

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

27



27

XANEIRO - ABRIL
2001

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

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



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

Traducción e supervisión lingüística: Alexandre Alonso Alonso
M.^a Elisa Roca Rodríguez

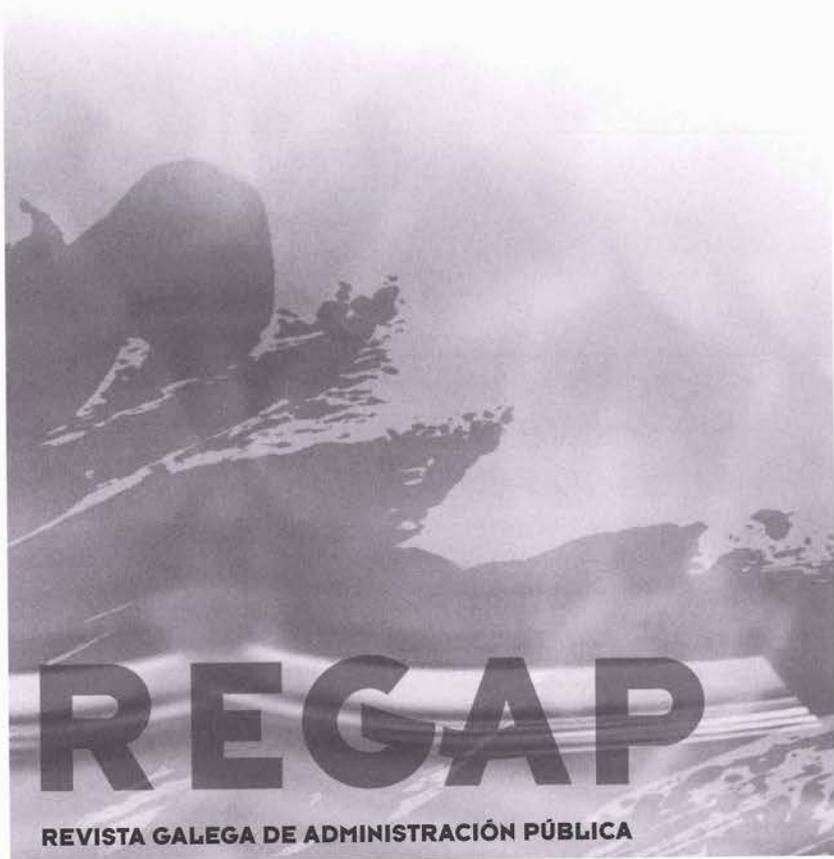
Deseño gráfico: Uqui CEBRA

Imprime: Gráficas Sementeira, S. A.

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuatrimestral.
Solicitude de subscricións a EDITORIAL GALAXIA.

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



REGAP

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

Secretario xeral da Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria

Francisco Javier Castiñeira Izquierdo

Secretario de Administración Local

José Ramón Cólera Leirado

Letrado maior do Parlamento de Galicia

María Victoria de Dios Vieites

Profesora titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña

Andrés Faiña Medín

Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

Luciano Fariña Busto

Conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia

Manuel Fernández Areal

Catedrático emérito de periodismo

Alejandro Fernández Barreiro

Catedrático emérito de dereito romano da Universidade da Coruña

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 Radó

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

Santiago Porta Dovalo

Psicólogo da Consellería de Traballo e Servizos Sociais

Juan Jesús Raposo Arceo

Profesor da Universidade Nacional de Educación a Distancia

Luís Rodríguez-Ennes

Catedrático de dereito romano da Universidade de Vigo

Juan Rodríguez Yuste

Conselleiro de Industria e Comercio

Antonio Romero Lorenzo

Maxistrado xuíz decano de Vigo

Alfonso Rueda de Valenzuela

Director xeral de Administración Local

Luís Ramón Sotelo López

Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia

Jesús Souto Prieto

Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Javier Suárez García

Director xeral da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

Jesús Vázquez San Luis

Secretario xeral da Consellería de Industria e Comercio

Javier de Vicente Remesal

Vicerrector de profesorado da Universidade de Vigo

José Vilas Nogueira

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

Perfecto Yebra Martul-Ortega

Catedrático de dereito financeiro da Universidade de Santiago de Compostela

SUMMARY

STUDIES

José Luis Carro Fernández-Valmayor	The Way of st. James from a juridical perspective _____	15
José Manuel Díaz Lema	The right to expropriation reversion _____	51
Enrique Gómez-Reino y Carnota	Charter of fundamental rights of the European Union _____	63
José Suay Rincón	The inspiring principles of the sanctioning Community law _____	83

NOTES AND COMMENTS

Luis Miguel López Fernández	The entry of expropriations in the land register _____	99
Alberte Martínez López	Local government and provision of services: the long genesis of water supply in A Coruña _____	111
Carlos María Romeo Casabona	Cloning of humans: the presuppositions for penal intervention _____	127
José María Traveso Pardo	Laws accompanying the general budgets of the Autonomous Community of Galicia. Law 5/2000, on fiscal measures and budgetarial and administrative regime _____	169

JURISPRUDENCE

Carlos Alberto Amoedo Souto	«Shortcuts» to sanctioning procedures with regard to transit: can the accusation bulletin be considered as a judgement proposal and hearing? The decision of December 19th, 2000 (3rd Court, Speaker: Mr. Francisco González Navarro, ref. Aranzadi 485/1940) and his legal doctrine on article 13.2 of the Royal Decree 320/1994, of sanctioning proceeding with regard to transit _____	185
------------------------------------	---	------------

SUMARIO

ESTUDIOS

José Luis Carro Fernández-Valmayor	El Camino de Santiago en la perspectiva jurídica	15
José Manuel Díaz Lema	El derecho de reversión expropiatoria	51
Enrique Gómez-Reino y Carnota	La carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	63
José Suay Rincón	Los principios inspiradores del derecho sancionador comunitario	83

NOTAS E COMENTARIOS

Luis Miguel López Fernández	La inscripción en el registro de la propiedad de las expropiaciones forzosas	99
Alberte Martínez López	Administración local e dotación de servicios: a longa xénese do abastecemento de auga na Coruña	111
Carlos María Romeo Casabona	La clonación humana: los presupuestos para la intervención penal	127
José María Traveso Pardo	As leis de acompañamento dos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia. A Lei 5/2000, de medidas fiscais e de réxime orzamentario e administrativo	169

XURISPRUDENCIA

Carlos Alberto Amoedo Souto	Os «atallos» dos procedementos sancionadores en materia de tránsito: ¿pode o boletín de denuncia ser considerado como proposta de resolución e audiencia?. A Sentencia do 19 de decembro de 2000 (Sala 3ª, Relator: D. Francisco González Navarro, ref. Aranzadi 485/1940) e a súa doutrina legal sobre o artigo 13.2 do Real decreto 320/1994, de procedemento sancionador en materia de tránsito	185
-----------------------------	--	-----

PARLIAMENTARY CHRONICLE

First steps towards an expected reform: the procedure
of the draft law modifying the land consolidation

227 _____ law for Galicia parliamentary aspects **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

ADMINISTRATIVE CHRONICLE

Conference on international criminal justice.

239 _____ EGAP, Santiago de Compostela, May 18th and 19th, 2000 **María Victoria Candamo París**

Ist Conference on the local pact

265 _____ EGAP, Santiago de Compostela, May 24th and 25th, 2000 **Ana María Giráldez Riveiro**

Conference on water rights

289 _____ A Coruña, October 23rd and 24th, 2000 **María del Carmen Silva López**

Conference on town planning and housing

313 _____ Lugo, November, 6th and 7th, 2000 **Isabel Castiñeiras Bouzas**

Conference on consumer arbitration

339 _____ EGAP, Santiago de Compostela, November 29th and 30th, 2000. **María Victoria Candamo París**

BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

Tourism, institutional aspects and administrative activity

Antonio Calonge Velázquez

Secretariat of Publications and Exchange.

361 _____ Valladolid University, 2000 **Enrique Diego Fernández Pérez**

The suspension of the administrative contract

Ernesto García-Trevijano Garnica

Civitas S. A. Publishers, Madrid, 2001

367 _____ **María del Carmen Silva López**

Autonomous Communities and European policy

Enrique Lucas Murillo de la Cueva

377 _____ Civitas S. A. Publishers, Madrid, 2000 **Isabel Castiñeiras Bouzas**

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Primeiros pasos dunha reforma esperada: a tramitación do proxecto de lei de modificación da Lei de concentración

227 _____ parcelaría para Galicia **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

Xornadas sobre xustiza penal internacional

239 _____ EGAP, Santiago de Compostela, 18 e 19 de maio de 2000 **María Victoria Candamo París**

I Xornadas sobre o pacto local

265 _____ EGAP, Santiago de Compostela, 24 e 25 de maio de 2000 **Ana María Giráldez Riveiro**

Xornadas sobre dereito de augas

289 _____ A Coruña, 23 e 24 de outubro de 2000 **María del Carmen Silva López**

Xornadas sobre urbanismo e vivenda

313 _____ Lugo, 6 e 7 de novembro de 2000 **Isabel Castiñeiras Bouzas**

Xornadas sobre arbitraje de consumo

339 _____ EGAP, Santiago de Compostela, 29 e 30 de novembro de 2000 **María Victoria Candamo París**

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

El turismo, aspectos institucionales y actividad administrativa

Antonio Calonge Velázquez

Secretariado de Publicaciones e Intercambio.

361 _____ Universidad de Valladolid, 2000 **Enrique Diego Fernández Pérez**

La suspensión del contrato administrativo

Ernesto García-Trevijano Garnica

Civitas Editorial S. A., Madrid, 2001

367 _____ **María del Carmen Silva López**

Comunidades Autónomas y política europea

Enrique Lucas Murillo de la Cueva

Civitas Editorial S. A., Madrid, 2000

377 _____ **Isabel Castiñeiras Bouzas**



EL CAMINO DE SANTIAGO EN LA PERSPECTIVA JURÍDICA*

José Luis Carro Fernández-Valmayor

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

*Al profesor Alejandro Nieto con ocasión
de su jubilación universitaria.*

1 Introducción. El Camino de Santiago en la perspectiva jurídica

Es evidente que un tema como el del Camino de Santiago ha de ser objeto de un tratamiento pluridisciplinar si se quiere aprehender en su exacto alcance un fenómeno de tanta trascendencia como este. Aparte de que la bibliografía existente empieza a ser ya, de hecho, inabarcable, sería absolutamente pretencioso, por no decir de dudosa utilidad, que intentase en estas líneas abordar, siquiera en sus trazos más elementales, el análisis global de un tema que, por sus muchos aspectos, exige en cada uno de ellos la imprescindible especialización.

La perspectiva aquí adoptada es, por estas razones evidentes, la perspectiva jurídica, o más concretamente, la perspectiva jurídico-pública, desde la cual, por cierto, pretendo, simplemente, destacar los aspectos que me parecen más relevantes dentro de la temática del Camino de Santiago.

* Texto de la ponencia presentada al XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Salamanca los días 9 y 10 de octubre de 2000.

Una cierta dificultad del análisis jurídico del Camino puede subyacerse ya desde ahora. Dificultad que deriva, de un lado, de la misma especificidad del objeto del análisis que se resiste a ser incluido de forma exclusiva, como más adelante se comprobará, en alguna de las distintas categorías legales previstas por nuestro Ordenamiento positivo, en donde, por cierto, la expansividad del concepto mismo de patrimonio cultural es ya un hecho perfectamente comprobable. La gran dispersión normativa (internacional, estatal, autonómica y local) y la incidencia de distintos sectores del Ordenamiento en esta temática contribuyen, de otro lado, a hacerla especialmente compleja. Con todo, en tiempos recientes, han comenzado a aparecer estudios monográficos muy estimables sobre la problemática jurídica del Camino de Santiago¹ que muestran una encomiable preocupación por llevar a cabo también el análisis del fenómeno desde esta perspectiva.

En las páginas que siguen, sin perjuicio de una imprescindible visión general, se pondrá el acento, fundamentalmente, en la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia y no sólo por el hecho de que en su territorio se encuentre la meta del Camino, sino también porque, desde un punto de vista jurídico, ha sido la primera en abordar su regulación en una Ley específica.

Ha sido dicho, y con razón, que, con independencia del análisis histórico riguroso, el Camino y su fin aparecen también, a los ojos del hombre moderno, como una realidad en cierto modo misteriosa que atrae poderosamente al caminante². Asistimos hoy en día a un renacer de la ruta jacobea que ha tenido naturalmente su traducción también en el campo jurídico.

2. Una necesaria referencia histórica como antecedente: de la protección del peregrino a la protección del Camino

Ha escrito uno de los más prestigiosos expertos en el tema del Camino que no sabemos en que condiciones ni por qué vías se difundió la noticia del descubrimiento del sepulcro del apóstol Santiago en Galicia

¹ Así, p. e., ALONSO GARCÍA, J., *La protección jurídica del Camino de Santiago en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2000. BERMEJO LÓPEZ, M^a Belén, *El Camino de Santiago como bien de interés cultural*, Tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, aún inédita.

² CORRIENTE CÓRDOBA, J. A., *El Camino de Santiago y la protección internacional de los bienes culturales*, Anuario de Derecho Internacional, 1993, págs. 41-43; *La protección jurídica del Camino de Santiago en las normas internacionales e internas españolas. Estudio preliminar*. La protección jurídica del Camino de Santiago: normativa internacional e interna española. Ministerio de Educación y Cultura, Madrid 1998, págs. 25-26.

en torno al año 830³. Lo cierto es que el hecho fue inmediatamente aceptado por las autoridades eclesiásticas locales en la persona del obispo Teodomiro de Iria Flavia y, sobre todo, por los reyes de Asturias Alfonso II el Casto (791-842) y Alfonso III el Magno (866-910) que mandaron construir en el lugar del descubrimiento sendas basílicas, la última de las cuales sería destruida por Almanzor en el año 997; circunstancia que dio lugar, posteriormente, a la magnífica catedral románica que ha llegado hasta nosotros y cuya construcción fue iniciada hacia el 1075, siendo Diego Peláez, obispo de Santiago. Con independencia de las circunstancias reales en que tuvo lugar el descubrimiento de la tumba apostólica⁴, es lo cierto que, como acabo de apuntar, la noticia se extendió inmediatamente por toda la cristiandad y una riada de peregrinos de toda condición⁵ se echó al camino en dirección a Compostela. Si los motivos para ponerse en movimiento eran, sin duda alguna, religiosos, no se puede descuidar tampoco el importantísimo significado político y estratégico que para los reyes astur-leoneses tuvo el descubrimiento («invencción») en su territorio del sepulcro de apóstol⁶.

El carácter multitudinario que adquieren las peregrinaciones a partir del siglo XI hace que los reyes intervengan para regular el paso de los pe-

³ DÍAZ y DÍAZ, Manuel C., *De Santiago y de los Caminos de Santiago*, ed. de M. Domínguez García, Santiago de Compostela 1997, págs. 241 y ss. Del mismo autor *Breve panorama da cuestión xacobeá*, en *Encrucillada*, 80, novembro-diciembre, 1992, pág. 509 y ss., en especial págs. 512 y ss.

⁴ Señala VÁZQUEZ DE PRADA, L., en *Las peregrinaciones a Santiago de Compostela* (escrita en colaboración con José María LACARRA y Juan URÍA RIU), tomo I, ed. facsimil de la de 1948, Gobierno de Navarra-Iberdrola, 1992, págs. 31 y ss., que la descripción más antigua de las circunstancias del hallazgo del sepulcro se encuentra en la llamada Concordia de Antealtares (1077), documento suscrito entre el obispo Diego Peláez y el abad del monasterio de San Payo de Antealtares, cuyos monjes eran los encargados de velar por el sepulcro del apóstol. De otro lado, y según este mismo autor (págs. 28-29), la Crónica Sampiro (siglos X al XI) es el primer texto llegado hasta nosotros que alude de modo directo al sepulcro apostólico al narrar que en el año 872 Alfonso III había derribado la pequeña iglesia levantada por Alfonso II el Casto de piedra y barro para construir otra de sillería y cemento de gran hermosura.

⁵ En 950 peregrina a Santiago Gotescalco, obispo de Le Puy, al que siguen, entre otros personajes, el abad de Monserrat, Cesáreo, en 959, Hugo de Vermandois en 961. Se tiene también noticia de que visitaron la tumba del apóstol la emperatriz Matilde, viuda del emperador de Alemania Enrique V, en 1125, el duque de Aquitania, Guillermo X, en 1137, que muere en Compostela, Luis VII de Francia, en 1154, el arzobispo de Maguncia, Conrado I, en 1164, Jean de Brienne, rey de Jerusalén, en 1224, o el rey de Portugal, Sancho II, por no citar más que algunos peregrinos significativos. Los ejemplos los extraigo de VALIÑA SAMPEDRO, E., *El Camino de Santiago. Estudio histórico-jurídico* CSIC, Madrid, 1971, págs. 5 y ss.

⁶ Cfr. la documentada monografía de BARREIRO RIVAS, J.L., *La función política de los caminos de peregrinación en la Europa medieval. Estudio del Camino de Santiago*, Tecnos, Madrid, 1997.

regrinos y se ocupen, al mismo tiempo, del propio Camino y de su infraestructura, mejorando su itinerario y dotándolo de una red asistencial de hospitales y albergues y de un sistema de privilegios y exenciones para quien marchaba hacia Compostela.

El Camino, que había aprovechado, por lo demás, la red viaria romana, va adquiriendo con el tiempo su propio contorno geográfico con vías nuevamente construidas o ampliadas y a sus lados tiene lugar una fiebre constructora que puebla la ruta de iglesias y catedrales. De esta forma el Camino en cuanto tal se va convirtiendo en lo verdaderamente importante⁷. De otro lado, no puede olvidarse que la formación de los «burgos» en la España cristiana medieval parece estar, en gran parte, en estrecha relación con las peregrinaciones jacobeanas⁸.

La necesidad de garantizar la seguridad de los peregrinos y de regular al mismo tiempo las relaciones jurídicas que trababan en los territorios por los que transitaban fue dando lugar a lo que algún autor ha denominado como «un Derecho internacional protector del peregrino»⁹. Protección que se va a conseguir por distintas vías. La primera de ellas consistirá, en lo que a la garantía de la libertad de desplazamiento se refiere, en la equiparación entre el peregrino y el comerciante, aunque, como ya se encargaron de recordar Las Partidas, las motivaciones que movían a ambos eran diferentes¹⁰. También los peregrinos, como ya se ha apuntado, gozarán de una serie de privilegios y exenciones, eximiéndoseles de toda suerte de peajes y portazgos. Muchas disposiciones protectoras se refieren a los bienes del peregrino y a sus relaciones jurídico-patrimoniales. Se reglamentan la fianza y la prenda así como el testamento del peregrino. Su seguridad personal y la protección frente al robo, engaño o cualquier tipo de violencia son también objeto de numerosas disposicio-

⁷ Cfr. DÍAZ y DÍAZ, M.C., cit., pág. 242.

⁸ Cfr. GARCÍA DE VALDEAVALLANO, L., *Orígenes de la burguesía en la España medieval*, Colección Austral, 1461, Espasa-Calpe, Madrid, 1969, págs. 118-119. La colonización «franca» del Camino de Santiago –señala este autor– tuvo en general carácter mercantil y, por consiguiente, puede atribuirse un origen comercial a los «burgueses» de las ciudades que se formaron en la ruta jacobea (pág.132). Advierte, con todo, que la formación de los «burgos» no se debió únicamente al movimiento comercial provocado por las peregrinaciones compostelanas, sino también al asentamiento de la Orden de Cluny, a cuyos miembros se confiaron los más importantes monasterios castellano-leoneses (Sahagún, Silos), en torno a los cuales se desarrollaron «burgos», de los cuales no todos estaban en la ruta de las peregrinaciones (págs. 161 y ss.). Sobre el fenómeno de los «burgos» fuera del Camino vid. págs. 188-189 y 213-217.

⁹ LACARRA, J.M., en *Las peregrinaciones a Santiago de Compostela*, cit., pág. 255. CORRIENTE CÓRDOBA, *La protección jurídica*, cit., págs. 32-33, ha escrito que el estatuto del peregrino constituye una contribución valiosa que la peregrinación jacobea hizo a la Historia del Derecho español y de otros Estados europeos.

¹⁰ LACARRA, J.M., cit., pág. 256. VALIÑA, cit., pág. 34-37.

nes. Todo ello va formando, a lo largo del tiempo, un conjunto normativo cuyo objeto era, en resumidas cuentas, la protección de la persona del peregrino jacobeo¹¹.

Pero también el Camino en cuanto tal se hallaba en una especial situación jurídica como Camino real sometido, por tanto, a la jurisdicción del Rey. Era un espacio público, o si se quiere, por utilizar las palabras de Gibert¹², el centro de una serie de instituciones jurídicas que sólo al lugar y no a las personas podían anudarse; el Camino era, en definitiva, como la ciudad, como el mercado, un centro de vida jurídica. Y así el Camino, por su condición de vía pública, se fue convirtiendo en objeto de la protección real directa que se ejercía a través de esa «paz especial» que era la paz del Camino, genuina institución del Derecho medieval dirigida a garantizar la tranquilidad y la seguridad a lo largo del mismo.

La reforma protestante, y también las críticas aparecidas entre los mismos católicos (ya en el «Kempis» se encontraba la máxima: «*Qui multo peregrinantur raro sactificantur*»), e incluso la misma desconfianza de la Inquisición hacia los peregrinos germanos, sospechosos de luteranismo, afectaron negativamente a las peregrinaciones jacobeanas que entraron en un largo período de franca decadencia de la que ya no se recuperarían hasta tiempos muy recientes. Nos dice Vázquez de Parga que lo que, sin embargo, «debió dañar más el concepto y estima de la peregrinación y del peregrino fue la multiplicación extraordinaria del número de vagos, tunantes, haraganes y delincuentes que procuraban encubrirse bajo el sombrero de alas anchas y la esclavina»¹³.

Habrà, como digo, que esperar a tiempos muy recientes para asistir a un nuevo renacer del fenómeno jacobeo con una especial atención al Camino como hecho histórico-cultural de singular importancia reconocido tanto a nivel interno como internacional.

¹¹ Pueden consultarse las numerosas fuentes sobre esta temática en LACARRA, cit., págs. 256-276; VALIÑA, cit., págs. 37-70. CORRIENTE CÓRDOBA, *La protección jurídica*, cit., págs. 32-37.

¹² GIBERT, R., *La paz del camino en el Derecho medieval español*, en Anuario de Historia del Derecho Español, tomo XXVII-XXVIII, 1957-1958, págs. 831 y ss.

¹³ VÁZQUEZ DE PARGA, en *Las peregrinaciones*, cit., págs. 111 - 118; la cita en pág. 115. Vid. también VALIÑA, *El camino de Santiago*, cit., pág. 80.

3. La regulación jurídica del Camino de Santiago. El Camino como Patrimonio de la Humanidad. El Camino como itinerario cultural europeo. El tratamiento jurídico del camino en el derecho interno: la vía convencional y la normativa autonómica

En los últimos tiempos el reconocimiento jurídico-internacional del Camino de Santiago ha sido constante. En aplicación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, de 23 de noviembre de 1972¹⁴, la ciudad de Santiago de Compostela en un primer momento (1985) y, posteriormente, el Camino de Santiago (1993), fueron incluidos en la Relación de Sitios del Patrimonio Mundial confeccionada por la UNESCO¹⁵.

Puede ser oportuno recordar ahora que la utilización de conceptos tales como Patrimonio de la Humanidad, Patrimonio Universal o Patrimonio Mundial no ha dejado de provocar una interesante reflexión jurídica sobre el alcance que debería darse a dichos conceptos; reflexión que, por lo demás, creo que podría ser de alguna utilidad para nuestro tema de hoy. Corriente Córdoba ha aludido, precisamente al analizar la protección jurídica del Camino de Santiago, a la todavía insuficiente, pero real, concepción e institucionalización de la Humanidad como sujeto jurídico, portador de unos intereses que deberían ser protegidos por el Derecho de Gentes. En este sentido distinguía este autor entre el concepto estricto de «Patrimonio de la Humanidad» (constituido por el espacio ultraterrestre, los fondos oceánicos, la Antártida y el espectro de las frecuencias radioeléctricas) y el «Patrimonio Mundial, Cultural y Natural», regulado por la citada Convención de la UNESCO de 1972. En el primer caso se trataría de espacios y bienes no susceptibles de apropiación individual y referidos o pertenecientes a la Humanidad en su conjunto, mientras que en el segundo caso la titularidad vendría atribuida a los Estados, si bien estos se verían sometidos al deber de cooperación¹⁶. García Fernández, por su parte, ha subrayado que la noción de patrimonio común de la Humanidad, aplicable hasta ahora a espacios no sometidos a la soberanía de un Estado, se ha visto extendida al patrimonio cultural; si es verdad que en este caso son los Estados los que actúan, lo hacen, sin embargo, en su calidad de entidades comprometidas convencional-

¹⁴ Instrumento de aceptación de 18 de marzo de 1982, BOE del 1 de julio. Cfr. BERMEJO LÓPEZ, M^a B., *A protección jurídica do Camiño de Santiago no ámbito internacional*, en Grial, 143, xullo-setembro, 1999, págs. 429 y ss., en especial 443 y ss.

¹⁵ Sobre la inscripción vid. la Recomendación transcrita en CORRIENTE CÓRDOBA, *La protección*, cit., págs. 69-75.

¹⁶ CORRIENTE CÓRDOBA, *La protección jurídica del Camino de Santiago*, cit., págs. 38-45; y bibliografía citada en nota 25 de la pág. 40.

mente con otros Estados en la protección de aquel¹⁷. A. Ch. Kiss, que ha dedicado un interesante trabajo a la noción de patrimonio común de la Humanidad¹⁸, ha puesto de manifiesto que la idea de un patrimonio cultural de la Humanidad hace su aparición después de la II Guerra Mundial, citando al respecto la Convención de creación de la UNESCO de 16 de noviembre de 1945 (cuya entrada en vigor se produjo el 4 de noviembre de 1946) y el Convenio para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 14 de mayo de 1954¹⁹, en donde se parte ya del hecho de que ciertos Estados son depositarios de determinados bienes culturales que poseen un interés que concierne a toda la Humanidad y que, por ello, deben ser conservados bajo los cuidados de la entera comunidad internacional. Existen pocos campos –ha observado Kiss– en donde nos encontremos tan cercanos de la noción de *trust* o mandato ejercido en interés de las generaciones presentes y futuras²⁰. El patrimonio cultural viene considerado por nuestro autor como patrimonio de la Humanidad «por afectación» (que distingue del patrimonio de la Humanidad «por naturaleza» referido al espectro radioeléctrico, al espacio extraatmosférico, a los grandes fondos marinos y el alta mar y a la Antártida) en la medida en que se encuentra sometido a las competencias de los Estados, pero que estos conservan y gestionan en interés de las futuras generaciones de acuerdo con la citada idea de *trust*²¹.

Particularmente interesante en este marco de reflexión aparece también la posición de Häberle²². En el mismo sentido que Kiss el conocido autor alemán ha escrito que «cuando la Conferencia de La Haya de 1954 se refiere a la concepción de que cada Estado es fiduciario respecto de toda la Humanidad con relación al patrimonio cultural radicado en su territorio soberano, el Estado constitucional, la Humanidad y la Cultura alcanzan una «nueva proximidad» que debe ser ante todo enfocada teóricamente»²³. Y así, después de analizar las respuestas que los nuevos textos constitucionales ofrecen a la creciente protección internacional de

¹⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *La protección jurídica del Patrimonio Cultural*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, 1, 1997, págs. 65-66.

¹⁸ A. Ch. KISS, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*. Recueil des Cours. Academie de Droit International. Tomo 175, 1982, II, págs. 101 y ss.

¹⁹ Ratificado por España por Instrumento de 9 de junio de 1960 (BOE del 24 de noviembre).

²⁰ KISS, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, cit., pág. 171.

²¹ KISS, cit., pág. 225-242. Sobre la Humanidad como sujeto de derechos, págs. 235 y ss.

²² HÄBERLE, P., *La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, 1998, págs. 11 y ss.

²³ HÄBERLE, cit., pág. 13.

los bienes culturales y que manifiestan cómo en gran medida la cultura se ha convertido en el cuarto elemento del Estado, nos propone una serie de puntos de reflexión o tesis sobre la construcción jurídica de la Humanidad en este campo de la protección de los bienes culturales. Del contenido de los citados Convenios de 1954 y 1972 deduce el autor alemán la existencia de una «comunidad mundial (entendida jurídicamente) de Estados culturales»; todas las cláusulas de los mismos evocan la idea de fideicomiso al aparecer los Estados contratantes como «fideicomisarios» de su propia cultura. Es a través, precisamente, de esta vía como la Humanidad –citada de manera expresa en los Convenios– se convierte en un tema constitucional. A la vista de la mutua interdependencia de la protección nacional e internacional de los bienes culturales cabe plantear –escribe Häberle– la cuestión de si las propias Constituciones de los Estados piensan ya «internamente» en la Humanidad o en el mundo como magnitudes conceptuales de valor fundamental²⁴.

La consideración del Camino de Santiago como patrimonio mundial por la citada normativa internacional hace que le sean, naturalmente, aplicables todas estas reflexiones cuyo desarrollo no puede llevarse a cabo en el marco de estas líneas. Lo cierto es –y esto es lo que quiero subrayar ahora– que alguna consecuencia jurídica ha de tener, necesariamente, la adjudicación al Camino de tal carácter con vistas a una conservación y a una protección más eficaz del mismo.

En el ámbito europeo se ha utilizado otra perspectiva a la hora de abordar la temática del Camino. La técnica utilizada ha sido su consideración como itinerario cultural europeo o, más exactamente, como itinerario europeo de peregrinación.

En efecto, el 28 de junio de 1984 el Consejo de Europa adopta la Recomendación 984 relativa a los itinerarios europeos de peregrinación en donde se reconoce la importancia histórica del Camino y se proponen al Comité de Ministros una serie de acciones con el objetivo de su revitalización y promoción. En la citada Recomendación se fomenta la cooperación entre los Estados miembros en la preservación de los itinerarios internacionales de peregrinación y se estimula a las ciudades situadas a lo largo de los mismos a que lleven a cabo acciones tendentes a la conservación de los edificios que allí se encuentren. Se promueve igualmente el turismo cultural a lo largo de estas rutas y se autoriza la utilización de un emblema especial del Consejo de Europa a las ciudades e instituciones que colaboren en la promoción de las rutas de peregrinación. En la Declaración de Santiago de Compostela del 23 de octubre de 1987 se defi-

²⁴ HÄBERLE, cit., pág. 35; la misma idea en pág. 37. Vid. en general la formulación de sus propuestas en págs. 30 y ss.

nen las que deben ser las líneas de actuación sobre el Camino: identificación y señalización del mismo y desarrollo de programas de restauración y de animación cultural²⁵.

Las líneas de actuación o directrices contenidas en estos textos, si subrayan claramente la importancia histórica y cultural del Camino, dejan, claro está, planteado el tema del grado de vinculación que para los Estados miembros del Consejo de Europa por los que discurre la ruta jacobea pueda tener su aplicación. No parece que su carácter de meras recomendaciones posibilite el que puedan desempeñar el papel de normas directamente vinculantes, lo cual no quiere decir que carezcan totalmente de efectos jurídicos respecto de los Estados miembros²⁶.

En lo que respecta a la normativa de la Unión Europea pocas son las conclusiones que podemos obtener para nuestro tema ya que la protección del Camino de Santiago no ha sido por el momento abordada de forma directa. Todavía queda mucho por desarrollar en lo que se refiere, en general, a la competencia cultural de las instituciones europeas. Poco es, en todo caso, lo que podemos obtener de la excepción prevista en el artículo 36 TCE si no es, precisamente, la competencia estatal de los Estados miembros para determinar el contenido del patrimonio artístico, histórico o arqueológico; la normativa comunitaria relativa a la exportación y restitución de bienes culturales difícilmente puede, por lo demás, encontrar aplicación en un bien como el Camino de Santiago. Puede citarse aquí, con todo, la Declaración de los Ministros de Cultura de 17 de mayo de 1993 relativa al Camino, en donde se apoyan las iniciativas

²⁵ Sobre las actividades llevadas a cabo en el marco de estas líneas de actuación, vid. la Nota de la Secretaria General del Consejo de Europa, preparada por la Dirección de Medio Ambiente y Poderes Locales del 31 de marzo de 1989. El texto de esta Nota puede consultarse en CORRIENTE CÓRDOBA, *Protección jurídica*, cit., págs. 88-91.

²⁶ Cfr. BARRERO RODRIGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas-Instituto García Oviedo, Madrid, 1990, págs. 109-110. ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Tomo I, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, págs. 247-249. En todo caso ha de recordarse que el segundo punto de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 16/1985, de 25 de junio, sobre el Patrimonio Histórico Español advertía que la actividad de las Administraciones a quienes corresponda la ejecución de la Ley «estará encaminada al cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones que, para la protección del Patrimonio Histórico, adopten los Organismos internacionales de los que España sea miembro». Por su parte, el artículo 15, letra b, del Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949 (Instrumento de adhesión de 24 de noviembre de 1977) había establecido que «las conclusiones del Comité de Ministros podrán, si hubiere lugar a ello, revestir la forma de recomendaciones a los Gobiernos. El Comité podrá invitar a éstos a poner en su conocimiento las medidas que han tomado respecto a dichas recomendaciones». En general, sobre el alcance jurídico de las Recomendaciones de los Organismos Internacionales, vid. SOBRINO HEREDIA, capítulo VII de DIEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, págs. 141 y 145.

llevadas a cabo por los Estados miembros en relación con su restauración y conservación, partiendo del hecho de su consideración como patrimonio cultural común europeo²⁷.

Naturalmente ha sido en el seno del Ordenamiento interno donde el Camino de Santiago ha encontrado una cada vez más intensa atención normativa por parte de las Comunidades Autónomas por las que discurre la ruta²⁸.

En todo caso, y en este ámbito del Derecho interno, ha de partirse del viejo Decreto 2224/1962, de 5 de septiembre, que declaró Conjunto Histórico-Artístico al Camino de Santiago, comprendiéndose en el mismo «los lugares, edificios y parajes conocidos y determinados actualmente y todos aquellos otros que en lo sucesivo se fijen y delimiten por el Patronato que se crea por este mismo Decreto» (artículo 1º). Se trataba de la primera norma que, al aplicar globalmente la citada categoría de Conjunto Histórico-Artístico al Camino, contribuía decisivamente a su protección; algún autor²⁹ la ha considerado, por ello, como un paso importantísimo en la protección del patrimonio cultural español. Más aún, en 1962 se introducía, de hecho, una nueva categoría de protección que excedía de la noción de Conjuntos en sentido estricto, prevista en la entonces vigente Ley sobre el Patrimonio Histórico-Artístico de 13 de mayo de 1933, al abarcar, como acabamos de ver, no solamente los inmuebles, sino también los parajes naturales y las vías de comunicación³⁰. El Decreto 2224/1962 fue derogado posteriormente por el Real Decreto 736/1993, de 14 de mayo³¹, aunque «sin perjuicio de la consideración, denominación y régimen jurídico que corresponde al Camino de Santiago en virtud de lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español». Recuérdese que dicha Disposición Adicional Primera disponía que los bienes que con anterioridad a la Ley hubiesen sido declarados histórico-artísticos pasaban a tener la consideración de Bienes de Interés Cultural. Sea como fuere, lo cierto es que, en la práctica, no se llevó a cabo una de-

²⁷ Vid. el texto en CORRIENTE CÓRDOBA, cit., pág. 108; señala M^a. B. BERMEJO, *A protección jurídica*, cit., págs. 452-453, que el 11 de junio de 1997 se constituyó en el seno del Parlamento Europeo el llamado Intergrupo del Camino de Santiago.

²⁸ Cfr. los datos que proporciona CORRIENTE CÓRDOBA, cit., pág. 48

²⁹ GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *La protección jurídica del patrimonio cultural*, cit., pág. 61

³⁰ Circunstancia que también resalta GARCÍA FERNÁNDEZ, op. et loc. cit. Vid. también MEILÁN GIL, J.L., *La regulación jurídica del Camino de Santiago desde la perspectiva del Estado autonómico*, en Estudios Jurídicos sobre el Camino de Santiago, FIGEAC, Santiago, 1994, págs. 13-14.

³¹ Este Real Decreto desarrollaba determinadas disposiciones de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, sobre beneficios fiscales aplicables al Año Santo Compostelano 1993.

finitiva y clara delimitación del trazado del Camino bajo la vigencia del citado Decreto 2224/1962³².

Ya bajo la Constitución de 1978, y por razones competenciales, se planteó la necesidad de coordinar las actuaciones del Estado con las de las Comunidades Autónomas que atravesaba el Camino de Santiago, y el único medio para ello era la vía convencional. La iniciativa, sin embargo, se produjo originalmente en el seno de la misma Administración del Estado en la forma de un Convenio interministerial³³. En efecto, el 8 de abril de 1987 se firmaba un Convenio para la recuperación y revitalización del Camino de Santiago por los Ministerios de Obras Públicas y Urbanismo, Cultura y Transportes, Turismo y Comunicaciones y con un plazo de duración inicial de cuatro años. Se preveía en dicho Convenio la creación de un Consejo Coordinador y de una Comisión Técnica de expertos así como se señalaban una serie de actuaciones a realizar dirigidas, fundamentalmente, a la ordenación, recuperación y restauración del Camino. El Convenio quedaba, en todo caso, abierto a la adhesión de las Comunidades Autónomas implicadas; y así por Acta de Adhesión de 22 de octubre de 1987 las Comunidades Autónomas de Aragón, Castilla y León, Galicia, La Rioja y Navarra pasaban a formar parte de dicho Convenio, integrándose en su Consejo Coordinador. Más tarde, y en el marco del Convenio de 1987, el 28 de enero de 1989 se suscribía un Acuerdo de Colaboración entre las Comunidades Autónomas de Castilla y León, Galicia, La Rioja, Navarra y Asturias (que se incorpora poco después) con la Secretaría General de Turismo del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones cuyo ámbito específico era el de la actuación turística.

Hay acuerdo general en estimar que estos primeros intentos coordinadores fracasaron por falta de una adecuada organización y de un decidido apoyo financiero³⁴.

³² Cfr. RAPOSO ARCEO J., MUIÑO FIDALGO, L., *La protección jurídica del Camino de Santiago*, en Estudios jurídicos sobre el Camino de Santiago, cit., págs. 32 y ss. Como inconvenientes a la delimitación del Camino los autores señalan los siguientes: tramos invadidos por explotaciones agrícolas y ganaderas, asentamientos poblacionales situados en los límites del Camino, existencia de carreteras trazadas sobre el primitivo recorrido del Camino y existencia de explotaciones mineras, piscícolas, hidráulicas y forestales determinantes de un notorio impacto ambiental.

³³ LÓPEZ RAMÓN ha advertido oportunamente que «a primera vista resulta sorprendente la firma de un convenio interministerial con objetivos coordinadores, dado que los Ministerios carecen de personalidad jurídica y la coordinación es un principio básico de la actuación administrativa, según el art. 103.1 de la Constitución». *La protección jurídica del Camino de Santiago en Aragón*, en Revista Galega de Administración Pública, 3, 1993, pág. 157.

³⁴ LÓPEZ RAMÓN, F., cit. pág. 158. BERMEJO LÓPEZ, B., *El Camino de Santiago como bien de interés cultural*, cit., págs. 78, 354.

El segundo intento coordinador tomó ya la forma de Convenio inter-autonómico, sin la participación del Estado. Con vistas a la celebración del Año Santo Jacobeo de 1993 las Comunidades Autónomas de la ruta francesa (Aragón, Castilla y León, Galicia, La Rioja y Navarra) suscribían el 15 de marzo de 1991 un Convenio cooperación para la recuperación y revitalización del Camino por el que se comprometían a elaborar, en el ámbito de sus competencias, un programa de actuaciones. Se establecía un plazo de vigencia de cinco años y se creaba una Comunidad de Trabajo con sede en Santiago de Compostela. Aunque algunas Comunidades Autónomas elaboraron programas de actuación, no puede decirse que la vía convencional, en lo referente a la coordinación, haya dado los frutos que de ella se esperaban³⁵. En todo caso es curioso observar que en la misma fecha de la firma del Convenio, las mismas Comunidades Autónomas adoptasen un Acuerdo de petición al Gobierno de la Nación de creación de un Consejo Jacobeo y de tramitación de una Ley de beneficios fiscales y emisión de deuda pública a cargo del Estado para la realización de sus respectivos programas sobre el Camino. La creación del Consejo Jacobeo se llevó a cabo por Real Decreto 1530/1991, de 18 de octubre, en el que se le define como «órgano de colaboración entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas para las actuaciones que se prevean en relación con el Camino de Santiago» (artículo 1º). La composición establecida en el citado Real Decreto era la de seis representantes del Estado y nueve de las Comunidades Autónomas (a las Comunidades Autónomas de la ruta francesa se añadían las del País Vasco, Cantabria y Asturias) y sus funciones se describían como de estudio y propuesta de las «acciones de protección y recuperación del Camino de Santiago, su promoción y difusión cultural, la conservación y restauración del patrimonio histórico-artístico, la ordenación y promoción turística, y la asistencia al peregrino» (artículo 3º)³⁶. Actualmente el Consejo Jacobeo se rige por el Real Decreto 1095/1997, de 4 de julio, que ha aumentado la representación estatal en el mismo (diez representantes) respecto de la de las Comunidades Autónomas (nueve representantes).

Ya se ha señalado que todos estos intentos de coordinación no han dado hasta el momento los resultados apetecidos. Las Comunidades Autónomas, por otro lado, han tendido a ejercer directamente sus competencias en el tema del Camino a través de los más variados instrumentos jurídicos. Es por ello forzoso hacer ahora referencia, aunque de manera general, al Ordenamiento autonómico en la materia, con una especial

³⁵ LÓPEZ RAMÓN, F., cit., pág. 159.

³⁶ LÓPEZ RAMÓN, F., cit., págs. 156 y 160, ha reclamado para el Consejo Jacobeo el reconocimiento de funciones resolutorias en el marco de las eventuales competencias estatales sobre el Camino.

atención al de la Comunidad Autónoma de Galicia, donde la regulación jurídica del Camino, como ya he tenido ocasión de indicar, se ha realizado al mayor nivel normativo.

La normativa autonómica, con distinto grado normativo, se ha venido refiriendo, fundamentalmente, a la regulación de la delimitación y señalización de las distintas rutas jacobeanas, a su ordenación, protección y utilización, así como a la creación de distintos órganos administrativos para la recuperación y revitalización del Camino. No es posible, naturalmente, traer aquí toda esta normativa y me limitaré a citar, como ejemplo, la más significativa con la intención de mostrar el creciente interés que las Comunidades Autónomas por las que discurren las rutas jacobeanas han venido demostrando por esta temática³⁷:

■ Aragón: Decreto 96/1988, de 24 de mayo, de creación de la Comisión Técnica de Coordinación para la Recuperación y Revitalización del Camino de Santiago, cuyas funciones se enmarcan en los objetivos que se proponía el citado Convenio de 1987. La identificación y delimitación física de la ruta y del entorno afectado se llevó a cabo por Resolución de 26 de abril de 1993 de la Dirección General de Patrimonio Cultural y Educación de la Diputación General de Aragón. Debe resaltarse que la delimitación del entorno se define por una banda de terreno de 30 metros de anchura a cada uno de los lados del Camino, excepto en los núcleos de población, en los cuales, además, se afecta, fundamentalmente, el casco urbano medieval, conforme a la descripción y documentación gráfica contenida en los Anexos a dicha Resolución.

■ Navarra: La Ley Foral 6/1987, de 10 de abril, de Normas Urbanísticas Regionales para la Protección y Uso del Territorio incluye al Camino de Santiago dentro de la categoría del suelo no urbanizable denominada suelo de afecciones específicas (artículo 5º-6, letra g). Su régimen de protección se remite al previsto en esta misma Ley para los caminos públicos, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985 (artículo 30-2º). La Disposición Adicional Tercera de la Ley Foral ordenaba al Gobierno de Navarra la aprobación en el plazo de un año, mediante Decreto Foral, de la delimitación gráfica del Camino. El Decreto Foral 107/1988, de 8 de abril, llevó a cabo una delimitación provisional y reguló, también

³⁷ Utilizo fundamentalmente la recopilación normativa realizada por CORRIENTE CÓRDOBA, *Protección jurídica del Camino de Santiago*, cit., págs. 261 y ss. También la citada por BERMEJO LÓPEZ, B., *El Camino de Santiago como bien de interés cultural*, cit., págs. 79 y ss. y por GRANADO HIJELMO-FERNÁNDEZ DE LA PRADILLA, *La Rioja y el Camino de Santiago. Estudio histórico y jurídico*. Xunta de Galicia, s. f., págs. 109 y ss.

provisionalmente, el régimen de protección del Camino a su paso por Navarra. Sometida a exposición pública dicha delimitación provisional y resueltas las alegaciones presentadas, el Decreto Foral 290/1988, de 14 de diciembre, procedió a la delimitación definitiva y a la regulación del régimen de protección. Según dicha regulación el Camino queda constituido por una franja de tres metros de ancho, una zona de servidumbre de igual anchura y una franja de protección del entorno de treinta metros³⁸.

■ La Rioja: El Decreto 20/1988, de 20 de mayo, crea una Comisión para la Recuperación y revitalización del Camino de Santiago con funciones de planificación, promoción y coordinación de las distintas actuaciones sobre el Camino. Pero quizás lo más destacable sea el Plan Especial de Protección del Medio Ambiente Natural de La Rioja (PEPMAN) de 28 de junio de 1988 en el que, por primera vez, se aborda la recuperación y regulación del Camino³⁹. El Camino viene expresamente mencionado en la Normativa General del Plan (artículo 32º-2, incluido en la Sección VII referida a la «protección de los Yacimientos de Interés Científico y de la Construcción de Interés Histórico-Cultural») y se establece una delimitación preliminar del mismo con una banda de protección de 250 metros de ancho (Anexo al Plan nº 63, HA-1).

■ Castilla y León: también aquí se creaba por Decreto 286/1987, de 10 de diciembre, una Comisión para la Recuperación y Revitalización del Camino de Santiago, cuya composición fue varias veces modificada con posterioridad⁴⁰. Habrá que esperar a la Resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 18 de marzo de 1993 para la incoación del expediente de delimitación del «Camino francés». En di-

³⁸ Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M^a, *El Camino de Santiago en Navarra: notas jurídicas*, en Revista Jurídica de Navarra, 15, 1993, págs. 257 y ss., en concreto, págs. 259-261, con una descripción general de la normativa aplicable. Puede reseñarse igualmente, en aplicación del acuerdo del Gobierno de Navarra de 28 de enero de 1988, la aprobación en julio de ese mismo año de un detallado Programa de Recuperación y Revitalización del Camino de Santiago. Con el fin de delimitar de forma más precisa el ámbito territorial del Camino se dictó posteriormente la Orden Foral 107/1993, de 23 de abril. Vid. ambos textos en CORRIENTE CÓRDOBA, *Protección jurídica*, cit., págs. 323 y ss. y 413 y ss.

³⁹ Cfr. GRANADO HIJELMO, I., *La Rioja y el Camino de Santiago: estructuras jacobeanas del sistema riojano*, en Revista Galega de Administración Pública, 2, 1992, págs. 151 y ss., en concreto págs. 216 y ss. GRANADO HIJELMO-FERNÁNDEZ DE LA PRADILLA, *La Rioja y el Camino de Santiago*, cit., págs. 73-81 y 178-204. El texto del Plan en CORRIENTE CÓRDOBA, cit., págs. 436 y ss.

⁴⁰ Decretos 71/1988, de 20 de abril, 32/1996, de 15 de febrero y 108/1997, de 15 de mayo.

cha Resolución se incluía como Anexo I una relación de términos municipales y núcleos urbanos de las provincias de Burgos, Palencia y León por los que transcurre el Camino de Santiago y como Anexo II una documentación gráfica del trazado del mismo. Se establecía, además, que la delimitación del Camino vendría definida por una banda de 100 metros a cada lado de los distintos itinerarios rurales, ampliándose o reduciéndose conforme a la documentación gráfica anexa; en los itinerarios urbanos la delimitación era la incluida en dicha documentación gráfica. La delimitación definitiva se ha llevado a cabo, recientemente, por Decreto 324/1999, de 23 de diciembre.

■ País Vasco: La Orden de la Consejería de Cultura de 15 de junio de 1993 determinaba la incoación del expediente de identificación y delimitación de la ruta jacobea, la cual venía descrita en el Anexo I con base en dos itinerarios (Camino de Costa y Camino Interior). La Orden incluía una relación de lugares y elementos vinculados al Camino de Santiago en el Anexo II y una descripción gráfica en el Anexo III. Se disponía, además, que el Camino de Santiago a su paso por Euskadi quedaría integrado por la ruta descrita en los citados Anexos y una franja de 30 metros de anchura a cada uno de los lados del mismo, excepto en los núcleos de población, en los cuales el casco urbano medieval se vería afectado en los términos fijados o que se fijasen en la tramitación del expediente⁴¹. La delimitación definitiva acaba de ser aprobada por Decreto 14/2000, de 25 de enero.

■ Cantabria: la Orden de 8 de mayo de 1991 creó también una Comisión para la Recuperación y Revitalización del Camino de Santiago; Orden que fue derogada por la 36/1997, de 28 de junio, de creación de la Comisión Regional del Camino de Santiago.

■ Asturias: el Decreto 3/1996, de 8 de febrero, crea la Comisión para la Identificación, Recuperación y Revitalización del Camino de Santiago y el Decreto 83/1997, de 30 de diciembre, la Comisión Jacobea del Principado de Asturias, como órgano consultivo en la materia. Por su parte la Resolución de 6 de abril de 1994 (complementada por la de 26 de noviembre de 1997) acuerda incoar expediente de delimitación de la zona afectada por el Conjunto Histórico del Camino de Santiago, en el que se distinguen también una ruta del interior y una ruta de la costa. El Anexo I de la Resolución contiene una lista de los Concejos y núcleos de población por los que discurre el Camino y el

⁴¹ Debe observarse que el artículo 14º de la normativa del régimen de protección del Camino (vid. CORRIENTE CÓRDOBA, cit., págs. 504 y ss.) definía dos zonas de protección: una zona de servidumbre de 3 metros de anchura y una zona de afección de 30 metros.

Anexo II describe el trazado de las rutas a través de una representación gráfica. La delimitación del entorno del Camino se define por una banda de 100 metros a cada lado de los distintos itinerarios rurales; en los itinerarios urbanos la delimitación de dicho entorno afectará únicamente a las parcelas colindantes con el mismo.

■ Galicia: las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento de las cuatro provincias gallegas publicadas por Resolución de la Consejería de Ordenación del Territorio y Obras Públicas de 10 de enero de 1990, habían ya previsto la «delimitación pormenorizada del Camino de Santiago»; poco después las Normas publicadas por Resolución de 14 de mayo de 1991 disponían que «hasta la aprobación del planeamiento específico para la protección del Camino de Santiago, el trazado del mismo conocido como Camino Francés y su entorno será considerado como conjunto inventariado, a los efectos de aplicación de estas normas, señalándose una franja de protección de 100 metros». Al igual que en las Normas de 1990 se incluía una lista de los municipios afectados. La Resolución de la Dirección General del Patrimonio Histórico y Documental de 12 de noviembre de 1992 concretó y definió la delimitación del Camino de Santiago (Camino Francés); en dicha Resolución se contiene una descripción del trazado del Camino en los doce municipios afectados así como una representación gráfica del mismo. Pero lo que aquí ha de reseñarse sobre todo es que la Comunidad Autónoma de Galicia ha aprobado, como ya sabemos, una Ley específica, la 3/1996, de 10 de mayo, de protección de los Caminos de Santiago, a la que me referiré inmediatamente⁴².

⁴² Como normativa referente a nuestra temática puede citarse también el Real Decreto 260/1991, de 1 de marzo, de creación del Real Patronato de la Ciudad de Santiago de Compostela en donde se preveía la constitución de un Consorcio al amparo del art. 87 de la Ley Básica de Régimen Local de 1985, cuyos Estatutos fueron publicados por Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Relaciones Institucionales de 13 de abril de 1992. Con vistas a la celebración del Año Santo de 1993, el Decreto 23/1991, de 1 de febrero, creó el cargo de Comisario Jacobeo de Galicia como órgano de propuesta y coordinación de actividades para la potenciación del Camino. El Decreto 169/1994, de 2 de junio, (modificado más tarde por Decreto 325/1996, de 26 de julio) dio existencia oficial al Comité Internacional de Expertos del Camino de Santiago.

4. La problemática de la naturaleza jurídica del Camino. Una cuestión previa: el tema de la delimitación del Camino. La doble dimensión del Camino: su carácter demanial y su valor cultural

Hemos podido comprobar como una gran parte de la normativa antes citada se ha preocupado por regular el procedimiento de delimitación del Camino; operación previa y necesaria para hacer posible, a continuación, la aplicación al mismo de las distintas técnicas de protección.

En tema de delimitación del Camino ha de tenerse en cuenta que la Ley gallega 3/1996, de 10 de mayo, de Protección de los Caminos de Santiago (en adelante LPCS) ha distinguido entre una ruta principal o «Camino francés» y otras rutas, que quedan fuera de muchas de sus disposiciones, y a las que enumera con los nombres de «Camino portugués», «Ruta de la Plata», «Camino del Norte», «Camino de Fisterra», «Camino Inglés» y «Ruta del Mar de Arousa y Ulla» (artículo 1-3º y 4º). En todo caso, todas las rutas jacobeanas se ven sometidas al mismo procedimiento de delimitación previsto en el artículo 5 de la Ley.

Quizás sería oportuno advertir que la delimitación se refiere, simplemente, a la identificación física del trazado histórico del Camino sin que ello conlleve una declaración sobre la situación jurídica concreta de los distintos tramos. La operación de delimitación no tiene, por consiguiente, como consecuencia automática la conversión de los tramos que se encuentren en manos privadas en bienes demaniales, a pesar de la declaración general de la demanialidad del Camino contenida en la misma Ley (artículo 2-1º). Si como ha dicho F. López Ramón el Camino se identifica como un concepto jurídico indeterminado, ello quiere decir, todo lo más, que la delimitación de su trazado ha de realizarse, necesariamente, con base en criterios históricos documentados (de «rutas históricas reconocidas documentalmente» habla el artículo 1-2º LPCS). Pero a través de la delimitación no se está llevando a cabo modificación alguna del derecho de propiedad sobre tramos concretos. La LPCS quiere, sí, que la vía jacobea tenga naturaleza demanial y por ello asigna a su delimitación el efecto de llevar implícita la declaración de interés social y la necesidad de ocupación de los bienes y adquisición de derechos a los fines de expropiación forzosa, de ocupación temporal o de imposición o modificación de servidumbres (artículo 5-5º)⁴³.

⁴³ Nótese, por cierto, la utilización por la LPCS del interés social, y no de la utilidad pública, como *causa expropriandi* en el caso del Camino de Santiago. La Ley ha entendido así que no estamos aquí ante exigencias del funcionamiento de las Administraciones públicas, sino, mucho más correctamente, ante un interés prevalente al de los propietarios individuales. En el mismo sentido, ALONSO GARCÍA J, cit., pág. 139. En

En todo caso es necesario subrayar ya la doble dimensión del Camino como espacio físico con vocación demanial y, sobre todo, como hecho cultural al que aquel sirve de soporte. Un soporte que se quiere, pues, de dominio público tal como declara la LPCS (artículo 2-1º) en la forma de vía de uso público o, quizás más exactamente, en la forma de camino público con unas características y limitaciones especiales⁴⁴.

Por exigencias del principio de la reserva legal en la materia, establecido constitucionalmente, y dentro de la libertad de configuración reconocida al legislador por nuestro Tribunal Constitucional⁴⁵, es la propia LPCS la que efectúa la declaración de demanialidad del trazado autonómico de la ruta jacobea; declaración cuyos efectos prácticos han de producirse, de hecho, sobre los tramos que, estando todavía en manos privadas, se vayan recuperando en los términos que ya nos son conocidos (artículo 2-3º de la LPCS en relación con el 5-5º), ya que es lo cierto que el resto discurre por caminos cuya naturaleza demanial no ha sido puesta en cuestión (artículos 339-1º CC, 3-1º RBEL, etc.).

La LPCS (artículo 2-2º) extiende la naturaleza demanial del Camino exclusivamente a los terrenos que ocupa y a sus elementos funcionales⁴⁶, con lo que quedan excluidas de tal naturaleza sus zonas de influencia⁴⁷. Su utilización viene igualmente fijada por la Ley como sendero peatonal, como vía ecuestre y como vía para vehículos sin motor, advirtiéndose, con todo, que dicha utilización en ningún caso podrá suponer un peligro de destrucción o deterioro ni realizarse de forma incompatible con los valores que encierra (artículo 9-1º). En lo que respecta a la titularidad pública de los distintos tramos del Camino lo normal es que nos encontremos ante supuestos distintos; una veces serán vías locales, otras, vías autonómicas, estas últimas fruto, en gran parte, de los tramos del Camino histórico que, de conformidad con el artículo 2-3º LPCS, se vayan recuperando de manos privadas⁴⁸. En todo caso lo que parece claro es que, en virtud de la citada declaración general de demanialidad, la titularidad privada de tramos del Camino aparece

general, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA-TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 7ª edición, Civitas, Madrid, 2000, págs. 233-234.

⁴⁴ Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, *El Camino de Santiago en Navarra*, cit., pág. 262. ALONSO GARCÍA, J., *La protección*, cit., pág. 97. BERMEJO LÓPEZ, B., *El Camino de Santiago*, cit., pág. 51.

⁴⁵ Vid. las STC 227/1988, de 29 de noviembre, y 149/1991, de 4 de julio.

⁴⁶ Los elementos funcionales son los descritos en el artículo 9-2º LPCS.

⁴⁷ LÓPEZ RAMÓN, F., cit. pág. 151.

⁴⁸ Vid. ALONSO GARCÍA, J., cit., pág. 101, que habla en este sentido de un bien de titularidad compartida. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, cit., pág. 261 se refiere también a la titularidad municipal y autonómica.

en la Ley como una situación jurídica provisional hasta tanto la vía expropiatoria no unifique su naturaleza. Mientras esto no se produzca se constituye sobre los tramos todavía no recuperados una servidumbre pública para el paso del Camino sobre propiedad privada de una anchura de tres metros (artículo 2-3°).

Estas consideraciones nos llevan también a afirmar la inaplicabilidad en nuestro caso del supuesto de las desafectaciones presuntas. Con independencia de la desaparición de tal tipo de desafectaciones en el vigente Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL) de 13 de junio de 1986, lo cierto es que de la misma LPCS se deduce claramente que la declaración de demanialidad se refiere exclusivamente a los tramos del Camino que se hallen en manos públicas, a los que, por consiguiente, es aplicable el correspondiente procedimiento de deslinde (artículos 5-2° y 7). Esta declaración no se extiende, como ya se ha observado, a los tramos del Camino que se encuentran en manos privadas, a los que la Ley impone, según acabamos de ver, una servidumbre pública mientras no se recuperen para el demanio a través de la expropiación.

En su doble dimensión el Camino de Santiago es –como se afirma en el artículo 4 LPCS– un «bien de dominio público cultural». Lo que quiere decir que la naturaleza demanial está al servicio de esa otra naturaleza que convierte al Camino de Santiago en un bien cultural, en el sentido bien conocido por nuestra legislación y nuestra doctrina. Es, precisamente, esta naturaleza superpuesta de bien cultural la que explica las técnicas de protección que al Camino se le aplican.

En cualquier caso la distinción entre la cosa como elemento material de intereses de naturaleza patrimonial y como elemento de intereses de naturaleza inmaterial y pública de la que nos hablaba M. S. Giannini en su conocido trabajo⁴⁹ está llamada a desaparecer en el caso concreto del Camino pues, como ya sabemos, lo que aquí se pretende es una identificación última entre su consideración como bien de dominio público y su caracterización como bien cultural en sentido amplio. Si en el plano conceptual siempre se podrá distinguir el aspecto demanial del cultural, una vez recuperados los tramos privados del Camino, su régimen jurídico será, naturalmente, el mismo en todos los supuestos. En este sentido la propia legislación autonómica sobre el patrimonio cultural aplica, expresamente, a los bienes culturales declarados y catalogados propiedad de la Comunidad Autónoma o de las Entidades locales (como está llamado a ser el caso de las rutas jacobeanas) las características propias de los bienes demaniales (así los artículos 30-1° de la Ley gallega

⁴⁹ *I beni culturali*, en Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1976, págs. 3 y ss.; en especial págs. 23-26.

8/1995, de 30 de octubre, 28-1º de la Ley catalana 9/1993, de 30 de septiembre, o 27 de la Ley vasca 7/1990, de 3 de julio)⁵⁰. El régimen de dominio público aparece así como el régimen jurídico de base a partir del cual se monta el correspondiente a la categoría en la que se ha visto incluido en cada caso el Camino como bien cultural.

La incidencia de la competencia autonómica en nuestro tema ha traído como consecuencia el que el Camino se haya visto incluido en las más diversas categorías de bien cultural. En todo caso, habría que partir de su primigenia consideración como «Conjunto Histórico-Artístico» en el citado Decreto 2224/1962 en la medida en que ha sido salvada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE)⁵¹. No se trata aquí, por supuesto, de proceder a una interpretación del contenido de dicha categoría ni de analizar su idoneidad para describir el bien cultural constituido por la ruta jacobea sino, más simplemente, poner de manifiesto el hecho de la convivencia de la declaración estatal con las categorías adjudicadas al Camino por las distintas legislaciones autonómicas, lo cual plantea, como enseguida veremos, la problemática de su mutua compatibilidad. En el caso concreto de Galicia la LPCS ha incluido al Camino en la categoría de «territorio histórico» (artículo 4), prevista en la Ley autonómica 8/1995, de 30 de octubre, del patrimonio cultural (artículos 8-3º y 4º,d, y 48-1º LPCGa). La doctrina que se ha ocupado de este tema no ha dejado de proponer, por su parte, la adopción de alguna categoría específica que se adaptaría mejor a la naturaleza del Camino; en este sentido se ha hablado, por ejemplo, de «bien cultural de conjunto», de «bien cultural ambiental», de «macro conjunto o conjunto-itinerario», de «ruta histórico-artística o ruta cultural», etc.⁵². Lo cierto es que el tratamiento diferenciado del Camino en cuanto bien de interés cultural, con asignación de las más variadas categorías por parte de la legislación de las Comunidades Autónomas por las que este discurre, está exigiendo una imprescindible colaboración entre ellas si no se quieren crear situaciones de tratamiento desigual y perder de vista la unidad del conjunto. Sin poner en entredicho las competencias autonómicas en este campo, sobre cuyo alcance volveré inmediatamente, no parece discutible que haya de reforzarse el protagonismo de los órganos de colaboración, tales como

⁵⁰ Nótese que mientras las Leyes vasca y catalana se refieren sólo a la imprescriptibilidad y la inalineabilidad, la Ley gallega alude expresamente también a la inembargabilidad.

⁵¹ En el mismo sentido la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del patrimonio cultural de Galicia.

⁵² Cfr., entre otros, BERMEJO LÓPEZ, B., cit., págs. 116 y ss., 204. ALONSO GARCÍA J., cit., pág. 96. GARCÍA FERNÁNDEZ J., cit., pág. 61.

el Consejo del Patrimonio Histórico (previsto en el artículo 3 de la LPHE de 1985) y, sobre todo, de manera más específica, el Consejo Jacobeo⁵³. Particularmente útil y oportuna sería la utilización de la vía de los Convenios y la constitución de un Consorcio con presencia de las Comunidades Autónomas y de los Entes locales concernidos. La propia LPCS no ha dejado, por su parte, de prever la utilización de estas posibilidades (artículo 27-2º).

5. La cuestión competencial. La concepción unitaria del Camino y el alcance de la competencia estatal. Los argumentos: carácter supracomunitario, artículo 149.1.1º de la Constitución y reconocimiento internacional

Hemos tenido ocasión de comprobar como las Comunidades Autónomas, y singularmente la de Galicia a través de una Ley específica, han ejercido su competencia sobre los distintos tramos del Camino de Santiago que discurren por sus territorios; ejercicio competencial que vendría fundamentado en expresas disposiciones constitucionales (artículo 148-1-16º de la Constitución) y estatutarias (así, por ejemplo, artículo 27-18º y 19º del Estatuto gallego) y que ha encontrado definitivo refrendo en la STC 17/1991, de 31 de enero.

No es el momento, claro está, de llevar a cabo un detenido análisis de la distribución de competencias en materia de cultura, y más concretamente en materia de patrimonio histórico-artístico, pero sí puede ser interesante el intentar obtener alguna conclusión del hecho de que el Camino, como bien cultural, aparece también como un todo, o si se quiere como un bien cultural unitario, y desde la perspectiva de esa unidad merece también alguna reflexión jurídica.

Parece evidente que la concepción unitaria del Camino nos lleva de rechamente a plantearnos el papel competencial que el Estado puede jugar con relación al mismo. Se trataría, en definitiva, de indagar cual podría ser el fundamento de la competencia estatal en este supuesto concreto a partir de la competencia sobre el patrimonio histórico-artístico, tal como ha quedado establecida en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional. En este sentido tres serían, a mi modo de ver, los argumentos que podrían aducirse para fundamentar la existencia de una competencia del Estado sobre el Camino.

⁵³ LÓPEZ RAMÓN, F., cit., págs. 156, 160-161 ha propuesto la atribución al Consejo Jacobeo de algunas funciones ejecutivas de la Legislación estatal del Patrimonio Histórico.

El primer argumento se derivaría del propio carácter supracomunitario del Camino. Es evidente que la ruta jacobea es insusceptible de ser abordada, como tal, desde la óptica de una única Comunidad Autónoma, pero tampoco, dado su indudable carácter unitario, como una simple suma de tramos autonómicos, sin relación alguna entre sí⁵⁴. Este carácter unitario o supracomunitario, es el que, precisamente, quiere subrayar la Disposición Adicional Primera de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985 al mantener, con independencia de las distintas declaraciones autonómicas, su consideración global de Bien de Interés Cultural, siguiendo la línea establecida por el viejo Decreto 2224/1962⁵⁵.

La citada STC 17/1991, de 31 de enero, al delimitar la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio cultural común, advirtió, recordando jurisprudencia anterior (STC 49/1984, de 5 de abril), que al Estado ha de preservársele todo aquello que precise de tratamientos generales o cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias. Así se comprende que esta misma Sentencia al identificar la competencia estatal en la materia con la defensa del patrimonio cultural contra la exportación y la expoliación, subrayase, acto seguido, que las competencias autonómicas pueden verse limitadas por «la eventual afectación de intereses generales» (FJ 3º). He aquí, por tanto, una expresa alusión al criterio del interés general como determinante de la competencia estatal; criterio que, como parece claro, conecta de forma directa con el carácter unitario del Camino⁵⁶. Es, precisamente, este criterio del interés general el que permitió a la STC 17/1991 determinar el alcance del concepto de defensa contra la expoliación, base constitucional de la competencia estatal (artículo 149-1- 28º CE), con el que se quiere definir «un plus de protección» respecto de los bienes culturales; esto es, una protección estatal adicional respecto de la dispensada por las distintas regulaciones autonómicas, con las que aparece así perfectamente compatible. Protección estatal adicional de unos bienes dotados de características especiales que se traduce, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, en «un conjunto de medidas de defensa que a más de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien, según su naturaleza, en cuanto portador de valores de interés general necesitados, estos valores también, de ser preservados» (FJ 7º).

⁵⁴ Al carácter supracomunitario del Camino aluden LÓPEZ RAMÓN, F., cit., pág. 156. ALONSO GARCÍA, J., cit., pág. 46-47. RODRÍGUEZ-ARANA, J., cit., pág. 93.

⁵⁵ Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, cit., pág. 262.

⁵⁶ Cfr. las consideraciones de carácter general que hace ALEGRE ÁVILA, J. M., cit., págs. 645 y ss.

El principio constitucional de la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149-1-1º de la Constitución) podría constituir también un segundo argumento de apoyo a la competencia estatal en nuestro tema. Se trataría de afirmar, con base en la citada norma constitucional, la existencia de una competencia del Estado para establecer un «mínimo común denominador» en lo que al sistema de protección y tutela del Camino se refiere⁵⁷.

El carácter unitario del Camino –y ello podría valer como tercer argumento– viene también reconocido, como hemos tenido ya ocasión de comprobar, en el nivel internacional. Recordemos, en efecto, su consideración global como patrimonio universal o como itinerario cultural europeo. Este reconocimiento internacional del Camino como bien cultural unitario se impondría, naturalmente, al Estado español, el cual, en el ámbito interno, no podría, pues, dejar de considerarlo en su globalidad si ha de cumplir las Convenciones, Resoluciones y Recomendaciones a las que ya se ha aludido⁵⁸. En virtud, por tanto, de su propia responsabilidad internacional, el Estado español, con independencia de las regulaciones autonómicas, también se vería obligado a considerar al Camino de Santiago como un bien cultural unitario sobre el que debe ejercer las competencias de tutela y protección que les sean propias en los términos que han quedado expuestos.

En definitiva, no creo que exista, pues, obstáculo técnico alguno para que el Estado pueda abordar, en el marco descrito y con independencia de las importantes competencias de las Comunidades Autónomas, la regulación del Camino de Santiago en cuanto bien cultural de carácter supracomunitario. Se trataría así de establecer el «mínimo común denominador» de su régimen jurídico compatible con el establecido en las diferentes regulaciones autonómicas. En este sentido, la legislación estatal podría, como, por lo demás, ya lo ha hecho, considerarlo en su conjunto como un Bien de Interés Cultural e incluirlo en alguna de las categorías que al efecto estableciese⁵⁹. En dicha declaración, y dado el

⁵⁷ ALONSO IBAÑEZ, M^a del R., *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*. Universidad de Oviedo-Civitas. Madrid, 1992, pág. 94.

⁵⁸ Vid. la Disposición Adicional Séptima de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985 en lo que se refiere a la vinculación de las Administraciones públicas a los acuerdos, resoluciones y recomendaciones de los Organismos internacionales.

⁵⁹ Es muy oportuna en este sentido la propuesta que ha hecho L. MARTIN REBOLLO de aplicar en este campo una solución parecida a la de la Ley de Espacios Protegidos, atribuyendo al Estado –previo acuerdo favorable, si se quiere, de la Comunidad Autónoma– la declaración de los bienes de interés cultural, si bien reservando tal categoría a aquellos verdaderos «tesoros» artísticos o históricos (y aquí podría incluirse al Camino) en el sentido de las versiones francesa e inglesa del artículo 36 del Tratado de la Comunidad Europea. *Cultura y Derecho (Perspectiva europea y perspectiva actual)*.

carácter supracomunitario del Camino, el Estado podría igualmente limitarse a establecer un sistema de protección de mínimos que se complementaría con el establecido por las distintas Comunidades Autónomas sobre los tramos que atravesasen sus territorios.

En todo caso parece evidente que el significado supracomunitario del Camino está exigiendo, por ello mismo, una imprescindible colaboración entre el Estado y las correspondientes Comunidades Autónomas. La creación de órganos de coordinación es aquí una evidente necesidad y una clara exigencia de la eficacia. La doctrina no ha dejado de apoyar, en este sentido, el reforzamiento del citado Consejo Jacobeo para una actuación coordinada del Estado y las Comunidades Autónomas sobre el conjunto del Camino de Santiago⁶⁰.

No debe olvidarse, por último, que el Camino es también lugar de encuentro en el ejercicio de una pluralidad de títulos competenciales que pueden afectar, desde distintos ámbitos sectoriales, las competencias directas sobre el Camino, con las que forzosamente han de coordinarse en aras a su mejor protección. Me refiero a títulos competenciales como el de ordenación del territorio y urbanismo, el de medio ambiente, el de carreteras o el del turismo llamados a incidir en su ejercicio en el ámbito del Camino⁶¹. Incidencia que normalmente será de naturaleza protectora como se verá a continuación.

6. Una referencia a las técnicas de protección

A. La protección a partir de la legislación específica sobre el Camino: las zonas laterales de protección

La legislación autonómica específica reguladora del régimen jurídico del Camino de Santiago, singularmente, por lo que a la legislación gallega se refiere, la ya citada LPCS, arbitra un sistema de zonas de protección laterales al mismo, acompañado por un conjunto de deberes, autorizaciones y prohibiciones con la finalidad de su mantenimiento y defensa. En efecto, la LPCS (artículo 6-1º) dispone que habrán de delimitarse a ambos lados del Camino unas zonas laterales de protección que consistirán en dos franjas de terreno de una anchura mínima de tres

El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. R. Martín Mateo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 4213.

⁶⁰ LÓPEZ RAMÓN, F., cit. pág. 156. RODRÍGUEZ-ARANA, J., cit., pág. 93-94. MEILÁN GIL, cit. pág. 25.

⁶¹ Cfr. ALONSO GARCÍA, cit., págs. 58-66. MEILÁN GIL, cit., págs. 21-24. RODRÍGUEZ-ARANA, cit., págs. 87-92.

metros, dentro de las cuales se establecen una serie de limitaciones que la propia Ley enumera. Como norma general (artículo 12) toda actividad en dicha zona requerirá la autorización de la Consejería de Cultura, previo informe preceptivo del Comité Asesor del Camino de Santiago, órgano consultivo creado expresamente por la LPCS. En todo caso se prohíbe expresamente en las zonas de protección: a) el establecimiento de campamentos y, en general, cualquier tipo de acampada colectiva o individual; b) todo tipo de actividad constructiva, salvo la ejecución de obras de infraestructura; c) las explotaciones propias de las carreteras; d) la tala de arbolado, advirtiéndose que, con autorización expresa de la Consejería de Cultura, podrá permitirse la tala aislada de árboles, con obligación de compensar dicha tala con la plantación inmediata de especies autóctonas (artículo 11-2º).

El artículo 16 de la LPCS establece una segunda zona de protección del Camino a la que denomina zona de protección del entorno consistente, en este caso, en dos franjas de 30 metros de ancho en las que el uso del suelo queda sometido a la autorización de la Consejería de Cultura, previo informe preceptivo del citado Comité Asesor del Camino de Santiago. En cualquier caso, la Ley prohíbe en esta zona: a) todo tipo de publicidad; b) la explotación minera; c) la extracción de grava y arena.

En lo que respecta al Camino propiamente dicho, la LPCS parte, como ya es conocido, de una prohibición general al disponer que en ningún caso su utilización o la de sus elementos funcionales podrá suponer un peligro de destrucción o deterioro ni realizarse de forma incompatible con los valores que encierra. Prohibición general a la que se añade la específica de utilización para el tráfico rodado de vehículos de motor en sus tramos no urbanos, con la única excepción de los supuestos en que el Camino sea vial directo de acceso a fincas y viviendas (artículos 9-1º y 10).

En garantía de todo este sistema de protección del Camino la LPCS (Título IV) otorga a los órganos en cada caso competentes una importante potestad sancionadora, cuyo análisis no es posible realizar ahora so pena de desbordar la extensión prefijada de estas líneas.

B. El Plan Especial de Protección y Promoción del Camino de Santiago de la Ley gallega 3/1997, de 10 de mayo (LPCS); su relación con los Planes Especiales de Protección de la legislación sobre el patrimonio histórico-artístico

El artículo 17 de la LPCS establece la obligación de la redacción por parte de la Consejería de Cultura de un Plan Especial de Protección y Promoción del Camino de Santiago. Se trata, pues, de un mandato dirigido directamente a la Administración cultural autonómica que podría, por cierto, hacerse valer a través de la acción popular prevista en la

misma Ley (artículo 19). Este Plan Especial está llamado a constituirse en el instrumento central de protección del Camino donde ha de encontrar acogida la normativa fundamental en esta materia.

En el aspecto procedimental la LPCS dispone que en la tramitación del Plan ha de darse audiencia a todos los Ayuntamientos por los que discurre la ruta jacobea y, antes de ser aprobado por el Gobierno autonómico, ha de venir previamente informado por el ya citado Consejo Asesor del Camino de Santiago.

La existencia de este Plan autonómico especial de protección del Camino en la LPCS ha de plantear inevitablemente el problema de su compatibilidad o, si se quiere, el de su relación con los Planes Especiales de Protección de naturaleza municipal que han sido previstos para los Conjuntos Históricos, los Sitios Históricos y las Zonas Arqueológicas tanto por la legislación estatal (artículo 20 de la LPHE de 1985) como, entre otras, por la propia legislación autonómica gallega (artículos 45-1º y 48-1º de la LPCGa), la cual los refiere también a los «territorios históricos», categoría en la que, como ya nos consta, ha sido incluido el tramo gallego del Camino de Santiago (artículo 4 LPCS).

Lo cierto es que el Plan Especial autonómico aparece como un plan independiente de otras figuras de planeamiento con las que mantiene, en el ámbito específico de la protección del Camino, una clara relación de jerarquía. En efecto, la LPCS (artículo 17-2º) nos recuerda, en este sentido, que la obligatoriedad de este Plan Especial «no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento, cualquiera que sea su naturaleza». Más aún, por disposición expresa de la misma Ley (artículo 18-1º), el planeamiento municipal (y, en su caso, las normas subsidiarias provinciales de planeamiento) deberán incorporar en sus determinaciones y documentos lo dispuesto en el Plan autonómico de protección del Camino.

En definitiva, pues, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, la vinculación al Plan autonómico de protección afecta, por imperativo de la propia LPCS, a los citados Planes Especiales de Protección de carácter municipal previstos en la legislación general, estatal y autonómica, sobre el patrimonio cultural a los que acabo de referirme. Pero, con independencia de esta constatación, lo que también parece cierto es que, como se puede perfectamente comprobar, sobre el Camino inciden una serie de distintos instrumentos de planeamiento (Plan Especial autonómico de la LPCS, Planes Especiales de Protección de carácter municipal de la legislación sobre el patrimonio cultural, Planes urbanísticos), circunstancia que merece alguna reflexión adicional. En este sentido, y con vistas a simplificar la múltiple incidencia planificadora sobre el Camino que se deriva de la LPCS, sería aquí también conveniente plantearse la cuestión del exacto alcance de la obligación municipal de redactar, en todo caso, un Plan Especial de Protección del correspondiente tramo de

la vía jacobea independiente del planeamiento general. La obligación de redactar este específico Plan de Protección me parecería evidente en el supuesto en que la intervención municipal fuese absolutamente necesaria para evitar un deterioro, que podría llegar a ser irreversible sobre determinados tramos del Camino; ante la insuficiencia de las determinaciones del Plan General o, lo que es más frecuente, ante su inexistencia, la obligación impuesta al Municipio por la legislación sobre el patrimonio cultural de redactar un Plan Especial autónomo cobraría todo su sentido, tanto más cuanto que puede no haberse aprobado todavía el Plan autonómico de protección del artículo 17 de la LPCS⁶². Fuera de este supuesto no parece que exista inconveniente técnico alguno para que el contenido legalmente prescrito del Plan Especial de Protección (artículos 20-1º y 2º, 21-3º LPHE y 46 LPCGa) pudiese ser asumido en el propio Plan General⁶³; la misma Ley gallega sobre el patrimonio cultural de 1995 (LPCGa) parece abonar esta posibilidad cuando determina que los territorios históricos (y el Camino, como ya sabemos, ha sido incluido en esta categoría) se ordenarán mediante planes especiales de protección «u otro instrumento de planeamiento que cumpla las exigencias establecidas en esta Ley» (artículo 48-1º)⁶⁴. Por último, sería quizás innecesario advertir que más dificultades técnicas tendría el defender la posibilidad de que el citado Plan Especial autonómico del artículo 17 de la LPCS pudiese sustituir completamente al planeamiento municipal sobre el Camino; no parece que ello pueda derivarse del texto mismo de dicho artículo ni de la legislación sobre el patrimonio cultural que claramente se está refiriendo a planes municipales.

Otro aspecto que merece ser resaltado aquí es el de que la obligatoriedad para la planificación municipal de adaptarse al Plan autonómico (artículo 17-2º, segundo párrafo, LPCS) no produce como consecuencia la desaparición de la necesidad de la previa autorización de la Administración autonómica competente en la materia en todas las actividades que afecten a la vía jacobea. Antes bien, el artículo 18-2º LPCS dispone claramente que «el otorgamiento de licencias municipales para activida-

⁶² Cfr., en este sentido, las reflexiones que hace BARRERO RODRÍGUEZ, *La Ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pág. 565.

⁶³ Cfr. las atinadas reflexiones que, muy recientemente, sobre este punto, y respecto de los Conjuntos Históricos en general, se contienen en el trabajo de T. R. FERNÁNDEZ, *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos: breve denuncia de los excesos al uso*, en *Urbanismo y Edificación*, 1, 2000, págs. 37 y ss., en concreto pág. 40.

⁶⁴ Cfr. en este sentido ALONSO GARCÍA, *La protección jurídica del Camino de Santiago*, cit., pág. 124. Vid. también los artículos 33-2º de la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán, 32-1º de la Ley 1/1991, de 3 de julio, del Patrimonio Histórico de Andalucía, 29 de la Ley 10/1998, de 9 de julio, del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.

des autorizables que afecten al Camino de Santiago, a sus zonas laterales de protección y a la zona de protección del entorno precisará de la resolución previa de la Consejería de Cultura, previo informe preceptivo del Comité Asesor del Camino de Santiago. Por tanto, no podrá otorgarse la licencia hasta que la autorización sea notificada al ayuntamiento»⁶⁵. En lo que se refiere, pues, a la vía jacobea se mantiene el tradicional sistema de la doble autorización administrativa; sistema que, por cierto, no tendría porqué extenderse, en mi opinión, a los Conjuntos Históricos, declarados como tales, que pueda atravesar dicha vía (con inclusión de sus zonas de protección), cuando respecto de los mismos se haya aprobado el correspondiente Plan Especial de Protección o también, como ya se ha advertido, cuando el contenido de este último haya sido asumido por el planeamiento general. Todo ello en coherencia con lo establecido, no sólo en la legislación estatal (artículo 20-4º LPHE), sino también en la misma legislación autonómica; en este sentido el artículo 47-2º LPCGa determina de manera general que en los Conjuntos Históricos «una vez aprobado definitivamente el plan especial de protección, los Ayuntamientos serán competentes para autorizar las obras que lo desarrollen, incluidas las de los entornos de los monumentos declarados, debiendo dar cuenta a la Consejería de Cultura de las licencias concedidas en un plazo máximo de diez días...»⁶⁶. En lo que se refiere, en concreto, a los monumentos puede observarse como el sistema de doble autorización administrativa se excluye solo, de acuerdo con la norma citada, respecto del entorno de aquellos que hayan sido declarados de interés cultural y se hallen integrados en un Conjunto Histórico que cuente con Plan Especial de Protección. Por si hubiese alguna duda el artículo 44-5º LPCGa dispuso expresamente que «en caso del entorno de un monumento declarado de interés cultural, integrado en un conjunto histórico que cuente con plan especial de protección, se regirá por lo establecido en el artículo 47.2 de la presente Ley»⁶⁷.

⁶⁵ Cfr., en el mismo sentido, en la Comunidad Foral de Navarra, el artículo 5-1º del Decreto Foral 107/1988, de 8 de abril.

⁶⁶ Sobre el alcance de la comunicación a la Administración competente en materia de patrimonio cultural, vid. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, tomo II, cit., pág.161.

⁶⁷ Fuera de este supuesto, el régimen general será, respecto de los monumentos, el establecido en el artículo 43 LPCGa en donde se dispone que «en ningún monumento podrá realizarse obra interior, exterior, señalización, instalación o cambio de uso que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes, pertenencias o a su entorno delimitado, sin autorización expresa de la Consejería de Cultura». Por su parte, el artículo 44-1º de esta misma Ley determina que «el entorno de los monumentos estará constituido por los inmuebles y espacios colindantes inmediatos y, en

En otro orden de cosas, sería, quizás, necesario aludir, por último, y en la medida en que ello afecte también al Camino, a las dudas que, sobre todo a partir de la STC 61/1997, de 20 de marzo, podría suscitar el fundamento competencial de la regulación por el Estado de los citados Planes municipales de Protección de los Conjuntos o Sitios Históricos; regulación que, por cierto, como ha sido ya oportunamente resaltado⁶⁸, no fue puesta en cuestión por ninguna de las Comunidades Autónomas que plantearon un recurso de inconstitucionalidad contra la LPHE de 1985. Sobre el tema general del alcance de la competencia estatal sobre el Camino de Santiago he tenido ya ocasión de pronunciarme hace un momento. En el punto concreto de los Planes municipales de protección podría añadirse ahora que la regulación estatal sobre el Camino, aparte de poder establecer, en los términos ya expuestos, un «mínimo común denominador» en materia de planificación protectora, tendría que hacer posible, en mi opinión, una facultad de requerimiento del Estado frente a aquellos Municipios que perseverasen en una actitud de inactividad planificadora en los supuestos en que la pronta redacción de un Plan Especial de Protección (o, si se quiere, del correspondiente instrumento urbanístico) apareciese, previa información suficiente, como algo ineludible para la conservación del correspondiente tramo de la vía jacobea; desatendido el requerimiento se justificaría la adopción por el Estado de las medidas planificadoras indispensables para la conservación del tramo del Camino afectado⁶⁹. Esta posibilidad sería, por lo demás, perfectamente coherente con la interpretación misma que del concepto de expropiación ha adoptado nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia 17/1991) a la hora de describir la competencia del Estado en materia de bienes culturales, extendiendo dicho concepto mucho más allá de su exacto significado gramatical para acabar identificándolo, como ya nos consta, con «un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales» (FJ. 7º)⁷⁰.

casos excepcionales, por los no colindantes o alejados siempre que una alteración de los mismos pueda afectar a los valores propios del bien de que se trate, su contemplación, apreciación o estudio». Sobre el concepto de entorno vid. ALONSO IBAÑEZ, *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo – M. Pons, Madrid, 1994, págs. 77 y ss.

⁶⁸ BARRERO RODRÍGUEZ, *Algunas reflexiones*, cit., pág. 3278

⁶⁹ Dado el carácter supracomunitario del Camino sería sin duda defendible que, en este caso y ante una situación de imperiosa necesidad, el requerimiento estatal pudiese ser dirigido directamente a los Municipios.

⁷⁰ Sobre esta problemática cfr. la posición de BARRERO RODRÍGUEZ, *Algunas reflexiones*, cit., págs. 3290-3293. Vid. también ALONSO IBAÑEZ, *Normas materiales de ordenación urbanística. A propósito de las remodelaciones urbanas en conjuntos históricos*, en Homenaje al Prof. R. MARTÍN MATEO, tomo III, cit. págs. 3335-3339, que alude al artículo

C. La protección del Camino a partir de la legislación sectorial

Puede comprobarse perfectamente como ciertos sectores de la legislación sectorial (ordenación del territorio y urbanismo, medio ambiente, turismo) se preocupan también del hecho cultural a los efectos de dispensarle una protección más eficaz. Sin embargo, esta incidencia en el ámbito del patrimonio cultural no ha dejado de plantear algún problema de relación con la misma legislación específica reguladora de los bienes que lo componen. Es conocido como la legislación específica del patrimonio histórico-artístico ha afirmado siempre su pretensión de prevalencia sobre el resto de las legislaciones sectoriales, y más concretamente, sobre la legislación urbanística⁷¹. Prevalencia que, por lo demás, ha sido ratificada por una constante jurisprudencia de la que suele destacarse, entre otras muchas sentencias, la de 3 de octubre de 1986⁷² de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (ponente S. Ortolá Navarro) que la ha fundamentado en la defensa del derecho social a la cultura. Según el Alto Tribunal «las normas urbanísticas y las que regulan la defensa del patrimonio histórico-artístico responden a hipótesis diferentes; ...en caso de conflicto prevalecen las segundas, en función del aludido derecho a la cultura a cuya defensa responden...».

Sin perjuicio que esta prevalencia haya sido consagrada de manera expresa en la legislación estatal del patrimonio histórico-artístico y en la misma Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (art. 9-1ª), en lo que respecta al Camino de Santiago ha quedado perfectamente reconocida en el citado artículo 18 de su Ley reguladora, en cuyo apartado 3º se dispone, por cierto, que en las zonas laterales de protección del Camino no se permitirán nuevas alineaciones ni aumentos de edificabilidad. Prohibición que, de otro lado, habría que interpretar necesariamente a partir de la Disposición Transitoria Tercera de la propia LPCS, de la que puede deducirse que, en definitiva, es el Plan autonómico de Protección del Camino el que ha de determinar en cada caso concreto el alcance de la misma. De esta forma, y en la misma LPCS, se corrige así la excesiva, e indeseable, rigidez que se derivaría de una

57 bis introducido por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero, en el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la LPHE de 1985, en donde se subraya el carácter subsidiario de la intervención estatal, ya que, según su apartado 5-b, dicha intervención no podrá llevarse a cabo «cuando la Comunidad Autónoma haya adoptado o esté adoptando las medidas de protección previstas en la Ley 16/1985 o en su propia legislación...».

⁷¹ Cfr. Sobre esta temática, PAREJO ALFONSO, L., *Urbanismo y Patrimonio Histórico*, en *Patrimonio Cultural y Derecho*, 2, 1998, págs. 55 y ss.

⁷² Ar. 5287. Un detenido análisis de esta jurisprudencia puede verse en ALEGRE ÁVILA, II, cit., págs. 25 y ss. ALONSO GARCÍA, cit., pág. 61.

aplicación aislada y textual de la norma del 18-3º que impediría en muchos casos una indispensable intervención administrativa⁷³.

En todo caso, y con independencia de las relaciones entre el Ordenamiento del patrimonio histórico-artístico y el Ordenamiento urbanístico, lo cierto es que, como resaltó hace años García de Enterría⁷⁴, no es posible una política de protección del patrimonio cultural al margen de una política urbanística de conjunto. Debe subrayarse, por ello, la importancia de los instrumentos urbanísticos para una protección integral del Camino. En lo que a la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma de Galicia se refiere (y ello puede extenderse a la de otras Comunidades Autónomas) la necesidad de protección de los valores culturales está siempre presente en la regulación que de las determinaciones de los distintos tipos de planes lleva a cabo su Ley del Suelo (Ley 1/1997, de 234 de marzo): planes generales de ordenación municipal (artículos 10-d y 14-c), proyectos de ordenación del medio rural (artículo 9-e) y, sobre todo, planes especiales (artículo 26-b y c), que son los llamados, por su propia naturaleza, a incidir de forma directa en la ordenación del Camino⁷⁵. El problema estará aquí, por supuesto, como ya ha quedado apuntado, en la necesidad de una mínima coordinación entre los distintos tipos de planes para que pueda ser posible una ordenación mínimamente homogénea de los tramos de la ruta jacobea. Ya sabemos que esta función de coordinación ha de ser llevada a cabo a través del citado Plan autonómico de Protección y Promoción del Camino de Santiago precisamente por su carácter vinculante para el planeamiento municipal.

El Camino, que también es un paisaje, no es tampoco ajeno al ámbito de la legislación ambiental. También aquí puede volver a hablarse del inevitable solapamiento susceptible de producirse entre aquella legislación y la propia y específica de la ruta jacobea como bien cultural. No pretendo ahora, por supuesto, iniciar una reflexión teórica sobre los posibles criterios de integración de ambas normativas ni analizar hasta qué punto puede ser adecuado atribuir al Camino la consideración de «bien cultural ambiental». Mucho más simplemente, dado el carácter de estas líneas,

⁷³ Cfr., en este sentido, las reflexiones que, aunque referidas a los Planes Especiales de Protección de los Conjuntos Históricos, se contienen en BARRERO RODRÍGUEZ, *La Ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, cit., págs. 573-575, y en T. R. FERNÁNDEZ, *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos: breve denuncia de los excesos al uso*, cit., págs. 43-45.

⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 39, 1983, pág. 588.

⁷⁵ Sobre el papel de los planes parciales como instrumento de protección del patrimonio cultural, vid. las interesantes reflexiones de ALONSO IBAÑEZ, M^a del R., *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, cit., págs. 120-124.

pretendo sólo poner de manifiesto el criterio de relación que con la normativa medioambiental ha utilizado la LPCS. Y este no puede ser más simple en la medida en que su artículo 16-5º dispuso que «para cualquier actuación sobre el Camino de Santiago se tendrá en cuenta lo dispuesto en la legislación de evaluación de impacto ambiental»⁷⁶. Es, pues, a través de esta vía donde la normativa medioambiental se encuentra con la propia del Camino.

Tampoco puede negarse, por último, la estrecha relación que toda aproximación jurídica al tema del Camino de Santiago y su entorno está llamada a tener con la problemática del llamado turismo cultural; problemática que, por su parte, se integra en la más general del acceso a la cultura y, en particular, a los bienes culturales (artículos 2-1º y 13-2º LPHE y 26 LPCGa). Hemos podido ya comprobar como, en este sentido, el Consejo de Europa, en la citada Recomendación 987/1984, no ha dejado de subrayar la necesidad de promoción del turismo cultural a lo largo de los itinerarios europeos de peregrinación. Lo mismo, por cierto, que ha hecho también la legislación autonómica; así, por ejemplo, la Ley gallega 9/1997, de 21 de agosto, de ordenación y promoción del turismo, después de establecer en general la necesidad de potenciar el desarrollo del turismo cultural (artículo 73-2º-g), ha dispuesto la elaboración de un Plan de promoción del turismo en el que deben contenerse criterios de actuación específica para la promoción de las diferentes rutas del Camino de Santiago⁷⁷.

7. Una alusión final a las técnicas de promoción del Camino

Sin querer extender todavía más el contenido de estas líneas quisiera aludir, por último, de forma muy sucinta, a las técnicas de promoción del Camino con el ánimo de subrayar, simplemente, que, como no podía ser menos, también han de estar presentes en este campo al lado de las técnicas de protección y ordenación. Con ello, por lo demás, lo que se pone de manifiesto no es otra cosa que el cumplimiento del mandato consti-

⁷⁶ De forma más concreta, y obviamente referido a los tramos gallegos del Camino, la Ley 8/ 1995, de 30 de octubre, del patrimonio cultural de Galicia, dispuso en su artículo 32-3º que «en la tramitación de todas la evaluaciones de impacto o efecto ambiental, el organismo administrativo competente en materia de medio ambiente solicitará informe de la Consejería de Cultura e incluirá en la declaración ambiental consideraciones y condiciones resultantes de dicho informe».

⁷⁷ Cfr., en general, SALGADO CASTRO, *La dimensión turística del patrimonio cultural*, en Régimen jurídico de los recursos turísticos (ed. Tudela Aranda), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1999, págs. 319 y ss.

tucional, derivado del artículo 46 CE y dirigido a los poderes públicos, de promover el enriquecimiento de nuestro patrimonio cultural⁷⁸.

En materia de promoción del Camino de Santiago no parece que exista inconveniente alguno en afirmar la aplicabilidad de las medidas de fomento contempladas tanto en la legislación estatal sobre el patrimonio histórico (Título VIII de la Ley 16/1985)⁷⁹ como en la legislación autonómica sobre el mismo tema (así, por ejemplo, en el Título VIII en la mencionada Ley 8/1995 sobre el patrimonio cultural de Galicia).

En la tantas veces citada LPCS, la Consejería de Cultura aparece como la protagonista principal en materia de promoción del Camino. En efecto, allí se dispone (artículo 26) que a dicha Consejería corresponde la realización de todo tipo de actividades de promoción cuyo objeto sea el conocimiento y difusión del patrimonio histórico-cultural ligado al Camino de Santiago. A estos efectos se le impone la obligación de elaborar anualmente unas directrices de actuación (artículo 28). En todo caso, la LPCS quiere que toda esta actividad de promoción se lleve a cabo en colaboración y coordinación con los programas de las otras Comunidades Autónomas por las que discurre el Camino mediante la constitución de consorcios y celebración de convenios (artículo 27-1º y 2º); colaboración y coordinación que debe extenderse, naturalmente, al Estado aludido por la Ley con la expresión «otras Administraciones públicas».

Aunque no se trata ahora de enumerar todos los posibles medios de promoción y fomento que pueden incidir sobre el Camino, quisiera, para terminar, referirme a algunos de ellos que pueden tener en este campo una especial significación.

En este sentido destacaría, en primer lugar, la posibilidad, prevista en la LPCS, de que el Gobierno autonómico acuerde la concesión de una serie de beneficios e incentivos a favor de los Ayuntamientos y particulares afectados por la política protectora y de promoción del Camino (artículo 27-2º). De otro lado, se ha creado en la Comunidad Autónoma de Galicia un Registro de Entidades de Promoción del Camino de Santiago (Decreto 224/1994, de 2 de junio) y se ha regulado el procedimiento de declaración de interés para la promoción del Camino de determinadas actividades (Decreto 245/1994, de 23 de junio).

⁷⁸ ALONSO IBAÑEZ, *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, cit., pág. 381-382 ha resaltado también, en este sentido, el papel del artículo 9-2º de la Constitución.

⁷⁹ Sobre las técnicas de fomento contempladas en la Ley 16/1985 he de remitirme necesariamente a los excelentes estudios de BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., págs. 663 y ss.; ALONSO IBAÑEZ, M^a del R., *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, cit., págs. 381 y ss. y ALEGRE AVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, tomo II, cit., págs. 431 y ss.

Otro medio de promoción del Camino que interesa citar ahora sería, en segundo lugar, todo el sistema de inversiones culturales. Aquí entraría, claro está, toda la actividad privada de mecenazgo y patrocinio⁸⁰ así como las inversiones directas procedentes de los porcentajes culturales que han de preverse en los presupuestos de la Comunidad Autónoma o en los presupuestos de cada obra pública, financiada total o parcialmente por el Estado o por la Comunidad Autónoma⁸¹.

Finalmente, también podrían incluirse aquí todos los beneficios fiscales que la legislación estatal ha establecido en materia de patrimonio histórico-artístico y aquellos otros previstos con ocasión de los distintos Años Santos Compostelanos⁸².

Como he dicho, no trato ahora de desarrollar estos extremos y proceder a un detenido análisis de todos los medios de fomento y promoción que afectan al Camino⁸³. Simplemente lo que pretendo es reseñar la incidencia, también aquí, de todas estas técnicas de apoyo a la conservación, conocimiento y difusión de ese excepcional patrimonio cultural que es la ruta jacobea.

Sería, con todo, conveniente advertir, antes de terminar, que toda esta acción de apoyo se ha dirigido también al peregrino, que es, en definitiva, el que ha dado y da sentido al Camino. De aquí que el artículo 29 LPCS atribuya a la Consejería de Cultura la competencia sobre: a) el establecimiento, conservación y mantenimiento de toda clase de servicios para la peregrinación; b) el establecimiento de la señalización adecuada del Camino⁸⁴; c) el establecimiento y organización de una red de

⁸⁰ Cfr. FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., *Patrocinio y mecenazgo para el Camino de Santiago*, en Xornadas sobre fiscalidade no Camiño de Santiago, Xunta de Galicia, 1994, págs. 53 y ss. Cfr. la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (varias veces modificada).

⁸¹ Vid. artículos 68 de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985 y 86 de la Ley del Patrimonio Cultural de Galicia de 1995. También la Ley 12/1991, de 14 de noviembre, de trabajos de dotación artística en las obras públicas y Caminos de Santiago de la Comunidad Autónoma de Galicia.

⁸² Cfr. Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993 (Disposición Adicional Séptima) y Ley 66/1997, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Disposición Adicional Décima).

⁸³ Una visión general y completa de este tema en ALONSO GARCIA, J., cit. págs. 175 y ss. BERMEJO LÓPEZ, B., cit., págs. 365 y ss.

⁸⁴ El artículo 27-3º LPCS dispone en este punto que «a través de los mecanismos de cooperación con otras Comunidades, se procurará una señalización uniforme del Camino siguiendo las directrices del Consejo de Europa, teniendo en cuenta los siguientes criterios: a) La rotulación dentro del territorio de Galicia se hará en gallego. En el caso de utilización de varios idiomas, aquél tendrá lugar preferente en el orden

albergues de alojamiento gratuito y gestión directa destinados a la peregrinación⁸⁵.

Es el momento de terminar con una conclusión general que me parece importante. Y es la de que un fenómeno cultural de tanta trascendencia como el Camino de Santiago es susceptible también de una reflexión jurídica que arbitre técnicas que hagan posible una mejor protección y un desarrollo ordenado del mismo en el futuro, haciendo frente a los problemas que se vayan planteando en este terreno. La Ley gallega ha sido un paso decisivo en esta dirección y ello ha de ser aquí resaltado. En todo caso si estas líneas han podido contribuir de cualquier forma a provocar algún interés por la problemática jurídica de la ruta jacobea me sentiría más que satisfecho. **G**

de colocación y mayor relevancia en la dimensión tipográfica. b) Fuera del territorio gallego, se promoverán los acuerdos oportunos para que nuestro idioma figure en la rotulación y se expresen de forma correcta los topónimos».

⁸⁵ El Decreto de la Xunta de Galicia 344/1992, de 26 de noviembre, reguló la utilización de estos albergues, estableciendo, en lo que a su ocupación se refiere, el siguiente orden de prelación: 1) Peregrinos de a pie o con limitaciones físicas. 2) Peregrinos a caballo. 3) Peregrinos en bicicleta. 4) Personas que viajen en coches de apoyo. Las plazas se ocupan al llegar los peregrinos a los albergues, no admitiéndose las reservas previas. Puede añadirse que la LPCS (artículo 29, letra c) admitió la posibilidad de la existencia de albergues y hospederías de carácter privado.

EL DERECHO DE REVERSIÓN EXPROPIATORIA*

José Manuel Díaz Lema

Catedrático de derecho administrativo
Universidad de Valladolid

La disposición adicional 5ª de la Ley de ordenación de la edificación de 5 de noviembre de 1999 establece una novedosa regulación del derecho de reversión, dando una nueva redacción a los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación forzosa. Se prevé ante todo el principio del derecho de reversión para el caso de no ejecución de la obra o no establecimiento del servicio que motivaron la expropiación, pero quizá lo más sobresaliente es la disposición contenida en el nuevo artículo 54.2 de la Ley de expropiación forzosa: se establecen dos causas que enervan el ejercicio del derecho de reversión, que sin duda alguna limitan gravemente su ejercicio. Estas causas son: la sustitución de la afectación de lo expropiado a otra finalidad de utilidad pública o interés social, y el transcurso del plazo de diez años.

Pues bien, ambas causas, con una redacción ligeramente modificada, estaban ya previstas en la Ley de Valoraciones del suelo de 1990, y más tarde fueron asumidas por la Ley también de Valoraciones 6/1998. Esto significa por tanto que es en sede de la legislación urbanística donde se han ensayado primero y aplicado las reformas relativas al derecho de re-

* Texto de la conferencia pronunciada por el autor en unas Jornadas sobre expropiaciones celebradas en la EGAP (Santiago de Compostela) en marzo de 2001.

versión, que posteriormente pasarán a la legislación expropiatoria general. Por esta razón nos parece muy conveniente, al objeto de ofrecer una visión global del tema, arrancar de la Ley de Valoraciones de 1990 citada, y seguir el iter legislativo hasta la vigente regulación contenida en la Ley de ordenación de la edificación, que se tratará posteriormente. Ley por cierto cuyo objeto fundamental está muy alejado del tema de la reversión; no deja de ser sintomático de una defectuosa técnica legislativa la regulación de un tema expropiatorio fundamental en el marco de una Ley destinada a una finalidad completamente diferente.

1. La expropiación forzosa en el Texto refundido de 1992. Síntesis

El Título V del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 estaba dedicado a las expropiaciones y régimen de la venta forzosa, y en él se regulaba fundamentalmente la expropiación como instrumento al servicio de las distintas finalidades urbanísticas. En una síntesis apurada se podría decir que el TR partía de la existencia de dos grandes tipos de expropiación: la que podríamos denominar expropiación general, y la expropiación de carácter sancionatorio para el caso de incumplimiento por los propietarios de sus deberes urbanísticos y en particular de los plazos para urbanizar o edificar. En lo que se refiere a la primera o general, el art. 206 establecía una serie de supuestos a los que era de aplicación la expropiación, que no era sino un resumen de todos aquellos supuestos en los que en el TR se hacía alusión a la expropiación como instrumento urbanístico. Así, por ejemplo, la aplicación de la expropiación procedía cuando se hubiera establecido este sistema de actuación en la unidad de ejecución correspondiente; para la ejecución de los sistemas generales o de las dotaciones locales; para la constitución o ampliación de los Patrimonios públicos de suelo; o, en relación con esto mismo, para la obtención de terrenos vinculados a la construcción de viviendas de protección pública. De este modo, el art. 206.1 del TR sintetizaba los supuestos tradicionales de nuestra legislación urbanística en que la expropiación forzosa es la herramienta que facilita el cumplimiento de esta legislación, poniendo un especial énfasis en ciertas finalidades que dan una impronta muy marcada al TR de 1992, me refiero concretamente a los supuestos del Patrimonio del suelo o a la obtención de viviendas de protección pública. Es natural que en el contexto de la intensa preocupación social en que se mueva esta Ley la expropiación forzosa tuviera un lugar destacado.

En segundo lugar, el TR de 1992 regulaba con especial énfasis la expropiación por incumplimiento de los deberes urbanísticos por los propietarios, o en los supuestos de parcelación ilegal, en el art. 207. En la sistemática del TR de 1992 la expropiación sancionatoria (o la alternativa

venta forzosa) cumplía un papel primordial al servicio del objetivo último de legislador: poner en el mercado sin demoras los terrenos a fin de reducir el precio de los mismos y en consecuencia el precio final de la vivienda. La exigencia sobre el propietario al final se resolvía por este mecanismo extremo que es la expropiación sancionatoria.

En lo relativo al justiprecio expropiatorio el TR de 1992 se remitía como no podía ser de otra manera al régimen general de valoraciones de la Ley. Mientras que en materia de procedimiento, debe reseñarse el énfasis de la Ley en el procedimiento de la tasación conjunta, que en el ámbito urbanístico tiene una especial relevancia.

Finalmente, regulaba el TR de 1992 la reversión de terrenos expropiados alterando la regulación contenida en la Ley de expropiación forzosa, con la finalidad en definitiva de reducir las posibilidades de dicha reversión. Cuando el nuevo uso asignado fuera dotacional público, o cuando el uso dotacional que motivó la expropiación hubiese sido efectivamente implantado y mantenido durante ocho años, de acuerdo con el art. 225, la reversión no procedería.

A todo ello debe añadirse el régimen de venta forzosa prevista en el TR en los arts. 227 y sigs., que sobre la base del anterior Registro de Solares, establece en realidad una nueva modalidad expropiatoria para el caso de incumplimiento de los deberes urbanísticos.

2. La doctrina constitucional sobre la expropiación forzosa.

Síntesis de la STC 61/1997, de 20 de marzo

No vamos a entrar aquí en un análisis general de la STC 61/1997, y sus consecuencias sobre el TR de 1992, o sobre el Derecho urbanístico español. Únicamente nos ceñiremos al análisis de la doctrina contenida en dicha Sentencia sobre la expropiación forzosa y otras instituciones afines del TR de 1992, singularmente la venta forzosa por incumplimiento de deberes urbanísticos.

Con carácter general, el TC afirma que la competencia legislativa sobre la expropiación forzosa implica que está en manos del Estado el establecimiento de las garantías expropiatorias, mientras que por el contrario la definición de la causa expropiandi será competencia del Estado o de la Comunidad Autónoma, según ostenten la competencia material sobre cada sector o ámbito de la actividad (F.J. 30). Sobre la extensión e intensidad de dicha garantía expropiatoria (algo en definitiva, esencialmente procedimental), el Tribunal hace a continuación varias afirmaciones: en primer lugar, el título que ampara la competencia legislativa estatal en materia de expropiación (el art. 149.1.18^a) supone que el Estado no tiene por qué limitarse a lo básico (o a la regulación de las condicio-

nes básicas de la propiedad. art. 149.1.1ª) (F.J. 31), sino que su competencia legislativa tiene un alcance más amplio.

Ahora bien, reconociendo que corresponde al Estado fijar las garantías expropiatorias, cuando éstas afecten a un sector o materia de competencia autonómica –como es el caso del urbanismo– en que es preciso establecer ciertas singularidades o especialidades a las que se debe ajustar el procedimiento expropiatorio, el Estado no puede establecer sino normas de carácter mínimo o principal (F.J. 31). Sucede aquí, añade el TC, como en el procedimiento administrativo, en que la competencia adjetiva o procedimental sigue a la competencia material o sustantiva, con respeto de las normas generales sobre procedimiento o expropiación. En función de estos criterios, el TC ha considerado inconstitucionales los arts. 220.1 y 221 del TR de 1992, relativos a ciertos aspectos de los procedimientos de tasación conjunta y expropiación individual (declaración de urgencia que debe acompañar a la resolución del órgano autonómico sobre el procedimiento de tasación conjunta en el primer caso, y la alternativa de la expropiación individual en el segundo caso).

La aplicación de estos mismos criterios ha servido al TC para declarar inconstitucional el art. 206.1 del TR, sobre los supuestos expropiatorios, salvo el apartado f) relativo al incumplimiento de la función social de la propiedad (F.J. 30). La determinación de estos supuestos expropiatorios supone en realidad la implicación del Estado en las concretas técnicas urbanísticas, cuya competencia es autonómica. Así, los apartados d) y e) del citado precepto regulan la influencia del planeamiento en el ejercicio de la potestad expropiatoria, lo que no tiene cobijo bajo la competencia expropiatoria del Estado. Se trata en estos supuestos de deslindar lo que son garantías expropiatorias de lo que es urbanismo, con la consecuencia ya reseñada.

Por último, sobre las expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad, el TC se pronuncia con bastante amplitud, en varios lugares y de manera reiterada. En primer lugar, no considera que la expropiación por incumplimiento deba entenderse como una sanción, y por tanto no le son de aplicación los principios contenidos en el art. 25 de la CE relativos a las sanciones administrativas. Ni la expropiación ni la venta forzosa por incumplimiento de deberes urbanísticos constituyen procedimientos sancionadores en sentido estricto (F.J. 17 f.). Pero desde el punto de vista competencial, la clave es la siguiente: puesto que se trata del incumplimiento de deberes urbanísticos básicos o de competencia estatal, corresponde también al Estado definir la causa expropiandi. Según esto, el art. 149.1.1ª de la CE permitiría al Estado definir como causa expropiandi el incumplimiento de la función social de la propiedad, justamente como consecuencia del incumplimiento de los deberes básicos.

Ahora bien, en un giro poco comprensible, añade el Tribunal que la Ley impone como única reacción posible a dicho incumplimiento la expropiación o venta forzosa de los terrenos, lo que excede de lo permitido por el art. 149.1.1ª de la CE. Parece por tanto que el Estado debiera dejar margen al legislador autonómico para decidir qué medios de ejecución forzosa debiera emplear para contrarrestar el incumplimiento de deberes urbanísticos (básicos). El propio Tribunal alude a otros medios que pudieran prever las CCAA como multas coercitivas por ejemplo (F.J. 17 f.). El Tribunal emplea el mismo criterio para enjuiciar la venta forzosa en el F.J. 32.a), como no podía ser de otra manera. Con arreglo a estos criterios, el TC ha considerado inconstitucionales los arts. 207 y 208 del TR de 1992, y otros preceptos a que alude el FJ 1.7.f) antes citado, en particular el art. 30.1 y 3.

En síntesis, puede el Estado ex art. 149.1.1ª de la CE definir cuales sean los deberes básicos de los propietarios, pues esto forma parte del régimen básico del suelo. Pero al mismo tiempo se niega al Estado definir los medios de reacción frente al incumplimiento de los mismos; al menos no puede el Estado fijar obligadamente y sin margen alguno dichos medios, porque de tal modo desaparece el ámbito posible del legislador autonómico. Esta tesis es realmente muy discutible. No se entiende muy bien por qué si el Estado es competente para establecer los deberes básicos, y definir el incumplimiento de los mismos como causa expropiandi, no puede a continuación decidir los mecanismos concretos a través de los cuales hacer efectiva la reacción de la Administración. Se habrá advertido en todo caso que aquí el TC ha saltado de razonar con arreglo al art. 149.1.18ª al art. 149.1.1ª; dicho en otras palabras, el fundamento de la competencia estatal para decidir sobre esta cuestión no radica en el establecimiento de garantías expropiatorias, sino sencillamente en el régimen básico de la propiedad (y su incumplimiento).

3. La expropiación forzosa en la Ley 6/1998, de 13 de abril

Estamos ahora en condiciones de enfrentarnos a la tarea de esclarecer los escasos preceptos que dedica la Ley de 1998 a la expropiación. El primer rasgo que destaca de la nueva Ley es que se trata de una regulación muy reducida de la materia expropiatoria y, además, inarticulada. Hay que tener presente que la declaración de inconstitucionalidad de la STC 61/1997 afectó sobre todo a los preceptos relativos a la expropiación-sanción, pero el resto –y lo esencial– del Título sobre Expropiaciones se mantuvo, con las salvedades que se han hecho. Sin embargo, la Ley de 1998 solo ha acogido algunos de aquellos preceptos, haciendo por tanto una selección o criba de los mismos). ¿Cuáles son los resultados de este proceso?

En primer lugar, la disposición derogatoria única de la Ley de 1998 mantiene en vigor una serie de preceptos relativos a la expropiación forzosa contenidos en el TR de 1992, y que –como se ha dicho– no han sido declarados inconstitucionales por la STC 61/1997. Son los siguientes: 210; 211.3; 213; 214; 222; 224. En lo relativo a ellos, es preciso por tanto seguir aplicando el TR de 1992, al que se remite la nueva Ley.

En segundo lugar, el art. 219 del TR de 1992 (procedimiento de tasación conjunta) ha sido anulado por el TS en la Sentencia de 25 de junio de 1997, por entender que el TR de 1992 se había extralimitado en su función refundidora, de un precepto procedente del Reglamento del GU, el art. 202. Aunque pudo el legislador elevar de rango ahora dicho precepto, lo cierto es que no lo ha hecho –se supone por no considerarlo merecedor de rango legal– y por consiguiente se seguirá aplicando el RGU.

En tercer lugar, y en lo que se refiere a otros preceptos de la Ley de 1998, el art. 38 asume, modificándolo, el 220.2 del TR de 1992 (sobre tasación conjunta); el art. 39 (inscripción en el Registro de las fincas expropiadas), de evidente competencia estatal, da nueva redacción al art. 223 del TR de 1992.

El Título contiene en definitiva algunos preceptos muy genéricos sobre expropiación forzosa, arts. 33 a 37, y en los 38, 39 y 40 da nueva redacción a preceptos del TR de 1992, remitiéndose en lo demás al TR de 1992. En este sentido, hubiera sido quizá más conveniente incorporar a este Título todas las disposiciones estatales, singularmente las del TR de 1992.

Una vez expuesto a grandes rasgos el contenido del Título relativo a expropiaciones, debemos plantearnos el análisis más detenido de los supuestos de reversión que regula el art. 40 de la Ley.

4. La reversión de los terrenos expropiados

El art. 40 de la nueva Ley estatal 6/1998 regula los supuestos de reversión cuando estén en juego expropiaciones urbanísticas, y dada la competencia estatal en materia de expropiaciones, no debe extrañar que el legislador dedique especial atención a este tema. También debe destacarse desde el punto de vista de la perspectiva de esta Ley, que la preocupación por regular el instituto reversorio es ciertamente lógica: al fin y al cabo el eje de la Ley estatal es el régimen de la propiedad urbana, con la definición de los derechos y los deberes básicos de la misma, y en este sentido, al establecer las condiciones en las que los particulares expropiados en su día pueden instar la reversión, constituye un mecanismo de garantía de sus derechos de propiedad. Desde el punto de vista competencial, y desde el más cercano de la coherencia de la regulación de la reversión en la sistemática de la nueva Ley, no cabe por tanto poner objeción alguna.

Más concretamente, debe recordarse que el TR de 1992 dedicaba a la regulación de la reversión los arts. 225-26, preceptos que desde el punto de vista de la distribución competencial tenían carácter pleno o exclusivo, y no fueron recurridos en los varios recursos de inconstitucionalidad contra dicho TR de 1992. Pues bien, la Ley 6/1998 lleva a cabo una labor de síntesis y refundición de ambos arts. en el citado art. 40; en esta operación hay mucho de mantenimiento de la anterior legislación estatal, y cómo no, introduce ciertos cambios, fruto de la necesidad de adaptar la reversión a los conceptos o a las preocupaciones de la nueva Ley (o a la falta de ellas, según se mire). Así, por ejemplo, el art. 226.2 del TR de 1992 establecía que el ejercicio del derecho de reversión no conferiría al expropiado más facultades urbanísticas que las tenidas en cuenta en la determinación del justiprecio; lo cual implicaba obviamente la aplicación al ámbito de la reversión del esquema de la adquisición gradual de facultades urbanísticas, que era la quintaesencia del TR de 1992. Puesto que la nueva Ley 6/1998 sigue un modelo de propiedad distinto, es lógico que el citado apartado del TR de 1992 haya desaparecido.

En otras ocasiones las innovaciones introducidas por la Ley 6/1998 están relacionadas con ciertos riesgos –posibles al menos– a que podía dar lugar el TR de 1992, en lo relativo a las expropiaciones para la constitución o ampliación del PMS. Se trata del apartado 3 del art. 40, que constituye en rigor la única novedad de la nueva Ley estatal, con el que se trata de salir al paso de expropiaciones para el PMS en que se desvíe la finalidad expropiatoria. Por supuesto, también aquí se pone de manifiesto, como se ha dicho anteriormente, que el centro de atención de esta Ley es la defensa de la posición del propietario por encima de todo; de ahí que la regulación de la reversión alcance un grado de detalle y de precisión que no se encuentra en otros apartados de la Ley (incluidos los relativos a la expropiación forzosa). En suma, esta perspectiva garantista caracteriza la nueva Ley, dentro de la sistemática de la reversión procedente del TR de 1992. Pasemos a continuación a comentar con detalle los distintos apartados del art. 40.

El art. 40.1 –reproducción literal del art. 225.1 del TR de 1992– contiene el principio general de la afectación o destino de las expropiaciones, que, en el ámbito urbanístico, habrá de referirse al fin específico establecido en el planeamiento urbanístico correspondiente. Se deduce de aquí la distinción entre las expropiaciones en general, y las urbanísticas, y más en concreto que las reglas de la reversión previstas en esta Ley solo son de aplicación a las reversiones de expropiaciones urbanísticas. De este modo, coexisten en nuestro Derecho dos regulaciones en materia de reversión: la general de la legislación expropiatoria; y la específica de la legislación urbanística, con un carácter mucho más restrictivo que la general.

El apartado 2 del art. 40 es el que fundamenta la aplicación de la reversión: si en virtud de modificación o revisión del planeamiento se altera el uso que motivó la expropiación, ha lugar a la reversión. Hasta aquí estamos ante el criterio general que justifica la reversión en el ámbito urbanístico. En realidad, lo importante viene a continuación, en la salvedad establecida en los dos apartados siguientes, que enervan la posibilidad de reversión en dos circunstancias: aquí radicaba la novedad del TR de 1992, y con las correcciones de la Ley 6/1998, radica ahora por supuesto. A grandes rasgos la Ley modifica las normas generales de la reversión en lo relativo a los cambios de uso de las dotaciones públicas, permitiendo en consecuencia a la Administración municipal una más amplia libertad de criterio a la hora de utilizar las instalaciones de dominio público.

El primer supuesto que enerva la reversión es el cambio de un uso dotacional por otro a través de la revisión o modificación del planeamiento. La única exigencia de la Ley a este respecto es que, ante todo, se trate de uso dotacional público, tanto en el uso antiguo como en el nuevo, y que esté adecuadamente justificado, cosa que no decía el TR de 1992. La exigencia de una justificación adecuada difícilmente puede coartar la libertad de la Administración al planificar (o alterar el planeamiento en este caso). Cabe añadir, sin embargo, que en estos casos –es decir, cuando en el curso de la alteración del planeamiento se produzca el cambio de uso de una dotación– la Administración ha de dar cumplimiento a este párrafo, y de forma explícita motivar o justificar las razones que justifican dicho cambio de forma idéntica a la motivación de los actos discrecionales.

Valga añadir finalmente respecto a este primer punto dos acotaciones: el cambio de uso debe implicar una dotación que en su finalidad es realmente distinta o completamente distinta, lo que normalmente llevará consigo la transformación o demolición incluso del edificio o instalación. Cualquier modificación accesorio o no sustancial del cambio de uso no acarrea la reversión. Por lo demás, ha de aclararse que en este supuesto la Administración no está limitada por cumplimiento de plazo alguno, tal como sucede en el supuesto siguiente. Así pues, sea antes de la ejecución del Plan (y de la obra por supuesto), o después de su ejecución, la única exigencia legal es que se produzca la alteración del planeamiento y con ella el uso que motivó la expropiación. Por último, debe tenerse en cuenta que en el TR de 1992 se equiparaba al uso dotacional público la construcción de viviendas de protección pública (el cambio de uso dotacional por construcción de este tipo de viviendas no daba derecho a la reversión), lo que era congruente con la importancia acusada que otorgaba a la construcción de estas viviendas el TR de 1992, dotadas a todos los efectos de un auténtico estatuto especial. Esta medida ha desaparecido de la Ley 6/1998.

El segundo supuesto en que la reversión resulta enervada es que el uso dotacional que motivó la expropiación hubiera sido implantado y mantenido durante ocho años. Aquí el cambio de uso no es dotacional a dotacional, sino de dotacional a cualquier otro uso, incluyendo por descontado el no dotacional. Cabría incluso sostener, según el tenor literal, que el uso dotacional antiguo no tiene por qué ser forzosamente público, sino también privado, lo que amplía todavía más las posibilidades del precepto. Para que pueda ejercerse la reversión, la Ley exige dos condiciones: primera, la implantación efectiva del uso, lo que debe entenderse en el sentido de que la obra o instalación haya sido construida y dedicada al uso en cuestión. En segundo lugar, que se haya mantenido durante ocho años, plazo que debe ponerse en relación con el mantenimiento del uso por utilizar los términos de la Ley (esto es, que haya sido efectivamente utilizado o dedicado al uso en cuestión durante ocho años); no puede por tanto contarse este plazo desde la aprobación del Plan o desde la iniciación de las obras.

El apartado 3 del art. 40 tiene un signo distinto; si en el apartado precedente se trataba de dificultar la reversión, en éste se facilita. La situación que da origen a esta disposición, que no procede del TR de 1992, es la siguiente. El TR de 1992 preveía expresamente la constitución de reservas de suelo clasificado como no urbanizable o urbanizable no programado; y preveía también que en su conjunto el PMS debía destinarse a la construcción de viviendas de protección pública (arts. 278 y 280). Puesto que a lo largo del proceso de planificación podían producirse disparidades entre esta finalidad genérica de construcción de viviendas de protección pública y el propio planeamiento, cabía la posibilidad de que se llevaran a cabo expropiaciones de terrenos (no urbanizables o urbanizables no programados, sobre todo) para el PMS, que finalmente se dedicaban a otros usos mucho más lucrativos, sin que los particulares pudieran ejercer su derecho de reversión. Mejor dicho, sin que el TR de 1992 aludiera a la posible reversión en estos casos, porque con carácter general el instituto reversorio funcionaba en estos casos como en cualquier otro.

Pues bien, la Ley 6/1998 pretende cortar de raíz estas posibles situaciones al prever que si se produce una alteración en los usos, intensidades o aprovechamientos (y con ellos un incremento de valor) de los terrenos expropiados, como consecuencia de una modificación del planeamiento, procede el derecho de reversión. Los requisitos, por tanto, son dos: una modificación del planeamiento, y un incremento del valor de los terrenos. Añade el precepto que ha de tratarse de una modificación del Plan, y no de una revisión, lo cual merece también algún comentario: de entrada, esto supone que el legislador estatal se implica en una disquisición –distinción modificación-revisión del planeamiento–, sobre la cual no tiene competencia legislativa alguna. Se da por supuesta

una distinción tradicional en nuestro Derecho urbanístico, pero que hoy puede o no ser asumida por la legislación autonómica, y en este sentido el inciso comentado es muy discutible. Por lo demás, la restricción de que sea una modificación y no una revisión del planeamiento, desde el punto de vista de la posición del propietario que desea ejercer la reversión, no deja de ser algo artificiosa: los únicos datos relevantes son los mencionados (que se produzca una modificación del planeamiento, de mayor o menor intensidad, y que se incremente el valor de los terrenos en consecuencia). Por las dos razones apuntadas, la competencial y la sustantiva, estimo que el inciso comentado (la distinción entre modificación y revisión a efectos de la aplicación de la reversión) es contraproducente y no fácil de aplicar en su redacción actual.

El apartado 4 del art. 40 reproduce el 3 del art. 225 del TR de 1992: cuando la Administración acuda al sistema de expropiación, si no ha concluido la urbanización en el plazo de diez años, procede la reversión. El único problema que plantea este supuesto a largo plazo es el competencial antes aludido, pues es evidente que el legislador estatal, aún regulando la reversión, da por supuestos conceptos y técnicas propiamente urbanísticos, como el sistema de expropiación.

Por último, el apartado 5 del art. 40 aplica los mismos requisitos para las expropiaciones motivadas por el incumplimiento de deberes urbanísticos. El precedente, el art. 226 del TR de 1992, era más amplio y complejo, tanto porque la reversión podía proceder al agotarse los plazos otorgados desde la expropiación o desde la venta forzosa de los terrenos, como porque se contemplaba el incumplimiento de deberes asociados a la edificación y a la urbanización. En realidad, el apartado comentado de la Ley 6/1998 es un residuo de la ley anterior que no encuentra fácil encaje en la sistemática –y en las posibilidades competenciales– de la nueva legislación.

Ante todo, sobre la expropiación por incumplimiento de deberes urbanísticos la nueva Ley prácticamente no dice nada, salvo la leve alusión contenida en el art. 34, que se remite a la Ley de expropiación forzosa. Esto no es casual; obedece a una concepción de las limitaciones de la propiedad urbana muy distinta al TR de 1992, y es lógico que la expropiación por incumplimiento apenas tenga reflejo en la nueva Ley, aunque no pueden subestimarse los problemas competenciales del Estado en este terreno (STC 61/1997). Sin embargo, de forma sorprendente el legislador estatal recupera en parte la regulación del incumplimiento de deberes urbanísticos por la vía de reversión en el apartado 5, y de él se deduce en esencia lo siguiente: que el legislador estatal asume que pueden producirse casos de expropiación por incumplimiento de deberes urbanísticos; que dicho incumplimiento va referido solo al deber de urbanización, lo que solapadamente viene a decir que es en esta fase

donde se puede y deben concentrar dichos procedimientos por incumplimiento; el plazo de diez años es realmente dilatado, y por sí mismo es una indicación del interés secundario que todo el tema del incumplimiento de deberes urbanísticos tiene en la nueva Ley, si se la compara desde luego con el TR de 1992.

5. La nueva regulación del derecho de reversión en la Ley de ordenación de la edificación de 5 de noviembre de 1999

El nuevo artículo 54 de la Ley de Expropiación contiene los supuestos del derecho de reversión. De entrada, se admite el ejercicio de este derecho en los siguientes casos: no ejecución de la obra; no establecimiento del servicio que motivó la expropiación; la existencia de partes sobrantes de lo expropiado; o finalmente la desaparición de la afectación.

Pero admitido esto, el quicio de la nueva regulación de la reversión se traslada a los casos en los que este derecho queda enervado. Están previstos en el artículo 54.2 de la Ley en los siguientes términos: cuando se produzca una sustitución de la afectación inicial por otra distinta (a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social); cuando la afectación inicial se prolongue al menos diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio.

Al margen del plazo de diez años, que es un plazo relativamente breve, el hecho de que la Administración pueda modificar y sustituir una afectación por otra, reduce de modo extraordinario las posibilidades efectivas de la reversión. De hecho, esta puede quedar reducida a supuestos de obras fallidas, iniciadas y no terminadas, en que la propia voluntad administrativa decae. Pero al permitir a la Administración sustituir una obra por otra (una afectación por otra, en los términos genéricos de la Ley), queda claro que en buena parte de los casos el ejercicio del derecho de reversión se verá notablemente menguado en sus aplicaciones prácticas.

La nueva regulación, como se ha visto en los apartados precedentes, arranca de la legislación urbanística. Lo que hace la Ley de Expropiación es utilizar una terminología más amplia o genérica, propia de la legislación expropiatoria, para expresar lo que en la legislación urbanística a partir de 1990 se decía en los estrictos términos de esta legislación.

En lo que se refiere al procedimiento para el ejercicio del derecho de reversión, en principio debe ser la propia Administración la que inicie el procedimiento mediante una notificación al expropiado; y en defecto de notificación, podrá éste en los distintos supuestos iniciar el procedimiento reversional (artículo 54.3).

En el nuevo artículo 55 se regula la restitución de la indemnización expropiatoria, considerada «presupuesto para el ejercicio del derecho»,

así como la nueva valoración cuando proceda, y ante todo deja claro la Ley que la toma de posesión por el particular de lo revertido no podrá tener lugar sin el previo pago o consignación del importe resultante (artículo 55.3).

En definitiva, la nueva regulación del derecho de reversión está claramente dirigida a dificultarla y a enervar sus posibilidades. En el fondo refleja una concepción del derecho de propiedad bastante distinta de la que ha presidido la elaboración de la Ley de expropiación forzosa hace décadas.

La ilimitación en el plazo de la reversión era fiel reflejo de la protección y de la seguridad jurídica dispensadas al derecho de propiedad por el Estado liberal; la expropiación venía a representar algo excepcional en el régimen común de la propiedad, por lo que si decaía en cualquier momento su causa justificativa, la reversión se encargaba de restituir las cosas a «un estado propio».

La nueva legislación a partir de los años 1990 viene a poner de manifiesto que en lo esencial –contenido esencial– la propiedad se ha convertido en una valoración, en algo que se puede transformar en dinero, y una vez que se haya asegurado esto (y pagado) al particular, los avatares sucesivos del objeto expropiado pierden importancia. La legislación urbanística como hemos podido comprobar, ha abierto brecha en esta dirección, y en realidad lo que sorprende es la rapidez con que este cambio se ha extendido a la legislación expropiatoria general. La importancia de la reversión en definitiva decae tanto en su función más cercana de «devolución» de los bienes al antiguo expropiado, como en la visión más general del hecho expropiatorio. Es más, incluso se podría decir que una reversión limitada o reducida, como la que se ha plasmado en el reciente Derecho español, no es fácil de separar de la simple interdicción de la arbitrariedad de la Administración en un procedimiento expropiatorio. El mismo hecho de que el nuevo régimen de la reversión expropiatoria proceda de la Ley de Valoraciones del Suelo de 1990 (obra de un Gobierno socialista), y cuaje prácticamente en los mismos términos en Leyes posteriores de un Gobierno liberal-conservador (Ley 6/1998, de 13 de abril de sobre régimen del suelo y valoraciones, y la Ley 38/1999, de 13 de abril de ordenación de la edificación) demuestra que nos encontramos ante cambios profundos, y no meramente circunstanciales, de la concepción social de la propiedad (y por tanto de la reversión). ■

LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Enrique Gómez-Reino y Carnota

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

Introducción

La idea de elaborar un proyecto de Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ha partido de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Colonia en junio de 1999, bajo la presidencia alemana.

Para comprender el significado y alcance de tal proyecto es conveniente tener en cuenta, al menos, dos etapas, tomando como punto de referencia la fecha del 7 de diciembre de 2000, en la cual se aprobó en Niza la citada Carta.

Por lo tanto habrá que explicar cual es la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea antes de aquella fecha y cuál es la posición de los mismos en el ordenamiento jurídico comunitario a partir de tal evento.

I. Los derechos fundamentales en la Unión Europea hasta la aprobación de la Carta de Niza

1.1. Antecedentes: los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea

La vocación originaria de los Tratados CECA, CEE y EURATOM era esencialmente económica: la construcción de un mercado común. De ahí que sólo se dé cabida en el TCEE a las cuatro libertades fundamentales de carácter económico. Me refiero a las cuatro libertades que son: la libertad de circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, la libertad de circulación de trabajadores y la libertad de circulación de capitales.

El ordenamiento jurídico comunitario no disponía, pues, de una declaración de derechos al uso, a diferencia de las Constituciones de los Estados integrantes de la Comunidad. Ante tal carencia se han esgrimido múltiples y variadas razones.

La Comisión, en el «Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales», de 4 de abril de 1979, explicaba que los Tratados de París y Roma fueron concebidos principalmente como instrumentos de integración económica y es probablemente por esta razón –aunque posiblemente también debido a las limitadas competencias que fueron atribuidas a las instituciones comunitarias– que los legisladores renunciaron a elaborar un catálogo de derechos fundamentales propio a la Comunidad.

No obstante, el TJCE, al que se ha sumado más tarde el Tribunal de Primera Instancia, a través de una labor pretoriana se ha tenido que enfrentar, de una forma más o menos directa, a diferentes aspectos relacionados con los derechos fundamentales, echando mano de principios reconocidos directamente por los tratados constitutivos o deducidos de ellos (libertad e igualdad) o de principios generales del Derecho, pero cuando no ha encontrado apoyo suficiente, ha asumido principios ajenos al ordenamiento jurídico comunitario, extrayéndolos de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y luego comunitarizándolos. En otras ocasiones utiliza como herramienta o fuente de inspiración el Convenio para la protección de los Derechos Humanos (en adelante CEDH) y otros tratados internacionales en la materia.

De aquí ha ido surgiendo, poco a poco, un núcleo cada vez más extenso, de Derechos fundamentales específicos del Derecho comunitario.

Ha sido a partir de finales de la década de los años 60 cuando se aprecia un cambio en la jurisprudencia comunitaria mostrando una sensibilidad por los derechos fundamentales. En efecto, en las Sentencias *Stau-*

der, de 12 de noviembre de 1969, *Indelsgesellschaft*, de 12 de diciembre de 1970, *Nold*, de 14 de mayo de 1974 y *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979, el Tribunal entiende que los derechos fundamentales de la Comunidad forman parte de su ordenamiento jurídico como principios fundamentales. No obstante, reconoce que esos derechos tienen su fuente de inspiración en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, cuya vigencia debe ser asegurada en el contexto de las estructuras y objetivos propios de la Comunidad, así como en los instrumentos internacionales que se refieren a la protección de los derechos humanos a los cuales los Estados nacionales se han adherido o contribuido a su creación (Sentencias *Nold*, de 14 de mayo de 1974, y *Rutili*, de 8 de octubre de 1975).

Esta metodología y sus resultados se encuentran muy alejados de los estándares de protección y control proporcionados por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (en adelante, TEDH) en la defensa de los derechos fundamentales.

Las diferentes instituciones de gobierno comunitarias, la Comisión y el Consejo, por una parte, y, por la otra, el Parlamento y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, han tenido sensibilidades distintas con respecto al tema de los derechos fundamentales. Ha habido disensiones y discrepancias entre la Comisión y el Consejo, pero también entre estas dos instituciones y el Parlamento.

La Comisión y el Consejo han defendido una vertiente más economista o mercantilista de los problemas de la Unión. En cambio, el Parlamento, desde un principio, ha sido más sensible y receptivo por el tema de los derechos fundamentales. El Tribunal ha considerado suficiente su labor pretoriana en la protección de los derechos humanos y se ha mostrado reticente, como más adelante veremos, a cualquier tipo de control externo de su labor, vía por ejemplo, de la admisión de un recurso de sus sentencias ante el TEDH.

No obstante, desde 1957, fecha de la aprobación en Roma del TCEE, hasta la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el 2000, han ido aflorando distintos textos de naturaleza también diferente, en los cuales se plantean o bien la necesidad de dotarse la UE de una parte dogmática, esto es, una declaración de derechos, más o menos extensa, como veremos posteriormente o bien de adherirse al CEDH. La adhesión al CEDH ha planteado a su vez el papel y las relaciones de articulación entre el TJCE y el TEDH.

Veamos, pues, a continuación, los documentos en los que se traducen las distintas propuestas.

1.2. La posición de la Comisión: el progresivo compromiso con los derechos fundamentales

La Comisión, en el Memorándum de 4 de abril de 1979, sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (BCE, Suplemento 2/1979), constata que la Comunidad desarrolla, cada vez más, relaciones jurídicas directas con los particulares y no sólo con respecto a determinadas categorías económicas de personas. Por ello, no sorprende que se exija que las competencias reconocidas a la Comunidad sean compensadas por su sujeción formal a derechos fundamentales claros y bien definidos.

En consecuencia, la Comisión considera que la mejor respuesta a la necesidad de reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario consiste, en la situación actual, en la adhesión formal de la Comunidad al CEDH.

Dada la complejidad del trabajo a realizar considera necesario, antes de poner en marcha los mecanismos institucionales apropiados, suscitar una discusión lo más profunda posible con la participación de todas las instancias interesadas tomando como base el Memorándum. Este documento se divide en tres partes: la primera, sobre consideraciones formales, trata de la protección de los derechos humanos y los Estados miembros, la protección de los derechos humanos y la Comunidad, la Convención Europea de Derechos Humanos y su funcionamiento y las relaciones entre la Comunidad y la Convención Europea de Derechos Humanos en la situación jurídica actual; la segunda parte se refiere a los argumentos a favor y en contra de la adhesión y la tercera, a los aspectos técnicos e institucionales.

Al año siguiente, la Comisión [SEC (90) 2078 final] recuerda que el TJCE está todavía lejos de prestar un apoyo tan sólido a los derechos fundamentales como el llevado a cabo en el seno del TEDH, por lo que vuelve a plantear la cuestión de la adhesión de la Comunidad al CEDH.

1.3. La posición del Tribunal de Justicia ante los derechos fundamentales

Ausente en los Tratados fundacionales una declaración de derechos, como ya conocemos, la posición del TJCE, en una primera etapa, ha sido en cierto modo desconcertante. Más preocupado por la progresiva integración comunitaria ha aparcado hasta 1969 la protección de los derechos fundamentales a pesar de que la cuestión se le planteaba desde poco después de su andadura. El problema surgió cuando algunas personas esgrimieron ante esta instancia que determinados actos comunita-

rios violaban algún derecho fundamental garantizado en el Derecho interno estatal, mayormente en la Constitución.

El TJCE se circunscribe, en esta primera etapa a llevar a cabo una interpretación y aplicación puramente formal del Derecho positivo, esto es de los textos comunitarios. No es competente para abordar el tema de los derechos fundamentales, pues en los textos originarios nada se dice de ellos, evitando de esta forma cualquier confrontación entre el ordenamiento jurídico comunitario y el de los Estados miembros. Con esta postura pretende garantizar la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno de los Estados (Sentencia *Costa c/Enel*, de 15 de julio de 1965) y el efecto directo de algunas de las normas comunitarias (Sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963), todo ello en detrimento de los derechos fundamentales.

Así sucedió desde los casos *Stork* y *Nold I*, de 1959, *Nold II*, de 1960, *Marcelo Sgarlatta* y otros, de 1965 y *X/Comisión* de control de las Comunidades Europeas, de 1969, hasta el caso *Stauder* de ese mismo año. Ignorancia pues de los derechos fundamentales para no correr el riesgo de «reestatalizar» lo ya «comunitarizado», a través del portillo de los derechos fundamentales reconocidos a nivel interno de los Estados. La respuesta del Tribunal ha sido enérgica, desconsiderada e incluso, como en su día dijera, Teitgen, se trata de «una respuesta brutal en la Sentencia *Stork*, respuesta que sin embargo el Tribunal ha reproducido también brutalmente en su Sentencia *Nold* de 15 de julio de 1960».

No es extraño que ante esta actitud del Tribunal frente a los derechos fundamentales algunos Tribunales Constitucionales de los países miembros, en aquella época, de las Comunidades, se revelaran, incluso después de la rectificación del Tribunal de Luxemburgo en 1969, pues, consideraban que el grado de protección otorgado era incompleto, en cuanto a los derechos protegidos y además, en algunas ocasiones, por debajo de los estándares nacionales.

La Sentencia *Stauder* de 1969, ha sido el punto de inflexión abriéndose, a partir de este momento, un cambio de jurisprudencia del Tribunal preocupado ahora por la protección de los derechos humanos en el seno del ordenamiento comunitario. Para ello, acude a los principios generales del Derecho comunitario entre los cuales se encuentran comprendidos los derechos fundamentales «cuyo respeto el Tribunal asegura». Este sistema fue consolidado posteriormente, abriendo, al mismo tiempo, nuevas fuentes de inspiración.

1.4. Los derechos fundamentales en los sucesivos Tratados de integración europea

a) *El Acta Única Europea de 7 de enero de 1986 y los derechos fundamentales*

En el texto de este Tratado no se recoge una tabla de derechos fundamentales, sólo hay referencias a algunas previsiones de forma aislada (diálogo entre las partes sociales, esto es, la negociación colectiva, protección del medio ambiente, etc.). No obstante, el Preámbulo, instrumento de interpretación del texto del Tratado, con las limitaciones que ello supone, hace una referencia expresa a los derechos fundamentales. A estos efectos, se puede leer que los Estados signatarios están *«decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y las leyes de los Estados miembros, en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, sobre todo la libertad, la igualdad y la justicia social»*.

En el Preámbulo se añade asimismo que los signatarios son conscientes de la responsabilidad que incumbe a Europa en cuanto a la potenciación de los *«principios de la democracia y el respeto del Derecho y de los derechos humanos a los cuales se hallan ligados, con el fin de aportar conjuntamente su propia contribución al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, conforme al compromiso asumido en el marco de la Carta de las Naciones Unidas»*.

b) *El Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, y los Derechos fundamentales*

Este Tratado se diferencia de los anteriores porque ya integra en el texto la referencia a los derechos fundamentales en los términos que veremos seguidamente, no sin antes reconocer en el Preámbulo, su *«adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Estado de Derecho»*.

En efecto, el art. F.2 dice lo siguiente:

«La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (...), y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

Los términos enérgicos en los que se pronuncia el Tratado, *«la Unión respetará»*, quedan diluidos poco después, en el propio texto, al excluir este precepto (art. 1º) del campo de acción del TJCE, por iniciativa de John Major.

El Tratado reconoce, como novedad, la ciudadanía europea a los nacionales de los Estados miembros, configurando un *status* político consistente en los derechos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, a ser elector y elegible en las elecciones municipales y parlamentarias europeas en el Estado miembro en el que se reside y en el derecho a la protección diplomática en el territorio de un tercer país, por cualquier Estado miembro en el que no esté representado el Estado miembro del que se sea nacional. A estos derechos hay que añadir el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el de dirigirse al Defensor del Pueblo (arts. 8 a 8D del TCEE) en caso de mal funcionamiento de las instituciones y órganos comunitarios.

c) Los derechos fundamentales en el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997

En Amsterdam se llevan a cabo una serie de retoques en lo que a este tema se refiere.

En primer lugar, el texto del Preámbulo del TUE se incorpora como número 1 del artículo F, añadiendo, «a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho», que tales principios «son comunes a los Estados miembros».

En segundo término, mantiene el número 2 del art. F con la misma redacción dada en Maastricht y, en tercer lugar, suprime la limitación competencial del TJCE contenida en el artículo 2 del Tratado anterior

Por lo tanto, los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio de Roma de 1950 siguen siendo fuente de inspiración del TJCE como «*principios generales del Derecho comunitario*» .

Por último, en cuanto a la ciudadanía europea, el Tratado hace explícito, para que no quepa ninguna duda, que «*la ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional*» (art. 7.D.9, que corresponde al art. 8.1º del texto consolidado).

1.5. Las relaciones entre los ordenamientos jurídicos del Consejo de Europa y de la Unión Europea sobre protección de los derechos fundamentales

La existencia de dos ordenamientos jurídicos de protección de los derechos fundamentales en los cuales participan un mismo número de Estados, plantea problemas de coexistencia e interferencia mutuos.

La existencia en el plano regional europeo de dos ordenamientos jurídicos de protección de los derechos fundamentales, uno de origen convencional y otro pretoriano, en los cuales participan el mismo número de Estados cuyos nacionales, a su vez, son destinatarios de ambos sistemas, plantea problemas de coexistencia, produciendo interferencias en

todo caso inevitables, por más que existan normas de salvaguardia como ha previsto el art. 35.2.b) del CEDH.

Tanto la, extinguida hoy, Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han entrado a examinar la compatibilidad del ordenamiento comunitario con el Convenio de Roma de 1950, a instancia de los particulares. Así lo ha hecho la Comisión Europea de Derechos Humanos en sus Decisiones de 3 de marzo de 1978 (caso *Caprino*) y de 1 de julio de 1993 (caso *Procola I*) declarando en ambos casos que las medidas tomadas por la Comunidad Europea en aplicación del Derecho comunitario no violaban los derechos garantizados en el Convenio. La Comisión Europea de Derechos Humanos entró, pues, a enjuiciar el Derecho comunitario tomando como parámetro el propio Convenio de Roma.

Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido más allá estableciendo una jurisprudencia distinta sobre la misma materia –la inviolabilidad del domicilio– a la mantenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En efecto, Luxemburgo en el caso *Hoerchst y otros*, Sentencia de 1989, entendió que la inviolabilidad del domicilio en la UE no ampara a las personas jurídicas. En cambio, el Tribunal de Estrasburgo, en el caso *Niewietz*, Sentencia de 16 de diciembre de 1992, consideró que el despacho profesional de un abogado se encuentra también amparado por aquel derecho fundamental. «El domicilio» dice la Sentencia «puede englobar, por ejemplo, el despacho de un miembro de una profesión liberal» y por lo tanto está protegido por el artículo 8 del Convenio.

Esta falta de coordinación entre los dos sistemas de protección de los derechos fundamentales ha llegado a su punto álgido con el caso *Mathews cl Reino Unido*, Sentencia de 18 de febrero de 1999, en la cual el TEDH, controló el proceso legislativo comunitario y declaró no conforme con el art. 3 del Protocolo nº 1 la actitud del Reino Unido de no organizar elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, cuyo territorio fue excluido del ámbito de aplicación del Acta Única Europea de 1986, según dispone el Anexo II. Control pues de la UE desde el exterior sin tener la ocasión de hacer valer sus argumentos.

Esta situación aboga por la urgencia de la búsqueda de una solución al problema de las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos.

Desde la perspectiva de la UE, la problemática es diferente, dado lo rudimentario, aunque en continuo perfeccionamiento, del sistema de protección de los derechos fundamentales. Su origen pretoriano y la ausencia de una tabla de derechos fundamentales, aunque bien es cierto que existen a lo largo de los tratados, sobre todo después de Amsterdam un ramillete de ellos encuadrables en algunas de las categorías al uso, han predispuerto a los órganos de gobierno de la UE a plantearse la adhesión al Convenio de Roma de 1950. Es cierto que tal adhesión plante-

aba y sigue planteando problemas políticos, institucionales y jurídicos importantes pero no insalvables. Por ello, el Consejo de la UE solicitó el 26 de abril de 1994, al Tribunal de Justicia, un Dictamen sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio, dictamen evacuado el 28 de marzo de 1996 y en el cual se ponen de relieve las múltiples dificultades para llevar a cabo tal adhesión, no todas ellas, por cierto, consistentes.

El Dictamen, en resumen, dice que *«procede señalar que ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito»*. El Tribunal, por lo tanto, niega expresamente que la Comunidad tenga competencia para adherirse al CEDH. En el fondo, como ha señalado S. Mathieu, *«está claro que el Tribunal se ha mostrado hostil a esta adhesión por miedo a perder su soberanía, no suscitando abiertamente el debate»*.

No obstante, recuerdo una vez más, que el Convenio de Roma ocupa un lugar especial en el seno del ordenamiento comunitario, como ha recordado la jurisprudencia de Luxemburgo. Se trata de una fuente de inspiración, la cual reviste «un significado particular» (caso *Elleniki Radio-phonía*, Sentencia de 18 de junio de 1991) añadiendo que *«no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera»*. Esta idea de que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el Convenio fue más tarde reiterada en los casos *Kremzow* (Sentencia de 29 de mayo de 1997) y *Annibaldi* (Sentencia de 18 de diciembre de 1997).

El Convenio sigue siendo, pues, una fuente de inspiración pero, a partir de este momento, privilegiada. Pero aún así, da la impresión que al utilizar la jurisprudencia comunitaria la expresión *«derechos humanos reconocidos y garantizados»* de acuerdo con el Convenio, podría inferirse también que el Tribunal de Luxemburgo asume la interpretación de los mismos dada por el Tribunal Europeo de Estrasburgo, esto es, su jurisprudencia. Con ello se evitarían eventuales disfunciones como las producidas hasta ahora, al asumir en bloque la Comunidad el contenido y límites declarados en sede jurisdiccional de los Derechos humanos reconocidos en el Convenio.

2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

2.1. Antecedentes

Hemos expuesto hasta aquí cual ha sido hasta estos momentos la situación de los derechos fundamentales, a falta de un texto declarativo de derechos, en el ordenamiento comunitario. Hemos descrito también los dos modelos de protección de derechos fundamentales, en los sistemas comunitarios y del Consejo de Europa, su delicada coexistencia y mutuas interferencias.

Por otra parte, quisiera recordar que, en el seno de la Comunidad Europea desde hace ya tiempo, además de plantearse la posibilidad de la adhesión al Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se barajó la conveniencia de la adopción de un texto, Declaración o Carta de Derechos fundamentales, bien autónomo, bien inserto en un texto constitucional europeo.

Me refiero, en primer lugar, a dos ocasiones fallidas de adoptar la técnica de la Constitución frente a la progresiva integración, particularizada de sucesivas reformas de los tratados institucionales de las Comunidades. Los Textos son el Proyecto de Unión Europea del socialista italiano Spinelli, de 14 de febrero de 1984, y el texto del Pleno del Parlamento Europeo aprobado el 10 de febrero de 1994, cuya redacción definitiva se encomendó posteriormente a un Comité de Sabios del que formaba parte el Prof. García de Enterría, el cual evacuó el llamado «Informe Pintasilgo», titulado por una Europa de los derechos cívicos y políticos (Bruselas, octubre 1995-febrero 1996). En cuanto al tema de los derechos humanos la solución ofrecida por ambos textos es diferente. El Proyecto Spinelli, sólo contiene un artículo dedicado a los derechos fundamentales (4) en el cual se dice que «la Unión protege la dignidad del individuo y reconoce a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades fundamentales, tales como derivan de los principios comunes de las constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención Europea...» y añade que dentro «de un plazo de cinco años» deliberará sobre la adhesión a una serie de instrumentos internacionales en materia de derechos civiles, políticos, sociales y culturales, así como que dentro del mismo plazo, la Unión «adoptará su propia declaración sobre derechos fundamentales», sin prejuzgar su naturaleza jurídica.

En cambio el Proyecto de Constitución Europea de 1994, contiene ya un listado articulado de Derechos Humanos garantizados por la Unión (Título VIII). Estos derechos fueron posteriormente reordenados en cuanto a su distinta eficacia, valor vinculante y fines a alcanzar en el «Informe técnico Pintasilgo».

Otra opción discutida por parte de alguna de las instituciones europeas ha sido la de redactar un texto autónomo, esto es, al margen de los Tratados, pero como complemento de los mismos. Esta ha sido la posición de la Comisión en el «Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales», de 4 de abril de 1979. La Comisión señala en este Memorándum, que la mejor respuesta a la necesidad del reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales consiste, en la situación de aquel momento, en la adhesión al Convenio de Roma, pero ello «no contradice la voluntad por parte de la Comunidad, de completar los tratados mediante un catálogo de derechos elementales especialmente adecuados al ejercicio de sus competencias. Este objetivo, sin embargo, no parece accesible a corto plazo si se tienen en cuenta las diferencias de opinión que separan a los Estados miembros en lo que se refiere a la definición de los derechos económicos y sociales».

Lo que debe resaltarse de este texto es que no se trata de aprobar un catálogo completo de derechos fundamentales sino más bien una tabla de derechos «adecuada al ejercicio de las competencias» de la Comunidad.

Esta previsión de elaboración de una Declaración de derechos es recordada por la Comisión en la «Comunicación de 19 de noviembre de 1990, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como a algunos de sus protocolos adicionales».

Por otro lado el Parlamento, siempre más sensible por este tema como ya hemos recordado, aprobó el 12 de abril de 1989, la «Declaración sobre los derechos y libertades fundamentales», que contiene un listado de derechos civiles y políticos clásicos (23 artículos), al cual añade unos objetivos políticos en materia de protección del medio ambiente y de los consumidores (art. 24).

2.2. Gestación de la Carta

El proyecto de elaborar una Carta de los Derechos Fundamentales parte de la idea lanzada en Colonia en junio de 1999 por la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno. El procedimiento de elaboración no ha sido el clásico: conferencia diplomática, sino un recinto («enceinte») rebautizado como Convención que expresa en cierta manera, una vocación constituyente. Esta nueva instancia, aunque fuera transitoria, pretende renovar al menos los métodos tradicionales de funcionamiento de la UE, primero por su composición y, luego, por la aplicación del principio de transparencia en todo el proceso de elaboración de la Carta.

La Convención tenía una composición mixta y plural. Representantes de los Parlamentos nacionales y del europeo (treinta en el primer caso y

16 en el segundo) y 15 representantes personales de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros. La Mesa de la Convención estuvo presidida por Roma Herzog, antiguo Presidente de la República Federal de Alemania y compuesta por un delegado de los representantes de los Jefes de Estado y de Gobierno, (primero Pedro Bacelar de Vasconcellos y luego Guy Braibant), un miembro en representación de la delegación de los Parlamentos nacionales (Gunnar Jansson), un miembro por delegación del Parlamento Europeo y un representante del Presidente de la Comisión (el Comisario Antonio Vitorino).

Españoles en esta Convención estaban Iñigo Méndez de Vigo, Presidente de la Delegación del Parlamento Europeo, Gabriel Cisneros y Jordi Solé Tura como representantes del Parlamento Español y Álvaro Rodríguez Bereijo, antiguo Presidente del Tribunal Español, en representación del Presidente del Gobierno español.

Como observadores había 2 representantes del Tribunal de Instancia de las Comunidades Europeas, 5 del Comité de las Regiones, 4 del Comité Económico y Social, el Defensor del Pueblo y 4 representantes del Consejo de Europa.

El papel de la Mesa fue el de hacer la síntesis de los debates y preparar, con la ayuda del Secretario General del Consejo, los textos consensuados. No se produjeron votaciones en el pleno.

La transparencia en el proceso de elaboración de la Carta fue otra de sus características. Todos los proyectos fueron introducidos en Internet para el conocimiento del público en general. Ello dio lugar a múltiples proposiciones de enmienda por parte de ONGs, asociaciones, sindicatos, iglesias, etc.

El mandato de Colonia era que figuraran en la Carta los derechos civiles y políticos recogidos mayormente en el Convenio de Roma de 1950, los derechos del ciudadano europeo y los derechos económicos y sociales insertos algunos de ellos en el TUE y otros en la Carta Social Europea patrocinada por el Consejo de Europa.

Los miembros de la Convención no sólo siguieron las indicaciones de Colonia sino que también hicieron su aportación «*aggiornando*» alguno de los derechos reconocidos en el Convenio y haciendo las innovaciones necesarias cuando procedían. Obvio es decirlo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ocupó también su lugar en la elaboración del Proyecto.

Aunque el texto ha sido fruto del consenso, la influencia y posiciones de los distintos Estados, o grupos de hecho de parlamentarios nacionales y europeos, en cuanto a la articulación y el contenido de la Carta han sido también diferentes. La iniciativa de la Carta se debe a Alemania, la influencia francesa se plasmó en el capítulo IV dedicado a la Solidaridad, con el apoyo de los italianos, belgas, españoles y la mayoría de los ale-

manes. Los más reticentes en cuanto se refiere a este capítulo fueron los países nórdicos, Dinamarca, Holanda e Irlanda liderados por el Reino Unido. La intervención francesa hizo al menos que un mínimo de los derechos de los trabajadores y de los derechos de la seguridad social y ayuda social adquirieran carta de naturaleza. Otros derechos fueron aparcados, tales como el empleo o la referencia al salario mínimo. Ello se ha debido en gran parte, a los diferentes modelos de relaciones laborales en los Estados miembros de la Unión, a una mayor confianza de los países antes citados en la flexibilización y negociación entre los interlocutores sociales y a una cierta prevención a formalizar en un texto todo este amplio y complejo laberinto de los derechos económicos y sociales.

2.3. Contenido y fuentes de inspiración de la Carta

Acabo de apuntar hace un momento que el Acuerdo del Consejo Europeo de Colonia había definido tres categorías de derechos que debía contener la Carta que finalmente quedó estructurada en un Preámbulo, 54 artículos, 50 de los cuales agrupan en VI Capítulos los distintos derechos bajo las rúbricas de Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia y el Capítulo VII que se dedica a «Disposiciones Generales».

La Comisión ha escogido teniendo en cuenta las indicaciones del Consejo de Colonia los derechos fundamentales más pertinentes para los ciudadanos europeos en sus relaciones con las instituciones europeas y en sus relaciones, también, con los Estados miembros cuando se trate de aplicar el Derecho comunitario. En la redacción de los preceptos se ha optado con frecuencia por un estilo simple y a veces casi telegráfico. La referencia a sus límites se traslada a una de las Disposiciones generales.

El contenido sintético de los respectivos capítulos es el siguiente:

PREAMBULO

CAPÍTULO I. Dignidad (arts. 1 a 5)

- Dignidad humana
- Derecho a la vida
- Derecho a la integridad de la persona
- Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes
- Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

CAPÍTULO II. Libertades (arts. 6 a 19)

- Derecho a la libertad y a la seguridad
- Respeto de la vida privada y familiar
- Protección de datos de carácter personal
- Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia
- Libertad de pensamiento, de conciencia y religión
- Libertad de expresión y de información

- Libertad de reunión y de asociación
- Libertad de las artes y de las ciencias
- Derecho a la educación
- Libertad profesional y derecho a trabajar
- Libertad de empresa
- Derecho a la propiedad
- Derecho de asilo
- Protección en caso de devolución, expulsión y extradición

CAPÍTULO III. Igualdad (arts. 20 a 26)

- Igualdad ante la ley
- No-discriminación
- Diversidad cultural, religiosa y lingüística
- Igualdad entre hombres y mujeres
- Derechos del menor
- Derechos de las personas mayores
- Integración de las personas discapacitadas

CAPÍTULO IV. Solidaridad (arts. 27 a 38)

- Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa
- Derecho de negociación y de acción colectiva
- Derecho de acceso a los servicios de colocación
- Protección en caso de despido injustificado
- Condiciones de trabajo justas y equitativas
- Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo
- Vida familiar y vida profesional
- Seguridad social y ayuda social
- Protección de la salud
- Acceso a los servicios de interés económico general
- Protección del medio ambiente
- Protección de los consumidores

CAPÍTULO V. Ciudadanía (arts. 39 a 46)

- Derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo
- Derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales
- Derecho a una buena administración
- Derecho de acceso a los documentos
- Defensor del Pueblo
- Derecho de petición
- Libertad de circulación y de residencia
- Protección diplomática y consular

CAPÍTULO VI. Justicia (arts. 47 a 50)

- Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial
- Presunción de inocencia y derechos de defensa
- Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas
- Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito

CAPÍTULO VII. Disposiciones generales (arts. 5 a 54)

- Ámbito de aplicación
- Alcance de los derechos garantizados
- Nivel de protección
- Prohibición del abuso de derecho

Hay que tener en cuenta que las «explicaciones» de la Carta establecidas por la Mesa de la Convención, conocida como Presidium, constituyen un elemento de gran utilidad para la interpretación de este texto.

Estas explicaciones se refieren básicamente a las fuentes de inspiración de cada uno de los artículos.

A este respecto las principales fuentes de inspiración son el CEDU y algunos de sus Protocolos, así como otros convenios adoptados, en el marco del Consejo de Europa, tales como la Convención sobre los Derechos del Hombre y la biomedicina, el Convenio para la protección de las personas en relación con el tratamiento automatizado de datos de carácter personal y la Carta Social Europea. También se alimenta en los textos de la propia Comunidad, en particular en el TCE y en algunas de sus Directivas. No es tampoco despreciable la aportación de la jurisprudencia comunitaria en materia de libertad profesional, libertad de empresa, derecho de propiedades, derecho a la igualdad ante la Ley, el principio de buena administración, el derecho a un recurso efectivo ante un juez, el principio de «non bis in idem», etc. Y, por último, en el ámbito de Naciones Unidas la Carta también ha tenido en cuenta el Convenio de Ginebra sobre refugiados y el Convenio de Nueva York sobre Derechos del Menor.

En las llamadas «Disposiciones Generales» se diseña el marco de aplicación de los derechos fundamentales recogidos en la Carta.

La Carta, en primer lugar, señala que no crea ninguna competencia ni misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica tampoco las competencias y misiones definidas por los Tratados. Lo que se quiere decir es que los derechos fundamentales tal y como están garantizados en la UE sólo producen efectos en el marco de las competencias determinadas por el Tratado.

Con respecto a este tema nos podemos preguntar si ello tampoco implica el incremento de obligaciones financieras porque de ser así una parte de los derechos económicos y sociales saldrían reforzados.

Estas definiciones se aplican a las «instituciones» que son las enumeradas en el art. 7 del TCE y «órganos» de la Unión, es decir, a las instancias establecidas por el Tratado o por el Derecho derivado, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario (como ha recordado también la reciente Sentencia del TJCE, de 3 de abril de 2000).

En consecuencia todos ellos deben respetar los derechos, observar los

principios y procurar su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias.

La Carta, por otra parte hace una regulación unitaria de los límites de los derechos a propósito de la regulación del «alcance de los derechos reconocidos». Esta técnica de regulación puede causar innumerables problemas, pues, el contenido y límites de los derechos, dependen de su naturaleza y de su variada funcionalidad. Esta regla general tiene dos excepciones. En primer lugar, cuando los derechos reconocidos por la Carta tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la UE aquéllos se ejercen en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos. En segundo término, para establecer un principio de homogeneización entre el CEDH y la Carta se indica que cuando la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH su sentido y alcance serán iguales a los que le confiere dicho Convenio. Aunque no lo dice expresamente la Carta, habrá que entender que este principio se hace extensivo a los derechos reconocidos en los Protocolos al CEDH. A ello hay que añadir que para determinar el alcance de los derechos garantizados en ambos ordenamientos jurídicos habrá que tener también en cuenta la jurisprudencia del TJCE y TEDH en esta materia. Ello no impide, según la Carta, que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa a los derechos reconocidos.

Se introduce también la «cláusula del standard mínimo de protección» según la cual «ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que sea parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros». Cláusula por lo demás, que tiene su fuente de inspiración en el CEDH (art. 3) y en otros tratados internacionales tanto regionales como universales. Se ha observado (F. Alonso García) que esta cláusula podría desvirtuar el principio de primacía del Derecho comunitario y por lo tanto la uniformidad en la aplicación de este Derecho cuando los derechos reconocidos en la Carta reciban un nivel superior de protección por las Constituciones nacionales. Entiendo, sin embargo, que esa eventual fractura del principio de uniformidad en este sector específico y de gran trascendencia puede ser un riesgo perfectamente asumible, como se ha asumido hasta ahora el déficit democrático o la protección de los derechos fundamentales bajo parámetros muchas veces alejados de los standards nacionales o del TEDH de Estrasburgo.

Por otra parte, la referencia «en particular al CEDH», debe entenderse, como así lo ha hecho el Presidium, en el sentido de que en ningún caso

el nivel de protección ofrecido por la Carta no puede ser inferior al garantizado por el CEDH y en consecuencia el régimen de las limitaciones previstas en la Carta no puede estar por debajo del nivel previsto por la CEDH. Con lo cual este principio es de aplicación a los tres supuestos contemplados en el art. 52 que establece el régimen del «alcance de los derechos garantizados».

Por último, en cuanto a la prohibición del abuso de derecho, establecido en el art. 54, debe notarse que este principio recoge el contenido del art. 17 CEDH. Dice este artículo que «ninguna de las disposiciones de la Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta».

2.4. Alcance jurídico y futuro de la Carta

En cuanto a la determinación del alcance jurídico de la Carta el Consejo Europeo de Niza remite la cuestión a una fecha posterior («la question de la portée de la charte sera examine ulterieurment»). El Consejo Europeo de Colonia había advertido, poco antes, que «habrá que estudiar si debe incorporarse la Carta a los Tratados y en caso afirmativo, de qué modo ha de hacerse».

El problema actual es, pues, el de determinar cuál es el porte jurídico de la Carta antes de su eventual incorporación a los Tratados.

Parece claro, y, en ello hay unanimidad en la doctrina científica, que la Carta tiene un carácter programático. No es un texto normativo que vincule directamente a las instituciones y órganos comunitarios ni a los Estados miembros en la aplicación del Derecho comunitario.

Así también lo ha entendido la Comisión en su Comunicación de 11 de octubre de 2000 (COM 644 final, n° 10) al constatar que con respecto a la situación actual nada ha cambiado. En efecto, la posición de la Comisión es la de que «el Tribunal de Justicia se inspirará en ella, como lo ha hecho ya con otros textos concernientes a los derechos fundamentales», para terminar diciendo que «se puede ciertamente esperar que la Carta será en cualquier hipótesis vinculante por la vía de su interpretación por el Tribunal de Justicia en tanto que principios generales del derecho comunitario».

En estos momentos quiero recordar que ya existe alguna Sentencia del TJCE en la que fundamenta su resolución en la Carta como fuente de inspiración.

Con independencia de su eventual integración en los Tratados a través de los mecanismos pertinentes y del alcance de su valor normativo,

pues, no todo su contenido es homogéneo en la medida en que junto a derechos públicos subjetivos, se integran principios informadores de la política económica y social, sigue estando sobre el tapete la cuestión de la adhesión de la Unión Europea al CEDH. Cuestión que ha planteado también la Comisión pocos días antes de la aprobación del Proyecto de Carta. La Comisión entendía que «la existencia de la Carta no aminorará el interés de esta adhesión –al CEDH– que tendría por efecto establecer una tutela externa de los derechos fundamentales en la Unión» (Comunicación de 13 de septiembre de 2000, COM (2000) 559 final).

En principio no existe ningún inconveniente infranqueable a que la Unión Europea, como lo han hecho los Estados miembros de la Unión, pueda ser controlada en última instancia por un órgano jurisdiccional de carácter regional –el TEDH– en esta materia específica. El TJCE, ha sido siempre reacio a hacer concesiones a su posición de juez supremo y último en la aplicación e interpretación del Derecho comunitario.

También la doctrina científica ha esgrimido sus razones en contra de tal adhesión, casos de mi maestro el Prof. García de Enterría y del Profesor y ex Presidente del TC, Rodríguez Bereijo.

Para Bereijo, un mecanismo de subordinación de TJCE a la jurisdicción de Estrasburgo «será incompatible con la «autonomía jurídica» de la Carta y con la condición de la UE como entidad política basada en una comunidad de valores (democracia, imperio de la ley y Estado de Derecho) homogénea y sólidamente asentada en sus Estados miembros. Situación bien diferente de los 4 Estados que hoy componen el Consejo de Europa (e integran el TEDH de Estrasburgo), algunos de los cuales suscitan todavía algunas reservas como Estados de Derecho firmemente asentados en una democracia parlamentaria por su escasa o nula tradición en el control y tutela de la observación de los derechos humanos». Son argumentos respetables pero que no describen en su integridad la realidad europea.

Así como ha señalado el Prof. Alonso García «es necesario asumir ese temor con relación a los Estados de la Unión a título personal» y pone como ejemplo la situación austríaca después de la subida al poder del partido ultraderechista FPÖ». En el propio TUE hay hoy mecanismos para afrontar estas situaciones (art. 7).

Frente a esta desconfianza ante los antiguos países del Este por su falta de tradición democrática, y con esto termino, se puede argumentar varias cosas. En primer lugar, tras la caída del muro de Berlín en 1989, las dos Alemanias se reunificaron y no por ello se resintió el sistema europeo comunitario de protección de los derechos fundamentales sino por el contrario ha integrado en el goce y disfrute del sistema de libertades fundamentales a una parte importante del pueblo alemán, antes dividido.

Pero el argumento antes esgrimido frente a la adhesión de la UE al CEDH cae por su propio peso si se piensa que, progresivamente, una parte importante de los antiguos Estados del Este o de otros emergentes por desmembración de los antiguos van a ingresar en la UE. Este es el verdadero reto del futuro, y no otro, de articular la convivencia en libertad y democracia dentro de la UE, de pueblos con tradiciones políticas e incluso culturales diversas. ■

LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO SANCIONADOR COMUNITARIO

José Suay Rincón

Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

1. Dificultades iniciales en la formación de un derecho administrativo sancionador en la Unión Europea

La construcción de un Derecho administrativo sancionador desde la Unión Europea es tarea que está topando con no pocas dificultades, pero en la que paulatinamente se va en avance.

A) Causas (I): diversidad del régimen sancionador de cada uno de los estados miembros

De entrada, está la enorme diversidad en los regímenes jurídicos desde la que los Estados miembros de la Unión Europea acometen la regulación de la potestad sancionadora de sus respectivas Administraciones. En un Estudio encargado en 1991 por la propia Unión Europea, tales diferencias no pasaron inadvertidas, antes bien, lo contrario.

Tal diversidad encuentra su fundamento último en profundas razones de tipo histórico y constitucional; y aunque la evolución de los Estados y, por supuesto, la integración en una unidad superior de carácter supranacional (la Unión Europea) ha constituido un evidente paso adelante ha-

cia la convergencia, todavía son palpables y sensibles las diferencias en la regulación de la potestad sancionadora de la Administración por los Estados miembros. Las diferencias, por otra parte, arrancan a partir de la delimitación misma del concepto de sanción administrativa.

B) Causas (y II): ausencia de desarrollo de un aparato administrativo propio de carácter central

Junto a este dato convive otro tanto más decisivo, a saber, las reticencias de los propios Estados miembros a ceder la titularidad y el ejercicio de sus competencias ejecutivas y de administración a instancias ajenas y alejadas.

La proclamación, todavía reciente, en el ámbito de la Unión Europea, del principio de subsidiariedad como un pilar determinante de la construcción hacia el futuro de la nueva Unión Europea pretendida a partir de su ampliación (en pocos años, serán 21 los Estados miembros) agrava las dificultades iniciales que, por otra parte, encuentran su complemento ideal en la falta de suficiente legitimidad democrática de las instituciones europeas. No es preciso demostrar este aserto, a pesar de que el Consejo representa a los propios Gobiernos Nacionales y que el Parlamento Europeo es directamente elegido.

Todo ello hace que la aplicación del Derecho comunitario, con la salvedad de ciertas materias, queda remitida en su conjunto a los Estados miembros y a sus instancias internas (Lander, Comunidades Autónomas, Regiones, etc). Desde luego, se obtiene a partir de ello un mayor equilibrio en el diseño institucional de la Unión Europea. Pero no menos evidente es que también se pierde así «capacidad de integración». Por ejemplo, en lo que a nuestro caso específico concierne (las sanciones administrativas), la falta de atribución de poderes sancionadores, en términos generales, a las instituciones comunitarias (por todas, aunque no sólo, la Comisión) complica enormemente de entrada la creación, no ya de un ordenamiento sancionador común, sino incluso la institución de un «corpus» mínimo de principios básicos en materia sancionadora.

Desde el punto de vista doctrinal, la cuestión de fondo parece bastante decantada, al menos, de modo muy mayoritario, hacia la progresiva ampliación de las competencias sancionadoras de las instituciones comunitarias. Pero los argumentos antes invocados continúan operando como obstáculos insuperables, todavía en el momento presente: en cualquier caso, cabe adelantarle ya, el problema, más que propiamente dogmático, es en términos generales de carácter práctico o, si se prefiere, «político».

2. Modelos para la construcción de un derecho administrativo sancionador a escala europea a partir de una diferenciación básica entre infracciones y sanciones

En la ampliación de las competencias sancionadoras de las instituciones comunitarias, las variantes son múltiples. Podemos así configurar de entrada dos modelos claramente diversos, aunque también podría cristalizar alguno de tipo más ecléctico (o híbrido). A partir de la distinción clave en el Derecho administrativo sancionador, las posibilidades de principio, en efecto, son dos.

A) Modelo radical: la atribución a las instituciones comunitarias de la totalidad de la competencia sancionadora

Un modelo de corte radical llevaría a reconocer a las instituciones comunitarias el ejercicio íntegro de potestades sancionadoras, lo que a su vez llevaría consigo la atribución a la Unión Europea, no sólo de competencias para delimitar las infracciones o ilícitos (conductas sancionables) por el incumplimiento de las propias obligaciones establecidas en sede comunitaria e impuestas en aquellos sectores sujetos a su intervención activa, sino también para acordar en su caso la imposición de las sanciones correspondientes (consecuencias punitivas) a partir de la constatación y prueba efectiva de que los ilícitos así tipificados por la propia normativa han tenido lugar realmente.

Desde luego, un planteamiento general de esta índole resulta insuficiente en sí mismo, ya que permanecen demasiadas zonas de incertidumbre y zonas, por lo demás, no poco importantes. De este modo, los interrogantes sin despejar son palmarios.

Así, por ejemplo, en relación con las infracciones, la determinación de las instituciones comunitarias habilitadas al efecto es cuestión capital: ¿solamente, en su caso, el Consejo? ¿También la Comisión? En esta última hipótesis, con base a qué requisitos, dicho de otro modo, ¿las competencias sancionadoras de la Comisión serán propias y naturales? ¿o sólo podrán, en su caso, disponer de tales atribuciones previo apoderamiento expreso por el Consejo?

Todavía más importante, ya en relación con las sanciones, también debe proceder a esclarecerse el establecimiento de las medidas de gravamen concretas susceptibles de incluirse dentro de la indicada categoría, esto es, ¿solamente las multas? ¿también los actos rescisorios de medidas favorables? ¿también los actos de carácter reparador? Y, dentro de las multas, por otra parte, ¿todas las multas? o ¿deben excluirse las denominadas entre nosotros multas coercitivas?

En este asunto, lo que es bien claro es que debe huirse de las ideas preconcebidas propias a partir de la experiencia puntual de cada Estado

miembro y, mucho más, de tratar de instalar automáticamente dichas ideas en el ámbito de la Unión Europea. Como ya antes hubo ocasión de destacar, no es «nuestra» Unión Europea, sino la Unión Europea de todos los Estados miembros y se alimenta, por consiguiente, de las diversas experiencias de dicho Estados, en materia sancionadora, como también se adelantó, particularmente diferentes.

B) Modelo moderado: la partición de la competencia sancionadora y su distribución entre instituciones comunitarias e internas de los estados miembros

En un modelo inicialmente más debilitado, distinguiríamos los dos poderes básicos asociados a la potestad sancionadora de la Administración, esto es, el poder de establecimiento de las infracciones (poder normativo) y el poder de imposición de las sanciones (poder ejecutivo). Para, a renglón seguido, distribuir el ejercicio de ambos poderes en sedes diferentes.

De este modo, en el establecimiento de las infracciones, podrá darse una intervención más activa de las instancias comunitarias, mientras que, por el contrario, la imposición de sanciones se mantendría íntegra en los Estados miembros y sus instancias internas.

Aun cabría instalar dentro de este mismo planteamiento una variante acaso más moderada aún, de manera que también la propia competencia normativa para el establecimiento de las infracciones podría partirse a su vez. Nada infrecuente ello, como es evidente, en la configuración general del Derecho comunitario, en el cual, en último término, la propia diferenciación de las normas comunitarias derivadas, esto es, reglamentos y directivas comunitarias, se construye sobre idéntica premisa.

De este modo, la Unión Europea participaría en el ejercicio de la potestad sancionadora mediante la determinación sólo de algunos de los elementos configuradores de las infracciones, desde luego, serían los más básicos y fundamentales, para remitir después la concreción de los restantes elementos ya a la decisión de los propios Estados miembros.

3. Aplicación de ambos modelos: un primer balance provisional

Las experiencias sucesivas acometidas desde la Unión Europea permiten afirmar que se han producido desarrollos de ambos modelos, si bien, con toda claridad, tiende a predominar el expuesto en segundo término, incluso, bajo la que podríamos denominar segunda subvariante.

Debe insistirse, sobre todo, no obstante, que, más que a prejuicios dogmáticos insalvables, ello obedece a dificultades políticoinstitucionales. En el momento presente la Unión Europea se fortalece, por así decir,

«horizontalmente» a través de la puesta en práctica de sus mecanismos de ampliación; pero ello a costa también de una reducción en la intensidad de sus propias acciones, esto es, a una pérdida de su fortalecimiento «vertical». De ahí las técnicas acuñadas en la última Cumbre (de Niza), en punto a la definitiva consolidación de las «cooperaciones reforzadas» y el consiguiente reconocimiento de la posibilidad de imprimir diversas velocidades al proceso de integración, como medio de evitar el debilitamiento de su fuerza interna.

En último término, no obstante, al margen de la mayor vocación uniformadora de algunos Estados miembros y de la eliminación de los obstáculos que impedían su realización, debe notarse que el Derecho comunitario mismo en su conjunto, y a través de él la propia idea de la Unión Europea, no podrán nunca llegar a alcanzarse en plenitud operando sólo en la fase normativa: dicho de otro modo, la aplicación del Derecho comunitario no puede confiarse en términos exclusivos y absolutos a los Estados miembros y sus instituciones internas.

4. El reconocimiento sucesivo y gradual por la Unión Europea de la necesidad de dotarse de competencias sancionadoras propias

Es preciso aceptar esta premisa general que acaba de sentarse, y en honor a la verdad, debe señalarse que, en su misma generalidad, todos los Estados miembros la han aceptado. La aplicación del Derecho comunitario ha atravesado así distintas etapas, sobre las que ahora es necesario descender, siquiera sea sólo en lo que propiamente nos concierne, esto es, los aspectos concretos desarrollados en relación con la competencia sancionadora.

A) La situación de partida: indefinición inicial sobre los mecanismos de ejecución del derecho comunitario de los estados miembros

En efecto, una cláusula general en la mayoría de las disposiciones de Derecho comunitario (reglamentos y directivas) es que los Estados adoptarán todas las medidas necesarias en punto a garantizar su cumplimiento. Prácticamente, de entrada a esto sólo se limitaban tales disposiciones. Lo que a todas luces resulta insuficiente.

Acaso las obligaciones impuestas en los diversos sectores sujetos a la acción comunitaria, sí aparecen enunciadas con suficiente claridad y nitidez en las propias disposiciones comunitarias. Pero, con su mera previsión, desde luego, no basta para asegurar su virtualidad. El cumplimiento de tales obligaciones podrá hacerse de modo espontáneo, pero es preciso asimismo proceder a su «estímulo» a través de las correspondientes medidas encaminadas a tal propósito.

Entre tales medidas están las de índole sancionador. Pero lo que ahora interesa es determinar de qué manera se han configurado los mecanismos en garantía del cumplimiento del Derecho comunitario.

B) Un primer paso: reconocimiento de poderes de inspección a la Unión Europea

En un primer período, el control de la Unión Europea sobre el desarrollo y ejecución de sus instrumentos normativas se asentó, básicamente, sobre técnicas de supervisión para inspeccionar el cumplimiento efectivo por los Estados miembros del Derecho comunitario.

La inspección comunitaria no sólo se proyectó sobre la propia acción de los Estados miembros (una especie de «alta inspección» comunitaria), sino también sobre la actividad de los propios sujetos intervinientes en el proceso económico (particulares, empresarios), aunque ya de una manera más limitada desde esta segunda perspectiva.

Verificado en su caso el incumplimiento de las disposiciones comunitarias, la Comisión disponía de mecanismos para hacerla frente y, llegado el caso, denunciar al Estado miembro «incumplidor» ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

C) Un avance ya sustancial: la atribución de competencias sancionadoras, al menos, limitadas a las instancias comunitarias

En un posterior período se ha pretendido ya llegar más lejos, y consciente de las carencias del sistema precedente, bajo el cual se reaccionaba, es cierto, frente al incumplimiento, pero no se aseguraba el cumplimiento mismo del Derecho comunitario, la Unión Europea ha incluido en sus disposiciones medidas sancionadoras a adoptar por los Estados miembros.

Aunque dichas disposiciones exigen su correspondiente desarrollo por la normativa interna (desde luego, tratándose de directivas comunitarias), algunas de las medidas figuran previstas ya de antemano desde las propias disposiciones comunitarias. Debe notarse, con todo, que, entre las medidas sancionadoras así previstas, rara vez se contemplan las sanciones típicas, esto es, las multas.

En la mayoría de las ocasiones, la atención se centra sobre medidas más bien de carácter reparador o similares: por ejemplo, la confiscación o depósito de cauciones, la retirada de fianzas, la exigencia de devolución de ayudas, etc. Por otra parte, cuando se mencionan las multas en sí mismas se hace una referencia genérica a ellas, lo que hace imprescindible su desarrollo normativo posterior por los Estados miembros.

Cabe observar, en este punto, una seria resistencia en las disposiciones comunitarias por contribuir desde ellas a una mayor tipificación de las conductas sancionables. Esto, en principio, dificulta las posibilidades

de formación de un auténtico Derecho administrativo sancionador dentro del ámbito propio del Derecho comunitario; pero debe resaltarse asimismo que, en el fondo, el problema puede resolverse, puesto que, ante todo, obedece a una distinta sensibilidad de partida de los sistemas anglosajones y europeocontinentales en la formación del Derecho administrativo sancionador.

Desde nuestra perspectiva, es claro, en efecto, que a partir del establecimiento de las obligaciones impuestas por una normativa sobre un determinado sector de la vida social, para poder después sancionar su incumplimiento, es menester que la conducta incriminable aparezca tipificada propiamente como infracción administrativa: sólo, de este modo, cabría entender satisfechas las exigencias derivadas de los principios de reserva de Ley y de tipicidad de las infracciones en materia sancionadora.

En el sistema anglosajón prevalece, en cambio, una concepción diferente. A partir del establecimiento de una obligación (por ejemplo, la prohibición de realizar determinada conducta), cabe asociar a ella directamente, y sin estadios intermedios (esto es, su previsión específica como infracción administrativa), la correspondiente sanción.

Aunque insalvables parecen las distancias de entrada entre un sistema y otro, existe un modo, en mi opinión, de contribuir a su superación. Sería éste que las obligaciones enunciadas en términos positivos fueran lo suficientemente claras y precisas por sí mismas, y se agruparan incluso en catálogos de sencilla percepción: a lo que propenden, en suma, los sistemas anglosajones; en lugar de lo que hacen los sistemas europeocontinentales, donde las obligaciones son objeto de enumeración de una manera farragosa y dispersa a lo largo del articulado de un texto normativo, lo que hace después inevitable proceder a la tipificación puntual de las conductas incriminables como presupuesto para la adopción de las sanciones correspondientes.

D) El final del proceso: la atribución de competencias sancionadoras plenas también a las instancias comunitarias

Todavía, en un último período, se ha avanzado más si cabe y se ha llegado incluso al reconocimiento, bien que episódico, de competencias sancionadoras a favor de las propias instancias comunitarias. No son sino ejemplos ocasionales, pero, más allá de su contexto propio, pueden contribuir de modo decisivo a la consolidación, si no de un ordenamiento sancionador comunitario, sí de un «corpus» mínimo de principios básicos en materia sancionadora.

5. Un ejemplo concreto: la ordenación de las entidades de crédito y financieras

Entre lo más reciente, destaca la normativa comunitaria adoptada en el sector de la ordenación de las entidades de crédito y financieras, que merece un comentario puntual y que, además, destaca porque la responsabilidad administrativa no se hace recaer propiamente sobre la Comisión, sino sobre un organismo específico, el Banco Central Europeo.

A los efectos de desarrollar este apartado, es preciso reparar la atención en dos normativas, en concreto, el Reglamento 2532/1998, de 23 de noviembre, del Consejo, sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones; y a partir de dicho Reglamento, el Reglamento 2517/1999, de 23 de septiembre, esta vez, del propio Banco Central Europeo, de contenido fundamentalmente procedimental.

A) Principios sustanciales: el reglamento 2532/1998

El Reglamento 2532/1998 adopta diversas determinaciones fundamentales, como, entre otras:

■ La concreción de los sujetos pasivos de la potestad sancionadora comunitaria en el ámbito de las empresas, lo que representa el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas.

■ La previsión genérica, como infracción susceptible de sanción, del incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones impuestas por la normativa comunitaria, lo que atenta contra la configuración clásica del principio de tipicidad de las infracciones en nuestro Derecho administrativo sancionador, pero que, en nuestra opinión, para salir definitivamente de dudas y determinar si dicho principio se vulnera realmente, habrá que verificar el modo preciso en que las obligaciones quedan establecidas en términos positivos.

■ La previsión como sanciones de las multas típicas y, además, de las multas coercitivas, con indicación asimismo de sus límites máximos. Las multas coercitivas pueden imponerse en caso de infracción continuada y por día de infracción se prevé su cuantía, hasta un período máximo de imposición.

■ Observancia del principio de proporcionalidad en el acto de imposición de las sanciones, con el señalamiento adicional de los criterios específicos que deben presidir la fijación concreta de su cuantía (así, la concurrencia de buena fe, la intencionalidad, la gravedad de los efectos, la reiteración, los beneficios obtenidos, la dimensión económica de la empresa, etc).

■ Como modalidades de prescripción de las infracciones y sanciones, se prevé la expiración en unos plazos establecidos del ejercicio de la po-

testad sancionadora, según el derecho que intenta hacerse valer en cada caso concreto: esto es, el derecho a iniciar el procedimiento, el derecho a resolver el procedimiento, y el derecho a ejecutar la resolución sancionadora.

■ El principio general de la inejecutividad de la sanción impuesta, mientras no adquiera firmeza en vía administrativa.

B) *Principios procedimentales: el reglamento 2157/1999*

El Reglamento 2157/1999 establece la ordenación del procedimiento sancionador y, como criterios generales de dicha ordenación, sienta los siguientes:

■ La previsión de un procedimiento informativo como «antesala» del procedimiento de infracción propiamente dicho. Y la previsión también, junto a un procedimiento sancionador ordinario, de un procedimiento abreviado (para las infracciones leves) y de un procedimiento especial (sobre un asunto concreto: el incumplimiento de las obligaciones sobre recursos mínimos).

■ Dentro de las actividades propias de investigación se cifran unas facultades, exigencia de documentación, examen de libros y registros, obtención de copias y extractos, solicitud de explicaciones, que parecen haberse aumentado ahora por la vía reglamentaria dudosamente (así, registros sin notificación previa).

■ Como reglas generales, la iniciación de los procedimientos de oficio, aunque puede ser por propia iniciativa o a propuesta de otra entidad, la instrucción por la autoridad con competencia para su iniciación, la motivación de la resolución sancionadora, la utilización de las lenguas oficiales en la tramitación del expediente correspondiente, la estricta observancia de los principios de confidencialidad y secreto profesional, la consideración como parte interesada de la empresa implicada, etc.

■ Y en cuanto al procedimiento sancionador ordinario en sí mismo, la iniciación debe contener ya las alegaciones pormenorizadas fundamentadoras de la infracción y notificarse así a la empresa afectada, para que pueda contestar, con el reconocimiento del derecho de acceder a la documentación utilizada para incriminarla y demás material, la previsión de la práctica de pruebas como investigación adicional a realizar en el curso del procedimiento, la celebración del trámite de audiencia con comparecencia de la empresa, aunque la sesión no es pública y debe formalizarse en un acta.

El del crédito es, así, uno de los últimos sectores donde la Unión Europea ha desplegado sus competencias sancionadoras. Se suma, de este modo, a otros, como la agricultura, la pesca y los transportes, campos

donde, con desarrollo más o menos incipiente según los casos, se han producido manifestaciones diversas de la potestad sancionadora en el ámbito de la Unión Europea. Entre todos los sectores, sin duda, el de la competencia constituyó el pionero; y, a partir de él, la jurisprudencia comunitaria comenzó a formar una serie de principios con proyección en el ámbito sancionador.

6. Principios jurisprudenciales comunitarios en materia sancionadora

Prácticamente todos los principios afirmados por la jurisprudencia comunitaria están ya incorporados, desde luego, a nuestra propia legislación, pero siempre pueden encontrarse algunas matizaciones respecto de las regulaciones tradicionales españolas. Entre los principios así afirmados, cabe destacar:

A) *La afirmación de los derechos básicos en el procedimiento sancionador*

a) El derecho del interesado a conocer los documentos aportados al expediente

El «derecho a ser informado» es antesala del «derecho a ser oído» y, con carácter general, además, presupuesto para el ejercicio de la totalidad de los derechos de defensa. De este modo, la jurisprudencia proclama el deber de la Comisión de permitir el conocimiento de todos los documentos, sean perjudiciales o favorables, obtenidos durante la investigación e instrucción, salvo los estrictamente confidenciales.

Responde así el derecho que nos ocupa a la necesidad de asegurar el denominado principio de «igualdad de armas», por lo que la Comisión carece de discrecionalidad para decidir sobre los documentos obrantes en el expediente y debe facilitarlos incluso de oficio sin mediar siquiera requerimiento específico a tal efecto.

b) El derecho a ser oído en el curso del expediente («*audi alteram partem*»)

Este derecho constituye la garantía procedimental básica y, por ello mismo, proyecta su virtualidad a la generalidad de los procedimientos administrativos, aunque en los procedimientos sancionadores se encuentra su origen último y también su desarrollo más acabado. Un principio fundamental, pues, del Derecho comunitario, que, en términos de la propia jurisprudencia, debe asegurarse incluso a falta de normativa específica que lo prevea.

c) Otros principios igualmente aplicables serían:

■ La motivación de la resolución sancionadora (que puede ser, sin embargo, sucinta, por ejemplo, si la sanción se sitúa en el marco de una práctica decisoria constante);

■ La proporcionalidad en la aplicación de las sanciones adoptadas, de clara procedencia germánica en su alumbramiento (de modo que, por ejemplo, no cabe sancionar con el mismo rigor lo que es el incumplimiento de una obligación principal que lo que lo es de una obligación secundaria);

Y el que podríamos acoger bajo la denominación de principio de la «diligencia debida», con base en el Derecho francés, y todavía en fase de desarrollo, pero que mira, ante todo, a asegurar la imparcialidad de la Administración sancionadora en el examen de todos los aspectos fácticos y jurídicos relevantes (en última instancia, es concreción del propio principio de legalidad de la actuación administrativa que impone a ésta la observancia de todas las normas procedimentales y sustantivas a tomar en consideración en cada caso; y con indudables conexiones con el principio inquisitivo, puesto que de la formación de la instrucción depende la determinación de los elementos fácticos y jurídicos a tomar en consideración en cada caso; y con la motivación final de la resolución sancionadora, que ha proceder asimismo a la ponderación de todos los elementos anteriormente señalados).

B) *La fuente de los derechos en los propios ordenamientos nacionales*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha realizado una meritoria labor en la identificación de los principios generales comunitarios. Base de su desarrollo, desde luego, y así se ha destacado, han sido los propios ordenamientos nacionales, extrayendo de ellos sus rasgos comunes.

Aunque cabe señalar que en su asentamiento y consolidación desempeñó un paso decisivo la superación de ciertos planteamientos iniciales excesivamente formalistas, y que obligaban a que los principios susceptibles de afirmarse en sede comunitaria dispusieran del previo reconocimiento por parte de todos los Estados miembros o, desde otra perspectiva, a decantarse necesariamente por la solución más protectora entre todas las adoptadas por los ordenamientos nacionales.

Sin negar la necesidad de un cierto consenso o grado de concordancia, el principio puede igualmente afirmarse, en una línea más posibilista, a partir de una «comparación estimativa» de los ordenamientos nacionales: lo requiere la autonomía misma del Derecho comunitario, de manera que si el principio resulta idóneo en punto a asegurar la funcionalidad y los objetivos de la Unión Europea, cabe proceder a su recepción en el Derecho comunitario, aun cuando, por ejemplo, no estuviera reconocido en el ámbito interno en todos los ordenamientos nacionales.

C) El resultado final del proceso: la formación de un derecho administrativo europeo

De este modo, es incuestionable la afirmación de que se están formando las bases de un auténtico Derecho administrativo europeo (no sólo en el ámbito propiamente sancionador, desde luego) cuyos pilares esenciales resultan los principios generales del procedimiento administrativo establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Tarea, evidentemente, por hacer, pero a la que puede contribuir decisivamente el hecho de haber aceptado ya al máximo nivel (ahora, el Tratado de Amsterdam) las garantías incorporadas al Convenio Europeo de Derechos Humanos como garantías internas propias del Derecho comunitario. A partir de lo cual asimismo ha de considerarse como propia la rica jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (de la máxima trascendencia, por ejemplo, en materia sancionadora).

Y dicho Derecho administrativo europeo, formado a partir de los ordenamientos nacionales, en un movimiento de ida y vuelta, termina también postulando su propagación por los Estados miembros. Las dificultades de dicha tarea ya han quedado resaltadas suficientemente en la primera parte de estas reflexiones: en particular, el principio de autonomía institucional de los Estados miembros que se proyecta, es verdad, sobre los planos orgánico y funcional y abarca, por tanto, el procedimiento administrativo. Pero no menos cierto es que dicho principio poco a poco va siendo cercado por una legislación y una jurisprudencia comunitaria, que cada vez condiciona más la propia legislación interna de los Estados miembros.

7. Reflexión final

Es innegable la repercusión del Derecho comunitario sobre el Derecho administrativo sancionador de los Estados miembros, consecuencia misma del principio de primacía de dicho Derecho sobre el Derecho interno. El Derecho comunitario es susceptible de producir sobre los ordenamientos nacionales, directamente, efectos desincriminantes o, al revés, incriminantes (el propio Derecho comunitario también puede invocarse en punto a la aplicación de disposiciones internas como causa de justificación por su incumplimiento, llegado el caso, como, por ejemplo, cuando da lugar a la introducción y reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo).

Más allá de ello, el Derecho comunitario puede determinar la necesidad de acometer acciones positivas sobre los ordenamientos nacionales, al imponer a los Estados miembros la obligación de incorporar sanciones para garantizar el cumplimiento efectivo de las disposiciones comunitarias. Dicho cumplimiento efectivo, por otra parte, puede tratar de asegu-

rarse, en segunda instancia, mediante la previsión por las propias instituciones comunitarias de los apropiados mecanismos sancionadores: la normativa comunitaria legitima al Consejo en materia sancionadora, al margen de las sanciones propiamente penales, y la jurisprudencia comunitaria ha extendido dicho reconocimiento a la propia Comisión, al menos, para la adopción de las denominadas sanciones administrativas impropias, zanjando así una polémica sobre el alcance de sus poderes abierta entre la propia Comisión y los Estados miembros.

La propia normativa y jurisprudencia comunitaria han confirmado, del modo expuesto, el alcance de las competencias de la Unión Europea en materia sancionadora, pero no sería de descartar la clarificación del panorama a través de una disposición específica al efecto, como se pretendió al inicio de la década de los noventa, con la elaboración del estudio mencionado justamente al inicio de este trabajo. 

Bibliografía

- BACIGALUPO, E., *Sanciones administrativas (Derecho español y Derecho comunitario)*, Madrid, Colex, 1991.
- DIEZ PICAZO, L. M., «Derecho comunitario y medidas sancionadoras», *Revista española de Derecho administrativo*, 78 (1996).
- MUÑOZ MACHADO, S., «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación española básica», *Revista española de Derecho administrativo*, 75 (1992).
- NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1993.
- PAREJO ALFONSO y otros, *Manual de Derecho administrativo comunitario*, Madrid, CEURA, 2000.
- TRAYTER JIMENEZ, J. M., *La defensa de las empresas frente a las sanciones de la Administración europea*, Barcelona, Bosch, 1988.
- VERVAELE, J. A. E., «Poderes sancionadores de/y de la Comunidad Europea)Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?», *Revista Vasca de Administración Pública*, 37 (1993).



NOTAS E

COMENTARIOS

LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LAS EXPROPIACIONES FORZOSAS

Luis Miguel López Fernández

Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

1. Importancia de la inscripción registral

La inscripción registral de los expedientes expropiatorios es particularmente necesaria cuando dicho instrumento se utilice como sistema de actuación, puesto que en tal caso buena parte de las parcelas incluidas en la unidad de ejecución tienen un destino privado y han de volver a incorporarse al tráfico jurídico –cosa inimaginable sin el apoyo del Registro de la Propiedad–.

Sin embargo tal inscripción tampoco carece de interés cuando la expropiación se utilice al margen de la actuación sistemática y como mecanismo para obtener terrenos destinados a la ejecución de obras o la implantación de servicios y dotaciones públicas, puesto que impide la aparición de terceros adquirentes que puedan alegar la protección de la Ley Hipotecaria para oponerse a la ocupación administrativa y obstaculizar la realización del interés público que motivó la expropiación. Además, hemos de tener en cuenta los siguientes datos normativos:

1º) La reforma del Reglamento Hipotecario operada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que ha dado nueva redacción a los artículos 4 y 5 del mencionado texto reglamentario eliminando cualquier duda acerca de la posibilidad de inscribir los bienes demaniales.

Concretamente el tenor de los citados preceptos ha pasado a ser el siguiente:

Artículo 4 RH: *«Serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona física o jurídica a que pertenezcan, y por tanto, los de las administraciones públicas y los de las entidades civiles o eclesiásticas».*

Artículo 5 RH: *«Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial».*

2º) La reforma del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, llevada a cabo por la Disposición adicional quinta de la 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Porque el párrafo número 5 del citado precepto hace que la inscripción registral de los bienes expropiados sea determinante para el reversionista, al establecer que *«En las inscripciones en el Registro de la Propiedad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados de acuerdo con lo dispuesto en este artículo y en el siguiente, sin cuya constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria».*

2. La dualidad de regulaciones: legislación general y normas especiales

La normativa general sobre los requisitos y trámites para inscribir las expropiaciones se contiene principalmente en la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa y en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario. Pero el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística –en lo sucesivo NCRH–, han contemplado específicamente algunos aspectos que guardan relación con las expropiaciones urbanísticas verificadas mediante el procedimiento de tasación conjunta.

Lo que no está claro es si el procedimiento de tasación conjunta y por tanto esas normas específicas pueden aplicarse en toda expropiación urbanística o si sólo es posible acudir a este procedimiento en las expropiaciones urbanísticas en las cuales la Administración opte por la inscripción conjunta de la totalidad o parte de las superficies expropiadas: más concretamente cuando la expropiación se utilice como sistema de actuación, o bien cuando haya sido declarada de urgencia y se lleve a cabo en relación con las parcelas de los propietarios no incorporados a la

Junta de compensación -supuesto este último regulado por el artículo 21 de las NCRH, que no puede ser objeto de esta exposición y en relación con el cual puede consultarse la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12-12-1997 (en lo sucesivo RDGRyN).

3. La tramitación del expediente con los titulares registrales

3.1. Aspectos generales

El artículo 3 de la Ley de expropiación forzosa -en lo sucesivo LEF-, establece que «1. Las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación. 2. Salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente».

Por su parte, el artículo 38.1 de la Ley Hipotecaria -en lo sucesivo LH-, dispone que «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo...».

Mientras que el artículo 32.2 del Reglamento Hipotecario -en lo sucesivo RH- dispone que: «Para que los títulos de expropiación puedan inscribirse, si se trata de fincas o derechos inscritos, el expediente deberá entenderse con el titular registral o quien justifique ser su causahabiente, por sí o debidamente representado, en la forma prevenida por la legislación especial, sin perjuicio de la intervención de otros interesados, si los hubiere».

De todo ello parece resultar que:

1º) La referencia hecha en el artículo 3.2. de la LEF a los «registros públicos que produzcan presunción de titularidad que sólo puede ser destruida judicialmente», así como la que se hace en el artículo 146.3 de la Ley gallega 1/97, para expropiaciones urbanísticas verificadas mediante tasación conjunta, se refieren al Registro de la Propiedad. Por tanto las actuaciones del expediente expropiatorio -en especial las notificaciones individualizadas impuestas por la Ley-, han de efectuarse a los titulares registrales.

2º) Sólo en caso de que la propiedad afectada por la expropiación no haya sido inscrita en el Registro, podrá acudir a los mecanismos subsidiariamente contemplados en el citado artículo 3.2. de la LEF -registros fiscales o notoriedad- para considerar propietarios a quienes acrediten en otra forma ser los titulares de los bienes o derechos expropiados.

3º) Si la propiedad ha sido inscrita y el expediente se tramitó prescindiendo de los titulares registrales, el título resultante no podrá ser ins-

crito. En este sentido ha de considerarse que el artículo 222.1 del TRLS de 1992, igual que el artículo 144.9 de la Ley 1/97 del Suelo de Galicia –aplicables a las expropiaciones urbanísticas–, dicen que en el procedimiento de tasación conjunta los errores no denunciados y justificados en la fase de información pública no darán lugar a nulidad de actuaciones. Pero en cualquier caso, y como también se deduce del citado precepto, la Administración se vería obligada a indemnizar a los titulares registrales omitidos sin que, entre tanto, pudiera inscribirse la expropiación en el Registro de la Propiedad. Téngase en cuenta también la previsión contemplada en el artículo 224.4 del TRLS de 1992 acerca de la necesidad de tramitar expediente complementario e indemnizar a los titulares de fincas o derechos anteriormente inscritos y no tenidos en cuenta en el expediente expropiatorio ya totalmente finalizado.

4º) Tratándose de titulares desconocidos o no comparecientes, o bien de titulares menores o incapacitados que carezcan de representante legal, las diligencias del expediente expropiatorio habrán de entenderse con el Ministerio fiscal –artículos 5.2 de la LEF y 25.6 de las NCRH–. Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en estos casos, es interesante señalar que:

1. No basta la convocatoria del Ministerio Fiscal a la formalización del acta de ocupación y pago, sino que es precisa su convocatoria desde que se dicta el acuerdo de necesidad de ocupación y en tiempo oportuno para posibilitar su impugnación-Resolución de la DGRyN de 17-12-1999.

2. Es dudoso que baste con la citación del Ministerio Fiscal para que comparezca a la formalización del Acta de pago y ocupación, entendiéndose cumplido el trámite en caso de que no concurra efectivamente a dichos actos. En la RDGRyN de 17-12-1999 (distinta de la citada anteriormente, aunque de la misma fecha) el Registrador entendió que se necesitaba la efectiva comparecencia y rechazó la inscripción del Acta de pago y ocupación notificada a dicho órgano. Presentado recurso gubernativo, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía entiende que *«no cabe hacer de la incomparecencia del Ministerio Fiscal, no imputable al Ayuntamiento, un obstáculo insalvable»*, pero al no constar que la citación fuese realizada entiende que existe un defecto subsanable mediante acreditación de ese aspecto. La DGRyN se salió por la tangente y admitió la inscripción porque el Acta decía que el Ministerio Fiscal había comparecido –aunque sin duda su ausencia se deducía de la inexistencia de firma–, y *«sin prejuzgar ahora sobre si la comparecencia del Ministerio Fiscal a la formalización del acta de pago y ocupación es o no necesaria para su inscripción...»*.

5º) Cuando la propiedad está inscrita en el Registro y entre en contradicción con la existencia de personas que aleguen un derecho contra-

ditorio con la inscripción registral, podemos encontrarnos ante los siguientes supuestos:

1. Ante un caso de titularidad controvertida o litigiosa existiendo anotación preventiva de demanda inscrita en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso las diligencias han de tenerse con el Ministerio Fiscal teniendo también como parte a quienes presenten títulos contradictorios –el titular registral y el anotante–, según se deduce de los artículos 5.1 y 2 de la LEF y 25.6 de las NCRH. El justiprecio habrá de consignarse en favor de quien corresponda.

2. Ante un caso de tracto registral interrumpido, subsanable mediante la inscripción de los títulos intermedios o a través de los mecanismos previstos por la legislación hipotecaria –expediente de dominio o acta de notoriedad–.

3.2. La certificación registral de dominio y cargas y la nota marginal del artículo 32 del RH

3.2.1. Certificación registral de dominio y cargas

Para garantizar la presencia de los titulares registrales en el expediente expropiatorio, la Administración habrá de solicitar la expedición de la certificación de dominio y cargas relativa a las fincas afectadas y prevista en los artículos 32.1 del RH y 22 de las NCRH.

En dicha certificación constarán los titulares que han de ser notificados para que el resultado de la expropiación pueda acceder al Registro de la Propiedad.

Si la certificación fuera negativa en relación con todas o alguna de las fincas afectadas –es decir, si el Registrador indicara que esas fincas no están inscritas en el Registro–, la Administración podrá acudir a los mecanismos subsidiarios contemplados por el artículo 3.2 de la LEF para la determinación de quienes han de considerarse propietarios de las fincas afectadas. La falta de previa inscripción de esas fincas no será un obstáculo para inscribir el resultado del expediente porque no se han ignorado unos titulares registrales por definición inexistentes y porque el acta de pago y ocupación permitirá inmatricular la finca expropiada a nombre de la Administración o el beneficiario –de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.3 de la LEF–.

3.2.2. La nota marginal del artículo 32 del RH

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32.1^a del RH, esa nota ha de ser extendida de oficio por el Registrador cuando le sea solicitada la certificación de dominio y cargas a efectos de expropiación. Caduca a los tres años de la fecha en que fuera practicada si durante ese tiempo no se

produjera un nuevo asiento relacionado con el mismo expediente, pero tal vez pueda ser prorrogada por otros tres años a instancia de la Administración –por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 5.2 de las NCRH acerca de la nota relativa a los expedientes de equidistribución–.

Los trascendentales efectos de esta nota se contemplan en la regla 5ª del propio artículo 32 del RH, según la cual:

«El dominio y las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase, inscritos con posterioridad a la fecha de la nota marginal a que se refiere este artículo, se cancelarán al practicarse la inscripción a favor del expropiante o beneficiario y en virtud del mismo título, aunque los interesados no hayan sido parte en el expediente, para cuya cancelación bastará su expresión genérica.

Para que puedan cancelarse los asientos de fecha anterior a dicha nota deberá constar que los interesados han sido citados en forma legal y que concurrieron por sí o debidamente representados al pago, o que se consignó el precio o la parte necesaria del mismo, según los casos. En el título se determinarán los asientos que deban cancelarse y subsistir con referencia a los datos registrales».

El problema que resuelve la nota a la cual estamos haciendo referencia es claro: los titulares de dominio y cargas que constaban en el Registro al practicarse la nota son los mencionados en la certificación expedida, quienes han de ser notificados en el expediente expropiatorio y concurrir al pago en su caso, si la Administración desea que el resultado de la expropiación sea inscrito con los efectos de cancelación del dominio del expropiado y de las cargas que afectaban la finca proclamados por los artículos 53 de la LEF y 224 del TRLS de 1992.

Si durante la tramitación del expediente expropiatorio se modificara la situación jurídica de la finca afectada, por cambiar el titular del dominio o de alguna carga, o por constituirse cargas nuevas, los adquirentes sucesivos están avisados por la nota marginal de la existencia de un procedimiento en curso. De manera que serán esos adquirentes de derechos inscritos con posterioridad pueden verse afectados por la cancelación proclamada en los artículos antes mencionados sin padecimiento alguno para los principios hipotecarios ni para la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario –sin perjuicio de que puedan personarse en el expediente y se sigan con ellos los trámites sucesivos, incluida la percepción del justiprecio correspondiente a sus derechos como veremos luego–.

3.3. Especial alusión al pago o la consignación del justiprecio

Este fundamental aspecto ha de regirse por los mismos principios que los restantes trámites del procedimiento expropiatorio: el justiprecio ha de pagarse al propietario o titular del derecho expropiado y por tanto, tratándose de propiedad inscrita, al titular registral.

Para las expropiaciones urbanísticas la cuestión viene concretada en

el artículo 222.2 del TRLS de 1992, según el cual: *«Llegado el momento del pago del justiprecio sólo se procederá a hacerlo efectivo, consignándose en caso contrario, a aquellos interesados que aporten certificación registral a su favor, en la que conste haberse extendido la nota del artículo 32 del Reglamento Hipotecario o, en su defecto, los títulos justificativos de su derecho, complementados con certificaciones negativas del Registro de la propiedad referidas a la misma finca descrita en los títulos. Si existiesen cargas deberán comparecer los titulares de las mismas»*. El artículo 222.3 no constituye excepción a esta norma, sino consecuencia necesaria de una reanudación del tracto registral interrumpido que se produce inmediatamente antes del pago del justiprecio. El artículo 146. 3 de la Ley 1/97 del Suelo de Galicia, ha de entenderse según esos mismos postulados: pago al titular registral o a quien haya obtenido un título que permita su rectificación y a quien acredite su titularidad de otro modo fehaciente sólo si se trata de propiedad no inscrita.

La consignación o depósito del justiprecio procede en los supuestos contemplados por el artículo 51 del Reglamento de Expropiación Forzosa, que son los siguientes:

a) Cuando no concurra al acto del pago el propietario o el titular interesado, por sí o por persona que acredite fehacientemente su representación, o cuando rehusaren recibir el precio.

b) Si fueren varios los interesados y no se pusieren de acuerdo sobre la cantidad que a cada uno corresponde, o existiere cualquier cuestión o litigio entre ellos, o entre ellos y la Administración.

c) Cuando comparezca el Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley.

d) Cuando comparezcan personas que no puedan enajenar sin permiso o resolución de la autoridad judicial, a que se refiere el artículo 6º de la Ley.

e) Cuando, tratándose de bienes inmuebles, los titulares de cargas o derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad no comparecieren al acto del pago.

f) En los demás casos previstos por las leyes.»

Entre esos casos previstos por las leyes puede mencionarse la posibilidad prevista en el artículo 32.2 de la Ley 6/98 sobre la consignación del valor correspondiente a un inmueble gravado para que sea distribuido entre los titulares del dominio y de las cargas –aplicable a todo tipo de expropiaciones, según el artículo 23 de la propia norma–, y el sorprendente supuesto contemplado por el artículo 25.4 de las NCRH –aplicable solo a las expropiaciones urbanísticas y quizá solo a las verificadas mediante tasación conjunta–.

4. Título inscribible

De acuerdo con el artículo 53 de la LEF ese título viene constituido por el acta de ocupación, acompañada de los justificantes del pago del justiprecio o de la consignación del mismo.

Tratándose de expropiaciones urbanísticas, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 39.2 de la Ley 6/98, *«Será título inscribible el acta o actas de ocupación acompañadas de las actas de pago o los justificantes de consignación del justiprecio de todas las fincas ocupadas. Dicho título, además de la descripción conforme a la legislación hipotecaria, incorporará la oportuna referencia catastral e identificará la nueva finca mediante un adecuado sistema gráfico de coordenadas».*

Si el justiprecio se pagara en terrenos o en «futuras parcelas», parece que el justificante de pago del justiprecio ha de sustituirse por el *«documento de adjudicación de las futuras parcelas en que se hubiera concretado el pago en especie»* a que se refiere el artículo 38 in fine de la Ley 6/98, o por el acta acreditativa de dicha adjudicación.

5. La inscripción registral de la expropiación urgente

La posibilidad de declarar urgente una expropiación se regula, con alusión expresa al carácter excepcional de tal medida, en el artículo 52 de la LEF. Las consecuencias fundamentales de tal calificación consisten en permitir la ocupación de la finca o fincas afectadas antes de pagar o consignar el justiprecio, siempre que se depositen y abonen las cantidades previstas en las reglas 4^a y 5^a del citado precepto. Así, la regla 6^a del citado artículo 52 establece que *«Efectuado el depósito y abonada o consignada, en su caso, la previa indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate, lo que deberá hacer en el plazo máximo de quince días, sin que sea admisible al poseedor entablar interdictos de retener y recobrar».* Por su parte, la regla 7^a del mismo artículo indica que *«Efectuada la ocupación de las fincas se tramitará el expediente de expropiación en sus fases de justiprecio y pago según la regulación general establecida en los artículos anteriores, debiendo darse preferencia a estos expedientes para su rápida resolución»*, mientras que la regla 8^a impone que la indemnización por demora en la determinación del justo precio se abone, cuando proceda, con referencia a la fecha de la ocupación material del bien.

En relación con lo expuesto, conviene destacar que lo anticipado en la expropiación urgente es la ocupación material o toma de posesión de la finca o fincas afectadas por el expediente expropiatorio, pero nunca la transmisión de su propiedad al expropiante o beneficiario –que se producirá cuando se pague o consigne el justiprecio definitivamente fijado–.

El reflejo registral de la situación creada con la ocupación de una finca cuya propiedad aún no ha sido transmitida al expropiante o beneficiario resulta perfectamente coherente con esas circunstancias, verificándose mediante la anotación preventiva contemplada en los artículos 60.3 del REF y 32.3^a del RH. Según el primero de los citados preceptos: *«En los supuestos excepcionales de urgencia, a que se refiere el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, se suspenderá la inscripción hasta que, fijado definitivamente el justo precio, se haya verificado el pago o su consignación, sin perjuicio de que pueda practicarse en el Registro de la Propiedad anotación preventiva mediante la presentación del acta previa de ocupación y el resguardo de depósito provisional, cuya anotación se convertirá en inscripción cuando se acredite el pago o la consignación del justo precio».*

Por su parte el tenor del artículo 32.3^a del RH resulta absolutamente concordante con el anterior, al establecer que *«Podrá extenderse anotación preventiva a favor del expropiante o beneficiario mediante el acta previa a la ocupación y el resguardo de depósito provisional. La anotación tendrá la duración señalada en el artículo 86 de la Ley y se convertirá en inscripción mediante el documento que acredite el pago o la consignación del justo precio o del correspondiente resguardo de depósito del mismo. En virtud de dichos títulos se practicará, en su caso, la inmatriculación».*

6. La inscripción registral en el supuesto de tasación conjunta

6.1. Ambito de aplicación y efectos

El artículo 218 del TRLS de 1992 contemplaba la posibilidad de que la Administración acudiera al procedimiento de tasación conjunta, regulado con anterioridad en los artículos 202 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística en relación con el sistema de expropiación. Pero parece absolutamente claro que el texto legal extendió el ámbito de aplicación de la tasación conjunta más allá de la actuación sistemática, porque el artículo 218 antes citado decía que *«En todas las expropiaciones derivadas de la aplicación de la legislación urbanística, la Administración actuante podrá aplicar el procedimiento de tasación conjunta regulado en los siguientes artículos...».*

Lo mismo puede decirse del artículo 36 de la vigente Ley 6/98, aplicable a cualquier expropiación urbanística y según el cual *«El justiprecio de los bienes y derechos expropiados se determinará conforme a lo establecido en el Título III de la presente Ley, mediante expediente individualizado o por el procedimiento de tasación conjunta».* Tratándose de la aplicación de la expropiación como sistema de actuación, los artículos 144 a 146 de la Ley gallega 1/97 también contemplan la posibilidad de acudir al procedimiento de tasación conjunta.

El principal problema planteado por la regulación de la tasación conjunta operada por el Reglamento de Gestión Urbanística consistía en que su artículo 203.2 decía que *«El pago o depósito del importe de la valoración establecida por la Comisión Provincial de Urbanismo –léase “del órgano competente”– en el acto de aprobación del expediente producirá los efectos previstos en los números 6, 7 y 8 del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, sin perjuicio de que puedan seguir tramitándose los recursos procedentes respecto a la fijación del justiprecio»*: o sea que se trataba de una norma reglamentaria que extendía los mismos efectos autorizados por el artículo 52 de la LEF *«Excepcionalmente, y mediante acuerdo del Consejo de Ministros –léase “del órgano autonómico competente”–»*.

No sabemos en qué medida podía el artículo 202.2 del TRLS de 1992 «elevar el rango» del artículo 203.2 del Reglamento de Gestión Urbanística –dado que la Ley 8/90 no hacía referencia a la tasación conjunta–, sin embargo el problema de jerarquía normativa ha sido definitivamente obviado por el artículo 38 de la vigente Ley Estatal 6/98 y, para el sistema de expropiación, por los artículos mencionados de la Ley 1/97 del Suelo de Galicia.

Pero a efectos sustantivos, los efectos del pago o depósito del importe de la valoración establecida por el órgano competente siguen poniéndose en relación con los previstos en los números 6, 7 y 8 del artículo 52 de la LEF: es decir que, como vimos anteriormente, **permite ocupar materialmente la finca, sin que por ningún lado pueda fundamentarse que esa toma de posesión anticipa la transmisión de la propiedad**.

Tampoco nos cabe duda alguna de que cualquier interpretación orientada a ampliar los efectos previstos con carácter excepcional en la LEF estaría abocada al fracaso desde la perspectiva de la seguridad jurídica, garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y desarrollada en el artículo 4 del Código Civil, según el cual *«Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»*.

6.2. Reflejo registral de la ocupación subsiguiente al depósito o pago de la valoración previa

6.2.1. Solución que parece más coherente

Si los efectos del depósito o pago de la valoración previa establecida en el procedimiento de tasación conjunta son los previstos en los números 6, 7 y 8 del artículo 52 de la LEF, parece que el reflejo registral de esa situación había de producirse mediante la anotación preventiva prevista en los artículos 60.3 del REF y 32.3^a del RH. La inscripción de la propiedad en favor de la Administración exigiría el pago o consignación del jus-

tiprecio definitivamente fijado y el levantamiento de acta de ocupación, como dispone el artículo 39 de la Ley 6/98, cuya comparación con el 38 pone de manifiesto que el legislador diferencia claramente entre el justiprecio y el importe de la valoración establecida al aprobar el proyecto tramitado por tasación conjunta.

6.2.2. Solución acogida en las NCRH y en la práctica diaria

Cuando se aplique el procedimiento de tasación conjunta, parece claro que el pago o depósito del importe de la valoración fijada por la Administración habilita para inscribir la propiedad o titularidad de las fincas afectadas a nombre de la Administración. La contradicción que supone inscribir el dominio a favor de quien aún no lo tiene, se intenta paliar mediante dos instrumentos:

1º) Haciendo constar en la inscripción de la finca a nombre de la Administración que aquella «*Se practica sin perjuicio de los derechos del titular de la finca de origen de que se trate para revisar, en el procedimiento administrativo o jurisdiccional que corresponda, la cuantía definitiva del precio pagado o depositado*». Nota que han considerado perfectamente inútil incluso autores procedentes del ámbito hipotecario, porque se limita a hacer constar unos derechos que ya proclama la Ley con superior publicidad.

2º) Considerando la propia tasación conjunta como regla excepcional, pero no porque permite ocupar sin previo pago, sino sobre la base de que origina una inscripción dominical anticipada que sólo en esas NCRH aparece claramente proclamada. De esta manera se restringe el ámbito del procedimiento de tasación conjunta, para ponerlo en relación con los supuestos en que haya agrupación de todo o parte de las superficies expropiadas o, incluso, con los casos en que las parcelas «resultantes» o algunas de ellas han de volver a incorporarse al tráfico jurídico –lo cual nos sitúa ante la expropiación utilizada como sistema de actuación–. Pero luego la restricción resulta algo aleatoria, porque la inscripción de un dominio todavía inexistente se extiende –en el artículo 21 de las propias NCRH, a la expropiación de los titulares no adheridos a la Junta en el sistema de Compensación–.

El fundamento de toda esta maraña parece estar en la necesidad de agilizar la actuación mediante compensación –facilitando la aprobación e inscripción del proyecto antes de que el justiprecio haya sido definitivamente fijado en vía administrativa–, y la devolución al tráfico de las fincas resultantes de la expropiación utilizada como sistema de actuación.

Pero aún admitiendo la conveniencia de atender esos objetivos, quizá convendría también pensar en la vigencia de los principios de legalidad y jerarquía normativa, que no permiten a las normas reglamentarias priorizar los intereses en conflicto contra la elección llevada a cabo por

normas de rango legal: al fin y al cabo si no puede inscribirse una finca expropiada a nombre de la Administración o el beneficiario hasta que se pague el justiprecio, es porque la LEF y las leyes reguladoras de la tasación conjunta lo han querido así, estimando que sólo puede anticiparse la ocupación material y equilibrando así los intereses de la Comunidad y de los propietarios. Puede decirse que el legislador no acertó a entender que esa transmisión posesoria resulta insuficiente cuando la actuación administrativa exige disponer de las parcelas expropiadas, y no sólo instalar un servicio o realizar una obra pública: pero eso implica suponer la incompetencia del legislador y estimar que el ejecutivo puede suplir sus carencias.

Además defender la validez de reglamentos contrarios a la Ley sobre la base de que responden mejor a intereses o necesidades sociales más o menos imperiosas, supone olvidar las críticas que en su día mereció la corriente metodológica conocida precisamente como jurisprudencia de intereses, fundadas principalmente en las terribles dificultades que plantea la evaluación y jerarquización de los mismos: la seguridad jurídica es la principal víctima de estas tesis.

En nuestro caso concreto, parece que la decisión acerca de la jerarquía entre el interés de los propietarios y el interés público ha sido claramente tomada por el legislador, de manera que mientras ese legislador no se manifieste en otros términos el interés en desarrollar urbanísticamente el suelo y posibilitar su acceso al mercado parece irse orientando por otros caminos que no excluyen a los propietarios: por ejemplo el recurso al agente urbanizador. Por el contrario, admitir el cambio de titular registral antes de que el justiprecio sea pagado equivale a suprimir una garantía establecida por la Ley en favor del propietario, lo cual, por muy difícil que resulte la demostración de que dicho propietario ha experimentado algún perjuicio, resulta especialmente paradójico en una norma registral. 

ADMINISTRACIÓN LOCAL E DOTACIÓN DE SERVICIOS: A LONGA XÉNESE DO ABASTECIMENTO DE AUGA NA CORUÑA

Alberte Martínez López

Profesor titular de Historia Económica
Facultade de Económicas da Coruña

Dende o punto de vista económico os denominados servicios públicos de rede caracterízanse pola existencia de economías de escala e fortes barreiras de entrada que provocan unha tendencia ó monopolio, xeralmente na distribución. Isto adoita comporta-los nocivos efectos propios da falta de competencia: restricción da oferta e prezos elevados. Para evitalo, o Estado pode actuar de varias formas: subministrar directamente o servicio ou cedelo en concesión a unha empresa privada, mediante unha regulación maior ou menor. Dende o punto de vista xurídico adóitase distinguir entre as formas de xestión directa (pola propia entidade local ou mediante unha sociedade pública) e as indirectas (concesión, xestión interesada, concerto, arrendamento e sociedade mixta), ás que habería que engadírlle-los consorcios e convenios (Sosa, 1997). A auga supón un caso especial, pois ademais do seu valor económico como ben intermedio ou final, posúe un importante valor vital e simbólico de carácter social¹.

¹ Un estado da cuestión, baixo o prisma da economía ecolóxica, dos debates económicos acerca da auga: valoración, criterios de asignación entre usos, mercantilización/comunalización, etc, en Aguilera (1993).

No noso estudio trataremos de analizar, dende unha perspectiva histórica, a xestión dunha rede moderna de abastecemento de auga tomando como exemplo o sucedido na Coruña durante a segunda metade do século pasado.

O proceso de industrialización iniciado en Inglaterra hai dous séculos comportou un notable desenvolvemento urbano. Aínda que con atraso e menor intensidade, tamén España se viu afectada por este fenómeno. Este crecemento urbano orixinou crecentes problemas para satisfacer unhas demandas de servizos que se incrementaban en maior medida có puro aumento demográfico, en atención ó aumento das rendas e dos dereitos cívicos coa difusión do sufraxio universal. Ante esta crecente demanda de servizos as autoridades municipais víanse en graves apertos para satisfacela, debido á crónica debilidade das facendas locais (Salort, 1997) e á falta de experiencia na xestión empresarial que este tipo de actividades comportaban. Poderíamos distinguir aqueles servizos de baixo e desagregable investimento e sinxela tecnoloxía e xestión (mercados, cemiterios, limpeza), que en xeral permaneceron dende un principio baixo control municipal, daqueles outros infraestruturais que polas súas características contrarias foron con frecuencia cedidos á iniciativa privada (Núñez, 1996). É neste contexto, esquematicamente bosquejado, no que se enmarca a actuación do Goberno municipal coruñés para atender unha demanda básica dos seus cidadáns: o abastecemento de auga. Analizaremos nas seguintes páxinas cómo se desenvolve o proceso, baseándonos fundamentalmente na documentación municipal, en especial os Libros de sesións (LS), aínda que tamén na bibliografía comparada².

O marco lexislativo³

Na sociedade preindustrial a auga era un ben patrimonial suxeito ó dominio eminente do soberano, cun complexo réxime de dereitos superpostos, típico do sistema feudal de propiedade «imperfecta». Isto dificultaba o seu aproveitamento productivo. Co novo réxime liberal que instauran as Cortes de Cádiz «despatrimonialízase» a auga, suprimindo os dereitos señoriais e comunais. Establécese o dominio público sobre as

² Sobre a problemática de xestión dos servizos locais de abastecemento de augas en diversos países ver BIGATTI *et altri* (1997), BROWN (1988), GUILLERME (1988), HASSAN (1985) e POITRAS (1999). Estudos sobre a mesma temática noutras cidades españolas, en GALVÁN (1995), GARRUÉS (1998), GIGOSOS e SARAVIA (1993) e RUEDA (1994). Unha perspectiva xeral en MATÉS (1999).

³ Unha análise detallada da evolución do marco lexislativo sobre o abastecemento de auga pódese seguir en Gallego, MENÉNDEZ y DÍAZ (1986), MARTÍN-RETORTILLO (1997) e MATÉS (1998).

augas correntes e recoñécese a plena propiedade privada sobre as augas localizadas nun terreo delimitado e suxeitas a unha apropiación previa. (Maluquer, 1985).

Os dous principais textos lexislativos que regulan o réxime da auga constitúeno as Leis de augas de 1866 e 1879. Con elas cóbrease o baleiro legal existente acerca do sistema de concesións, derivado do concepto de titularidade pública, e priorízase o abastecemento das poboacións. A penas existen diferencias entre ambas nesta materia. Mantívose o caudal mínimo para subministrar en 50 litros, 20 deles de auga potable, por habitante e día. A principal novidade da Lei de 1879 estribaba en que se lle esixía á empresa concesionaria a fixación previa de tarifas, no caso de que a subministración fora menor de 20 litros.

Para entende-la actitude municipal ante a problemática do abastecemento urbano de auga hai que facer referencia ó papel que lle asignan as principais normativas da época, as Leis municipais de 1823 e 1877. Ámbalas dúas sinalan un proceso de progresiva centralización, de modo que os concellos se consideran meros executores das decisións emanadas do poder central por medio dos seus representantes, xeralmente o gobernador. Será este, pois, o que decida nas concesións de augas, e deberá espera-lo Estatuto municipal de 1924 para que a dita prerrogativa pase ás entidades locais⁴.

A Lei municipal de 1877 consideraba, no seu artigo 72, competencia exclusiva dos concellos o establecemento e creación de determinados servizos municipais como a iluminación ou o abastecemento de auga, ademais do coidado das vías urbanas, establecemento de mercados e matadoiros, institucións de instrucción e sanitarias, e vixilancia. Para atender estes servizos os concellos non podían impoñer arbitrios, salvo que se tratase de aproveitamentos privados (art. 137). Os recursos ordinarios das facendas locais debían proceder (art. 136) das rendas dos seus bens, arbitrios, reparticións e imposto de consumos. Coas desamortizacións o patrimonio municipal minguara considerablemente. Se a isto lle unímo-la crecente oposición ó impopular imposto de consumos⁵ non deben estraña-las crónicas dificultades das finanzas locais para lles facer fronte ás súas responsabilidades, que se incrementaban conforme au-

⁴ RUEDA (1994: 6-12). Unha mostra da reducida capacidade municipal de decisión nesta materia constátase na necesidade, por parte do Concello coruñés, de lle solicita-la autorización ó monarca para proceder a unha pequena mellora que consiste en pechar, mediante unha tapia, o acceso á arqueta de distribución da auga, sendo o capitán xeneral a autoridade competente (LS 11-IV-1859: 58).

⁵ Na Coruña houbo un grave motín contra os consumos en 1886, e producíronse, entre outros, estragos en conducións de auga que tiveron que ser vixiadas e reparadas (LS 27-IX-1886: 175 e 184). Tamén en 1901 e 1903 a compañía arrendataria do imposto foi a detonante de novas folgas xerais.

mentaba o tamaño e a poboación dos núcleos urbanos e tamén o seu nivel de esixencia respecto ás súas autoridades, en relación co aumento dos niveis de vida e a progresiva participación cidadá na vida política⁶. Por outro lado, as leis sobre ensanche de poboacións de 1864, 1876 e 1892 esixían dotar esas zonas de redes de auga, sumidoiros e iluminación (Núñez, 1996: 414). Isto significou un adicional estímulo para mellorarlo abastecemento de auga para a corporación coruñesa que aprobou os dous ensanches da urbe en 1885 e 1910.

A situación de partida

O sistema habitual de abastecemento de auga nas poboacións urbanas preindustriais eran as fontes públicas, utilizadas non só para bebida senón tamén en ocasións como lavadoiros. Moveríámonos no denominado Sistema clásico de auga potable, caracterizado por un reducido consumo *per capita*, a variedade de subministracións, as restricións tecnolóxicas e o predominio do regadío (Matés, 1999: 38).

As favorables condicións climáticas galegas permitían que este recurso básico fose abundante e de acceso descentralizado, de modo que grande parte da poboación municipal que residía fóra da zona urbana se autoabastecía mediante pozos ou mananciais propios. Non obstante, o reducido tamaño do concello coruñés e as súas características xeográficas determinaban unha maior dificultade de acceso a este recurso en caso de forte aumento do consumo⁷.

Esta demanda procedía basicamente da poboación, para bebida, coñe, hixiene persoal e lavado de roupa, pero tamén das instalacións industriais, algunhas delas de carácter militar como a Maestranza de Artillería, aínda que na Coruña non se logrou crear unha forte base industrial ó longo de toda esta etapa, sendo máis ben unha cidade comercial e de servizos (Lindoso e Mirás, 2001).

No caso da urbe coruñesa, nos primeiros tempos do período analizado intensifícase este método, realízanse obras municipais para poñer a disposición do público, tanto dos barrios tradicionais, como a cidade Alta,

⁶ Unha idea da estreiteza orzamentaria dánola o feito de que incluso para lle elaborar un proxecto de subministración de auga á cidade se lle solicita ó ministro de Fomento que este corra a conta do Estado (LS 19-V-1862: 53).

⁷ Xa a principios do século XVIII unha situación deste tipo estimulara a construción da viaxe de San Pedro de Visma, que trasladaba a auga dese manancial ata a fonte lindeira á igrexa de Santo André, a través do acueducto do Paseo das Pontes. Esta viaxe, construída entre 1722-1726 polo enxeñeiro francés Francisco Montaignu, estivo vixente ata 1966, CABANAS (1997). A mediados do século XVI construírase a viaxe de Vioño, tamén nun contexto de crecemento demográfico, VELO (1992: 71).

que se densificaban, coma dos novos barrios, como Riazor, a auga procedente de mananciais locais. Tamén se levan a cabo obras de mellora sanitaria da rede, para evita-la acumulación de desperdicios nas conduccións co conseguinte perigo para a hixiene (LS 10-I-1859: 9). Máis adiante e ante a insuficiencia da oferta, elaboráranse plans para incrementa-lo caudal das fontes mediante a achega suplementaria de auga procedente doutros mananciais, transportada por tubos (LS 2-IV-1860: 76).

As primeiras propostas de concesión, 1860-1880

Ante a impotencia municipal déixase en mans da iniciativa privada, nun primeiro momento a compañía do francés Jean Bouchard, o incremento do caudal dispoñible. Para iso necesítase ir estendendo a área de captación de recursos hídricos cara ó arrabalde e incluso cara ós municipios limítrofes.

É de destacar neste sentido o importante papel que xogará o capital estranxeiro, belga⁸ e francés principalmente, no financiamento e xestión dos servicios públicos municipais en España, dende mediados do século pasado ata a súa «nacionalización» nos anos vinte do presente século (Broder, 1981). No caso concreto da auga case a metade do investimento estranxeiro procedía de Francia, un tercio era inglés e o 16,8% belga (Costa, 1981: 60). Na cidade da Coruña a colonia francesa tiña un peso económico bastante significativo, xa dende o século XVIII co auxe do comercio colonial. Ademais de comerciantes, os franceses xogaron un papel fundamental en diversas ramas industriais como o vidro, a arte de curtir e a fábrica de gas⁹.

O recurso á iniciativa privada fracasa (LS 27-XII-1860: 137) e os problemas agrávanse «existe escaseza de auga na cidade, co seguinte temor de que se poidan producir altercados» (LS 7-XI-1861: 123). Neste sentido son reiteradas e en ton angustioso as chamadas de atención de diversos concelleiros durante eses anos: «Empeza a haber problemas de orde pública debido á seca e escaseza de auga pola que pasa a poboación ó se impoñe-la restricción desta» (LS 2-VI-1868: 223). Aínda a principios do século XX reiteráranse as chamadas de atención ante os previsibles pro-

⁸ Os belgas controlaban, dende o punto de vista mundial, os tranvías e ferrocarrís secundarios, MARTÍNEZ (1998).

⁹ En 1855 dunha relación de 46 franceses (doadores por un problema de inundacións) domiciliados na cidade herculina 18 eran cristaleiros, 5 comerciantes e 4 traballadores do gas; en 1858 das escasas instalacións industriais existentes na Coruña varias (fábricas de gas e de vidro, panadería mecánica, muíño de vapor) eran obra de súbditos franceses, Archives des Affaires Étrangères, *Correspondance commerciale, La Corgogne*, vol. 26, f. 319, vol. 27, ff. 33-34.

blemas de orde pública derivados da seca. Non debemos esquecer que A Coruña de entreséculos era un importante núcleo anarcosindicalista (Brey, 1989).

A falta de recursos municipais e o prioritario do tema motiva que se recorra a distintas alternativas para reducir custos e/ou procurarse fondos¹⁰. En 1863 prodúcese unha nova concesión, tamén neste caso a un súbdito francés, Luis Petit (LS 26-IX-1863: 213), que tampouco levará a cabo as obras. Quizais debido á crise financeira de 1866 e á inestabilidade política do sexenio revolucionario non se detectan novas iniciativas ata 1880.

Dos primeiros proxectos en firme á creación de Aguas de A Coruña, 1880-1903

Dende os primeiros tempos da Restauración retómase decididamente o tema do abastecemento de auga, e preténdese a súa rápida resolución, aínda que a cuestión se irá dilatando como veremos.

En 1880 o francés Baradat presenta unha proposición para a traída de augas e a súa distribución por canos de ferro fundido (LS 23-IV-1880: 57). En relación con iso o Concello aproba unhas bases para a formación dun proxecto de traída e distribución de augas, e fíxase a subministración por habitante e día entre 100 e 200 litros (LS 18-VI-1880: 94). Sae a concurso o estudio de traída e distribución de augas, e adxudícaselle á única proposición presentada, obra do enxeñeiro de camiños da Coruña Juan M^a Fernández Yáñez¹¹.

A partir de aquí levaranse a cabo, de maneira bastante lenta, os distintos trámites considerados na Lei de obras públicas¹². Durante estes anos

¹⁰ Por exemplo a solicitude de exención de gravames arancelarios para a introducción de tubos ingleses de ferro para os canos (LS 24-VIII-1863: 203), así como o desvío de 60.000 reais destinados á pavimentación viaria coa nova finalidade de construción de canos e fontes (LS 10-IX-1863: 209). Outra alternativa para o financiamento das obras é acudir ó concurso dos maiores contribuíntes, dos cales se consegue a achega de 500.000 pesetas para estas e outras obras (LS 17-VII-1864: 135).

¹¹ (LS 19-VII-1880: 103). Na construción de infraestruturas urbanas os enxeñeiros desempeñaron con frecuencia un importante protagonismo, máis alá dos aspectos simplemente técnicos, ó actuaren como intermediarios entre empresas e concellos, ve-lo caso de J. Émile VANIER EN MONTREAL (POITRAS, 1999).

¹² Envíaselle un exemplar do proxecto ó gobernador para que autorice as expropiacións oportunas (LS 28-V-1883: 97). Non se admite ningunha das once reclamacións presentadas (LS 16-XI-1883: 212). Elabórase un proxecto de presa na balsa de Muradelo para derivar 100 l/seg do río Barcés no próximo Concello de Cambre para abastecer-la Coruña (LS 16-V-1884-112). Este proxecto ponse en mans do gobernador

a «inminente» traída de augas motiva unha conxelación das melloras do sistema existente, co conseguinte incremento do prexuízo cidadán¹³.

Finalmente, por R.O. do 1-V-1885 autorizouse o Concello coruñés a derivar 100 l/seg do río Barcés a perpetuidade e seguindo o proxecto de Fernández Yáñez. A partir de aí sucédense as peticións, aceptadas, de prórroga da dita concesión por parte do Concello ante o Goberno pola imposibilidade de iniciar as obras. Ante a falta clara de rendibilidade deste tipo de actividade, ínstase os veciños a que se abonen e se comprometan a consumir un determinado nivel de auga (LS 4-I-1886: 4).

En 1890 lévanse a cabo dúas poxas, simultáneas na Coruña e Madrid, que quedan desertas¹⁴. O prolongado atraso na traída de augas motivaba que os particulares, en especial os industriais con elevada demanda deste emprego, buscasen solucións individuais e máis rápidas, aínda que a competencia por un ben escaso era motivo de frecuentes conflitos¹⁵.

Nesa situación Ernest John Baylliss e Roberto Baldelló y Martínez presentan unha solicitude de concesión o 16-VIII-1890¹⁶. A súa oferta melloraba nalgún aspecto as anteriores condicións, pero beneficiaba o concesionario¹⁷ na estipulación do capital inmovilizado como garantía¹⁸.

para que logo lle remita o informe ó Ministerio de Fomento (LS 27-X-1884: 224). Por esa época Mariano Guaza, veciño de Madrid, presenta un ambicioso proxecto consistente en establecer dúas liñas de tranvías, rede de abastecemento de auga e construción do matadoiro e da praza de abastos (LS 3-XII-1883: 223). Tivo similar sorte cás anteriores proposicións.

¹³ É o caso, por exemplo, da prevista substitución do entubado entre o lavadoiro e Pórtico de Santo André, por un importe de 18.096 pesetas (LS 15-IX-1884: 199).

¹⁴ As principais condicións fixadas eran as seguintes: orzamento de 2.202.500 pta, 99 anos de concesión, depósito provisional do 5% do orzamento e definitivo do 10%, seguindo o R.D. 4-I-1883 sobre contratos dos entes locais e provinciais.

¹⁵ Así, por exemplo, o Concello aproba inicialmente a petición do súbdito francés François Saunier, director da fábrica de gas para explotar augas no Campo de Marte (LS 5-VII-86: 130). Sen embargo, ante a reclamación presentada polo Convento das Capuchinas comunicaselle que interrompa as obras ata a capacidade das augas (LS 27-VI-87:112).

¹⁶ Estas mesmas persoas, inglés o primeiro e catalán o segundo, a teor dos seus apelidos, presentáranlle dous anos antes unha proposición semellante ó Concello de Vigo, Arquivo municipal Vigo, *Augas*, AGU 6. Ernest e o seu pai William eran titulares da empresa W. Baylliss & Son e veciños do Carballiño (Ourense).

¹⁷ Nesa época o sistema de retribución do concesionario baseábase no principio de risco e ventura, cimentado na crenza empresarial de que os hipotéticos beneficios compensarían os riscos. O feito de que ó longo das dilatadas concesións se puidesen ver minguados os ditos beneficios pola modificación das condicións iniciais (polo *ius variandi*, o *factum principis* ou o risco imprevisible), en especial durante o cataclismo de entreguerras, levará en tempos máis recentes a substituí-lo dito principio polo de cobertura suficiente e mutabilidade contractual, SOSA (1992: 143-148).

¹⁸ Entre os aspectos máis favorables para os intereses municipais estaba a redución de 99 a 75 anos na concesión e renuncia á garantía de intereses que ofrecía o

O Concello acepta a citada proposta e o ministro de Gobernación autoriza a contratación directa por teren quedadas desertas as anteriores poxas (LS 31-III-1891:68). Unha vez obtida a concesión e nunha manobra claramente especulativa, os concesionarios traspásanlla de inmediato á sociedade anónima inglesa The British and Foreign Trading Company Limited, con domicilio social en Londres¹⁹. Pero tampouco agora se iniciarán as obras. A compañía solicitará varias prórrogas argüíndo dificultades para designar un representante na cidade e conflitos entre os socios por determinadas cláusulas da concesión. O Concello intenta premer coa confiscación da fianza e coa anulación da concesión pero acaba transixindo, e lógrase que a empresa formalice a escritura de concesión o 20-VI-1892, unha vez aceptadas polo Concello determinadas modificacións nas cláusulas iniciais²⁰. Pero non será tampouco esta

Concello. Sen embargo, substituíase o 5% do orzamento (110.126 pta) previsto para participar na poxa por un depósito de 10.000 pta, retornable se antes de tres meses se escriturase; ademais reducíase á metade a fianza do 10% do orzamento esixida inicialmente. Tamén se modificaban, aínda que descoñecemos en qué sentido, as tarifas que había que pagar polo Concello.

¹⁹ Os directores eran Joshua M. LEVY e LEWIS PASS, o director xerente e secretario Abraham Mordecar Laredo, polos seus nomes e apelidos semellan xudeus. O capital británico que se investiu en servizos públicos en España concentrouse nas empresas de abastecemento de augas, sobre todo de Andalucía occidental, como Sevilla, Cádiz ou Alxeciras, MATÉS (1994), quizais en relación coas tradicionais conexións británicas na explotación mineira e vinícola da zona. Para o conflictivo caso das Palmas, GALVÁN (1995). Esta entrada de empresas inglesas no sector pode estar relacionada coa súa expulsión do mercado británico polo intenso proceso de municipalización acaecido entre 1866-1905, HASSAN (1985). Tamén se detecta entrada de capital francés e belga, interesados así mesmo en lles dar saída ós seus produtos siderúrxicos (tubos), creando as sociedades de augas de Barcelona, Alacant, Valencia, etc.

²⁰ As principais emendas que hai que introducir no prego de condicións, propostas pola empresa e aceptadas pola corporación, foron as seguintes: o prazo das obras sería de 3 anos. A compañía subministraría gratuitamente ata 200 m³ diarios para a limpeza de sumidoiros. Para incendios o Concello podía facer uso gratuito e sen limitación. O Concello recibiría o 10% do produto líquido obtido da venda sobrance da auga fóra da Coruña. A elección da empresa (antes non se fixaba) as concesións poderían ser con chave de capacidade, cano libre ou contador. Establecíase un consