclamación particular se funda en un derecho”. Quizais o máis destacable é a ausencia dun control xurídico dos actos administrativos dictados no exercicio dunha potestade discrecional, xa que, como sinalara o Consello Real, nunha Resolución do 24 de maio de 1848, citada por Colmeiro, *op. cit.*, tomo II, páxs. 223-224, “considerando que las varias disposiciones citadas no pueden en ningun caso servir de fundamento para reclamar por la vía contenciosa, pues ni crean derechos, ni modifican los preexistentes, ni

A cuestión máis importante estriba en dilucidar qué é a materia administrativa. A resposta dánola o art. 8 da Lei de 1845, do que se segue a existencia dun sistema impugnatorio de lista e non de cláusula xeral⁵¹; esas materias son as que seguen⁵²:

1. Uso e gozo de bens e aproveitamentos provinciais e comunais.

2. Repartimento e exacción individual de cargas municipais e provinciais, o cobro das cales non se uniría ó de contribucións estatais.

3. Cuestións referidas ó cumprimento, interpretación, rescisión e efectos dos contratos e remates concertados pola Administración central, provincial ou municipal, para toda clase de obras e servizos públicos.

4. Indemnizacións polos danos causados pola execución das obras públicas.

5. Indemnizacións polos danos causados por fábricas, establecementos, talleres, máquinas ou oficios, así como o seu traslado a outros lugares.

6. Os deslindamentos dos contornos correspondentes ás vilas ou concellos, en canto procedan de disposicións administrativas.

7. Os deslindes e amolloamentos de montes que fosen de titularidade estatal, das vilas ou dos establecementos públicos, sen que nestes casos se entrase a discutir sobre a propiedade destes.

tienen otro objeto que el arreglo de un servicio público confiado exclusivamente a la administración activa, la cual fija reglas y concede garantías á los agentes subalternos, pero conservando siempre el carácter discrecional y la absoluta libertad para aplicarlas, libertad de que no pueden prescindir los actos de esta naturaleza". A prestación de servizos esenciais e a axilidade no desenvolvemento deses é o que xustifica a discrecionalidade e a absoluta falta de control dos actos que se dictan no exercicio das potestades que así sexan cualificadas. Non obstante, o propio Colmeiro sinala a posibilidade de efectuar un control da discrecionalidade da Administración por medio de dúas institucións tomadas así mesmo do dereito francés (a incompetencia e o exceso de poder), dado que "entonces la administración vulnera derechos dignos de respeto, ya conociendo de causas extrañas á su autoridad, ya violando las formas protectoras de un interés legítimo", en *op. cit.*, tomo II, páx. 224.

⁵¹ A chamada Lei Santamaría de Paredes (1888) seguirá decantándose polo sistema de lista á hora de definir qué é a materia administrativa. Sen embargo, a Lei da xurisdicción contencioso-administrativa (1956), que derogou a anterior, sanciona no seu artigo 1, un sistema de cláusula xeral para os efectos de determinar cales son os actos administrativos que quedan suxeitos ó control dos tribunais.

⁵² O número de materias das que coñecerán os consellos provinciais é bastante reducido se se toma en consideración o preceptuado nas proposicións de Silvela. Na primeira delas, recóllanse vinteseite materias (art. 18 do proxecto) e vinteseis na segunda (art. 48), así como no proxecto da comisión, en *dscd*, n.º 93, apéndice segundo, páx. 1186; n.º 7, apéndice terceiro, páxs. 98-99, e *DSCD*, n.º 72, apéndice, páxs. 1510-1511, respectivamente.

8. Por último, os litixios relativos ó curso, navegación e á flotación dos ríos e canles, ás obras efectuadas nos seus leitos e marxes, así como os referidos á distribución das augas para regos e outros usos.

O art. 9 da lei contiña unha cláusula de competencia residual por canto que estes consellos coñecerían tamén as reclamacións contra a Administración que non estivesen atribuídas a outros órganos xudiciais especiais⁵³, ó mesmo tempo que se advertía que as competencias citadas poderían verse ampliadas no futuro: “y en todo aquello que en lo sucesivo se estienda la jurisdiccion de estas corporaciones”⁵⁴.

A decisión do Consello Provincial era neste sentido executiva e decidía o preito concreto que se suscitara (art. 10 da lei), e prohibía, tamén, que o Consello lles pasase peticións ó Goberno ou ó Parlamento, ou que publicase os acordos sen permiso do Xefe Político ou do Goberno (art. 11).

En canto ó funcionamento como tribunal, a lei no seu art. 15 remitía a un regulamento especial posterior⁵⁵, pero sinala unha importante novidade en relación co funcionamento do Consello como órgano consultivo e é que o art. 13 da lei establece que cando actúe como tribunal as súas sesións serán públicas: “será pública la vista del proceso y se oirán las defensas

⁵³ Atribúeselles ós consellos provinciais unha cláusula de competencia xeral para coñecer tódolos litixios en que se vexa afectada a Administración civil. P. ex., todo o contencioso dos ramos de correos, camiños, canles e portos; o contencioso-administrativo de teatros, minas, subhastas ou arrendamentos de bens nacionais, etc., en Colmeiro, *op. cit.*, tomo II, páxs. 245-246.

⁵⁴ Así, os consellos coñecían certas reclamacións en grao de apelación (e non en primeira instancia, como era o habitual), como é o caso dos recursos contra as providencias dos xefes políticos previstas no art. 8 da Lei do 28 de abril de 1849, en relación cos camiños veciñais, ou contra as providencias dos concellos referidas ós mozos sorteables, ás exencións dos alistados e ás declaracións de prófugo.

⁵⁵ Promulgouse o 1 de outubro de 1845. Este regulamento sobre o procedemento que han de seguir os consellos provinciais cando actúen como tribunais contencioso-administrativos estruturábase da seguinte forma: título 1º (arts. 1-20) sobre organización e réxime interno; título 2º sobre procedemento (arts. 21-77), dividido, pola súa vez, en cinco capítulos que, respectivamente, abordaban as fases nas que se dividía o proceso: discusión escrita, vista do proceso, a sentenza, a actuación en rebeldía e os recursos contra as sentencias definitivas. De importancia capital, na miña opinión, eran os artigos 24 e 25 na virtude dos cales o xefe político, como presidente do tribunal, era o encargado de verificar se o contido da demanda era competencia do órgano xudicial ou se se trataba dunha materia gobernativa que debía resolver a propia autoridade política. No primeiro caso, dáballe conta destas ó Consello e no segundo, o propio Xefe Político resolvía o asunto do que se tratase, se ben o demandante podía recorrer ó ministro da Gobernación para, logo de ó-lo Consello Real, decidise o conveniente.

de las partes". Estas disposicións completaríanse con outras posteriores⁵⁶.

O título IV da lei refírese á sentenza, á súa execución e á posible apelación. Toda decisión xudicial do Consello Provincial ha de estar motivada (art. 16) e o propio Consello pode aclarala ou interpretala, por pedimento do interesado, cando existan dúbidas sobre a súa comprensión (art. 18), sen que por iso se poida alterar ou modifica-la *ratio decidendi* desta.

A execución das sentencias dictadas por estes órganos pode revestir dúas modalidades, en virtude do art. 17: con carácter xeral, corresponderalles a execución ós axentes da Administración autora do acto recorrido. Pero se houberse que proceder ó remate ou á venda de bens, daquela remitíraselle-la causa ós tribunais ordinarios, que serán os competentes para resolver tódolos incidentes e as reclamacións que resultasen da dita execución.

Os recursos contra as sentencias do Consello Provincial interpoaos e resolveraos o Consello Supremo da Administración do Estado –referencia que debe entenderse efectuada ó Consello Real– anque cunha limitación derivada da contía do litixio. Así, conforme ó art. 19 da lei, non cabe apela-las sentencias daqueles preitos, nos que a contía fose inferior a dous mil reais de velón, litixios estes contra os que si cabe, en cambio, o recurso de nulidade.

Tamén cabía a actuación no ámbito do contencioso-administrativo do propio xefe político, o cal dá pé a que Colmeiro o cualifique como *juez administrativo de excepción*⁵⁷. Seguindo o mesmo ilustre xurista compostelán esas materias nas que in-

⁵⁶ Ademais do regulamento arriba sinalado, promulgáronse outras normas que afectaban directamente á actuación do Consello Provincial como Tribunal Contencioso-Administrativo, como a Real orde do 1 de xaneiro de 1847 que declaraba que nos asuntos sobre os que coñecen os consellos non é necesario o xuízo de conciliación e que estes como tribunais deben descansar en días festivos, salvo os casos de urxencia que estimará o propio órgano ou o Xefe Político; a Real orde do 24 de outubro de 1847 que lle mandaba remisión por parte dos xefes políticos ó Ministerio da Gobernación dunha relación sobre o estado dos litixios que a Administración seguía perante os respectivos tribunais contencioso-administrativos de primeira instancia, así como das sentencias que nas ditas causas se pronunciasen; a Real orde do 17 de marzo de 1848 que establecía que os conselleiros supernumerarios podían presencia-la resolución dos negocios contencioso-administrativos sometidos á deliberación dos consellos; a Real orde do 5 de febreiro de 1848 que consagraba unha serie de disposicións para remove-los obstáculos que puidesen retardar-la marcha dos negocios contenciosos; e a Real orde do 8 de abril de 1848 que dispoñía que non se admitisen como conselleiros substitutos os licenciados do Exército contra os que aparece nota de deserción.

⁵⁷ Colmeiro, *op. cit.*, tomo II, páxs. 248-252, nas que se mencionan outros xuíces administrativos extraordinarios como os alcaldes das vilas, os xefes políticos e os ministros, se ben esta actuación se limita a materias moi concretas.

tervén como órgano xurisdiccional de primeira instancia son tres⁵⁸:

1. Ó resolve-las instancias sobre inclusión ou exclusión de electores nas listas electorais para nomeamento de deputados a Cortes ou de deputados provinciais.

2. Ó declarar de oficio ou por solicitude de parte a caducidade de concesións de augas públicas feitas polo Goberno a favor dunha persoa ou compañía, cando non se puxese en práctica ou cando se interrompese o seu uso durante o termo legal.

3. Ó designa-la parte coa que cada vila haberá de contribuír para a construción dun camiño veciñal, ou ben para efectuar unha redistribución destas cando se cambie a dirección. Só neste caso cabe apelación perante o Consello Provincial.

A remisión que o art. 15 da lei efectuaba de cara ó desenvolvemento regulamentario desta levouse a cabo por medio dun Regulamento do 1 de outubro de 1845, aprobado polo ministro da Gobernación, Pedro José Pidal, sobre o procedemento que debían seguir os consellos provinciais cando actuasen como tribunais contencioso-administrativos (en diante, referirémonos a el só como regulamento), no cal é clara e notoria a influencia do Regulamento Provisional para a Administración de Xustiza do 26 de setembro de 1835. Trátase dun auténtico regulamento mixto, en canto ó seu contido, porque regula tanto aspectos procedementais como de corte orgánico e de réxime interno⁵⁹.

Importante e, por iso, o traemos a colación, era o sistema de recursos deseñado para ataca-las sentencias. O Regulamento de outubro de 1845 prevía tres tipos de recurso: o de interpretación da sentenza, o de apelación e o de nulidade. Se a Administración se vía prexudicada pola sentenza, a lexitimación para interpoñe-lo recurso concreto correspondíalle soamente ó xefe político (art. 76 do regulamento). Vexamos sucintamente cada un deles.

1. O recurso de interpretación das sentencias⁶⁰, como o seu propio nome indica, ten como finalidade a aclaración dos termos daquela sen que en ningún caso se vaia afectar ou modificar a *ratio decidendi* da sentenza, senón soamente a inteli-

⁵⁸ Colmeiro, *op. cit.*, tomo II, páxs. 248-249.

⁵⁹ A extensión e a minuciosidade do regulamento fan que consideremos oportuno referirnos exclusivamente ó aspecto máis importante, ó noso xuízo, que é o relativo ós recursos contra as sentencias. Para unha mellor comprensión dese texto regulamentario, véxase Colmeiro, en *op. cit.*, tomo II, páxs. 255-267, onde se realiza unha exposición do procedemento que se había de seguir perante os consellos provinciais.

⁶⁰ Arts. 63-67 do regulamento.

xencia ou a comprensión dos termos nos que a sentenza aparece formulada. Como sinala o art. 63 do regulamento "tendrá lugar el recurso de interpretación contra la sentencia, cuando la parte dispositiva de esta fuere contradictoria, ambigua ú oscura en sus cláusulas". O prazo para a súa interposición é de cinco días que se contan dende a notificación da sentenza e non leva aparelada a suspensión na execución da sentenza, salvo que o consello, en atención ás circunstancias do caso, decida a dita suspensión en todo ou en parte. Interposto o recurso, o Consello Provincial, oídas as partes, decidirá se procede ou non a interpretación solicitada nun termo de tres días como máximo. Non cabe, por último, este recurso contra as sentencias xa interpretadas ou contra as providencias de interpretación.

2. O recurso de apelación non ten unha causa específica que motive a súa interposición⁶¹. Polo tanto, como sucede no proceso civil⁶², cabe este recurso naqueles casos en que a parte recorrente recibiu un prexuízo ou gravame como consecuencia da sentenza dictada, coa excepción que sinalaba o art. 19 da Lei de consellos provinciais e que reitera o art. 68 do Regulamento de outubro de 1845: só cabe este recurso contra aquelas sentencias dictadas en primeira instancia polos consellos provinciais "cuando el interes del litigio ó valor de la demanda, pudiendo sujetarse á una apreciación material, llegue á 2000 rs."; tampouco cabe a apelación respecto das providencias interlocutorias xa que "las nulidades y agravios que con ellas se causaren, se ventilarán y decidirán en el Consejo Real con los recursos de nulidad y apelación que se interpongan de las sentencias definitivas". O prazo para interpoñelo é de dez días contados dende a notificación da sentenza e, a diferenza do anterior, é un recurso devolutivo, posto que o seu coñecemento e resolución lle corresponde ó Consello Real (coa excepción que destaca o art. 109 da Lei de concellos⁶³). Non é un recurso suspensivo, a non ser que a sentenza dispuxese o contrario. Cabe a posibilidade

⁶¹ Arts. 68-72 do regulamento.

⁶² O art. 42. 3 do regulamento provisional sinalaba, para a apelación de sentencias dictadas polos xuíces de primeira instancia, que "dentro el preciso termino de ocho días de haberse pasado los autos, el Ayuntamiento pleno, asistido de algún asesosr letrado, se instruirá bien de los que de ello resulte, y oyendo de palabra cuanto las partes tuvieren que exponer, ó intentaren probar con nuevos testigos que presenten en el acto, pero sin admitirles ningun escrito, ni dar lugar á mas trámites, pronunciará ex aequo et bono la sentencia que le parezca mas justa".

⁶³ O art. 108 da Lei de concellos do 8 de xaneiro de 1845 dispoñía que "las cuentas del Depositario ó Mayordomo se presentarán igualmente al Ayuntamiento para su exámen y censura. En seguida se pasarán al Gefe político para

de que a parte non recorrente se adhira á apelación con posterioridade. Finalmente, en canto ós seus efectos, a apelación orixinaba a conformación dunha segunda instancia na que se reproducía o xuízo primeiro, salvo certas limitacións⁶⁴.

3. En último lugar, o **recurso de nulidade** da sentenza só era procedente nos sete casos taxados que enumera o art. 73 do regulamento⁶⁵. Estatúese a aplicación das regras do recurso de apelación, a teor do art. 74, se ben nos negocios de maior contía⁶⁶ os recursos de nulidade e de apelación han de ser formulados conxuntamente. A declaración de nulidade daba orixe á eliminación daquelas actuacións que estivesen contaminadas por algúns dos vicios que se enumeraban no art. 73 do regulamento, é dicir, á eliminación da sentenza viciada.

Concluía o citado regulamento sobre o procedemento contencioso-administrativo, no seu art. 77, no que se dispoñía a supletoriedade da lexislación e da xurisprudencia ordinarias “en canto a súa aplicación sexa compatible co rápido curso das cuestións contencioso-administrativas e coa letra e o espírito da dita lei e regulamento”, o que implicaba a remisión á lexislación procesual común do momento nos casos en que existisen lagoas ou supostos non previstos pola lexislación dos consellos provinciais.

su ultimación en el Consejo provincial, si no llegase el presupuesto del pueblo á 200.000 rs. Vn.; y si llegase, para que con el dictamen del mismo Consejo, se remitan al Gobierno”. Pola súa parte, o art. 109 prescribía que se do exame das contas resultase algún alcance, sería de inmediato satisfeito, e se o interesado quixese ser oído en xustiza, debería depositar previamente o importe do dito alcance. Destes recursos coñecería o Consello Provincial e contra as súas sentencias podía apelarse ó Tribunal Maior de Contas.

⁶⁴ Art. 42.3 do regulamento provisional. Hai un segundo exame do litixio, pero sen que o xuíz poida admitir novos escritos das partes.

⁶⁵ Estes supostos son: a) cando o asunto non fose da competencia da xurisdicción administrativa; b) cando as sentencias non as dictasen o número necesario de conselleiros; c) cando a sentenza fose contraria á lexislación vixente; d) cando algunha das partes carecese de poder bastante ou de capacidade para litigar; e) cando se producise un emprazamento defectuoso dalgunha das partes; f) cando non se citase algunha das partes para a práctica da proba ou para a lectura da sentenza; g) cando se denegase a proba necesaria para dictar sentenza xusta. Nos casos d, e, f e g, cómpre que se reclamase en primeira instancia, no tempo e na forma legalmente prescritos, contra a nulidade.

⁶⁶ A teor do art. 41 do Regulamento provisional de 1835, os xuízos de maior contía eran aqueles, o importe dos cales excedía de 40.000 maravedís, se se celebraba na Península ou nas illas adxacentes, ou de 160.000 mrs. no suposto de que se celebrase en Ultramar, todo iso de conformidade co que dispoñía a Novísima Recopilación, libro 11, título 20, lei 11, onde se recolle unha Real Cédula de Carlos III baixo a rúbrica “los Ayuntamientos de los pueblos conozcan de las apelaciones de las sentencias de sus Justicias hasta en cantidad de quarenta mil maravedís”.

O sistema contencioso-administrativo completábase coa creación do Consello Real⁶⁷ (chamado dende 1858 Consello de Estado) que nace en virtude dun Decreto do 6 de xullo de 1845, ó que se lle engade un regulamento sobre o modo de proceder nos negocios contencioso-administrativos do 30 de decembro de 1846, dotado dunha sala encargada de resolve-los asuntos contencioso-administrativos, se ben actuaba con xurisdicción retida⁶⁸.

Trala reacción progresista de 1854, suprimíronse tanto o Consello Real como os consellos provinciais polo Real decreto do 7 de agosto de 1854, o cal repuxo o sistema provincial implantado pola Lei do 3 de febreiro de 1823, o que implicou que as deputacións provinciais asumisen as competencias daqueles en sede xurisdiccional. A restauración do sistema moderado prodúcese novamente por medio dun Real decreto en outubro de 1856 que sancionaba a recuperación e a posta en vigor da lexislación da década anterior⁶⁹, ó que se lle engaden novos cam-

⁶⁷ De acordo co Real decreto do 6 de xullo de 1845, o Consello Real configuraríase como o supremo órgano consultivo do Reino. Conforme ó seu art. 2, estaría composto polos ministros secretarios de Estado e de Despacho, por trinta conselleiros ordinarios e por un número de conselleiros extraordinarios que o rei autorizase, ademais dun secretario xeral e dos auxiliares necesarios. O presidente do Consello de Ministros actuaría como presidente do Consello (art. 3). Os conselleiros ordinarios serían nomeados polo rei, por proposta do Consello de Ministros, entre aquelas persoas maiores de trinta anos e con recoñecido prestixio en coñecementos e servicios nas diversas carreiras do Estado (arts. 4 e 5). Os conselleiros extraordinarios eran nomeados de idéntica maneira, pero entre as persoas que desempeñasen os cargos que establecía o art. 7. As súas funcións aparecen no art. 11, do que se deduce que o Consello Real sería sempre consultado: a) sobre as instrucións xerais para o réxime de calquera ramo da Administración pública; b) sobre o pase e a retención de bulas, breves e rescritos pontificios e das preces para obtelos; c) sobre os asuntos do Real Padroado e recurso de protección do Concilio de Trento; d) sobre a validez das presas marítimas; e) sobre os asuntos contenciosos da Administración; f) sobre as competencias de xurisdicción e atribucións entre as autoridades xudiciais e administrativas, e sobre as que se suscitan entre as autoridades e axentes da Administración; g) sobre os demais asuntos que as leis especiais, reais decretos ou regulamentos sometan ó seu exame.

⁶⁸ É dicir, non decide directamente, senón que lle propón ó Goberno unha posible sentenza para que aquel sexa o encargado de darlle forma legal mediante un real decreto. Como expresivamente destaca Colmeiro, o rei en Consello Real decide en grao de apelación e sen ulterior recurso as cuestións contenciosas deste tipo, xa procedan en primeira instancia dos consellos provinciais, xa dos chamados xuíces de excepción; en definitiva, o Consello Real é o que ten *de facto*, de feito, a facultade de resolve-los litixios que se lle presentan, mentres que o rei e o goberno teñen esa facultade *de iure*, de dereito, en *op. cit.*, tomo II, páx. 232-233.

⁶⁹ ADPL, libro 91, *Actas del Consejo Provincial de Lugo*, anos 1856-1858, f. 1 e 2, nos que se recolle a acta de instalación do Consello Provincial de Lugo, con data do 22 de outubro de 1856, cando era presidente do José Manuel Puga, secretario do Goberno Civil e gobernador interino, e cos vocais Manuel Neira Montenegro, Juan López, ámbolos dous letrados, e Juan Yáñez.

bios operados en virtude da Lei de 25 de setembro de 1863, completada por un real decreto de idéntica data, con novas disposicións sobre o goberno das provincias, e outro Real decreto do 21 de outubro de 1866, que establecía certas reformas naquela lexislación. No período comprendido entre os anos 1866 e 1875, prodúcese unha nova derogación da lexislación moderada. Posteriormente, en tempos de Alfonso XII, recupérase aquel sistema por un Decreto-lei do 20 de xaneiro de 1875, aunque os consellos provinciais pasaron a denominarse comisións e a actuar con xurisdicción retida⁷⁰. A Lei de Santamaría de Paredes, do 13 de setembro de 1888, cambia todo este deseño, dende o punto de vista orgánico, ó establecer un sistema harmónico (nin estritamente xudicial, nin estritamente administrativo) que consistiu na constitución de órganos xurisdiccionais con xurisdicción delegada, na composición da cal entran á par persoal xudicial e persoal administrativo⁷¹.

3. A actuación do Consello Provincial de Lugo nos seus primeiros anos de existencia

Para a elaboración deste apartado do traballo no que nos imos dedicar esencialmente ó exame do labor práctico do Consello Provincial de Lugo, tomei como base da investigación as actas da institución que se encontran no Arquivo da Deputación Provincial de Lugo, así como a consulta dos boletíns oficiais da provincia correspondentes ós anos iniciais da institución. Circunscribei o meu labor ó período de tempo que comprende os catro primeiros anos do Consello, dende a súa instalación no verán do ano 1845 ata o ano 1849. O material empregado confórmano as actas do ano 1845, que recolle dende a constitución do Consello o 19 de xullo ata a Sesión do 20 de decembro, se ben faltan as sesións comprendidas entre o 29 de outubro e o 26 de novembro; as do ano 1846, que dan fe das sesións celebradas entre o 3 de xaneiro e o 10 de decembro dese ano; as de 1847, abarcando as sesións celebradas entre o 1 de xaneiro e o 27 de decembro e as de 1848 e 1849⁷².

⁷⁰ Cfr. Baraja Carceller, E., e Cifuentes Calzado, A., *La provincia, pasado, presente y futuro*, Cádiz, 1985, páxs. 102-105.

⁷¹ García de Enterría e Fernández Rodríguez, *Curso*, tomo II, pág. 551.

⁷² As actas manexadas agrupan un total de 36 folios para o ano 1845, 91 para o 1846, 38 para o 1847 e unicamente 3 folios para as dos anos 1848 e 1849. Quero agradecer dende aquí as facilidades prestadas polos funcionarios do Arquivo da Deputación de Lugo, tanto para a consulta directa dos fondos como para a reprodución das actas citadas.

A) *A súa composición*

A instalación do Consello Provincial de Lugo ten lugar o 19 de xullo de 1845 no despacho do xefe político⁷³. As primeiras decisións que se van adoptar son de corte organizativo posto que se procederá ó xuramento e toma de posesión dos distintos vocais e ademais o xefe político procedeu a nomealo secretario do Consello, recaendo o dito nomeamento en José Saturnino Saavedra y Pando, ata entón oficial 4º do Goberno político e avogado dos tribunais nacionais⁷⁴.

Foi o seu primeiro presidente Juan Ferreiro Caamaño, á sazón xefe político da provincia⁷⁵, e os seus primeiros vocais efectivos, Juan Pardo y Prado, Ignacio Timoteo Yáñez e José Castro Bolaño. Como vocal supernumerario tomou posesión Juan Manuel Pardo, que será nomeado vocal efectivo por Real orde do 30 de setembro de 1846, se ben na acta de instalación faise constar tamén a renuncia a outro posto de supernumerario de Hermenegildo Guitián, renuncia que se lle comunicou oportunamente ó ministro da Gobernación por oficio do 11 de xullo⁷⁶.

A composición do Consello Provincial de Lugo, no período que estamos examinando, sufriu unha serie de modificacións puntuais das que se fan eco as actas das sesións. Destacámolas seguintes:

⁷³ A constitución estivera precedida dunha convocatoria do propio Xefe Político do 11 de xullo, segundo se deduce do manifestado na acta de instalación, en *ADPL*; Legajo 1: actas, ano 1845, f. 1. Cotexando os escasos datos de que dispoñemos, podemos afirmar que o Consello de Lugo se constitúe con anterioridade a outros consellos e respectando, en todo caso, o ordenado polo ministro da Gobernación. P. ex., o Consello Provincial de Biscaia instáurase o 7 de agosto, en Pérez Núñez, *El poder provincial en Vizcaya, 1808-1868: La Diputación Foral*, páx. 440, e o Consello Provincial de Canarias o 9 de agosto, en Galván Rodríguez, *El origen de al autonomía canaria.*, pág. 82, nota n.º 15.

⁷⁴ Durante o período examinado, o Consello Provincial manterá a este secretario no exercicio das súas funcións, a diferenza do que sucede no Goberno político no que observamos máis variacións: o primeiro secretario do novo Goberno político é Miguel Rodríguez Guerra (nomeado por Real orde do 3 de decembro de 1844; *BOPL*, n.º 2, do 5 de xaneiro de 1845), ó que lle sucede Genaro Alas, ata entón oficial 1º no Goberno de Oviedo, en xaneiro de 1847 (nomeamento por Real orde do 17 de xuño de 1847; *BOPL*, n.º 81, do 7 de xullo de 1847) ó que pola súa vez substitúe José María Radío (Real Orde do 17 de xuño de 1847; *BOPL*, n.º 81, do 7 de xullo de 1847); finalmente noméase como secretario a Francisco Javier Camuño, que desempeñaba o cargo de xefe civil en Xixón (Real orde do 3 de xullo de 1849; *BOPL*, n.º 99, do 17 de agosto de 1849).

⁷⁵ Nárvaez, ó pouco tempo de acceder ó poder, coloca á fronte da provincia de Lugo a Ferreira Caamaño, deputado a Cortes as veces que se presentou –nove sempre co Partido Moderado– e que sabía utilizar con eficiencia electoral a maquinaria electoral en beneficio do seu partido e da súa persoa, en Barreiro Fernández, X. R., *Galicia. Historia*, tomo VII: Historia Contemporánea. Política, A Coruña, 1985, páx. 306.

⁷⁶ *ADPL*, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 1.

■ Sesión do 9 de setembro de 1845, na que se deu conta da Real orde do 11 de agosto de 1845 pola que se nomeaba vicepresidente do Consello Provincial ó vocal Ignacio Timoteo Yáñez⁷⁷.

■ Sesión do 3 de decembro de 1845, na que o xefe político pon en coñecemento do Consello outra Real orde do 24 de novembro pola que se designou vocal supernumerario a Francisco Miranda y España⁷⁸.

■ Por outra parte, o presidente do Consello comúncalle a este a Real orde do 23 de maio de 1846 pola que a raíña aceptou a renuncia de Ignacio Timoteo Yáñez ós cargos de conselleiro e vicepresidente do Consello⁷⁹. Neses instantes queda o Consello Provincial sen vicepresidente⁸⁰.

O presidente do Consello Provincial de Lugo, Ferreiro Caamaño, ó que se lle atribuíran importantes cargos na Administración central como destacado membro que era do Partido Moderado na provincia, deixa de asistir ás sesións celebradas entre finais do ano 1845 e o mes de maio de 1846. A acumulación de cargos por parte deste é o que xustificará as decisións posteriores que o Goberno central adopta a comezos de 1847. Así, polas reais ordes do 26 de outubro e o 12 de novembro de 1846 respectivamente, comúncaselle ó órgano provincial que Ferreiro Caamaño foi nomeado consultor da Dirección de Correos e Camiños e tamén ministro do Tribunal Supremo de Guerra e Mariña, e na Sesión do 26 de xaneiro dese mesmo ano, o Consello Provincial é informado dunha consulta do Goberno Político da provincia pola que se lle encomenda o mando político da mesma ó vicepresidente do Consello Provincial agora José Castro Bolaño⁸¹ "en atención á que en las tardes de dho. día se ausentaba para las Cortes á tomar asiento en el Congreso el Sr. Dn. Juan Ferreira Caamaño".

⁷⁷ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 5 v.

⁷⁸ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 29.

⁷⁹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 45 v.

⁸⁰ BOPL, n.º 105, do 15 de setembro de 1846, que transcribe un oficio do Goberno Político de Lugo do 9 de setembro de 1846 no que se comunica que "debiendo salir para las Cortes en la tarde del día de hoy, como diputado a cortes por la provincia de la Coruña, y en virtud de la real convocatoria de 28 de agosto ultimo, queda encargado de este gobierno político, durante mi ausencia, el secretario del mismo don Miguel Rodríguez Guerra, según lo dispuesto por S.M. mediante á no estar nombrado vice-presidente del Consejo provincial".

⁸¹ BOPL, n.º 142, do 11 de decembro de 1846; R.O. do 21 de novembro de 1846 pola que se nomea vicepresidente do Consello Provincial de Lugo a José María Castro Bolaño.

Nese estado de cousas, o Consello Provincial recibe a Real orde do 6 de febreiro de 1847 pola que a raíña nomea xefe político *en comisión* o ata entón secretario do Goberno Político, o señor Miguel Rodríguez Guerra, e por Real decreto do 7 de abril de 1847 o anteriormente citado pasa a desempeña-lo cargo de xefe político *en propiedade*.

A última modificación vaise producir como consecuencia dunha Real orde do 8 de setembro de 1847, segundo se deduce da Sesión do día 20 do mesmo mes e ano na que que “se dio cuenta y el Consejo quedó enterado de la Rl. orden de ocho del corriente por la que S. M. ha tenido por conveniente resolver que Dn. Juan Perales Gefe Politico de Leon pase a desempeñar igual cargo á esta provincia cesando en el mismo Dn. Miguel Rodríguez Guerra”. O xefe político cesado, non obstante, emite unha última comunicación na que se lle transmite ó Consello Provincial que en cumprimento da real orde antedita e por atoparse ausente ó gozar de licencia o daquela vicepresidente, quedaba encargado do Goberno Político, o conselleiro máis antigo, Juan Pardo y Prado⁸².

Un novo cambio na presidencia do Consello Provincial acontece a finais do ano 1847. Na Sesión do 25 de outubro “se dio cuenta y el Consejo quedó enterado de una comunicación del Sr. Gefe Politico de esta Provincia fha de hoy en que traslada la Real orden de veinte del actual por la que S. M. se ha dignado nombrar Gefe Politico de esta Provincia a Dn. Miguel Rodriguez Guerra cesante del mismo destino en reemplazo de Dn. Juan Perales que pasa a desempeñar igual cargo a la de Orense; manifestando al mismo tiempo que en este dia hace entrega del Gobierno politico al mencionado Sr. Dn. Miguel Rodriguez Guerra⁸³”.

Ó longo dos seus primeiros anos, o Consello tivo que facerlles fronte ás situacións persoais dos seus membros, para o cal o desenvolvemento regulamentario da Lei do 2 de abril establecera uns mecanismos reguladores das licencias e dos permisos dos conselleiros, ós que xa aludimos con anterioridade. Exemplo destas previsións das reais ordes subsecuentes á Lei de consellos provinciais é a Acta da Sesión do 1 de agosto de 1846

⁸² Ámbalas dúas noticias figuran na acta da Sesión do 20 de setembro de 1847 en ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 21 v. e 22. Na seguinte Sesión (do 23 de setembro), o xefe político interino comunicoulle ó Consello a chegada do novo titular do Goberno Político nesa mesma data polo que “queda encargado desde este día del desempeño del mismo destino”, en ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 22 e 22 v.

⁸³ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 25.

na que se dá noticia doutra Real orde do 26 de xullo dese mesmo ano pola que se lle concedía ó vocal Castro Bolaño a licencia de dous meses que solicitara por motivos de saúde⁸⁴, todo de conformidade coa lexislación antes apuntada⁸⁵.

Debemos destacar, seguindo a X. R. Barreiro Fernández, que a maior parte dos vocais do Consello Provincial de Lugo eran destacados membros do Partido Moderado, como non podía ser doutra maneira, que exercían nos diferentes distritos nos que se instalaran as súas familias un intenso control político⁸⁶. É interesante destacar, en último lugar, que o Goberno do xeneral Nárvaez procedeu, ó pouco tempo de subir ó poder, a nomear para os altos cargos da Administración a persoas afíns ó moderantismo, é Lugo un deses lugares nos que con maior celeridade se renovaron as estruturas de poder pola tradición progresista que a cidade acumulaba⁸⁷.

B) *O seu labor como corpo consultivo: procedemento e materias*

O groso do traballo do Consello Provincial de Lugo nos seus primeiros anos de existencia vaise centrar fundamentalmente no campo gubernativo-consultivo. Non existía na lexislación sobre consellos provinciais ningunha regra acerca do procedemento que debería seguirse á hora de elaborar dictames ou decisións de forma conxunta co Xefe Político, salvo as prescricións que contiña o art. 9 da Real orde do 2 de xullo de 1845. O mecanismo de traballo que se pode extraer nesta materia do labor do Consello Provincial de Lugo no período 1845-1849, á luz do que se deduce das actas consultadas, sintetízase nas seguintes fases:

1. En primeiro lugar, o asunto chegaría á Secretaría do Goberno Político da provincia xa que era o Xefe Político a peza clave no funcionamento de toda a Administración provincial.

⁸⁴ ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, f. 63 v.

⁸⁵ En concreto, a Real orde do 1 de novembro de 1845.

⁸⁶ Na relación que o citado profesor efectúa, na xa mencionada *Galicia. Historia*, páxs. 333-335, alúdese ós seguintes personaxes que tiveron un grande influxo na vida política da provincia: Juan Ferreira Caamaño, que tiña o seu feudo no distrito de Cee (provincia da Coruña), era natural de Treos. Avogado, fiscal do Tribunal das Ordes Militares, xefe político da provincia de Lugo dende 1844; obtivo acta de deputado en oito ocasións no período comprendido entre 1846 e 1864; a familia Yáñez Ribadeneira, cos tres irmáns Ignacio Timoteo, Manuel e Matías, repártense, respectivamente, os distritos de Monforte de Lemos, Allariz e Verín; José María Pardo Montenegro no distrito de Vilalba, conseguiu así mesmo acta de deputado tódalas veces que se presentou -10 veces en total- ben polo distrito vilalbés, ben polo de Mondoñedo.

⁸⁷ Sobre esta última cuestión, referida ó pasado progresista da cidade, deben consultarse os artigos de A. Prado Gómez, "La rebelión progresista de 1840 en Lugo" no *Boletín del Museo Provincial de Lugo*, 4 (1988-1989), páxs. 57-77, e "El pronunciamiento lucense de 1843" en *BMPL*, 5 (1990), páxs. 27-35.

2. Este comunicárallo, nun primeiro momento, ó Pleno do Consello Provincial, tal e como preceptuaba a lexislación da época⁸⁸, o cal, para simplifica-lo traballo comisionaba un vocal, que era o encargado de elaborar unha proposta de dictame ou de decisión, dependendo da materia concreta⁸⁹.

3. Esta proposta sometíase con posterioridade á decisión do Consello en pleno novamente, que adoitaba admitir, sen a penas ningunha alteración ou coas indicacións que se estimasen oportunas, a proposta que formulaba o vocal e así llo comunicaba ó xefe político⁹⁰. Este, como xa dixemos, podía apartarse do dictame do Consello, en ningún caso vinculante, aunque debía leva-la fórmula *óido el Consejo* como garantía da legalidade da actuación, ou ben facer súa a decisión do órgano colexiado, se se trataba dun asunto no que o xefe político debía actuar *de acuerdo* co Consello Provincial.

Debemos sinalar tamén que a estrutura das sesións é similar en practicamente tódolos casos, era o primeiro tema que se trataba a lectura e a aprobación da acta da sesión anterior, para darlles paso despois ós diferentes asuntos que integrarían a orde do día.

Visto de forma superficial o procedemento que se pode deducir do exame dalgunhas das actas, hai que mencionalas materias sobre as que o Consello vai emitir dictames ou decisións. Convén precisar que o Consello se configura, á luz do seu labor práctico, como un auténtico órgano de asesoramento para todo tipo de asuntos ou materias, posto que non só vai acudir o Xefe Político a este corpo nos supostos preceptuados legalmente, senón que lle vai solicita-lo seu parecer para moitos asuntos non previstos na normativa do momento. A iso debemos engadi-la función de consulta e resposta ás peticións ou solicitudes que

⁸⁸ Real orde do 2 de xullo de 1845, art. 7: "El Jefe político remitirá al Consejo, instruidos y extractados, los expedientes; por manera que el trabajo del Consejo haya de limitarse á examinar el expediente, y á dar el dictamen ó tomar el acuerdo que corresponda".

⁸⁹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 4 v. e 5: "Finalmente se dio cuenta del expediente remitido por el Sr. Gefe político relativo al arreglo del Servicio del ramo de montes conforme a la dispuesto". Como exemplo desa comisión que designaba o Consello, ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 27: "Se dio cuenta de un expediente instruido a instancia de Ramon Rigueiro Tomas da Vila Juan Grandio y otros vecinos de Santiago de Progalo distrito de esta Capital en q. se quejan de Francisco Punin y Rois por construir una cas en el termino comun de dicha parroqa. y el Consejo acordó Sr. Vocal Castro Bolaño para que emita su dictamen a fin de poder informar convenientemente al Gefe político".

⁹⁰ Para resalta-la aceptación da proposta efectuada, o Consello adoita empregar-la expresión *de conformidad con lo propuesto por el Sr. Vocal* ou *de acuerdo con el Sr. Vocal*.

formulaban tanto os particulares como as corporacións locais que chegaban ó Consello por conducto do Xefe Político.

A actividade consultiva do Consello é rica en moitos e variados temas. Sinalarémo-los máis importantes con remisión a algúns exemplos, que nos pareceron máis significativos, segundo se deduce das actas do período examinado. A elección dos asuntos é en todo caso subxectiva, sen prexuízo de elaborar unha táboa ó final deste epígrafe na que se indica o groso dos temas tratados en cada ano dos que examinamos, tendo en conta que un mesmo asunto podía ser obxecto de varios debates ó longo de sesións sucesivas, en tal caso cuantificámo-lo asunto unha soa vez.

1. En primeiro lugar, hai que falar dos **dictames** ou **informes sobre actuacións urbanísticas e obras públicas**, por petición do Xefe Político, como se pode observar na Sesión do 27 de xullo de 1845, onde o Consello acepta unha disposición daquel, datada o 19 de abril dese mesmo ano, pola que se autoriza a Antonio Lamas a pecha-los arcos da casa situada no n.º 14 da praza da Constitución, se ben o Consello engade que "la fachada de aquella casa se mejorase en beneficio del hornato publico"⁹¹; ou na acta da Sesión do 9 setembro de 1845, na que se pon de manifesto que o Consello recibiu a información correspondente a unha obra que o brigadier José Valcárcel estaba realizando no barrio de San Roque, e informou o Xefe Político de que a dita obra "era perjudicial a los vecinos y que afeaba notablemente el ornato publico; por todo lo cual y por haber presunciones veementes de qe. el Sr. Valcarcel edificaba en suelo publico no debia permitirsele continuar aquella"⁹².

O Consello convértese así no asesor máis importante do Goberno Político provincial e dos distintos concellos da provincia nestas materias aludidas⁹³.

⁹¹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 2 v. e 3.

⁹² ADPL, lex. I, *Actas*, ano 1845, f. 5 v.

⁹³ Como exemplo de informes urbanísticos, pode consultarse ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, f. 25: "Dado cuenta de una comunicación del Alcalde de Vivero acompañando testimonio de la orden por la que se concediera al Ayuntamiento de aquella Villa la reforma del edificio que fue convento de San Franco. Según se le previniera por el Sr. Gefe Politico en oficio de 10 del mes ultimo con todos los demas pormenores que abraza, y atendida la novedad que causa en este negocio la comunicación del Sr. Yntendente fecha catorce del mes pro-simo pasado, acordó el Consejo que antes de resolver sobre este asunto conviene se transcriba la citada comunicación al Ayuntamiento de Vivero para que en su vista se deduzca e informe lo que tenga por conveniente a los intereses de sus administrados". En materia de obras públicas, *vid.* ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, f. 48: "El Sr. Vocal Dn. Jose Castro Bolaño emitio su dictamen

Incluso se chega máis alá e, a propósito da realización dunha estrada que se estaba construíndo entre Lugo e Monforte, o Xefe Político solicita o parecer do Consello Provincial sobre os criterios que han de tomarse en consideración á hora de efectuar a cuantificación das indemnizacións⁹⁴.

Tanxencialmente, o Consello Provincial de Lugo aborda algún asunto no que se produce algunha expropiación. En concreto, a citada casa de baños termais da capital provincial é obxecto dunha consulta do Xefe Político “para que le proponga lo que se le ofrezca y parezca en atención á que D. Francisco Lopez de Neira no garantizó de modo alguno la construcción de dicha casa en el término de dos meses que S. M. hubo a bien concederle por Real orden de 1º de Abril último notificada en 2 de Marzo”⁹⁵. Esta cuestión é obxecto dunha nova discusión, como se deduce da acta da Sesión do 5 de setembro⁹⁶, onde se indica que o Consello acordou informalo xefe político que “siendo la expropiación por utilidad pública una venta forzosa debe esta ser otorgada ante una autoridad, que le de todo el valor legal, como es el Juez de primera instancia de este Partido”, escritura que se incorporará ó expediente e será publicada no Boletín Oficial da Provincia, como destacaba a Real orde do 1 de abril de 1846, dándose cumprida información sobre a expropiación e os restos da casa de baños, a cantidade á que ascendía a indemnización, a cantidade presupostada para a obra, e ó remate en que esta deba ser concluída.

sobre el expediente entre Dn. Antonio Casas de la Villa de Rivadeo y Dn. Pedro Vivero y Mores de la Ciudad de Mondoñedo y el Alcalde y Ayuntamiento de Lorenzana acerca de la traslación de un camino de servicio común y el Consejo en su vista y de los antecedentes acuerdo informar al Sr. Gefe político q. en su concepto debe prevenirse al Alcalde de Lorenzana agote todos sus esfuerzos para poner espedito y en buen estado el camino llamado das Cabanas sin trasladarlo á la Vega de Longarela sino cuando por el expediente q. instruye resulte de absoluta necesidad de hacer esta innovación elevando en tal caso el mismo expediente con un croquis de los terrenos al Gobierno político para q. este determine lo q. haya lugar, sin perjuicio de los propietarios del terreno, autorizándose por de pronto a estos para q. supriman las cancellas establecidas en dicha Vega de Longarela con la obligación de dejar en todo caso las cosas en el estado q. tenían antes de esta novedad”.

⁹⁴ ADPLL, lex. 1, Actas, ano 1846, f. 22 e 22 v; Sesión do 26 de febreiro de 1846: “Habiendo sometido el Sr. Gefe político á la deliberación del Consejo los inconvenientes que á su juicio ofrecía el sistema seguido hasta aquí pra las indemnizaciones de terrenos ocupados por la carretera que se está construyendo de esta Ciudad á la Villa de Monforte y lo fácil que era según él indemnizar terrenos comunes ó de realengo como si fuesen de propiedad particular”. Tras longas deliberacións, o Consello propón unha serie de medidas para o coñecemento do cal remitimos á acta da sesión arriba sinalada.

⁹⁵ ADPL, lex. 1, Actas, ano 1846, f. 54 v.

⁹⁶ ADPL, lex. 1, Actas, ano 1846, f. 74 v.

2. En materia de instrucción pública⁹⁷ destacan tres consultas da Sesión do 8 de agosto de 1845⁹⁸: unha primeira, tras oficio da Comisión Provincial de Instrucción Primaria, dirixida ó Xefe Político, pola que se lle pedía a este que lle ordenase ó Concello de Xermade a inclusión nos seus presupostos sucesivos da cantidade de 1000 reais para atender a catro escolas fixas no dito concello, ó que o Consello Provincial contesta que “para el distrito de Germade son suficientes tres escuelas con doscientos cincuenta re. cada una”.

En segundo lugar, debe destacarse outro oficio da mesma Comisión pedíndolle ó Xefe Político que preveña a tódolos concellos para que no seu presuposto inclúan partidas para pagarlle a suscripción ó Boletín de Instrucción Pública⁹⁹. Finalmente, comunícase unha memoria do director do Instituto de 2º ensino de Lugo sobre as medidas que se adoptarían para mellora-lo ensino no dito establecemento, sen que o Consello tome una decisión concreta (ou polo menos iso deducimos da acta), posto que “resolvio aquel Cuerpo decirle que ha visto con agrado su memoria, y qe. la tendra presente en tiempo oportuno, dandole desde luego las debidas gracias”.

Neste mesmo ámbito, debemos mencionar outra instancia elevada ó Goberno da provincia por Manuel Gómez, veciño de Lugo, na que pedía que o Xefe Político o autorizase durante seis meses para exercer-la profesión de perito agrimensor “mediante se halla examinado y aprobado sin que le fuese posible obtener el titulo por su notoria pobreza”, en vista do que o Consello, tras informe do vocal Yáñez, lle comunica ó Xefe Político que denegue tal petición por non acomodarse ás disposicións que rexen nesa materia¹⁰⁰.

⁹⁷ Sobre esta materia pode consultarse Prado Gómez, A., *La Diputación Provincial y los inicios de la instrucción pública en Lugo*, Lugo, 1990.

⁹⁸ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, ff. 4, 4 v. e 5.

⁹⁹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 4, 4 v. e 5, ó que responde o Consello que “deseando conciliar los beneficios que reporta á todas las clases de la sociedad de la Instrucción primaria con los intereses de los pueblos, conceptuaba que por ahora se podía mandar se suscribiesen al Boletín Oficial de Instrucción publica los Ayuntamiento de las cabezas de Partido y los Maestros de escuela de los mismos, abonando á los primeros su coste en el presupuesto municipal, con encargo a los Alcaldes de qe. comuniquen dicho periodico a las Comisiones locales respectivas”.

¹⁰⁰ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 8 v. Outra cuestión análoga preséntase na Sesión do 22 de xaneiro de 1846 cando José López Pantoja solicita que se lle “reponga en el destino de Catedrático de Latinidad que por espacio de treinta años estubo desempeñando y en el que ceso en el pronunciamiento de 1840”, pasando o asunto ó vocal Castro Bolaño para que emitise un informe sobre a antedita cuestión, en ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, f. 9. Máis adiante, dáselle solución a este expediente en Sesión do 28 de xaneiro: “Visto el informe que el Sr.

Castro Bolaño emitio acerca de la instancia que el Presvitero D. Jose Lopez Pantoja vecino de Vivero presento ... se acordo informar al Gefe politico que no convenia el establecimiento de la Catedra de Latinidad por no ser incorporables los cursos mientras la Villa de Vivero tenga un Ynstituto de 3ª clase por lo menos con arreglo al plan vigente de estudios; que entretanto podra destinarse el sobrante de los fondos a la dotacion de una Escuela de Matematicas muy ventajosa para la mayoria de la poblacion sin perjuicio de contribuir con una pequeña jubilacion al ex Rector D. Jose Lopez Pantoja cuyos antecedentes le hacen acreedor á ella”, en ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, f. 14 v.

3. Outras funcións de servizo público son as constituídas por outros dictames do ano 1847 referidos a sanidade e **beneficencia**. O primeiro é elaborado na Sesión do 20 de marzo de 1847 a propósito dunhas febres que aparecen nunha parroquia do municipio de Pastoriza e nunhas vilas do concello de Monforte. O Consello informa o xefe político sobre a necesidade de destinar fondos provinciais para paliar esa enfermidade e ante a falta de dotación presupostaria para iso, solicita se sirva pedirlle ó Goberno unha cantidade entre oito mil e dez mil reais para atende-los veciños enfermos¹⁰¹. O outro asunto ó que aludiamos refírese a unha herdanza deixada á Xunta de Beneficencia da cidade de Lugo¹⁰².

4. **Asuntos relativos ó patrimonio municipal**, isto é, cuestións relativas á economía municipal, que engloba materias de natureza variada como as cuestións referidas ós arbitrios municipais¹⁰³, ós bens propios dos concellos¹⁰⁴, ás pesas e medidas que debían adoptarse para a cuantificación dos tributos

¹⁰¹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 4 e 4 v.

¹⁰² ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 24 v; Sesión do 24 de outubro: "Visto por el mismo Sr. Vocal Castro Bolaño el expediente remitido al Gobierno político por el Presidente de la Junta de Beneficencia de esta ciudad en el cual consta que Vicente Lopez Arias, vecino de Puertomarín dejó a su fallecimiento la herencia á aquel establecimiento para que reduciéndola a dinero contribuyese a sostenerlo, y que ahora el hermano de Arias Andres reclama por medio del Juzgado de primera instancia de Chantada; acordo el Consejo en conformidad a lo propuesto por dho Sr. manifestar al Sr. Gefe político: que la cuestion que provoca a Andres Lopez Arias contra la casa de Beneficencia es dela competencia de los tribunales de Justicia, sin quele corresponda otra cosa a la Administracion mas que conceder o negar la licencia para litigar; que por esta razon debia autorizarse al Alcalde por ahora para sostener en juicio los intereses de la Casa de Beneficencia y los derechos que pueda tener por consecuencia de las disposiciones de Vicente Lopez Arias sin perjuicio de remitir a su tiempo al Gobierno Político copia de la demanda de Andres y un extracto del expediente para acordar en su vista definitivamente sobre la licencia para litigar y tener presente la Real orden de veinte y cuatro de mil ochocientos treinta y ocho que previene que los establecimientos de Beneficencia sean defendidos gratuitamente".

¹⁰³ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 2 v; Sesión do 23 de xullo de 1845: "Se leyó al Consejo el dictamen que el Sr. Vocal D. Ygnacio Timoteo Yañez emitió en el expediente instruido a instancia del Ayto. de Vivero contra el de Riobarba sobre la renta titulada "pan de propios" con el cual se conformo el Consejo y determinó pasase con el expediente al Sor. Gefe político pa. la terminacion que estimase conveniente".

¹⁰⁴ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 5; Sesión do 2 de setembro de 1845, na que se dá conta do expediente instruído polo Goberno político acerca da necesidade e da utilidade de construír un cárcere na vila de Viveiro, e véndese para iso a casa consistorial; o Consello, antes de autoriza-lo concello para allear ese edificio, estimou que sería conveniente que se presentase un plano e un presuposto da nova obra que se vai executar, para así decidir con mellor coñecemento de causa.

municipais, provinciais ou estatais¹⁰⁵, abastecemento dos municipios¹⁰⁶, débedas dos concellos da provincia¹⁰⁷, etc. Outra materia abordada frecuentemente é a relativa ó **control dos orzamentos e contas dos distintos municipios da provincia**, froito da habilitación legal que sancionaba a Lei de concellos de xaneiro de 1845. Así o fai o Consello coas contas de gastos da vila de Ribadeo, correspondentes ó ano 1843¹⁰⁸. Unha grande cantidade destes asuntos aparecen mencionados nas actas do ano 1847 –un total de 22 asuntos– que se inician na Sesión do 15 de marzo na que se aproban as contas de ingresos e gastos dos concellos de Sarria e Foz, correspondentes ó ano 1845, e o

¹⁰⁵ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 32 v.; Sesión do 11 de decembro de 1845: “Se dio cuenta de una comunicación del Aymo. de Samos en que consulta si la arroba en la exaccion del arbitrio sobre cerdos es gallega ó castellana, y si los livianos ó higados se deben tomar á cuenta para el peso del cerdo; y el Consejo por mayoría resolvió que el peso debe ser arroba gallega mediante es la que se usa generalmente en esta provincia y en cuyo concepto es de suponer lo rematases los arrendatarios, sin que entren a componer el peso las menudencias y si el canal”.

¹⁰⁶ ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, f. 21: “Dado cuenta del espediente instruido por el Ylustre Ayuntamiento de esta Capital relativo al arriendo de dos casetas existentes en la plaza de abastos nums 8 y 9 y vista una instancia presentada en aquella Corporacion por D. Antonio Castro Romay en que ofrece mejorar la postura hecha por D. Jose Maria Carreira, y teniendo en consideracion que tanto aquella como esta han sido producidas en tiempo oportuno y antes que el Ayuntamiento hubiese lebandado la sesion... es del parecer del Consejo que el Sr. Gefe politico puede servirse aprobar el remate del arriendo de dichas casetas por los diez meses del corriente año a favor de Dn. Antonio Castro Romay por la cantidad que ofrece en razon de ser la mas ventajosa y conforme a lo que reclama la conveniencia publicatan preferente en casos analogos”.

¹⁰⁷ ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, f. 26: “Se dio cuenta de un oficio del Ayuntamiento de Mondoñedo á que se acompañaba copia del acta en que consta que aquella Corporacion de acuerdo con el Dr. Dn. Vicente Manresa y Saavedra representante de su padre otro D. Vicente hizo la liquidacion del debito a que este es acreedor por atrasos en el pago de su dotacion de Cirujano Titular de aquella Ciudad haciendose constar la avenencia acordada entre las partes y proponiendose los medios de cubrir este credito: el Consejo en vista de estos antecedentes acuerda informar al Sr. Gefe politico que debe aprobarse la concordia en que han convenido dicho Ayuntamiento y el acreedor Manresa con la modificacion de que se consigne al pago de su credito unica y exclusivamente el producto de los bienes de propios deducidos gastos de administracion, contribuciones, pensiones y mas cargas que afectan realmente las fincas, debiendo figurar esta consignacion en los presupuestos como deuda de la Ciudad de Mondoñedo”.

¹⁰⁸ O Consello comisiona a Ignacio Timoteo Yáñez para o exame destas contas na Sesión do 4 de agosto de 1845, en ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 3 v. O dictame daquel apróba o Pleno do órgano provincial na Sesión do 8 de agosto do mesmo ano, en ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 4, onde se di: “con el cual se conformo el Consejo, acordando se devolviese al Sr. Gefe politico para qe. en su vista se sirviese acordar lo que creyese mas conveniente escogiendo un medio eficaz qe. evite cualquier fraude al practicarse por el Aymo. de Rivadeo la operación de rehacer o justifica debidamente los gastos que aparecen de la cuenta”.

presuposto do primeiro para o ano 1846¹⁰⁹, e conclúen na Sesión do 27 de maio, onde se aproban as contas de gastos dos concellos de Pantón e Becerreá do ano 1845 e as de Villadodríd, Cervo, Xove e Cospeito do ano 1846¹¹⁰.

5. Baixo a denominación de **cuestións municipais varias** recollo unha serie de consultas de contido heteroxéneo que os distintos municipios da provincia lle formulan ó Consello Provincial, por medio do Xefe Político. Así pódense incluír informes e dictames referidos ó cambio da capitalidade municipal¹¹¹, á segregación de pobos¹¹², cuestións suscitadas en relación coa provisión de certos cargos municipais¹¹³ ou peticións de destitución dalgúns deles¹¹⁴. Como botón de mostra desa variedade mencionada, hai dous curiosos informes que o Consello Provincial de Lugo emite no ano 1847. O 19 de abril¹¹⁵, o vocal Castro Bolaño dá conta dun sumario remitido polo alcalde de Pol no que se narra que “en la parroquia de Caraño correspondiente a

¹⁰⁹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 2.

¹¹⁰ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 15.

¹¹¹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 5; Sesión do 2 de setembro de 1845: “Ygualmente se acordo en vista del expediente instruido acerca de la capitalidad del Distrito de Cabarcos q. se trasladase a S. Cosme de Barreiros”.

¹¹² ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 10 v.; Sesión do 28 de outubro de 1845: “Con presencia de lo prevenido en el capitulo 10 del reglamento de 16 del mes ultimo sobre la organización de los Ayuntamientos, se acordó devolver al Sr. Gefé político todos los expedientes q. estaban a su informe acerca de la segregacion, agregacion y formacion de nuevas municipalidades, a fin de que estos se instruyan con arreglo á lo por aquel se ordena en su arto. 10 y siguientes”.

¹¹³ ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, f. 6 v.: “Se leyo un oficio del Alcalde del Corgo en que hace presente al Sr. Gefé político que habiendo procedido al nombramiento de Procurador Sindico de dicho Ayuntamiento y resultando electos dos por igual numero de votos se sirva resolver cual de ellos debe desempeñar aquel cargo; el Consejo resolvió que la eleccion del Procurador Sindico hecha por el Ayuntamiento no era procedente ni legal por lo que el Sr. Gefé político esta en el caso de ordenar al Alcalde reuna nuebamente a la Corporacion convocandola previamente para este obgeto y haciendo asistira los Concejales que se muestren reacios por los medios que la ley le concede, y que se proceda en seguida a nueva eleccion dando conocimiento de ella al Gobierno político sin demora”.

¹¹⁴ Así o fan Justo Manuel Mencia e José López del Retiro, veciños de Terrachá do Valadouro, respecto do alcalde do dito distrito, Ramón María Villares, e alega que este último está *enteramente fallido y adeudar crecidas sumas á particulares*, así foi informado o Consello na Sesión do 7 de marzo de 1846. Conforme ó seu proceder habitual, o Consello trasládalle o asunto ó vocal Juan Pardo y Prado que presenta o seu informe na Sesión do 21 de marzo: “se acordo manifestar al Gefé político que convenia se pidiesen informes acerca de esto al Ayuntamiento el cual para evacuarlo deberia celebrar la sesion bajo la presidencia del Teniente de Alcalde 1º, y de ninguna manera estando presente el Alcalde Dn. Ramon Maria Villares”, en ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, ff. 28 v. e 31, respectivamente.

¹¹⁵ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 8 e 8 v.

dho. distrito se notan cuatro amancebamientos escandalosos y entre ellos dos de personas casadas”, polo que se solicita, a prol da protección da moralidade pública, a adopción de certas medidas, non só para esa parroquia, senón para toda a provincia; as medidas propostas polo Consello Provincial eran cinco que transcribimos por curiosidade, sen que teñamos constancia de se se levaron ou non á práctica:

“1º Sabedor el Alcalde por las partes ... de la existencia de algun amancebamiento, dispondra que siendo alguno de los amancebados vecino de otro pueblo, salga inmediatamente para el; 2º Si entrambos fuesen de la parroquia o hijos de familia, convocara a sus padres; les impondrá la obligacion de vigilar las conductas de sus hijos y les hara responsables con sus personas y bienes si el amancebamiento continua; 3º Siendo casado alguno de los amancebados, el Alcalde de acuerdo con el parroco hara concurrir á presencia de entrambos al varon y le amonestara para que deje la vida escandalosa, apercibiendole que en otro caso se procedera contra el. De hecho le pondra bajo la vigilancia inmediata del pedaneo, y sino desistiese le amonestara por segunda vez; pero si todo esto fuese inutil procedera a instruir el correspondiente sumario y lo remitira al Gobierno politico para que este determine lo conveniente; 4º En nignun caso consentira el Alcalde que vivan en casa independiente mujeres cuya edad no llegue a treinta y cuatro años, obligando a las que no tengan esta edad á que se reunan á algun pariente, ó á que se empleen en el servicio. De esta regla general se esceptuaran solamente las mujeres de notoria y probada moralidad á juicio del Alcalde y bajo su responsabilidad; 5º En cumplimiento de las medidas que anteceden, procedera el Alcalde con el mayor tino y prudencia, procurando evitar vejaciones inutiles y sobre todo el desasosiego de las familias y consultando sus dudas al Gobierno politico”.

O outro asunto que queremos resaltar polos seus caracteres peculiares abordouse na Sesión do 25 de maio de 1847. Trátase dun expediente por instancia de Antonia Noguero, veciña de Chantada, que solicitaba licencia supletoria, que os seus pais lle negaban, para contraer matrimonio con Ramón Suárez, veciño de Villamarín, provincia de Ourense¹¹⁶. O dictame do vocal Castro Bolaño, que asumiu o Consello provincial, di así:

¹¹⁶ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 14 v. e 15. A petición efectuada ó xefe político ten a súa base no que contemplaba o alínea 9, do art. 5 da Lei do 2 de abril de 1845 para o Goberno das provincias: “Para el buen desempeño de su autoridad deberá el Jefe politico ... suplir ó negar el consentimiento paterno en los casos en que los hijos de familia ó menores de edad quieran contraer matrimonio: esta facultad corresponde al Jefe politico en cuya provincia tenga su vecindad, domicilio ó residencia ordinaria el padre, madre ó persona cuyo consentimiento se haya de suplir”.

“manifestar al Sr. Gefe político que la instrucción de dicho expediente debía ampliarse pidiendo unos informes acerca de la conducta, oficio y posición social de Dn. Ramon Suarez y oficiarse al Alcalde de Chantada para que reciba las declaraciones de los padres de la Señorita Nogueroles y mas individuos de la familia sobre la hora, día y circunstancias de la evasión de dha joven, practicando a la persona encargada de la Curaduría de Dn. Bernardo Nogueroles y de la administración de sus bienes la diligencia prevenida por S. S. en oficio de vte y ocho de abril último”.

6. Importante para a cidade de Lugo son as mencións que o Consello efectúa nas súas sesións de 1846 respecto da **Revolta do 2 de abril de 1846**¹¹⁷. Na sesión do 11 de maio de 1846, o xefe político leulle ó Consello, a Real Orde do día 2 daquel mes, que contiña unha serie de disposicións relativas ó modo de proceder contra os autores e os cómplices da revolta militar progresista “para reintegrar á los fondos publicos, Corporaciones y particulares los caudales que hubiesen dilapidado durante su dominacion”. O Consello comunícalle, non obstante, que soamente na capital da provincia se produciron as subtraccións e dilapidacións denunciadas, xa que “no teniendo este Cuerpo noticia de que en ningun otro punto de la Provincia excepto en esta capital hubiese habido sustraccion y dilapidacion de fondos en favor de la rebelion que contra los que la promovieron ó secundaron deben dirigirse las gestiones”. Con carácter subsidiario alúdese a unha cuestión xurisdiccional xa que o Consello estima que “respecto á la culpa personal de los mismos considera estan sometidos á la accion de los Tribunales ordinarios y á los Militares constituidos por efecto de las circunstancias”¹¹⁸.

¹¹⁷ O levantamento progresista en Galicia do ano 1846 ten as súas orixes na cidade de Lugo: o 2 de abril dese ano pronúnciase na praza Maior da capital o Segundo Batallón do Rexemento de Zamora, mandado polo comandante Miguel Solís, e iníciase unha serie sucesiva de pronunciamentos nas distintas cidades galegas. Os progresistas constitúen unha Xunta Superior de Goberno de Galicia (formada por Pío Rodríguez Terrazo, José María Santos, Ramón Buch e Antolín Faraldo) que se encargaría das administracións e do Goberno da rexión. Trala batalla de Cacheiras, os insurrectos son derrotados e os seus principais líderes escapan a Portugal; peor sorte correron os mandos militares que foron fusilados na localidade coruñesa de Carral o 26 de abril dese ano. Sobre esta revolta, Barreiro Fernández, X. R., *El levantamiento de 1846 y el nacimiento del galleguismo*, Santiago de Compostela, 1977.

¹¹⁸ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 35 v. e 36; finalmente, o Consello recomendalle ó xefe político a publicación da real orde no BOPL para determinar se noutros puntos da provincia se produciron *conatos sediciosos* e para que se formen así os correspondentes sumarios. Así mesmo establécese que coa finalidade de restaurar los caudais públicos, o xefe político pode proceder a decreta-lo embargo preventivo dos bens das persoas ás que alcance a responsabilidade.

Máis adiante, en Sesión do 13 de maio, abórdase outra cuestión conexas cos resultados da Revolta de 1846. Francisco Vizcaíno, arrendatario dos arbitrios impostos pola Deputación Provincial no distrito da cidade de Lugo, presenta unha solicitude para que se lle indemnizen os danos e as perdas que supuxo a revolta militar “rebajandole al efecto el importe de mes y medio que considera perdido y mandar q. se le admita el resto de los cuatro meses en pago del primer tercio vencido”, ademais sinala o Consello que o Xefe Político podía ter presente esa instancia ó finaliza-lo último tercio para determina-lo que crese máis oportuno¹¹⁹.

Naquela mesma sesión, presentou as contas da Xunta Revolucionaria o seu depositario Pedro Pardo Vivero, sinalándolle ó mesmo unha serie de irregularidades de tipo contable¹²⁰. Na Sesión seguinte do 16 de maio de 1846, tralo exame das contas da Xunta, “despues de haberse suscitado una larga discusion acerca de si el Pardo Vivero era o no manifestamente responsable á la indemnizacion de los caudales que resulten desfalcados de los fondos provinciales”, os distintos vocais tomaron similares posicións á hora de sinala-los responsables: “los Sres. Yañez, Pardo y Prado y Castro Bolaño ... entendian q. según los datos q. arroja el espediente y sin perjuicio de la defensa de los interesados en su caso hay responsabilidad manifiesta en el Coronel Solís y en los individuos q. compusieron la Junta llamada de Gobierno de esta ciudad”, en todo o relativo á indemnización dos fondos provinciais que resultasen desfalcados. Por outra parte, Pardo Vivero, entenden os anteriores vocais, que ó non contestar favorablemente ás observacións que se lle fixeron na anterior sesión, debe ser considerado tamén responsable anque non dea unha forma tan manifesta como os restantes individuos.

O presidente do Consello, sen embargo, opinou que existía responsabilidade mancomunada entre os membros da Xunta e os citados Pardo Vivero y Solís, anque podía estenderse a outros suxeitos que tomasen parte na rebelión¹²¹.

Na Sesión do 12 de agosto¹²², leuse no Consello un comunicado do Concello de Lugo no que se pedía a condonación e a aplicación do produto do arbitrio provincial de augardentes e licores que se consuma no seu distrito “á fin de atender a las

¹¹⁹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 40.

¹²⁰ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 40 e 40 v.

¹²¹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 41 v.

¹²² ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 69 v.

urgentes e indispensables reparaciones delos destrozos egecutados en las murallas de esta Ciudad, sus puertas y otros puntos por disposicion de la Junta revolucionaria instalada en Abril ultimo é igualmente á las Casas Consistoriales y Calles pcas". O Consello responde que se trata dun caso excepcional e, sen prexuízo do que determine o Goberno central, debería o Xefe Político acceder só por un ano ó que solicita o concello lucense "en vista de las justas y poderosas razones que alega, librando desde luego a su favor el importe del arbitrio impuesto sobre dhos liquidos en esta Ciudad y su distrito". Outras cuestións incidentais relacionadas coa mencionada rebelión militar son tratadas noutras sesións do mesmo ano¹²³.

7. Os deslindamentos dos montes de titularidade pública orixinan tamén un gran número de asuntos non contenciosos; trátase fundamentalmente de consultas, oficios ou comunicacións realizadas polos concellos da provincia ó xefe político nos cales se informa sobre a situación na que se encontran os montes nas parroquias dos distintos municipios, coa finalidade de que a dita autoridade proceda despois a efectua-los labores de deslindamento con pleno coñecemento de causa. As sesións do ano 1846 son as que se refren con máis frecuencia a estes asuntos. Así, cabe menciona-lo oficio que dirixe ó Xefe Político o alcalde de Becerreá no que manifesta que "en aquel distrito no hay montes comunes de propios, sino de dominio particular" ¹²⁴. O informe posterior do vocal Castro Bolaño, que é admitido polo Consello Provincial, parte da información transmitida polo alcalde da citada localidade¹²⁵: "Enterado el Consejo del informe que el Sr. Castro Bolaño emitio en vista del oficio dirigido por el Alcalde de Becerrea al Sr. Gefe político manifestandole que en su distrito no habia montes comunes ni de propios, sino de dominio particular, y consultando si en este caso se hallan las

¹²³ En concreto, na Sesión do 20 de xullo, examínanse seis expedientes de indemnizacións solicitadas por veciños de Lugo ó arruina-las súas casas a Xunta rebelde, e pásaselle o asunto para o seu dictame ó vocal Miranda e España, dictame que lerá na Sesión do 30 de setembro; na Sesión do 26 de setembro, trasládasele ó Consello unha comunicación do Concello de Lugo acerca de se pode satisfacerlles ós seus dependentes os soldos do mes de abril, ó que o Consello di que só se lles debían aboar a aqueles que non estivesen ó inmediato servizo da Xunta revolucionaria; na Sesión do 1 de decembro dáse conta dunha instancia na que Ramón Portas Saavedra solicita que o Goberno político se declare incompetente para coñecer dun litixio pendente entre el mesmo e o xa coñecido Pedro Pardo Vivero sobre a construción dun muro nunha parroquia da cidade de Lugo, en *ADPL*, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 61, 79 v., 80 v. e 89 v.

¹²⁴ *ADPL*, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 4; Sesión do 8 de xaneiro.

¹²⁵ *ADPL*, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 9 v. e 10.

parroquias del mismo distrito en el de plantar la dehesa con la cabida que marca la disposicion 1^a de la circular de 30 de noviembre del año ultimo... acordo el Consejo ... que la mencionada circular solo podia aplicarse de su entender a las parroquias que tubiesen montes comunes ó de propios, sobre los cuales tiene la administracion un deber de proteccion y vigilancia”.

A construción da devesa nas distintas parroquias por mandato do Goberno político, segundo consta na Circular do 30 de novembro de 1845¹²⁶, vai ser obxecto de novas consultas por parte doutros concellos. Así, o de Samos, por medio de oficio, pregunta se os veciños das parroquias do dito distrito están obrigados a comprar e a vender terreos para forma-la devesa previda polo Goberno político “mediante a que en casi ninguna hay montes nacionales ni baldios y si pertenecen a dominio particular o concejil”, ó que responde o Consello que a solución é a mesma que se deu para Becerreá, é dicir, que a Circular só é extensible ós montes comúns ou de propios¹²⁷. A totalidade das consultas posteriores van xirar sobre idénticos temas: o deslindamento dos montes e a polémica construción da devesa ordenada polo Xefe Político, o cal pode axudar a xustifica-lo escaso número de asuntos contencioso-administrativos que sobre esta materia se van desenvolver no curso das actuacións do Consello Provincial.

Outras cuestións relacionadas cos montes pertencentes ós municipios da provincia son, entre outras, as que tratan sobre o investimento das rendas obtidas daqueles¹²⁸ ou as recomendacións pertinentes para o castigo dos que contraviñesen ordes do Xefe Político nesta materia¹²⁹.

¹²⁶ BOPL, n.º 146, do 7 de decembro de 1845.

¹²⁷ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 10 v.

¹²⁸ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 3; Sesión do 17 de marzo: “Visto el dictamen emitido por el Sr. Pardo y Prado sobre la autorizacion que solicita el Ayto. de Rivadeo para vender una partida de montes del comun á fin de invertir su producto en obras de utilidad publica; se acordo informar al Sr. Gefe politico que podia permitirse dicharenta con condicion de que se haga en publico remate y de que antes instrua aquella Corporacion expediente en que consten la obra que se trata de empreder, su necesidad y costes con arreglo a los articulos ciento tres y ciento seis de la ley de ocho de Enero del cuarenta y cinco, remitiendo dho expediente al Gobierno politico para la resolucion a que haya lugar”.

¹²⁹ ADPL, lex. 1, *Actas*, 1847, f. 12; Sesión do 11 de maio: “Examinado por el Sr. Pardo Pimentel el expediente instruido por el Teniente de Alcalde de Castroverde por orden del Gobierno politico á consecuencia del parte dado al mismo por el pedaneo de S. Juan de Barredo relativo á manifestar la tala del arbolado y franqueo de la dehesa nacional de dicha parroquia; se acordo informar al Señor Jefe Politico que en atencion al insignificante daño ocasionado en la mencionada Dehesa de Barredo pues que solo asciende a setenta

8. Pero a maior parte dos dictames vanse centrar en **cuestións electorais**, o que fai que o Consello Provincial aparecese como unha especie de supervisor, xunto co Xefe Político, das eleccións desenvolvidas na provincia. Iso é así no ámbito das eleccións municipais e provinciais, a teor da lexislación sobre concellos e deputacións, intervención que se facía nas distintas fases en que se dividía o procedemento electoral.

Así, de acordo, coa lexislación de concellos, a participación do Consello Provincial no campo electoral, estendíase a variadas cuestións. Mencionarémolos casos máis significativos e a fundamentación legal que xustificaba a acción do Consello.

En primeiro lugar, debemos cita-lo art. 31 da Lei de concellos que dispoñía que o xefe político decidirá, oíndo o Consello Provincial, sobre a elaboración das listas electorais, que previamente efectuará o alcalde¹³⁰. Como exemplo desta actuación podemos cita-la Sesión do 10 de outubro de 1845 onde se pode observar claramente a función destacada¹³¹: Francisco Javier Pardo Balmonte incoa un expediente contra o alcalde e asociados do Concello de Castro de Rei por negarlle a inserción, en calidade de elector, nas listas do citado municipio, e engádesse ademais que o fillo do citado Pardo Balmonte, José Benito Pardo, soamente figura naquelas dentro da categoría de electores e non de elixibles.

Tralo dictame do vocal Juan Pardo y Prado, o Consello de Lugo "opino qe. se accediese a la pretension del Sor. Pardo Balmonte, por resultar ser vecino del distrito de Castro de Rey y uno de sus mayores contribuyentes. Que respecto al Licdo. D. Jose Benito tambien debia darsele lugar en el sumario de los elegibles por no faltarle según el espediente ninguna de las circunstancias prevenidas por la ley". Incluso se lle recomendou ó xefe político que lles chamase a atención ó alcalde e asociados do citado municipio para que no futuro "obren sin resentimientos y si imparcial y legalmente".

Seguindo coa citada lei municipal, outra función encomendada a estes corpos é a que establece o art. 54 onde se dispón que o xefe político, oído o Consello, procederá a aprobación

y seis reales según la tasacion hecha y considerando que del Sumario instruido no resulta quienes hubiesen sido los que lo causaron, que se estaba en el caso de mandar desde luego se procediese á formar el apeo ó deslinde del monte según lo propone el Perito Agronomo... previniendo al mismo tiempo a los vecinos... procedan ala colocacion y plantacion de la Dehesa... todo sin perjuicio del castigo que deba imponerse a los autores dela indicada tala".

¹³⁰ Sobre as listas electorais, *vid.* arts. 25-34 da Lei de concellos de 1845.

¹³¹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 6.

das actas das eleccións celebradas nos diferentes distritos da provincia e do mesmo modo resolverá tódalas reclamacións e as escusas que se presentasen. O Consello Provincial de Lugo informou sobre a validez das actas electorais dos distintos municipios da provincia nas sesións do 29 de outubro de 1845 e seguintes, nas actas do cal se pode ver unha clara mostra desa función de supervisión á que aludiamos, dado que o Consello informa favorablemente a aprobación das actas, anque nalgúns casos lle recomenda certas actuacións ó Xefe Político, tendentes á corrección dos documentos que presentan os municipios. Na primeira das sesións citadas con anterioridade, o Consello Provincial aproba os informes referidos ás eleccións municipais dos distritos de Sober, Valadouro, O Courel, Páramo, Vilalba, A Fonsagrada, Taboada, Antas de Ulla, Ribas de Sil, Doncos, Pantón, Carballedo, Castro de Rei e Monforte¹³², e quedan as de Xermade para unha sesión posterior. Na Sesión do 26 de novembro do mesmo ano continuouse con esa actividade en relación coas actas dos concellos de Navia de Suarna, Muras, Oroul, Meira, Lourenzá e Xermade¹³³; en idéntico sentido pódense consultar as actas das sesións do 29 de novembro¹³⁴ e as de decembro dese ano de 1845¹³⁵.

En xeral, o Consello aproba as actas tal e como lle chegan, sen introducir case ningunha modificación, ademais de resolver cuestións conexas como renuncias ou escusas para desempeñalo cargo de concelleiro¹³⁶ ou calquera outro de índole muni-

¹³² ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 21-23. Unha mostra desa dobre función que preceptuaba a lei de concellos (informar para a aprobación das actas e resolver renuncias e escusas) podémola encontrar nas actas do Concello de Páramo onde se nos di que "se vio el informe qe. el mismo Sr. Pardo y Prado emitio en las Actas deParamo y se determino decir al Sr. Gefe politico que podia aprobarlas y acceder a la renuncia q. con arreglo al art. 8 de la ley de 8 de enero solicita el concejal reelecto D. Froilan Liz".

¹³³ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 23-24 v.

¹³⁴ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 24 v.-27, onde se recolle a aprobación das actas electorais dos distritos de Cervantes, Cebreiro, Barreiros, Abadín, Trasparga, Riotorto, Pastoriza, Trabada, Saviñao e Friol.

¹³⁵ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 27-36. Na Sesión do 1 de decembro vense e apróbanse polo Consello as actas de Ribadeo, Villadrid, Quiroga, Guntín, Portomarín, Mondoñedo e Samos; na do 3 de decembro, as de Baleira; na do 6, as de Villamea, Ríoarba e Lán cara; na do 9, as de Outeiro de Rei, Castrovirde e Palas de Rei; na do 10, as actas do Corgo e as de Ribas de Sil, o día 11 as de Neira de Jusá, e o 20 a de Saviñao.

¹³⁶ Así, por exemplo, en ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, f. 51 v., dáse conta do expediente instruído por instancia de José Barallobre para que se exonere do cargo de concelleiro no Concello de Trasparga "y se acordo a la vista de lo q. resulta de la informacion recibida á su instancia y delo manifestado por el Alcalde y Procurador Sindico de dicho Ayuntamiento q. debia estarse a lo resuelto

cial¹³⁷. Unha excepción pode verse na citada Sesión do 29 de outubro de 1845 cando o Consello dispón que “el Sr. Gefe político debia reclamar certificación separada del acta de elección firmada de los respectivos presidentes y Srios. constando en ella los que resultaban nombrados concejales por el distrito electoral con expresión del numº de votos q. cada uno reunio y una lista de los electores y elegibles de cada distrito”. Este asunto é retomado na Sesión do 10 de decembro do mesmo ano cando o Consello Provincial de Lugo “acordo decir al Sr. Gefe político que las certificaciones de las actas de este Aymo. no vienen en forma porque debia estar autorizada la de cada Distrito por los respectivos Presidentes y escrutadores”, non obstante o cal, o órgano provincial entende que o Xefe Político pode aprobar as ditas actas, sen prexuízo de reprende-lo alcalde “por no haberse arreglado a los modelos y y exigirle nota de los elegidos q. saben o no leer y escribir”.

As reclamacións referidas a renuncias e escusas de oficios son moi frecuentes nas actas dos anos examinados e nelas é habitual que o Consello aluda á normativa aplicable ó caso concreto e sobre todo ó cumprimento dos prazos establecidos na lexislación, o que fai que moitas destas solicitudes sexan desestimadas por razón de forma. Na Sesión do 17 de xaneiro de 1846 dáse conta dunha petición de Manuel Carnero, veciño de Pantón, para que se o exima do cargo de concelleiro por ser menor de vintecinco anos, ó que o Consello responde que “teniendo presente... el informe del Alcalde y la partida de bautismo del interesado, resolvio que debia de accederse a su solicitud, no en concepto de excusa voluntaria que no seria admisible por inoportuna, si no por la incapacidad legal en que esta ese menor de edad de desenvolver cargos municipales”, decisión do corpo provincial que se sustenta na propia lexislación de concellos á que se fai referencia de modo implícito.

en las sesiones de 7 y 28 de Marzo ultimos fijandose un termino corto para tomar posesion y no haciendolo dentro de él imponerle una buena multa por su resistencia”.

¹³⁷ Entre outras ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, f. 16 v.: “Vistas por el Consejo la solicitud que nuevamente dirigió al Sr. Gefe político Francisco Lamelas Labrador y vecino de S. Esteban del Valle, distrito de Riobarba suplicando se le exima del cargo de primer Teniente de Alcalde de dicho Ayuntamiento por ser mayor de sesenta y seis años y hallarse achacoso y privado de la vista y teniendo mismo tiempo presentes la certificación del Facultativo y la información de testigos de los cuales resultan los achaques que padece el mencionado Lamelas como tambien aquella edad se acordo informar al Sr. Gefe político que procede la exoneración del cargo de Teniente de Alcalde primero que solicita este interesado y el reemplazo de otro Concejel que merezca su confianza”.

O labor de aprobación das actas das eleccións municipais vai ser desenvolvido novamente a finais do ano 1847, en concreto, a partir da Sesión do 6 de decembro¹³⁸.

A lexislación electoral provincial tamén lle daba cabida a un importante papel dos consellos provinciais en termos similares ós anteriormente expostos¹³⁹, pero na práctica é destacable o labor do Consello Provincial de Lugo en relación cunha función previa ó proceso electoral. Dispoñía o art. 13 da Lei de deputacións que o xefe político procedería, cando o número de electores ou a extensión dos partidos xudiciais así o esixise, a dividilos nos distritos electorais que máis conveñan e sinalaría as cabezas dos distritos, e esta división será remitida máis adiante ó Goberno para a súa aprobación¹⁴⁰.

En cumprimento do anterior, o xefe político da provincia de Lugo solicitalle ó Consello Provincial un informe sobre esta po-

¹³⁸ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 30 e seg. A orde seguida é a seguinte: Sesión do 6 de decembro (actas dos concellos de Neira de Jusá, Cebreiro, Triacastela, As Nogais, Becerreá, Cervantes, Muras, Orol, Riobarba, Cervo, Xove, Viveiro, Navia de Suarna, Meira, A Fonsagrada, Baleira, Quiroga, Brollón, O Courel, Ribas de Sil, Paradela, Páramo, Lán cara, Sarria, Samos, Portomarín, Chantada, Antas de Ulla, Palas de Rei, Taboada, Monterroso e Carballedo); Sesión do 8 de decembro (actas dos concellos de Alfoz, Riotorto, Abadín, Foz, Pastoriza, distrito da Terra Chá, distrito de Lourenzá, Mondoñedo e Cospeito); Sesión do 10 de decembro (actas dos concellos de Begonte, Vilalba, Trasparga e Xermade, Villaodrid, Villamea, Trabada, Ribadeo e Barreiros); Sesión do 12 de decembro (actas dos concellos de Lugo, Friol, Castro de Rei, Outeiro de Rei, Pol, Castroverde, Guntín e Corgo); Sesión do 13 de decembro (*Actas* dos concellos de Saviñao, Pantón, Bóveda, Monforte e Sober). Da totalidade de actas que o Consello examina, soamente se ordena a celebración de novas eleccións no municipio de Sober (di a acta da sesión que "el Consejo apreciando en todo su valor las consideraciones emitidas en el dictamen del Sr. Vocal Supernumerario Dn Francisco Miranda y España en expediente de elecciones municipales de Sober, y teniendo presente la ilegalidad con que se verifico la votacion de las dos mesas, acordó decir al Gefe politico que deben anularse las actas, y procederse á nuevas elecciones en los dos distritos por el orden que menciona la ley y reglamento"). Estas actas apróbaas, finalmente, o Consello na Sesión do 21 de decembro, pero só as do distrito de Proemos, e declárase novamente a nulidade das eleccións no distrito de Piñol, polo que se ordena unha nova celebración de eleccións (bajo la presidencia de uno de los Tenientes de Alcalde que merezcan la confianza de dho Sr. Gefe).

¹³⁹ O art. 32 da Lei de deputacións destacaba que o Xefe Político, oído o Consello Provincial, se non existisen reclamacións atendibles e entendese correcta a elección, procedería a nomealos deputados correspondentes. Completan este precepto os arts. 33 e 34 da mesma lei.

¹⁴⁰ Tamén para as eleccións de deputados a Cortes, sancionaba a Real orde do 21 de marzo de 1846 que os xefes políticos, oídos os consellos provinciais, deberían propoñer a división das provincias en distritos electorais, así como a elección das vilas que han de ser cabeza deles. Estes distritos servían, polo xeral, tanto para as eleccións provinciais como para as xerais.

¹⁴¹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 37 e seg.

sible división que ten o seu resultado na Sesión do 12 de maio de 1846 onde se expón a división provincial en distritos electorais coas capitais deses e a indicación das vilas que se comprenden en cada sección e o número dos seus habitantes¹⁴¹; así, propónse que o distrito de Quiroga se divida en dúas seccións, unha con capital en San Martín de Quiroga (que englobaría os concellos de Quiroga, Rivas de Sil, A Pobra de Brollón e O Courel) e outra con capital na vila de As Nogais (que comprendería os concellos de Cervantes, O Cebreiro, Doncos, Becerreá e certas parroquias de Neira de Xusá); en cambio, os distritos de Chantada, Lugo, Monforte, Mondoñedo, Viveiro, Vilalba, Sarria e Ribadeo non serían divididos en seccións.

En abril de 1847 o Consello Provincial volve efectuar unha proposta de división da provincia en partidos xudiciais e destes en seccións para os efectos de proceder á elección de deputados provinciais. Na Sesión do 17 de abril de 1847 acordouse que "para cumplimentar las R. ordenes de tres de marzo ultimo y seis del actual mandando por la primera qe. pa. la eleccion de Diputados provinciales se proceda á la division de partidos judiciales en secciones que nunca podran pasar de dos, teniendo pa. ello presentes la estension de los citados partidos y el numero de electores; y disponiendo por la segunda su remision al Ministerio de la Gobernacion del Reino para el veinte y cinco del corriente se procedio a hacerlas en los terminos siguientes"¹⁴². Nesta situación, o Consello afástase da división proposta o ano anterior: configúranse sen seccións os partidos xudiciais de Lugo, Viveiro, Fonsagrada, Becerreá, Quiroga e Sarria. En cambio, o partido de Ribadeo divídese en dúas seccións (unha que abarcará a Ribadeo e o seu distrito e outra na que figuran os restantes concellos do partido xudicial); o partido de Mondoñedo así mesmo divídese en dúas seccións: a primeira que comprende os municipios de Mondoñedo, Abadín, Riotorto, Pastoriza e Lorenzana, e a segunda onde destacan os municipios de Valle del Oro, Alfoz e Foz); o partido de Vilalba tamén se constitúe en dúas seccións (unha para Vilalba, Xermade e Cospeito, e outra para Trasparga e Begonte); Monforte tamén é obxecto de división: unha primeira sección que englobaría a Monforte, Pantón e Sober, fronte a unha segunda onde se sitúan Bóveda e Saviñao; finalmente, o partido de Chantada comprende outras dúas seccións: unha cos concellos de Chantada, Carballedo e Taboada e outra segunda cos de Monterroso, Portomarín, Antas de Ulla e Palas de Rei.

¹⁴² ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 6 v. e 7.

O exame das actas non permite entrar a valora-la actuación do Consello Provincial de Lugo no marco das eleccións xerais xa que non encontramos ningunha sesión na que se faga referencia a este tipo de consultas electorais¹⁴³.

Asuntos gubernativos tratados polo Consello Provincial de Lugo (1845-1849)			
Materia	Ano		
	1845	1846	1847
Urbanismo e obras públicas	8	35	5
Patrimonio municipal	5	101	43
Educación e outros servizos públicos	3	11	3
Montes	1	34	9
Cuestións municipais varias	2	11	9
Cuestións electorais	20	67	37

Respecto das sesións dos anos 1848 e 1849, como sinalamos con anterioridade, só se conservan tres folios que recollen as actas de cinco sesións correspondentes a ese período, nas cales o Consello Provincial de Lugo, de acordo co Comisario de Guerra da provincia, dálle cumprimento á Real Orde do 16 de setembro de 1848 por virtude da cal ámbolos dous órganos fixan *los precios a que deben abonarse á los pueblos las especies de suministro que faciliten á las tropas*¹⁴⁴.

¹⁴³ Non obstante, a lexislación moderada -a Lei do 18 de marzo de 1846- recoñecía certa participación xa que, por exemplo, debía ser oído o Consello Provincial cando o xefe político resolvía, como auténtico xuíz administrativo, as reclamacións sobre exclusión ou inclusión nas listas electorais.

¹⁴⁴ Son, en concreto, a Sesión do 15 de outubro de 1848, e as sesións do 12 de xaneiro, 11 de abril, 12 de xullo e 5 de setembro do ano 1849. A estrutura das actas das citadas sesións é similar (cambian as datas durante a cal vai ser efectiva a resolución acordada conxuntamente, que ten unha vixencia de tres meses) polo que, a modo exemplificativo, transcribimo-la última celebrada en setembro de 1849: "En la ciudad de Lugo a cinco de septiembre de mil ochoc. Cuarenta y nueve, reunidos los Sres. del Consejo provincial bajo la presidencia del Sr. Gefé político y con asistencia del Comisario de Guerra de esta plaza para fijar los precios a que deben abonarse a los pueblos de esta provincia las especies de suministro que faciliten a las tropas en el ultimo trimestre del año actual que principiara en primero de Octubre proximo, y concluye en treinta de diciembre siguiente, conforme a lo dispuesto en Rl. Orden de diez y seis de Setiembre del año 1848, han acordado señalar los siguientes: El de cada racion de pan, veinte y tres maravedis. El de fanega de cevada, veinte y siete reales. El de la arroba de paja, tres reales. El de la arroba de aceite, sesenta y cuatro reales. El de la de leña, un real y ocho maravedis. El de la de carbon, dos reales y diez y seis maravedis. Y para los efectos que la Rl. Orden citada espresa, acordaron tambien que de esta acta se espidan los certificados necesarios".

C) *O seu labor como tribunal contencioso-administrativo: exame dalgúns casos*

A pesar de que a atribución de funcións xurisdiccionais constituíse a novidade máis salientable da lexislación sobre consellos provinciais, é de destacar o escaso labor que neste ámbito desenvolveu o Consello lucense, ou polo menos iso parece deducirse da documentación conservada. E iso é congruente co que sinalaba Nieto García¹⁴⁵, xa que ó crearense os consellos provinciais, os administrados pasaron a dispoñer de tres grandes vías para defenderse da Administración –a gubernativa, a contencioso-administrativa e a civil ordinaria para certa clase de asuntos–, o que orixinou multitude de conflitos de competencias entre as distintas instancias depositarias desas funcións mencionadas. Isto é así porque en certas materias (sobre todo, no campo tributario) era moi difícil sinalar cál era a autoridade habilitada para xulgar-los conflitos que xurdían en conexión con tales asuntos.

As poucas decisións conservadas que dictou o Consello Provincial de Lugo no período examinado permiten, dunha forma moi xeral, coñece-lo fondo dos litixios xa que as actas recollen mencións moi xerais referidas ás partes en conflito e ó asunto que os leva a litigar. A pesar do preceptuado legalmente, o órgano provincial non motiva as sentencias pormenorizadamente e aínda menos cita a normativa a aplicar. Tampouco encontrei referencias ó labor xurisdiccional do Consello no *Boletín Oficial de la Provincia* de Lugo, onde se supón que deberían recollese esas sentencias, nin nos apéndices da *Colección de Decretos*, nos que, a partir de 1845, se incluían as decisións e sentencias emanadas do Consello Real¹⁴⁶.

Non obstante o exposto, nas actas pódense encontrar referencias a algúns litixios. Nunha das súas primeiras sesións, a do 27 de xullo de 1845, o Consello constitúese por primeira vez como tribunal contencioso-administrativo para resolver un

¹⁴⁵ Nieto García, *Los orígenes*, pág. 42, onde ofrece un cadro comparativo de asuntos gubernativos, contenciosos e conflitos de competencias que ilustran a súa conclusión: a proliferación dos conflitos entre órganos administrativos e xurisdiccionais.

¹⁴⁶ A única sentenza do Consello Real que se orixina a partir dunha providencia do Consello Provincial de Lugo pode consultarse en *Colección Legislativa de España (continuación da Colección de decretos)*, tomo LXII, segundo cuatrimestre de 1854, Imprenta Nacional, Madrid, 1854, págs. 497-499. Trátase dunha apelación na que se discute sobre a competencia do Consello Provincial de Lugo para coñecer acerca das cuestións contenciosas relativas á validez, intelixencia e o cumprimento dos arrendos e poxas dos bens nacionais e actos posteriores que delas se deriven.

Asuntos contencioso-administrativos do Consello Provincial de Lugo (1845-1849)			
Materia	Ano		
	1845	1846	1847
Contratos celebrados polas administracións públicas	1	3	4
Montes	1	1	1
Indemnizacións por obras públicas	3	1	0
Indemnizacións por fábricas ou outros establecementos	1	1	0
Aproveitamentos dos recursos hidráulicos	1	0	0
Cuestións electorais	20	67	37

conflicto entre algúns pobos da ribeira do río Eo e o Gremio de Mareantes da localidade de Ribadeo "sobre el derecho á la navegacion de la Barca de Porto en el mencionado Rio"¹⁴⁷, litixio que ha de encadrarse no marco da configuración como materia administrativa dos conflitos sobre aproveitamento das canles fluviais que expresaba o art. 8.8 da Lei de consellos provinciais. A sentenza dispón que "respetando la posesion en que esta el Gremio de Mareantes de Rivadeo del derecho exclusivo de barcage en el punto del porto a la Balina, queden autorizados los habitantes de entrambos margenes para barquear en todos los puntos del rio Eo que no sean en el citado do Porto sin mas condiciones que la de ser tripuladas las Barcas por matriculados en la localidad á donde llegue el agua salada, engadindo que esta medida concilia el interes general con los privilegios especiales del Gremio del mar y deja espedita la comunicaci3n entre las dos Provincias, pero siempre debe considerarse provisional" xa que o propio Consello fai unha recomendaci3n ás autoridades competentes para a construcci3n dunha ponte que una as marxes do río Eo.

O asunto será retomado a finais do ano 1846 cando se dá conta, na sesi3n do 10 de decembro¹⁴⁸, dunha real orde coa que se trataba de fixa-lo límite da auga salgada no río Eo. Á vista das diverxencias entre o Comisario do Comandante Xeral do Departamento de Ferrol, o nomeado polo Goberno político de Lugo e o designado polo Goberno político de Oviedo, acordou o Consello remitirle o asunto ó Goberno "para resolucion que hubiere lugar, llamando su superior atencion, al verificarlo, so-

¹⁴⁷ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 3 e 3 v.

¹⁴⁸ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 90 v.

bre la necesidad de poner espedita y facilitar la comunicación entre los dos márgenes, obstruida por el derecho exclusivo de barcajes que ejerce en la localidad de Porto el Gremio de Mareantes de Rivadeo". A remisión ó Gobierno e non ó Consello Real explícase porque non existe ningún tipo de conflicto competencial ou de atribucións, senón que simplemente as persoas comisionadas para efectuar-la delimitación non chegan a un acordo. De aí, que se acuda ó superior xerárquico para que este lle poña fin á desavenencia existente.

Haberá que agardar á Sesión do 6 de decembro de 1845 para encontrar outra referencia ó labor xurisdiccional do Consello, aunque na acta desta sesión se alude de forma xeral a esa actuación, dado que "se dio cuenta de varios espeditos de indemnizaciones de daños causados por la construcción de la Carretera q. va dese esta Capital a Quiroga dirigidos por el Sr. Gefe político al Consejo, quien acuerdo pasasen al Sr. Vocal Castro Bolaño para q. manifestase su opinión", o que parece darnos a entender que o citado vocal pasaría a actuar como ponente, se ben nas actas de sesións posteriores non se volve retomar esta cuestión indemnizatoria¹⁴⁹.

Na Sesión do 11 de decembro de 1845 exponse a ponencia do vocal Castro Bolaño sobre "indemnizaciones de terrenos de propiedad particular ocupados con motivo de la construcción de la carretera desde Nadela hasta S. Fiz de Paradela", aunque o Consello non vai dictar sentenza ningunha, xa que o relator propón nomear a un perito para a taxación dos danos e perdas ocasionados, o que acepta o Pleno do Consello (que o encontra moi oportuno) e engádese que "aunque la tasa hecha por este es en concepto de este Cuerpo proval. bastante alta, no halla inconveniente el qe. el Sor. Gefe político se conforme con ella para indemnizar los propietarios"¹⁵⁰. Outro litixio contencioso-administrativo tratouse na Sesión do 20 de decembro de 1845¹⁵¹. Nela fíxose un pronunciamento expreso á función que se vai desenvolver posto que se nos relata que "se dio cuenta de una solicitud de D. Pedro Araujo Vecino de esta Ciudad, en qe. pide que el Consejo mande suspender la demolición de una casita edificada a la inmediación de la suya, constituyéndose solo pa. esto en Tribunal contencioso administrativo, pero sin conocer sobre el fondo de la cuestión", recordando na súa providencia o Consello que o preito principal se atopaba pendente

¹⁴⁹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 30 v.

¹⁵⁰ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 32 v. e 33.

¹⁵¹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 34 e 34 v.

de apelación ante a Audiencia Territorial. Trala vista, o Consello Provincial decide "que mediante el interesado no reconozca su competencia para conocer sobre las causas que pudieron motivar la providencia de demolición no procede el acudir a él para la resolución de un incidente inseparable de la cuestión principal, siendo contradictorio que este Cuerpo provincial pueda entender para dejar sin efecto dicha providencia cuando se le niega la facultad de sugetar a examen las razones en que se ha fundado". É dicir, abstense de dictar sentenza e comunica mediante a providencia que transcribimos a súa incompetencia para coñecer da cuestión formulada.

A comezos de 1846, o Consello Provincial coñece dun litixio entre Joaquín Gabacho, veciño da Coruña, e a Fábrica de Sargadelos, situada ó norte da provincia. O primeiro solicitaba que se lle deixase extraer terra refractaria do porto de San Ciprián, ó que a familia Ibáñez, propietaria da fábrica de munições e loza de Sargadelos, se opoñía aducindo o Privilexio outorgado por Carlos IV nunha Real orde do 29 de novembro de 1806, a dita familia para explotalas minas, vetas e filóns de terras areas e outras materias aptas para a fabricación dos materiais nos que se especializara a dita fábrica, "sin perjuicio de pagar a los dueños de los terrenos su justo valor por convenio ó a tasación de peritos". Este litixio debe enmarcarse en apartado n.º 5 do art. 8 da Lei de consellos provinciais, na virtude do cal constituía materia contencioso-administrativa a referida á incomodidade ou insalubridade de fábricas, talleres ou establecementos¹⁵². A decisión do Consello Provincial dispuxo "que el arto. 2º del Real decreto de 4 de junio de 1825 que declara de aprovechamiento comun ó particular las producciones de naturaleza terrosa según los terrenos en que se encuentran sin necesidad de especial concesión; y la Real orden de 2 de agosto de 1833 facultando a todo español ó extranjero para hacer indagaciones y escabaciones con el fin de descubrir y reconocer las arenas y piedras refractarias, previos ciertos requisitos que en la misma se establecen; y en cuyas disposiciones se funda Gabacho, no derogan el privilegio exclusivo concedido por el Sr. D. Carlos 4º en Real orden de 22 de Noviembre de 1806 á la familia Ibáñez".

¹⁵² Sinalaba Colmeiro respecto disto que o recurso soamente procede unha vez que se outorgase a correspondente autorización administrativa, en *op. cit.*, tomo II, páx. 244. É destacable neste litixio cómo se lle concede un peso específico importante á lexislación do antigo réxime fronte á nova orde xurídico liberal.

Outro asunto litixioso xorde en febreiro de 1846, pero neste caso o particular –como xa sucedera na cuestión anterior– non se vai dirixir contra a Administración pública, senón contra o empresario encargado da edición e da distribución do *Boletín Oficial da Provincia* coa finalidade de que admita a súa subscrición ó dito periódico por todo o ano e polo prezo que satisfan os concellos¹⁵³. O empresario alega que, fundándose na condición 7ª do contrato celebrado coa Deputación Provincial, ten liberdade de admitir ou non as subscricións que se lle presenten. O Consello resolve o litixio establecendo “que siendo aplicable al caso ... la condicion 7 de la contrata cuyo sentido es claro y terminante, procede estrechar al referido empresario á que admita la suscripcion en los terminos que si por solicita asi como tambien á que le remita los numeros que salieron a la luz desde 1º de enero e iso porque aunque la referida condicion deja al arbitrio del empresario el admitir o no suscripciones cuando estas no se estienden a todo el año, quedó sugeto por otra parte a admitirla por el precio que pagan los Ayuntamientos cuando se refieren a todo el año”¹⁵⁴.

A propósito dun litixio sobre o deslindamento de montes, xorde na Sesión do 9 de novembro de 1846 un conflito competencial, xa que “en vista del espediente remitido por el Alcalde de Abadin relativo ala queja promovida entre los dos barrios que componen las parroquias de Sta. Maria del Abelero sobre division y roturacion de un trozo de monte en el sitio llamado Babiña dos Cinceles”. Deste asunto encargárase con anterioridade o Xulgado de Primeira Instancia de Mondoñedo, polo que o Consello sinala que esa contenda lle correspondía unicamente á autoridade administrativa de acordo coa Lei de consellos provinciais e que por iso o xefe político debía “oficiar a dicho Juez pa. que se sirviese dejar sin efecto la determinacion que en el espediente haya tomado, ó remita las diligencias practicadas” coa finalidade ou ben de que o Consello continuáse a tramitación do asunto, cousa da que non hai constancia

¹⁵³ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 18 v. e 19.

¹⁵⁴ Outro litixio análogo aparece na acta da Sesión do 6 de maio de 1847: “Esaminada por el Sr. Castro Bolaño la instancia de Dn. Joaquin Gragena vecino de esta ciudad pretendiendo que el empresario del Boletin Oficial de la Provincia en el corriente año se limite á cobrar de los suscriptores particulares el precio contratado respecto de los pueblos, y examinado tambien por el mismo el pliego de condiciones con que se hizo el remate de dho periodico, se acordo ... que Dn Joaquin Gragena debia proponer su reclamacion en el orden y forma que establece el Reglamento de primero de octubre de mil ochocientos cuarenta y cinco por referirse su pretension al cumplimiento é inteligencia de un contrato celebrado con al Admon provincial sobre un servicio determinado”, en ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 11.

nas actas das sesións seguintes que consultamos¹⁵⁵; ou ben de que o xefe político procedese a efectuar as operacións que comportaba o deslindamento, en tal caso o asunto veríase reducido a unha cuestión simplemente gobernativa e non contenciosa.

Un preito no que o Consello Provincial dicta unha sentenza máis extensa cás que habitualmente pronunciaba, nace como consecuencia dunha débeda do Convento-Hospital de San Bartolomé, da que é acredor José Ángel Capón. As mencións a este litixio inicianse na Sesión do 21 de maio de 1846 e continúan na do día seguinte¹⁵⁶. O Consello Provincial, nunha decisión que consta de cinco puntos, dispón:

- que debe levarse a efecto o preceptuado pola Lei de beneficencia de 1836 e outras disposicións sobre a materia, de modo que o alcalde da cidade de Lugo e a Xunta de Beneficencia han de facerse cargo da Administración do citado hospital.
- que non pode facerse efectiva a escritura entre o concello e o apoderado da herdeira de Antonio Vázquez (unha transacción de bens raíces) xa que non conta co permiso da Deputación Provincial.
- que tampouco pode facerse efectiva outra escritura que carecía da autorización do xefe político.
- conforme ós dous puntos anteriores o xefe político pode dálle-la súa aprobación ós citados contratos escriturados ou negárllela, en tal caso o alcalde e a Xunta de Beneficencia han de exercita-las correspondentes accións contra a herdanza de Antonio Vázquez.

Outro litixio posterior referirase de novo ós contratos celebrados por institucións públicas: Donato Fernández, veciño de Becerreá, "rematante del suministro de bagages para partidas sueltas que transiten por el Cuartel de Nogales" presenta unha queixa contra o concello desta vila por incumprimento do contrato, xa que alega na súa defensa a cláusula 2ª do prego de condicións¹⁵⁷, petición que desestima o Consello.

Na Sesión do 19 de agosto do ano 1846, o Consello vaise ver implicado de novo noutro conflito competencial co Xulgado de

¹⁵⁵ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 85 v. e 86.

¹⁵⁶ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 44, 44 v. e 45.

¹⁵⁷ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 60 v.; Sesión do 20 de xullo. O Concello das Nogais obrigara o citado rematante "a facilitar a aqueles para los cuadros de los Batallones provinciales q. dirigen en sus respectivas capitales; o recorrente sinalaba que de acordo co prego de condicións por "batallón" entendíase unicamente el peloton de tropa de cuatrocientos hombres arriba con su correspondiente plana mayor".

Primeira Instancia de Mondoñedo por mor dun expediente que instruíu o alcalde da dita cidade "en averiguacion y castigo de los escesos y estafas cometidos en los repartos y cobranza de la contribucion de inmuebles"¹⁵⁸. Ha de destacarse aquí que o Consello Provincial actúa como noutros casos similares¹⁵⁹, é dicir, pídelle ó xefe político que por medio de oficio lle solicite ó xuíz respectivo a remisión dos autos de acordo co que dispoñía a Lei de consellos provinciais, "oficiando al efecto al Juzgado de dha Ciudad a fin de que se contenga de semejante procedimiento, dando cuenta documentada al Gobierno de S. M. según se previene en el artículo octavo de la ley de dos de abril".

Respecto da construción de obras públicas, convén cita-la decisión do Consello Provincial, dada o 19 de abril de 1847, e onde volve formularse outro conflito competencial, neste caso por mor da construción dun camiño público¹⁶⁰.

Para completa-lo groso de asuntos tratados no campo contencioso-administrativo, hai que citar finalmente un recurso presentado por Nicolás Montenegro, en representación dos veciños da parroquia de Quintela, para que se anulase unha providencia do Goberno Político que obrigaba a esa parroquia ó pago de 712 reais e 12 maravedís "al completo de su cupo dela Contribucion de Culto y Clero del año del cuarenta y dos". O Consello sinala que, por non presentar reclamación de agravios perante a Deputación no termo legal, "no halla razon para variar la providencia cuya revocacion se pretende"¹⁶¹.

Non obstante, o escaso número de asuntos que o Consello vai tratar nestes os seus primeiros anos de existencia, é cando me-

¹⁵⁸ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 70 v.

¹⁵⁹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 80; Sesión do 3 de outubro de 1846. Prodúcese un novo conflito polo deslindamento dun monte na parroquia de Labrada e sinala o Consello –novamente enfrontado ó Xulgado de Mondoñedo– que "es indudable que el conocimiento sobre el deslinde de montes comunes ó del estado pertenece á la Admon como esta declarado por suficientes leyes", polo que se solicita que abandone o asunto e lle remita toda a documentación ó Consello Provincial para decidir no preito que se suscite. Idéntica situación sobre un deslindamento pode consultarse en ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 4.

¹⁶⁰ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 7 v; Sesión do 19 de abril: "Dado cuenta de la decision del vocal Castro Bolaño en vista del oficio del Alcalde de Pasatoriza fecha veinte y cuatro de noviembre ultimo remitiendo una instancia de Pedro Rodriguez de S. Vicente de Reigosa pidiendo a la municipalidad de dho distrito oficiar al Juez de primera instancia de Mondoñedo pa. que se inhiba de conocer sobre la composicion de un trozo de monte del camino publico que media entrelkos puentes nombrados ... que S. S. (o xefe político) debia oficiar con el Sr. Juez de primera instancia de Mondoñedo pa. que inhibiendose de conocer en este asunto".

¹⁶¹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 14 v.

nos, curioso resaltar un expediente instruído polo vocal Castro Bolaño por instancia de José Saavedra y Pardo contra o ex-alcalde de Taboada, no que se pedía que “el Consejo, constituyendose en tribunal contencioso, conozca y decida sobre el abono de dos mil y cien rls. que por aquel se le reclama, y los que el Sr. Gefe politico por decreto de 6 de diciembre ultimo dispuso se aplicasen á la estincion del debito del presupuesto de 1842”. Ante esta anómala petición para que o Consello coñeza o asunto, respóndese que “examinando el art. 8º de la ley de 2 de abril de 1845 y sus diferentes parrafos no se encuentra alguno que ni aun por analogia pueda aplicarse al caso presente para que el Consejo pueda conocer de el como Tribunal contencioso”¹⁶².

Esta situación descrita viña de tempo atrás e pódese enmarcar no sentido de que o Consello Provincial de Lugo desempeñou tamén, de forma esporádica, actuacións de colaboración con outros órganos da Administración de Xustiza, así como con outros oficiais de distintas administracións: os intendentes¹⁶³, os comisarios de guerra¹⁶⁴ ou outros cargos militares¹⁶⁵.

¹⁶² ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 14 v., 15 e 15 v.

¹⁶³ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 7 e 7 v.; Sesión do 17 de xaneiro de 1846: “Visto por el Consejo un oficio que el Sr. Yntendente de Rentas de esta provincia dirige al Sr. Gefe politico relativo á rogarle no se distraiga á los estanqueros de tabacos del cumplimiento de sus obligaciones por los perjuicios que trae á la renta nombrandolos para cargos concejiles, como tubo lugar en Vivero según comunicación de la Administración de Rentas Estancadas de esta Provincia; acordo informar al Sr. Gefe politico que el deber de la Administración es arreglarse estrictamente a la ley, por la que los estanqueros no estan exentos del cargo de Concejales. Que los artos. 22 y 23 de la ley de 8 de enero del año ultimo establecen diferentes categorías de exclusion sin que en ninguna de ellas esten comprendidos los estanqueros, puesto que ni aun son considerados como empleados en activo servicio sino simples expendedores de tabaco en comision de la Hacienda”. Noutros casos, o Consello Provincial emite un informe coa finalidade de evitar un conflito de competencias, tal e como sucede na Sesión do 28 de xaneiro dese mesmo ano, en ADPL, lex. 1, *Actas*, 1846, f. 13 v. e 14: “Ygualmente se dio cuenta de un oficio del Alcalde de Vivero en que transcribe otro dirigido en 28 de Diciembre proximo pasado al Administrador de Contribuciones Directas de la Provincia relativo á que se abonase al Distrito el importe del 2º semestre de las contribuciones suprimidas... y el Consejo en su vista ha acordado manifestar al Sr. Gefe politico que siendo este un asunto que versa sobre una materia de la competencia del Sr. Yntendente y oficinas de Hacienda puede el Sr. Gefe remitir á estas copia de la comunicación mencionada para que en uso de sus facultades resuelvan lo que estimen conveniente”.

¹⁶⁴ *Vid.*, as actas das sesións conservadas en ADPL dos anos 1848 e 1849.

¹⁶⁵ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1846, f. 16 e 16 v. Na Sesión do 7 de febreiro lese un oficio do comandante xeral da provincia que traslada outro do capitán xeral de Galicia “relativo a escitar el celo el Sr. Gefe politico para que ordene al Ayuntamiento de Mondoñedo exonere del cargo de Peritos repartidores de la contribucion de inmuebles a Dn. Ramon M^a Padriñas, Dn. Valentin Seijo, Dn. Ygnacio Santomé y Dn. Antonio Otero por ser aforados de guerra y estar

Nunha serie de sesións case consecutivas do ano 1845, vemos un exemplo desa colaboración a propósito das denuncias efectuadas contra o ex-alcalde de Taboada por presunto delicto de malversación de caudais públicos. Polo que na Sesión do 10 de outubro de 1845, se deu conta "de un expediente instruído a instancia de D. Jose Saavedra y Pardo contra el ex-alcalde de Taboada D. José Lopez de Prado, acusandole de defraudador de caudales durante el tiempo de su Administracion y dirigido por el Sr. Gefe político para qe. el Consejo se sirviese informar a cuyo efecto se acordo pasasen al Sr. Vocal D. José Pardo Navia"¹⁶⁶, que sería o relator. Este vocal emite o seu informe na Sesión seguinte, do 13 de outubro¹⁶⁷, onde sinala que "se llevase a efecto lo acordado por el Sr. Gefe político en 16 de marzo del año pasado entregando en tesoreria los dos mil y cien reales en descuento de las contribuciones correspondientes al Ayto. de Taboada y se declare nula la informacion dada por Lopez de Prado para justificar el robo qe. alega", co cal se conformou o Consello. Na Sesión seguinte, do 14 de outubro, o Consello maniféstalle ó xefe político que ademais de todo o anterior, o citado ex-alcalde debía ser eliminado das listas de electores e de elexibles para cargos municipais de acordo co artigo 19 da Lei de concellos¹⁶⁸. Outros casos notorios desta colaboración poden verse na acta da Sesión do 21 de outubro do mesmo ano nos que o Consello informa sobre dúas acusacións dirixidas a membros das corporacións municipais da provincia¹⁶⁹.

exentos de cargas concejiles". Na súa vista o Consello acordou manifestarlle ó Xefe Político "que á su entender podía contestar al Sr. Comandante General que no es de sus atribuciones resolver sobre la escusa de los aforados mencionados por ser de la competencia del Yntendente todo lo que tiene relacion con el sistema tributario establecido por la ley de presupuestos de cuya especie es el nombramiento de peritos repartidores".

¹⁶⁶ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 6 v.

¹⁶⁷ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 7 v.

¹⁶⁸ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 8.

¹⁶⁹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 8 v. Recóllense dous informes do Consello Provincial, do 21 de outubro de 1845: o primeiro, proposto polo Goberno político, versa sobre a competencia do Xulgado de Primeira Instancia de Mondoñedo para coñecer da querela presentada contra o rexedor da cidade polo doutor Francisco Lamas "por haberlo tratado de ladron en una sesion del Ayto". O segundo informe, encargado ó vocal Ignacio Timoteo Yáñez refírese á acusación que varios veciños do Concello de Riobarba formulan contra o alcalde e o secretario do citado municipio por presuntas estafas na leva do ano 1844. Este informe do vocal ponse en coñecemento do Consello na Sesión do 23 de outubro e nel proponse a suspensión do alcalde (non así a do secretario posto que deixou o seu destino) e a remisión do expediente ó Xulgado de Primeira Instancia de Viveiro para a formación da consecuente causa criminal, e ordénase ademais que se publique o informe do Consello no *Boletín Oficial de la Provincia*, en ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1845, f. 9.

O Consello Provincial tamén vai actuar como órgano de apelación respecto daquelas materias nas que os alcaldes e o xefe político actuaban como “jueces administrativos de excepción”, en expresión de Colmeiro, é dicir, non só como órganos da Administración activa, senón ademais como órganos xurisdiccionais de modo esporádico¹⁷⁰. Así atopamos un caso claro deste labor cando coñece dun recurso presentado por Teresa Sánchez Moscoso, veciña de Mondoñedo, contra unha resolución do concello da dita cidade que quería obrígala a reparar un camiño que se encontraba fronte a unha casa, o dominio directo da cal lle pertencía. De acordo co proposto polo vocal Castro Bolaño, o Consello decidiu “que la referida D^a Teresa Sanchez Moscoso no esta obligada a contribuir a la construccion y reparo del citado camino porque esta... afecta unicamente al dueño o dueños del dominio util de las casas” e por iso lle pide ó xefe político que lle comunique ó concello da mencionada cidade episcopal que ha de dirixirse contra aqueles que resulten titulares do dominio útil¹⁷¹.

Outro exemplo desa actuación xurisdiccional ten lugar en relación coas quintas e as declaracións de prófugos: tras recibir a información do xuíz de Primeira Instancia de Becerreá acerca da medición de varios mozos do Concello de Neira de Jusá, da quinta do 44, e tamén os antecedentes relativos á declaración de prófugo de Pedro Fernández, veciño de Santa María de Pacio, acordou o Consello o 13 de abril de 1847 “absolver de la pena de profugo al referido Fernandez numero seis, y de la responsabilidad de soldado pa. la quinta del cuarenta y cuatro; condenando al Aymo de dho año al resarcimiento de los gastos ocasionados al apresar a otro Pedro Fernandez Nogueira, vecino de San Cosme de Barreiros distrito de Castroverde, y reservando al ultimo numero que hubiese cubierto plaza pa. dha quinta y distrito el derecho de que se considere asistido contra el espresado Aymo. por la responsabilidad que le alcance por la informalidad con que hubiese procedido en la talla”¹⁷².

¹⁷⁰ Colmeiro, *op. cit.*, tomo II, páxs. 248-252.

¹⁷¹ ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 4 v. e 5.

¹⁷² ADPL, lex. 1, *Actas*, ano 1847, f. 5 v. e 6. Así o sancionaba a lexislación sobre o servizo militar, en concreto, o Real decreto do 25 de abril de 1844 e a Lei do 4 de outubro de 1846.

4. Conclusións

Á vista dos asuntos que examinamos sucintamente queda claro o papel eminentemente consultivo ou asesor que o Consello Provincial desempeñou nos seus primeiros anos de existencia, de forma que só residualmente se dedicou a realizar labores de tribunal contencioso-administrativo. Na marxe, claro está, daquelas actuacións de *administración pura*, ou decisoras en que actuaba de común acordo co Xefe Político, que así mesmo son bastante numerosas. Iso é o que podemos deducir indiciariamente á vista da documentación manexada. No ámbito xurisdiccional, os asuntos que predominan son os referidos a deslindamentos de montes estatais ou comunais, así como os relativos á interpretación dos contratos celebrados polas administracións situadas na provincia lucense, dentro dos cales encontramos algúns que fan referencia ós arbitrios provinciais. As cuestións referidas ós arbitrios, sen embargo, van orixinar multitude de consultas dirixidas ó Goberno político destinadas a aclarar-las cuestións conectadas con eses tributos, en relación cos cales a determinación dos órganos competentes era bastante trapallada á luz da normativa decimonónica.


As causas que poden servir para explicar este *déficit* no labor xurisdiccional poden encontrarse nunha certa "inercia institucional" por parte dos cidadáns que seguiron utilizando, para expresa-las súas queixas e os seus descontentos fronte ó poder establecido, as canles tradicionais (a vía gobernativa e a vía xurisdiccional ordinaria), deixando a un lado a novidade institucional máis sobresaliente que introduciu a Lei de consellos provinciais de 1845.


Por outra parte, podemos destacar unha constante manifestación de prudencia por parte das persoas, privadas e públicas, que se dirixen ó Consello Provincial ou ó Xefe Político, en tanto en canto moitos dos asuntos que constitúen o obxecto das súas consultas poderían devir perfectamente en litixios de natureza contencioso-administrativa, como é o caso dos deslindamentos de montes ou certas cuestións relacionadas co cobro dos arbitrios, que, non obstante, se resolven de modo pacífico por medio da consulta oficial ós órganos do poder provincial.

Unha das ideas máis importantes que debemos destacar é o papel predominante e omnímodo do Xefe Político, auténtica columna vertebral do aparato de goberno das provincias, o cal de forma directa ou indirecta tiña coñecemento da práctica totalidade dos asuntos que se desenvolvían no territorio provincial. Á súa beira, o Consello Provincial aparecerá como un órgano de asesoramento constante, desprazando á Deputación

Provincial no tradicional repartimento de poder que se daba nas provincias, xa que a suple no que se refire ó labor de consulta que aquela desenvolvera no pasado. E precisamente esa actividade continuada e xeral do Consello Provincial vaise centrar en dous campos moi significativos que contribuían a supervisar e controlar todo o poder dentro das provincias: por un lado, no campo da lexislación sobre eleccións, onde a súa actuación tiña lugar ó longo de practicamente todo o proceso electoral, dende a elaboración das listas ata a proclamación de candidatos e aínda despois coñecendo e resolvendo as solicitudes de exención de cargos municipais. Por outro lado, no control dos orzamentos e contas dos municipios, en tal caso efectuaba un auténtico labor de intervención puro, pero tamén en moitos casos orientando a política de gastos e de ingresos dos municipios da provincia.

Polo tanto, encontrámonos cun órgano de marcado cariz fiscalizador e ademais dependente do poder central ó seren tódolos seus membros nomeados polo rei, o que confirma esas palabras que Adolfo Posada dedicaba a esta institución e que citamos ó inicio deste traballo: non vivía a descentralización, nin a autonomía, polas notas de subordinación xerárquica e de centralización que iluminan o seu nacemento, expresións do máis puro liberalismo moderado que se instalara no poder central.

Esperamos, nun futuro non moi afastado, poder completar a investigación que hoxe iniciamos sobre o labor do Consello Provincial de Lugo nos anos que seguen a 1849 ata a súa desaparición. Manifestamos así mesmo o desexo de que este modesto traballo transcenda máis alá do ámbito territorial ó que se circunscribe e que poida ser empregado por outros investigadores como punto de referencia para poder establece-los oportunos cotexos entre a actuación duns e doutros consellos provinciais. Iso facilitará o coñecemento e a comprensión da verdadeira realidade institucional do noso século XIX, abandonando a pura e simple descrición legal á que, por desgracia, estamos tan habituados. 



**NOTAS
COMENTARIOS**

Control de legalidade *versus* control financeiro na xestión do gasto público

Director xeral de Presupostos
da Xunta de Galicia

Juan José Novoa Montero

En primeiro lugar desexo agradecerlle ó vicerrector da Universidade da Coruña, o prof. Dr. Fernández Caínzos, a invitación que me cursou para participar neste encontro sobre "Gasto público e democracia", brindándome a oportunidade de falar dun tema tan interesante e sobre todo tan de actualidade como é o control nas súas distintas facetas.

Espero ter acertado na elección do tema que vou expoñer, que foi elixido por entender que constitúe unha preocupación compartida por todos; administradores e administrados en xeral.

O título deste relatorio "Control de legalidade *versus* control financeiro na xestión do gasto público" intenta poñer de relevo o momento que viven os sectores públicos, caracterizado pola tensión entre o respecto ás normas e a xestión económica, eficaz e eficiente dos recursos públicos.

Comezarei cunha obviedade, dicindo que a actividade de calquera organización sempre se encontrou sometida a algún

mecanismo de control co obxectivo de garanti-lo seu desenvolvemento conforme a pautas de comportamento previamente establecidas.

Con maior motivo, cando se trata de organizacións públicas caracterizadas pola achega de bens e servicios pecuniarios para atender as necesidades colectivas; a existencia de normas de obrigado cumprimento para a Administración e o control dos recursos así xerados, constitúe unha esixencia de primeira orde.

Nas nosas administracións públicas, ata case finais da década dos setenta, o único control que se realizaba era o de legalidade ou de regularidade; e constitúe, polo tanto, unha das innovacións máis importantes no referente á ordenación da Fazenda Pública, o contido do artigo 31.2 da nosa Constitución de 1978, por canto establece:

"O gasto público realizará unha asignación equitativa dos recursos públicos, e a súa programación e execución responderán ós criterios de eficiencia e economía".

Varios son os preceptos que a Constitución contén como principios do control da actividade financeira pública.

O art. 103.1. "A Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e ó dereito".

O art. 133. 4. "As administracións públicas só poderán contraer obrigas financeiras e realizar gastos de acordo coas leis."

Chegados a este punto é preciso definir cada un dos principios ós que está vinculada a xestión pública, así como o modelo adoptado para, a continuación, facer referencia concreta ós controis a que debe someterse tal actuación xestora.

Por principio de legalidade debe entenderse o pleno sometemento de toda actuación administrativa pública á lei e ó ordenamento xurídico, sempre en sentido positivo, é dicir, que unicamente unha actuación é lexítima cando se atopa expresamente autorizada, e, por contra, é ilexítima cando se realiza con base en que a lei non a prohíbe.

Por principio de eficiencia enténdese a consecución do mellor uso posible dos bens, servicios ou calquera tipo de recursos adquiridos. A AECA define a eficiencia global dun suxeito económico como o grao de comparación entre a súa realidade e o mellor resultado que sexa posible obter, e descompona no produto de dous tipos, que denomina eficiencia estratéxica e eficiencia operativa.

A estratéxica represéntase polo cociente entre o resultado potencial ou mellor resultado que pode obter o suxeito econó-

mico dado o seu sistema de organización e o mellor resultado posible.

A operativa compara o resultado actual ou real co resultado potencial e amosa desta forma, a capacidade de mellora que posúe a situación actual.

O principio de eficacia fai referencia ó grao de consecución dos obxectivos sinalados nun plan ou programa previo, sen considera-la economía de medios utilizados para a súa consecución, é dicir, sen considerar nin o custo nin os beneficios, nin se existen formas alternativas para conseguir-los ditos obxectivos.

O principio de economía ou economicidade significa a adquisición de bens e servicios, en cantidade e calidade adecuadas, no momento apropiado, ós custos máis favorables.

En resumo, a eficacia pon de manifesto o grao de cumprimento dos obxectivos previstos. A eficiencia relaciona o custo dos recursos empregados cos obxectivos alcanzados, a economía fai referencia ó custo dos recursos empregados en comparación cos presupostados e a legalidade garante que os obxectivos alcanzados son lexítimos e que se atopan amparados e delimitados nun marco legal de aplicación.

Desta breve análise vemos, pois, que non estamos perante principios contrapostos ou incompatibles, senón que, polo contrario, todos eles constitúen as condicións ineludibles ás que debe someterse a actividade política e financeira de todo ente económico moderno.

Por outra parte, cumprir-los obxectivos ó menor custo e dentro dos termos legais formulados pola vontade popular expresada polo poder lexislativo significa xestionar-lo gasto público con equidade e xustiza, e cumprir deste xeito co mandato constitucional antes citado.

Con respecto ó modelo adoptado de xestión do gasto público, dicir que este consta de catro fases: a planificación, a presupostación, a execución presupostaria e o control e a avaliación.

A planificación é a función mediante a cal se definen os obxectivos, se determinan as accións necesarias para alcanzalos e se identifican e concretan as actividades precisas para a execución de tales accións. Esta función adoita ter carácter plurianual e materialízase nun documento denominado escenario presupostario.

A presupostación é a concreción anual do escenario presupostario en función dos recursos dispoñibles e dos obxectivos fixados. O presuposto é un plan operativo e financeiro que pretende realizarse en cada exercicio económico.

É precisamente esta fase de presupostación a que maior peso específico presenta na interdependencia que existe entre todas elas.

Diversas son as opcións técnicas que poderían manexarse, e son os principais tipos de presupostos, os seguintes: o presuposto de execución; o presuposto por programas, e o presuposto en base cero. No noso país adoptouse o modelo de presupostación por programas.

Farei unha breve referencia a cada un deles coa idea de amosar-las súas principais características.

O presuposto de execución, tamén chamado de tarefas ou de actividades, pretende mostrar en unidades de medición a produtividade de cada unidade administrativa na realización das tarefas que se lle asignan.

A apreciación do custo realízase en función da unidade utilizando para iso alternativamente algunha das técnicas de xeral aplicación: custo por unidade de servizo prestado, custo dos elementos persoais ou custos estándar.

Esta técnica preocúpase do proceso presupostario e intenta seleccionar os mellores métodos para administrar un programa dado. Os programas defínense como elementos dos que consta cada unha das funcións asignadas e o inconveniente da súa aplicación consiste na dificultade que representa a medición da produtividade e o custo nos servizos públicos de carácter xeral e de prestación indivisible.

O presuposto por programas integra a formulación de políticas coa asignación orzamentaria de recursos e proporciona un medio para a súa análise. Integra as técnicas de planificación e de presupostación e componse de tres elementos fundamentais: Unha estrutura, un proceso analítico e unha información ordenada.

A estrutura descomponse en categorías dos programas, subcategorías e elementos, para permitir unha información adecuada dos servizos de cada unidade.

O proceso analítico atende á clasificación das eleccións orzamentarias e examina os cursos alternativos para lograr un obxectivo dado en termos de utilidade e de custos.

Múltiples son as técnicas de análise que poden aplicarse para racionalizar as eleccións presupostarias, se ben poden clasificarse en tres grandes grupos: a análise custo-beneficio, a análise custo-efectividade e a análise de sistemas.

O terceiro elemento constitúe a información adecuada, que consiste, por unha parte, na subministración de información respecto de cómo os distintos programas se executaron ou se

están executando e, por outra, a subministración daquela información que lle sirva de base ó proceso de análise e que poida utilizarse por cantos interveñen na adopción de decisións co fin de comproba-lo fundamento da elección da estratexia presupostaria propugnada.

A xestión neste tipo de presupostación esixe que se teñan cumprido os requisitos necesarios que permitan:

- Defini-las funcións encomendadas a cada unidade.
- A fixación de obxectivos e resultados que se pretendan alcanzar.
- A asignación dos medios precisos, e
- A asignación de responsabilidade ós órganos para permiti-la realización e os obxectivos.

O Presuposto Base Cero céntrase na execución de actividade e a súa medición para implica-los directivos de unidades de decisión no proceso orzamentario, en medi-la execución efectiva do presuposto e en facer máis crible e verdadeira a asignación racional dos recursos.

Nace na empresa privada, e Phyr, o seu creador, defíneo como un plan operativo que lle esixe a cada director dunha unidade xustificar detalladamente a totalidade das súas peticións orzamentarias, obrigándose a proba-la necesidade de cada importe que solicite. Este procedemento identifica tódalas actividades e operacións en paquete de decisión que se avaliarán e ordenarán de acordo cunha orde de prioridades que destaca a súa importancia mediante unha previa análise sistemática.

Presenta, como vemos, dous importantes cambios en relación coas técnicas anteriores. Un, que consiste no abandono das fórmulas incrementalistas e, outro, que as decisións orzamentarias se toman con base nunha ordenación por prioridades de tódalas actividades que se proponen.

É dicir, discútese cada acción en cada presuposto, en lugar de discutir unicamente a porcentaxe de incremento que sobre o anterior, que xa non é obxecto de discusión, se pretende.

Pois ben, volvemos ás fases do modelo de xestión e a seguinte correspóndese coa execución presupostaria que en definitiva consiste na xestión do día a día, e que conduce á materialización dos obxectivos presupostados no espazo temporal prefixado.

A última fase do control e a avaliación consisten fundamentalmente en comproba-la correcta aplicación dos compromisos que adquiriu o Executivo e das decisións do Lexislativo, avaliando en qué medida se cumpriron e impedindo que poidan abandonarse as autorizacións conferidas.

Esta fase do control e avalización, na que centrarei o resto desta exposición, como dixeran, atópase intimamente relacionada coas anteriores, e forman, todas elas, un modelo interdependente, pois como a continuación veremos, as decisións que se adopten nunha delas condicionan tódalas demais.

Control e avaliación son técnicas de análise que, na Administración pública teñen un obxectivo común, o cal é mellora-la acción pública pero tamén conteñen elementos claramente diferenciados. O control exercecese sobre o gasto dun período ou sobre cada gasto concreto, en tanto que a avaliación se exerce sobre a totalidade dunha acción ou programa con independencia do número de períodos que se tarde en realizala. O control atende ós gastos realizados, en tanto que a avaliación atende ós resultados obtidos.

Para falar de control diremos que con independencia do órgano que o realiza (será control interno o realizado pola Intervención Xeral ou control externo o realizado polo Parlamento e o Tribunal de Contas) o certo é que os límites da actuación controladora, entendidos como formas e especialidades, son sempre os mesmos.

Con carácter xeral, o Tribunal de Contas realiza o mesmo tipo de control que con anterioridade xa realizou a Intervención Xeral. Sen embargo, ningún destes órganos na súa actuación pode dar cumprida comprobación do mandato constitucional de xustiza e equidade, e todo iso porque o modelo adoptado de xestión non facilita o establecemento dun sistema de análise adecuado. En España, o sistema de presupostación por programas implantouse no ano 1984 como primeiro paso para mellora-la eficacia e a eficiencia na xestión e co obxecto de facer posible un sistema de dirección por obxectivos. A pesar diso, a definición xenérica dos programas, a inexistencia de indicadores de xestión, a formulación da liquidación presupostaria exclusivamente en termos cuantitativos, e a escasa metodoloxía existente que permita a aplicación das técnicas necesarias, son algunhas das causas específicas que impiden a análise nos termos establecidos na nosa Constitución.

É evidente, pois, que este sistema se atopa orientado máis cara ó seguimento da actividade desenvolvida, que cara ós resultados obtidos; é dicir, permite a realización do control e non tanto a acción de avaliación.

Dicía ó comezo desta exposición que tradicionalmente o control efectuado neste país foi o de legalidade. Pois ben, sen pretender facer unha análise cronolóxica das disposicións legais relacionadas coa dita función, cómpre facer referencia a algunha

delas para amosa-la evidencia da crise na que se atopa este tipo de control.

Centrareime, por razóns de tempo, e sinalarei sucintamente as que son ó meu xuízo, máis significativas; para iso remonta-reime ó ano 1824 no que se aproba por real decreto a Instrucción Xeral de Real Facenda e na que se define a Contadoría Xeral de Valores como a "Autoridade superior en todo o relativo á contabilidade, fiscalización e intervención da Administración e a recadación en tódolos ramos da Real Facenda".

O Real decreto do 13 de xuño de 1847 establecía que "ningunha cantidade poderá recadarse nin verificarse ningún pagamento por conta do erario público sen a intervención da Dirección Xeral de Contabilidade ou as súas subalternas, e ningunha persoa que recade ou administre fondos da Facenda Pública deixará de renderlle conta da Administración á mesma dirección".

A Lei de administración e contabilidade da Facenda Pública de 1911 que se mantivo vixente ata 1977, ano no que se promulga a Lei xeral presupostaria, establecía que a Intervención Xeral da Administración do Estado era o órgano encargado de intervi-los ingresos e os pagamentos do Estado e de fiscalizar tódolos actos da Administración pública que os produzan.

O Regulamento orgánico do Tribunal Supremo da Facenda Pública de 1925 regulou o exercicio da función interventora, e aínda se encontra de aplicación.

A Lei de réxime xurídico das entidades estatais autónomas de 1958 establece que os organismos autónomos quedan sometidos ó mesmo réxime de intervención e fiscalización cós servicios centralizados.

A Lei xeral presupostaria de 1977 define a función interventora como aquela que ten por obxecto controlar tódolos actos da Administración do Estado e dos seus organismos autónomos que dean lugar ó recoñecemento de dereitos e obrigas de contido económico, así como os ingresos e os pagamentos que deles se deriven, e a recadación, investimento ou aplicación en xeral dos caudais públicos, co fin de asegurar que a Administración da Facenda Pública se axusta ás disposicións aplicables en cada caso. Así mesmo créase o control de carácter financeiro para comproba-lo funcionamento no aspecto económico-financieiro respecto dos servicios de organismos autónomos e sociedades estatais, e establécense comprobacións periódicas ou procedementos de auditoría para as dotacións non limitativas dos presupostos de organismos autónomos non administrativos que non estean sometidos á función interventora.

Atopámonos ata aquí con que a normativa vixente establece

o exercicio da función interventora para a totalidade de actos de contido económico producidos pola Administración pública, con independencia do sector público no que se encadre cada ente por razón da súa natureza xurídica, e unicamente se se trata de organismos autónomos con actividades industriais, comerciais, financeiras ou análogas, se poderán establecer procedementos de auditoría, que substituirán a función interventora, só cando se trate de operacións non comprendidas nas dotacións dos orzamentos de explotación e capital que teñan carácter limitativo ou ampliable.

Da mesma forma concrétese esta función interventora, e establécese nas seguintes fases:

- A fiscalización ou intervención previa de todo acto susceptible de producir dereitos e obrigas de contido económico ou movemento de fondos e valores.
- A intervención formal da ordenación dos pagamentos.
- A intervención material dos pagamentos, e
- A intervención da aplicación das cantidades destinadas a obras, subministracións, adquisicións e servicios, que comprenderá o exame documental e, de se-lo caso, a comprobación material.

Esta situación na actividade de control mantense ata 1983, en que pola Lei de presupostos xerais para o dito exercicio, se faculta á Intervención Xeral para introducir a aplicación de técnicas de mostraxe no exercicio da función interventora; e non se aplicara no dito ano debido á súa escasa claridade e confusiónismo.

Xa no ano 1984, a Lei de presupostos introduce con maior precisión a aplicación destas técnicas e volve facultar á Intervención Xeral para que a función interventora se exerza sobre mostraxes en lugar de sobre a totalidade de actos ou documentos que deban ser obxecto de fiscalización. Todo isto facendo fincapé no aspecto de que a fiscalización non persegue evitar calquera ilegalidade, senón conseguir un nivel aceptable de regularidade na xestión e asesorar aos xestores responsables no perfeccionamento dos circuitos administrativos, e xustifica tal medida, no entorpecemento que a fiscalización previa sobre tódolos actos lle producía á xestión administrativa e na relevancia que comezan a adquirir as análises de auditoría.

Continuando con esta liña de esvaecemento da función interventora na súa fase máis representativa do control de legalidade que é a fiscalización previa e sobre a que, na miña opinión, se produce a actual crise, a Lei de presupostos para 1988 permite que o Goberno estableza a chamada fiscalización li-

mitada, é dicir, unha fiscalización previa que se limite a comprobar unicamente determinados extremos nos expedientes, sen prexuízo de que posteriormente sexan examinados mediante técnicas de mostraxe ou de auditoría.

Estes aspectos concrétnanse nos seguintes puntos:

- A existencia de crédito orzamentario e que este sexa o adecuado á natureza do gasto ou da obriga que se propón contraer.
- Que as obrigas ou gastos os propoñan órganos competentes, e
- Aqueloutras cuestións que determine o Consello de Ministros para cada tipo de gastos ou obrigas.

Este procedemento de fiscalización limitada atópase, na actualidade, desenvolvido para a totalidade dos procesos de xestión de gastos, e artículase en dous niveis de natureza e profundidade diferentes: un, revestido das connotacións de esencialidade, brevidade e urxencia e, o outro, das de complementariedade, extensión e normalidade temporal.

Por diversas resolucións da Secretaría de Estado de Facenda dáselles publicidade a acordos do Consello de Ministros que establecen este sistema de fiscalización limitada.

Tanto pola súa vixencia actual como pola súa proximidade temporal, procede citar, en primeiro lugar a Resolución do 4 de agosto de 1994 pola que se publica o Acordo do Consello de Ministros do 29 de xullo do dito ano, e no que se fai referencia ós acordos anteriores nos que se determinaron os requisitos legais que se examinarán con carácter previo á realización do gasto, indicando que as ditas comprobacións tiñan o carácter de control previo mínimo que era susceptible de ser ampliado cando as necesidades dos órganos xestores ou outras circunstancias así o xustificasen, e que a experiencia demostrou a necesidade de ampliar algúns puntos que haberá que comprobar con carácter previo en determinados tipos de expedientes de gasto, co fin de asegurar un maior rigor neste novo réxime de función interventora.

En segundo lugar, a Resolución do 20 de setembro de 1995 da Secretaría Xeral da Seguridade Social pola que se ordena a publicación do Acordo do Consello de Ministros do 4 de agosto do dito ano, e polo que se establece este modelo de fiscalización no ámbito da Seguridade Social.

Como último punto na referencia cronolóxica, destaca a Lei de presupostos para 1989 que establece que os organismos autónomos con actividades industriais, comerciais, financeiras ou análogas quedan sometidos a control financeiro permanente

pola totalidade das súas operacións, queda substituída a función interventora pola aplicación de procedementos de auditoría, e, polo tanto, anulado o control previo de legalidade e implantado un control de mostraxe "a posteriori".

Esta mesma lei de 1989 establece o control financeiro dalgúns programas orzamentarios da Administración xeral, e indica que xorde coa finalidade de favorecer, coa súa aplicación, unha mellor asignación de recursos e de estimular unha xestión máis eficaz e eficiente.

Desta breve incursión na cronoloxía das disposicións relacionadas coa función interventora, obsérvase que dende mediados da década dos oitenta existe unha clara vontade política de progresar na liña de acoso e derrubamento cara a calquera manifestación de control *a priori*, e así é, o control previo de legalidade, o seu máis firme representante, as reformas producidas confirman a súa virtual desvalorización.

Sen embargo, é a partir de entón cando o control financeiro adquire unha relevancia normativa que o conducirá cara a unha certa prevalencia sobre os demais controis, situándose na actualidade como aquel no que se centran tódolos esforzos para a súa consolidación.

Antes de referirme con detalle a este control debo manifestar, con respecto ó de legalidade, que o informe posterior que debe emitirse sobre aqueles gastos sometidos a fiscalización limitada, ó referirse sobre unha mostra representativa dos expedientes que orixinaron a dita fiscalización, mediante a aplicación de técnicas de mostraxe ou de auditoría, constitúe en esencia, dende o meu punto de vista, unha forma de control financeiro aínda que a lei o considere como parte integrante da función interventora.

Conceptualmente o control financeiro presenta fronte á función interventora importantes diferencias en relación tanto cos seus ámbitos subxectivo e obxectivo, como respecto do obxecto e fins perseguidos, e tamén sobre os principios que o informan e os procedementos que utiliza.

No ámbito subxectivo abarca a totalidade do sector público, así como entidades e particulares por razón de subvencións concedidas con cargo ós orzamentos xerais.

En canto ó ámbito obxectivo, o control financeiro diríxese cara á análise dos resultados, en tanto que a función interventora está encamiñada á comprobación da execución orzamentaria.

No ámbito temporal o control financeiro é sempre *a posteriori* en tanto que a función interventora o é *a priori*.

O fin inmediato perseguido polo control financeiro é sub-

ministrarlles información ós xestores públicos respecto da situación, risco, debilidades e desviacións da dita xestión, de forma que propicie a adopción de medidas correctoras; mentres que a función interventora ten como finalidade primordial suspender-la tramitación dos expedientes, no caso de opoñerse algún reparo, ata que este se solucione; e aínda de non considerarse como esencial o requisito ou trámite incumplido, a eficacia da fiscalización quedará condicionada á resolución daqueles defectos con anterioridade á aprobación do expediente.

No control financeiro utilízanse procedementos de auditoría, é dicir, procedementos de revisión a operacións ou actos singulares seleccionados para o efecto; en tanto que a función interventora consiste no exame documental de cada un dos actos suxeitos a control.

A Lei xeral presupostaria determina que a finalidade do control financeiro é comproba-lo funcionamento no aspecto económico-financeiro conforme coas disposicións e directrices polas que se rexen os servicios e os entes sometidos a control.

A través da finalidade enunciada, podemos extraer unha definición deste control, e entendémolo como a comprobación e a análise do funcionamento dos sistemas operativos internos e dos recursos asignados a cada ente suxeito a el. Esta definición vemos que se encontra intimamente ligada ós conceptos de eficiencia e eficacia anteriormente expostos.

Polo tanto, falar de control financeiro é o mesmo, por sinónimo, que falar de control de eficiencia e eficacia.

Na actualidade, o control financeiro presenta dous réximes de exercicio: o ordinario e o permanente, se ben este último pode selo como única forma de control ou como complemento doutras fórmulas.

O control financeiro ordinario foi o único utilizado dende o establecemento do control financeiro no ano 1977 ata o ano 1983. Este réxime baséase nunha planificación anual denominada Plan de Auditorías, que elaborado pola Intervención Xeral contempla as entidades do sector público sobre as que se exercerá o control ó longo do ano de que se trate, e establece-ranse ademais os obxectivos e os procedementos que se utilizarán en cada entidade.

O control financeiro permanente aplicado dende 1983 no ente público de RIVE e as súas sociedades dependentes e a partir de 1989 nos organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financeiro ou análogo, baséase nos principios de proximidade, continuidade e información permanente.

A proximidade é tanto espacial como temporal respecto da

xestión controlada, tendo en conta que este control o realiza unha intervención delegada residente de forma permanente na entidade e os resultados se reflicten en informes de periodicidade trimestral, e que se basean en procedementos de auditoría.

Estes procedementos poden ter un alcance diferente segundo falemos da Administración institucional ou da Administración xeral, xa que nesta última nos estaremos referindo ó control financeiro de programas orzamentarios, do cal máis adiante farei unha breve síntese.

De acordo cos principios e normas de auditoría do sector público, os diferentes tipos clasifícanse nos seguintes niveis:

Nivel I	Auditoría de legalidade.
Nivel II	" contable (financeira).
Nivel III	" de economía e eficiencia.
Nivel IV	" de eficacia.
Nivel V	" integral.

Os niveis I e II correspóndense coa denominada auditoría de regularidade e os niveis III e IV coa auditoría operativa.

O nivel V de auditoría integral consistiría na realización simultánea e conxunta das dúas verificacións anteriores.

Respecto da auditoría de regularidade ou de cumprimento, dicir que se atopa perfectamente definida e delimitada, xa que estamos *de facto* ante un control de legalidade realizado *a posteriori*, sen embargo é preciso sinalar como connotación negativa deste tipo de control que así como facilita e permite a regulación por retroacción, o que conduce á mellora da xestión, non impide a realización certa de actos con algún tipo de incidencia que afecte á súa legalidade, como acontece co control previo.

Atopámonos así ante dous tipos de control: a interacción e a retroacción. É evidente que, no primeiro caso, o sistema regulador toma información da entrada e compáraa coa norma para decidir logo se se actúa ou non. Este tipo de regulación coñécese co nome de control *a priori*. No segundo a información comparada coa norma tómase do fluxo de saída, estando desta forma ante un control *a posteriori* ou no mellor dos casos ante un control "consuntivo".

Os niveis III e IV correspondentes ós controis de economía, eficiencia e eficacia perseguen a mellora da xestión das áreas auditadas co fin de sinalalos defectos e de emitir recomendacións para a súa corrección. Non citarei os obxectivos por coincidir literalmente cos principios definidos ó comezo.

Nembargantes, ó basearse fundamentalmente nos resultados, ademais das causas citadas anteriormente como especifi-

camente impedoras da análise, debo engadi-lo atraso no que se atopa a contabilidade pública respecto da privada.

Segundo establece a AECA existen catro niveis de contabilidade, que son: contabilidade financeira, contabilidade de custos, contabilidade de xestión e contabilidade directiva.

Pois ben, mentres que o sector privado se atopa desenvolvendo, nas súas organizacións máis avanzadas, a contabilidade directiva entendida como o último dos niveis, e todo iso como única posibilidade de enfrontarse ó ambiente de incerteza en que se desenvolve a actividade económica; o sector público actualmente atópase situado no primeiro nivel de contabilidade xeral ou financeira, e está en fase de proxecto a contabilidade analítica ou de custos correspondente ó segundo nivel.

Posiblemente a contabilidade pública non precise chegar ó cuarto nivel, pero en tanto non se atope implantada a contabilidade de xestión (nivel III) será moi difícil desenvolver esta avaliación, porque é precisamente esta contabilidade de xestión a única que pode facilita-la información relevante e necesaria para o cumprimento de tales obxectivos.

De forma simultánea co desenvolvemento deste nivel debería incidirse nun dos elementos clave, como é, a determinación clara e específica dos obxectivos, de forma que propicie o establecemento dos indicadores de xestión necesarios en todo labor de avaliación, o que suporía unha nova perspectiva organizativa tendente ó nacemento do que poderíamos denominar de forma xenérica como *management público*.

Precisamente, a definición de obxectivos e indicadores é a base sobre a que debe sustentarse o control financeiro de programas orzamentarios, que no noso país ten unha historia recente.

Nace como consecuencia do disposto na Lei de presupostos para 1989, que facultaba ó Ministerio de Economía e Facenda para o establecemento dun sistema de seguimento que culminara o proceso de orzamentación por programas iniciado no ano 1984.

Este sistema concretouse na O.M. do 11 de abril de 1989 mediante a que se establecía un sistema normalizado de seguimento de obxectivos de especial aplicación ós programas orzamentarios expresamente citados na súa disposición adicional décimo sexta.

Neste primeiro exercicio, o número de programas incluídos ascendía a oito.

A Resolución do 29 de xuño de 1989 da Dirección Xeral de Presupostos e a Circular 4/1989, do 16 de novembro, da Inter-

vención Xeral da Administración do Estado, desenvolven a O.M. citada, e concretan os mecanismos de funcionamento do sistema e a forma de realización do control.

No ano 1992, a experiencia adquirida ata entón, pon de manifesto a necesidade de mellora-la concreción de obxectivos e recursos e de estende-la aplicación do sistema ás actuacións das sociedades e entes públicos, aspectos que se concretan na O.M. do 14 de xullo do dito ano, que se lles chegou a aplicar no ano 1993 a un total de 16 programas.

O ámbito de aplicación deste control financeiro no seu primeiro ano centrouse en programas relacionados coa educación, as infraestructuras, a seguridade vial e a explotación da circulación aérea, e elixíronse basicamente, pola facilidade que representan estas actividades para a definición de obxectivos, polo volume de recursos que empregan e pola súa relevancia temporal.

Os 16 programas seleccionados no 1993 amplían as actividades anteriores, e inclúen as de investigación e desenvolvemento, tribunais de xustiza, formación profesional ocupacional e atención primaria á saúde.

Os resultados obtidos destes traballos de avaliación plázanse nun informe no que se debe manifestar opinión sobre os seguintes aspectos:

- Grao de realización dos obxectivos e a súa adecuación á realidade dos programas.
- Custos nos que se incorreu.
- Desviacións físicas e financeiras que, de se-lo caso, se producen na realización dos obxectivos.
- Causas de tales desviacións, distinguindo entre exógenas e endógenas á xestión, así como a valoración do seu efecto económico no custo do programa e, no seu caso, do proxecto de investimento.

Para a súa realización establécense catro fases: planificación, estudo preliminar, análise da xestión do programa e emisión do informe.

A planificación diríxese a obter-la información necesaria para establecer-lo programa de traballo (equipos, tempos, áreas, etc.).

O estudo preliminar persegue o coñecemento das actividades que se realizan na execución do programa, o responsable da xestión e a análise do sistema de seguimento desenvolvido polo xestor.

Na análise da xestión do programa examínanse os aspectos e as áreas que se consideraron relevantes no estudo preliminar, con especial énfase na avaliación dos niveis de eficacia e eficien-

cia cos que se utilizan os recursos para logra-los obxectivos pretendidos.

Nesta fase distínguense dúas partes perfectamente diferenciadas:

- A análise das áreas de gasto máis significativas, e
- A análise do balance e conta de resultados.

Por último, o informe, documento a través do que se emite a opinión, ten periodicidade anual e, ademais dos aspectos antes citados, deberá propoñe-las recomendacións que se consideren pertinentes para a mellora na xestión.

O tratado ata aquí evidencia unha clara preocupación por progresar en novas técnicas de control que, sen dúbida, contribúen á mellora da xestión pública, o cal non só é conveniente senón tamén necesario tendo en conta a progresiva acción intervencionista da Administración na actividade económica xeral.

Daquela Administración que se limitaba practicamente a facer obras públicas, a mante-la orde a través das forzas armadas e pouco máis, pasamos a unha Administración que, hoxe en día, incide practicamente en tódolos sectores, e constitúese, o sector público, coma o principal axente económico do país.

Proba disto é o considerable incremento porcentual do total do gasto público en relación co PIB en pesetas correntes. Mentres que no ano 1980 representaba o 31%, no 1992 esta porcentaxe elevouse ó 44,8 e, no ano 1994 xa representa o 49,6.

Finalmente e a modo de conclusión de todo o exposto, debo manifestarme en contra daqueles que consideran necesario substituí-los controis tradicionais por novas técnicas que controlen a eficacia e a eficiencia. Ambos deben coexistir en beneficio da transparencia e da credibilidade que debe presidir toda actuación pública.

A transparencia conséguese cunha información económico-financieira veraz e a credibilidade é un valor que se adquire mediante o exercicio continuado de accións correctas e acertadas no seu sentido máis amplo.

Con base niso, opino que debemos felicitarnos polo amplo desenvolvemento normativo de que foi obxecto o control financeiro na Administración pública nos últimos tempos, aínda que tamén creo que debemos mante-la natural reserva cara ó conxunto de disposicións normativas que, como dixen antes, sitúan o control previo de legalidade nunha posición moi debilitada, tendo en conta a finalidade última que debe cumprir.


Nas "Xornadas galegas sobre economía das corporacións locais" celebradas, na Xunta de Galicia, os días 16 e 17 do mes

de novembro de 1995, e no relatorio do profesor Dr. Manuel Ortigueira Bouzada, titulado "Imaxe actual do control do gasto público local: Unha investigación empírica", ponse de manifesto que na actualidade, a calidade dos métodos e sistemas utilizados no control do gasto, logo de realiza-la consulta a expertos da Administración do Estado, das comunidades autónomas e das corporacións locais, é a seguinte:

Aceptable cara á alta na Administración central e aceptable cara á baixa nas comunidades autónomas e nas corporacións locais.

Así mesmo considérase o nivel de implantación do control de eficacia, eficiencia e economía no gasto como baixo ou moi baixo na Administración central e nas corporacións locais e moi baixo nas administracións autonómicas; e, no mesmo sentido se pronuncian os responsables do control en canto á actitude política respecto do control do gasto.

Nesta liña correspóndenos a tódolos que temos algunha responsabilidade nas tarefas de control, propicia-lo coñecemento e a encardinación do control do gasto, como valor cultural, na sociedade española, xa que este valor, conforme os resultados presentados no dito relatorio se considera escaso ou nulo.

Concluirei para insistir nesta idea, cunha cita do profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, que representa a que intentei transmitir con esta exposición, e na que se indica que: excluír reciprocamente os valores de legalidade e eficacia leva a resultados perversos: unha actuación eficaz, realizada con afastamento absoluto da legalidade é a suma mesma do despotismo; pero tamén á inversa, unha actuación que devén ineficaz, por causa exclusiva da observancia estricta dunha norma, é unha burla. 

Evolución reciente de la tributación predial en Portugal

Profesor de Derecho de la
Universidad Católica de Oporto

Rui Duarte Morais

1. Introducción

Es lugar común que se afirme la pequeña importancia de la tributación de la propiedad inmobiliaria en el cuadro de los sistemas fiscales de los países desarrollados, como resultado de la desmaterialización de la riqueza que le dio importancia a la igualdad tradicional entre capacidad contributiva y propiedad de inmuebles¹.

¹ Se puede decir que los impuestos sobre el patrimonio no se revisten de una decisiva importancia financiera en ningún país, incluso entre los más ricos. Representaban, en 1991, los siguientes porcentajes de los rendimientos fiscales: en los Estados Unidos, 11,2%; en Australia, 9,8%; en Canadá, 9,5%; en Japón, 9,3%. En Europa ocupan las principales posiciones el Reino Unido, con el 8,2%; Suiza, con 7,2; Francia, con 5,8% y España, con 5,1%. En los demás países desarrollados continúa siendo muy secundario el peso de los impuestos sobre el patrimonio: en Bélgica, 2,5%; en Dinamarca, 3,7%, en Alemania, 2,8%; en los Países Bajos, 3,6% y en Noruega 2,9%. La tendencia general apunta hacia la disminución de la importancia financiera de tales impuestos. Entre

Es cierto que se ha venido asistiendo a una pérdida significativa del valor relativo de los suelos no urbanizables que no posean especiales cualidades agrícolas o forestales o en que la excesiva división de la propiedad a penas permita una agricultura de subsistencia, en especial los situados en zonas sujetas a procesos de desertificación humana, como es el caso general del interior de Portugal.

Si es verdad que los predios urbanos siguen teniendo un valor económico significativo, su tributación periódica tendrá que ser siempre moderada, atenta a su función social (vivienda), con el fin de no crear por esta vía un coste fiscal exagerado para las actividades empresariales y, aun, por preocupaciones de neutralidad con relación a la opción por la inversión en otros sectores².

Apenas las mayores cuantías obtenidas en la alienación de inmuebles podrán constituir unha fuente significativa de rendimientos fiscales³. Sólo que, obviamente, se trata de una tributación de carácter esporádico, dado que no parece obtenida de abstraer el principio de manera general que resulta de diferir la tributación de las demás cuantías para el momento de su realización.

los países de la OCDE sólo Francia, Islandia, Japón, Luxemburgo y Suecia ven valorizado el peso de sus impuestos sobre el patrimonio entre 1985 y 1991 (cfr. *Revenue statistics of OECD member countries*, París, 1993, pág. 85).

² Neutralidad, ésa, que está ausente del sistema fiscal portugués. Las rentas de los predios, líquidas, de gastos de conservación y manutención, están sujetas a una tasa que puede alcanzar cerca del 38%, en el caso de que el propietario sea una sociedad (por su inclusión en el cálculo del lucro tributable), pudiendo la tributación comprender igual nivel en el caso de personas particulares. El mayor valor obtenido por una sociedad en la venta de un inmueble también es tributado como componente del lucro, y puede la tributación alcanzar el 20% en el caso de personas particulares. Si comparamos con unha inversión alternativa en bienes inmobiliarios (p. ej. acciones u obligaciones), vemos que el rendimiento de éstas está sujeto a una tasa fija (liberatoria) del 25% y las demás cuantías exentas, siempre que la inversión se mantenga por un período mínimo de doce meses. Así, apenas razones psicológicas (las ideas de seguridad, amparo y simplicidad asociadas a la inversión inmobiliaria), el temor de la inflación (en retroceso por la continua reducción de ésta) y, en especial, el desequilibrio aún existente en el mercado de arrendamiento con una escasez de la oferta (que ya no se verifica en ciertos sectores, como el mercado de arrendamiento de despachos en las grandes ciudades), permitirán la obtención de rentas demasiado elevadas cuando, conferidas con el valor de los predios, pueden continuar justificando el interés en la inversión inmobiliaria.

³ Siempre teniendo presente el hecho bloqueador de la tributación de las transacciones sobre la normal dinámica del mercado. En el caso portugués, no se debe olvidar que una transacción inmobiliaria, además de la tributación del vendedor por la mayor cuantía eventualmente obtenida, según los términos indicados en la nota anterior, implica la incidencia sobre el comprador del impuesto sobre transferencia de propiedad, a una tasa del 10% en el caso de los predios urbanos.

Esta pérdida de importancia de la tributación predial sucede, a pesar de todo, solamente en términos macro-económicos. La concreta forma de tributación de la propiedad inmobiliaria continúa ocupando un lugar central en las preocupaciones fiscales de las familias. Lugar central ése que no es explicable únicamente en términos financieros pero, esencialmente, por razones sociales y, incluso, psicológicas. Para la gran mayoría de las familias, la gran inversión de sus vidas será la adquisición de casa propia⁴, como forma de concretización de su aspiración (y derecho) a la vivienda. Con tal objetivo una parte significativa de las familias portuguesas consagran una importante parte de sus rendimientos durante períodos correspondientes a gran parte de la vida activa de sus miembros. De ahí que la realización del sueño de ser propietario aparezca enormemente condicionado por los impuestos ligados a la propiedad de los inmuebles⁵. Por eso, también, hay una particular sensibilidad social para este tipo de impuestos, incluso porque son de los más directamente conocidos, debido a que en ellos sólo, raramente, están presentes ciertas formas de anestesia fiscal, como, por ejemplo, el cobro por retención en la fuente⁶.

2. La tributación predial y la autonomía local

Las cuestiones sociales y económicas inherentes a la tributación predial suponen, en Portugal, un componente de naturaleza directamente política.

⁴ En Portugal, la adquisición de casa propia sigue siendo la forma "impuesta" a la mayoría de las familias para la resolución de su problema de vivienda, dadas las distorsiones aún existentes en el mercado de arrendamiento de vivienda porque conducen a rentas anormalmente elevadas y los incentivos fiscales y otros (crédito bancario bonificado) de que pueden gozar los que hubiesen escogido la opción de la compra de vivienda.

⁵ La adquisición de inmueble para vivienda propia se estimula en Portugal, esencialmente, a través de los siguientes incentivos fiscales: la exención o reducción del impuesto sobre transferencias de propiedad, incidente sobre la compra; la exención de tributación de la mayor cuantía obtenida en la venta de vivienda propia, en la medida en que sea reinvertida en idéntica finalidad; la exención de contribución autonómica por un período que puede comprender hasta diez años; la deducción en I.R.S., dentro de los límites fijados, de las pagas totales en la amortización e intereses de préstamos contraídos para tal fin; el régimen fiscal favorable en lo que respecta a la tributación de los intereses de las llamadas "cuentas ahorro-vivienda".

⁶ Sólo existente, en Portugal, en los casos de arrendamientos en los que el arrendatario es un contribuyente que dispone o es legalmente obligado a disponer de contabilidad organizada (art. 94, n.º 1, del Código del I.R.S. y art. 75, n.º 1 c) del Código del I.R.C.).

La actual Constitución de la República Portuguesa proclama, en su artículo 237, el principio de la descentralización administrativa en la organización del Estado, lo que exige un reparto de cierto número de competencias entre la Administración central y las entidades autónomas representativas de intereses colectivos específicos, en concreto, las autonomías locales.

La descentralización administrativa pasa, según la Constitución, por dos vías posibles: la creación de regiones administrativas y la autonomía municipal⁷.

La primera de estas vías, la creación de regiones administrativas, no ha tenido hasta hoy concreción⁸.

Existe, en la sociedad portuguesa, una gran división en cuanto a la voluntad de una solución tal, de difícil justificación en términos de mayor eficiencia, atenta a la pequeña dimensión del país y al temor de que la creación de regiones administrativas pueda llevar a la profundización de divisiones locales, hoy prácticamente inexistentes⁹.

La autonomía municipal, por el contrario, es una realidad, corresponde a una tradición secular portuguesa, consolidada en la edad media, cuando el esfuerzo de la reconquista limitó el centralismo real y supuso la concesión, a través de fueros, de importante autonomía a las comunidades locales, sentimiento, éste que nunca se perdió y encontró su reafirmación doctrinal en los pensadores del romanticismo de finales del siglo pasado y, aun, del inicio de este siglo¹⁰. A pesar de contrariada por el centralismo autoritario de la II República (1926-1974), la tradición de la autonomía municipal fue claramente retomada después de

⁷ En Portugal existen dos regiones autónomas, correspondientes a los archipiélagos de las Azores y de Madeira. Su estatuto es más que el de una región administrativa, debido a que disponen de competencias políticas propias.

⁸ Está prevista la realización durante la presente legislatura de un referendo nacional para decidir la creación o no de regiones administrativas, cuya ley marco fue recientemente aprobada en el Parlamento.

⁹ Tal ley marco de la regionalización prevé la delimitación de las futuras regiones administrativas. No parece existir consenso sobre el número de las regiones que se crearán ni sobre la respectiva delimitación, siendo varios los municipios que pretenden integrar otra región que no es la prevista en dicha ley. Esto motivó que durante el debate parlamentario quedase consagrada la posibilidad de alteración de los límites de las regiones después del referendo. El Tribunal Constitucional vino a declarar inconstitucional tal solución, lo que implica la necesidad de un nuevo debate parlamentario para la aprobación de una "nueva" ley marco. Más problemática, aún, será la cuestión de la elección de las futuras capitales regionales.

¹⁰ Obras clásicas sobre el municipalismo portugués son la *História de Portugal* de Alexandre Herculano y la *História da Administração Pública* de Gama Barros. Para una síntesis, véase Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, I, pág. 382 y sigs.

la Revolución de Abril de 1974, con la elección directa de los órganos del poder local.

La autonomía local comprende varias dimensiones¹¹, entre las cuales destaca, en lo que nos interesa, la autonomía financiera.

La autonomía financiera implica no sólo que la libertad de los órganos municipales aplicase sus rendimientos a las necesidades locales, sino, también, la posibilidad de que los municipios dispusiesen de rendimientos propios.

Como indican Gomes Canotilho y Vital Moreira, "a autonomía financeira requer a autodeterminação financeira, de modo a que a vida financeira das autarquias não fique dependente de actos discricionários do poder central. Consequentemente afastam-se, em princípio, os subsídios e as comparticipações, considerados como instrumentos de dependência das autarquias relativamente ao poder central e fonte de discriminação entre elas".¹²

Como se sabe, dada la irrelevancia global de los rendimientos patrimoniales, los rendimientos efectivos de los entes públicos corresponden, prácticamente, a los rendimientos tributarios.

Los municipios portugueses reciben hoy, además de la cuantía correspondiente al cobro hecho en la respectiva área territorial de ciertos impuestos menores, comunmente designados como impuestos locales¹³, unha parte significativa de los rendimientos del Presupuesto General del Estado, a través de transferencias calculadas en los términos de la Ley 1/87, de 6 de enero, el llamado Fondo de Equilibrio Financiero.

Esta ley define las reglas de reparto entre los varios municipios de determinados porcentajes de los rendimientos fiscales del Estado según criterios de gran complejidad que tienden a alcanzar, simultáneamente, dos objetivos, muchas veces de signo contrario: la satisfacción de las necesidades de cada municipio, naturalmente variables desde luego en función de su dimensión y población, y la concretización de un principio de solidaridad nacional, a implicar un tratamiento más privilegiado de los municipios más desfavorecidos¹⁴.

Con todo, aun con esta garantía legal de percepción anual de un cierto volumen de rendimientos fiscales, la autonomía financiera municipal sigue siendo limitada.

Al contrario que el Estado (poder central), los municipios portugueses no tienen poder tributario propio, no pueden "crear", por la vía de impuesto, los rendimientos que necesiten para hacerles frente a los gastos que consideren necesario realizar en la ejecución del interés público.¹⁵

¹¹ La autonomía normativa, la autonomía administrativa y la autonomía financiera. Sobre el tema en derecho portugués, recientemente, Casalta Nabais, *A Autonomia local*, Coimbra, 1996.

¹² Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pág. 889.

¹³ La contribución autonómica, el impuesto sobre transferencias de propiedad, el impuesto municipal sobre vehículos automóviles, la derrama y el impuesto para el Servicio de Bomberos.

¹⁴ Sobre el tema, Pedroso de Almeida *La perequation financière et les subventions*, D.G.A.A., 1990; Antonio Balsa *Regime financeiro das Autarquias Locais*, D.G.A.A., 1991, Valdez Matias *Contributo para o estudo das finanças municipais*, C.C.R.C., Coimbra, 1987.

¹⁵ En la última revisión constitucional (Ley Constitucional 1/97, de 20 de septiembre) se modificó el artículo 238 que, en su n.º 4, pasó a establecer que "las autonomías locales pueden disponer de poderes tributarios, en los casos y en los términos previstos en la ley". Sólo que como tal ley continúa sin existir, se mantiene la situación descrita en el texto.

Los diferentes programas de gobierno municipal se ciñen, así, a oposiciones sobre la mejor presunción de un determinado volumen de recursos predeterminado, con la exclusión de la posibilidad de presentación de diferentes propuestas de realizaciones que suponen distintas exigencias fiscales para los contribuyentes.

La concretización de un ideal de autonomía financiera municipal parece, así, pasar por la creación de un subsistema de impuestos locales, teniendo por sujeto activo los municipios, cuyos órganos deliberativos tendrían competencia para intervenir en la configuración de los respectivos elementos esenciales, que la Administración pública local, eventualmente, recaudaría¹⁶.

Sólo que tal objetivo es contrariado por varios factores, técnicos y políticos.

Como obstáculos técnicos tenemos, en primer lugar, la tendencia de los modernos sistemas fiscales a la globalización.

La personalización de la tributación de las personas físicas lleva a la necesidad de la consideración unitaria de todos los diferentes tipos de rendimiento del grupo familiar y su sujeción a un sólo impuesto, lo que origina una cotización única; algo semejante sucede con la tributación de las personas colectivas, en especial de las sociedades: los diferentes tipos de rendimientos, aunque no directamente resultantes de la actividad empresarial, se consideran componentes positivos (provechos) en el cálculo del lucro, lo cual es tributado de forma global en un único impuesto, en el caso portugués el IRC (Impuesto sobre el rendimiento de las personas colectivas).

Como segunda dificultad técnica en la creación de un sistema de impuestos locales surge la cuestión de la localización de los rendimientos, con respecto a su imputación en un determinado espacio geográfico, el establecimiento de un nexo que justifique su atribución a un determinado municipio¹⁷.

Se suma, por último, en contra de la idea de la creación de un verdadero sistema de impuestos locales, el recelo de que se creen grandes desigualdades en la carga fiscal a la que estarían sujetos los contribuyentes en los diferentes municipios (lo que parece ser poco razonable en un país de reducidas dimensiones) y el temor de que, en pequeños municipios en que la propiedad se concentra en la mano de un pequeño número de ciudadanos (desde luego la tierra, pero también las unidades industriales), la mayoría de electores diese su aprobación a normas fiscales que constituirían, en la práctica, auténticas formas de confisco por la vía fiscal.

¹⁶ Sobre el tema, Manuel Lopes Porto, "A Reforma fiscal portuguesa e a tributação local", en *Estudos em Homenagem a Eduardo Correia*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1994; Rui Duarte Morais "Notas sobre a Contribuição Autárquica" en *Fisco*, n.º 7, 1989.

¹⁷ El problema fue particularmente sentido en Portugal a propósito de la afectación de los rendimientos de la derrama, un impuesto adicional relativo al IRC. El rendimiento se había, inicialmente, atribuido al municipio de la sede de la sociedad, lo que originó legítimas protestas de los municipios por la situación de los diferentes establecimientos comerciales e industriales. Esto obligó al establecimiento, por el D.L. 37/93, de 13 de febrero, que modificaba la Lei de las finanzas locales, de criterios legales de reparto del rendimiento de tal impuesto entre los varios municipios en los que se sitúan los diversos establecimientos de una sociedad en base a índices externos como puede ser el importe de salarios pagados por cada uno de esos establecimientos en el cómputo general de la sociedad.

Completando como ninguna otra las exigencias del criterio de localización espacial (por la evidente "localización" del bien productor de la manifestación de la capacidad contributiva tributable), la tributación predial es la que mejor permite construir figuras tributarias autónomas de tributación capaces de generar un rendimiento fiscal propio de los municipios¹⁸.

Los impuestos locales (municipales) son, ya hoy, esencialmente, los impuestos patrimoniales sobre bienes inmobiliarios¹⁹.

Por último, las preocupaciones ambientales, ecológicas, de preservación del patrimonio y de estímulo para un correcto urbanismo, dominantes en las sociedades de hoy, le han concedido una elevada importancia a la posibilidad del uso extra-fiscal de los impuestos sobre el patrimonio inmobiliario como una de las formas posibles de lograr, por vía indirecta, un cierto control público del comportamiento de los ciudadanos con respecto a los predios de los que son titulares, lo que corrobora la conveniencia de un refuerzo del margen de intervención municipal en la definición de sus elementos esenciales, dada su competencia propia en tales materias.

En resumen, aunque la tributación de los predios sea hoy una realidad fiscal "menor", su importancia política y social ha, algo paradójicamente, sufrido un importante refuerzo en los últimos tiempos.

No es, pues, casualidad, que este tema sea hoy central en el debate fiscal que, con gran impacto público, tiene lugar en este momento en Portugal. Tal justificaría sólo por sí mismo, creemos, la oportunidad de la elección del objetivo de las presentes consideraciones.

¹⁸ Cfr., David King, *Tax Reform and local government finance in Portugal*, Stirling, 1986; M. Casanegra M. e outros, *Reform of income taxation in Portugal*, F.M.I., 1985.

¹⁹ Lo que se justifica no sólo por el fácil establecimiento de la conexión geográfica sino también por el hecho de estar ante una tributación que se ajusta al principio de beneficio y que las competencias municipales se tradujesen, en gran medida, en la prestación de servicios directamente relacionados con posesión o la ocupación de predios. (Cfr., Lopes Porto e Duarte Morais, cit. nota 16).

²⁰ Incidente sobre el valor de la transacción gravosa de inmuebles *inter vivos*. El impuesto (tasa normal de 10%, en el caso de predios urbanos, y 8% en el caso de predios rústicos) le corresponde al comprador.

2. La evolución reciente de la tributación predial en Portugal

Ya que es motivo de estudio de este trabajo la problemática actual de la tributación predial en Portugal, creemos que es indispensable situar primero al lector, desconocedor de esta realidad, en lo que respecta a los antecedentes de la cuestión.

Para centrarnos en el tema objeto de este estudio, apenas nos referiremos a las formas de tributación del rendimiento y del valor de los predios (las cuales, como veremos, tienen una íntima conexión en el fiscal portugués).

Al margen quedarán otras formas de tributación de los bienes inmobiliarios, principalmente las resultantes de su transmisión gravosa (impuesto sobre transferencias de propiedad²⁰

y tributación de las demás cuantías²¹) y gratuita (impuesto sobre sucesiones y donaciones).

No queremos, por lo tanto, dejar de hacer referencia a que mucho de lo que se dirá en lo que respecta a la cuantificación del valor tributable de los predios es aplicable, con las necesarias adaptaciones, a estas formas tributarias.

3. La reforma fiscal de los años sesenta

El sistema fiscal portugués de tributación del rendimiento de los inmuebles tiene sus raíces en el marco legislativo creado por la reforma fiscal de 1958-65²², en especial el Código de la contribución predial y del impuesto sobre la industria agrícola aprobado por el D.L. 45.104, de 1 de junio de 1963.

Como trazos esenciales de este marco legislativo indicaremos los siguientes:

■ el predominio de una tributación cedular, de índole esencialmente real, en que cada tipo de rendimiento, definido por su origen o fuente, estaba sujeto a un distinto impuesto.

■ una tributación dirigida al rendimiento, el cual podría ser, según los casos, rendimiento real, normal o potencial:

a) Rendimiento real, en el caso de los predios (urbanos, construidos o no construidos) destinados a arrendamiento. En este caso, el rendimiento tributable lo constituía el valor de las rentas efectivamente recibidas por el propietario, líquidas de determinados porcentajes que, legalmente, se presumía que correspondiesen a los gastos de conservación y manutención de los predios²³.

b) Rendimiento potencial, en el caso de los predios urbanos (construidos o no) sometidos al uso de su propietario. En este caso, la tributación incidía sobre la renta presumida (potencial), correspondiente a la renta (líquida, en los términos expuestos en el párrafo anterior) que sería normalmente posible obtener en el caso de que el predio se estableciese en el mercado de arrendamiento, para ser determinado por evaluación.

c) Renta normal (renta agraria), en el supuesto de los predios rústicos (de aplicación agrícola).

El valor tributable le correspondería, en este caso, al rendimiento atribuible a aquel capital-tierra en cuanto factor de producción, en el marco de una actividad empresarial agrícola. Dicho rendimiento se determinaba por estimación. Para esto, se partía del esbozo de una exploración agrícola normal (por re-

²¹ Cfr., *supra* nota 2.

²² Sobre esta reforma ver, de su principal responsable, Teixeira Ribeiro, *A Reforma fiscal*, Coimbra, 1965.

²³ Presunción, ésta, que se mantiene en la versión original del Código del IRS (en vigor desde el 1 de enero de 1989) hasta 1994. Su objetivo era el de evitarles a los pequeños propietarios la necesidad de mantener el registro documental de tales gastos y, mismo, estimular la auto-realización de tareas de manutención y conservación por los propietarios. De ahí que, funcionando como presunción a favor del propietario, pudiese ser elidida por éste mediante la prueba de la realización de gastos de suma superior. Una escasa prevención de rendimiento supuso la abo- lición de esta norma.

ferencia al tipo de culturas normalmente practicados en la zona); se calculaba, después, con referencia a diferentes parcelas-tipo (distintas por la diferente capacidad de los suelos) los provechos y los costes normales de la explotación agrícola, llegándose (por exclusión de partes, y después de haber sido abatido el lucro normal del empresario agrícola) al rendimiento imputable al capital predial, al capital-tierra.

Este proceso de estimación (que implica una previa valoración catastral para la delimitación de cada predio e identificación de las diferentes parcelas correspondientes a diferentes tipos de suelos destinados para diferentes tipos de cultivos que lo constituyen) se caracteriza por un extremo rigor y, en consecuencia, por una extrema lentitud.

Por eso, aún hoy, apenas una parte del país (en lo esencial, las zonas en donde no predomina el minifundio) ha sido objeto de estimación catastral.

Los resultados obtenidos, a pesar del rigor en su determinación, quedan rápidamente desactualizados (a veces, incluso antes de que terminara el proceso de estimación) por la evolución en el aprovechamiento agrícola de los terrenos (p. ej. introducción de nuevos cultivos) o por la alteración de los valores de mercado que se habían tenido en cuenta en la determinación de la renta agraria.

4. La reforma de 1989

La reforma global de la tributación del rendimiento en Portugal, que entró en vigor, con la publicación de los diferentes códigos que la integran, el 1 de enero de 1989, alteró radicalmente la filosofía de la tributación predial, pero dejó intactas las formas de determinación de la base de tributación del valor de los predios.

La característica más importante de dicha reforma fue, en lo que corresponde a la tributación de las personas físicas, el paso de un sistema de tributación cedular (ya entonces un arcaísmo único en los países de la OCDE) a un sistema de tributación "unitaria", caracterizado por el conjunto de los diferentes tipos de rendimiento y su sujeción, después de la consideración de varios tipos de deducciones de carácter personalizante, a una tasa, lo que origina, por lo tanto, una única deuda de impuesto²⁴.

En lo que respecta a los predios arrendados, en que estaban sujetos a impuesto las rentas líquidas efectivamente recibidas por el señorío, no presentaban ninguna dificultad de mayor

²⁴ Sobre la Reforma de la tributación directa del rendimiento en 1989, *vid.*, Pitta e Cunha, *A Reforma Fiscal*, Lisboa, 1989, y Saldanha Sanches, *Princípios Estruturantes da Reforma Fiscal*, Lisboa, 1991.

envergadura su integración en un impuesto global sobre el rendimiento.

Ya no es así en lo que corresponde a los predios no arrendados: su inclusión en la tributación global del rendimiento colinda frontalmente con algunos de los principios que habían presidido la elaboración de esta nueva forma de tributación, especialmente el de que sólo deberían ser tributados rendimientos reales y efectivos excluyéndose, por lo tanto, la tributación de rendimientos normales o presumidos (la renta potencial determinada pro valoración que, como vimos, era objeto de tributación por el antiguo Código de la contribución predial).

La solución obvia parecía ser así la de la tributación de los predios arrendados en IRS o IRC, según el respectivo titular fuese una persona física o una persona jurídica, y la sujeción, en caso de que así se entendiese²⁵, a una forma autónoma de tributación, de efecto económico equivalente, de los predios no arrendados.

No fue, no obstante, ésta la vía escogida por el legislador: más allá del dualismo, tal vez indeseable, que así se introduciría en la tributación predial, según la situación de arrendamiento o de no arrendamiento de los predios (con todos los problemas implicados por la alteración de la situación del predio, de las situaciones de predios parcialmente arrendados o arrendados apenas durante parte del año), se quiso dar satisfacción a las exigencias de autonomía financiera de los municipios, a la "reserva" para éstos de las formas de tributación más adecuadas a las exigencias de una financiación autónoma por la vía fiscal, funciones a las que particularmente se adecúan, como ya dijimos, los impuestos sobre los inmuebles.

Los rasgos generales del sistema, trazados por la reforma actualmente en vigor habían sido los siguientes:²⁶

■ creación de una nueva figura tributaria, la contribución autónoma, a la que quedarían sujetos todos los predios, arrendados o no.

Tal impuesto es un impuesto sobre el valor patrimonial de los bienes y no sobre su rendimiento, por lo que su existencia no coincide con el principio de la tributación unitaria de los rendimientos.

■ sujeción a las formas globales de tributación (IRS o IRC, según su titular sea persona física o colectiva) de los rendimientos reales líquidos originados por los predios en situación de arrendamiento.

■ eliminación, por principio, de la *dupla tributación económica* que así resulta para los propietarios de predios prescriptos a arrendamiento (sujetos a C.A. por el valor del predio y el

²⁵ Dado que no existe en el sistema fiscal portugués una tributación del patrimonio con carácter generalizado. Sólo los inmuebles y, en cierta medida, los vehículos automóviles están sujetos a tributación independientemente de la producción de un rendimiento real. Una de las propuestas del actual Gobierno está en el sentido de la creación de un impuesto "general" sobre el patrimonio. Cfr., Medina Carreira, *Reforma da Tributação do Património*, mimeografiado, Lisboa, 1997.

²⁶ Lopes Porto y Duarte Morais, cit. nota 16.

impuesto sobre el rendimiento por las rentas obtenidas) a través de la posibilidad de deducción de las sumas pagadas en contribuciones autonómicas en el respectivo impuesto sobre el rendimiento.

En el caso de predios establecidos para arrendamiento, el pago de la contribución autonómica funciona así, en términos económicos, como un adelanto, un pago a cargo, del impuesto sobre el rendimiento, por lo que la carga fiscal de cada propietario acabará por ser determinada por la tasa a la que quede sujeta la totalidad de los rendimientos de cada contribuyente.

A pesar de tan substanciales modificaciones en la filosofía del impuesto, las alteraciones legislativas introducidas por la reforma de 1989 no habían sido, por razones de mera oportunidad política, acompañadas por la revisión de las reglas de cuantificación del valor patrimonial de los predios sujeto a contribución autonómica.

Se habían mantenido en vigor, como solución "transitoria" de recurso, las normas pertinentes del Código de 1963, el Código de la contribución predial.

Dado que las reglas de determinación de la materia tributaria se dirigían, en dicho código, a la determinación del rendimiento de los predios, en los términos que, aunque brevemente, dejamos atrás expuestos y la contribución autonómica incide sobre el valor de los predios, la solución encontrada (se repite, considerada como meramente transitoria) fue la de multiplicar el rendimiento así establecido por aplicación de factores de capitalización legalmente determinados (en orden al factor 15) para estipular el valor patrimonial objeto de tributación en C.A.

5. La polémica sobre la creación de la contribución autonómica

La creación de la contribución autonómica no estuvo exenta de crítica²⁷, incluso en el plano de su constitucionalidad, no obstante, aunque me identifique (hasta por la participación que he sustentado en el proceso técnico que condujo a su creación) con soluciones encontradas, creo que sería oportuno dar una noticia sucinta, acerca de esa polémica, aunque sólo a nivel constitucional.

Después de su entrada en vigor, numerosos preceptos de los diferentes códigos que habían integrado la reforma fiscal de 1989 habían sido objeto de un proceso tendente a la declaración de su inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional. En-

²⁷ En una crítica vehemente a la opción legislativa de la creación de la contribución autonómica y de algunas de las concretas soluciones legislativas, Nuno de Sá Gomes, "Considerações em torno da Contribuição Predial Autárquica", en *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 365, 1992.

tre ellos, algunos de los artículos del Código de la contribución autonómica.

En lo referente a ésta, más allá de cuestiones "menores", esencialmente relativas a normas transitorias, se puso en crisis el art. 17 del respectivo código, el cual permite la intervención autónoma de las asambleas municipales en la concreta definición de la tasa del impuesto que incide sobre los predios urbanos, entre los límites máximo y mínimo definidos por el Parlamento.

Alegaba el autor del recurso de inconstitucionalidad, el defensor del pueblo²⁸, que dicho artículo choca con el *principio de igualdad* al "permitir, una intervención administrativa de carácter discrecional en el ámbito del contenido esencial del acto tributario, es decir, en la fijación de la tasa de impuesto", y, además, que tal precepto implicaba una *violación del principio de la reserva de ley parlamentaria* en la creación de los impuestos²⁹.

Numerosos juristas, entre ellos algunos de los más conocidos fiscalistas portugueses, habían sido llamados a dar su opinión, y su conclusión fue unánime por lo infundado de tales argumentos de inconstitucionalidad.

En lo que respecta a la supuesta violación del principio de igualdad, se discutió, en definitiva, que se debería hacer una lectura substantiva y no meramente formal o matemática de tal normativa constitucional. Igualdad será, en suma, tratar de distinta forma lo que es diferente, en la medida exigida por tal diferencia. Transportado este entendimiento para el caso concreto, hubo una particular llamada de atención al fundamento del impuesto, claramente expreso en el preámbulo del respectivo código.

La contribución autonómica es un impuesto dominado por el principio de beneficio³⁰: su cotización le corresponde, más que al reconocimiento de una concreta capacidad contributiva, a una contrapartida pagada por los titulares de los predios por la actividad municipal, la cual, en lo esencial, se traduce en la prestación de servicios (calles, infraestructuras de saneamiento, recogida de basura doméstica, etc.) que les son útiles directamente a los propietarios de los predios situados en una determinada circunscripción territorial³¹. Ya que son diferentes, de municipio a municipio, los costes de la prestación de tales servicios y, en la mayoría de los casos, las inversiones necesarias para la satisfacción en un grado mínimo de tales necesidades -lo que mejor que nadie pueden apreciar los órganos del poder local- resulta evidente que para satisfacer el principio de igualdad en el acceso a tales servicios podrá ser exigible un diferente esfuerzo financiero y, por lo tanto, un diferente esfuerzo tributario.

²⁸ La ley portuguesa no permite la interposición directa por particulares de recursos para el Tribunal Constitucional tendentes a la apreciación en abstracto de la constitucionalidad de una norma. De ahí que el defensor del pueblo, que goza de tal legitimidad, haya sido el "portavoz" de las "preocupaciones que le habían manifestado por un grupo de ciudadanos".

²⁹ Sobre el principio de la legalidad en el derecho fiscal portugués, Casalta Nabais, *Os contratos fiscais*, Coimbra, 1994, págs. 215 y sigs.

³⁰ Sobre el principio del beneficio como legitimador de la tributación, Moreno Seijas, *El principio del beneficio de la imposición: teoría y aplicación actual*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1995.

³¹ Rigurosamente, no son propietarios pero sí los ocupantes. De ahí que, en ciertos países, como Francia, sean éstos y no los propietarios los sujetos pasivos de formas semejantes de imposición. En Portugal, razones políticas (el deseo de no agravar a los inquilinos) y de naturaleza práctica (la fácil determinabilidad por el registro de la identidad del propietario, y la garantía del pago de la deuda de impuesto del propietario que es el propio predio) conllevarán a mantener la solución tradicional de configurar el propietario como sujeto pasivo del impuesto.

La existencia de diferentes tasas del impuesto en las diferentes zonas geográficas (que, de otro modo, y como se destacó, es una característica casi "universal" de los diferentes impuestos locales en los varios países occidentales) no puede así considerarse como violación del principio de igualdad.

Con respecto a la violación del principio de reserva parlamentaria, la cuestión, en lo esencial, era saber si la exigencia del entonces artículo 106, n.º 2 del CRP³² implicaba o no una definición de la tasa en concreto o, si llegaría simplemente la fijación, por el Parlamento, de sus límites mínimo y máximo.

Es importante, con respecto a esto, explicar que dicha discusión surgía, en gran medida, a propósito de las sucesivas redacciones del precepto equivalente del texto constitucional anterior y del significado de la elección de redacción amparada por el legislador constitucional de 1976.

En realidad, el art. 70, n.º 1 de la Constitución de 1933, en su redacción inicial, le reservaba al Parlamento sólo la definición de los límites de las tasas; después de la revisión de 1971, pasó a exigir la determinación parlamentaria de la propia tasa, redacción ésta equivalente a la que encontrábamos en el entonces art. 106, n.º 2 de la CRP.

Es decir, la evolución constitucional puede entenderse en el sentido de que se excluye la intervención de cualquier otro órgano que no sea el parlamentario para la definición de la tasa de los impuestos³³.

Tal argumentación fue profundamente rebatida por los juristas que sobre la cuestión habían sido entonces llamados a pronunciarse, en base a, entre otras, las siguientes líneas de argumentación:

■ la necesidad de una interpretación sistemática de la Constitución, de la que resulta que en las situaciones, además bastante frecuentes, de choque entre principios constitucionales cuya satisfacción por el legislador ordinario se vuelva simultáneamente imposible debido a su carácter contradictorio, habrá que buscar una solución legislativa que sin sacrificar el núcleo esencial de cada uno de esos principios, traduzca el compromiso posible; en ese caso, tendríamos, por un lado, el principio de la reserva parlamentaria de la creación de los impuestos y, por otro, los principios, de igual dignidad constitucional, de la autonomía financiera municipal y de la existencia de un poder regulador autónomo que exigirán una conciliación.

■ la intervención autónoma de los entes deliberativos municipales en la fijación de la tasa dentro de una parte, además mucho más estrecha, predefinida por la Lei de la Asamblea de

³² Actual artículo 103, n.º 2.

³³ Sobre tal evolución constitucional, cfr., Bráz Teixeira, *Princípios de Direito Fiscal*, Coimbra, 1992, pág. 91 y sigs, y Soares Martínez, *Direito Fiscal*, Coimbra, 1993, págs. 93 y sigs.

la República satisfaría tal exigencia de conciliación, hasta porque lo esencial del fin del instituto de la reserva parlamentaria no sería puesto en duda, la idea de auto-tributación se mantendría, totalmente, una vez que los representantes electos del pueblo (y no un órgano cualquiera de la Administración)³⁴ serían los que fijasen la concreta tasa, o sea, nunca se podría hablar de una *taxation without representation*.

■ se mantendría intacta la función de garantía que la Constitución pretende llevar a cabo de la reserva de ley, en cuanto los contribuyentes seguirían conociendo previamente la concreta tasa que les sería aplicable, aunque por intermedio de una "ley municipal" (ley en sentido material).

Además, y como se señaló entonces, en el derecho penal, dominio en que las preocupaciones de garantías son mayores por estar en causa la propia libertad y no sólo intereses de índole patrimonial, la tipicidad de la ley penal nunca fue vista como prohibiendo la existencia de penas fijadas entre un máximo y un mínimo.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia n.º 57/95³⁵ le dio la razón a la argumentación sintetizada más arriba, concluyendo por la constitucionalidad de tal margen de intervención de los órganos del poder local en la fijación en concreto de las tasas del impuesto, y respondiendo así negativamente a las alegaciones de inconstitucionalidad.

Aunque admitamos que toda esta problemática no sea muy interesante para el lector español, a quien la diversidad cultural y política de su Estado le hace extraña la noción de un poder legislativo absolutamente centralizado en el Parlamento, pensamos que la sentencia del Tribunal Constitucional portugués, al que nos referimos, es extremadamente significativo. No tanto por las cuestiones concretas en apreciación, las cuales, por corresponder a soluciones legislativas que, en lo esencial, no tenían nada de innovador, una vez que retomaban, aunque de forma diferente, soluciones ya tradicionales en la legislación fiscal portuguesa³⁶, pero si por las perspectivas de futuro que abrió: al reconocer la compatibilidad del principio constitucional de la reserva de ley en materia de creación de impuestos con el ejercicio de un poder regulamentario autónomo de los municipios, mismo al nivel de los elementos esenciales, el Tribunal Constitucional abrió camino (o, por lo menos, no impidió) la posibilidad de una intervención adicional, en el futuro, en materia de elementos esenciales de los impuestos, bien por parte de los municipios, bien por parte de las futuras regiones administrativas, si éstas llegaran a tener concretización³⁷.

³⁴ Las asambleas municipales son elegidas por sufragio directo con respecto a la regla de proporcionalidad.

³⁵ D.R., II serie, de 12/04/95.

³⁶ Es una solución tradicional del derecho portugués la existencia de una deliberación de los municipios sobre si pretenden cobrar en un determinado año la derrama y, en caso afirmativo, la fijación de la respectiva tasa hasta el máximo fijado por ley parlamentaria.

³⁷ La cuestión de la constitucionalidad de la intervención de los municipios en la determinación de elementos esenciales de los impuestos quedó, mientras tanto, superada con la revisión constitucional de septiembre de 1997. Cfr., *supra*, nota 15.

No será en realidad, por casualidad, que los trabajos técnicos para la reforma de la contribución autonómica, los que más adelante trataremos, prevean ya una intervención autónoma de los municipios en la definición de las reglas que conducirán a la cuantificación de la materia tributable.

6. La injusticia actual de la contribución autonómica

La contribución autonómica, en tanto que impuesto sobre el valor de los bienes inmobiliarios, depende, en lo que respecta a su justicia relativa, a la igualdad horizontal entre los contribuyentes, de la existencia de una determinación uniforme y actualizada del valor de los predios, es decir, que la cuantificación de la materia tributaria corresponda efectivamente al valor que la ley pretende tributar (el llamado valor patrimonial).

¡Tal como ocurre en Portugal!

Como hemos dicho, la creación de la contribución autonómica no fue, esencialmente por razones de índole política, acompañada de la aprobación de un nuevo código de valores³⁸. Se habían mantenido, como dijimos, a título de solución transitoria, en vigor las normas de valores del abolido Código de la contribución predial de 1963.

Sólo que esta "solución transitoria" es manifiestamente absurda, en tanto que desvirtúa totalmente el nuevo impuesto.

En realidad, la apreciación hecha en el marco de la abolida contribución predial era una apreciación dirigida a la determinación del rendimiento.

Tributándose hoy el valor de los predios, se llega al respectivo valor por la capitalización del rendimiento, a través de su multiplicación por un factor legal.³⁹ Sólo que —y refiriéndonos ahora solamente a los predios urbanos ya que son los únicos con representación significativa en términos de rendimiento— la cuestión comienza por el valor de la renta efectivamente obtenida o de la equivalente renta potencial que estea influenciada por factores que no tienen necesariamente correspondencia en el valor de los terrenos:

■ Primero, el valor de una renta, en un mercado libre, es determinado por una situación coyuntural de oferta y demanda. Es decir, dos predios de igual valor, hasta con la misma localización, fácilmente serán arrendados por valores substancialmente diferentes si, a corto plazo, las condiciones de mercado se alterasen fundamentalmente.

³⁸ Siempre que, bien cuando tuvieron lugar los trabajos de la Reforma de 1989, bien posteriormente, se anunció la eventual aprobación de un código de valores, hubo reacciones particularmente violentas por parte de la opinión pública que había determinado la congelación de tales proyectos. Los contribuyentes, especialmente los propietarios de predios más antiguos, teniendo conciencia del carácter desajustado del impuesto que pagan, temen que la aprobación de una nueva normativa vaya acompañada de la revalorización general de la propiedad y del consiguiente brutal aumento de sus impuestos.

³⁹ Este factor de capitalización fijo es más un elemento de arbitrio en el impuesto, porque no existe ningún tipo de correlación necesaria (fija) entre el rendimiento normal de un predio y su valor.

Se le suma a esto que sólo ficticiamente se puede hablar de un mercado libre de arrendamiento en Portugal. Desde la II Guerra Mundial, las rentas de vivienda para habitar habían estado congeladas en los principales ayuntamientos del territorio (Lisboa y Oporto), medida esa que fue posteriormente extendida a todo el país y a las rentas no para habitar, situación ésta que se ha mantenido hasta hace bien poco.

En este marco legal, aunque se mantuviese la libertad de fijación contractual de la renta inicial, las rentas no podrán ser actualizadas o, a partir de determinado momento, sólo lo podrán ser en base a coeficientes legales (siempre inferiores a los índices de inflación).

■ Segundo, a esta "congelación de rentas" se sumó la perennidad de los arrendamientos.

La ley permitía (permite) la transmisión, casi ilimitada, de la calidad de arrendatario residencial de padres para hijos, de generación en generación y la libre transmisión de la calidad de arrendatario para fines empresariales a través del recurso a la figura del *traspaso* del establecimiento comercial.

■ Se suma a esto, por fin, el hecho de que Portugal conocía, a finales de la década de los setenta y durante la mayor parte de la década de los ochenta, una inflación siempre superior a dos dígitos, que alcanzó en varios años valores próximos al 30%.

Las consecuencias para el mercado de arrendamiento de este marco legal son las que se podrían esperar:

■ la fijación de los inquilinos en los predios arrendados (unha casi total inmovilidad del mercado de arrendamiento), usufructuando (a costa de los legítimos intereses de los propietarios) de la ayuda de una renta cada año más irrisoria.

■ por el contrario, el establecimiento de las rentas de los (pocos) nuevos contratos de arrendamiento en valores altísimos, para procurar así que los propietarios se previniesen contra la futura desvalorización de esas rentas.

■ por último (socialmente, lo más importante) la desaparición de un mercado de arrendamiento, en especial para vivienda, y la degradación del lugar inmobiliario, una vez que los propietarios no están dispuestos a invertir en bienes que no les ofrecen un mínimo de rentabilidad.

Es cierto que esta situación, al menos legislativamente, se ha visto alterada, incluso con la posibilidad de la libre celebración de nuevos contratos de arrendamiento a plazo fijo, por ejemplo, por un período convenido entre las partes, en un mínimo de cinco años. Sólo que sus consecuencias continúan proyectán-

dose directamente en la cuantificación de la materia tributable de la contribución autonómica.

La capitalización de los rendimientos (de las rentas), hecha en 1989, para la fijación del valor patrimonial tributable en contribución autonómica, significó, a pesar de algunas tímidas medidas de corrección entonces introducidas⁴⁰, capitalizar valores totalmente dispares: rentas más o menos desactualizadas por el hecho de la inflación (desactualización, ésa, en función esencialmente de la antigüedad de los arrendamientos); capitalización de rentas intencionalmente fijadas en valores muy por encima del rendimiento normal del predio en un mercado libre, en el caso de los predios nuevos.

Como consecuencia obvia, los propietarios de predios que en 1989 estaban arrendados hacía tiempo, están hoy sujetos a una evidente sub-tributación en contribución autonómica, muchas veces a una tributación irrisoria, en cuanto los propietarios de predios que en 1989 habían sido recientemente arrendados están hoy sujetos a una sobre-tributación en este impuesto⁴¹.

Convendrá, además, recordar aquí que esta situación de injusticia relativa de tributación en contribución autonómica entre propietarios de predios de idéntico valor que gozan (involuntariamente, por las razones expuestas) de rentas radicalmente diferentes acaba por ser disminuida al nivel de los impuestos sobre el rendimiento. En realidad, como hemos dicho, las rentas obtenidas por los propietarios se engloban en el conjunto de rendimientos sujetos a IRS (IRC, siendo el propietario una persona colectiva). Con el fin de evitar la dupla tributación económica resultante de esta dupla sujeción a impuestos (contribución autonómica+IRS/IRC) de la misma realidad (situación de propietario inmobiliario), la ley permite la deducción a la tributación de los impuestos sobre el rendimiento de la cantidad de contribución autonómica pagada con relación a predios o parte de predios dados de arrendamiento o la consideración de tal pago como coste de las actividades empresariales. La contribución autonómica acaba así por funcionar, con relación a los predios arrendados, como un anticipo, un pago por cuenta, del impuesto debido por los propietarios con respecto a sus rentas o se disminuye en la contribución global del lucro en caso de que el propietario estuviese sujeto a IRC.

En términos económicos, los propietarios acabarán así, con respecto a los predios arrendados, por estar sujetos a una contribución incidente sobre el valor de las rentas efectivamente recibidas por aplicación de la tasa correspondiente a la globalidad de sus rendimientos.

⁴⁰ Una tímida "actualización" de valores por aplicación de coeficientes variables en función de la fecha de la última actualización (art. 6 del D. 442-C/88, de 30 de noviembre, que aprobó el Código de la contribución autonómica). Nueva actualización, igualmente tímida, se efectuó, necesariamente, del artículo 55 de la Ley n.º 39-B/94, entonces acompañada de una baja de tasas.

⁴¹ Una imagen de lo caricaturesco de la situación nos la da el siguiente ejemplo, que tiene lugar con relativa frecuencia en las grandes ciudades: propietarios de pisos adquiridos hace cerca de veinte años los llevará ahora a adquirir, por el agravante de las dificultades de estacionamiento automovilístico, espacios en aparcamientos colectivos situados junto a sus residencias. Pagan un valor más elevado de contribución autonómica por dicha plaza de garaje que por su residencia.

La situación descrita resulta más grave con relación a los terrenos no arrendados.

En primer lugar, podemos imaginar la situación de un predio arrendado que, en la vigencia del Código de la contribución autonómica (i. e., después de 1989) dejó de estarlo. Su valor patrimonial actual fue determinado en base a la renta practicada en 1988, por lo tanto sujeto a todos los condicionamientos en su determinación a los que nos hemos referido anteriormente. El contribuyente continúa pagando la misma contribución autonómica, que ahora nada más puede deducir en el IRS/IRC.

En lo que respecta a los predios que nunca habían estado arrendados (esencialmente los predios de vivienda propia⁴²), la determinación de la renta presumida, cuya fijación se vuelve necesaria para que, a través del proceso de capitalización descrito, se llegase al valor patrimonial contributivo en contribución autonómica, independientemente del momento en que fue fijada, comportó siempre un elevado elemento de aleatoriedad.

En primer lugar, la tarea del perito es necesariamente difícil, por no decir imposible: la ley ordena que éste determine la *renta potencial* (la renta que, eventualmente, el propietario podría obtener en un mercado libre) y no existe un mercado libre de arrendamiento (o, por lo menos, un mercado que obedezca al normal juego de la oferta y de la demanda) así el perito difícilmente encuentra, en la mayoría de los casos, el término adecuado de comparación.

Segundo, porque la "determinación de la renta en un mercado libre" comporta un margen de subjetividad difícilmente controlable.

Se le añade, y posiblemente lo más importante, que, una vez fijado el valor del predio, éste se ha mantenido inalterado, salvo ligeras correcciones determinadas por ley y establecidas por aplicación de coeficientes.

Es decir, en resumen, los predios antiguos pagan contribución autonómica en base a valores fijados –bien o mal, no interesa ahora considerar– hace años, tal vez hace decenas de años, y se mantienen prácticamente inalterados en valores nominales.

Los predios nuevos pagan contribución autonómica por valores reales y actualizados (una vez que, en la década de los noventa, se asistió a un resurgir del mercado libre de arrendamiento y a una reducción de la inflación para valores próximos de la media europea).

La contribución autonómica viola hoy, de forma intolerante, la igualdad horizontal entre los contribuyentes.

⁴² Dado que, en el caso de predios afectados por lo relativo a actividades empresariales hay como una "dispersión" de la contribución autonómica en el impuesto sobre los beneficios.

7. Algunos datos estadísticos sobre la contribución autonómica

Recientemente (diciembre de 1996), una comisión encargada por el Gobierno de estudiar este problema realizó, más allá de la propuesta radical del sistema al que en adelante nos referiremos, una ponencia⁴³ con curiosas informaciones estadísticas sobre lo que es hoy la realidad del impuesto de contribución autonómica en Portugal.

Simplemente, para que el lector pueda percibir lo "ridículo de la situación", haremos referencia a algunos de esos números:

■ la cotización de la contribución autonómica relativa a los predios urbanos es de cerca de 62,5 millones de contos⁴⁴ (98,5% del rendimiento total) y la relativa a los predios rústicos es de 1 millón de contos (1,5% del rendimiento total).⁴⁵

■ los valores patrimoniales que sirven de base a la contribución, conducen a que el valor medio de cada terreno urbano (edificios, terrenos para construcción, etc.) en Portugal sea, para efectos fiscales, de 1560 contos y el de los rústicos de cerca de 14 contos.

■ el valor medio de las cotizaciones anuales pagadas en una sola prestación –tendencialmente correspondientes a los predios rústicos y a los urbanos inscritos en la oficina principal antes de 1980– es de 8 contos.

■ el valor medio de las contribuciones pagadas en dos prestaciones –habitualmente correspondientes a terrenos urbanos inscritos en la oficina principal después de 1980– es de 136 contos.

■ las exenciones abarcan el 40% del valor patrimonial total atribuido a los terrenos, de los cuales el 76% son *exenciones temporales*⁴⁶, 22% *exenciones permanentes*⁴⁷ y el 2% las llamadas *exenciones técnicas*⁴⁸.

Como concluye dicha ponencia: "el conjunto de propietarios que paga impuesto en dos prestaciones (cerca de 6% del total de los contribuyentes, cuyas pagas corresponden a cerca del 80% del total del rendimiento) sólo una parte (pequeña) les corresponderá a propietarios de grandes terrenos en términos de dimensión y valor (...) Lo que parece es que este conjunto de propietarios pertenece, en gran medida, a una clase media y mismo media baja que había adquirido su casa a través de crédito, para lo cual necesitaba declarar el valor real o próximo del real, para poder obtener la cuantía del crédito efectivamente necesario para adquirir el inmueble. Cuanto más frá-

⁴³ Que pasaremos a designar por ponencia o propuesta Sidónio Pardo, nombre de su principal responsable.

⁴⁴ Designación corriente para 1.000.000 PTE.

⁴⁵ Una peseta representa actualmente cerca de 1,20 escudos. Un conto le corresponderá así a cerca de 1.200 pesetas.

⁴⁶ Esencialmente, terrenos urbanos adquiridos para vivienda propia y terrenos afectados por proyectos industriales y otros considerados de interés nacional.

⁴⁷ Terrenos propiedad del Estado, entes públicos menores, monumentos nacionales, ciertos predios de la iglesia y otras personas colectivas de utilidad pública, etc.

⁴⁸ Contribuyentes cuya totalidad de los predios situados en el área de un municipio genere una cantidad inferior a 1000 escudos.

gil es la situación económica de la familia menos posibilidades técnicas tiene de recurrir al artificio de la declaración de la adquisición por valores más bajos que el valor real de la compra" (valor real y valor de estimación).⁴⁹

8. Las vías de solución del problema

Como concluye la referida ponencia existen, teóricamente, tres posibles vías de solución para este problema:

- una nueva valoración de toda la propiedad inmobiliaria.

Esta hipótesis es de difícil, por no decir imposible, ejecución, una vez que están en causa más de 17 millones de terrenos.

Sería, además, la única que produciría un resultado relativamente fiable (que no lo sería en absoluto en virtud de la imposible instantaneidad de su ejecución).

La concretización de tal hipótesis –añadimos nosotros– implicaría el previo establecimiento de nuevas reglas de estimación (de un código de valores) dirigido directamente a la determinación del valor de los terrenos. La cuestión es saber si es técnicamente posible fijar legislativamente parámetros de estimación que, al satisfacer la especificidad de cada caso concreto, cosigan limitar, por lo menos dentro de un margen aceptable, la discrecionalidad y, mismo, un subjetivismo inherente a cualquier estimación.

- *Actualización, por recurso a coeficientes de los actuales valores tipo.*

Hipótesis de fácil ejecución que tendría la ventaja de reducir, de inmediato, el GAP actual entre el valor patrimonial de los predios nuevos y el de los predios antiguos.

Sólo que esta hipótesis no haría más que potenciar las actuales distorsiones del sistema. Se actualizarían valores establecidos en tiempos diferentes, en condiciones dispares, y se mantendría el problema de fondo relacionado con la determinación del valor de los terrenos en base a su rendimiento.

- *Adopción de una nueva forma de determinación del valor tributable en contribución autonómica.*

Es, esta propuesta de un nuevo modelo de contribución periódica de la propiedad inmobiliaria presentada a discusión pública por el Ministerio de Finanzas a principios del presente año, radicalmente diferente de las anteriores, tiene por base una concepción, una "filosofía", totalmente diversa, que nos proponemos seguir analizando.

⁴⁹ Ponencia Sidónio Pardal, pág. 6.

9. La propuesta de un nuevo modelo de contribución autonómica

La propuesta de este nuevo modelo, parte del ya referido estudio denominado *Contribuição Autárquica, Impostos de Sisa, sucessões e doações e mais valias*, elaborado por el GAPTEC de la Universidad Técnica de Lisboa, coordinado por el profesor Sidónio Pardal. Tal estudio es parte integrante de la ponencia elaborada por el Ministerio de Finanzas conforme a lo dispuesto en el n.º 1, apartado a) del artículo 31 de la Ley 10-B/60, de 23 de marzo.⁵⁰

Se parte ahí de la consideración de las dificultades técnicas y de la conflictividad social que una estimación cualquiera (general) de la propiedad inmobiliaria a efectos fiscales necesariamente implica, por lo que se prescinde de la idea tradicional de tributar el valor "real" del terreno, entendido éste como concreto valor (conferido por el mercado) de una determinada parcela de suelo, más el valor de las concretas construcciones o edificaciones instaladas en él por el propietario.

El nuevo modelo se basaría en el fundamento teórico del *estatuto del propietario*, "na tutela pública que o Estado assegura aos proprietários imobiliários" y "na função social desempenhada pela sua submissão ao ordenamento territorial, à satisfação de necessidades básicas, mormente a habitacional"⁵¹, por lo tanto en el principio del beneficio.

A este nuevo modelo le es indiferente la valorización que, en concreto, cada propietario ha hecho del suelo del que es propietario. Se entiende, además, que quien aumenta el valor de una porción de suelo (un terreno) construyendo en él un edificio de calidad, no debe ser penalizado en términos fiscales.

Dicen los autores del estudio dirigido por el profesor Sidónio Pardal: "este novo modelo que se propõe para a Contribuição Autárquica tem por princípio não penalizar a valorização e a qualificação arquitectónica e paisagística dos prédios e por isso assume uma absoluta indiferença ao valor patrimonial decorrente da qualidade das construções, da composição e arranjo dos espaços interiores, dos melhoramentos agrícolas e florestais. Suponhamos dois espaços, idênticos em dimensão e localização, em que um é uma loja luxuosamente decorada e o outro é um espaço decadente, com uma actividade comercial mal gerida. Estas diferenças remetem para a capacidade de iniciativa dos proprietários ou dos inquilinos mas em termos de lógica fiscal, de espaços urbanos, eles são absolutamente iguais e, portanto, tributados por igual"⁵².

Como se indica en otro lugar,⁵³ "intencionalmente não se

⁵⁰ A continuación designado por Ponencia M.F.

⁵¹ Ponencia M.F., pág. 16.

⁵² Ponencia Sidónio Pardal, pág. 32.

⁵³ *Ibidem*, pág. 13.

quer atender aos investimento realizados na revalorização dos prédios, nem aos eventuais rendimentos provenientes da sua fruição, aspectos considerados noutros impostos”.

¿Qué es lo que se pretende, entonces, tributar?

Tradicionalmente, la justificación de los impuestos sobre el patrimonio, como es la actual contribución autonómica, resulta de la existencia de una mayor capacidad contributiva asociada a la propiedad de un inmueble.

Aunque dicho patrimonio no genere rendimiento (incluso dedicado para uso propio), le confiere a su propietario una seguridad, hasta un “status social” que coloca a ese contribuyente en una posición privilegiada con relación a los contribuyentes no propietarios.

No se pretende, en esta propuesta, seguir tributando el valor de la riqueza, aún independientemente de su utilización:

“A tributação sobre o prédio em si, considerando os factos de ele constituir propriedade privada, ser susceptível de interessar a um utilizador e ter uma dimensão física, territorial geograficamente localizada e estar afecto a uma classe de uso do solo e a uma utilização”⁵⁴.

La idea central de esta propuesta es, pues, la siguiente: cada terreno (entendido como una porción de suelo) tiene un *valor potencial*. Este valor resulta esencialmente de tres factores: su área; su localización; su estatuto jurídico, en especial, la posibilidad legal, de ahí que sea o no posible una construcción y para determinados fines.

Es, pues, el valor de esta potencialidad de uso del suelo el que sería, en principio, tributable.

Este modelo técnico sufre, en el modelo propuesto, una desviación relativa a la *relevancia del área efectivamente construida*.

Si existe construcción el área del predio que hai que considerar a efectos tributarios no es el área de suelo ocupada por la construcción pero sí el área de construcción⁵⁵. Es decir, en la construcción en altura, el área del terreno será superior (muy superior) al área de suelo ocupada, y pueden, incluso, continuar existiendo en el mismo suelo varios predios, pertenecientes a diferentes propietarios (p. ej. propiedad horizontal).

Pero, incluso en el caso de construcciones, el modelo propuesto no tiene por fin la contribución del valor realmente construido, sí el valor de la autorización legal para construir (del volumen construido).

Lo relevante sigue siendo, pues, el estatuto jurídico ligado a cada terreno, el grado de beneficio que, para cada propietario, resulta de ese estatuto jurídico.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 19.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 22.

Dicha realidad sería expresada en un nuevo concepto, el valor de base territorial o el valor catalogado al suelo.

10. Las soluciones técnicas en el nuevo modelo propuesto

Manteniéndose, en lo esencial, la actual definición de predio, éstos pasarían a ser calificados en: predios sin construcción rústicos, predios urbanos, predios con construcción, predios mixtos y terrenos para construcción.⁵⁶

Los predios construídos, en especial los edificios, serían subdivididos en grupos correspondientes a su utilización: vivienda (distinguiéndose la propiedad vertical y la propiedad horizontal); servicios (en que se distinguirían los pequeños servicios y las grandes superficies comerciales) y equipamientos sociales y particulares industriales y agro-industriales; turismo.

Los predios urbanos no construídos serían, también, divididos en subgrupos, conforme a su utilización: terrenos destinados a vivienda; espacios libres y estacionamiento, dedicados a actividades comerciales, industriales, turismo, copropiedades, etc.

El segundo elemento a ponderar sería la *situación del predio*, y se distingue entre predios situados en el medio rural y situados en el medio urbano y, en este, varios (en principio, cuatro) diferentes niveles de situación.

El impuesto tendría dos componentes:

a) un componente fijo, destinado a costear la administración del impuesto, en especial el servicio de organización y conservación de los registros, variable según se trate de un predio rústico o urbano y, en este caso, si se trata de predio construído y, también, de la respectiva situación. En relación con este componente fijo (que parece que se trata más de una tasa burocrática), no existirían estas exenciones.

La tabla propuesta por el grupo de Sidónio Pardal para dicho componente fijo del impuesto es la que consta en el cuadro n.º 1.

		Sin construcción	Con construcción
Situación del predio	Medio rústico	2000\$00	4000\$00
	Normal	6000\$00	8000\$00
	Perímetro A	6500\$00	10.000\$00
	Perímetro C	8000\$00	14.000\$00

⁵⁶ *Ibidem*, págs. 20 a 23.

b) Lo esencial de la carga tributaria sería resultado de un componente variable, obtenido de la multiplicación del área del predio por el valor territorial de base correspondiente a su clasificación, utilización y localización.

Como mero ejemplo del funcionamiento del sistema propuesto, véanse algunas de las tablas constantes del estudio Sidónio Pardal, con relación a los predios para uso agrícola y a los terrenos con construcciones y espacios libres complementarios (respectivamente, cuadros n.º 2 y 3).

Cuadro 2: Tabla para predios de uso agrícola

Área	Valor de base territorial (en contos)	Valor de la contribución para una tasa de 0,8%
1ha	187,5	1500\$00
2ha	375	3000\$00
5ha	500	4000\$00
10ha	1250	10.000\$00
20ha	1875	15.000\$00
50ha	3750	30.000\$00
100ha	6250	50.000\$00
200ha	10.000	80.000\$00
300ha	13.750	110.000\$00
400ha	18.750	150.000\$00
500ha	25.000	200.000\$00

Están previstas reglas para las situaciones de predios con partes encuadrables en varias de las categorías previstas.

El valor territorial de base lo fijaría la Asamblea de la República, anualmente, para cada tipo de predio, a través de la aprobación de tablas del tipo de las que aquí presentamos.⁵⁷

A los municipios les correspondería definir cuáles son las zonas privilegiadas de situación de los predios (los perímetros especiales que abarcarán⁵⁸) y, además, la definición de la tasa aplicable hasta el límite máximo fijado por ley parlamentaria.

⁵⁷ La Ponencia del Ministerio de Finanzas (pág. 18 a 20) muestra preferencia por una técnica diferente pero que, en lo esencial, conduce a los mismos resultados: la Asamblea de la República sólo aprobaría, anualmente, un valor territorial de base para los predios construidos y otro para los no construidos. A través de la ponderación de tales valores por coeficientes obrando bien al nivel de la materia tributable (es decir, el producto del valor territorial de base aplicable por el área del predio), bien al nivel de la tasa, llegaríamos a la contribución del impuesto para los diversos tipos y situaciones de los predios.

⁵⁸ Que, por las razones que más adelante apuntaremos, no podrán, al menos por ahora, dejar de corresponder a las áreas de parroquias.

Cuadro 3:

Tabla relacionada con los valores de base territorial, en escudos/m², para los terrenos con construcciones y espacios libres complementarios

	En medio rústico	En medio urbano			
		Tasa normal	Perímetro especial que comprenderá		
			A	B	C

Vivienda		750	1000	1500	2000	2500
En propiedad vertical	Terreno libre destinado a vivienda					
	Superficie cubierta	12.500	13.000	15.000	20.000	25.000
En propiedad horizontal		10.000	12.000	14.000	16.000	20.000
Servicios		18.750	25.000	30.000	35.000	40.000
Pequeño comercio, despacho, talleres, consultorios y afines						
Grandes superficies comerciales	Área comercial	22.500	30.000	—	—	—
	Espacios exteriores y estacionamiento	750	1000	—	—	—
Equipamientos	Sociales	—	—	—	—	—
	Particulares	1.250	1500	2000	2500	3000
Industriales y agro-industriales		3750	4.000	5000	6000	7000
Superficie cubierta						
Espacios libres y estacionamiento		1250	1500	2000	2500	3000
Turismo		2500	3000	4000	4500	5000
Superficie cubierta						
Espacios libres asociados a construcciones hoteleras y similares, y condominio		625	800	1000	1500	2000

11. Análisis crítico de esta propuesta

La propuesta que acabamos de intentar resumir surge, manifiestamente, en oposición a las ideas dominantes en cuanto a lo que se entiende por "justicia" de estas formas contributivas. Se privilegia la eficiencia y la simplicidad del sistema propuesto en perjuicio de la mayor igualdad que resultaría de la consideración individualizada (por estimación) del caso concreto.

Sólo que es hoy también habitual afirmar que, dominados por una idea de justicia, por una preocupación de tributación de rendimientos reales, por una idea de personalización del impuesto en dichas figuras tributarias, los fiscalistas, animados, es verdaderamente una de las más nobles intenciones, acabarán por crear sistemas tributarios de gran complejidad, de difícil administración, mal entendidos por los contribuyentes por las situaciones de privilegio fiscal que habían creado a la sombra de tales telas normativas.

La cuestión que aquí paradigmáticamente se establece es, pues, la siguiente: ¿no será más justo un sistema que, basado en presupuestos injustos, consiga funcionar y garantizar una igualdad aceptable entre los contribuyentes que un sistema de tributación que aspira a una mayor perfección, pero que, en la práctica, no asegura un mínimo de justicia relativa?

Es la situación común que se resume en el viejo aforismo popular de que lo "bueno es enemigo de lo óptimo".

Analizando con más detalle lo propuesto:

La idea es seductora desde luego en términos financieros.

De su aplicación resultaría –según lo afirmado ahí–, manteniéndose las tasas al nivel actual, una triplicación del rendimiento.

El aumento del esfuerzo tributario sería esencialmente soportado por aquel 80% de contribuyentes que, actualmente, aseguran sólo el 6% del rendimiento, en razón de la subestimación de sus predios. Y, entre éstos, por el 2% de contribuyentes exentos por razones técnicas (las cuotas incidentes sobre sus predios son inferiores a 1000\$00, lo que significa que sus predios están legalmente valorados en menos de 100.000\$00). Ahora bien, es pouco creíble la existencia de muchos predios, incluso de reducida área, con tal valor, mismo en las regiones interiores del país.

La gran subida del impuesto (aunque relativamente poco significativa en términos absolutos) les comprendería, fundamentalmente a los propietarios de terrenos rústicos no arrendados (cuya cuantía media es hoy, recuérdese, de 82\$00/año) y a los propietarios de predios antiguos no arrendados.

Los grandes beneficiarios serían los propietarios de predios no arrendados más recientes, que hubiesen asistido a una substancial disminución de su impuesto.

El nivel de la satisfacción de las necesidades (de vivienda u otras) propias a través de la propiedad de predios antiguos o más recientes no es tan abismal como para justificar mínimamente las diferencias de niveles de tributación hoy existentes.

Para los propietarios de predios arrendados o utilizados en actividades de carácter empresarial, como hemos dicho, los efectos de cualquier alteración significativa de la tributación siempre se dilucidaron en alguna medida por la deductibilidad de contribución autonómica en sus impuestos sobre el rendimiento.

Creemos que no habría, pues, que temer grandes convulsiones sociales; las reclamaciones serían, probablemente, menores que las resultantes de una revaloración general de la propiedad, hecha según los actuales criterios, los cuales conducirían a una valoración de la propiedad en cantidades muy superiores a las que resultan de las aplicaciones de los valores de base territorial, tal como habían sido cuantificados en la propuesta que analizamos.

Más sensible sería, aún, la cuestión de la abolición de ciertas exenciones –tal como aparece propuesto en el estudio técnico– que asumen hoy cuño tradicional en el sistema fiscal portugués– como la de exención por un período bastante dilatado (hasta 10 años) de las viviendas adquiridas para estancia permanente. Esto a pesar de la reducción substancial del impuesto que se operaría, con relación a la actual situación, en lo respecta a predios nuevos.

Para los municipios, o para las futuras regiones administrativas, este aumento de la contribución autonómica constituiría un importante refuerzo de su autonomía financiera y, por lo tanto, una importante disminución de su dependencia de las transferencias del Presupuesto general del Estado.

En cambio, el aumento de los rendimientos así obtenidos permitiría la reducción o la abolición de otro impuesto, el impuesto sobre transferencias de propiedad, muy atacada por la opinión general debido a su total falta de racionalidad económica, y cuya principal razón de supervivencia es, posiblemente, su indispensabilidad en cuanto fuente de rendimientos para los municipios.

Es evidente, también, que la concretización de esta propuesta supondría algunas dificultades: en primer lugar, la de la aceptación de la justicia del sistema en abstracto: le será difícil justificar a la opinión pública que una barraca pague el mismo impuesto que una vivienda de lujo, simplemente porque están situadas en la misma zona de la ciudad y tienen la misma área⁵⁹, es decir, que el valor teórico de construcción del respectivo suelo es el mismo.

Se adicionarían, aún, dificultades técnicas de implementación: los registros principales hoy existentes no contienen to-

⁵⁹ Problema, éste, muy presente en ciertas ciudades como Oporto en la que hace muchos años se sigue una política –que juzgamos muy acertada– de, en todas las zonas de la ciudad, incluso en las más nobles, construir barrios sociales de forma que se evite la creación de guetos sociales.

dos los datos necesarios para el correcto funcionamiento del sistema propuesto, principalmente el área exacta de los predios y su concreto destino. La introducción del nuevo sistema impondría en muchos casos, un esfuerzo administrativo adicional de actualización de las fuentes.

Un último atractivo de esta propuesta: al contrario de lo que sucede con las reformas fiscales en general, el nuevo camino propuesto no es un camino sin retorno. Los registros de los valores patrimoniales que son hoy base de la tributación fácilmente podrían ser guardados. Una vez que, durante un período experimental, se había mantenido el sistema actual de estimación relativa a los predios nuevos o alterados (es decir, se mantuviese la práctica existente de actualización de las fuentes) sería extremadamente fácil un eventual regreso al sistema actual en el caso de que el nuevo sistema se mostrase un fracaso.

En resumen, porque es difícil que un sistema nuevo cualquiera se revele más injusto que el actual y porque, en términos prácticos, no vemos ninguna otra alternativa de cambio, en un corto plazo de tiempo, del actual sistema, así entendemos que el modelo propuesto de una contribución autonómica asentado sobre un valor de base territorial merece la oportunidad del testimonio de la experiencia realizada.

12. Algunas sugerencias con respecto a la mejora del sistema propuesto⁶⁰

Asumo, pues, como punto de partida de un futuro sistema de determinación del valor tributable de los inmuebles, lo esencial de las sugerencias del grupo de trabajo presidido por el profesor Sidónio Pardal.

Lo hago por las siguientes razones: en primer lugar, por tratarse de una propuesta establecida en un estudio serio e informado, lo que le da evidente credibilidad; segundo, porque se trata de un sistema que permite una determinación "automática" del valor tributable de los predios y, como he dicho, no creo en la posibilidad de un sistema cualquiera de determinación del valor tributable de los predios que implique una inmediata revalorización de la propiedad existente; tercero, porque es un sistema que no reproduce las injusticias actuales, pues, al contrario que cualquier proceso de actualización por coeficientes, parte de una base nueva para la determinación del valor de los predios; es un proceso capaz de, en gran medida, eliminar aquello que es la mayor injusticia actual del sistema: la concentración

⁶⁰ A partir de este punto se reproduce, en lo esencial, parte de la intervención del autor en las "Jornadas de reflexão sobre a Reforma Fiscal" promovidas el 14 de mayo de 1997 por el Sr. Ministro de Finanzas.

de la mayor parte del esfuerzo del impuesto en un número reducido de contribuyentes: por último, porque es un sistema nuevo, capaz, por lo tanto, de ser acogido con expectativa benévola por parte de los contribuyentes.⁶¹

Ahora bien, sin ninguna certeza, oso exponer para debate algunas sugerencias concretas que juzgo capaces de contribuir a una mejora del sistema propuesto por el grupo de Sidónio Pardal:

1. Determinación del valor tributable

a) Consideración de la edad de los predios

En primer lugar, aunque algo en contra de la lógica del sistema propuesto, sería digno de ponderar la posibilidad de la introducción de más de un coeficiente en el sistema de tablas, de forma que permita tener en cuenta la edad de los predios construidos. A pesar de que el objetivo propuesto sea el de tributar el valor "teórico" del área construida, para que la tributación resulte más justa, considero necesaria esta "distensión" de tenerse en cuenta la desvalorización que resulta para las construcciones realmente duraderas en el transcurso del tiempo.

b) La posibilidad de variación del abanico de tasas en el espacio nacional

Una crítica obvia a la propuesta de Sidónio Pardal es la de que, al partir de un valor de base igual en todo el país, se acabaría por privilegiar el litoral y por sobrecargar el interior⁶²: es verdad que no se puede partir de un mismo valor territorial de base para determinar el valor de predios idénticos situados en Barrancos o en Lisboa.

Es cierto que esta objeción, totalmente válida, puede ser superada bien por la existencia de diferentes tablas aplicables en las diferentes zonas del territorio, bien ocasionalmente por la introducción de nuevos coeficientes de ponderación que permitan tener en cuenta la situación del predio en el territorio nacional.

Creo que una solución más simple sería la previsión de diferentes tipos de tasas para diferentes zonas del país. Partiendo del principio de que cada municipio fijará la tasa en concreto aplicable en el área de su jurisdicción (o, incluso, podrá optar por la aplicación de diferentes tasas en diferentes parroquias), la previsión del legislador de diferentes tipos de tasas para diferentes conjuntos de municipios (principalmente en función de su grado de desarrollo urbanístico, que en el caso portugués es casi lo mismo que decir en función de su grado de interioridad)

⁶¹ Benevolencia, ésa, que no parece que sea de esperar por parte de la Administración fiscal, al menos a juzgar por las críticas, basadas también, en parte, en experiencias extranjeras constantes del "Relatório da Direcção Geral das Contribuições e Impostos" presentado en las Jornadas, (págs. 102 y sigs.). Igualmente muy crítico en relación con tales propuestas se muestra Nuno de Sá Gomes en el "parecer" que emitió sobre tales propuestas (C.E.F., 6 de diciembre de 1996).

⁶² En este sentido el "Relatório da DGCI", cit., pág. 104.

permitiría sobrepasar la objeción a la que se hizo referencia anteriormente sin estos costes adicionales. Es obvio que la pérdida de rendimiento municipal resultante de la existencia de un límite más bajo para la fijación de la tasa máxima tendría que ser compensada, principalmente a nivel del F.E.F.

c) La posibilidad de recurso a la valoración como "válvula de seguridad" del sistema

Aunque en el futuro, la determinación del valor tributario de los predios se realice de forma automática, con recurso a métodos indiciarios del tipo de los sugeridos por el grupo de Sidónio Pardal, la necesidad del recurso a procesos de estimación se mantendría en ciertos casos, principalmente cuando esté en causa la aplicación de otros impuestos.

De ahí que entienda que se mantiene la necesidad y la preeminencia de la aprobación de un nuevo código de valores, incluso porque no se comprende la situación de que, hace casi una decena de años, se pasara a tributar el valor de los predios y tal valor continuara siendo determinado por la capitalización de su rendimiento real o potencial, cuando es evidente la gran variabilidad existente entre la relación rendimiento/valor del patrimonio. Se añadirá, especialmente en lo relacionado con los predios urbanos, la necesidad de fijar criterios claros, capaces de limitar significativamente la discrecionalidad, diría casi ilimitada, de que hoy gozan los peritos. En relación con la valoración de la propiedad rústica, la cuestión parece tener entornos diferentes: el sistema actual de valoración catastral, incluso si se reorienta hacia la determinación directa del valor de los predios, parece ser demasiado perfeccionista y compleja, resultando en la práctica inaplicable, por lo menos en tiempo útil. Se añade que tal perfeccionismo implica costes elevados, que el rendimiento fiscal generado en muchos casos no permitirá siquiera compensar.

Reafirmo, a mi modo de ver, que la determinación del valor tributable de los inmuebles deberá pasar a hacerse de forma indiciaria, "automática", posiblemente con base en las soluciones contenidas en la propuesta Sidónio Pardal.

No obstante, soy también sensible a la injusticia que éste o cualquier otro sistema de determinación indirecta de la materia tributable necesariamente pueden implicar en un determinado caso concreto.

Asumo, también, la previsión contenida en la propuesta en causa de que la aplicación del nuevo sistema proporcionara, por principio, un valor tributable inferior al que resultaría de

una estimación actual hecha según los criterios ahora practicados y, incluso, que las nuevas reglas de un futuro código de valores no conducirán a la fijación de valores significativamente diferentes de los que normalmente procederían de una valoración hecha según los padrones actuales, pero se reduciría el grado de subjetividad de las estimaciones y, por lo tanto, las injusticias relativas que así se generan.

En estas condiciones, creo perfectamente razonable proponer que la determinación del valor tributable de los inmuebles pase a ser establecido en los modelos propuestos por el grupo de Sidónio Pardal pero que, paralelamente, los interesados tengan la oportunidad de optar por demandar una valoración para la fijación del valor tributable.

Desde luego, cuando entrase en vigor el nuevo sistema, los contribuyentes serían informados del nuevo valor tributable y para, si quisiese, pedir la valoración. Fácilmente se puede prever que tales pedidos de valoración serán en número reducido si, como se espera, los nuevos valores tributables resultasen, por norma, significativamente inferiores al valor "real" actual de la generalidad de los predios.

El valor de la estimación sólo prevalecería sobre el valor territorial de base cuando fuese inferior.

Igualmente, bien la Administración fiscal bien las cámaras municipales, éstas como interesadas directas en el rendimiento, podrían requerir el valor de cualquier predio siempre que entendiesen estar en presencia de situaciones en las que el valor territorial de base inferior al valor "real" del predio. En estos casos, y con la finalidad de que disminuyan situaciones de injusticia relativa a contribuyentes cuyos predios no estuviesen sujetos a valoración por iniciativa de los entes públicos en causa, los resultados de la estimación sólo serían considerados hasta un determinado límite, en el que excediesen el valor territorial de base.

d) Referencia a otras cuestiones afectadas por la entrada en vigor del nuevo sistema

Recuerdo, por último, la necesidad de la previsión de normas de transición, aplicables, sobre todo, al caso de predios hoy claramente subvalorados, en lo relativo a los cuales el nuevo sistema podrá suponer un aumento significativo de tributación. En estos casos pienso que es obvia la conveniencia de que la sujeción a las nuevas tributaciones se haga de forma gradual.

Problema adicional podrán suscitar los predios arrendados hace muchos años. Son predios antiguos en los que es previsi-

ble un aumento significativo de las tributaciones, que podrán pasar a absorber parte importante de las rentas, las cuales se encuentran manifiestamente desactualizadas.

El carácter real del impuesto y el principio de beneficio que, en lo esencial, lo fundamentan, parecen apuntar a que la consideración de ésta, y de otras situaciones, en las que eventualmente sea manifiesta la falta de capacidad contributiva de los contribuyentes no se haga al nivel de este impuesto. Creemos que el camino más acertado pasará, en la línea de lo que más adelante se propondrá, por la total deductibilidad de la cuantía pagada en C.A. a la contribución del IRS, sin los límites actualmente existentes, admitiéndose incluso la posibilidad de, en los casos en los que la deuda de impuesto en IRS sea insuficiente para absorber la cuantía pagada en C.A. (p. ej., en el caso de reformados propietarios de un predio arrendado hace mucho tiempo) haya lugar a un reembolso equivalente a, por lo menos, parte de la contribución pagada.

2. Las tasas

Creo que ya he dejado suficientemente claro mi pensamiento con relación a la cuestión de las tasas de la C.A.

Entiendo, en primer lugar, que el Parlamento debe fijar diferentes tipos de tasas, de forma que, partiendo de un criterio único (una única tabla) de determinación del valor territorial de base, se pueda establecer un diferente grado de tributación en las diferentes zonas del país, en función del diferente valor (aunque teórico) de la propiedad inmobiliaria. Naturalmente que los municipios que por esta razón vean disminuida la posibilidad de obtención de rendimientos por la vía de este impuesto deberán ser compensados por el medio adecuado, esto es el F.E.F. Los municipios, cuyo límite máximo de fijación de la tasa de la C.A. sea más bajo (fundamentalmente, los municipios del interior), tendrían que recibir aquí un rendimiento añadido.

Segundo punto, debería existir (en relación con todos los predios, urbanos y rústicos) un amplio margen de libertad de fijación de la concreta tasa por las asambleas municipales hasta el límite máximo fijado por ley.

Se añade aún la sugerencia de que los municipios pudiesen establecer diferentes tasas aplicables a diferentes parroquias, de forma que tuviese traducción al nivel de la tributación la realidad urbanística de sus diversas áreas. El impuesto tendría así una diversidad a un nivel inferior al municipal, sin ningún encargo administrativo suplementario una vez que los predios se encuentran ya hoy identificados por parroquias.

Por último: las diferenciaciones de tasa por debajo de los límites máximos fijados por ley, que traducirían las diferentes opciones fiscales de los municipios (en el caso, con atención expresa a las diferentes realidades de las parroquias que lo constituyen), serían un "coste fiscal municipal" no susceptible de compensación al nivel de las transferencias del O.G.E.

3. Beneficios fiscales en contribución autonómica

La contribución autonómica es un impuesto real, con base en una lógica de beneficio, repetimos una vez más. No parece, pues, tener sentido alguno la consagración de beneficios de índole personalizante como aquellos que tienen por fin el estímulo a la adquisición de casa propia por la mayoría de las familias. Es al Estado y no a los municipios a quien les corresponde, en primer lugar, cumplir con el objetivo de asegurarles a las familias el derecho constitucional a vivienda, soportando el respectivo coste social. El lugar apropiado para la concesión de incentivos fiscales a las familias es el IRS. De ahí que entienda que el beneficio fiscal resultante de las actuales situaciones de exención temporal de pago de la C.A. en los casos de adquisición de casa propia, si se ha de mantener por su innegable interés social, debe pasar a revestir otra forma: la de la deducción a la contribución del IRS de la cuantía de la C.A. pagada durante el período correspondiente a la exención, incluso aunque no exista materia tributable por tratarse de predios no arrendados.

Creo, también, que no es la C.A. el lugar adecuado para la concesión de beneficios fiscales de carácter económico, como los normalmente asociados a los grandes proyectos de inversión. Por un lado, porque la política de desarrollo económico nacional es tarea del poder central, el cual debe soportar los correspondientes costes fiscales. Por otro, porque lo que se pretende es la instalación en Portugal de unidades productivas lucrativas (diría incluso, lucrativas en un corto espacio de tiempo). Así, incluso como estímulo a la rápida obtención de ganancias, los beneficios fiscales a la inversión, a nivel nacional, deben incidir en el impuesto sobre las ganancias, el I.R.C.

En resumen, la ley apenas debería consagrar un número muy limitado de exenciones en C.A., bien objetivas (monumentos nacionales, inmuebles dedicados al culto, otros inmuebles de manifiesto interés público, etc.), bien subjetivas (inmuebles que tienen en su poder partidos políticos, sindicatos, etc., dedicados al ejercicio de sus actividades).⁶³

A partir de aquí se abría un gran camino a la concesión de beneficios fiscales en C.A. por los propios municipios. Si son ellos

⁶³ Así se superarían también en gran medida los problemas suscitados por el art. n.º 7 de la Ley de finanzas locales, el cual prevé una compensación a los municipios por el rendimiento de los impuestos locales no percibida en virtud de las exenciones o de las reducciones de impuestos locales que sean concedidas (por el Estado) a parte de las existentes en el momento de entrar en vigor tal ley. Dicha norma no ha sido aplicada, lo que —especialmente en un pasado reciente y en razón de la instalación en el área del Municipio de Palmela de una gran inversión industrial de capitales extranjeros— ha levantado grandes protestas por parte de los entes locales afectados por la concesión de grandes beneficios fiscales en C.A. e impuesto sobre transferencias de propiedad a tales inversiones. Según la DGCI ("Relatório" cit., pág. 47 y sigs.), la implementación de un mecanismo compensatorio supondría grandes dificultades de ejecución, por lo menos al nivel del impuesto de propiedad.

los titulares del rendimiento del impuesto (verdaderamente, el sujeto activo) creo que les pertenece también el derecho de abdicar parcialmente de tal rendimiento, si, y en la medida en que juzguen que tal corresponde a los intereses municipales.

Los beneficios municipales podrían comprender bien exenciones, bien reducciones de tasa en casos de adquisición de casa propia (beneficio, éste, acumulable con lo previsto en IRS, a través de la concesión de un crédito ficticio en el IRS correspondiente al valor de la C.A. normalmente pagada), de proyectos de inversión (no interesa aquí su dimensión, lo que se traduciría en una deseable concurrencia entre los municipios en la atracción, p. ej., de nuevas unidades industriales), la concesión de exenciones a inmuebles que tienen entidades implicadas con fines de naturaleza social, etc. Es evidente que se podrían crear situaciones de tratamiento diferenciado en el espacio nacional: p. ej., que una determinada asociación goce de exención con relación a sus inmuebles en un determinado municipio y no en otro. Pero esto no nos interfiere nada en atención al carácter local del impuesto, sujeto, por lo tanto, a las diferentes opciones políticas que prevalecen en cada municipio. Paralelamente, la misma situación existe hoy, de forma "positiva", sin cualquier escándalo: una determinada asociación puede ver su actividad apoyada por un determinado municipio a través de la concesión de subsidios y tal no sucede en el municipio vecino.

Por último, y también en la línea de la ponencia del grupo del profesor Sidónio Pardal,⁶⁴ la idea de que el principio del beneficio apunta a que los entes públicos no municipales deban, en general, estar sujetos al pago de C.A. en lo relativo a los predios de los que son propietarios. Piénsese en el caso de Lisboa, en donde el mayor propietario inmobiliario será posiblemente el Estado, siendo éste también el principal generador de la obligación de prestación de servicios por el municipio, por ejemplo, al nivel de las infraestructuras, de la recogida de basura, de transportes, etc. El Estado debería ser el principal remunerador de tales servicios a través de la forma que, genericamente, se considera correcta para tal: la contribución autonómica. Esto no sucede.

Quizás esto será más una cuestión de principio que un problema de gasto, pues el Estado, a través de la concesión de subsidios u otras prestaciones, acaba siempre por compartir tales gastos. Precisamente porque será así, creemos que es una cuestión de más fácil resolución. El Estado, incluso para "dar ejemplo", debería ser tratado como cualquier otro propietario en el reparto de los encargos que genera para los diferentes municipios donde están instalados sus servicios.

⁶⁴ "Relatório" cit., pág. 43.

4. Administración del impuesto


No tengo duda ninguna al afirmar que, a pesar de los ensayos hechos en otro sentido⁶⁵, la administración del impuesto debe continuar compitiendo con la Administración central, no sólo por una cuestión de economía de escala sino, especialmente, por razones de igualdad horizontal entre los contribuyentes. Es esencial que todos los contribuyentes se enfrenten con una misma Administración fiscal, orientada superiormente, sujeta a un único vínculo jerárquico, una vez que éste es condición esencial para una actuación, tanto como fuese posible, uniforme en todo el espacio nacional.

Como mera ilustración, es difícil imaginar un sistema en que los conflictos relacionados con el impuesto los hubiera decidido en último análisis el presidente de la Cámara, que ciertamente no será un especialista en la materia y tendrá una visión de las cuestiones quizás diferente de la de su correspondiente del municipio vecino.

Esto no invalida una deseable interconexión entre la Administración fiscal y las cámaras municipales en el presupuesto y fiscalización de la contribución autonómica. Tal principio de cooperación quedó diseñado en el código, pero no tuvo la concretización que se esperaba.⁶⁶

La situación actual se caracteriza por un cierto desaprovechamiento de medios. De hecho, los municipios son quien más contacta con la realidad predial, quien tiene los medios en el terreno, pero continúa existiendo una total indiferencia y separación entre quien administra el impuesto y quien recibe el respectivo rendimiento. ¿Cuántos predios habían sido extra-oficialmente inscritos en la oficina principal por iniciativa municipal? ¿Cuántas valoraciones habían sido promovidas por haber constatado las cámaras municipales la alteración física de predios como resultado, por ejemplo, de obras clandestinas?

¿Cuál es el acceso de las cámaras municipales a la información contenida en los registros y cuál la actualización de éstas como resultado de la licencia de construcciones por los municipios?

Creemos que ésta es un área esencial para analizar en materia de reforma legislativa, pues los municipios tienen que ser efectivamente llamados a colaborar en la administración de un impuesto que es suyo. Sólo que se trata de una cuestión con ramificaciones complejas (p. ej. las relativas al sigilo fiscal y al intercambio de bases de datos informáticos) que no podemos, ahora, desarrollar. 

⁶⁵ Cfr. Relatório de la DGCI cit., pág. 43 y sigs.

⁶⁶ Por determinación del secretario de Estado de los Asuntos Fiscales de 31/12/97 se está preparando un proyecto legislativo que les atribuirá a las cámaras municipales competencias de fiscalización directa en materia de C.A., principalmente la de la elaboración de autos de noticia con la fuerza probatoria consagrada en la ley.

Os concellos galegos na encrucillada política do primeiro constitucionalismo

Interventora xeral do
Concello de Narón.
Profesora da Universidade
da Coruña

Rosa M^o Gabriela de Cal y Cortina

1. Limiar para concellos constitucionais

Consagrada como estiven durante anos ó estudio das orixes constitucionais dos concellos galegos, temo ter esquecido que unha investigación desa índole pode –e debe– ser obxecto de divulgación resumida, de forma que me permita, sobre aquela complexísima armazón institucional, situa-los puntos cardinais de algo que é, en si mesmo, bastante sinxelo: Galicia debeu, en tan só 28 anos, deixar atrás unha peculiar e arraigada forma organizativa –cando menos no ámbito normativo– para dar ese grande salto cara a diante: o constitucionalismo (1809-1837).

Quero, con este artigo, reparar ese esquecemento, débollelo ós concellos e a aqueles que os dirixiron expoñendo a súa vida

por defende-las súas ideas liberais e, por último, débome a min mesma para que moitas das cuestións que ocuparon anos da miña vida, non queden en tema para eruditos na materia. A historia das institucións galegas incúmbenos a todos e a súa extraordinaria beleza debe ser aireada, desempoadada, para o noso orgullo e porque nos achega irremediabilmente a un presente ategado de incógnitas¹.

2. A inevitable periodificación

A perplexidade que acompaña ó investigador comeza *moi cedo* cando se ve forzado a organizar aquelas inxentes cantidades de papel que se amorean e que van demandando protagonismo e –o que é peor– un espacio físico do que polo regular carecemos. Non é por iso de estrañar que a orde e a organización se impoñan como secuela inevitable. E cada un amáñase como pode. A periodificación non é senón unha resposta a esta demanda agonizante cando se trata de recuperar etapas do pasado; nunca é doado e, o rigor debe conciliarse cunha indiscutible visión persoal dos acontecementos. A historia non é lineal e tampouco é posible simplificar ata o extremo de crer que determinados feitos poden cambiar nun día o que tarda moito tempo en durar.

Os cambios decisivos na estrutura social son lentos e vanse reflectindo no dereito con sorte desigual. A pesar do cal existe un suceso que nos permite situar de modo bastante fiable para o xurista o comezo dunha nova forma de entende-las relacións de poder: o **constitucionalismo**. Ideario este xestado durante un período dilatado de tempo e que fará eclosión na lexislación local española a partir de 1812.

Sobre esa data, de referencia ineludible, dividín este traballo en catro etapas: unha preconstitucional, que é posible subdividir en dúas distintas, pero reducidas nesta exposición por inexorables razóns de “economía procesual”, e tres posconstitucionais; de modo que sirvan de estudiado contraste do tránsito dos concellos galegos dende o caos organizativo do antigo réxime ata a súa definitiva xeneralización a todo o territorio do antigo Reino. Cada unha delas enmarcada polas diversas normas deseñadas para constitucionaliza-la vida local en Galicia.

É, pois, unha cronoloxía concreta sobre un espacio administrativo determinado.

¹ Os aspectos ós que vou facer referencia proceden fundamentalmente da miña tese de doutoramento, titulada *Nacimiento y consolidación del municipio constitucional en Galicia*, dirixida polo profesor González Mariñas e editada pola Exma. Deputación Provincial da Coruña en 1997.

3. O estado da cuestión

Ineludible limiar a esta exposición é referir, en primeiro lugar, en breves palabras o estado da cuestión. A situación organizativa da Galicia de finais do século XVIII era certamente heteroxénea: unha provincia Reino, 7 provincias como ámbito territorial de representación e unha multiplicidade desordenada de divisións territorialmente menores. Non me interesa tanto destaca-lo seu número, que é forzosamente confuso xa que nin sequera a súa denominación é sempre homoxénea, como salienta este inestable punto de partida para unha posterior municipalización do territorio.

Sobre este confuso panorama superpoñíase unha tamén desordenada estrutura de poder que engarza plenamente cos alicerces dunha sociedade estamental.

Sen embargo, a partir da segunda metade do século, un período pacífico e a presenza dun home capaz á fronte do Estado, propiciarán un fructífero movemento crítico á caótica organización herdada de séculos anteriores. O principio de **centralización**, xa na medula da formación do Estado, fertilizará esta inicial pretensión á que se irán incorporando en fase aínda rudimentaria o **uniformismo** e a **democratización** da vida local. Vive Galicia un brillante momento cultural, como expresión dun mundo en expansión e dunha sociedade que alcanzou unha grande madurez intelectual. A xenial obra do padre Feijóo será ineludible punto de partida para enmarca-los comezos dun prolífico movemento crítico ilustrado.

Coexiste neles, en harmonioso contraste, a inquietude pola desorganización do próximo, as súas xurisdiccións, coutos, aldeas etc., coa recepción dos ideais que se estaban xestando en Europa.

En última instancia, a invasión francesa será decisivo punto de inflexión para xeneraliza-la reflexión ó redor destas cuestións nun marco favorable para introducir modificacións nas relacións de poder. Os órganos creados para supli-lo baleiro xerado pola ocupación estranxeira en Galicia serán os primeiros que reflectan o tránsito dunha sociedade estamental cara ó constitucionalismo. Os liberais galegos entrarán neles dotándoos dun sólido impulso que xa sería, gozosamente, irreversible.

O seu ideario xa non é o ilustrado, que consistía en poñerlle parches e remendos ó vetusto edificio estatal, senón o liberal que pensaba en derrubalo para construír outro sobre os sólidos cimentos da soberanía nacional, a división de poderes, o constitucionalismo, a redución da nobreza, a separación das xurisdiccións civil e eclesiástica e unha nova organización do te-

ritorio. Estes principios serán o xermolo da prolífica lexislación posterior.

A. Primeira etapa

1. Este inestable punto de partida dará paso a unha primeira etapa, de fronteira inicial pouco precisa, pero que en Galicia pode fixarse no ano 1809, cando remite a invasión francesa. A estrutura organizativa de Galicia segue ancorada ó pasado, un dato obxectivo témolo cando con ocasión da xura e publicación da Constitución de 1812 se reúnen as xuntas subalternas e dos pobos, que debían circular e remiti-lo testemuño de que fora xurada, coñecida e aceptada a Constitución de 1812. As xuntas, articuladas ó redor das 7 provincias, estendían a súa xurisdicción a un territorio inferior ó clásico da provincia pero superior ó das parroquias, coutos ou xurisdiccións. Circunscrición que frecuentemente se denomina partido na documentación da época, termo xuridicamente impreciso, pero terminoloxicamente certo.

Consta a existencia en Galicia de 58 comisións:

5 na Coruña, 9 en Betanzos, 12 en Lugo, 11 en Santiago, 12 en Ourense, 6 en Tui e 3 en Mondoñedo.

Esta división de emerxencia do territorio está, como non podía ser doutro xeito, máis achegada ó antigo réxime que á subsecuente división en distritos xudiciais, tan próxima, sen embargo, no tempo. Aínda quedaba lonxe a municipalización de Galicia. É unha división sen criterio uniformista ningún, na que aparecen xunto ás xurisdiccións máis poboadas de Galicia, outras que xa estaban en franca decadencia. Houbo intentos por parte das autoridades galegas de iniciar o proceso de municipalización do territorio, pero resultaron vana, a peculiaridade da dispersión territorial de Galicia impediu o seu asentamento.

2. A pesar diso neste momento prodúcese o grande avance do liberalismo galego. Dende a tímida presenza nos órganos creados para enche-lo baleiro de poder provocado pola contenda con Francia deuse o grande paso cara a un decidido compromiso da Xunta galega coa convocatoria dunhas eleccións xerais e extraordinarias, que porían as bases xurídico-políticas do novo réxime local.

Non obstante, non sería axustado á realidade ignorar que non só o esquema organizativo seguía intacto, os principios liberais tan laboriosamente sostidos tiñan o seu contrapunto na permanencia do ideal absolutista, en boa parte da poboación e dos deputados galegos. O pensamento reaccionario seguía pleno de louzanía en Galicia. As intervencións no Parlamento son

proba destas dúas posturas enfrontadas nas Cortes e na sociedade galega. Podemos dicir, empregando un termo moi taurino, que existía unha xeneralizada división de opinións.

3. Dende o punto de vista normativo este primeiro período consumou, nas máis variadas disposicións, a utopía liberal. Coñecida é a influente posición que ocupou na nosa historia política, a Constitución de 1812 e outras normas coma o Decreto do 6 de agosto de 1811, que aboliu –timidamente– os señoríos. A recepción en Galicia de ámbalas normas permite apreciar ata qué punto os principios liberais terían que aplicarse nunha sociedade plenamente ancorada no absolutismo sociolóxico e, por aqueles que estudiaran leis e xurisprudencia en Las Partidas.

Sen embargo conveniente é obxectiva-lo momento ó redor dunha norma que particulariza de modo exemplar o caso de Galicia, trátase do Decreto XLIII (cuadraxésimo terceiro), do 18 de marzo de 1811, aprobado polas Cortes para evitar calquera posible baleiro de poder mentres se aprobaba a Constitución. Esta disposición establecía para Galicia o seguinte esquema organizativo, distinto do resto da Nación. Galicia organizarase ó redor de:

■ **Unha Xunta de Provincia do Reino de Galicia** composta polo capitán xeneral, o intendente e 11 vocais: 3 por Santiago, 2 por Ourense, 1 pola Coruña, 1 por Tui, 1 por Betanzos, 1 por Mondoñedo e 2 por Lugo.

■ **Comisións da Xunta Provincial**, que se situaban nas cabezas de partido ou corrimento, pero que en Galicia, porque –diciña o decreto– *“se atopan máis complicadas as xurisdiccions e máis subdivididos as vilas”*, situáranse nas sete capitais das antigas provincias. Componíanse, entre outros, do corridor ou xuíz principal das respectivas cidades e do procurador síndico xeral.

■ **Comisións das vilas** que debían establecerse nas vilas que tiveran máis de douscentos veciños e nas que, curiosamente, en Galicia se deixa á elección das vilas elixir para aquelas o párroco da súa maior confianza, sen atender á súa antigüidade.

B. Segunda etapa

1. No ano 1812 atrás quedaba o antigo réxime, comeza, coa aprobación da Constitución de Cádiz, o punto de inflexión que nos sitúa na idade contemporánea.

O desenvolvemento das previsións constitucionais conduciu á celebración paralela das eleccións a deputados en Cortes,

a individuos da Deputación Provincial e a membros dos novos concellos constitucionais. Desta primeira campaña electoral organizada da nosa historia, imos só a referir dúas cuestións ó fío desta exposición:

- a) **En primeiro lugar** a polémica cuestión das circunscricións electorais sobre as que se articulou o proceso, e
- b) **En segundo lugar** a formación dos primeiros concellos constitucionais de Galicia.

O primeiro dos temas é importantísimo porque pon en evidencia, de novo, a pervivencia do modelo organizativo estatal na sociedade galega. Vaise articula-lo proceso electoral ó redor dunha división infraprovincial formada por 69 partidos, que correspondían a cada unha das 7 provincias galegas:

Santiago 21 partidos

A Coruña 6 partidos

Betanzos 6 partidos

Lugo 12 partidos

Mondoñedo 6 partidos

Ourense 12 partidos

Tui 6 partidos

Total 69 partidos.

A documentación sobre esta división infraprovincial é certamente máis fiable cás citadas anteriormente que proviñan das xuntas subalternas e das vilas. Ten a súa orixe na Instrución que dictaron as Cortes Xerais para organiza-lo proceso electoral citado e, en tódalas capitais do antigo Reino atopei pegadas desta subdivisión.

Nembargantes, o seu asentamento non debía ser moi firme porque nun momento tan complexo, no que se superpoñía a formación de todo o esquema organizativo do estado liberal (Parlamento, deputacións e concellos) e a liquidación “por asalto” do antigo réxime, a instalación dos concellos, especialmente nas 7 capitais de provincia, deveu en ineludible necesidade para apoia-los restantes procesos.

O segundo dos temas propostos, profundamente ligado ó anterior, ten tamén un fondo calado porque, comeza, neste momento, o primeiro intento organizado de instalar concellos constitucionais en Galicia, a “complicidade” dos cales era precisa para logra-la súa implicación legal co novo Réxime constitucional. Era a única base organizativa sólida para apoia-los restantes procesos electorais. E isto é así porque, en realidade, en Galicia todo cambiara pero a estrutura administrativa seguía a se-la mesma. O criterio normativo consistía en autoriza-la ins-

talación de concellos nas vilas con máis de 1000 almas e en nomear un elector por cada parroquia que excedese de 50 veciños. Combinar ámbolos dous aspectos resultou ben dificultoso en Galicia.

Formáronse os primeiros concellos constitucionais galegos nas sete capitais de provincia. E, os que ata ese momento exerceran a súa xurisdicción no ámbito do gubernativo e contencioso, pronto comprenderon que a separación de poderes, auspiciada polo texto constitucional, tiña consecuencias xurídicas irreversibles na extensión dos distritos municipais. Ampliar o ámbito do gubernativo o que tradicionalmente fora o ámbito do contencioso, foi pretensión xeneralizada nunhas cidades que non se resignaban a perder a súa pasada hexemonía. A Constitución consagrara o sufraxio universal e, convertera en electores aqueles que ata ese momento carecían de capacidade para interviren nos procesos electorais. Con isto, os centros de poder da sociedade estamental sufriron unha grande convulsión que se solapou tras terxiversadas interpretacións das normas vixentes.

Basten dous exemplos notables como son Lugo e Betanzos para lle serviren de mostra a este prototipo histórico.

Tiña Lugo nada menos que 93 parroquias, 5 das cales lle correspondían á capital e anexos e, as 88 restantes eran pequenas poboacións agregadas á cidade. Desde Lugo, o que despois sería o seu alcalde durante o trienio constitucional, don José Gabriel Somoza y Saavedra, propúxolle ó xefe superior de Galicia un estudiado plan, en virtude do cal dos 61 electores parroquiais que lle correspondían á cidade, 26 serían elixidos polas 5 mencionadas parroquias e os 35 restantes polas outras 88. O Marqués de Campo, naquel tempo xefe superior de Galicia, ordenou que se reduciran a 3 os 26 propostos por Somoza, que en última instancia concorrerían en igualdade de condicións cos 35 das restantes parroquias. Se Somoza obviara a esixencia dun elector por parroquia, Campo Sagrado, á súa vez, obviará calquera criterio demográfico, porque eses tres electores representaban nada menos que a 1312 veciños e os 35 restantes a 1725. Poñíase o nomeamento do primeiro alcalde constitucional de Lugo en mans das parroquias máis afastadas da cidade, cando a capital por si mesma podería ter formado o seu propio concello, xa que excedía das 1000 almas. Non se formulou esta cuestión en Lugo porque supoñería unha diminución moi notable do seu ámbito de influencia tradicional. O seu primeiro concello constitucional quedou instalado o 3 de xaneiro de 1813, e foi o seu primeiro alcalde don José M^a Plaza de Guevara.

Máis curioso aínda resulta, a instalación do primeiro concello constitucional de Betanzos, porque dende a capital se intentou consolidar a situación preconstitucional. Existían na dita provincia só 4 concellos tradicionalmente: Ortigueira, Pontedeume, Ferrol e Betanzos. Dende a capital –Betanzos– intentouse perpetuar esta débil municipalización, común polo demais a toda Galicia, e fixo que tódalas xurisdicións da provincia nas que non houbera concello concorresen á elección de alcalde de Betanzos. O tema provocou a ira de numerosas xurisdicións que se consideraban con número suficiente de persoas como para constituí-lo seu propio concello. A pesar de que se intensificaban as protestas e de que Campo Sagrado reiterara o criterio xa referido para Lugo, chegaron a concorrer á elección do primeiro alcalde constitucional de Betanzos, 72 electores parroquiais, algúns de lugares tan afastados como que distaban da capital máis de 50 quilómetros (entendámonos, quilómetros do século XIX). Baste subliñar que, no ámbito deste primeiro concello constitucional de Betanzos, quedarían constituídos na cuarta década do século, 20 concellos. En Lugo, Campo Sagrado logrou impoñe-lo seu criterio, pero os brigantinos impuxéronlle o seu.

O 2 de decembro de 1812 quedaría instalado este primeiro concello constitucional de Betanzos. Foi o seu primeiro alcalde de feito, don Jacobo Couceiro de Andrade y Brea.

Descoñécese o número dos concellos constituídos neste primeiro período constitucional en Galicia. A única referencia fiable é o libro de resolucións da primeira Deputación única de Galicia que, durante o período comprendido entre xullo de 1813 e xaneiro de 1814, dá por constituídos, ademais dos concellos das capitais de provincia Ferrol e Vigo, 64 concellos. Non debe ignorarse o feito de que é moi similar o número de municipios ó de partidos –69– (entendidos estes como división preconstitucional), para comprender-lo interesado proceso de comarcalización no que se converteu o primeiro intento de municipalizar Galicia.

2. Así pois, os modernos principios liberais normativizados en Cádiz ían ter que ser desenvolvidos nunha Galicia na que pouco ou nada cambiara. Unha cousa é proclamar enfaticamente a división de poderes e outra, ben distinta, levala a un dos órganos competencialmente máis confusos do antigo réxime: os municipios.

Ó poder absoluto do monarca sucedeulle o poder *cuasi* absoluto do Parlamento. A disputa entre executivo e lexislativo que viviron con toda virulencia a Rexencia e as Cortes vai te-la súa similitude local na conflictiva separación entre alcaldes e xuí-

ces. Vive toda Galicia un momento certamente confuso no que algúns alcaldes constitucionais administran xustiza e, incluso, lle pospoñen ó seu nome o híbrido de "*alcalde constitucional y justicia ordinaria de la jurisdicción de ...*" ou "*alcalde constitucional del coto de ...*". E non fai falta para encontrar estes desatinos referirse a pequenos lugares. No primeiro concello constitucional de Ourense o mesmo día da súa toma de posesión, os rexedores ourensáns resolven que sexa o alcalde quen substitúa o xuíz de letras da cidade nos casos de ausencia ou de enfermidade. É fácil concluír que pouco ou nada entenderan os munícipes ourensáns das novas teorías que se viñan tecendo nunha Europa en cambio.

A indefnida vixencia da Novísima Recompilación e a existencia dun territorio aínda coincidente contribuirán a manter esta situación. Manter para "*o gubernativo*" o ámbito territorial que tivera "*o contencioso*" foi unha interesada interpretación dos grandes municipios galegos, para conservaren uns privilexios que, co sufraxio universal e a elección indirecta de alcaldes e rexedores, recibiran o golpe de gracia.

Esta interesada confusión e a existencia dun número moi reducido de concellos terá como consecuencia inmediata un desordenado proceso de **comarcalización**, que demostrou cómo as previsións constitucionais resultaban vas ante o infranqueable muro dunhas divisións territoriais deseñadas *ad hoc* para servir a unha sociedade estamental.

Os liberais galegos aprenderon desta singular lección que as vetustas estruturas administrativas do antigo réxime non eran o instrumento adecuado para municipalizar territorio de tan dispersa poboación. A experiencia demostrara ata qué punto estaba encadeado o absolutismo á multiplicidade de funcións dos alcaldes.

3. Non hai dúbida de que a norma por excelencia deste primeiro período posconstitucional é a Instrucción para o goberno económico político das provincias do 23 de xuño de 1813. Aprobada, pois, cando xa estaba avanzado o proceso de instalación de concellos constitucionais en Galicia.

Sen embargo, para Galicia as disposicións realmente significativas desta época son, sen dúbida, as que emanaron da Xefatura Superior de Galicia para adecuar á tradicional estrutura das divisións infraprovinciais galegas a normativa estatal e para lograr que a división de poderes penetrara no ánimo das novas autoridades locais. Disposicións que, fixeron da necesidade virtude, e trataron de utilizar partidos, provincias e parroquias do antigo réxime.

Con dispar fortuna esta tarefa desempeñouna un dos personaxes claves do constitucionalismo en Galicia: o Marqués de Campo Sagrado, xefe superior de Galicia e primeiro presidente da Deputación galega. Home controvertido e de dubidosa vinculación ó ideario liberal, pero que, sen embargo, desenvolveu un pertinaz labor para logra-lo obxectivo de municipalizar Galicia. Foi cesado por morneza no cumprimento dos seus deberes constitucionais, ante o conflito formulado polos concellos de San Pedro Domayo e San Martín de Moaña, que denunciaron o feito perante as Cortes. Sen embargo a frenética actividade que exercitou en Galicia e o feito irrefutable de que ningún dos concellos citados lograse constituírse como tal, demostra o interesado da polémica suscitada. Feito este que sería recoñecido ó recaer no ano 1822, sentenza absolutoria na causa seguida contra el.

C. Terceira etapa

Cando, tralo alzamento de Riego, comeza a renace-lo liberalismo en Galicia no ano 1820, o legado organizativo do primeiro constitucionalismo fora desterrado xunto con aqueles que o deseñaron, nese continuo tecer e destecer da nosa decadente historia decimonónica.

Sen embargo, non conseguiron, en seis anos de involución política, poñerlle fin ó fundamental: romper coas liñas básicas do pensamento liberal; democratiza-la vida local; separa-las funcións de xuíces e alcaldes; levar ós concellos os puxantes principios de unidade nacional e de igualdade de tódolos cidadáns; seguían a se-lo estandarte duns liberais que, a pesar das persecucións, conservaban intacta a utopía matizada pola experiencia dos anos vividos. É o principio do que coñecemos como trienio constitucional. Imposible evitar que este retorno recorde os belísimos versos de Machado, porque o certo é que volveron *los liberales, cual torna la cigüeña al campanario, ...* ó campanario constitucional, naturalmente.

A pesar de todo, os mesmos ou similares problemas van ter agora unha resposta novidosa en materia organizativa. O territorio converterase en obxecto dun pragmático tratamento político. Tres apostas fixeron as autoridades galegas neste sentido, nun modelo descentralizador imprevisible nos seus resultados pero, certamente, utilitarista e estudiado:

1. Unha primeira decisiva para levar ata a última aldea de Galicia a defensa dos límites constitucionais do poder xudicial. Por iso antes de que se nomearan os novos alcaldes era preciso nomea-los xuíces letrados que debían servi-los empregos de xuí-

ces de primeira instancia *coa calidade de por aora* –o que evita calquera comentario sobre a precaria situación dos nomeados–.

Era evidente que só mediante esta prudente providencia se podía loitar con certas garantías de eficacia contra as interferencias entre xuíces e alcaldes. Os recentemente creados 47 distritos xudiciais galegos serán a organización obxecto de desvelo das autoridades galegas do trienio, que proxectaron neles canto de bo había nos principios organizativos previstos na Constitución.

Esta división debía substituír, co seu firme afianzamento constitucional, as vellas provincias das que a ineficacia para municipaliza-lo territorio quedara plenamente demostrada.

2. A segunda aposta era ineludible. A parroquia galega era a forma tradicional dos asentamentos poboacionais galegos e, se tivera escaso reflexo nas normas posconstitucionais, tiña, sen embargo, a forza indomable de se-la forma tradicional dos galegos para entende-la súa relación co territorio. Calcúlase que os 47 distritos xudiciais estaban divididos nunhas 3281 parroquias.

Sen xeneralizar aínda a institución municipal, encontramos en 1820 un modelo irrepetible: Galicia dividida en distritos xudiciais e estes nas tradicionais parroquias galegas. Por iso é ocasión única para comprender ata qué punto os primeiros excedían dos límites razoables para goberna-los asuntos locais e as segundas non alcanzaban o mínimo preciso para ningunha organización político-administrativa eficaz.

3. A terceira aposta liberal foron os concellos, que se mostraran decisivos para logra-lo renacer do constitucionalismo e que, a longo prazo, serían o seu máis firme piar para sostelo. Os concellos galegos puxeron a súa indubidable forza política ó servizo da causa liberal. E con iso convertéronse en órganos politicamente tan rendibles que a súa propia existencia garantía que os ideais do constitucionalismo chegaran a tódolos lugares do Reino.

Inaugurada polo propio rei, a castiza tradición do pronunciamento, os liberais, no ano 1820, non fan senón devolve-lo movemento pendular iniciado no 1814, polo que se reinstalan os concellos galegos segundo o modelo que tiñan daquela. Entre febreiro e abril do ano 1820 reinstaláronse os concellos constitucionais das capitais galegas. Ós libros de actas non chegaron as intrigas, os enfrontamentos nin tan sequera as diverxencias entre liberais e absolutistas. Os ditos documentos semellan para o lector como un grande teatro no que uns saen polo foro para que entren outros. Os profundos intereses que se moveron nos concellos galegos hai que encontralos agregando os múltiples retallos que compoñen o todo que perseguimos.

1. Como exemplo das primeiras eleccións locais do trienio témo-la instalación do Concello constitucional de Lugo. Neste municipio pretendeuse no ano 1812 consolida-la situación de privilexio da cidade perante os seus asentamentos lindantes; sen embargo neste segundo período constitucional a formulación práctica da elección vai ser moi diversa, das 93 parroquias que formaban o Lugo do ano 1812, só 5 van concorrer nesta ocasión á elección de alcalde da cidade. A separación entre *gubernativo e contencioso* comezaba a traspasa-lo ámbito do puramente formal para penetrar na pragmática vida local.

Esta posibilista forma de entender en Galicia, o binomio política-territorio derivou no recoñecemento de máis de 650 concellos constitucionais (onde hoxe só existen 316). Quiméricos concellos que as máis das veces só existiron na mente e no papel dos que os idearon. Por citar algún exemplo, especialmente significativo, o distrito xudicial de Lalín estaba formado por 26 concellos dos que hoxe quedan 6.

A historia, sempre mestra, amósanos cómo os liberais, por quererem fuxir do modelo organizativo do antigo réxime, terminaron, no trienio, por imitalo, se non na súa dinámica política, si na súa excesiva fragmentación que, evidentemente, lle restaba eficacia a calquera armazón deseñada para compartilo goberno dos pobos.

Así pois, en *comarcaliza-lo* territorio galego para defende-lo ámbito do xudicial e *inframunicipaliza-lo* territorio para mante-lo gubernativo, consumiu-se a política territorial do efémero trienio constitucional.

2. Estes feitos foron o calculado deseño dun modelo liberal que a estas alturas xa tiña unha desgraciada experiencia política no seu haber. Os ilusionados principios liberais de 1812 maduraran no desterro e coa represión de seis anos de absolutismo feroz. Cando no ano 1820 retorna a utopía liberal ó noso horizonte político, era máis liberal pero cada vez menos utopía.

Ademais do xa exposto confirman este proceder algúns outros feitos que non é posible pasar por alto, porque constitúen o complemento de canto veño expoñendo:

■ A decisiva influencia que nos sucesos de canto aconteceu nestes tres apaixonantes anos de historia tivo a **Milicia Nacional**, é un feito pouco estudiado en Galicia pero que levou a cada concello a constituí-los seus batallóns de voluntarios, entre os feis ó liberalismo. Apoio armado, a potencialidade do cal non desdeñaron os liberais galegos, unindo de forma indisoluble estes concellos do trienio ó destino deste peculiar exército popular.

■ En segundo lugar outro aspecto vinculará, en Galicia, os concellos ó ideario liberal e non é outro senón, a presenza nelles, como alcaldes, rexedores e procuradores do común das figuras máis ilustres do liberalismo galego. Personaxes, entre outros, como: D. José Alonso López (segundo alcalde de Ferrol); don José M^a Moscoso de Altamira (alcalde de Ferrol); don Claudio González Zúñiga (alcalde de Pontevedra); don José Gabriel Somoza (alcalde de Lugo); don José M^a Luaces y Presno (alcalde de Mondoñedo); don José Vereá y Aguiar (secretario do Concello da Coruña); don Lucas Labrada, secretario da Deputación de Ourense; don Manuel Sánchez Núñez (alcalde do Concello da Coruña); don Pedro de Llano (procurador síndico do Concello da Coruña); don Marcial Francisco del Adalid (Rexedor da Coruña) e don Antonio Pérez Mosquera (alcalde de Ourense).

■ E, por último, paga a pena engadir outro asunto importante que condenou a existencia de Santiago como capital de provincia: o intento, van ó fin, de descabeza-la poderosa Igrexa compostelá. Dende esta pragmática forma de entende-lo territorio forzouse a creación dun novo distrito e concello que dividira Compostela en dous municipios e distritos: Santa M^a do Sar e Santiago. Santiago, sen embargo, comezaría o seu lento declinar como capital de provincia.

3. Cando volvémola vista á actividade lexislativa sobre o réxime local do trienio constitucional, instintivamente dirixímo-la nosa atención á *Instrucción para o goberno económico-político das provincias*, cando é o certo que os municipios tiveron que agardar á quinta lexislatura dese período para ver satisfeita unha das súas grandes necesidades: un marco normativo adecuado. Outras cuestións, máis ancoradas no sentimento que na razón, ocuparon meses de interminables debates parlamentarios polo que, cando o 23 de febreiro do ano 1823 se aprobou, pouco restaba de poder liberal. Pódese asegurar que, polos convulsos momentos que se viviron a partir desa data, practicamente non chegaría a ter vixencia efectiva. Foi o paradigma das solucións descentralizadoras do pasado século e por iso foi norma moi estudada polos xuristas que se ocuparon desta época.

A min só me interesa destacar que a tardía normativización dos principios liberais propiciou unha notable orfandade xurídica dos concellos do trienio que, non obstante, supliron a súa debilidade *de iure* cunha irrepitible fortaleza *de facto*. O efémero trienio constitucional é inmellorable laboratorio de ensaio para observar dende a praxe a extraordinaria contradicción que en si mesmo pechaba o modelo liberal de réxime local. Contradicción arrastrada de tempo atrás, que propiciará unha manifesta

desconfianza cara a todo o local: a uns concellos que foron o seu principal sostén só se dotan dun adecuado instrumento normativo cando xa podía albiscarse o fin deste segundo renacer do constitucionalismo.

Deixando pois esa disposición, que pouco lles afectou ós concellos galegos pola razón exposta, gustaríame referirme a unha norma emanada das autoridades galegas, cando aínda o desencanto non fixera efecto na súa benintencionada pretensión de xeneraliza-la institución municipal a toda Galicia. Trátase da *Instrucción do 13 de abril do ano 1820* sobre a formación de concellos para ese ano.

Esta instrucción é emblemática do ideario dos liberais galegos, que querían fuxir dos criterios organizativos do anterior período constitucional e para iso converteron en órgano de intermediación a tódolos concellos cabezas de partido. Tamén comprenderon, como xa expuxen, os *benéficos* resultados políticos que podían obterse dun adecuado tratamento organizativo. É a primeira norma que descoñece as anteriores capitais das provincias galegas, considerándoas un residuo de tempos pasados e ineficaces para os fins que se propoñían os membros da Xunta galega. A única modificación que se introduce nelas é precisamente segrega-lo Concello de Sar do de Santiago que se propón incluso antes de que estivera instalado.

O criterio poboacional –que tanto lle preocupara ó lexislador gaditano– tamén se supedita, a través de diversas matizacións, á conveniencia de xeneraliza-la instalación dos concellos galegos.

Foi, sen dúbida, o trienio constitucional a idade de ouro dos concellos constitucionais, aínda que, xusto é recoñecelo, moitos deles só existiron na mente e no papel dos que os crearon.

D. Cuarta etapa

1. Sabido é cómo os liberais perderon a inxenuidade política que lles quedaba na forza da praza da Cebada que, durante anos, se alzou como símbolo da nova restauración absolutista. Este feito unido ó azaroso final do reinado de Fernando VII, condicionará en boa medida a evolución dos acontecementos na cuarta e última etapa na que dividín este traballo.

Dúas décadas despois volvemos ter a Galicia sumida no mesmo caos organizativo que denunciaban os liberais de finais do século XVIII pero, sen embargo, non se pode negar que as experiencias pasadas alimentaran o definitivo golpe de temón que cambiará o rumbo da desorientada nave da municipalización en Galicia. Liberais, afrancesados, absolutistas, ilustrados conflui-

rán para establecer, sobre bases sólidas, un movemento reformista que, loxicamente, será un estar *a medias* entre o antigo réxime e Cádiz.

A nova división provincial e unha remozada organización dos distritos xudiciais serán, unha vez máis, necesario antecedente para emprende-la máis difícil de tódalas divisións territoriais: a municipal. Instada, nesta terceira ocasión, dende os propios órganos da recentemente estreada estrutura provincial do Estado.

Este prolífico movemento reformista iluminou unha forzada división municipal do territorio de Galicia que *mutatis mutandi* chegou sen variacións significativas ata os nosos días.

Instaláronse, entre 1835 e 1837, 347 concellos: 101 na Coruña, 83 en Lugo, 96 en Ourense e 63 en Pontevedra. Se tivo o seu apoio na división provincial e xudicial non é menos certo que a parroquia cumpriu con toda eficacia a insubstituíble función de dotar de identidade física uns concellos que a estas alturas xa tiñan unha sólida identidade xurídica.

O proceso de municipalización de Galicia está ateigado dun aleccionador pragmatismo que permitiu ese salto cara a adiante dende o antigo réxime ó constitucionalismo e, niso, a parroquia galega prestoulle un servizo extremadamente útil á causa municipal.

2. É indubidable que os principios que naceran no século anterior perderan boa parte da súa louzanía, o devir dos acontecementos e a presenza de moitos liberais xa desencantados no Goberno da nación, foron acicate dunhas reformas que conservaron a forma para perder irremediamente o fondo.

O primeiro asalto foi á **soberanía nacional**, os concellos reformistas xa non serán elixidos a través da pluralidade de votos polos seus veciños, o **sufraxio universal** acantoaríase no baúl dos recordos. O **sufraxio censitario** instalárase nos concellos projectando unha limitada lexitimación do sistema: só os que dispoñan dunha determinada renda poderán ser electores e elixibles. Nas primeiras eleccións celebradas baixo a vixencia da Lei de 1835, o número de electores foi moi reducido, e oscilaba nos municipios estudados entre o 10% dos veciños en Chantada e o 50% en Mondoñedo. Pouco que ver cos datos oficiais que indicaron porcentaxes moi superiores. A democratización afastábase do noso panorama político.

O segundo dos principios que se forxaran no século anterior, o **uniformismo**, tamén a estas alturas se mostraba en Galicia inservible para municipaliza-lo territorio. Só a división provincial estivo próxima a este ideal. A xudicial e a municipal afasariáanse buscando adaptarse á dispersión territorial de Galicia.

Na provincia da Coruña instaláronse concellos con 1 parroquia como Somozas ou Santiago e, outros con 26 como Melide. En canto á poboación tamén as diferencias eran notables, variaban dende as 19.968 persoas de Santiago ás 1338 de San Antolín de Toques (no partido de Arzúa).

En Lugo, tampouco as circunstancias foron distintas pois, aínda que as fontes para esta provincia son máis precarias, pódese afirmar que tamén os concellos instalados o fixeron sobre bases tan heteroxéneas como as referidas para a Coruña. Coñecemos-lo número de parroquias por distritos xudiciais e oscilou entre as 268 do partido de Lugo e as 33 de Ribadeo. Tamén é posible saber que na década dos 40 se instalaría un macro concello de Lugo con 60 parroquias.

Segue Ourense o modelo descrito, con concellos compostos de 41 parroquias como Viana e outros con 1 coma o Concello de Arnoia. E completa Pontevedra un esquema que se imporá en toda Galicia, con dous concellos como Cereijo e Lalín formados por 51 parroquias e Puente Sampayo e Grobes con 2. Tamén se coñece a poboación dos concellos pontevedreses dende Cereijo que tiña 15.002 persoas a Sayar que tiña 1204.

Se a democratización e o uniformismo sufriran un forte revés co paso do tempo, a centralización, entendida como concepto ómnibus e estreitamente vinculada ó vigoroso principio da unidade nacional, vivía un período de grande fortaleza política en que, superados pasados delirios descentralizadores, se converterán, os concellos reformistas, en órganos *cuasi* periféricos da Administración do Estado. Pouco durará esta situación, pero é certo que a xeneralización dos concellos a todo o territorio de Galicia se alcanzou neste período.

3. Tamén os concellos reformistas tiveron unha disposición a modo de buque insignia: a **Lei de concellos de 1835**. Que tamén sufriu a fugacidade das súas antecesoras, posto que aprobada o 23 de xullo do ano 1835 pasou a mellor vida en agosto do 1836, tralo Motín de la Granja, data na que se recupera a lexislación trienal.

Non obstante, o cambio de norma en momento tan inoportuno en termos políticos, o certo é que entre 1835 e 1837 fraguou un modelo municipal que substancialmente non se alteraría en todo o século. Non resulta doado comprender por qué este texto tivo o éxito que outros buscaran –quizais con maior rigor técnico–; non obstante, esta disposición que concibe os concellos como órganos “*cuasi* periféricos” da Administración do Estado e que estreita o cerco da dependencia funcional do alcalde, logrará, integrándose no proxecto reformista do estado, impul-

sar dende fóra unha decidida política municipalizadora. As reviravoltas do poder son difíciles de coñecer e, con frecuencia, aínda máis difíciles de comprender.


O seu escaso período de vixencia foi unha feliz coincidencia que propiciou a xeneralización do municipio dende unha decidida intervención estatal pero que, ó ser substituída en tan breve período de tempo, contribuíu a matiza-las tensións que a práctica faría inevitables.

As autoridades provinciais pronto viron as múltiples dificultades que encerraba, nun territorio de poboación tan dispersa, a aplicación do artigo 4 da Lei de 1835, que dispuxera que:

“Se a poboación estivese dispersa e sen centro de reunión, como acontece nalgunhas provincias, marcarase o territorio correspondente a cada concello, que non deberá exceder de catro leguas en cadro, nin dunha poboación de cincocentos veciños, pouco mais ou menos. Nos casos referidos os gobernadores civís formarán os correspondentes expedientes nos termos máis sinxelos, e dirixirallos á soberana aprobación de S.M.”.

A posibilista actuación das autoridades galegas consistiu en converte-las parroquias, a única organización estable que quedaba do pasado, especialmente nas zonas rurais nas que as previsións legais resultaban quiméricas, en auténticos motores para municipalizar Galicia. O proceso electoral desenvolvido conforme esta disposición nas Pontes de García Rodríguez (provincia da Coruña e distrito de Ortigueira), o único dos estudia-dos que se instalou seguindo as previsións das autoridades galegas, resulta exemplar: os cinco maiordomos pedáneos convertéranse no preciso fío conductor para entregárllle-la testemuña ós novos rexedores.

4. Epílogo para unha Galicia en cambio

Tres décadas foron, pois, necesarias para que se entendera que os concellos non eran nin comarcas nin parroquias, senón unha realidade gozosamente distinta que, dende a Constitución, debía chegar a todo o vello Reino de Galicia, como símbolo dun cambio que, a esas alturas, formalmente xa sería irreversible para toda a Nación. A evolución posterior non fará senón confirmar esta argumentación porque a polémica municipal foi *in crescendo*, nun imparable movemento ascendente, ata polarizar durante anos a maior diferenciación entre moderados e progresistas. 

Ferrol, 7 de xaneiro de 1997

El recurso extraordinario de revisión y la LOFAGE: Un recorrido por la normativa estatal y autonómica

Licenciado en Derecho.
Cuerpo Superior de la Junta
de Castilla y León

Joaquín Meseguer Yebra

Para abordar en la actualidad el tema de los recursos administrativos y, en concreto, el recurso extraordinario de revisión, contamos desde 1992 con la Ley del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Es el título VII, bajo la rúbrica "De la revisión de los actos en vía administrativa", el que regula lo concerniente a las diferentes alternativas para proceder en sede administrativa a la reconsideración, por parte de la Administración pública, de sus propios actos, ya sea de los estrictamente administrativos (revisión de oficio y recursos administrativos) o de otros de naturaleza opuesta a la puramente administrativa, como son los de carác-

ter civil y laboral (reclamaciones previas al ejercicio de acciones judiciales en la vía civil o social).

El capítulo II de este mismo título es el que recoge exclusivamente la normativa relativa a recursos administrativos, dispone inicialmente las normas comunes a las dos modalidades típicas y procede, seguidamente, al estudio de los aspectos diferenciales de cada uno (órgano competente, plazo de interposición, motivos, etc...), sin perjuicio de que en algún caso haya puntos en común, como ocurre con los efectos de la resolución presunta o silencio administrativo, que serán desestimatorios, salvo lo que con carácter excepcional prevé el art. 43.3º letra b) de la misma ley.

Una de las lagunas que nos encontramos del análisis de la Ley 30/1992, y en lo que se refiere especialmente al recurso extraordinario de revisión, es el punto relativo al órgano competente para resolverlo. Así, mientras que el art. 114.1º dispone que la resolución del recurso ordinario corresponde al órgano superior jerárquico del que dictó el acto impugnado (con las precisiones que efectúa por un lado el mismo art. 114 con respecto a los actos dictados por los tribunales y órganos de selección del personal, y por otro lado el art. 116, que se refiere a los órganos ante los que puede presentarse el recurso ordinario), el art. 118.1º sólo hace referencia a que la interposición del ya citado recurso extraordinario de revisión deberá efectuarse ante el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

Para algunos autores la utilización del término "interposición" no puede de ninguna manera considerarse equivalente a la competencia para resolver el recurso, y para fundamentar su postura se remiten al más arriba citado art. 116, en el que la interposición equivale o hace alusión más bien al órgano ante el cual puede presentarse el recurso, órgano que no tiene por qué coincidir necesariamente con el competente para su resolución¹.

De esta forma, el art. 116 dice concretamente que "el recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el órgano competente para resolverlo.

Si el recurso se hubiera presentado ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al competente en el plazo de diez días, con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente.

El titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de lo previsto en el párrafo anterior".

Esto, no obstante, debería completarse también con lo dis-

¹ Entrena Cuesta, Rafael. "Curso de Derecho Administrativo I/1", 11ª edición, Tecnos, pág. 267.

puesto por el art. 38.4º de la misma ley, en lo que atañe a los lugares donde se podrán presentar las solicitudes, escritos y comunicaciones que vayan dirigidas a los órganos de las administraciones públicas.

Por contra, "interposición" era el término utilizado en la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 para expresar cuál era el órgano competente para resolver el recurso extraordinario de revisión. Así, el art. 127 de aquella ley establecía:

"Podrá interponerse recurso extraordinario de revisión ante el Ministro competente contra aquellos actos administrativos firmes en los que concurra alguna de las circunstancias siguientes...".

Para complicar más la cuestión, el art. 119, también de la Ley 30/1992, remite a este art. 116 para regular lo relativo a la presentación del recurso extraordinario de revisión, de donde podría deducirse que esta ley insinúa una dualidad de órganos dependiendo de si hablamos de interposición o resolución, opción que permite la Ley 30/1992 sin problemas para el recurso ordinario, como ya hemos visto.

Sánchez Morón, ante el reto de interpretar estos preceptos en cierta forma contradictorios, pone de manifiesto que se trata de un lamentable lapsus del legislador, fundamentado en el proyecto de ley que preveía que el órgano competente para resolver el recurso extraordinario de revisión era aquel en que se agotaba la vía administrativa, de donde se extraía la posibilidad de que el competente fuera superior jerárquico del que dictó el acto recurrido, siendo entonces coherente la aplicabilidad del art. 116. Desaparecido este criterio en la ley actual, se ha mantenido en cambio el art. 119, que ahora carece de todo sentido².

Es así que la mayor parte de los autores coincidían en opinar que la Ley 30/1992 no concretaba con un criterio fuera de toda duda, el órgano competente para la resolución del recurso extraordinario de revisión, por lo que se acudía a la antigua Ley de procedimiento administrativo para extraer de la misma que el Ministro seguía siendo el órgano llamado a la decisión de tal recurso. Todo esto con los debidos matices por lo que se refiere a la determinación del órgano correspondiente en el ámbito de las demás administraciones públicas, fundamentalmente Comunidades autónomas y administraciones locales, cuestión no exenta de problemas, sobre todo a partir del sistema plural de administraciones públicas inaugurado por la Constitución de 1978, que afirma la autonomía política de las comunidades y la no menos importante que ejercen las entidades locales para

² Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (Directores). "La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Tecnos, páx. 349.

la gestión de sus respectivos intereses, conforme proclama el título VIII de nuestra Carta Magna.

Que se haga depender a comunidades autónomas y entidades locales del criterio de un órgano político y estatal como es el Ministro del ramo correspondiente, en una cuestión tan propia y particular de cada Administración pública como es la resolución de un recurso administrativo interpuesto contra un acto de la propia Administración, no puede parecernos nada más que un completo anacronismo. La configuración de una vía de revisión administrativa de un acto dictado por una determinada Administración ante los órganos de otra (y no estamos hablando de entes instrumentales), sería quizás la expresión más firme de la existencia de una dependencia jerárquica que de ninguna manera puede sostener nadie en la actualidad cuando estamos hablando de relaciones Estado-comunidades autónomas o Estado-entidades locales.

En el caso de las comunidades autónomas, algunas de ellas prevén expresamente, en sus propias leyes de Gobierno y Administración, la resolución del citado recurso extraordinario de revisión dentro del propio ámbito autonómico. La mayor parte de ellas, sin ánimo de ser exhaustivos, disponen que será el Consejero correspondiente por razón de la materia el encargado de resolver este recurso. De esta manera aparece en el art. 29 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, del Principado de Asturias, en la que se especifica que será el Consejo de Gobierno cuando el acto recurrido derive de él. De forma muy parecida lo recoge el art. 60.2º de la Ley 2/1984, de 7 de junio, de la Comunidad Autónoma extremeña, añadiendo que si el recurso de revisión se interpone contra un acto administrativo de un organismo autónomo, será el consejero respectivo el que lo resolverá³.

En el otro extremo, hay normativas autonómicas que se ajustan mejor al nuevo criterio inaugurado por la LOFAGE. Cantabria, Madrid o Aragón se encuentran, entre otras, dentro de ese grupo. La Ley 7/1993, de 22 de junio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, modifica el art. 53.3º de su Ley 1/1983, de 13 de diciembre, para atribuirle al órgano administrativo que haya dictado el acto administrativo recurrido, la resolución del recurso extraordinario de revisión. Parecida postura sigue la Ley 3/1984, de 7 de mayo, de la Comunidad Autónoma cántabra, modificada por otra posterior de 1994.

A medio camino entre uno y otro grupo está el art. 55 de la Ley 3/1993, de 15 de marzo, de Aragón, que atribuye la resolución de este recurso al consejero o en su caso al órgano administrativo que dictase el acto no recurrido, entendiendo nosotros en

³ Dentro de este grupo se encuentran también el art. 60.3º de la Ley 1/1988, de 7 de enero, de la Comunidad Autónoma de Murcia, el art. 80 de la Ley 3/1995, de 8 de marzo de la Comunidad Autónoma de La Rioja y el art. 86.2º de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de la Comunidad Autónoma catalana, haciéndose expresa mención por parte de estos dos últimos de que el ejercicio de este recurso se entenderá dentro del marco establecido en la legislación reguladora del Procedimiento Administrativo Común.

este caso que se trata de aquellos actos que devienen firmes por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

Incluso ha habido problemas en relación a la competencia para la resolución de este recurso, respecto de actos de órganos que se hallan en el seno de la Administración del Estado. Ahí tenemos el caso de los jurados provinciales de expropiación, órganos "ad hoc" fuera de cualquier línea jerárquica, y que agotan la vía administrativa conforme al art. 35.2° de la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954. El Consejo de Estado ha estimado, finalmente, que el recurso extraordinario de revisión contra las resoluciones de estos órganos debe interponerse ante el propio Jurado y ser resuelto por éste⁴.

De manera similar a las comunidades autónomas, las corporaciones locales encomiendan esta función a sus órganos superiores, también se encuentran en igual línea las entidades institucionales que gozan de mayor autonomía a pesar de lo que disponía la Ley de entidades estatales autónomas, de 26 de diciembre de 1958, en su art. 76.3°, para todos los organismos autónomos, que le reserva siempre la resolución de este recurso al Ministro respectivo. (La disposición derogatoria única de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado -LOFAGE- deroga esta última ley).

Retomando el tema de nuestro estudio, y en la misma línea que apunta a seguir considerando al Ministro como órgano competente para conocer de este tipo de recurso, algunos aducían que la filosofía de la nueva Ley 30/1992 era contraria al diseño de cualquier recurso cuya decisión estuviera encomendada al mismo órgano que dictó el acto recurrido, por lo que una alternativa diferente no se avenía al espíritu de la ley. De la misma forma que la fase instructora y resolutoria, tanto en vía judicial como administrativa, deben estar suficientemente delimitadas y definidas, parece oportuno también separar esta especie de dos instancias.

Redundando en la postura que se viene sosteniendo en este trabajo, el art. 14.7° de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, cuyo texto refundido se aprobó por Decreto de 26 de julio de 1957 (ahora derogada también por la LOFAGE), encomendaba a los ministros, como jefes de sus departamentos, la facultad de resolver en última instancia dentro de la vía administrativa, cuando no correspondiera a una autoridad inferior, los recursos promovidos contra las resoluciones de los organismos y autoridades del departamento, salvo que una ley especial autorizara recurso ante el Jefe del Estado, el Consejo

⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, "Curso de Derecho Administrativo II, Edit. Civitas, S.A. Madrid, 1993, págs. 352 y sigs.

Memoria del Consejo de Estado de 1989.

Lavilla Alsina, Landelino, "Recurso de revisión contra acuerdos de los Jurados de Expropiación".

Documentación Administrativa, n.º 221, págs. 109 y sigs.

de Ministros o la Presidencia del Gobierno, precisiones estas últimas que obviamente han quedado ya desfasadas conforme la distribución constitucional de poderes actual.

Cuando en base a tales fundamentos parecía doctrinalmente aclarada la polémica sobre la atribución de la competencia para la resolución del recurso extraordinario de revisión, llega la Ley 6/1997, que ya hemos citado en este trabajo como LOFAGE, que introduce e incorpora aspectos importantes con respecto al procedimiento administrativo en sus disposiciones adicionales. Así, matizaciones al régimen de la delegación, avocación de competencias y delegación de firma, que consisten fundamentalmente en una intensificación de los controles jerárquicos para que tales "dislocaciones competenciales" puedan operar. También se incorpora al actual régimen procedimental lo que disponía la antigua Ley de procedimiento administrativo de 1958, en el capítulo III de su título I, sobre conflictos de atribuciones; la derogación de la disposición adicional novena de la Ley 30/1992, acerca de los actos que agotan la vía administrativa en la Administración general del Estado, introduciendo al mismo tiempo la precisión de que los actos emanados de los secretarios de Estado en base a sus competencias propias, agotan la vía administrativa, o la determinación de los órganos competentes para revisar de oficio los actos administrativos nulos o anulables, vacío legal que existía también desde la Ley 30/1992.

Es la disposición adicional decimoséptima de la LOFAGE la que viene a introducir una novedad en este punto de nuestra exposición, al disponer que "será competente para conocer del recurso extraordinario de revisión el órgano administrativo que haya dictado el acto objeto de recurso", con lo que se desmoronan las bases y argumentos que hasta ahora habíamos proporcionado para ofrecer una solución más o menos coherente.

Introduce así esta ley una novedad que podría no serlo tanto si hubiésemos interpretado que el art. 118 de la Ley 30/1992, cuando se refería a la interposición de este recurso, estaba implícitamente aludiendo a la competencia para resolver y no solamente al órgano ante el cual debe presentarse el recurso. Se ha quedado la ley, en este sentido, a medio camino de lo que podría haber sido una interpretación más progresista y, a mi entender, más adecuada de este medio de impugnación, sin reparar en las consecuencias que este cambio puede llegar a producir.

Todo esto, aparte de atender al ámbito de aplicación de esta disposición adicional, si tenemos en cuenta que introduce un matiz en el régimen de un recurso administrativo, materia que se puede entender básica si consideramos que el régimen de los

recursos administrativos entra dentro de la materia "régimen jurídico de las administraciones públicas", pero que también puede considerarse dentro del "procedimiento administrativo común", y en este sentido corresponderle al Estado la regulación plena y exclusiva⁵.

Lo cierto es que la materia de los recursos administrativos se encuentra en esta ley fuera del título correspondiente a las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, pero parece estar más cercana a esta materia que a la del régimen jurídico de las administraciones públicas.

De una u otra forma, parece a primera vista que este precepto de la lofage deberían respetarlo todas las administraciones públicas. No obstante, el punto xii de la exposición de motivos de esta ley dice textualmente que la misma "trata de precisar, sólo para el ámbito de la Administración general del Estado y sus organismos públicos, algunas cuestiones que la Ley del régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común no había podido resolver por las limitaciones propias de ésta.

⁵ La exposición de motivos de la Ley 30/1992 dice "...la delimitación del régimen jurídico de las administraciones públicas se engloba en el esquema "bases de desarrollo" que permite a las comunidades autónomas dictar sus propias normas siempre que se ajusten a las bases estatales. Sin embargo, respecto del procedimiento administrativo común y al sistema de responsabilidad de las administraciones públicas ...la Constitución las contempla como una competencia normativa plena y exclusiva del Estado.

La Constitución establece la competencia de las comunidades autónomas para establecer las especialidades derivadas de su organización propia pero además, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no se puede disociar la norma sustantiva de la norma de procedimiento, por lo que también ha de ser posible que las comunidades autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo, pues lo reservado al Estado no es todo procedimiento sino sólo aquel que deba ser común y haya sido establecido como tal..."

El carácter de norma básica de la ley citada en cuanto al régimen jurídico de las administraciones públicas, y su objetivo de regular un procedimiento administrativo común, conforme a los mandatos del art. 149.1.18º de la Constitución, obligaban a que muchos aspectos de su regulación debieran ser precisados normativamente para cada Administración pública atendiendo a sus peculiaridades organizativas, y funcionales. Por ello, debe ser en la ley destinada a regular la organización y funcionamiento de la Administración general del Estado y sus organismos públicos donde aquellas precisiones encuentren su ubicación idónea..."

Cabe pensar, entonces, en la posibilidad que asiste a cada comunidad autónoma de articular a través de sus propias normas de régimen jurídico o de Gobierno y Administración, una alternativa diferente para atribuir la competencia de resolver el recurso extraordinario de revisión, previsión que entiendo por otro lado podría ser vista en algún momento por el Estado como una injerencia de la competencia antes citada, y que le corresponde en virtud del art. 149.1.18ª de la Constitución. ¿Sería posible entender como especialidad derivada de la organización propia de las comunidades autónomas, la atribución de esta competencia a un órgano diferente del que dispone la normativa estatal?

Y todo ello sin perjuicio del dictamen preceptivo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, que sigue siendo


necesario para la resolución de esta modalidad de recurso, de acuerdo con el art. 22.9 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, reguladora del Consejo de Estado. Si el Estado permitiera a la comunidad autónoma establecer un sistema diferente para la resolución del recurso de revisión, es probable que hubiera que entender también posible la intervención del órgano consultivo propio de la comunidad autónoma para aquellas que ya cuentan con él, algo parecido a lo ya previsto en la Ley 30/1992, en sus arts. 102 y 103, para la revisión de oficio⁶.

Sin duda, el legislador, en el instante mismo de aprobar esta norma, no ha caído suficientemente en la cuenta de problemas serios que se pueden llegar a crear al haberse encomendado la resolución del recurso al mismo órgano que en algunos casos habrá inducido el vicio en el acto administrativo que se impugna, como es el caso de los motivos 1º y 4º del art. 118 de la Ley 30/1992, fundamentalmente este último. Pensemos así en una resolución que hubiera dictado incurriendo en prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

No es difícil imaginar la situación tan absurda que se podría llegar a producir si el mismo órgano prevaricador tuviera que resolver el recurso que pone en cuestión la legalidad de su actuación. Afortunadamente quedamos fuera de esta posibilidad por cuanto previamente a la interposición y resolución de este recurso, debe existir un previo pronunciamiento judicial en lo penal, de donde se derivarían como mínimo penas de inhabilitación especial para el empleo y cargo público de 7 años para el caso del cohecho y la prevaricación (arts. 404 y 419 del Código penal), con lo que el problema quedaría resuelto en este caso a la vista del plazo de 3 meses para la interposición del recurso de revisión, desde que la sentencia queda firme, de acuerdo con el art. 118.2º de la Ley 30/1992.

Mayor conflicto puede plantear la interpretación de qué pueda entenderse incluido dentro de la "maquinación fraudulenta" o "conducta punible". No obstante, y a salvo de lo anteriormente expuesto, no es bueno tampoco para asegurar la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública que la persona que suceda en un puesto a aquel que haya sido condenado por prevaricador o cualquiera de los supuestos que hemos visto, se encuentre sometido a la presión que supone el "tener" que decidir de los recursos contra los actos dictados por su antecesor. Considero que habría sido más oportuno y acertado haberle encomendado esa resolución a un órgano diferente.

⁶ Escusol Barra, Eladio y Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge, "Derecho Procesal Administrativo", Tecnos, pág. 241.

Quedamos, pues, atentos a los diferentes pronunciamientos que en lo sucesivo vayan produciéndose por parte de las diferentes administraciones, la opción que las comunidades autónomas escojan en sus propias regulaciones, la evolución de la jurisprudencia y las aportaciones de la doctrina. 

Otra bibliografía

PARADA VÁZQUEZ, R., "Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común", Madrid, 1993.

DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, n.º 221, artículos de T.R. Fernández, Bullinger, Bacigalupo, Cassarino, Subra de Biensses, Santamaría Pastor, Lavilla Alsina y Piñas Mañas.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., "El nuevo régimen de los recursos administrativos", Actualidad Administrativa, n.º 31, 1993.

XURISPRUDENCIA



Desenvolvemento regulamentario da Lei de prevención de riscos e normativa sectorial. O concreto exemplo da estiba portuaria.

A propósito da STS (sala terceira) do 2 xullo 1997

Profesor titular de dereito do
traballo e Seguridade Social.
Universidade de Vigo

Jaime Cabeza Pereiro

¹ Un amanteiro é un traballador portuario que participa nas manobras de carga e descarga co fin de auxiliar no manexo dos guindastres.

1. Introducción

Este pronunciamento do TS, que resolve un recurso de apelación interposto pola Compañía Auxiliar do Porto de Tenerife contra a sentenza de instancia, finaliza a cadea de resolucións desestimatorias adoptadas polos órganos administrativos e xudiciais fronte á pretensión de que se revogara o acto administrativo do delegado provincial da Comunidade Autónoma, que ordenaba o nomeamento dun amanteiro¹.

En si mesma considerada, a sentenza que se comenta pasaría practicamente desapercibida ós ollos do comentarista. Acontece, sen embargo, que nun momento de culminación da profunda reforma lexislativa que sucedeu na materia de prevención

de riscos, se produce unha certa desorde nalgúns sectores dotados de normativa específica anterior á Lei 31/1995, do 8 novembro, a vixencia da cal suscita dúbidas. Tal confusión é, en grande medida, causa do conflito que na sentenza obxecto deste comentario resolve o Alto Tribunal.

A estiba portuaria constitúe un exemplo prototípico do dito, pero non o único. A normativa regulamentaria específica de seguridade e saúde promulgouse naqueles sectores expostos a riscos particulares ou de maior intensidade, que requiren unhas medidas preventivas particularmente intensas. Para tal fin, a dita normativa establecía, afastándose do réxime xeral, novas, maiores e máis medidas de prevención nas actividades especialmente perigosas².

Quizais o sector da construción pode ser a mellor referencia de contraste. Acontece que se promulgou recentemente o R.D. 1627/1997, do 24 outubro, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras³, pero non derroga –polo menos de modo expreso–, o capítulo XVI da Ordenanza laboral da construción e obras públicas, do 28 agosto 1970⁴, que no seu momento reproducira case literalmente o Regulamento de seguridade para a industria da construción do 20 maio 1952.

En fin, estes problemas non existirían por pouco que o leislador fose algo máis coidadoso á hora de elabora-las disposicións derogatorias ou as táboas de vixencias⁵. Bastaría con

² Vid., neste sentido, as reflexións de Fernández Marcos, "El estudio de seguridad e higiene en la construción implantado por el Real Decreto de 21 de febrero de 1986", *Ensayos sobre temas actuales de seguridad e higiene en el trabajo*, UNED (Madrid, 1992) páxs. 149 e segs. Por certo, este real decreto foi recentemente derogado polo R.D. 1627/1997, do 24 outubro, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras.

³ Constitúe a norma de trasposición da Directiva 92/57, do 24 xuño, relativa ás disposicións mínimas de seguridade e de saúde que deben aplicarse nas obras de construción temporais ou móbiles.

⁴ A disposición final primeira do Convenio Colectivo Xeral do sector da construción (BOE do 20 maio 1992) –prorrogado tacitamente de acordo co art. 86.2, ET– prevé que "en materia de seguridade e hixiene no traballo ... se estará ó disposto no anexo correspondente que se incorpore a este convenio e que formará con el un todo orgánico e indivisible, cando así o aprrobe a Comisión Paritaria deste". Tal anexo non foi aínda aprobado na data de hoxe polo cal hai que aterse á alínea segunda da dita disposición final: "en tanto non se produza esta incorporación, continuará vixente o disposto sobre a materia na Ordenanza laboral da construción do 28 agosto 1970".

⁵ A modo de contraste, resultaba moito máis coidadosa a Ordenanza xeral de seguridade e hixiene no traballo, a táboa de vixencias da cal declaraba a vixencia "en canto non se opoña ... a esta ordenanza" de –entre outras– a Orde do 6 febreiro 1971, pola que se aproba o Regulamento de seguridade, hixiene e benestar dos estibadores portuarios.

que a preocupación que tivo con respecto a isto co sector mineiro⁶ –preocupación por outra parte lóxica, ante os extraordinariamente significativos índices de sinistralidade– se mantivese con respecto a un pequeno grupo de máis sectores.

Ademais de lamentarse, corresponde, pois, a tarefa de definir con exactitude o marco normativo para a prevención de riscos laborais no sector da estiba e desestiba de buques, á espera de que o panorama se clarifique e se actualice. Por outra parte, a aplicación de certa normativa xa anella contrasta coa rápida evolución tecnolóxica, que por suposto alcanza tamén os traballos de carga e descarga nos peiraos. A innovación da técnica implica que se innoven tamén os mecanismos e a normativa preventivos, que sempre deben actualizarse á par que se introducen novos equipos de traballo.

2. A fundamentación xurídica da sentenza

Como xa se adiantou, o TS desestima o recurso de apelación da empresa contra a sentenza da sala do contencioso-administrativo do TSX de Canarias que, pola súa vez, desestimara o recurso contencioso-administrativo interposto por aquela contra unha resolución do director xeral de Traballo do Goberno autónomo de Canarias confirmatoria da orde do órgano competente da CA para que procedera ó nomeamento dun amanteiro.

Para alcanzar esta conclusión, o tribunal parte da vixencia “in-discutible” da Ordenanza de seguridade e hixiene no traballo dos

⁶ Que se comproba coa transcripción do último inciso da disposición derogatoria da Lei 31/1995, de prevención de riscos laborais: “a presente lei non lle afecta á vixencia das disposicións especiais sobre prevención de riscos profesionais nas explotacións mineiras, contidas no capítulo IV do Real decreto 3255/1983, do 21 de decembro, polo que se aproba o Estatuto do mineiro, e nas súas normas de desenvolvemento, así como as do Real decreto 2857/1978, do 25 de agosto, polo que se aproba o Regulamento xeral para o réxime da minería, e o Real decreto 863/1985, do 2 abril, polo que se aproba o Regulamento xeral de normas básicas de seguridade mineira, e as súas disposicións complementarias”. Nos mesmos termos se expresa o inciso último da disposición derogatoria única do Regulamento de servizos de prevención de riscos laborais, aprobado por R.D. 39/1997, do 17 xaneiro. Sobre toda esta normativa do sector mineiro, v.g., Rodríguez Escanciano, *El régimen jurídico laboral de la minería del carbón*, Universidad de León, León, 1997. Polo demais, neste sector debe tamén terse en conta o R.D. 1389/1997, do 5 setembro, polo que se aproban as disposicións mínimas destinadas a protexer-la seguridade e a saúde dos traballadores nas actividades mineiras. Este R.D. contén unha significativa disposición final primeira, que inclúe un mandato refundidor ó Ministerio de Industria e Enerxía.

estibadores portuarios, do 6 de febreiro 1971, da cal o art. 138 establece terminantemente que “se esixirá, sen excepción ningunha, a presenza dun amanteiro por cada aparello de izar nos zapóns polos que se efectúen operacións de carga e descarga”. En consecuencia, rexeita que o precepto poida inaplicarse por desfasado á vista das novas tecnoloxías, máxime tendo en conta que os novos guindastres, se ben lle permiten maior visibilidade ó operario que as controla, non sempre garanten que tal visibilidade sexa completa⁷.

Derivado do anterior, tamén se rexeita a alegación do recorrente de que debía aplicarse, *a contrario sensu*, o art. 102.9 da Ordenanza xeral de seguridade e hixiene no traballo⁸, por existir normativa específica de sector e porque, de feito, a visibilidade do operario que manexaba o guindastre non era total. E, por último, desestímase tamén o argumento de que non se lle outorgara audiencia, como era preceptivo, ó Comité de Seguridade e Hixiene, porque a omisión deste trámite non viciaba de nulidade o acto administrativo, sobre todo á vista de que interviñera o comité de empresa e compareceran directamente os traballadores.

3. Elenco de fontes e as súas vixencias

O acerto ou desacerto da decisión da sentenza que se comenta non representa asunto que agora deba ocupar unha longa reflexión. Baste con apuntar que, basicamente, se comparte o criterio sostido polo TS. Aínda que próximos no tempo, os feitos e acto administrativo polos que se litiga corresponden a unha situación de vixencia de normas que, na actualidade, foron na súa maior parte derogadas. A modo de exemplo, o Comité de Seguridade e Hixiene ó que, en opinión do recorrente, había de concedérselle preceptivamente audiencia, so pena de nulidade da orde dada pola autoridade laboral, é un órgano desaparecido, despois de que a Lei 31/1995, de prevención de ris-

⁷ Como se deducía do informe do inspector de Traballo incorporado a autos.

⁸ Hoxe derogado pola disposición derogatoria do R.D. 486/1997, do 14 abril, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde nos lugares de traballo. Dispoñía este art. 102.9 que “cando en aparellos de izar non queden dentro do campo visual do maquinista tódalas zonas polas que deben pasar as persoas ou obxectos, se empregarán un ou varios traballadores para efectuar os sinais adecuados para a correcta carga, desprazamento e parada”.

cos laborais –en diante, LPRL– derogase o Decreto do 11 marzo 1971⁹.

Sen embargo, a lectura da sentenza suxire un comentario doutra natureza. Este é o de preguntarse pola normativa que debe aplicarse hoxe¹⁰, en materia de prevención de riscos, a un sector concreto, a exposición do cal a accidentes de traballo e enfermidades profesionais resulta particularmente intensa. Porque nel conviven diferentes estratos normativos, de orixe convencional e legal, de procedencia internacional, comunitaria e interna e aprobados en momentos moi diversos, dos cales a coordinación e vixencia simultánea provoca non poucas disfuncións.

Iniciando a exposición polas fontes convencionais –as menos significativas no día de hoxe–, o Acordo para a regulación das relacións laborais no sector portuario do 18 outubro 1993¹¹ límitase a introducir unha cláusula –no seu art. 12– pola que ámbalas partes se comprometen a estudar os problemas de seguridade e saúde no marco dunha comisión paritaria¹², a ordenar a constitución duns comités paritarios en cada porto e remitirse á normativa vixente. Pouco esclarecedora resulta sobre cal é, hoxe en día, a normativa en vigor, e escasos resultados cabe esperar dunha comisión paritaria que, anos máis tarde, non fixo fructificar os seus traballos en ningún tipo de acordo¹³.

A tarefa encomendada a esta comisión, aínda que pobre en resultados, reviste unha gran transcendencia. Outra vez a semellanza do que acontece no ámbito da construción, a normativa convencional de sector que no seu momento se aprobe

⁹ Calquera intento de aplicación extensiva da disposición transitoria primeira, alínea 2 da LPRL queda neste caso totalmente descartada, a partir do dato da intervención decisiva da parte empresarial na composición do comité, hoxe desaparecido a favor dos delegados de prevención e do comité de seguridade e saúde. Sobre este tema, pode consultarse unha STSX de Madrid do 16 setembro 1996 (Arzdi. SOC. 3535).

¹⁰ Sobre este tema, debe consultarse inicialmente Rodríguez Ramos, *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Trotta, Madrid, 1997, páxs. 361 e segs. Tamén o traballo –citado na anterior– de Ramírez Martínez e Sala Franco, *Dictamen solicitado por Marítima Valenciana S.A. acerca de la determinación de las respectivas obligaciones y responsabilidades de la Sociedad Estatal y de las Empresas Estibadoras en materia de seguridad e higiene en el trabajo en las actividades de estiba y desestiba de buques*, Valencia, 1991.

¹¹ BOE do 16 novembro.

¹² A cal deberá de formularlle as súas conclusións na materia á Comisión Mixta do Acordo.

¹³ Este prognóstico pesimista refórzase á vista de que a homóloga comisión de estudo prevista no Acordo para a regulación das relacións laborais no sector portuario do 5 febreiro 1988 tampouco levou a bo fin o seu labor. Neste sentido, Rodríguez Ramos, *op. cit.*, pág. 400, *ad nota* 104.

podería te-la virtualidade de substituír definitivamente as disposicións regulamentarias, xa obsoletas, a que se refire a sentenza que é obxecto deste comentario. Debe repararse que a esta só se suxeitarán as partes –así o expresa o propio art. 12 do acordo– “durante o período transitorio”. Este período identifícase co que requiran a comisión para presenta-lo seu estudio e as partes negociadoras para aproba-la normativa convencional. E é claro que os negociadores entenden que debe substituír e derroga-la Ordenanza do 6 febreiro 1971.

Xa en referencia á normativa de orixe estatal, debe facerse alusión, en primeiro lugar ó R.D.L. 2/1986, do 23 maio, sobre o servizo público de estiba e desestiba de buques, do cal deben destacarse dous preceptos. O primeiro –art. 19–, de pura remisión, dispón que no non regulado nel serán de aplicación as normas laborais xerais “en canto sexan compatibles coa natureza especial da relación laboral dos estibadores portuarios”. O segundo contén unha máis específica referencia á materia de prevención de riscos, sobre repartimento da obriga de lle prestar unha protección eficaz ó traballador entre a sociedade estatal empregadora e a empresa estibadora, que garda evidentes concomitancias co art. 14.1, LPRL e co art. 16.2 da Lei 14/1994, do 1 xuño, de empresas de traballo temporal¹⁴. Sobre este precepto –a análise do cal agora se omite– centráronse os estudos existentes sobre seguridade e saúde¹⁵.

Tamén debe terse en conta a Lei 27/1992, do 24 novembro, de portos do Estado e da Mariña Mercante¹⁶, con certos tipos administrativos referidos á seguridade e saúde no ámbito das operacións de estiba e desestiba. Os seus arts. 114 –alíneas 1 d) e 1 e)– e 115 –alíneas 1 c) e 1 d)– conteñen certas infraccións, leves e graves respectivamente, por incumprimento de normas e instrucións afectantes á seguridade e saúde nos traballos de carga e descarga.

¹⁴ Establece o art. 18 do R.D.L. 2/1986 que “cando os estibadores portuarios desenvolven tarefas no ámbito das empresas estibadoras, de acordo co previsto nesta norma, corresponderalles a tales empresas garanti-la efectividade do dereito dos traballadores á protección en materia de seguridade e hixiene no traballo... En tales supostos as empresas serán responsables polos incumprimentos e infraccións da normativa de aplicación... “As concomitancias co art. 16.2 da Lei 14/1994 –este aparentemente inspirado no que se acaba de transcribir– deben relativizarse á vista de que o art. 16.2 só se dedica á atribución de responsabilidades e a un tipo de empresas –as empresas de traballo temporal– entre as que non se atopan as sociedades estatais.

¹⁵ V.g., os xa citados de Rodríguez Ramos, Ramírez Martínez e Sala Franco.

¹⁶ Recentemente modificada por Lei 62/1997, do 26 decembro (BOE do 30 decembro).

Respecto da normativa xeral de prevención de riscos, debe considerarse tanto a indubitada aplicación da LPRL¹⁷ como a dos seus regulamentos de desenvolvemento¹⁸, con excepción daqueles destinados a sectores específicos¹⁹. Pero debe realizarse unha referencia concreta a unha norma de particular relevancia, tal é o R.D. 486/1997, do 14 abril, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde nos lugares de traballo. Este regulamento, amén de establecer mandatos concretos sobre acondicionamento e requisitos para os lugares de traballo –polo demais, bastante menos prolixos e minuciosos cós que contén a normativa sectorial á que de inmediato se vai aludir–, habilita ó ministro de Traballo e Asuntos Sociais para que dicte “cantas disposicións sexan necesarias para a aplicación e desenvolvemento deste real decreto...”. Polo demais, resulta inquestionable a súa aplicación ó ámbito da estiba portuaria, á luz do seu art. 1.2, que non contén ningunha exclusión que remotamente se lle puidese aplicar.

A disposición derogatoria do Regulamento de seguridade e saúde nos lugares de traballo non derroga de modo expreso a Orde do 6 febreiro 1971, que aprobara o Regulamento de seguridade e hixiene no traballo dos estibadores portuarios. Tampouco este debe entenderse derogado a partir da cláusula xenérica da dita disposición²⁰. Acontece, sen embargo, que existen evidentes discordancias entre a norma máis antiga e a máis moderna, que deben resolverse a favor desta, tanto polo seu carácter de *lex posterior* como de *lex superior*²¹. O cal complica ostensiblemente distinguir qué concretos aspectos da vella ordenanza sectorial deben entenderse vixentes por non opoñerse ó disposto no novo regulamento.

E xa sobre o dito Regulamento de seguridade e hixiene no traballo dos estibadores portuarios, a súa vixencia, ausente outra normativa sectorial de aplicación, resulta –reiterando as palabras

¹⁷ Expuxéronse algunhas dúbidas –para desbotalas– á súa aplicabilidade en Rodríguez Ramos, *op. cit.*, páxs. 367 e segs.

¹⁸ Acaso pode citarse, pola súa significación singular no ámbito da estiba e desestiba, o R.D. 487/1997, do 14 abril, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde relativas á manipulación manual de cargas que entrañe riscos, en particular dorsolumbares, para os traballadores.

¹⁹ É o caso do R.D. 1627/1997, do 24 outubro, que establece as disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras.

²⁰ “Quedan derogadas cantas disposicións de igual ou inferior rango se opoñan ó disposto no presente real decreto”.

²¹ Pénsese, v.g., nas máis concretas disposicións do novo regulamento de seguridade e saúde nos lugares de traballo sobre servizos hixiénicos e locais de descanso ou sobre material e locais de primeiros auxilios.

do Tribunal Supremo– indiscutible²². En canto que non contradiga o establecido nas disposicións posteriores, e como non foi derogado de forma expresa, subsiste como norma máis específica no seu concreto ámbito. Sucede que, ademais de que algún dos seus preceptos foi implicitamente derogado pola normativa posterior, máis esixente e minuciosa, existen outros preceptos que, por obsoletos ou por remitir a institucións actualmente extintas, tamén suscitan dúbidas sobre a súa vixencia. Tal é o caso das referencias á Organización de Traballo Portuarios –art. 4–, ós comités de seguridade e hixiene –art. 5–, ou dos artigos referidos ás obrigacións das empresas, que hai que interpretar ora referidos ás sociedades estatais ora ás empresas estibadoras. Ademais, o regulamento, como tódolos que se refiren á materia de seguridade e saúde no traballo, debe ser interpretado constantemente á vista das novas innovacións tecnolóxicas dos equipos de traballo e dos equipos de protección individual²³.

En definitiva, a vixencia deste regulamento, se ben indubidada, formula un cúmulo de problemas de envergadura. Polo menos, os tres que se enunciaron: 1) a existencia de preceptos derogados tacitamente –ou cando menos de imposible aplicación–, non tanto por seren contraditos por normas posteriores, senón porque estas regulan as concretas materias de modo máis preciso ou esixente cá norma sectorial. 2) O feito de que moitas das remisións do regulamento resulten anacrónicas por referirse a institucións que perderon vixencia. Neste sentido, debe considerarse que a entrada en vigor do Real decreto lei 2/1986, do 23 maio, sobre o servicio de estiba e desestiba de buques, supuxo no seu momento unha auténtica revolución no sector, que contemplou cómo se removían os seus alicerces máis fundamentais. Do mesmo xeito, a aprobación da LRPL, a partir de que a Acta Única Europea introducira o novo art. 118 a) do Tratado da Comunidade Europea e de que se aprobara a Directiva 89/391/CEE, do 12 xuño e tódalas subseguintes directivas ancilares sobre seguridade e saúde no traballo supuxo tamén outro obstáculo para a aplicabilidade dun bo número de preceptos

²² De feito, moitos convenios colectivos posteriores á entrada en vigor da LRPL remiten, implícita ou explicitamente, a ela. Con respecto a isto, Rodríguez Ramos, *op. cit.*, páx. 403, *ad nota* 146.

²³ Sobre este tema, deben tamén terse en conta os RR.DD. 773/1997, do 30 maio, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde relativas á utilización polos traballadores de equipos de protección individual e o R.D. 1215/1997, do 18 xullo, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde para a utilización por parte dos traballadores dos equipos de traballo.

do reiterado regulamento. 3) A introducción de novas tecnoloxías no sector avellenta tamén os mandatos das normas, elaborados nun contexto técnico que se ve superado con rapidez. Baste constatar que un dos argumentos esgrimidos –aínda que sen éxito– pola parte recorrente na sentenza que dá pé a este comentario consistía precisamente en que o novo deseño dos guindastres significaba que a provisión dun amanteiro resultase superflua. Non se quere dicir, con isto, que calquera novo artificio mecánico requira unha revisión normativa, pero si recoñecer que as normas deben interpretarse no contexto en que deben aplicarse, e revisarse cando iso xa non sexa posible.

A partir desta reflexión, o argumento que se sostén é claro: a necesidade de que se actualice a normativa sobre seguridade e saúde no sector da estiba e desestiba, ou cando menos que se clarifique o panorama de vixencias e derogacións. Neste sentido, deben terse en conta, dun lado, os pousados –se existentes– esforzos da comisión paritaria prevista no art. 12 do Acordo Marco do sector e, doutro, a indiscutible competencia do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais para dictar disposicións respecto disto²⁴, ou mesmo do propio Goberno a través do real decreto²⁵, a partir da habilitación que outorga o art. 6 f), LPRL²⁶.

E acaso unha norma de orixe convencional non resulte a alternativa máis aconsellable. Non só a falta de resultados concretos ó longo dun período longo de tempo avala esta conclusión²⁷, senón que a sostén en maior medida a inconveniencia de que consideracións de índole económica ou contrapresta-

²⁴ Así se pronuncia a disposición final segunda do R.D. 486/1997, do 14 abril, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde nos lugares de traballo: "autorízase o ministro de Traballo e Asuntos Sociais, logo do informe da Comisión Nacional de Seguridade e Saúde no Traballo, para dictar cantas disposicións sexan necesarias para a aplicación e o desenvolvemento deste real decreto, así como para as adaptacións de carácter estritamente técnico dos seus anexos en función do progreso técnico e da evolución de normativas ou especificacións internacionais ou dos coñecementos en materia de lugares de traballo".

²⁵ Ó modo do que aconteceu no sector da construción –R.D. 1627/1997, do 24 outubro– ou no sector mineiro –R.D. 1389/1997, do 5 setembro–.

²⁶ "O Goberno, a través das correspondentes normas regulamentarias e logo da consulta ás organizacións sindicais e empresariais máis representativas, regulará as materias que a continuación se relacionan: ...f) condicións de traballo ou medidas preventivas específicas en traballos especialmente perigosos, en particular se para eses están previstos controis médicos especiais, ou cando se presenten riscos derivados de determinadas características ou situacións especiais dos traballadores".

²⁷ Sirva de desculpa, neste sentido, a revolución legal que se produciu a partir da LPRL, que dificultou extraordinariamente calquera traballo de elaboración de normas sectoriais.

cións que poidan producirse na mesa de negociación poidan enturbar unha normativa que lles outorgue protección eficaz ós traballadores de carga e descarga. O regulamento de seguridade e saúde nos lugares de traballo, con supoñer unha disposición fundamental na materia, dista moito de garantir un marco normativo suficiente para a protección dos traballadores portuarios. Require o complemento dunha norma de sector, exhaustiva, precisa e actualizada, que faga efectivo o dereito dos traballadores á protección eficaz que proclama o art. 14, LPRL.

Sexa cal sexa a norma estatal de aplicación, non poden descoñecerse os compromisos internacionais que contraeu o Estado español. Omitindo agora as directivas comunitarias e os convenios da OIT xenéricos sobre seguridade e saúde no traballo²⁸, debe terse en conta, sobre todo, o Convenio n.º 152, do 25 xuño 1979, sobre seguridade e hixiene nos traballos portuarios²⁹. Calquera norma que se aprobe deberá ter en consideración tanto as disposicións técnicas como as obrigas que lles corresponden ós estados que ratificaran este convenio.

4. Dous apuntamentos conclusivos

Xa na marxe do problema central que formulara neste comentario, referido ó elenco de normas vixentes sobre a seguridade e saúde dos traballadores de estiba e desestiba, na sentenza do TS hai dous aspectos que chaman a atención, respecto dos que só se deixa sucinta noticia e comentario.

O primeiro deles alude ó asunto concreto do que coñece a orde contencioso administrativa. Fronte ó que acontece na maioría das ocasións cando esta xurisdicción trata de materia de seguridade e saúde no traballo, non se está revisando a actividade sancionadora da autoridade laboral, senón un simple acto administrativo polo que se lle ordena á Compañía Auxiliar do Porto de Tenerife que proceda ó nomeamento dun amanteiro. Nun momento sensiblemente anterior á entrada en vigor da

²⁸ Baste a cita, de entre estes, do Convenio n.º 155, do 22 de xuño 1981, sobre seguridade e saúde dos traballadores e medio ambiente de traballo, ratificado por España o 26 xullo 1985 (*BOE* do 11 novembro 1985).

²⁹ Ratificado por instrumento do 13 febreiro 1982 (*BOE* do 10 de decembro 1982). Entrou en vigor para España, de acordo co seu art. 45, o 3 de marzo 1983. Como afirma o seu art. 43, este convenio revisa o Convenio sobre a protección dos cargadores de peirao contra os accidentes, de 1929 e o Convenio n.º 32, do 27 de abril de 1932, sobre a protección dos cargadores de peirao contra os accidentes (revisado).

LPRL –o acto dictarase o 5 abril 1989– a Administración decidírase por unha actuación de control do cumprimento da normativa preventiva e eludira a actividade sancionadora. Sen formular alternativamente ámbolos dous tipos de actuación –de control e de sanción, as máis das veces complemento indispensable a unha da outra–, debe incidirse na primeira delas, a atribución da cal á autoridade laboral deriva do art. 7.1 b), LPRL³⁰.

O segundo comentario versa sobre que o Tribunal lle restase transcendencia á circunstancia de que a autoridade laboral lle omitira o trámite de audiencia ó Comité de Seguridade e Hixiene no Traballo. Afirmo o TS que esta omisión “foi solucionada mediante a comparecencia dos traballadores”. Semellante argumentación, non totalmente fidedigna no contexto no que se produce, dada a específica composición da dita comisión³¹, obedece ó entendemento inexacto do Comité de Seguridade e Saúde como un órgano de representación dos traballadores. Esta é unha condición que agora se lles atribúe ós representantes especializados na materia, é dicir, ós delegados de prevención. No contexto actual, si que resultaría totalmente procedente que o tribunal lle restase transcendencia a que non se oísen se, no seu lugar, se lle outorgara audiencia ó Comité de Empresa. Sábese que de entre os membros deste se designan os delegados de prevención, salvo que por convenio colectivo, amparándose no art. 35.4, da LPRL, se estableza outra cousa. **C**

³⁰ “Vela[r]... polo cumprimento da normativa sobre prevención de riscos laborais mediante as actuacións de vixilancia e control...”. No ámbito da estiba, debe aludirse ó art. 3.2 do Regulamento de seguridade, hixiene e benestar dos estibadores portuarios: “dirixir, coordinar, vixiar, tutelar e fiscaliza-las actividades sobre a mesma materia que poidan levar a cabo ... as empresas de por si ou a través dos seus encargados ou capataces e traballadores”.

³¹ A falta doutra previsión con respecto disto, debe estarse –coas adaptacións precisas– á que establecía o art. 148 da Orde do 29 de marzo de 1974, pola que se aprobou a Ordenanza de traballo dos estibadores portuarios: “o Comité de Seguridade e Hixiene do traballo estará constituído da forma que segue:

Presidente: o xefe da Inspección Provincial de Traballo.

Vocais: un representante da autoridade de Mariña, un representante do enxeñeiro director do Porto, o inspector médico da OTP, un representante das empresas portuarias e un representante dos traballadores.

Vixilante permanente de seguridade: o inspector de operacións e, no seu defecto, o vixilante de operacións.

Secretario: o secretario da OTP local”.



CRÓNICA
PARLAMENTARIA

A Xunta de Galicia como depositaria da confianza parlamentaria

Lerrado do Parlamento
de Galicia.
Profesor de dereito
constitucional

Xosé Antón Sarmiento Méndez

¹ *Vid.*, por todos Robert Pinkney: "The Sleeping night-watchman and some alternatives: citizenship, participation and bases of democratic legitimacy in Britain", *Government and Opposition*, vol. 32, n.º 3, páx. 358 e segs.

² Recentemente reflectido no seu traballo: "A multifuncionalidade dos textos constitucionais á luz dunha comprensión mixta da Constitución", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 17, Universitat de València, páx. 12.

A relación de confianza inicial que debe existir entre a poboación e os seus representantes preséntase como unha cuestión problemática na actualidade¹. Este afastamento entre os suxeitos da relación representativa parece agrandarse cando nos detemos a analiza-las conexións entre o Lexislativo e o Executivo, nun marco como o actual de maiorías parlamentarias estables no ámbito autonómico.

Faise preciso, polo tanto, comprende-la confianza política nun esquema constitucional (así P. Häberle)², no noso caso estatutario, de limitación do poder político, como instrumento para acada-la limitación da arbitrariedade do poder político e que debe subsistir sempre no seu exercicio sometido ó marco legal e ó máis amplo da opinión pública.

Tratarei, nas seguintes liñas, de precisa-los condicionantes normativos das relacións de confianza política entre a Xunta e a Cámara e as súas eventuais consecuencias xurídicas.

1. A investidura

O primeiro dato rechamante na configuración do proceso de designación do presidente do Executivo autonómico fronte ó procedemento de elección do presidente do Goberno do Estado é a necesaria extracción parlamentaria no caso galego, que prevé o artigo 15 apartado 2º do Estatuto. Esta esixencia parece acentuar-lo carácter parlamentario do sistema de Goberno autonómico (fronte á concentración de papeis: presidente da Comunidade-presidente do Goberno autonómico) pero, ó meu xuízo, acada unha relevancia práctica moi escasa na situación actual de relativización das formas de Goberno.

Nesta orde de cousas resulta moito máis transcendente o esquema da "democracia de consenso" que nas dúas últimas lexislaturas se instaurou no ámbito estatal, respecto dunha clara "democracia de maioría" que prevalece tradicionalmente no caso autonómico, fronte á condición parlamentaria ou non do candidato a presidente da Xunta establecida estatutariamente³.

O procedemento formal da investidura do deputado-candidato que obtén a confianza parlamentaria vese completado co nomeamento rexio, que deberá ser entendido nun plano simplemente protocolario, dos escasos procedementos nos que a Coroa aparece relacionada coas comunidades autónomas, pero que lembra as funcións integradoras destes actos que sinalou R. Smend⁴. Neste mesmo sentido non se precisa normativamente o desenvolvemento do acto de toma de posesión do presidente da Xunta, se ben é costume estatutario que tal requisito teña lugar en sede parlamentaria e coa presenza do representante máximo do Estado, que en ocasións é o propio presidente do Goberno ou o ministro que designe para o efecto.

O procedemento previsto para a designación do xefe do Executivo distingue dúas fases moi nidias: a proposta e a sesión de investidura.

I. A proposta prodúcese logo da rolda de consultas que o presidente do Parlamento desenvolverá cos representantes dos partidos ou grupos políticos con representación parlamentaria. Derívase desta tramitación a necesidade de que as consultas se produzan despois de que os distintos grupos políticos lle comuniquen contrastadamente ante a Mesa da Cámara os seus interlocutores válidos. Ademais escoitaranse non só os voceiros dos grupos parlamentarios, senón a todas aquelas forzas políticas que poidan estar integradas no grupo parlamentario mixto, o que pode non resultar banal nos supostos de heteroxeneidade deste grupo e necesidade de axudas para a formación do apoio suficiente do candidato.

³ Opinións polo demais habituais na ciencia política actual. Así, Palmer Valero, Ramón: "Estructura institucional del Estado", *Manual de ciencia política*, Ed. Rafael del Águila, Madrid, 1997, páxs. 177 á 205.

Para unha defensa do papel político de liderado do presidente como consecuencia do proceso singularizado de investidura, pode consultarse, J.L. Paniagua Soto e Emilio Alvarado Pérez, *Introducción ó estudio das Comunidades Autónomas*, Ed. Universitas, Madrid 1997, páx., 63. Nunha liña moi similar cualificando incluso o modelo de *presidencialista*, M. Beato Espejo, *Dereito Público da Comunidade Autónoma de Extremadura*, ERE, Cáceres, 1997, páx. 102.

Evacuadas estas consultas, o presidente conta cun prazo máximo de trinta días para formula-la proposta que conteña candidato á Presidencia da Xunta. Este prazo, que parecería, *a priori*, notablemente amplo, é na práctica moi reducido, pois o *dies a quo* non é o do comezo das consultas, como se crería lóxico, senón o da constitución do Parlamento ou o da destitución do presidente que xerou o comezo do procedemento de investidura.

II. Moito máis prolixa é a regulación da sesión parlamentaria na que debe elixirse o presidente autonómico. Así dispónse que a sesión debe comezar coa lectura da proposta do presidente do Parlamento por parte do secretario ou vicesecretario do Parlamento. Non se precisa en ningún momento que a candidatura deba ser motivada por parte do presidente da Cámara, é mais, resultaría contrario ó seu papel institucional que a proposta viñese acompañada de reflexións de carácter político acerca da conveniencia do candidato ou dos inconvenientes que lles afectasen a outros posibles deputados aspirantes ó cargo.

O aspecto nuclear da sesión de investidura é o discurso que o candidato debe expoñer perante a Cámara. Así, establécese que a súa intervención non conte con ningunha limitación temporal, para posibilitar que poida desenvolver-lo "programa político" que pretenda levar a cabo.

Resulta indeterminado o contido do "programa político", pois en ningunha norma autonómica se explicita qué ámbito debe abarcar. Acosta Sánchez⁵ subliña o alcance que na Constitución española acada esta expresión, posteriormente incorporada ó Estatuto galego, e que no caso portugués (antes da reforma de 1982) aparece conectada ó concepto de "programa da Constitución", cunha dimensión pois, moito máis ampla. No caso galego é tradicional que o candidato detalle os principais obxectivos do Goberno que pretende formar e, dun xeito un tanto difuso, o seu programa lexislativo, o que nembargantes parece case que imprescindible por tratarse da súa primeira intervención perante o órgano lexislativo autonómico.

O dereito parlamentario galego cualifica este programa político como "propio do Goberno que pretende forma-lo candidato", o que nos transmite unha clara idea de liderado por parte do candidato a presidente da Xunta, que deberá ter, xa en mente, as actuacións do órgano colexiado (Goberno ou Consello da Xunta) antes de que designase de xeito efectivo os seus compoñentes.

A intervención do candidato rematará coa solicitude da confianza á Cámara. Este trámite non necesita, na miña opinión, ser

⁴ Detalladas en *Verfassung und Verfassungsrecht*, München u. Leipzig, 1928, páxs. 28 e 29.

⁵ "Goberno e sociedade na Constitución. O problema das relacións entre o programa da Constitución e o do Goberno". Na obra colectiva: *Goberno e Administración na Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, pág. 275.

desenvolvido de xeito expreso, xa que tódolos membros do Parlamento coñecen perfectamente a orde do día que se vai tratar, e a finalidade última da intervención do candidato. De tódolos xeitos a redacción regulamentaria é terminante: "... e solicitará a confianza da Cámara".

Seguidamente á intervención do candidato prodúcese o período de interrupción da sesión, decretado polo presidente da Cámara e que terá unha duración mínima de 48 horas. A finalidade deste espazo temporal responde á necesaria preparación dos posicionamentos dos distintos portavoces parlamentarios fronte a un discurso habitualmente amplo e relevante, se ben esta duración de 48 horas se reduce noutros ámbitos territoriais por considerarse excesiva⁶.

A sesión reiníciase coa intervención dos grupos parlamentarios que o soliciten, se ben neste caso resultaría francamente insólito que algún deles renunciase ó seu dereito de posicionamento, pois non debemos esquecer que nos atopamos ante unha das funcións esenciais da Cámara autonómica. Estas intervencións dos portavoces durarán o tempo que, previamente, fixe a Mesa da Cámara de acordo coa Xunta de Portavoces que, segundo o meu criterio, deberá ser proporcional á duración que o candidato a presidente da Xunta lle dera ó seu discurso inicial.

Os privilexios no debate de investidura a favor do candidato acentúanse no momento da réplica, e así este poderá facer uso da palabra cantas veces o solicitase e, o que é máis relevante, poderá contestarlles individualmente ou de xeito global ós distintos voceiros parlamentarios. Esta facultade ten evidentes consecuencias políticas xa que lle atribúe ó candidato a posibilidade de lle dar un status esencial ó grupo maioritario da oposición, ou incluílo como un máis na súa contestación global. Nun ou noutro caso, o tempo de réplica para os portavoces da oposición será de dez minutos, se ben a lectura literal do Regulamento dá a entender que no caso de que a oposición fose replicada de xeito global os seus representantes deberían de repartir ese tempo entre todos eles proporcionalmente.

A derradeira fase do procedemento é a votación da candidatura á Presidencia da Xunta. Esta deberá producirse á hora que fixe a Presidencia, criterio que posibilita a certeza no desenvolvemento temporal do debate e garante a asistencia de tódolos membros do legislativo que teñan a vontade de participar nela.

Un aspecto que subliña o carácter ritual do dereito parlamentario neste procedemento é o imperativo de que a votación se desenvolva publicamente e por chamamento, para o que se

⁶ É o caso do artigo 119 do Regulamento do Parlamento de Cataluña que establece unha duración máxima de 24 horas. *Vid.*, DOGC n.º 918 do 23 de novembro de 1987.

determinará ó chou o primeiro dos deputados que debe iniciarl-a votación. Entendo que se trata dun requisito constitutivo do procedemento da confianza parlamentaria e que, polo tanto, non se poderá obviar a través da vontade unánime dos parlamentarios.

O quórum de adopción de acordos para entender outorgada a confianza parlamentaria é, na primeira votación, o da maioría absoluta. A superación desta votación implica, segundo o Regulamento a aprobación do “programa de goberno”, o que resulta paradoxal xa que no suposto de obtención da confianza dunha segunda votación (por maioría simple) non se detalla tal consecuencia para o candidato electo.

Esta segunda votación que acabo de referir deberase producir 24 horas despois da inicial, e é suficiente, como xa apuntei, a obtención do voto favorable da maioría simple da Cámara. Nesta materia, o dereito autonómico é notablemente confuso posto que só prevé que no caso de que non se conseguise esta maioría se tramiten “sucesivas propostas”, o que deu lugar, no seu momento, á formulación da dúbida de se necesariamente implican distintos candidatos. Aínda que o problema non ten unha solución pacífica na doutrina, o feito de que a confianza deba outorgarse tanto sobre a persoa do candidato como sobre o seu programa apoia a idea de que poida integrarse outra proposta co mesmo candidato, se ben isto non debe impedi-la tramitación doutras candidaturas.

Igualmente, fálase de que esas propostas se substancien “na forma prevista anteriormente”, o que obriga a interpretar que a maioría que deben acadar estas novas candidaturas é tamén a maioría simple e non a absoluta que se esixe en primeira votación.

2. A moción de censura

A. Concepto.

Segundo apuntou a doutrina máis autorizada (Mirkin-Guetzevitch⁷) o primeiro instituto parlamentario que rexistrou unha ampla racionalización foi o do cesamento do Goberno e dos seus membros. Esta tendencia vese acentuada no dereito parlamentario contemporáneo⁸ que, a pesar dalgunhas posicións relativizadoras, valora de xeito especialmente positivo todos aqueles instrumentos que proporcionan equilibrio entre os poderes do Estado.

⁷ No seu clásico: *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2ª ed., París, 1936.

⁸ *Vid.*, por todos, K. Von Beyme: *Die parlamentarische Regierungssysteme*, Múnic, 1970. Igualmente “O problema da estabilidade dos Gobernos. Un estudio comparado”, M. Ramírez (ed.), *O control parlamentario nas democracias pluralistas*, Barcelona, 1978.

Esta evolución conceptual da moción de censura que conduciu ó deseño actual dunha censura constructiva foi fundamente criticada pola doutrina, xa que vén posibilitar máis o control do Parlamento por parte do Goberno que o deste por parte da Cámara.

Trátase do instrumento a disposición da Cámara parlamentaria autonómica a través do que é posible esixir a responsabilidade política da Xunta, do seu presidente e mailos conselleiros. Esta proclamación xenérica explicitase, no artigo 10 do Estatuto de autonomía para Galicia, á hora de enumerar as funcións do Parlamento na súa letra e) "esixirlles, no seu caso, responsabilidade política á Xunta e ó seu presidente". Como pode observarse, o Estatuto de autonomía fala da rendición de responsabilidade por parte da Xunta e do seu presidente sen citar de xeito explícito os conselleiros.

Sabido é que, conforme o artigo 17 do Estatuto, a Xunta responde ante o Parlamento de xeito solidario, nunha liña moi similar á prevista para a responsabilidade política persoal do propio presidente no artigo 15 apartado 4º do Estatuto de autonomía.

Pódese colixir que o marco estatutario, no tocante á esixencia de responsabilidade, é xenérico, de tal xeito que se limita a establecer un goberno responsable parlamentariamente, diferíndolle á lexislación de desenvolvemento (fundamentalmente ó Regulamento da Cámara) os procedementos concretos a través dos que é posible levar a cabo a citada esixencia de responsabilidade.

Deste xeito, a Lei reguladora da Xunta e do seu Presidente⁹ procedeu a regular, nos seus artigos 13 e 21, o procedemento de esixencia da responsabilidade do presidente, se ben só enumera os supostos de cesamento do presidente da Xunta (eleccións autonómicas, perda da confianza parlamentaria, dimisión, falecemento ou incapacidade para o exercicio do cargo). Ninguén pode dudar da posibilidade de esixencia da responsabilidade política do presidente a través doutros instrumentos parlamentarios (interpelacións, preguntas...), que integran o concepto de control en sentido amplo, pero que non teñen a consecuencia xurídica da moción de censura: o cesamento do Goberno.

Referíndose ó órgano colexiado de autogoberno (Xunta de Galicia), o artigo 29 da citada Lei 1/1983 condiciona o cesamento deste á sorte do presidente da Xunta, e é imposible, polo tanto, que o órgano colexiado desenvolva as súas funcións unha vez que cese o seu presidente, non sendo con carácter transitorio.

⁹ Lei 1/1983 do 22 de febreiro, reguladora da Xunta e do seu Presidente.

B. *Substanciación*

O procedemento para a esixencia da responsabilidade vén previsto igualmente pola Lei autonómica reguladora da Xunta e do seu Presidente. Certamente este tratamento merece unha crítica negativa pois, atopámonos ante unha materia fundamentalmente regulamentaria e que pode incorrer en motivos de inconstitucionalidade, tanto por causa da defectuosa técnica normativa como pola propia reserva material que o Tribunal Constitucional ten afirmado no tocante ós regulamentos das cámaras¹⁰.

As fases fundamentais do procedemento da moción de censura son cinco.

a) En primeiro lugar debe analizarse a proposta para a substanciación dunha moción de censura.

O número de parlamentarios precisos é o da quinta parte dos membros do Parlamento (15 deputados). Formalmente é necesario que a moción se plasme nun escrito motivado, o que resultará de difícil contraste ó movernos nun ámbito esencialmente político. Entendo que non caberá inadmitir a proposta mediante unha valoración de insuficiencia acerca dos motivos que a apoian, por moi sucintos ou xenéricos que estes sexan.

O escrito deberá dirixirse á Mesa do Parlamento, aspecto plenamente coherente coas facultades cualificadoras deste órgano da Cámara, e deberá conter un candidato alternativo, que aínda que non se dispón expresamente, entendo deberá ser deputado por así esixirse no procedemento de investidura. Atopámonos, pois, ante unha moción constructiva, que como sinala, na súa análise das oposicións parlamentarias contemporáneas, J. Blondel¹¹, pode determinar en boa medida o tipo de oposición parlamentaria que se formule na Cámara.

b) A cualificación por parte da Mesa do Parlamento.

Esténdese á simple comprobación de que o documento reúne os requisitos sinalados, e polo tanto, a súa admisión a trámite é un acto debido e formal que non poderá obviarse alegando ningún argumento de carácter político. Desta cualificación daráselles conta ó presidente da Xunta e ós portavoces dos grupos parlamentarios.

c) Durante os dous días seguintes á presentación da moción poden xurdir propostas alternativas.

Esta facultade está mal configurada no dereito parlamentario autonómico xa que o prazo para a presentación de propostas alternativas debería empezar a contar dende a dación de conta que lles fai a Mesa ós grupos parlamentarios, pois este é

¹⁰ Como sinala López Guerra o TC recolle, en numerosas sentencias, a doutrina da inconstitucionalidade das disposicións autonómicas que non respecten os criterios de técnica normativa que poidan afectarlle á seguridade xurídica. Así "A técnica lexislativa ante a xurisdicción constitucional", no volume colectivo, *A técnica lexislativa a debate*, Ed. Tecnos, 1994, páxs. 297 e segs.

¹¹ *Vid.*, "Political Opposition in the contemporary world" publicado no n.º 4, volume 32 de *Government and opposition*, pág. 486.

o momento no que os suxeitos lexitimados coñecen oficialmente a presentación da moción de censura orixinaria, no caso contrario prodúcese unha aceleración do trámite que xera certa indefensión.

Respectando o principio do paralelismo das formas, estas mocions alternativas deben respecta-los requisitos xerais establecidos para a presentación da moción de censura, tanto no aspecto numérico como no aspecto formal.

d) O debate.

Preséntase como unha defensa da crítica do Goberno por parte dun dos deputados asinantes da moción. De xeito parello ó debate de investidura non se fixa unha limitación temporal á intervención do deputado encargado da súa defensa. Resulta destacable que non se esixa que sexa o candidato quen asuma a defensa da moción de censura aínda que a práctica parlamentaria tanto autonómica como estatal vén respectando este criterio.

Sen dúbida, o aspecto máis criticado da lóxica institucional do desenvolvemento da moción de censura é o que atingue á súa case automática transformación nun debate de investidura do candidato incluído na moción. Neste sentido, a posibilidade de que a defensa da moción a faga outro deputado asinante desta e non o candidato, parece moi acertada.

O debate interromperase co obxecto de que os grupos parlamentarios poidan prepara-las súas intervencións á luz do expresado polos autores da moción de censura. Estas intervencións dos grupos serano por un tempo de 30 minutos establecéndose unhas roldas de réplica ou rectificación de dez minutos. Como vemos, a regulación do debate de censura é máis taxativa no tocante ós tempos que na de investidura, na que se lle outorga unha marxe de actuación moito maior á Mesa do Parlamento de acordo coa Xunta de Portavoces.

O desenvolvemento do debate que acabamos de describir sofre unha profunda matización no suposto de presentarse máis dunha moción de censura, xa que cabe a posibilidade (non é vinculante polo tanto) de que o presidente da Cámara, oída a Xunta de Portavoces, acorde o debate conxunto de todas elas. Unha vez máis, chama a atención que se obvие a participación da Mesa neste trámite deixando ó criterio unipersoal do presidente da Cámara.

A única garantía da que disporán os autores das mocions será a de que a votación destas se debe producir separadamente e segundo a súa orde de presentación, (entendo que ante o Rexistro da Cámara). Esta regulación merece ser criticada por canto

se se posibilita a votación das mocións numericamente menos apoiadas en primeiro lugar é máis viable que as últimas poidan acadar as maiorías precisas para seren aprobadas. Obviamente, o aspecto conservador da nosa enxeñería estatutaria (copia a Lei fundamental de Bonn) maniféstase de novo nesta materia.

A votación das mocións debe celebrarse á hora que previamente anunciase a Presidencia e nunca antes de cinco días dende a presentación da primeira delas no Rexistro Xeral da Cámara. Como clara manifestación do parlamentarismo racionalizado precísase a maioría absoluta dos membros da Cámara para a aprobación da moción de censura.

A regulación restrictiva deste instrumento de esixencia de responsabilidade complétase coa introducción no dereito parlamentario galego de importantes limitacións temporais. Deste xeito, ningún dos asinantes dunha moción de censura rexeitada poderá asinar outra durante o mesmo período de sesións, limitación esta que non parece moi esixente tendo en conta que un grupo con trinta parlamentarios podería presentar dúas nun mesmo período de sesións o que conduciría a un total de 16 mocións de censura ó longo de toda a lexislatura.

e) As consecuencias da aprobación da moción de censura.

Son de dous tipos moi diferentes. Procedementalmente non se someterán a votación, as restantes mocións presentadas, que deberán entenderse decaídas.

En canto ás consecuencias de fondo, a Xunta e o seu presidente cesarán e o candidato incluído entenderase investido da confianza para os mesmos efectos que o que supera unha moción de investidura. Esta concepción da censura constructiva merece a crítica de Fernández Segado e xustifica, ó seu xuízo, a introducción no dereito parlamentario autonómico da potestade de disolución a favor do presidente do Executivo, para equilibrar o xogo dos poderes entre a Cámara e o presidente da Xunta¹².

3. A cuestión de confianza

A. Concepto

Establécese a posibilidade de que o presidente do Executivo formule perante a Cámara unha cuestión sobre o seu programa ou sobre unha declaración de política xeral. De acordo co artigo 47 da Lei da Xunta e do seu Presidente, a presentación desta cuestión esixe a deliberación previa do Consello da Xunta, por máis que a súa presentación sexa unha decisión persoal do xefe do Executivo.

¹² Pode consultarse o seu traballo: "A disolución do Parlamento no ordenamento autonómico", na obra colectiva *Estudios sobre o Estatuto galego*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1991, páx. 338.

Unha primeira eiva constatable na regulación autonómica deste instituto parlamentario vén dada pola súa ausencia de normación estatutaria, aspecto este que non ten importancia menor como corroboran as recentes reformas dos estatutos noutras comunidades autónomas¹³ que optan pola súa incorporación.

Como sinala Arce Janáriz¹⁴, a utilización dos instrumentos parlamentarios en mans do Executivo pode dar boa conta dos niveis de respecto institucional existentes entre a Cámara e o Goberno. No noso caso, a vixencia continuada de gobernos de maioría fai insólito o recurso á moción de confianza por parte dos presidentes da Xunta, se ben, ó meu xuízo, isto denota máis a cohesión do grupo maioritario que as fallas no debido tratamento da Xunta respecto do Parlamento.

A pesar dalgunha opinión doutrinal (Ollero¹⁵) que desvincula a estabilidade governamental da existencia dun goberno forte, é facilmente contrastable a intención do lexislador de instrumentar los mecanismos parlamentarios no sentido de facilitalo mantemento da confianza parlamentaria, que é comunemente defendida como un aspecto positivo no dereito parlamentario galego.

O dato de que o noso dereito autonómico vincule a cuestión de confianza ó programa de Goberno ou a unha declaración política xeral formula a dúbida de se cabe condicionala confianza a un proxecto de lei. A pesar de que como sinala a doutrina máis reputada (M. Duverger¹⁶) non todo voto contrario ó Goberno é de desconfianza, xa que non se prohíbe expresamente no Estatuto de autonomía nin no desenvolvemento regulamentario, entendo plenamente aceptable esta posibilidade, xa que no articulado dun proxecto de lei pode atoparse ínsito o programa político do presidente ou unha declaración política relevante¹⁷.

En todo caso, esta vinculación da confianza móvese nun plano simplemente político, e resulta imposible a súa esixencia xurídica ó non se atoparen previstos os mecanismos procedementais para iso.

Igualmente, dende o punto de vista político, o rexeitamento dos presupostos xerais da Comunidade Autónoma supón a perda da confianza parlamentaria, dun xeito moi parello ó establecido polo costume constitucional en Italia ou especificamente no dereito parlamentario valenciano¹⁸.

¹³ Así se considera na valoración positiva que fai Gumersindo Trujillo no seu traballo: "A reforma do Estatuto de Canarias: caracterización general", publicado no n.º 2 de *Cuadernos de Dereito Público*, setembro-dembro, INAP, 1997, páx. 151. Tamén no dereito comparado máis recente atopamos exemplos de consagración deste instituto ó máis alto nivel normativo. Así Isabella Salza, "La Costituzione della Repubblica Slovacca", *Parlamento*, n.º 4-5-6-7, abril/xullo, 1997, Nuova serie, Anno V.

¹⁴ Vid., "Quince anos de Parlamentos autonómicos", *Anuario de Dereito Constitucional e Parlamentario*, páx. 211.

¹⁵ *Op. cit.*, *supra.*, páxs. 1317 á 1328.

¹⁶ Vid., *Institucións políticas e Dereito Constitucional*, Ed. Ariel, Madrid, 1988, 4ª reimpresión da 6ª edición, páx. 142.

¹⁷ Este posicionamento non o comparte Carlos Ruiz Miguel quen interpreta a disposición regulamentaria como unha defensa do dereito de emenda dos deputados. Así *O Dereito Público de Galicia*, Biblioteca de Divulgación, Universidade de Santiago de Compostela, 1997, páx. 150.

¹⁸ Así o expresa Francisco Viesado Mazón: "A cuestión de confianza: singularidade da súa regulación no Estatuto de autonomía da Comunidade valenciana", *Corts. Anuario de Dereito Parlamentario*, Valencia, 1997, páxs. 443 e segs.

B. *Procedemento*

A cuestión de confianza debe presentarse en escrito motivado perante a Mesa do Parlamento. Entendo que a motivación do escrito deberá de consistir na descrición do programa ou na declaración política xeral ó que se condiciona a permanencia na titularidade do Executivo, polo que se deben trasladar para aquí, as reflexións feitas acerca da imposibilidade de emitir valoracións políticas por parte da Mesa do Parlamento sobre as motivacións que alegue o presidente do Executivo.

Neste instrumento parlamentario prevese exclusivamente que a Mesa lle dará conta á Xunta de Portavoces, cando nos xa referidos anteriormente (investidura e censura) se establecía unha dación de conta específica para os grupos parlamentarios. Parece, pois, que se tende a unha tramitación rápida da cuestión de confianza como así o apoia a convocatoria inmediata do Pleno para estes efectos, que na redacción do Regulamento parece obvia-la participación necesaria do presidente e da Xunta de Portavoces, como é habitual no procedemento ordinario.

O debate desenvólvese de xeito parello ós de investidura coa peculiaridade de que poden participar nel os membros do Executivo, aspecto este que resulta criticable posto que quen recibe a confianza parlamentaria é exclusivamente o presidente, ou en todo caso o seu programa político, e polo tanto deberá ser este suxeito o que solicite a confirmación da confianza inicialmente obtida. Polo tanto só pode defenderse a participación dos membros da Xunta para efectos simplemente informativos.


C. *Votación*

A proposta da confianza sométese para votación a unha hora, que previamente debe anunciar a Presidencia. Fíxase aquí un período de arrefriado de 24 horas dende a súa presentación, que contrasta co criterio xa expresado da rapidez na substanciación deste instrumento.

Segundo os criterios de mantemento da estabilidade parlamentaria, que foron duramente criticados no proceso constituínte por Ollero¹⁹, a confianza enténdese outorgada ó obterse o voto da maioría simple dos deputados, no caso contrario a Xunta e o seu presidente cesarán, de xeito coherente coa súa responsabilidade política solidaria.

Nada se dispón no dereito parlamentario galego sobre a eventual explicación de voto na cuestión de confianza. Entendo que, no caso de que algún grupo parlamentario non participe no debate anterior á votación, é plenamente coherente a concesión dunha quenda final para estes efectos.

¹⁹ Así o recolle no seu traballo: "Democracia e moción de censura na Constitución española de 1978". No volume colectivo *Goberno e Administración na Constitución*, cit. *supra*.

Por último nada impide, na opinión de Bar Cendón, que o candidato que se inclúa na moción de investidura subsecuente á perda da cuestión confianza parlamentaria sexa o mesmo que resultou censurado, pois eventualmente pode censurarse a xestión do presidente e non cuestionarse a súa idoneidade²⁰. Esta posibilidade debilita dos efectos políticos da moción de confianza respecto dos xa citados da moción de censura construtiva, que como é sabido desbanca obrigatoriamente ó titular da Xunta para situar no seu posto outro deputado. 

²⁰ Alimenta esta interpretación a análise dos antecedentes parlamentarios de tramitación do artigo 99 da Constitución nos que se aceptou unha emenda do deputado López Rodó que suprimiu a necesidade de que se tratase da designación *dun novo presidente*. Así, a súa monografía *O presidente do Goberno en España. Encuadre constitucional e práctica política, Cuadernos Civitas*, 1ª ed, Madrid, 1983, páx 176.



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA

Seminario internacional sobre a reforma administrativa: a dirección por obxectivos e a xestión orzamentaria

EGAP, Santiago de Compostela, 19, 20 e 21 de xuño de 1997

Avogado | José Ricardo Pardo Gato

A Administración Pública converteuse nun corpo cada vez máis pesado, as decisións ou indecisións do cal condicionan decisivamente a evolución da sociedade no seu conxunto, que evoluciona con moita máis rapidez do que foi capaz de conseguir a Administración, polo que acaba por producirse un desfasamento entre o que demandan os cidadáns (servicio, rapidez, calidade...) e o servicio que habitualmente reciben.

Por outro lado, a Administración pública é un corpo burocrático pensado para garanti-lo cumprimento formal das normas e os procedementos, no que os intereses dos seus membros pode dicirse que son a estabilidade, o crecemento e o prestixio. Por iso, nalgún caso está xustificada a afirmación do presidente americano Reagan de que *"a Administración non é a resposta, é o problema"*.

A estrutura da Administración pública, o seu funcionamento os seus obxectivos constitúen elementos básicos para comprender-la articulación e o desenvolvemento democráticos da sociedade sobre a que actúa. Así, a modernización e a reforma das administracións públicas perfílase como un elemento fundamental no progreso democrático, económico e social das nacións, é un pilar esencial para soste e desenvolver un estado de benestar capaz de garantir de modo progresivo a mellor calidade de vida dos cidadáns.

Dende hai uns anos, que coinciden coa incorporación de España á Comunidade Europea e co impulso que supuxo a sinatura da Acta Única, percíbese un cambio de tendencia nos puntos de vista reformadores dos países máis avanzados e unha significativa coincidencia na orientación dos novos procesos de modernización. Sublíñase a necesidade de situar-la Administración pública e o conxunto de aparatos prestadores de servizos públicos en condicións de responder adecuadamente ás novas e complexas demandas dos cidadáns. Así mesmo, trátase de coadxuvar dinamicamente á modernización xeral de cada país co fin de renovar-los ditos instrumentos públicos para situalos nas condicións de competitividade, eficacia e eficiencia que se están implantando e desenvolvendo no sector privado.

Nas últimas décadas asistimos a un grande incremento, en tamaño e complexidade, das organizacións públicas e a un aumento continuo do gasto público, o que obrigará a abrir-lo estudo da Administración pública a novas disciplinas como a teoría da organización, que busca mellorar-las estruturas organizativas dos organismos públicos, ou a xestión pública, que, entre outras cousas, persegue conseguir unha asignación máis eficiente do gasto público, para evitar duplicidades, clarificar-las responsabilidades de cada Administración e facilitar-las relacións cos cidadáns.

En España, o Estado, de conformidade coa Constitución, posúe a competencia exclusiva para regular-las bases do réxime xurídico das administracións públicas, polo que as comunidades autónomas dispoñen dunha marxe de actuación pequena en materia de función pública. A Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado (en diante, LOFAXE), ademais de definir un modelo territorial de Administración do Estado, que racionaliza e simplifica a Administración periférica, establece no seu artigo 3 os principios de funcionamento que deben rexer-la actuación da Administración xeral do Estado.

Noutra orde de cousas, a reforma administrativa da Xunta de

Galicia introduciu unha serie de novidades, como a esixencia do diploma de directivos para o acceso a determinados postos ou a avaliación do rendemento, que reflicten como dende a Autonomía se pode tamén innovar en materia de función pública ó servizo do interese xeral. O sistema de dirección por obxectivos e a avaliación do rendemento permiten dispor de criterios apropiados para poder tomar medidas oportunas de reorganización e de reordenación na estrutura dos órganos de xestión.

A introducción dos conceptos de custo, eficiencia e avaliación de resultados na Administración supón un importante cambio cultural, no que é fundamental o papel da Escola Galega de Administración Pública como centro oficial de formación e investigación ó servizo dos traballadores das administracións públicas de Galicia.

* * *

O "Seminario internacional sobre a reforma administrativa: a dirección por obxectivos e a xestión orzamentaria", que organizou a Escola Galega de Administración Pública (EGAP) e o Instituto Europeo de Administración Pública, en colaboración co Ministerio para as Administracións Públicas (MAP), a Comisión das Comunidades Europeas e a Consellería de Economía e Facenda da Xunta de Galicia, tivo lugar na sede compostelá da EGAP, os días 19, 20 e 21 de xuño de 1997, e propiciou o intercambio de proxectos e experiencias en materia de dirección por obxectivos e xestión orzamentaria entre diferentes administracións, tanto españolas como estranxeiras, seguindo coa mesma liña de actuación emprendida por esta escola no "Seminario internacional sobre a reforma administrativa" celebrado no ano 1995.

O contido temático do seminario dividiuse en tres grandes grupos: a dirección por obxectivos en Europa (análise comparada), o modelo galego de reforma administrativa e as peculiaridades da reforma administrativa nos países hispanoamericanos.

Consideracións xerais e experiencias comparadas

Inauguración do seminario a cargo de Domingo Bello Janeiro, director da EGAP, baixo a presidencia de Dositeo Rodríguez Rodríguez, conselleiro da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia.

Despois de dedicarlles unhas palabras de benvida e salutación ós organizadores, participantes e asistentes ó evento, o profesor Bello Janeiro sinalou, a modo de introducción, que a incorporación de España á Unión Europea supuxo non só a súa entrada plena no Mercado Único Europeo senón tamén a participación destacada do noso país no desenvolvemento dos aspectos políticos e sociais do espazo comunitario, co que tamén se revitalizou a posición estratéxica de España no contexto internacional.

Parece necesario, pois, dende Galicia aproveitar particularmente esta presenza de España na Unión Europea en toda a súa dimensión para potenciar unha relación máis estreita cos países irmáns de Hispanoamérica. Neste sentido, dende a entrada de España na Unión Europea abríronse numerosas delegacións comunitarias en Iberoamérica, e débese destaca-lo esforzo da Xunta de Galicia, a través do Eixo Atlántico na súa colaboración coa Unión Europea, para revitaliza-los portos atlánticos e convertelos en elementos dinamizadores da actividade económica de maneira que sirvan de ponte entre Europa e América.

A EGAP, en palabras do seu director, intentará, neste contexto, reforza-la cooperación e a acción conxunta coas escolas de Administración pública, nacionais e rexionais, do resto dos países comunitarios, cos que comparte retos e problemas similares, coa finalidade de axudar á incorporación deses organismos europeos nas tarefas de colaboración con Iberoamérica na formación de funcionarios.

Intervención de Sigurdur Helgason, director de Rendemento no Servicio de Desenvolvemento Público da OCDE: "Prácticas no desempeño do rendemento nos países da OCDE".

Existen unha serie de factores e problemas económicos, sociais e políticos que están obrigando os gobernos a reforma-lo sector público. Dentro dos factores económicos, fixo fincapé no déficit presupostario, nos problemas estruturais e nas presións sobre a competitividade das economías nacionais. Como problemas de carácter social e político, destacou a falta de confianza

nos governos, as cada vez maiores necesidades e demandas que a sociedade esixe do sector público e a maior diversificación destas.

Todos estes problemas están obrigando os gobernos a centrarse no rendemento do sector público e estano levando á práctica mediante a aplicación dunha serie de técnicas denominadas "Control gobernamental do rendemento":

1º. Os debates sobre a participación do Goberno na sociedade: non abonda só con observa-lo rendemento do sector público, cómpre avaliar e reavaliar cól debe se-la participación axeitada. O plan xeral na maioría dos países da OCDE é intentar limita-la participación do Goberno na sociedade.

2º. O "Control gobernamental do rendemento" implica o debate sobre o papel que debe desempeñar o Goberno na sociedade. Existe unha tendencia xeneralizada de pensar que ese papel debería estar máis centrado na realización de tarefas, aínda que máis limitado.

3º. Ese control debe pasar ineludiblemente pola función de garanti-lo rendemento.

Polo tanto, de acordo con Sigurdur Helgason, o "Control gobernamental do rendemento" debería ser un modelo no que se lles proporcione autonomía ós organismos públicos, se midan e avalíen os recursos e se utilice a información sobre o rendemento para intentar garanti-la responsabilidade e incluí-las relacións dentro do sector público.

Por outra parte, existen diferentes niveis de obxectivos e criterios de avaliación do rendemento:

1. Cómpre establecer prioridades. Non se pode xestiona-lo rendemento se os políticos non establecen prioridades.

2. Os organismos teñen que alcanzar obxectivos para o futuro. Non é suficiente centrarse nun só ano, hai que fixar obxectivos xerais.

3. Moitos países desenvolveron criterios de servizo que, en certo modo, tamén son obxectivos de rendemento, nos que se intenta definir cól é o nivel do servizo que se lles está prestando ós clientes.

4. Existen obxectivos anuais nos que se establece concretamente o que se vai conseguir no próximo ano.

Os criterios de avaliación que se utilizan para valorar este tipo de obxectivos tenden a diferir segundo o nivel que se pretenda conseguir.

Segundo a opinión de Sigurdur Helgason, a maioría dos países están utilizando criterios correctos de avaliación do rende-

mento e é realmente importante te-las ideas claras sobre qué tipo de medidas son as adecuadas para circunstancias diferentes.

Intervención de Amador Elena, inspector de Servicios do Ministerio para as Administracións Públicas: "A experiencia na Administración do Estado".

A LOFAXE e o Decreto de estruturación e competencias do MAP son as normas básicas para promover programas de mellora dos sistemas de xestión pública no Estado español e determinar un marco de criterios xerais para os programas de inspección de servicios establecidos polos subsecretarios dos ministerios¹.

Amador Elena explicou e desenvolveu na súa intervención o modelo de "Avaliación do Rendemento" proposto polo MAP, que se caracteriza fundamentalmente polos seguintes aspectos:

■ Trátase dun sistema, e non só dun método de cómo avaliar, é dicir, concíbese como un conxunto de actividades e elementos que afectan ós diversos compoñentes da estrutura organizativa e ós seus parámetros de deseño, especialmente ós sistemas de dirección, planificación e control, e ó sistema decisor.

■ Trátase dun sistema de auto-avaliación que o organismo asume incorporar á súa función directiva, para mellora-los seus sistemas de dirección, programación, seguimento e control da xestión, co fin de conseguir fundamentalmente melloras organizativas no funcionamento das unidades administrativas.

■ Precísase dun forte compromiso explícito de tódolos órganos directivos para poñer en marcha a implantación do sistema, así como para o seu desenvolvemento e asentamento estable na función directiva, o que axudará necesariamente ó cambio sostido cara a unha cultura das prácticas xestoras e dos comportamentos funcionais de orientación ó resultado e de responsabilidade na Administración dos recursos públicos.

■ A implantación do sistema de avaliación do rendemento debe estar presidida pola máxima transparencia, información e concentración.

■ Concíbese o "cuestionario" como un instrumento de arranque do programa de implantación do sistema de avaliación. O "cuestionario" serve para inicia-las primeiras avaliacións, pero tamén para que todo o equipo directivo reflexione, conxuntamente, na definición e interiorización daqueles aspectos esenciais para o mellor funcionamento das organizacións e do mellor exercicio e desenvolvemento das responsabilidades que cada cal debe ter atribuídas. Dado o seu carácter inicial de pro-

¹ O Estatuto da función pública, que nestes momentos é obxecto de debate e reflexión, debe se-la segunda medida que incida nesta liña de actuación. Esta norma, marco de referencia das relacións do emprego público, debe introduci-la necesidade da avaliación individual ou colectiva de tal forma que coadrua á carreira profesional do funcionario, á determinación dun sistema retributivo idóneo, a unha formación máis eficaz e, en suma, a incrementa-la motivación dos empregados públicos.

visional, o "cuestionario" debe de ir adaptándose e perfeccionándose ó longo da implantación do sistema de avaliación.

■ É moi importante a utilización que pode obterse da parte cualitativa do "cuestionario" que inicialmente se realice cos responsables das unidades, así como de toda aquela información que estes subministren no proceso de execución dese.

■ Os "sistemas de información" son decisivos para a viabilidade do sistema de avaliación. Trátase de facer fiables e de homoxeneiza-las fontes de información de tódalas unidades, así como de sistematiza-la explotación da información subministrada en "cadros de mando" para o centro decisor.

■ O sistema de avaliación debe concibirse como de implantación gradual e progresiva, e moi axustado ó momento de cada organismo e á súa cultura administrativa.

■ O programa de implantación do sistema de avaliación desencadea inevitablemente a reflexión directiva no sentido de incorpora-las técnicas de dirección ou xestión por obxectivos e de control de xestión; en definitiva, o sistema de avaliación favorece tanto un novo modelo de xestión e da función directiva como un proceso de mellora continua das ferramentas directivas.

■ O sistema de avaliación contribúe ó coñecemento do máximo órgano directivo respecto das realidades e comportamentos xestores, o que redundará nun mellor instrumento para detectar ou solucionar-las disfuncións ou problemas organizativos que se poden estar dando no funcionamento das unidades administrativas.

Intervención da subdirectora da Unidade de Servicio Público Internacional, Jenny Topham: "Consideracións xerais e experiencias comparativas: o caso concreto do Reino Unido".

Jenny Topham disertou sobre algúns dos principais aspectos do Programa de reforma do sector público no Reino Unido².

O Programa de reforma comezou no ano 1979, coa elección dun novo Goberno conservador e un novo primeiro ministro: Margaret Thatcher.

A idea da Sra. Thatcher consistía en reduci-lo volume da Administración e, asemade, conseguir que o servicio fose eficiente e efectivo. Con esta intención acometeu unha serie de reformas.

O primeiro paso dado pola Sra. Thatcher foi nomear un asesor persoal, sir Derek Rayner, quen poría en marcha no ano 1979 o Programa de escrutinio. Os propósitos deste programa, que aínda continúa vixente, eran: realizar un exame dunha directriz, actividade ou función, con vistas a conseguir un aforro

² Vid., "Seminario sobre a reforma administrativa británica", EGAP, 27 de xuño de 1994.

ou incrementa-la efectividade; propoñer solucións para tódolos problemas encontrados; e poñer en marcha solucións acordadas, ou comeza-la súa execución nos doce meses seguintes ó comezo do escrutinio.

O Programa de escrutinio, que se centraba nos resultados dentro dun prazo determinado de tempo, introduciu tres novos termos: eficiencia, efectividade e rendibilidade. Con todo, os escrutinios só lles afectaron a actividades ou sectores do servizo público elixidos para o exame.

O seguinte cambio, a Iniciativa de dirección financeira, afectoulle a toda a Administración pública. Esta iniciativa tiña dúas metas principais: en primeiro lugar, asegurarse de que tódolos directores tiñan unha visión clara de cáles eran os seus obxectivos; e en segundo lugar, dotalos de orzamento e dos recursos necesarios, para poder alcanza-los obxectivos requiridos.

A mediados dos anos oitenta, a Iniciativa de Dirección Financeira causara un grande impacto, non obstante o progreso era máis lento do que a Sra. Thatcher desexaba, polo que se acordou levar a cabo unha inspección para ver qué se podía facer para seguir expandindo os logros. O resultado foi a grande reforma da estrutura administrativa, acometida mediante o programa denominado como "as Seguintes Etapas".

O terceiro aspecto do Programa de reforma destacado pola relatora foi o plan para mellora-la calidade dos servizos administrativos. O plan constou de dous elementos esenciais, a "Carta do cidadán" e o "Competir pola calidade".

A Carta do cidadán centrouse concretamente no rendemento dos ámbitos administrativos e tivo como obxectivo eleva-la calidade dos servizos prestados pola Administración, intentando que o funcionariado se interesase máis polas persoas que utilizen os seus servizos. Seis son os principios que rexen a consecución dos obxectivos desexados, e que poderían interpretarse como directrices aplicables a calquera Administración pública: calidade do servizo prestado, información e franqueza, posibilidade de elección e consulta, cortesía e servicialidade, recobra-la confianza do público e a rendibilidade.

O segundo elemento do Programa de reforma tiña como meta mellora-la calidade na prestación do servizo, punto denominado como "Competir pola calidade". Este plan requiría que tódolos ámbitos de goberno lle cederan unha parte proporcional das súas actividades ó sector privado e o seu propósito era mellora-la calidade mediante a competencia. A opinión xeneralizada é que o mecanismo funcionou e achegou novas formas de pensamento, o volume da Administración pública reduciuse.

Jenny Topham concluíu a súa intervención manifestando que o Ministerio de Administración Pública foi responsable, a través do seu ministro, da política de reforma da Administración. Ós organismos outórgaselles liberdade para determina-la mellor forma de alcanza-la dirección e os obxectivos xerais para cubri-las súas necesidades concretas, sempre tendo en conta as limitacións dos custos.

Intervención de Bruno Suzzarelli, xefe de Misión do Comisariado para a Reforma do Estado do Ministerio da Función Pública e a Descentralización en Francia: "Dous exemplos de xestión por obxectivos na Administración francesa: os servicios dos impostos e do equipamento".

A dirección por obxectivos, en opinión de Bruno Suzzarelli, foi durante moito tempo descoñecida pola Administración francesa, o funcionamento da cal se apoiaba máis nunha lóxica de medios ca nunha lóxica de resultados.

A formulación foise impondo progresivamente a partir dos anos oitenta no marco da política de modernización da Administración, baixo o triple efecto dunha mutación rápida do medio ambiente institucional (construcción europea, descentralización), do medio ambiente social (consideración incrementada das demandas dos usuarios; aspiración do persoal a máis responsabilidades) e do medio ambiente económico (en particular as necesidades de dominio das finanzas públicas) que obrigan os servicios públicos a que desenvolvan a súa eficacia.

A reforma do Estado levada a cabo en Francia dende 1995 intensifica este movemento actuando simultaneamente sobre catro frentes:

1. O reaxuste do Estado central nas súas misións de concepción das políticas, de elaboración de leis e regulamentos, de control e de avaliación.
2. Unha ampla delegación das responsabilidades nos graos territoriais do Estado, encargados da xestión e da execución operacional das políticas públicas.
3. O desenvolvemento de novas ferramentas de xestión que se apoian principalmente nas tecnoloxías da información e da comunicación.
4. A reforma da xestión dos recursos humanos.

Sendo os impostos e o equipamento unhas administracións de redes que dispoñen dunha cobertura xeral do territorio en servicios desconcentrados situados en cada departamento, le-

varon dende hai varios anos unha política coherente e estruturada de dirección por obxectivos que se apoia nunha pilotaxe central forte, nun verdadeiro diálogo cos graos desconcentrados para defini-las prioridades de acción, os obxectivos e os medios dos servicios, e nuns métodos de *management* participativo.

Sen embargo, de acordo con Bruno Suzzarelli, as dúas formulacións non se apoian, en particular pola diferenza fundamental da súa misión, nin nas mesmas ferramentas nin nos mesmos métodos de diálogo entre o centro e a periferia.

A dirección xeral dos impostos fundou un modelo primeiro na ponderación do resultado e no control global de xestión:

a) A ferramenta apóiase na construción de indicadores de resultados³ e de indicadores de cargas que alimentan unha base de datos nacional compartida por tódolos sectores locais.

b) O método consiste en definir de maneira case contractual, mediante un diálogo entre o director xeral dos impostos e cada director departamental dos servicios fiscais, os obxectivos e as prioridades de acción para unha duración de dous anos a partir da entrada en función dun novo director departamental. O procedemento, moi formalizado de diagnóstico, de propostas e de convalidacións das propostas da escala local, apóiase principalmente no conxunto das informacións proporcionadas pola base de datos nacional.

O Ministerio do Equipamento⁴ puxo en marcha un dispositivo moi completo, centrado nunha relación contractual entre a Administración central e as direccións departamentais, relacionando os obxectivos cos medios.

a) A ferramenta consiste nunha base de datos nacional que contén, por grandes campos de actividade e categorías de copartícipes, uns indicadores de medioambiente e de produción, así como unhas informacións completas sobre os medios humanos, técnicos e financeiros dedicados a cada campo e a cada copartícipe.

b) O método consiste en invitar a que os directores departamentais formulen as súas orientacións estratéxicas e os seus plans de acción, baixo coacción de medios, explicando claramente as eleccións operadas. Despois da convalidación polo ministerio, o "Plan obxectivos-medios" constitúe un documento de tipo contractual que compromete as dúas partes por unha duración de tres anos, principalmente en canto á evolución dos efectivos. Un adianto recente está constituído polos "contratos de servicios", concertados en calidade de experimento a partir do ano 1997 con algunhas direccións departamentais, que se

³ Indicadores de actividade, de calidade e de eficiencia.

⁴ Ministerio encargado das infraestructuras do país.

apoian en particular na negociación plurianual dun orzamento global que inclúe os gastos de persoal e de funcionamento, e nunha profundización dos "trámites-calidade".

VENRES, 20 DE XUÑO

Un modelo de reforma administrativa: a dirección por obxectivos e a xestión presupostaria en Galicia

As tres primeiras intervencións que tiveron lugar durante a sesión matinal do día 20 desenvolveron, en diferentes ámbitos, o tema común da estrutura informática aplicada pola Consellería de Economía e Facenda da Xunta de Galicia. Así, a *"Estructura informática da Consellería de Economía e Facenda: Antecedentes, aplicacións e proxectos de futuro"* tratouna Orza Fernández, conselleiro de Economía e Facenda da Xunta de Galicia; a *"Informática aplicada á xestión de expedientes tributarios"*, María Casais, directora xeral de Tributos da Consellería de Economía e Facenda, e Gómez Montaña, director do Centro de Proceso de Datos da Xunta de Galicia; e a *"Informática aplicada á xestión orzamentaria"*, Margarita Rodríguez, directora xeral de Presupostos da Consellería de Economía e Facenda, Juan José Novoa, interventor xeral da Consellería de Economía e Facenda, e Gómez Montaña.

Todas elas, que foron expostas de forma totalmente esquemática e por medio de transparencias, serviron para explicarlles ós asistentes e participantes a estrutura e o sistema informático que a Consellería de Economía e Facenda da Xunta de Galicia lle aplica á xestión, seguimento e resolución de expedientes tributarios e á xestión presupostaria, a través do "Sistema de Información Xeito" e do "Sistema de Información Xunco", respectivamente.

O seguinte interveniente, Jaime Bouzada Romero, inspector xeral de Servicios da Xunta de Galicia, servíndose da mesma metodoloxía empregada polos conferenciantes que o precederon, expuxo *"O programa de avaliación do rendemento da Xunta de Galicia"*, poñendo o punto de inflexión no estado actual da implantación. A súa achega ó seminario contribuíu a lembralo que, neste mesmo auditorio, se dixo e polemizou sobre o tema no ano noventa e cinco⁵.

A continuación, e seguindo coa reforma administrativa levada a cabo en Galicia, Dositeo Rodríguez abordou o tema concreto da *"Reforma e modernización da Administración pública galega"*.

⁵ Vid., "Xornadas informativas sobre a avaliación do rendemento", Inspección Xeral de Servicios, Xunta de Galicia, 1995 / "Seminario internacional sobre a avaliación do rendemento", EGAP, Santiago de Compostela, 1995.

Ata o ano 1990 na Comunidade Autónoma galega non se procedera a elaborar un verdadeiro proxecto de reforma administrativa, proxecto que supón unha serie de orzamentos:

1º. Estabilidade política. Non se pode concibir un proxecto real de reforma da Administración se non existe unha maioría relativamente estable e se non se dispón dun certo espacio de tempo para poder levalo a fin.

2º. Unha concepción de reforma se se formula nun ámbito determinado, sexa un goberno, sexa unha comunidade autónoma, necesita autoridade global. Non cabe propor unha reforma dende unha área sectorial de goberno, a reforma ten que ser un proxecto de Estado, un proxecto de presidente en definitiva.

3º. Estructura de organización profesional. Non se pode falar de reforma administrativa cunha estrutura administrativa non estable, con xente que non teña un status claro, sexa laboral ou funcionarial.

4º. Madureza na organización. Así como as organizacións burocráticas se caracterizan fundamentalmente por seren resistentes ó cambio, unha organización funcionarial caracterízase por unha serie de mecanismos de resistencia que defenden a función pública e o exercicio da soberanía, o que implica unha estabilidade distinta da que ten o traballador privado.

En Galicia abordouse un proxecto de reforma en profundidade. En opinión do conselleiro, a Administración pública galega nestes momentos, fundamentalmente por razóns de estabilidade e de apoio político global do presidente, é a comunidade autónoma española que máis profundamente entrou nos mecanismos de reforma da Administración.

Seguidamente, o relator detívose no por qué das liñas básicas da reforma galega.

En primeiro lugar, a cúpula do sistema, unha vez que a organización teña asumido a necesidade de técnicas de xestión modernas, é a *dirección por obxectivos*. É obvio que inicialmente é indispensable que a Administración aborde un proceso de tecnificación e de modernización, que esixe como presuposto a asunción de técnicas de informática con carácter global. Na actualidade non se pode pensar nunha organización administrativa que non asuma a informatización integral dos seus servicios como un presuposto. Así, a Comunidade Autónoma galega conta hoxe cun sistema de información tributaria e presupostaria comparable ó de calquera organización europea ou americana.

Por outra parte, o sistema de unidade do órgano de dirección da reforma, que en Galicia recibe o nome de Inspección Xeral de Servicios, debe ser integral e estenderse a tódalas áreas

da organización, de tal forma que permita analizar estándares de calidade e estándares comparativos.

Ademais destes mecanismos, que crean unha certa autoridade política e capacidade de toma de decisión, a reforma administrativa galega tiña que entrar no cambio social directo, o que se levou a efecto a través do organismo da EGAP. En Galicia considerouse de igual transcendencia a formación que se imparta a calquera área de persoal, dende o xefe de sección de contabilidade, que debe formarse en técnicas específicas de xestión, ata a formación de corpos directivos.

Así mesmo, unha das filosofías da reforma administrativa galega foi a asunción do concepto de libre designación, utilizado con carácter xeral na Administración pública española. Segundo Dositeo Rodríguez, sen esta liberdade de nomeamentos e de destitucións, a dirección por obxectivos non ten sentido. A dirección por obxectivos dentro desta discrecionalidade o que produce é a defensa do bo xestor e a preocupación do mal xestor. Nunha Administración pública a organización ten que entender que os niveis de esixencias están combinados con niveis de obxectividade.

Por outro lado, a Administración pública ten que ir cara a custos reducidos, os custos de persoal deben ser decrecentes. A Comunidade Autónoma galega non aplicou o concepto da produtividade, entendendo como válido o mecanismo de incentivo do persoal⁶.

O conselleiro concluíu as súas palabras afirmando que un proceso de reforma é un proceso de tecnificación e de sentido común, de prudencia.

A reforma administrativa nos países hispanoamericanos

Intervención de José Walter Vázquez Filho, xefe de gabinete do ministro da Administración Federal e Reforma do Estado en Brasil, e Marcus Vinicius Caetano Pestana Da Silva, secretario adxunto da Secretaría de Estado de Planeamento de Minas Gerais: "A reforma da Administración pública brasileira e o caso concreto de Minas Gerais".

Vázquez Filho referiuse, na súa intervención, ó Plan director da reforma do aparato do Estado brasileiro e á estratexia seguida para acometer tal reforma.

Respecto do Plan director da reforma do aparato do Estado, Vázquez Filho distingue tres períodos de aprendizaxe na evolución histórica da Administración pública brasileira: o primeiro,

⁶ O sistema de incentivo do persoal baséase en que, mantendo a política global de redución de custos, se lles dea produtividade ás unidades que consigan obxectivos razoables, e que esta produtividade sexa regulada, o que implica que a cultura de que unha unidade sexa importante se gasta moito se substitúa pola de que unha unidade é tanto mellor canto menos gasta, porque canto menor sexa o gasto, maior será o seu *ranking* no nivel de eficacia.

da Administración patrimonialista, na que os órganos do Estado funcionan como unha extensión do poder do soberano e o Tesouro Real e o Estado confúndense; o segundo, da Administración pública burocrática, que resalta a necesidade de control ríxido dos procesos, a impersonalidade e o formalismo; e o terceiro, da Administración pública xerencial, a énfase da cal se observa nos resultados da acción de goberno; xuntamente coa necesidade de reducir custos está a de aumenta-la calidade dos servicios, considerando o cidadán como beneficiario.

Segundo o relator, Brasil aínda non conseguiu supera-las implicacións nefastas do modelo de Administración patrimonialista. Por iso, ó mesmo tempo, é necesario atender, en determinadas áreas, ás necesidades de control dictadas pola Administración burocrática, e, noutras, adoptar principios de eficiencia, característicos da Administración xerencial.

Así mesmo, o Plan director da reforma do aparato do Estado distingue tamén catro sectores de actuación do Estado: o núcleo estratéxico, as actividades exclusivas de Estado, os servicios non exclusivos e a produción para o mercado.

Respecto da estratexia da reforma do aparato do Estado, Vázquez Filho sinalou que está concibida a partir de tres dimensións⁷:

- a) Institucional-legal, que trata sobre a reforma do sistema xurídico e das relacións de propiedade.
- b) Cultural, preocupada pola transición dunha cultura burocrática a unha cultura xerencial.
- c) Xestión pública, que busca o perfeccionamento da Administración burocrática vixente e a introducción da Administración xerencial, incluíndo os aspectos de modernización da estrutura de organización e dos métodos de xestión.

A estratexia proposta, nesta dimensión, está orientada no sentido de viabiliza-las transformacións fundamentais pretendidas coa reforma do aparato do Estado en tres direccións: en primeiro lugar, para permiti-la focalización do Estado na atención das demandas sociais básicas; en segundo lugar, e para facilita-lo direccionamento da maneira tradicional de actuar do Estado, evolucionando dun papel executor cara a un papel de promotor do desenvolvemento social e económico; e en terceiro lugar, a estratexia proposta deberá crea-las condicións para a aplicación metodolóxica do modelo de Administración xerencial no sector de servicios do Estado.

De acordo co conferenciante, para realiza-los cambios pretendidos será necesario o perfeccionamento do sistema xurídico-legal, principalmente de tipo constitucional, para cambia-las

⁷ Vid., *Plan Director de la Reforma del Aparato del Estado brasileño*, Presidencia de la República, Cámara de la Reforma del Estado, Brasilia, DE, 1995.

restriccions existentes que impiden a adopción dunha Administración áxil e con maior autonomía e flexibilidade, capaz de enfronta-los desafíos do Estado moderno.

Por último, Vázquez Filho citou algúns proxectos de reforma do Estado:

- Emenda constitucional e revisión da lexislación, coa finalidade de remover algúns cabos que impiden a implantación dos principios da Administración burocrática e da Administración xerencial.
- Avaliación de desempeño institucional, por medio de fiscalización e control social.
- Aumento da calidade dos servicios, mediante a estimulación da participación e a revisión dos procesos de traballo.
- Revisión da lei de licitación, co que se pretende desburocratiza-lo proceso de adquisición de bens e de produtos pola Administración pública.

A continuación, Pestana da Silva tratou o tema concreto do programa de reforma e modernización desencadeado polo Goberno de Minas Gerais, que se desdobra en múltiples iniciativas, nos máis diversos campos, dende a busca dunha estrutura administrativa máis aberta, áxil e flexible, que intenta a redución de niveis xerárquicos e de duplicidades de funcións, ata a descentralización administrativa, a través da creación das administracións rexionais, da autonomía das escolas e dos consorcios intermunicipais de saúde.

Este esforzo pasa tamén pola reforma normativa, coa redución ó esencial de leis, decretos e resolucións; pola reformulación de procesos; polo fortalecemento do núcleo estratéxico, coa creación dunha nova carreira de xestores públicos; e polo programa de privatizacións e concesións de servicios públicos á iniciativa privada.

Pestana da Silva confírelles atención especial tamén á cuestión preventiva e á superación do estrangulamento imposto polo gasto excesivo en persoal, co fin de obxectivar e reconstituí-lo espazo de acción para unha efectiva política de valoración do traballador.

Por outra parte, en nome da obxectividade e da claridade, o Goberno de Minas Gerais optou por segmenta-la presentación da experiencia mineira, establecendo cortes temáticos e sectoriais.

Mesa redonda na que se abordou o tema de "A reforma administrativa nos países centroamericanos". Participantes: José González Francés, viceministro de Economía e Planificación de Cuba, Miguel Campos, viceministro da Gobernación de Nicaragua, José Feliz Marrero, director administrativo do Goberno da República Dominicana, e Ariel A. Turcios, subdirector xeral de Crédito Público de Honduras.

A primeira intervención correspondeulle a González Francés que disertou sobre os "Aspectos relevantes da reforma administrativa cubana".

O proceso de reforma administrativa cubana tivo o seu primeiro reflexo no sector externo da economía, ó quedar Cuba, no ano 1991, sen os seus mercados tradicionais da área socialista. Así, no 1992 introducíronse mecanismos máis flexibles de dirección e xestión e suprimiuse o monopolio do comercio exterior. A partir deste ano as reformas formalizáronse a través de disposicións legais⁸ e medidas de saneamento financeiro interno, comezando a da-los seus resultados a partir do ano 1994.

Actualmente o proceso de planificación en Cuba caracterízase pola combinación de diferentes enfoques e está nun continuo e renovado perfeccionamento, en correspondencia coas necesidades e coas esixencias que a xestión pública, no seu desenvolvemento, vaia determinando. Nese sentido, comezáronse a introducir, nos deseños de planificación ós niveis máis agregados, técnicas vinculadas ás análises prospectivas e escenarios factibles, que incluían as análises de viabilidade correspondentes.

En particular, e segundo González Francés, estase promovendo un maior coñecemento e un uso máis efectivo das técnicas de dirección por obxectivos. Estas técnicas utilízanse no proceso de avaliación de dirixentes, funcionarios e especialistas, así como no proceso de perfeccionamento organizativo e funcional dos organismos que integran a dirección do Goberno cubano nos niveis central e territorial.

Así mesmo, introducíronse modificacións nos procedementos de elaboración do Presuposto do Estado, con elementos importantes de desconcentración en canto ás fontes e aplicacións do gasto, e incorporáronse medidas de flexibilidade para facer máis eficaces as súas funcións regulatorias e redistributivas nas novas condicións.

Miguel Campos tratou na súa comunicación o tema de "A gobernabilidade en Nicaragua baixo un proceso de axuste estrutural".

A partir de 1990, Nicaragua iniciou un Programa de axuste estrutural, que se aplicou en etapas por espacio de seis anos

⁸ Vid., Reformas constitucionais cubanas de 1992, que crearon as bases xurídicas para a eliminación do monopolio do comercio exterior, o recoñecemento da vixencia da propiedade mixta e a modificación do carácter da planificación; Decreto-lei 140, do 13 de agosto de 1993, mediante o cal se despenalizou a posesión de divisas; Decreto-lei 141, do 8 de setembro de 1993, "Sobre o exercicio do traballo por conta propia"; Decreto-lei 142, do 20 de setembro de 1993, "Sobre as unidades básicas de produción cooperativa (UBPC)"; Decreto-lei 147, do 21 de abril de 1994, sobre a reorganización dos organismos da Administración central do Estado; Lei 73, do 5 de agosto de 1994, do Sistema Tributario; Decreto-lei 191, do 19 de setembro de 1994, "Sobre o mercado de produtos agropecuarios"; Decreto-lei 192, do 21 de outubro de 1994, "Sobre o mercado de artigos industriais e artesanais"; Lei 77, do 5 de setembro de 1995, "Sobre o investimento estranxeiro"; Decreto-lei 165, do 3 de xuño de 1996, para o desenvolvemento de zonas francas e parques industriais; e Resolución conxunta n.º 5 de 1996 dos ministros de Finanzas e Prezos e de Comercio Exterior, a cal modifica a Lei arancelaria de 1990, para materializa-los compromisos coa Organización Mundial do Comercio.

non sen antes sufrir resultados socialmente indesexables aínda que substantivos éxitos económicos. Este plan de axuste púxose en marcha baixo unha política de *shock*, sen embargo dado o impacto social que xerou e a magnitude das distorsións nas variables económicas, decidiuse modifica-lo plan cunha tendencia gradualista.

Por outra parte, na actualidade, Nicaragua atópase en pleno desenvolvemento de procesos de descentralización do Estado, que camiñan á par coa consolidación democrática e as reformas económicas e que buscan superar unha tendencia centralista cara a unha máis comunitaria ou municipal.

De acordo con Miguel Campos, procúrase que a descentralización desenvolva espazos políticos, económicos, administrativos e territoriais viables para face-lo Estado máis eficiente, para promove-la igualdade de oportunidades, para o pleno exercicio dos dereitos cidadáns e para consolidar unha democracia participativa con bases locais e comunitarias. Neste sentido, en Nicaragua considérase o municipio como un dos elementos fundamentais do proceso de reformas.

Ó mesmo tempo, o proceso de descentralización ten en conta unha estreita colaboración entre a Administración central e a Administración descentralizada, sobre a base do principio de solidariedade, co obxecto de evitar posibles desequilibrios. Para iso o Ministerio de Gobernación dispón dunha estrutura que actúa como sensor da relación entre o Goberno central e as municipalidades con vistas a apoia-la xestión local.

A intervención de Feliz Marrero na mesa redonda xirou ó redor da "A dirección por compromisos. Guía para o proceso de reforma e modernización do Estado dominicano".

O proceso de reforma do Estado dominicano ten como obxectivo converte-la Administración pública en ente catalizador do desenvolvemento nacional.

Feliz Marrero entende que a reforma da Administración pública dominicana é necesaria porque é ineficiente e ineficaz, orientada cara a si mesma, avultada, centralizada e con baixo nivel de profesionalización, ademais da insatisfacción social que provoca. Por iso é necesario que a Administración dominicana adquiera eficiencia, transparencia, democracia e institucionalidade, a través do desenvolvemento humano sostible e da competitividade internacional.

O funcionamento con base nos compromisos, que é un elemento fundamental das institucións de alto desempeño, debería de aplicarse, segundo o interveniente, na Administración dominicana.

A última quenda de intervención correspondeulle a Ariel A. Turcios que falou sobre a "Modernización da Administración pública no marco da reforma institucional do Estado: a experiencia de Honduras".

No caso de Honduras⁹, as decisións sobre reforma e modernización non se orientan só á Administración pública, senón que lles afectan ás funcións legislativa e xurisdiccional, así como á organización e ó funcionamento do proceso electoral.

Segundo Ariel A. Turcios, entre os obxectivos fundamentais da reforma e modernización do Estado hondureño está o de moderniza-la Administración, aumenta-la eficacia e eficiencia das súas actividades e servicios, e arraiga-la ética no servicio público.

Así, o Programa de reforma da Administración pública de Honduras, baseado nun profundo exame do papel do Estado na economía, pretende incrementa-la participación do sector privado no desenvolvemento dos servicios públicos, reduci-los gastos mediante unha reforma administrativa e mellora-la Administración pública co fin de aumenta-la eficiencia, a transparencia e a rendición de contas.

Intervención do presidente executivo da Caixa costarriqueña do Seguro Social, Álvaro Salas: "O proceso de modernización dos servicios de saúde en Costa Rica".

Segundo Álvaro Salas, parece xeral o sentimento de insatisfacción respecto do funcionamento do sistema de saúde. Os países que están reformando o seu sistema de saúde están cambiando a organización e a xestión das responsabilidades públicas, co fin de seren máis eficaces e eficientes en logra-los principios e fins sobre os que se sustentan as políticas sociais.

Costa Rica non escapa a este proceso de cambio e nos últimos anos levou a cabo, como o fai no presente, procesos de modernización profundos, non só no sector público, senón tamén no sector privado. Así, é necesario facer máis racionais a utilización e a asignación dos recursos en saúde, tanto no ámbito público como privado, co fin de que sexa posible garantir cobertura universal con calidade e equidade. Debe buscarse un equilibrio entre as dispoñibilidades limitadas de recursos e as necesidades de saúde, que tenden a incrementarse no transcurso do tempo.

Actualmente, segundo o conferenciante, a asignación de recursos no ámbito hospitalario, na Caixa Costarriqueña de Seguro Social (ccss), realízase de forma centralizada, con base no pre-suposto histórico dos centros. Os recursos diríxense a financiar

⁹ Como acontece na maioría dos países centroamericanos, especialmente en Venezuela e Colombia.

compromisos previos (centros asistenciais e servicios prestados) e a darlles resposta a novos compromisos (investimentos e novos servicios e prestacións).

Así, as limitacións que xorden deste esquema de asignación de recursos son:

a) Falta de incentivos á eficiencia: os hospitais non dispoñen de ningún incentivo á adopción de decisións eficientes, na medida en que os aforros que conseguen poden supoñer un menor presuposto no período seguinte.

b) Recursos orientados á oferta: a presupostación histórica implica que se destinen os recursos de acordo coa oferta de recursos humanos e infraestrutura, independentemente das necesidades de saúde ou da demanda real da poboación.

c) Percepción do risco como inexistente: se os gastos realizados polos hospitais son cubertos na súa totalidade (presuposto histórico), os hospitais perciben a restricción presupostaria.

Ante estas limitacións, Álvaro Salas formulou na súa intervención as seguintes propostas:

■ Existe un alto grao de inequidade na distribución de recursos entre os diferentes niveis do Sistema de saúde, así como entre as diferentes rexións xeográficas. Co propósito de garanti-la consolidación do novo modelo de atención (EBAIS) será necesario aumenta-los recursos dirixidos cara ó primeiro nivel¹⁰.

■ Co propósito de busca-la extensión da cobertura e a sustentabilidade dos logros do sistema nacional de saúde, é imperativo mellora-la eficiencia e a eficacia na utilización dos recursos dispoñibles no sector.

■ Dado o rápido crecemento do gasto público en saúde, é importante aplicar mecanismos para controla-los custos, mediante aumentos na eficiencia e eficacia do Sistema de saúde costarricense.

■ A asignación histórica de recursos actúa como un desincentivo para a produtividade e a calidade dos servicios de saúde.

■ Cómpre deseñar mecanismos de asignación de recursos que premien a eficiencia, a eficacia e a calidade no traballo dos establecementos de saúde. Estes premios ou incentivos teñen que estar vinculados ó cumprimento de determinadas metas e obxectivos, tanto asistenciais como económicos-financeiros e de calidade.

■ A descentralización dos hospitais debe permitir que as ganancias en eficiencia poidan ser reinvestidas no mesmo centro.

¹⁰ Vid., Gonzalez, Ana Rita, "Capacidad Resolutiva del Nivel II y III de Atención en Salud: El caso de Costa Rica", OPS, Organización Mundial de la Salud, CCSS.

■ Existe necesidade de descentraliza-la xerarquía da CCSS en forma efectiva, co obxecto de que os hospitais se responsabilicen das súas accións en canto a gasto, obxectivos e metas.

■ É necesario introducir unha xestión empresarial no uso dos recursos: para iso é de fundamental importancia o desenvolvemento de habilidades xerenciais por parte dos funcionarios estratéxicos da CCSS e dos hospitais.

■ Por último, é transcendental premia-lo esforzo grupal e individual do funcionario, é dicir, superar en forma paulatina a vinculación ascenso con antigüidade e desenvolver unha cultura baseada no desempeño e nos méritos.

SÁBADO, 21 DE XUÑO

Intervención de Carlos Rodríguez Peñaherrera, asesor do Ministerio de Economía e Finanzas e presidente ecuatoriano da Asociación Latinoamericana de Administración Pública: "A reforma administrativa para a modernización do Estado: unha perspectiva para o Ecuador no marco da globalización".

Comezou a súa exposición sinalando que a globalización, como corrente mundial que contextualiza a vida dos países, practicamente se converteu nun prerequisite que condiciona as accións nacionais para o desenvolvemento.

O desenvolvemento da Administración pública debe ser considerado e enfocado como un proceso de cambio que precisa modificacións de fondo na estrutura de poder, nos comportamentos políticos e nas mesmas valoracións da sociedade, é dicir, que debe inscribirse no ámbito da reforma do Estado. "La Reforma del Estado implica no sólo reformar las estructuras administrativas sino también reformar aspectos políticos básicos de su funcionamiento y ambos cambios conllevan redistribuciones muy importantes en la correlación de poder"¹¹.

Para Rodríguez Peñaherrera, aumenta-la capacidade técnico-administrativa supón non só eficiencia ("mellor uso dos medios"), senón tamén eficacia ("calidade do impacto das accións", "efectividade"), non só para estruturar organicamente un conxunto coherente de decisións, senón tamén para concretalas harmonicamente.

A globalización preséntase como o gran desafío, en especial para países pequenos e subdesenvolvidos como o Ecuador. A globalización implica unha redefinición, ó interior das nacións, dos diversos procesos políticos, económicos, culturais, etc., unha reconceptualización das estruturas de poder, unha reasigna-

¹¹ Vid., Kliksberg Bernardo, "La Transformación del Estado en América Latina: Del Estado Heredado al Estado Necesario", 1987.

ción de roles de fondo tanto dende e no Estado como na sociedade.

Así, o relator entende que a modernización no Ecuador debería sustentarse nun conxunto de reformas estratéxicas:

1. Reforma educativa. Como condición *sine qua non* para potencia-la intelixencia social e alcanzar un cambio de mentalidade.

2. Reforma política. O seu obxectivo debe se-la redefinición das relacións institucionais entre os órganos do poder político e a sociedade.

3. Reforma xurídica. Tres amósanse como os obxectivos primordiais desta reforma: adecua-lo marco xurídico nos seus aspectos deficitarios, alcanzar certeza xurídica e fortalece-la institucionalidade do estado de dereito.

4. Novo marco constitucional da economía.

5. Descentralización. Concibida como un proceso principalmente socio-político para o fortalecemento da unidade e da autoridade pública. En última instancia da democracia, a descentralización convértese nun obxectivo nacional que demanda unha acción sostida no tempo¹².

Como reflexión final, Rodríguez Peñaherrera concluíu que o obxecto da modernización é construí-lo novo modelo de Estado, o da democracia, sustentándoo e levándoo a un modelo participativo, flexible, adaptativo, operacional, baseado no valor do individuo e da sociedade, capaz de reedifica-la moral pública e de proxecta-lo futuro.

Intervención de Miryan Graciela Alfonso, presidenta da Comisión Presidencial de Ciencia e Tecnoloxía de Paraguai: "A reforma administrativa en Paraguai".

Cinxiu a súa exposición ós aspectos lexislativos da reforma administrativa operada en Paraguai, en particular fixo fincapé no proxecto de Lei da Administración pública e na súa exposición de motivos, texto que comentou de forma clarificante e ó cal me remito.

Paraguai tomou como referencia para a elaboración da reforma administrativa do Estado a lei alemana.

Así mesmo, Graciela Alfonso explicoulles ós presentes a realidade social e política de Paraguai, condicionada pola dificultade de gobernabilidade do país dadas as continuas campañas políticas que se suceden (municipais, interpartidistas e presidenciais). Manifestou tamén a grave situación económica e financeira que atravesaba na actualidade Paraguai, derivada fundamentalmente

¹² Vid., Silverman Jerry, "Descentralización del Sector Público", 1990. Documento presentado no Seminario "Política de Descentralización y Desarrollo en América Latina", Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, decembro de 1991.

do curto espacio de tempo habido dende a data do golpe de estado ata hoxe (oito anos), o que provocou que moitos bancos, na súa maioría privados, fosen intervidos.

Intervención da directora nacional do Programa de modernización do Executivo guatemalteco, Carolina Roca Ruano: "A modernización da Administración pública en Guatemala".

Moderniza-lo rol do Estado e lograr unha eficaz e eficiente Administración son, segundo Roca Ruano, elementos necesarios para que calquera país incremente a súa produtividade e logre inserirse vantaxosamente nun mundo cada vez máis competitivo e globalizado.

Isto é particularmente importante en países como Guatemala onde o crecemento e o desenvolvemento da economía, a redución da pobreza e o desenvolvemento democrático se viron limitados e aínda obstaculizados por un Estado que interveu na economía, na política e nas relacións sociais en formas pouco efectivas e eficientes para o logro do ben común. O que provocou que o Estado, na súa forma actual, non corresponda ó contexto económico, social e político e non lles estea servindo ós guatemaltecos para afrontar-los retos de hoxe e moito menos para encara-los do futuro.

Por iso, a Administración do presidente Arzú, dende a súa toma de posesión en xaneiro de 1996, manifestou o seu compromiso coa reforma do Estado, particularmente coa do organismo executivo.

O Programa de modernización emprendido polo Comisionado Presidencial para a modernización do organismo executivo e a Administración pública comprende a realización de accións en dúas grandes liñas: as accións horizontais que cortan a todo o organismo executivo e aquelas propias da modernización das institucións.

Estas últimas, que son as que me interesa destacar na presente crónica, especifícanse e calendarízanse nun instrumento denominado Acordo de modernización institucional (AMI), e poden ser, de conformidade coa natureza e a situación das institucións, as seguintes:

- Revisión das funcións institucionais e sectoriais.
- Readecuación da estrutura organizacional institucional.
- Re-enxeñería dos procesos mediante os cales se prestan os servizos que se outorgarán conforme ás funcións revisadas.
- Adopción dos novos sistemas de xestión redeseñados nun ámbito horizontal: Administración financeira¹³, Auditoría

¹³ Orzamento, contabilidade, tesourería e crédito público.

Gobernamental, adquisicións, programación de investimentos, recursos humanos.

- Establecemento dun sistema de avaliación de servicios.
- Desincorporación (privatización, externalización) de funcións de tipo empresarial.
- Descentralización e desconcentración de servicios e recursos.
- Desregulación dos mercados nos que exerce funcións a institución.

Intervención de Ana Lía Piñeyrúa, ministra de Traballo e Seguridade Social de Uruguai: "A reforma do Estado na República Oriental de Uruguai".

O proceso de Reforma do Estado en Uruguai que se viña debatendo dende a década dos oitenta, a partir da reinstitucionalización democrática no ano 1985, iníciase formalmente coa creación da Comisión Sectorial para a Reforma do Estado, constituída o 30 de marzo de 1995.

Como primeiro paso entendeuse importante a xerarquización das actividades, para reducir ou eliminar tarefas accesorias pola vía da supresión, fusión con outras similares, ou contratación con terceiros que poidan prestalas a menor custo e maior eficacia.

Establecéronse metas de xestión para asegurar unha substancial mellora da eficiencia e da eficacia administrativas e asignáronselles maiores graos de autonomía ós responsables da execución desas, vinculándoa á responsabilidade pola xestión e á súa avaliación.

Estes principios, recollidos no Decreto 255/95, do 11 de xuño de 1995, fixaron as bases para a formulación do proxecto de Presuposto quinquenal 1995-1999 e a Reforma do Estado. Os criterios rectores establecidos no dito decreto eran os seguintes:

- a) Fortaleceranse os traballos substantivos de cada Secretaría de Estado na formulación da súa misión e obxectivos, políticas sectoriais e aspectos normativos, de regulación e de control.
- b) Estableceranse mecanismos de avaliación do desempeño para os efectos de vincular-la asignación de recursos presupostarios cos indicadores de xestión.
- c) Descentralizaranse funcionalmente as actividades de prestación de servicios, por aqueles que poidan autofinanciarse con recursos propios en medio prazo, e tenderase, de se-lo caso, a encomendár-lle-la súa xestión total ou parcial a terceiros.

d) Eliminaranse ou transferiránelles a terceiros aquelas actividades non substanciais ou de apoio e que implican duplicacións ou superposicións.

e) Explicitaranse tódolos subsidios e as transferencias.

Por último, segundo Lía Piñeyría, a aprobación da Lei de Presuposto n.º 16.736, do 5 de xaneiro de 1996, significou un avance importante no proceso de reforma: creou o Comité Executivo para a Reforma do Estado (CEPRE), preveu a creación dunha escala xerencial, modificou o sistema de ascensos dos funcionarios da Administración central, etc.

Intervención do director da Escola Superior de Administración Pública de Colombia (ESAP), Hernando Roa Suárez: "A reforma do Estado e a gobernabilidade: o caso colombiano".

Como orientación xeral, o tratamento desta problemática implica que, fronte ó proceso de reconfiguración mundial¹⁴, segundo a opinión de Roca Suárez sería necesario emprender transformacións que apuntaran, non só á instancia económica, senón a tódolos aspectos que se entrelazan na relación estado-sociedade.

Así, o proceso de modernización do Estado debe responder ó ámbito da competencia e da inserción no contexto internacional levando o país a mellores estadios do desenvolvemento social en tódolos seus aspectos¹⁵. Non se trata de desmantela-lo Estado, senón de modernizalo, ordenalo, especializalo, fortalecerlo, fiscalizalo e facelo eficiente.

Poder ter un Estado, como institución xurídico-política, racionalizadora dos intereses xerais, implica un cambio na racionalidade e de operatividade política, administrativa, económica, técnica e financeira deste.

En Colombia, despois de 1990, impúxose un plan económico de goberno, orientado principalmente por principios neoliberais. Segundo o director da ESAP, as reformas levadas a cabo durante o período do presidente Gaviria resolveron en parte os desaxustes macroeconómicos, pero incidiron nos sectores populares de maneira adversa.

A modernización e a apertura económica impulsadas polo Goberno do presidente Gaviria foron o froito dun plan organizado que se iniciou a partir da campaña electoral. Buscou: modernizar e internacionaliza-la economía; facer máis competitivo e eficiente o sistema productivo; fortalece-las exportacións; e tamén, se formulou a conveniencia de que os mercados externos fosen fonte de benestar e de dinamismo.

O plan de desenvolvemento aprobado (A Revolución Pací-

¹⁴ Temas afíns vinculados á problemática da gobernabilidade poden ser: as políticas e as estratexias de modernización; eficiencia e eficacia na Administración; a xerencia pública e a planificación estratéxica; os procesos de privatización; o perfeccionamento da Administración tributaria; a xerencia de megaproxectos e a corrupción administrativa.

¹⁵ Vid., Garay, Luis Jorge, "Acerca de la Reforma Estructural y el Nuevo Papel del Estado", *Gobernabilidad y Reforma del Estado*, páxs. 232-250.

fica) tivo como obxectivo ataca-las limitacións estruturais da sociedade colombiana: o seu illamento do resto do mundo e a demora das súas institucións.

Intervención de Luis Villata Morales, director da Unidade de Coordinación do proxecto de modernización do Ministerio de Finanzas nicaraguano, e Julio César Granja Robleto, asesor do Ministerio de Finanzas nicaragüense: "A reforma e modernización do sector público en Nicaragua".

A modo de introducción, Luis Villata explicou a situación que atravesaba Nicaragua. Este país viu-se obrigado a efectuar de maneira simultánea unha triple transición: dun sistema económico planificado a un de libre mercado; dun sistema político dictatorial, militarista e esquerdista cara a un sistema democrático representativo; e da guerra á paz.

Este foi un proceso que implica, no fondo, unha profunda reforma do Estado ó redefini-lo papel do mesmo fronte á sociedade á que serve. Esta reforma, segundo o relator, resultou moi exitosa, xa que logrou reducir substancialmente o tamaño do Estado, privatizou máis de trescentas cincuenta empresas estatais, desregulou a economía, desmonopolizou a banca e os seguros, eliminou a hiperinflación, reduciu e profesionalizou as forzas armadas e mellorou o clima para a democracia. Nembargantes, a pesar de todos estes éxitos, este Estado "reformado" adoece aínda de serias debilidades: o Estado é demasiado grande para o tamaño da economía, as institucións do sector público préstanlle pobres servizos á poboación, a ausencia dun servizo civil profesional, a Administración pública non fai uso útil e extensivo da informática, etc.

Pola súa parte, Julio César Granja desenvolveu especificamente o tema da reforma e modernización da Administración pública en Nicaragua.

Existe consenso na sociedade nicaraguana sobre a necesidade de garanti-la irreversibilidade do proceso democrático e a continuación da construción dunha economía que xere crecemento equitativo e sostible, e profundar nas reformas xa iniciadas, para o que é preciso facer cambios profundos na estrutura governamental e nas actitudes, motivacións e coñecementos do persoal do servizo civil, de tal maneira que se facilite a aplicación efectiva das políticas de desenvolvemento.

Así, no marco do Programa de reforma e modernización da Administración pública, o Goberno nicaraguano preparou estudos de diagnóstico e plans de acción enfocados cara á estruturación institucional, servizo civil e reforma da Administración

financeira; e o desenvolvemento dun Programa de mellora da capacidade informática nas institucións do sector público. Todo isto co obxectivo de logra-la creación dun "sector público con capacidade de decisión, moderno, pequeno, forte, eficiente, facilitador e tecnoloxicamente capaz de prover servicios de alta calidade" a través dunha mellor asignación e utilización dos recursos para a construción dun marco económico e social que permita afianza-la democracia.

Intervención de Manuel Rachadell, profesor da Universidade Central de Venezuela, ex-presidente do CLAD e ex-presidente da Comisión para a Reforma da Administración Pública: "A dirección por obxectivos e a xestión orzamentaria en Venezuela".

Para Manuel Rachadell, a dirección por obxectivos significa simplemente a introducción da racionalidade nos procesos administrativos.

A reforma administrativa que se programou en Venezuela entre 1969 e 1972 estivo influída polo concepto de "Administración para o desenvolvemento" tan en voga neses anos. Por unha parte, partíase do suposto de que a Administración pública era un instrumento para o desenvolvemento, definido este nos plans nacionais. Pola outra, que a Administración debía funcionar como un sistema, integrado por un conxunto de subsistemas, dos cales uns eran de carácter auxiliar ou asesor e outros de natureza executiva. A estrutura de cada subsistema dependería dos obxectivos asignados a cada un deles nos plans económicos e sociais correspondentes, todo iso de conformidade cun novo tipo de planificación para introducir: a planificación administrativa.

En xullo do ano 1972, a Comisión de Administración Pública, órgano encargado de programa-la reforma venezolana, entregoulle ó presidente da República un extenso documento titulado "Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional"¹⁶. Este documento, a pesar de posuír unha notable calidade técnica, non modificou en forma significativa o comportamento dos órganos administrativos.

No ano 1984, o presidente Lusinchi creou por decreto a Comisión Presidencial para a Reforma do Estado (COPRE), á que se lle asignou a función de presentar proposicións encamiñadas a conseguir que a sociedade venezolana se fixese máis democrática e o Estado máis eficiente. As proposicións de maior transcendencia na configuración das institucións públicas foron, segundo Manuel Rachadell, as referidas á descentralización e á privatización.

¹⁶ O contido do "Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional" dividiáase en dous tomos: o Tomo I referíase á reforma estrutural; no Tomo II presentáronse as proposicións sobre a reforma funcional e sobre o réxime xurídico da Administración pública.

Como consideración final, o relator sinalou, con carácter xeral, que a dirección por obxectivos aplicada ó sector público require como primeira condición que se definan nitidamente as funcións e os traballos que lles corresponden respectivamente ós entes públicos e á sociedade civil. Así, un reacomodo de posicións neste sentido estase dando en case tódolos países do mundo.

Intervención do asesor xeral de Goberno da provincia de Bos Aires, Luis Alberto Montagnaro: "A nova xestión orzamentaria da provincia de Bos Aires".

Dende o inicio da xestión do Dr. Eduardo Duhalde na provincia de Bos Aires constituíu un obxectivo permanente o logro e o mantemento dunha situación fiscal sa e previsible.

A primeira etapa da reforma fiscal produciu un importante ordenamento das contas públicas provinciais que se sustenta no equilibrio presupostario que hoxe constitúe unha premisa ineludible na Administración de goberno.

Así, o equilibrio fiscal, o saneamento das finanzas e a programación presupostaria constituíron as metas do traballo que comprometeu ó conxunto da Administración provincial de Bos Aires.

Por outro lado, en opinión de Luis Alberto Montagnaro, a técnica do *presuposto por programa* é a ferramenta básica para lograr unha maior eficiencia e eficacia na xestión, xa que posibilita a adopción de decisións tanto en termos de priorización na produción de bens e servizos, como na asignación de recursos reais e financeiros necesarios.

As etapas do proceso presupostario que durante o ano realiza a Administración pública provincial de Bos Aires son: formulación, programación da xestión e o seu seguimento, execución e avaliación da execución.

Para Alberto Montagnaro non hai dúbida de que a reforma da Administración financeira, coa capacitación que iso implica, é o instrumento vital para mellora-los procesos de xestión e así logra-la maior eficiencia en tódolos estamentos que conforman a Administración pública.

Intervención do ministro de Economía e Finanzas da República de Haití, Fred Joseph: "A xestión orzamentaria de Haití no marco dun proceso de reforma".

Como consecuencia do golpe de Estado de setembro de 1991, a República de Haití entrou nun longo período de crise que precipitou o declive da economía nacional e a decrepitude das ins-

titucións. Por isto, e segundo Fred Joseph, ó lado das intervencións puntuais con vistas a diminuí-la miseria agravada pola conxuntura da crise, parece imperativo adoptar medidas que permitan facer, máis eficaz, o sistema da Administración pública haitiano que debe levar a cabo o programa de acción do Goberno.

O proceso de modernización da Administración pública haitiana contén tanto unha revalorización dos recursos humanos e materiais como unha mellora dos trámites, procedementos e técnicas de xestión. Desta maneira, estase emprendendo unha acción de xubilación anticipada e de marcha voluntaria dos axentes da función pública para libera-la Administración do persoal incompetente ou improdutivo e así permitir unha mellor remuneración no sector e unha incitación ó crecemento do rendemento, o que para o relator suporía chegar a un nivel dos servicios máis elevado para un nivel de gastos máis ou menos estático, tendo en conta a escaseza dos recursos.

Por outra parte, en Haití fíxose un esforzo particular en canto ós créditos de investimento no presuposto nacional co fin de asegurar, entre outras cousas, o equipamento dos servicios públicos, e en particular en material informático e de comunicación.

De forma concomitante, outros esforzos diríxense á adopción de disposicións legais e regulamentarias, de procedementos e técnicas que tendan a racionaliza-la xestión da política haitiana.

Ó finalizar esta última intervención, o director da EGAP, en nome da Consellería da Presidencia e Administración Pública, procedeu a clausurar oficialmente o seminario. Na súa conclusión, ademais de destaca-la calidade dos relatores e a alta categoría dos textos escritos, que a EGAP lle facilitou ó público presente na sala, agradeceulles ós colaboradores, organizadores e ós propios asistentes a súa participación no evento.


O presente seminario internacional serviu de posta en común, e como contraste, dos distintos modelos de reforma administrativa que foron obxecto de reflexión.

Do conxunto das experiencias examinadas pode extraerse, con carácter xeral, unha serie de condicións necesarias para o éxito da aplicación da reforma administrativa:

- As estratexias elixidas han de ser coherentes e complementarias entre si, ademais de realistas, e deben tomar como referencia a situación de partida, analizándoa correctamente.

- O compromiso político activo.
- A capacidade, o liderado e a perseverancia do equipo que impulsa o cambio que require a organización para alcanzar un nivel de mellora desexable.
- Os medios adecuados ós obxectivos propostos.
- A creación dun clima favorable ó cambio.
- A formación e a información continua do persoal.

Como consecuencia, non sería recomendable a aplicación de calquera estratexia de mellora ou modernización cando non sexa factible asegurar que se cumpran as condicións anteriores.

Por outra parte, a Administración moderna debe incorporar modos de organización e métodos de traballo de eficacia probada noutros campos do quefacer social e económico, non debe facer nada que a sociedade poida facer por ela mesma, isto é, a Administración debe centrarse en facer ben aquilo que é esencial para a sociedade e que non pode ou non debe realizar o sector privado. Así mesmo, ningunha Administración de ámbito territorial superior deberá intervir na xestión dos asuntos que a Administración de ámbito inferior poida acometer por si. Todo iso con suxeición plena á lei e ó dereito, respecto á seguridade xurídica, responsabilidade, obxectividade, imparcialidade e interdicción da arbitrariedade. 

Xornadas sobre a xestión da función pública nos países da Unión Europea e Hispanoamérica

EGAP, Santiago de Compostela, 22 e 23 de setembro de 1997

Bolseiro da EGAP | José María Rebolledo Varela

Organizado pola Escola Galega de Administración Pública (EGAP), en colaboración co Centro Latinoamericano de Administración para o Desenvolvemento, (CLAD), realizouse os días 22 e 23 de setembro de 1997, un seminario internacional que tivo por obxecto reflexionar e someter a debate as cuestións relacionadas coa "Xestión da función pública nos países da Unión Europea e Hispanoamérica".

O seminario internacional foi dirixido a tódolos estudiosos, profesionais, e interesados en xeral que desexaron afondar na materia obxecto do mesmo.

A sesión inaugural presidiuna Dositeo Rodríguez Rodríguez, conselleiro da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia, que estivo acompañado na tribuna de oradores por Francisco Villar, secretario de Estado para as Administracións Públicas; Domingo Bello Janeiro, director xeral da EGAP; Turkia Ould

Daddah, directora xeral do Instituto Internacional de Ciencias Administrativas; Fred F. Ridley, membro do Instituto de Administración e Xestión Pública da Universidade de Liverpool, e o ilustre profesor Dr. Sr. Garrido Falla, na súa calidade de antigo presidente da sección española do IIAS.

Despois dunhas palabras de agradecemento do director da EGAP, Domingo Bello Janeiro, tanto pola asistencia de tan ilustres conferenciantes como pola do interese mostrado polas numerosas persoas asistentes ó acto, tomou a palabra o Sr. Fred F. Ridley, no relatorio principal do cal se referiu ás “tres grandes tendencias na Administración pública en Europa”, caracterizada segundo o relator por unha “nova democracia, nova xestión e nova Europa”, que segundo o profesor da Universidade de Liverpool implican cambios de actitude e de comportamento; cambios no que adoitamos chamar cultura administrativa”.

O seminario internacional foi por último, e na súa sesión inaugural, aberto pola conferencia de Francisco Villar, secretario de Estado para as Administracións Públicas, quen destacou, entre outras cousas, que “a evolución de cada Administración e o desgaste do sistema existente, precisa importantes reformas nas administracións públicas; entre outras, o establecemento e a implantación de diversas técnicas, como a dirección por obxectivos, ou o sistema de indicadores para o control da xestión; e son estas as medidas que se repiten en tódolos procesos de reforma administrativa e que permiten levar á práctica con éxito os cambios necesarios para conseguilo resultados perseguidos”.

O secretario de Estado fixo fincapé en que “tódolos procesos de reforma administrativa deben persegui-lo establecemento dun novo modo de relación cos cidadáns”.

Francisco Villar sinalou “que existen uns trazos comúns para todos estes procesos que en definitiva perseguen o establecemento dun novo modo de relación cos cidadáns; o relator fixo fincapé en dous destes trazos:

1º. O cuestionamento por parte da sociedade da capacidade dos poderes públicos para desenvolver unha xestión eficaz dos servicios, co fin de formular un cambio na xestión para que esta sexa máis eficaz.

2º. Un segundo trazo común viría dado polo cuestionamento de que os gobernos por si sós, sen o apoio da sociedade, non son capaces de realiza-la modernización e a reforma dos servicios públicos”.

Despois dunha breve pausa, reiniciouse o seminario coa celebración dunha sesión na que se tratou o tema: “A nova xestión e a función pública”, na que actuou como moderador Joaquín

López Rúa e na que participaron Sirpa Kekkonen, do Instituto Finés da Administración Pública, e Armelle Daumas, de Francia, relatora e participante respectivamente.

Nesta sesión matinal púxose de manifesto que a “razón fundamental dos grandes esforzos realizados polos gobernos dos países da OCDE son as restriccións económicas que estes sufriron. Os gobernos tiveron que intensifica-los seus esforzos para reduci-lo gasto público, ou polo menos contelo. Isto levounos a incrementa-la presión para mellora-la eficiencia e a calidade da Administración e dos seus programas”.

Os relatores sinalaron como puntos máis significativos, contidos nos programas de reforma das administracións públicas dos países da OCDE, os seguintes:

- Mellora-los servicios de información das administracións públicas: os cidadáns son clientes.
- Reducción de custos.
- Unha xestión pública orientada a mellora-lo seu funcionamento e a aumenta-la responsabilidade dos xerentes.
- Mellorar e flexibiliza-la interacción entre o sector público e o privado.

Coa intervención dos ditos relatorios púxoselle fin á sesión matinal.

O primeiro día do seminario, pola tarde, celebráronse dúas mesas redondas.

A primeira delas e co título: “Análise dos modelos de distribución territorial nos estados compostos” moderouna Jaime Bouzada Romero, inspector xeral de Servicios da Xunta de Galicia, e interviñeron por parte de Austria a profesora Ingrid Scaffer e, por parte de Bélxica, o conselleiro de Xestión Pública do EIAP, Robert Polet, que disertou sobre “Bélxica federal: unha construción complexa pero equilibrada”.

Ingrid Scaffer falou acerca da “Distribución territorial na federación austríaca”, e insistiu en que, en termos xerais, nos estados federais, o principio de homoxeneidade se considera como un impedimento ós seus esforzos por modernizar e mellora-las normativas que regulan os funcionarios ó servicio dos estados e municipios, aínda que ás veces utilizan o principio como protección contra as numerosas esixencias dos sindicatos dos funcionarios. O principio de homoxeneidade debe ser entendido no sentido de que as leis que regulan a función pública estatal non deben diferir das leis federais sobre a mesma materia, ata tal punto que non impiden a alternancia de servicio entre a federación, os estados e os municipios.

A continuación, e despois dunha breve pausa, iniciouse unha nova mesa redonda, a cal seguiu moderada por Jaime Bouzada Romero, e na que interviñeron como relatores o catedrático de dereito público da Universidade de Siena, Giancarlo Rolla, que disertou sobre o "Sistema de distribución territorial das competencias administrativas en Italia"; e o profesor Robert Hazel, do Reino Unido, que deleitou o público asistente ó acto cunha recensión histórica do que significa a Constitución británica (por outra parte non escrita), na que se manifesta unha indefinición de competencias no sistema político británico, no que, non obstante ó non haber carta magna escrita, o Parlamento de Westminster é a autoridade suprema, compatible con outros parlamentos como os recentemente constituídos de Escocia e Gales.

Despois dun animado coloquio no que se suscitaron numerosas intervencións por parte do público asistente rematouse a primeira xornada.

O día 23 de setembro, ás nove horas, e co título "A nova Europa e a función pública", celebrouse a segunda sesión do seminario internacional, que moderou Juan Rodríguez Yuste, e que contou coa participación do xa mencionado Robert Polet, conselleiro de Xestión Pública do EIAP de Bélxica.

Robert Polet comezou a súa intervención poñendo de manifesto que a Unión Europea non tiña competencias particulares en materia de Administración pública ou de función pública nos estados membros, materia esta que se rexe polo principio de subsidiariedade e como consecuencia é competencia dos organismos nacionais.

Sen embargo, segundo o relator, é posible valorar cómo repercutiu o proceso de integración europea co paso dos anos na organización da función pública nos distintos países da Unión. Isto ocorreu, en primeiro lugar, como resultado de que algunhas políticas sectoriais se viron afectadas polos distintos avances da UE e estas convertéronse en materia de política común ou en competencias compartidas entre a UE e os estados membros. En segundo lugar, e como consecuencia deste proceso, a repercusión pódese demostrar no aumento da cooperación entre as administracións públicas da UE e doutros círculos internacionais, especialmente a OCDE. Este proceso alimenta o diálogo e o intercambio de experiencias entre funcionarios e función pública e alimenta algún tipo de converxencia entre os avances destacados en cada Estado membro.

Robert Polet terminou a súa intervención e manifestou que "se a Administración pública continúa sendo, e probablemente


continuará durante moitos anos, unha prerrogativa dos organismos nacionais, o caso para a cooperación administrativa é certamente sólido. Converteuse nunha "obriga" para a función pública en Europa".

Finalmente, celebrouse a última das sesións previstas no calendario deste interesantísimo seminario internacional, e que contando coa participación de José Alberto Bonifacio, do Centro Latinoamericano de Administración para o Desenvolvemento (CLAD) e de Edgar Gonzáles Salas da Universidade de Colombia, tivo como obxectivo primordial trata-los "Programas da reforma da función pública nalgúns países hispanoamericanos".

José Alberto Bonifacio resaltou que "en América Latina, así como noutras rexións do mundo, se produciron importantes procesos de reforma estatal, dentro dos cales cómpre inscribi-lo tratamento das cuestións relacionadas coa carreira administrativa se se procura un enfoque comprensivo".

Dende outro punto de vista, o doutor Edgar González Salas sinalou que a reforma da Administración pública colombiana, inscrita nun contexto de cambio global, pero tamén condicionada por factores internos, e en especial por unha reorientación do patrón de intervención pública, foi moi dinámica dende o ano 1986 en adiante, e son as razóns deste proceso as que están asociadas a varios factores de carácter político, fiscal e institucional.

En último lugar, e para proceder á clausura do Seminario internacional sobre a "Xestión da función pública nos países da Unión Europea e Hispanoamérica", formuláronse unha serie de conclusións por parte de:

1. Fred F. Ridley, coordinador científico.
2. Turkia Ould Taddah, directora xeral do IIAS.
3. Domingo Bello Janeiro, director xeral da EGAP.
4. Dositeo Rodríguez Rodríguez, conselleiro da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia, que declarou oficialmente clausurado o presente seminario internacional. 

EGAP, Santiago de Compostela, 23 de setembro de 1996

Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das administracións públicas e do persoal ó seu servicio

EGAP, Santiago de Compostela, 10 e 11 de novembro de 1997

Avogado | José Ricardo Pardo Gato

O exercicio das prerrogativas da Administración pública na esfera da prestación dos servicios públicos orixina nalgúns casos danos ou lesións que afectan a un ou a varios suxeitos individualizados, danos que, nunca como agora, no actual Estado de dereito, esixen unha completa resposta por parte de quen, causante da mesma, se encontra plenamente sometido á lei.

A responsabilidade patrimonial das administracións públicas non se configura, entón, senón como un dos dous medios de corrección do exercicio de tal prerrogativa ó que dende antigo se aspira por parte dos cidadáns: se o poder público ha de actuar, que o faga con sometemento á lei, séndolle, polo demais, –como sinala Hauriou¹– esixible *que actúe, pero que pague el perjuicio*.

¹ Citado polo profesor García de Enterría no *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, 1981, páx. 321.

O tema da responsabilidade das administracións públicas e das súas autoridades e demais persoal ó seu servicio encontra tratamento lexislativo específico no título X, artigos 139 a 146², da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (en adiante, LRXPAC)³. Lei que vén desenvolver-los preceptos constitucionais relativos a esta materia, posto que a Constitución española (CE), tras recoñecer no seu artigo 9.3 o principio xeral de responsabilidade de tódolos poderes públicos, sinala, no artigo 106.2, que *os particulares, nos termos establecidos pola lei, terán dereito a ser indemnizados por toda lesión que sufran nos seus bens e dereitos, salvo nos casos de forza maior, sempre que a lesión sexa consecuencia do funcionamento dos servicios públicos.*

* * *

Como complemento e en desenvolvemento das "Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das administracións públicas", que a Escola Galega de Administración Pública (EGAP) organizou na Coruña, os días 22 e 23 de xullo de 1997, celebráronse na sede compostelá desta escola, os días 10 e 11 de novembro dese mesmo ano, e con igual éxito de participación, unhas novas "Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das administracións públicas e do persoal ó seu servicio", co obxecto de potencia-los coñecementos dos participantes sobre o novo sistema introducido pola LRXPAC en materia de responsabilidade das administracións públicas e do persoal ó seu servicio, con especial incidencia na responsabilidade derivada do funcionamento da Administración sanitaria, de xustiza e educativa.

Despois de que as inaugurase o director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro**, a primeira intervención das xornadas correspondeulle a **Javier Suárez García**, director xeral da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, que disertou sobre a "Responsabilidade patrimonial da Administración pública: principios e procedementos".

Respecto dos principios e presupostos da responsabilidade patrimonial das administracións públicas, Javier Suárez sinalou que dos artigos 9.3 e 106.2 CE e dos artigos que comprenden o título X da LRXPAC⁴ se deducen os presupostos e as características esenciais do noso sistema de responsabilidade administrativa, que poden sintetizarse do seguinte xeito:

a) Trátase dunha responsabilidade directa e obxectiva, fundamentada nun principio de garantía patrimonial da vítima e

² Este título X aparece rubricado como "Responsabilidade patrimonial da Administración pública" e "Responsabilidade das autoridades e persoal ó servicio das administracións públicas". Este sistema de responsabilidade de coas súas características non aparece regulado no noso dereito ata a Lei de expropiación forzosa do 16 de decembro de 1954, no seu artigo 121; norma que encontra acollida inmediata no artigo 40 da Lei de réxime xurídico da Administración do Estado (LRXAE) do 26 de xullo de 1957.

³ Lei desenvolvida polo Real decreto (R.D.) 429/1993, do 26 de marzo (BOE do 4 de maio de 1993), polo que se aproba o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial do Estado, desenvolvendo os artigos 140, 142, 143, 144 e 145 da LRXPAC.

Da ilegalidade de tal regulamento faise eco a S. do 10 de xullo de 1995, da Sala 4^a (JA n.º 5488), Ponente: Campos Alonso, A.; por vulnera-lo artigo 117.3 CE.

⁴ Artigo 139.1 e 2 LRXPAC: "Os particulares terán dereito a seren indemnizados polas administracións públicas correspondentes, de toda lesión que sufran en calquera dos seus bens e dereitos, salvo nos casos de forza maior, sempre que a lesión sexa consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servicios públicos.

En todo caso, o dano alegado terá que ser efectivo, avaliabile economicamente e individualizado en relación cunha persoa ou grupo de persoas".

que opera completamente desvinculada de calquera idea subxectiva de culpa. Soamente o deber xurídico do prexudicado de soporta-lo dano ou a forza maior eximen a Administración de responsabilidade.

b) Cómpre que o dano sexa consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servicios públicos, o que supón unha serie de implicacións:

■ A xurisprudencia interpreta a expresión “funcionamento dos servicios públicos” de forma ampla, como sinónimo de calquera actuación administrativa potencialmente danosa. Por iso a clásica tripartición da actividade administrativa (policía, fomento e servicio público) é irrelevante para estes efectos⁵.

■ Cómpre que o dano ou a lesión que sufra o particular sexa consecuencia dunha actuación administrativa, e resulta decisivo que a persoa causante do dano se atope integrada na estrutura ou na organización administrativa⁶.

■ Entre a actuación administrativa e o dano ten que existir relación de causalidade. Por iso a interferencia dun terceiro ou da propia vítima na causación do dano pode eliminar, ou, no seu caso, minorar na proporción correspondente, a responsabilidade administrativa. Cando a lesión sexa consecuencia da actuación concorrente de varias administracións e estas actúen baixo fórmulas colexiadas de xestión responderán solidariamente (artigo 140 LRXPAC).

■ Os danos indemnizables son os inflixidos ós “particulares”, expresión esta que non impide que os funcionarios tamén poidan ser resarcidos polos que lle cause a Administración con ocasión do exercicio das súas funcións⁷.

c) En canto ó dano indemnizable, este ten que ser: efectivo, non simplemente hipotético ou potencial; avaliable economicamente, o que non exclúe a indemnizabilidade do dano moral; individualizado en relación cunha persoa ou grupo de persoas; e ten que ser, por outro lado, unha lesión en sentido xurídico, isto é, un dano antixurídico, e entende como tal aqueles que os cidadáns non teñan que soportar⁸.

d) Respecto da indemnización, o artigo 141 LRXPAC establece tres regras fundamentais:

■ A indemnización calcularase de acordo cos criterios de valoración establecidos na lexislación de expropiación forzosa, lexislación fiscal e demais normas aplicables, e ponderaranse, se é o caso, as valoracións predominantes no mercado.

⁵ Neste sentido pronúncianse as SSTs do 22 de marzo de 1995 (RA 1986) e do 5 de xuño de 1989 (RA 4338), así como o Dictame do Consello Consultivo de Galicia 63/1997.

⁶ García de Enterría, E.

⁷ STS do 10 de xuño de 1997 e dictames do Consello de Estado 215 e 273/1995.

⁸ A iso alude o artigo 141 LRXPAC cando establece que: “Só serán indemnizables as lesións producidas ó particular provenientes de danos que este non teña o deber xurídico de soportar de acordo coa lei”.

■ A contía da indemnización calcularase con referencia ó día no que a lesión efectivamente se produciu, sen prexuízo do disposto, respecto dos intereses de demora, pola Lei xeral presupostaria.

■ A indemnización procedente poderá substituírse por unha compensación en especie ou aboala mediante gastos periódicos, cando resulte máis adecuado para logra-la reparación debida e conveña ó interese público.

Por outra parte, en relación cos procedementos para esixir a responsabilidade patrimonial, a LRPAC regula un procedemento xeral (artigo 141) e un procedemento abreviado para supostos especiais (artigo 142).

De acordo co relator, o procedemento xeral caracterízase polas seguintes notas:

- Iníciase de oficio ou por reclamación dos interesados.
- Resólveas o ministro respectivo, o Consello de Ministros se unha lei así o dispón, ou os órganos correspondentes das comunidades autónomas ou das entidades que integran a Administración local. Cando a súa norma de creación así o determine, a reclamación resolverana os órganos ós que corresponda das entidades de dereito público a que se refire o artigo 2.2 desta lei.
- En canto á regulación detallada dos procedementos de responsabilidade patrimonial, a lei remítese ó desenvolvemento regulamentario contido no R.D. do 23 de marzo de 1993.
- O dereito a reclamar prescribe ó ano de producido o feito ou acto que motive a indemnización ou de manifestarse o seu efecto lesivo. En caso de danos ás persoas, de carácter físico ou psíquico, o prazo empezará a computarse dende a curación ou a determinación do alcance das secuelas.
- A resolución administrativa dos procedementos de responsabilidade patrimonial, calquera que fose o tipo de relación de que derive, ponlle fin á vía administrativa.
- En calquera caso, se non recae resolución expresa, poderase entender desestimada a solicitude de indemnización.

Polo que se refire ó procedemento abreviado, este regúlase no artigo 143 da lei. Pódese utilizar cando sexa inequívoca a relación de causalidade entre o funcionamento do servizo e a lesión, así como a valoración do dano e o cálculo da contía da indemnización. Unha vez iniciado o procedemento, se se aprecian estas circunstancias, o órgano competente poderá acordar que o procedemento se substancie por este trámite abreviado, co fin

de recoñece-lo dereito á indemnización no prazo de trinta días. Iso non obsta para que o órgano competente poida dispoñer ou acordar, con posterioridade, que o procedemento se tramite de acordo co procedemento xeral. Igualmente, se non recae resolución expresa, pódese entender desestimada a reclamación.

Tanto nos procedementos de responsabilidade xerais como abreviados é preceptivo, anque non vinculante, o dictame do Consello de Estado se a reclamación se dirixe contra a Administración do Estado (artigo 22.13 da Lei orgánica do Consello de Estado), ou o do Consello Consultivo de Galicia se se formula contra a Administración autonómica (artigo 11.j da Lei 9/1995, do 10 de novembro, do Consello Consultivo de Galicia).

A segunda conferencia, titulada: "Responsabilidade das autoridades e persoal ó servizo das administracións públicas", pronunciouna **Juan José Reigosa González**, maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

Juan José Reigosa centrou a súa exposición na responsabilidade patrimonial, de carácter civil, derivada dos danos causados no simple exercicio da función pública, que é aquela que vén entroncar coa clásica culpa extracontractual ou aquiliana que o Código civil (CC) plasmou no seu artigo 1902, con fundamento no *neminem laedere* recollido das fontes romanas e que o noso ordenamento administrativo, respecto da responsabilidade da Administración, desenvolveu en normas específicas para asumir os principios da responsabilidade obxectiva⁹.

Segundo o relator, só coa Lei de expropiación forzosa de 1954, e posteriormente coa Lei de réxime xurídico da Administración civil do Estado, veuse configurar unha verdadeira responsabilidade directa e obxectiva da Administración, con posibilidade da vía de regreso fronte ó funcionario; sistema que con maior perfección técnica instaurou a LRXPAC, exonerando unicamente desa responsabilidade directa a Administración nos casos de forza maior.

Non obstante, o prexudicado non pode reclamar directamente a responsabilidade do axente causante do dano ante a Administración á que sirva¹⁰, senón que, se desexa utilizar a vía administrativa, debe dirixi-las súa reclamación directa e exclusivamente contra a propia Administración (artigo 145.1 LRXPAC). Se opta por facer uso daquela acción directa fronte ó axente, deberá exercitala perante os xulgados e tribunais civís.

Co sistema de responsabilidade establecido fronte á Administración preténdese a pronta e eficaz indemnización dos danos que poidan sufrir os particulares con ocasión do funcionamento, normal ou anormal, dos servizos públicos, ou incluso

⁹ O vello principio romano de non lle facer dano a outro (*neminem laedere*), que configurou a denominada culpa extracontractual ou aquiliana, foi recollido polo artigo 1902 CC ó declarar que "O que por acción ou omisión lle causa dano a outro intervindo culpa ou negligencia, está obrigado a reparalo dano causado".

¹⁰ En tal sentido, Sánchez Morón, M., "Derecho de la Función Pública", 1996, páx. 295.

das actuacións da Administración en relacións de dereito privado (artigos 139 e 144 LRXPAC).

Seguidamente, e despois de referirse ó procedemento especial previsto pola Lei do 5 de abril de 1904¹¹, Juan José Reigosa detívose na citada acción de regreso e sinalou que, na práctica, a responsabilidade patrimonial das autoridades e funcionarios só pode levala a cabo a Administración a través da vía de regreso á que se refire a alínea 2 do artigo 145 LRXPAC.

Así, o artigo 145.2 da nova lei mantén o criterio da lexislación anterior (artigo 42 LRXAE) e establece unha acción de regreso ou repetición contra os seus axentes cando exista dolo, culpa ou negligencia grave na súa actuación¹².

A propia lei achéganos tamén uns principios para a súa graduación ó indicar no seguinte apartado que *para a esixencia da dita responsabilidade se ponderarán, entre outros, os seguintes criterios: o resultado danoso producido, a existencia ou non de intencionalidade, a responsabilidade profesional do persoal ó servizo das administracións públicas e a súa relación coa produción do resultado danoso.*

Por outro lado, na marxe desa responsabilidade patrimonial, o funcionario tamén está suxeito á disciplinaria, a través da cal pode tamén conseguirse en determinados casos o bo funcionamento da Administración.

Por último, Juan José Reigosa entende que a alínea 3 do artigo 145 cubriu acertadamente o baleiro legal existente ó redor dos danos ou prexuízos ocasionados polo persoal da Administración ós bens ou dereitos da mesma. Tamén aquí se establece a responsabilidade cando concorrese dolo, culpa ou negligencia grave e serán aplicables os mesmos criterios de ponderación anteriormente referidos, así como a posibilidade de remitírlle-la porcentaxe da culpa ós tribunais competentes.

Silvia Díaz Alabart, catedrática de dereito civil da Universidade Complutense de Madrid, desenvolveu na súa exposición o tema titulado "Responsabilidade de centros docentes públicos e do profesorado por danos causados ós seus alumnos."

A regra xeral de responsabilidade extracontractual do artigo 1902 CC complétase coa regulación da responsabilidade por feito doutro do artigo 1903 CC, no que se establece que a obriga imposta polo artigo anterior tamén é esixible polos actos das persoas dos que se debe responder. A continuación, o precepto, que parte da presunción da dita responsabilidade, enumera os casos en que se responde por feito alleo¹³. Así, os pais responden polos fillos que se encontren baixo a súa garda, os titores respecto dos tutelados que estean baixo a súa autoridade e ha-

¹¹ Admitida no CC a responsabilidade civil directa do funcionario, tívose que arbitrar un procedemento para esixila e así foi creado pola Lei do 5 de abril de 1904. Esta lei, desenvolvida polo seu Regulamento do 23 de setembro de 1904 e polo R.D. do 18 de xaneiro de 1924, estableceu o procedemento especial para esixila a responsabilidade civil dos funcionarios nos supostos contemplados polo artigo 1903.5 CC.

¹² O procedemento para esixir tal responsabilidade regúlase no capítulo V do regulamento.

¹³ A xeneralidade da doutrina é da opinión de que tal elenco, dada a excepcionalidade de responder pola actuación danosa doutra persoa, ha de ser necesariamente cerrado.

biten na súa compañía, os directores de establecementos ou empresas en relación cos danos que ocasionen o seus dependentes no exercicio das súas funcións. O precepto péchase coa posibilidade de exoneración para tódolos supostos sempre que as *persoas mencionadas proben que empregaron a dilixencia dun bo pai de familia para previ-lo dano*. A posibilidade de exonerarse probando o emprego da dilixencia debida deixa moi claro que se trata dunha responsabilidade por culpa; outra cousa é en qué forma a aplican os nosos tribunais¹⁴.

A responsabilidade civil dos docentes tamén aparecía regulada no Código penal (artigo 22 CP 1973), para o caso de que o acto ilícito danoso fose unha falta ou un delito. Pero fronte á responsabilidade directa que establecía o CC para os docentes, a do CP era subsidiaria. A Lei 1/1991, do 7 de xaneiro, modificou o artigo 22 CP, e mantivo o carácter subsidiario da responsabilidade *das persoas ou entidades que sexan titulares dun centro docente de ensino non superior polos delitos ou faltas nas que incorresen os alumnos do mesmo...* Posteriormente, o novo CP (Lei orgánica 10/95) redactou de novo os artigos sobre responsabilidade civil, anque a responsabilidade dos centros docentes non se modificou¹⁵.

Para a profesora Díaz Alabart o feito de que os docentes resultaran responsables dos danos causados polos seus alumnos menores de idade era aceptable, tal e como se estruturaba a educación no século pasado. Sen embargo, o profundo cambio que experimentou o ensino dende hai xa bastantes anos determinou que a responsabilidade dos mestres como a contemplaba o noso código resultara absurda nos nosos días, e, polo tanto, profundamente inxusta. Segundo a súa opinión, se ben é certo que a través do tempo houbo algunha mellora legal, foi tímida. Os profesores dos centros públicos, conforme as normas administrativas, podían trasladarlle a súa responsabilidade á Administración (artigos 40 e segs. LRXAE do 26 de xullo de 1957). En moitos casos, tal cousa non ocorría efectivamente, xa que os prexudicados demandaban conxuntamente coa Administración algún particular (docente ou entidade aseguradora), e terminaba por coñecer da causa a xurisdicción civil con base no seu *vis ou forza atractiva*, aplicando as normas civís.

A partir de mediados da década dos oitenta comezaron as mobilizacións no sector do ensino público, moi ligadas á práctica de que os prexudicados acudiran á xurisdicción penal para obter, cuns trámites moito máis sinxelos ca na xurisdicción contencioso-administrativa, unha declaración de responsabilidade civil subsidiaria do docente e directa da Administración¹⁶.

¹⁴ De feito, a responsabilidade dos empresarios polos actos dos seus empregados (artigo 1903.4 CC) enténdese por doutrina e xurisprudencia que se trata dunha responsabilidade obxectiva.

¹⁵ A única disposición derogatoria do vixente CP no seu apartado a) exceptúa especificamente o artigo 22, parágrafo 2º, do CP de 1973.

¹⁶ S. do 12 de marzo de 1987 do Xulgado de distrito de Berga (Barcelona).

Posteriormente, os docentes dos centros privados sumáronse ás mobilizacións, e chegouse por primeira vez a conseguilo número de sinaturas necesario para unha proposición de lei por iniciativa popular¹⁷.

Estas mobilizacións cristalizaron nuns acordos entre o Ministerio de Educación e os sindicatos, nos que se plasmou o compromiso de reforma-la lexislación sobre esta materia. Así, e baseada no texto deses acordos, promulgouse a Lei 1/1991, do 7 de xaneiro, na virtude do cal se modificaron os artigos 1903 CC e 22 CP, no sentido de trasladar-la responsabilidade directa no primeiro caso, e subsidiaria no segundo, do profesor ó centro docente.

Esta lei completou a súa eficacia posteriormente, con respecto ós dos centros públicos, coa aprobación da LRXPAC, que introduciu algunhas modificacións sobre a responsabilidade dos docentes. Como principal novidade, a relatora destacou que se ben a anterior LRXAE podía deixar algunha dúbida sobre a xurisdicción competente cando se demandaba non só a Administración senón tamén os seus funcionarios ou persoal dependente desta, a nova LRXPAC, de 1992 eliminou calquera dúbida razoable. O seu artigo 145 é tallante: *Para facer efectiva a responsabilidade patrimonial á que se refire o capítulo I deste título, os particulares esixiranlle directamente á Administración pública correspondente as indemnizacións polos danos e prexuízos causados polas autoridades e o persoal ó seu servizo.*

Á forza deste texto hai que engadirlle a derogación expresa do artigo 43 LRXAE no que si se lle permitía ó particular dirixirse directamente contra os funcionarios¹⁸.

Así, para o caso concreto dos centros docentes, e na opinión da profesora Díaz Alabart, o estudo dos acordos celebrados entre o Ministerio e os sindicatos docentes, xermolo da Lei de 1991, deixa translucir-la intención do lexislador de que os docentes non poidan ser demandados directamente en ningún caso¹⁹.

A continuación, José Manuel González Porras, catedrático de dereito civil da Universidade de Córdoba, reflexionou sobre "A responsabilidade civil da Administración no Código penal".

O profesor González Porras tratou na súa intervención tres cuestións fundamentais sobre o tema, tales son: en primeiro lugar, a situación actual da responsabilidade civil subsidiaria da Administración pública trala reforma do CP, no seu artigo 121; en segundo lugar, a cuestión de xurisdicción; e en terceiro lugar, os problemas de prescrición para o exercicio da acción civil.

Respecto da primeira cuestión, o artigo 121 do CP vixente optou por unha responsabilidade civil subsidiaria e non directa da

¹⁷ Iniciativa popular prevista no artigo 87.3 CE.

¹⁸ Artigo 43 LRXAE: "Os particulares poderán tamén esixirlles ás autoridades e ós funcionarios civís, calquera que sexa a súa clase e categoría, o resarcimento dos danos e prexuízos que ós seus bens e dereitos irrogasen por culpa ou negligencia grave no exercicio do seu cargo".

¹⁹ Esta tese sustentada pola profesora Silvia Díaz é a que comparte o sector doutrinal maioritario.

Administración pública por feitos punibles levados a cabo por persoas que sexan autoridade, axentes, contratados desta ou funcionarios públicos; con dous presupostos: que a acción se produza no exercicio dos cargos ou funcións encomendadas e que a lesión sexa consecuencia directa do funcionamento dos servicios públicos que lles estiveren encomendados. Esta responsabilidade civil subsidiaria éo tanto por conductas debidas a delitos dolosos como culposos e tamén por faltas (artigos 621 e segs. CP). Así, o vixente artigo 121 CP recolle a posición tradicional de que sexa a través do proceso penal como se chegue a unha resolución definitiva sobre a posible responsabilidade civil subsidiaria do Estado, salvo que o actor se reservase a acción.

De acordo co relator, se no proceso penal se esixe a responsabilidade civil subsidiaria, entón á vez, debe establecerse a acción contra a Administración ou o ente público presuntamente responsable, e iso para evitar que poida ser sancionada sen ser oída ou para poder reservarse as súas accións en vía administrativa. Esta esixencia do último apartado do artigo 121 CP nace, segundo a súa opinión, da posibilidade que igualmente se lle brinda ó lesionado de acudir directa e simultaneamente á reclamación administrativa polo funcionamento normal ou anormal dos servicios públicos, co fin de evitala duplicidade indemnizatoria²⁰.

A segunda cuestión formulada polo profesor González Porras, relacionada coa anterior, foi a da orde xurisdiccional competente para coñecer das reclamacións por danos ocasionados polo persoal ó servicio da Administración pública.

Neste sentido, non entende que a LRXPAC unificase a competencia xurisdiccional de tódalas reclamacións perante a Administración, a pesar do que dispón no artigo 142.6 que parece orientala actuación cara a esa xurisdicción e nin sequera co que regula na súa disposición derogatoria segunda ó quedar sen efecto o artigo 41 da LRXAE²¹.

Así, se se trata de reclama-la responsabilidade civil subsidiaria do Estado por conductas punibles do persoal ó seu servicio, nos termos do artigo 121 CP, a competencia é da xurisdicción ordinaria penal e civil. Se o dano é consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servicios públicos, entón a competencia é a da xurisdicción contencioso-administrativa, porque o que se impugna é un acto da Administración. Se a Administración pública actúa como un particular²², entón a competencia é civil, porque non está actuando no exercicio do *ius imperii*, senón como contratante particular, nunha relación de dereito privado,

²⁰ Por iso o CP acepta esa coexistencia entre a acción administrativa e a penal.

²¹ Artigo que fai referencia á competencia civil en determinados supostos.

²² Así, caso de que a Administración pública contrate cunha empresa unhas obras, como o suposto que xulgou a STS do 21 de febreiro de 1997.

e polo tanto a reparación vén pola vía do artigo 1902 CC e non pola vía contencioso-administrativa.

Por último, o profesor González Porras referiuse á interpretación que se lle debe dar á alínea 2 do artigo 146 LRPAC, que presenta cuestións de prescrición.

Segundo a súa crenza, cando este precepto afirma que a existencia de responsabilidade penal non suspende o procedemento de recoñecemento de responsabilidade patrimonial nin interrompe o prazo de prescrición para inicialo (artigo 142.5 da propia lei), agás que a determinación dos feitos na orde xurisdiccional penal sexa necesaria para a fixación da responsabilidade patrimonial, está, por unha parte, recoñecendo que non hai unha soa xurisdicción, a pesar do que afirma o artigo 145 da mesma lei, e por iso cobra sentido o inciso final da alínea 1 do artigo 121 CP cando fala de ... *sen prexuízo...*, e no campo do dereito administrativo adquire tamén sentido a alínea 2 do artigo 146, pois como dos actos lesivos dos seus funcionarios quen responde é a Administración en primeiro termo, é natural que esta continúe tramitando o seu expediente con independencia da sorte do proceso penal contra o persoal ó seu servicio. Outra cousa diferente é se o que se inicia é un proceso penal para esixir responsabilidades civís subsidiarias derivadas de delicto ou falta do persoal ó servicio da Administración, en tal caso non existen razóns de peso para non admiti-lo xogo do artigo 1973 CC, pois estamos noutra orde xurisdiccional²³.

O fiscal-xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, **Ramón García-Malvar y Mariño**, abriu a xornada do día 11 cun relatorio que versou sobre a "Responsabilidade polo funcionamento anormal da Administración de xustiza", e no que salientou a escaseza de medios dos que dispón a referida Administración para poder realizar con eficacia o seu labor e mellorar con iso o seu funcionamento.

Seguidamente, **Teodora Torres García**, catedrática da Universidade de Valladolid, achegou ás xornadas os seus coñecementos e consideracións sobre a "Responsabilidade patrimonial e Administración sanitaria: presupostos e xurisdicción competente".

Respecto dos presupostos para que opere a responsabilidade patrimonial da Administración sanitaria, a profesora Torres García indicou que a LRPAC desenvolve a través dunha serie de preceptos, artigos 139 e segs., tales presupostos:

- a) Suxeitos: administracións públicas e particulares.
- b) Existencia de lesión.

No artigo 139 LRPAC identifícase con lesión ou dano o que-

²³ Neste sentido, pode citarse a STS do 23 de maio de 1925, Ponente Sr. Peces Morate, sobre o prazo de prescrición e a súa interrupción no suposto de previo proceso penal.

branto que a actuación da Administración lles ocasiona ós particulares. O profesor García de Enterría²⁴ define a lesión como “el perjuicio antijurídico que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre con toda licitud”. Trasladado este concepto ó actuar da Administración sanitaria alcanza maior importancia, xa que as lesións derivadas do funcionamento do servicio público sanitario inciden sempre sobre dereitos que gozan dunha especial relevancia e que se encontran protexidos de maneira especial, como son o dereito á vida, á saúde, á integridade física e á liberdade.

c) Causas das que se deriva a responsabilidade.

Esta lesión ha de ser consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servicios públicos sanitarios (artigo 139 LRPAC), o que supón cumpri-lo mandato constitucional do artigo 106.2 CE.

d) Imputación do dano á Administración: nexo causal.

Para que se dea a responsabilidade da Administración debe existir unha lesión imputable ás administracións públicas, subxectivamente consideradas, mediando unha relación de causalidade.

e) Requisitos que debe reunir a lesión.

O artigo 139.2 LRPAC recolleu os requisitos que xurisprudencialmente se lle viñeron esixindo á lesión para que resulte indemnizada por responsabilidade da Administración: debe ser efectiva, avaliabile, individualizada con relación a unha persoa ou grupo de persoas, e antixurídica, entendendo como tal non que sexa contraria a dereito senón que o suxeito que a sofre non teña o deber xurídico de soportala²⁵.

Por outra parte, a profesora Torres García puxo de manifesto na súa intervención que unha das maiores inquietudes que se formulan en tema de responsabilidade da Administración xorde referida a algo tan aparentemente técnico como é a xurisdicción competente para coñecer das cuestións sobre responsabilidade do Servicio Galego de Saúde (SERGAS) por danos derivados da asistencia sanitaria en canto xestor desta²⁶.

Para a relatora non existe a menor dúbida de que aínda suxeitos a un estatuto especial²⁷, o persoal médico e sanitario galego de saúde é “persoal ó servicio da Administración pública”, para os efectos do título X da LRPAC, e en consecuencia pode sosterse que a responsabilidade civil fronte ós posibles prexudicados se desenvolvería segundo as previsións do artigo 145.1.

De acordo coa profesora Torres García, o coñecemento das

²⁴ Vid., García de Enterría, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Civitas, Madrid, 1984.

²⁵ Estes requisitos aprécianse na súa plenitude na S. da Sala 3ª do 22 de novembro de 1991 (JA n.º 8844). Responsabilidade patrimonial do Estado; lesión resarcible: a súa determinación.

²⁶ Vid., disposición transitoria primeira e terceira da Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade e Lei 1/1989, do 2 de xaneiro, Servicio Galego de Saúde do Parlamento de Galicia (DOG n.º 7, do 11 de xaneiro de 1989), artigo 3 e título VI sobre o seu réxime xurídico.

²⁷ Vid., artigo 1 e disposición transitoria da Lei 1/1989 SERGAS; Alonso Olea, M., *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

accións para esixir a reparación dos danos presenta perfís concretos cando se trata de determina-los causados na prestación da asistencia sanitaria. Así, á xurisdicción civil cabería engadir-lle outras ordes competentes coñecedoras de pretensións substancialmente idénticas como a contencioso administrativa²⁸ ou a social, que despois da entrada en vigor da LRPAC coñece das reclamacións de responsabilidade baixo o argumento de que "a responsabilidade extracontractual deriva da mala praxe sanitaria", o que constitúe un compoñente inescindible das pretensións á Seguridade Social que se encontran atribuídas ó seu coñecemento segundo o n.º 5 do artigo 9 da Lei 6/1985, do 1 de xullo, do Poder Xudicial. Este criterio foi corroborado pola STS do 10 de xullo de 1995 (Sala 4ª), que considerou indemnizable a pretensión dun afiliado á Seguridade Social por sufrir unha asistencia sanitaria defectuosa nun centro do INSALUD²⁹. Sentencia que se aparta do criterio adoptado pola Sala de Conflictos de Competencia que no Auto do 7 de xullo de 1994³⁰ lle atribúe esta á orde contencioso administrativa, se ben aínda cando o profesor Serrano Alonso³¹ reclama a necesidade de que se pronunciara, sobre unha cuestión tan discutida como é a competencia xurisdiccional, a Sala Especial de Conflictos do Tribunal Supremo segundo o artigo 42 da LO 6/1985, do 1 de xullo; así o declarou no auto citado, pero a súa atribución foi efemeramente tida en conta xa que con posterioridade ó auto, e en opinión da relatora, a Xurisdicción Social claramente segue mantendo a súa competencia para coñecer-la responsabilidade civil por danos persoais causados ós beneficiarios da Seguridade Social.

A última intervención das xornadas correspondeulle a Ángel Carrasco Perera, catedrático de dereito civil e vicerrector da Universidade de Castela-A Mancha, que realizou unha disertación verbo da "Responsabilidade da Administración e medio ambiente".

Carrasco Perera expuxo algúns dos aspectos dos principios e regras procedementais que gobernan a responsabilidade das administracións públicas, pola relevancia que poden ofrecer en sede de responsabilidade medioambiental:

a) A vixencia do artigo 121.2 LEP³² supón que a Administración dispón en principio dunha plena discrecionalidade para decidirlo ámbito suxeito á responsabilidade obxectiva da LRPAC. Así, como a Administración pode decidir discrecionalmente se os servizos de interese medioambientais han de ser xestionados directa ou indirectamente³³, pode con iso determina-la súa maior ou menor responsabilidade.

²⁸ Vid., Pantaleon Prieto, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid 1995, pág. 60.

²⁹ Unha crítica rigorosa ó dito pronunciamento é a realizada por Sanz Rubiales, I., en "La ruptura de la unidad de Fuero en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria", *Información Laboral*, n.º 12. Foi ponente Campos Alonso, A. (XA n.º 5488).

³⁰ Vid., Irurzun Montoro, F., "La Jurisdicción Competente para conocer de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración pública sanitaria", *REDA* n.º 87, Ed. Civitas, 1995, páx. 413; onde se estudia a importancia do Auto de atribución de competencias. Foi ponente Sala Sánchez, P. (XA n.º 7998) e resolve a favor da Sala 1ª do Contencioso Administrativo do TSX de Cataluña, no conflito mantido co Xulgado n.º 12 do Social de Barcelona.

³¹ Vid., Serrano Alonso, "Sobre la Jurisdicción Competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social", *Actualidad y Derecho*, Madrid, 1992.

³² A regra deste artigo reproducíase no 1.3 do R.D. 429/1993 e no artigo 98 da Lei 13/1995.

³³ Como exemplo podemos sinalalo artigo 26, Lei 10/1997, de Galicia, de residuos sólidos urbanos.

b) Os particulares teñen dereito a ser indemnizados de toda lesión que sufran en calquera dos seus bens e dereitos, salvo casos de forza maior (artigo 139.1 LRXPAC). Non se precisa a titularidade previa dun dereito subxectivo, lesionado pola actuación administrativa, como condición de indemnizabilidade do dano. En materia medioambiental, a inexistencia dun dereito subxectivo en cabeza do particular ou grupo danado non equivale, sen máis, a que tal particular ou grupo teñan, en termos do artigo 141.1 LRXPAC, un *deber xurídico de soportar*.

Sen embargo, iso non pode supoñer que calquera interese sexa susceptible de sufrir un dano indemnizable e imputable á actuación administrativa. Anque a LRXPAC non esixa a titularidade dun dereito subxectivo, si require que o interese do particular estea individualizado na súa persoa ou patrimonio (artigo 139.2) en virtude dalgunha técnica xurídica que sirva de punto de conexión entre o actuar administrativo e o prexuízo sufrido.

c) Para o profesor Carrasco Perera, o artigo 144 LRXPAC é de escura interpretación. Segundo a súa consideración, o precepto parece querer dicir que anque a Administración incorra en responsabilidade na súa actuación “en relacións de dereito privado”, o réxime e procedemento de responsabilidade segue sendo o mesmo (artigo 2.1 do R.D. 429/1993), e a xurisdicción competente continúa sendo a contencioso-administrativa. Pero, de acordo coa súa apreciación, esta pretensión fracasa, como o fixeron tódolos intentos legais de subtraer totalmente á xurisdicción civil o coñecemento das causas de responsabilidade da Administración³⁴.

En materia medioambiental esta regra vai supoñer que grande parte das demandas de responsabilidade administrativa poidan encamiñarse e resolverse en vía civil. Basta que a fonte directa do dano fose o particular ó que non poida considerarse “persoal ó servizo da Administración pública” (artigos 145 e 146 da LRXPAC), ou que sexa en calquera caso persoalmente demandado, e que á Administración se lle impute unha conducta omisiva contraria ós estándares de normalidade no funcionamento dos servizos públicos, para que o particular danado poida demandar solidariamente a Administración, sen suxeitarse, ademais, ó procedemento regulado no R.D. 429/1993.


d) Do artigo 141.2 da LRXPAC dedúcese que a indemnización a que ten que satisfacer a Administración se concibe en todo caso como unha débeda de diñeiro, coa excepción do pagamento en especie do artigo 141.4 da mesma lei. O resarcimento das condicións físicas medioambientais do espazo ou do medio alterado pola conducta (ou falta de conducta) imputa-

³⁴ Esta interpretación do profesor Carrasco Perera corrobóora o artigo 98 da LRXPAC e neste sentido tamén se pronunciou a Sala de Conflictos do Tribunal Supremo, nas SSTs do 21 de abril de 1993 e do 4 de abril de 1994.

ble á Administración segue requirindo a individualización e a efectividade do dano como unha condición de prosperabilidade.

Por último, e como colofón ás xornadas, tivo lugar un acto oficial de clausura no que o director da EGAP lles expresou o seu agradecemento e felicitación ós organizadores e participantes nestas.

Tanto das xornadas, aquí comentadas, como das "Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das administracións públicas"³⁵, que tiveron lugar na Coruña, no mes de xullo de 1997, dedúcese que o sistema de responsabilidade patrimonial de tódalas administracións públicas debe asentarse sobre as bases sólidas do equilibrio e da ponderación entre as garantías do lesionado e as que tutelan o interese xeral. No marco do actual estado de dereito, o establecemento da responsabilidade obxectiva das administracións públicas constitúe unha indubidable conquista que empeza a ter certas lagoas ó rebordaren os resultados as máis xenerosas previsións. Por iso, debe evitarse unha interpretación distorsionada da responsabilidade que identifique esa institución xurídica cun seguro a todo risco.

Así mesmo, un Estado social e democrático de dereito como o establecido no artigo 1.1 CE é incompatible coa inmunidade ou irresponsabilidade das autoridades e servidores públicos, en especial cando se produce unha grave vulneración do principio de legalidade ó que están sometidas as administracións públicas, polo que resultaría necesario establece-lo carácter obrigatorio da acción de regreso contra autoridades e servidores públicos³⁶, e completa-la súa regulación procedemental. 

³⁵ Vid., Pardo Gato, J.R., "Crónica administrativa das Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das administracións públicas", REGAP n.º 17, 1998.

³⁶ No actual Estado de dereito, a acción de regreso contra autoridades e servidores públicos régúlase como unha acción potestativa ou discrecional.



BIBLIOGRAFÍA

E RECENSIONES

Discursos parlamentarios de Montero Ríos no sexenio democrático (1868-1873)

Margarita Barral Martínez, Emilia García López

EGAP, Santiago, 1997

A Escola Galega de Administración Pública dedicou o ano de 1997 a conmemorar-la figura de don Eugenio Montero Ríos, destacado político e home de leis, nado en Santiago no 1832 e morto en Madrid no 1914. A mesma EGAP organizou un simposio sobre a súa figura, con participación de destacados especialistas do século XIX, como xa se sinalou no número 16 desta mesma revista.

O libro que tratamos agora é froito dun proxecto de investigación dirixido polo catedrático de historia contemporánea Ramón Villares, titulado "Montero Ríos e o seu tempo".

A obra recolle un número significativo de discursos pronunciados polo eminente político galego durante o sexenio democrático (1868-1873). Montero Ríos, que foi definido como "home do sexenio", resultou un dos máis caracterizados protagonistas daquela etapa da historia contemporánea española. Como se di no limiar deste li-

bro “nos dous primeiros anos do sexenio desenvolveuse o esforzo lexislativo máis sistemático e rematado de todo o século XIX e primeira metade do XX e nesta obra lexislativa foi onde quedou reflectida a grande capacidade e traballo intelectual de Montero”. A obra de Montero “contribuíu en boa medida á renovación do panorama xurídico e lexislativo da España dos séculos XIX e XX”.

O libro divídese en tres partes: unha biografía de Montero Ríos, o comentario ós seus discursos e os textos dos propios discursos.

A obra arranca cunhas notas biográficas sobre Montero Ríos, quen é definido como “unha das figuras máis destacables e influentes, na política española e na sociedade galega, do último cuarto do século XIX e primeiros do XX”.

Montero nace en novembro de 1832 no seo dunha familia de clase media baixa. O seu pai era escribán da Audiencia e a súa nai muller de fortes crenzas relixiosas. Ós dez anos ingresa no seminario compostelán, aínda que pronto o abandona. Cursou o bacharelato e licenciouse en dereito e filosofía na Universidade compostelá con brillantes cualificacións. No ano 1858 comeza o doutoramento de dereito en Madrid, que remata ó ano seguinte con premio extraordinario. Por esta época Montero xa tiña varios traballos publicados. Nalgún deles as autoras vén a influencia de tres personalidades galegas: Ramón de la Sagra, Antolín Faraldo e Antonio Romero Ortiz. Respecto do primeiro dos citados, comentan que a súa influencia sobre Montero foi máis hipotética ca real. É este un tema interesante, do que quizais as autoras do traballo deberían proporcionar algún dato máis. Dende case os seus anos de estudante, Montero xa tiña perfilada a súa ideoloxía, os piares da cal foron “o catolicismo, por unha banda e, a liberdade, pola outra, feito que determinou que se convertese nun dos maiores artífices do desenvolvemento do catolicismo liberal en España”.

No 1860 Montero gaña a Cátedra de Disciplina Eclesiástica da Universidade de Oviedo, aínda que ó pouco tempo acada, por permuta, o traslado á Universidade de Santiago. No ano 1864 faise cargo da Cátedra de Historia e Elementos do Dereito Civil Español Común e Foral da Universidade Central e, poucos meses máis tarde consegue a de Institucións de Dereito Canónico na mesma universidade.

En Madrid Montero Ríos dirixirá un coñecido despacho de avogado, aínda que a xuízo das autoras sempre será un “catedrático exemplar dende o punto de vista vocacional, cunha dedicación apaixonada polo ensino”.

Montero naceu á vida política no ano 1868. A súa intervención na elaboración da Constitución de 1869 foi moi destacada. En xullo de 1869 nomeárono subsecretario do Ministerio de Gracia e Xustiza. En xaneiro de 1870, vémolos como ministro do mesmo

ramo. Exerceu, como tal, dúas veces neste ano citado e, outras dúas no 1871 e 1872. Margarita Barral e Emilia García, recollen unha lista de normas legais aparecidas entre 1869 e 1873 das que Montero Ríos foi inspirador.

Durante o sexenio fixo amizade co rei Amadeo de Saboya. Foi un dos primeiros en apoiar a candidatura amadeísta e o último en despedir este rei cando marchou de España. Polas súas propias palabras dedúcese que practicamente desapareceu da vida política entre 1875 e 1881, dedicándose ó seu bufete de avogado.

As autoras cortan neste punto a biografía de Montero Ríos. A pesar de que as coordenadas temporais do libro rematan no ano 1873, último ano do sexenio, quizais fora conveniente que este breve apartado biográfico de Montero chegase ata o final da súa vida.

No seguinte capítulo elaboran un comentario ós discursos de Montero Ríos durante o sexenio. Cun total de 176 intervencións, Montero desenvolverá un traballo considerable no Parlamento.

O labor parlamentario de Montero centrouse especialmente nalgúns temas. Destacan as súas intervencións nos debates sobre as relacións Igrexa-Estado e a liberdade de culto (36 intervencións); sobre o poder xudicial e a codificación lexislativa (22 intervencións); exposicións sobre o debate da Constitución (21 intervencións) e outros temas variados (presupostos, ferrocarril, dereitos individuais, etc.).

Montero conquistou a súa sona de orador durante o sexenio. Aparece definido nesta obra como “orador eficiente que deleitou as Cortes do sexenio”. Como di un autor da época, Montero “non entusiasmo, convence; non seduce, ilustra; non fascina, faise escoitar a gusto”.

Este capítulo está dividido en tres apartados. No primeiro estúdianse a discusión do proxecto da Constitución de 1869, as relacións Igrexa-Estado, o xuramento da Constitución polo clero e a dotación de culto e clero.

No segundo apartado estúdianse a obra lexislativa de Montero –na que destacan as discusións ó redor do matrimonio civil, do Código penal e das deliberacións sobre o poder xudicial–, a organización ministerial e a última fase do Goberno amadeísta.


No terceiro apartado trátanse temas variados. Hai que sinalar as discusións relativas ó ferrocarril, que tivo grandes repercusións en Galicia; o eco relativo á Internacional da que resalta “as funestas consecuencias que a Internacional podía traer para a orde social”. Ó seu xuízo máis que coas baionetas, á Internacional hai que combatela “ilustrando a intelixencia das clases obreiras e educando o seu corazón”.

De seguido aparece un apartado denominado “Notas biográficas dos deputados citados”. Este apartado debería figurar, quizais,

como anexo ó final do libro. Ademais faltan os datos biográficos dalgúns dos políticos que aparecen citados (v. gr., Posada Herrera, Ríos Rosas, Víctor Pruneda, Moreno Rodríguez, Francisco Riestra, etc.). Cumpriría que este capítulo fose máis exhaustivo; en caso contrario convén explica-lo porqué non se proporcionan eses datos biográficos (o criterio baixo o que se escollen as persoas biografadas ou as carencias de documentación, se as hai, que impiden proporcionar datos sobre os excluídos). Resultaría útil, por outro lado, a inclusión dun índice onomástico.

O terceiro e último capítulo constitúe o groso do libro. Nel recóllense íntegros 43 discursos de Montero Ríos (debates de dictames, discusión de proxectos de leis, contestacións a interpelacións, etc.), que van ordenados cronoloxicamente. Sería desexable que se incluísen algunhas notas a pé de páxina con aclaracións que servisen para *ambienta-los* discursos de don Eugenio.

No último apartado, dedicado á bibliografía, recóllense as principais obras sobre Montero Ríos e a España do seu tempo. No referente ás publicacións periódicas, hai que sinalar que quizais fose interesante incluí-los números utilizados, coa cita das datas respectivas.

Estamos, en suma, perante unha obra interesante e útil, na que aparece recollido un importante material de traballo, que axudará a comprende-lo home e a época na que este desenvolveu o seu relevante labor político e xurídico. 

Xosé Luís Mínguez Goyanes

Doutor en historia
Corpo Superior da Administración
da Xunta de Galicia

El nuevo servicio público

Gaspar Ariño, J. M. de la Cuétara, J. L. Martínez López-Muñiz

Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997

Esta obra cargada de actualidade consta de tres partes, a autoría da primeira delas, correspóndelle ó profesor Gaspar Ariño, catedrático de dereito administrativo, fundador e director do Programa de Estudos de Regulación Económica (PERE) da Universidade Autónoma de Madrid, e ten como título, *“Un nuevo modelo de servicios públicos competitivos. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico. (hacia un nuevo modelo de regulación)”*.

Dinos o profesor Ariño que, a filosofía de fondo de moitas decisións da Comisión Europea sobre o mercado interior, nunha serie de sectores que eran, ata agora, o paradigma dos grandes servicios públicos (correos, teléfonos, subministracións de gas e electricidade, transporte aéreo, os abastecementos de auga, etc.), sen dúbida pon en cuestión ese vello e sacralizado concepto do servicio público que un día aspirou a se-lo eixe central do dereito administrativo.

Para uns, os principios de base do servizo público deben ser protexidos sexa como sexa. Para outros, deben ser corrixidos ou, polo menos, reformulados, abandonando o carácter puramente estatal que aquel encerraba. En calquera caso, as cousas han de cambiar se se queren respectar algúns dos principios esenciais nos que se basea o mercado único europeo.

E esta é a pregunta que se fai o autor: ¿Trátase só dun cambio no ámbito territorial europeo dos servizos públicos ou, polo contrario, estamos ante un cambio de fondo, esencial, xurídico e político, do modelo de regulación que presidiu ata agora o servizo público?

Foi ata mediados do século XIX, onde todo o que hoxe chamamos servizos públicos eran actividades non asumidas polo Estado senón pola sociedade. Pero é coa primeira revolución industrial cando xorden os primeiros servizos públicos de carácter económico que chegan ós nosos días (ferrocarril, gas, electricidade, teléfono, transportes, etc.). Pouco a pouco foise configurando un concepto de servizo público que implicaba a reserva total da actividade a favor do Estado.

Neste contexto histórico (ideolóxico, político, cultural) é onde xorde o concepto técnico-xurídico do servizo público, tal como este chegou ata nós. Pero, como ben sinala o profesor Ariño, a situación hoxe é outra, case a inversa. Son os feitos os que mandan, máis cá ideoloxía ou a política. Hai que abrir camiño a novas realidades, máis competitivas, innovadoras, que son as que a nova realidade social demanda; hai que mellora-los servizos e todo iso sen perde-lo xa conseguido, que é, basicamente, a existencia dun servizo universal a tódolos cidadáns nos seus niveis básicos.

Xunto a este profundo cambio no modelo de Estado hai unha circunstancia máis próxima e inmediata que provocou a necesaria revisión do concepto de servizo público no ámbito español e europeo, que é a integración dos países no ámbito dun mercado único, presidido por catro liberdades: liberdade de comercio de produtos e mercadorías, liberdade de movementos de capitais, liberdade laboral, liberdade de establecemento e prestación de servizos no marco da comunidade.

O cambio esencialmente consiste no paso dun sistema de titularidade pública sobre a actividade: concesións pechadas, dereitos en exclusiva, obriga de subministración, prezos administrativamente fixados, carácter temporal, en suma, unha regulación total da actividade ata o máis mínimo detalle, a un sistema aberto presidido pola liberdade de empresa, isto é, liberdade de entrada, liberdade de prezos e modalidades de prestación, liberdade de investimento e amortización e, en definitiva, en réxime de competencia aberta.

O profesor Ariño propón unha serie de principios ou presupostos sobre os que descansaría o novo servizo público e estes serían:

1. Desintegración vertical do sector e separación de actividades.

Con dous grandes obxectivos: a distinción entre actividades competitivas, con aplicación dun réxime xurídico distinto a unhas e outras; e a transparencia informativa, indispensable para unha correcta regulación.

2. Réxime xurídico das actividades competitivas.

Baseado nas seguintes características: liberdade de entrada, libre acceso ó mercado, liberdade de contratación, formación competitiva dos prezos e liberdade de investimento.

3. Réxime xurídico das actividades non competitivas.

Hai outras actividades que, trala desintegración vertical, non resultan susceptibles de realización en réxime de competencia. Basicamente estas actividades refírense a dúas fases do negocio, como son, a instalación e xestión de infraestruturas (a "rede" é a clave do mercado, a través da que este se materializa); e as prestacións de servizo universal, aquelas modalidades ás que o mercado, por si só, non daría resposta, e que deben cubrirse.

4. Réxime dos prezos

Os prezos das prestacións e servizos segundo o modelo de regulación serán, nuns casos, prezos de mercado e noutros, prezos regulados, segundo exista ou non competencia real naquela fase de actividade de que se trate. Na medida en que o mercado os fixe espontaneamente, será innecesario regularlos.

5. As empresas de servizo público son unha parte do sistema estatal de prestacións.

Ademais de controla-los beneficios das empresas e de abarata-los prezos ó consumidor, o novo modelo de regulación, pretende asegura-lo investimento continuado, o que require, pola súa vez, incentivos e garantía para a mesma, de modo que se poida manter en todo momento un servizo de calidade acorde cos tempos.

6. Características xurídicas do sistema de regulación para a competencia.

O regulador debe ter claro que as empresas privatizadas, xestoras hoxe dun servizo de interese xeral, non son o inimigo que hai que bater, senón que son empresas de interese público que forman parte do sistema estatal de prestacións.

A segunda parte do libro, titulado *El nuevo servicio público*, é obra de D. Juan Miguel de la Cuétara Martínez, catedrático de dereito administrativo da Universidade da Laguna e director do Instituto de Desenvolvemento Rexional, que o divide en tres apartados,

o primeiro deles é, *Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa (un ensayo de prospectiva jurídica)*.

Para o profesor De la Cuétara, a fronteira ideal definitiva entre o público e o privado está aínda por marcar, non se coñece o punto exacto no que o particular lle debe deixar paso ó colectivo e viceversa. E iso débese a que a organización e a prestación colectiva de servicios é posible en moitos campos, sen que saibamos exactamente cáles, e por qué a ampliación e extensión dos servicios públicos vén producíndose desde hai tempo no mundo occidental.

O autor adianta algunhas propostas de por ónde debe discorrer-lo acordo entre os operadores xurídicos españois sobre o problema dos servicios públicos.

Primera proposta: os servicios públicos deben convivir necesariamente coas liberdades públicas: o modo concreto da convivencia entre ámbalas dúas institucións non resulta fácil de determinar. Débese ter en conta que os gobernantes, cumprindo mandatos que están incluso no texto constitucional, poden promover os servicios públicos de tal modo que reduzan importantes ámbitos de liberdade así mesmo constitucionais.

Segunda proposta: o servicio público é a excepción á regra xeral da liberdade de mercado. As potestades administrativas que se exercen nos servicios públicos teñen que estar expresamente habilitadas polas normas directamente aplicables.

Terceira proposta: dentro da Comunidade Europea, as solucións xurídicas que se adopten para os servicios públicos tenderán a confluír: o concepto de servicio público que se formule en España deberá ser compatible e homologable co dos restantes países comunitarios.

Cuarta proposta: debemos ir a uns servicios públicos reducidos en número e limitados no seu alcance. Esta proposta pode verse como unha máis das que se unen ó carro da privatización do sector público tan de moda. Así e todo, penso que se trata dunha reflexión técnica e non política.

O segundo apartado do traballo do profesor De la Cuétara leva como nome, unha *Aproximación a la regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos*, dividíndoo en dous capítulos, o primeiro, *Transcendencia social, regulación económica y regulación por causa de servicio público*, no que fai referencia a que a libre iniciativa particular nin é nin pode presumirse necesariamente daniña para a colectividade, polo que o simple feito da súa repercusión social non é suficiente para impoñer-lo control público: fai falta, ademais, acreditar-lo carácter negativo da mesma.

O segundo dos capítulos deste apartado titúlase *Caracteres de la regulación por causa de servicio público*, e son destacados:

■ A determinación de dereitos e obrigas en función da prestación que se quere garantir: a regulación de servizo público só se pode aplicar eficazmente cando se ten moi claro de qué servizo se trata.

■ Esixibilidade da prestación: vai dirixida principalmete ós usuarios do servizo. E ela debe constar de: universalidade, continuidade, regularidade de prestación de servizos e esixibilidade en réxime de dereito público.

O traballo do profesor De la Cuétara finaliza co apartado *Tres postulados para el nuevo servicio público*, aquí o binomio “cooperación e competencia” é esencial, non todo ten que ser competencia: a arte do novo servizo público estriba en recupera-la competencia sen destruí-lo positivo que a cooperación e a solidariedade poden achegar.

PRIMEIRO POSTULADO: *a xuridificación do servizo público.*

O factor que posibilita a implantación da competencia é a xuridificación profunda do novo servizo público. A xuridificación aquí exposta é a que lles achega seguridade a todos cantos interveñen naquelas áreas sociais nas que o que buscamos sobre todo é iso, seguridade: a dispoñibilidade da prestación dun servizo público en todo momento, o seu funcionamento de forma regular e continua, son a base do seu establecemento como tal.

O problema esencial, para o autor, estriba en esixirlle ó Estado que responda ás necesidades de equilibrio e á lóxica interna dos servizos públicos. Sen embargo, hai unha forma de converte-lo Estado en suxeito dunha acción xurídica e é a de sometelo a tribunais supranacionais; a xuridificación dos servizos públicos pasará necesariamente pola aplicación do dereito europeo ós diversos estados membros, con actuación do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas.

SEGUNDO POSTULADO: *o necesario redimensionamento dos servizos públicos.*

O servizo público trata dunha decisión consciente de universaliza-la prestación, de establecer un compromiso entre gobernantes e gobernados segundo o que, estes últimos poden despreocuparse de se encontrarán ou non dispoñibles certos servizos cando os necesiten, porque os primeiros se encargan de que así sexa.

Pois ben, hai que dicir rotundamente que só as prestacións básicas son esixibles por medios de dereito público e, polo mesmo, só elas son prestacións de servizo público postas baixo a cobertura das potestades administrativas pertinentes. Todo o demais debe negociarse e esixirse mediante fórmulas comerciais comúns.

Para o profesor De la Cuétara, o redimensionamento xa está en marcha. Que sexan motivacións financeiras, ideolóxicas ou simple pragmatismo as que a impulsan é o de menos. É evidente que,

os servicios públicos actuais teñen que descargarse do exceso de tarefas adquiridas, para poder facer ben as actividades que lle son propias.

TERCEIRO POSTULADO: *a súa vertebración sobre prestacións concretas.*

A xuridificación e a redimensión do contido do servicio público impoñen a súa vertebración sobre as prestacións concretas que o cidadán pode esixir.

Así, o novo servicio público véterase sobre a *concreción dunha prestación básica universal ofrecida ós cidadáns e garantida co poder executivo do Estado*, afirmación que analiza detalladamente o autor:

■ **Prestación concreta:** tan só a partir da definición exacta da prestación que quere facerse chegar ós cidadáns pode estruturarse o aparato institucional adecuado a esa; todo o demais é puro voluntarismo político.

■ **De carácter básico:** as prestacións públicas deberán reducirse a unhas poucas prestacións básicas, remitindo á libre iniciativa da sociedade civil o acceso a outras prestacións posibles.

■ **Universal:** á universalidade están ligadas algunhas das notas de maior relevo político dos servicios públicos: igualitario, en canto as súas prestacións chegan a todos nas mesmas condicións; benefactor, os que menos teñen máis se favorecen del; e redistribuidor, a partir dunhas tarifas deste mesmo carácter.

■ **Prestación ofrecida ós cidadáns:** con isto quérese indicar que non ha de ser necesariamente imposta.

■ **Garantida mediante o poder executivo do Estado:** é necesario subliña-la especial responsabilidade do poder executivo como garante das prestacións en que se concreta todo servicio público.

Algunhas derivacións dos postulados anteriores.

■ Nos servicios públicos deben afirmarse as catro liberdades que caracterizan as empresas económicas e que son: as de entrada, acceso ó mercado, contratación e investimento.

■ O novo servicio público será máis complexo có anterior, e, sen dúbida a diversificación será o fenómeno predominante no futuro.

■ A presenza de numerosos intereses (usuarios, empresas, administracións públicas) impón que a arbitrase e a regulación non quede en mans de ningunha delas.

A acción de servicio público debe ser neutral para efectos da restante competencia no sector.

■ A transparencia faise especialmente necesaria para poder comproba-la existencia de subvencións cruzadas, de privilexios ou prerrogativas excesivas, ou para avalia-las compensacións que a

empresa pode pretender. Por medio dun contrato acláranse a maioría das cuestións involucradas na xestión dun servizo público.

■ A nova situación ó ser máis complexa cá anterior dará lugar a un nivel de conflictividade máis elevado. Sen embargo, cando se consolide o novo servizo público, as leis que o regulen terán máis claros os seus obxectivos e serán moito máis precisas.

■ O outorgamento de licencias e concesións para actuar no sector é a clave da operatividade real do novo servizo público.

A última parte da obra é autoría do profesor Martínez López-Muñiz, que é catedrático de dereito administrativo da Universidade de Valladolid, que se titula, "*Un nuevo marco regulatorio global. La regulación económica en España*".

Coméntanos o autor que, a expresión máis precisa para significala supresión dunha titularidade pública exclusiva sobre un tipo determinado de servizo ou actividade é o termo latino *despublicatio*, que se pode traducir ó castelán como despublicación, que é cando se deixa de estar baixo a exclusiva titularidade pública e se (de)volve ó ámbito da iniciativa privada, e, en principio, á competencia e ó mercado.

Diversos servizos esenciais seguen hoxe por hoxe en España baixo *publicatio* ou declaración de servizo público, no sentido máis propio e estricto. Algúns son estatais, outros municipais e, hai incluso agora tamén, algúns autonómicos.

En realidade, as despublicacións que se foron determinando son só as estrictamente impostas como esixencia da Comunidade Europea como consecuencia da incorporación de España no ano 1986.

Durante anos, continúa explicando o autor, os gobernantes socialistas parecían convencidos de que a única forma de reindustrializar España e de conseguir coloca-la súa economía a niveis de alta competitividade no concerto europeo e mundial era concentrando grandes masas de recursos en grupos empresariais públicos que actuasen como empresas mercantís fortes, activas e áxiles no mercado, intentando entrar no grupo das grandes multinacionais.

Non obstante, e segundo a opinión do profesor Martínez López-Muñiz, a realidade encargouse de mostrar que faltou capacidade política para darlles solución ós máis enormes déficits de grandes empresas públicas (como HUNOSA), respecto das cales, a forte presión sindical e laboral, dificilmente lle ía permitir a un Goberno socialista o seu peche ou privatización.

No ano 1991 iniciouse unha operación de reorganización do INI, descompoñendo este grande *holding* público en dous grupos empresariais distintos: un para as empresas públicas e sociedades participadas, susceptibles de ser xestionadas con criterios empresa-

riais, (grupo TENEO), e outro para as empresas deficitarias, en vía de extinción ou privatización (o vello INI). Máis tarde o Real decreto lei 5/95, do 16 de xuño de 1995, establece unha nova ordenación institucional coherente coas modificacións do grupo INI/TENEO e crea no seu lugar a Axencia Industrial do Estado e a Sociedade Estatal de Participacións Industriais. En definitiva, preténdese configurar un sector público menos diversificado, que concentre os seus esforzos en grupos industriais potentes de titularidade nacional.

Sen embargo, sinala o autor que, baixo a presión das esixencias da converxencia económica da Unión Monetaria Europea, o Goberno dos epígonos da década socialista se lanzou a unha política de privatización dalgúns dos grupos empresariais que a mesma política socialista erixira en símbolos da súa política industrial e financeira, como foron: Repsol, Endesa, Argentaria...

A chegada do Goberno do Partido Popular levará a unha acentuación das políticas de despubblicación con neorregulación liberalizadora –reais decretos leis do 7 de xuño–, cunha máis clara e aberta confianza na iniciativa empresarial privada. Aínda que os obxectivos de Maastricht seguirán sendo, non obstante, o principal argumento esgrimido para xustificar as novas medidas.

Destaca o profesor Martínez Lopez-Muñiz as notas máis características que respecto disto se levaron a cabo en canto ás regulacións que se seguiron nas despubblicacións españolas:

■ *Ordenación do sector petroleiro.*

De acordo co que se pode ler no art.2.1 da Lei 34/1992, do 22 de decembro de 1992, de ordenación do sector petroleiro: “as actividades de importación, exportación e de intercambio de cru de petróleo e produtos petrolíferos, a súa refinación, distribución e venda, transporte e almacenamento, poderanos realizar libremente aqueles que cumpran as condicións e requisitos establecidos nesta lei e demais disposicións aplicables”.

En función de todo isto, o sistema que se establece concrétese esencialmente na determinación dunha serie de limitacións substantivas con carácter ordinario e na habilitación da posibilidade doutras con carácter extraordinario, en situacións de especial escaseza. A elas haberá que engadírle-las mecanismos de contro administrativo que así mesmo se dispoñen para a súa garantía.

Pero, tendo en conta a historia do sector petroleiro en España e o alto custo de construción de novas infraestruturas para a recepción, almacenamento e transporte dos produtos petrolíficos mediante instalacións fixas, comprenderanse as dificultades para competir con Repsol (herdeira da vella armazón empresarial estatal) e asegura-las necesarias dispoñibilidades esixidas, que haberían de atopar as demais empresas, dado que este tipo de infraes-

estructuras loxísticas dispoñibles seguen principalmente en mans de empresas públicas estatais (CLH, e Repsol Butano).

Ten por iso considerable importancia o Real decreto lei 7/96, do 7 de xuño de 1996, sobre medidas urxentes de carácter fiscal e de fomento e liberalización da actividade económica, que veu establecer que as instalacións fixas de recepción, almacenamento e transporte, propiedade da CLH, Repsol Butano e Distribuidora Industrial, S.A., poderán ser utilizadas por terceiros en condicións non discriminatorias, transparentes e obxectivas.

■ *Ordenación do transporte marítimo.*

Realmente, en canto ó transporte de cabotaxe e en particular o regular, quedou despubblicado pola Lei 27/1992, do 24 de novembro de 1992, aínda que condicionado temporalmente á aprobación polo Goberno das disposicións regulamentarias pertinentes en desenvolvemento desta lei.

Mediante determinadas prohibicións, requisitos e condicionamentos para o exercicio da actividade, trátase de aseguralos obxectivos de tutela da seguridade da vida humana no mar, da seguridade da navegación, a seguridade marítima, a protección do medio ambiente mariño e a asistencia dos servicios de transporte marítimo que demanden as necesidades do país.

■ *Ordenación do transporte aéreo despubblicado.*

O Regulamento 2408/92, do 23 de xullo de 1992, establece o principio xeral de que nos estados membros da Comunidade Europea o transporte aéreo que ten por obxecto o transporte de pasaxeiros, carga e/ou correo nun servicio aéreo entre dous aeroportos comunitarios, non pode ser unha actividade reservada ó poder público, en ningún caso, senón que constitúe unha actividade obxecto dos dereitos propios da liberdade de empresa de calquera suxeito privado que reúna as adecuadas condicións.

■ *Ordenación da comercialización de aparatos terminais de telecomunicación e dos servicios de telecomunicación despubblicados.*

A liberalización efectiva e plena dos mercados de terminais de telecomunicacións só se produciu co Real decreto 303/1991, do 8 de marzo de 1991, cando a Sentencia do Tribunal de Xustiza de Luxemburgo, do 13 de febreiro de 1990 xa confirmara plenamente a lexitimidade da Directiva 88/301 en canto á eliminación dos dereitos exclusivos.

Tódolos servicios que han de prestarse a través de, ou co apoio de infraestructuras complexas e custosas, interconectadas en forma de redes, forman parte tamén da regulación necesaria dos servicios despubblicados e o réxime que debe establecerse ten que po-

sibilitar e asegura-lo acceso a tales redes en condicións obxectivamente neutrais, non discriminatorias e transparentes.

■ *Ordenación dos servicios de correo rápido internacional despublificados.*

Co Real decreto 1766/1991, do 13 de decembro, quedou constituído o Organismo Autónomo “Correos e telégrafos”, ó que se lle encomenda a xestión dos servicios básicos de correos, e establécese que os demais servicios poderán ser xestionados por outras entidades públicas ou privadas.

■ *Ordenación dos servicios funerarios.*

Os servicios funerarios despublicáronse por medio do Real decreto 7/96.

Un dos trazos característicos do réxime co que adoita substituírse a *publicatio*, que constitúe incluso por si mesmo un elemento significativo da *despublicatio* ou da ausencia de *publicatio*, é a submisión do exercicio da actividade da que se trate, en todos ou nalgúns dos seus aspectos, á previa autorización administrativa, como forma de control administrativo preventivo de que se reúnen os requisitos debidos e de que o proxecto de actividade que se despregará se adecúa ós intereses xerais ós que poida afectar.


Se repasámo-los réximes establecidos para tódalas actividades que fomos examinando anteriormente por seren obxecto de despublificacións, encontraremos practicamente en todas elas a técnica da autorización –en substitución as máis das veces, e ben significativamente, de antigas concesións do correspondente servicio público, agora, en canto tal, suprimido–.

Despublificar servicios non ten por qué supoñer repregamentos nas conquistas sociais do chamado Estado do benestar. O obxectivo ha de ser, máis ben o contrario, favorece-las condicións para que sexan os mesmos cidadáns os que se comprometan directamente, na maior medida posible, exercendo a súa liberdade e a súa responsabilidade persoais, na sustentación das cotas alcanzadas e na súa mellora, aínda que a Administración deba exercer-la súa acción complementaria cun sistema de garantías últimas cando sexa necesario.

Polo común, a regulación das actividades despublificadas lévaa, a cabo en boa medida, directamente a lei (na Comunidade Europea, o tratado), pero complementábase logo mediante regulamentos ou normas administrativas, dictadas polos gobernos do Estado e das comunidades autónomas. Ademais, a importancia da regulación comunitaria, nestes sectores, fai que tamén a Administración comunitaria europea teña asignados relevantes traballos, como supervisora da actuación das administracións dos estados membros.

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

Sen embargo sinala o autor que algunha doutrina e a práctica dalgúns países propician crecentemente a constitución de autoridades administrativas ou administracións independentes ou neutrais, organizadas con plena autonomía con respecto ós gobernos e ás maiorías políticas que os sustenten.

Así, no dereito español tratouse de seguir en certa medida o modelo da Administración independente en sectores como os mercados de valores e a Administración monetaria, pero, nos sectores da *despublicatio* practicada ata o momento, só acaba de iniciarse ese camiño no campo das telecomunicacións, coa creación da Comisión do Mercado das Telecomunicacións. 

José María Rebolledo Varela

Dolseiro da EGAP

La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria

Miriam Cueto Pérez

Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1997

A afirmación dun principio xeral de responsabilidade patrimonial do Estado no dereito español produciuse con certo atraso, o que non sorprende se se ten en conta o vello dogma da irresponsabilidade do soberano; o certo é que debemos esperar ata o século XIX para ver nun texto lexislativo recollida a responsabilidade do Estado polos danos producidos ós cidadáns; así, a Lei do 9 de abril de 1842 declara a obriga da Nación de indemnizar *los danos materiais causados tanto no ataque como na defensa das prazas, pobos, edificios, etc.*

A responsabilidade da Administración derivada da actividade sanitaria foi inexistente durante moitos anos, a actividade médica desenvolvíase nun ámbito estritamente privado, as relacións médico-paciente só encontraban cabida no ámbito do dereito civil, concretamente no Código civil de 1889 (arts. 1902 e 1903 do Cc) e polo tanto, dende as esixencias da responsabilidade subxectiva, fundada no principio culpabilístico.

Haberá que esperar a que a Lei de expropiación forzosa de 1954, cunha fórmula xenerosa, proclame xa a responsabilidade directa e obxectiva da Administración na marxe de toda culpa ou negligencia (arts.121 e 122).

Non obstante, o paso decisivo darao a Constitución de 1978, que consolidará por un lado, o réxime de responsabilidade das administracións públicas (no art.106, n.º 2 dispónse literalmente: "Os particulares, nos termos establecidos pola lei, terán dereito a seren indemnizados por toda lesión que sufran en calquera dos seus bens e dereitos, salvo nos casos de forza maior sempre que a lesión sexa consecuencia do funcionamento dos servicios públicos)", e por outro, o Sistema Nacional de Saúde que fará efectivo o dereito á saúde consagrado no art. 43 da CE, unha das principais conquistas do Estado social.

Actualmente, a Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, do 26 de novembro de 1992, regula no título X (arts.139 a 146) a responsabilidade patrimonial da Administración pública, normativa que se complementa co Real decreto 929/1993 do 26 de marzo, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos das administracións públicas en materia de responsabilidade patrimonial.


Podemos afirmar á luz dos preceptos ós que acabamos de facer referencia, que a responsabilidade civil da Administración pública aparece configurada como unha responsabilidade obxectiva, así o declarou o Tribunal Supremo en numerosas sentencias dictadas respecto disto, "O sistema de responsabilidade patrimonial da Administración é un sistema de responsabilidade obxectiva, independente da culpa ou dolo das autoridades, funcionarios e axentes...",(STS 26-9-94, Arzdi. 6800 31-10-94, Arzdi.7677 entre outras). Responsabilidade que xira ó redor do concepto clave de lesión, entendida esta como dano antixurídico, antixuridicidade que se dará, non xa porque sexa contraria a dereito a conducta que a motiva, senón porque o suxeito que a sofre non teña o deber xurídico de soportala, "só serán indemnizables as lesións producidas ó particular provenientes de danos que este non teña obrigación de soportar de acordo coa lei", (STS 11-6-93, Arzdi. 4375, 23-6-95, Arzdi. 4782); e, sen que sexa necesario para a súa procedencia o requisito tradicional da ilicitude ou culpa, é dicir, a Administración responde por "toda lesión que os particulares sufran... sempre que sexa consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servicios públicos", así enténdese esta expresión como comprensiva de todo o "facer e actuar da Administración como acto de xestión pública", na marxe de cál sexa a voluntariedade e incluso a previsión do axente.

O segundo aspecto que hai que remarcar como unha garantía

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

que se estima esencial para os administradores é o feito de que as administracións públicas responderán directamente, calquera que fose o grao de culpabilidade en que puidera ter incorrido a persoa física, autoridade, funcionario ou axente, na súa actuación.

Non é tampouco un tema banal o de determinar, con precisión, para evitar así o que se denominou “peregrinación de xurisdiccións”, cál é a xurisdicción competente, é dicir, qué órganos xurisdiccionais son os que van coñecer-los casos de responsabilidade fronte á Administración sanitaria. Foi esta unha cuestión cualificada, dende sempre, de polémica, e suscitou a atención da doutrina e da xurisprudencia, dada a súa innegable transcendencia práctica.

A terceira parte deste libro está dedicada ó estudio do problema da xurisdicción competente con anterioridade á Lei 30/92 e a estudar cál é a situación trala publicación da referida lei, sen embargo, a pesar das boas intencións do lexislador de deixar resolta a cuestión, a vulgar polas últimas decisións xurisdiccionais, podemos afirmar que a cuestión non está definitivamente resolta. 

Ángeles Pérez Vega

Dolseira da EGAP

Normas para a presentación de orixinais

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografadas a dobre espazo nunha soa cara e numeradas, incluíndo, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folia á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Inclúiranse co título do artigo catro ou cinco descritores a través dos que se poida clasificalo artigo.
6. Baixo o título colocarase o nome do autor ou autores, e incluírase ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañarase a versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folia á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en

orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

Libros:

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

Artigos:

AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar. Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remítiranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismo, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegaranse o enderezo postal e o teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

*Revista Galega de
Administración Pública*

FGAP

Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela.
Galicia. España.



CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA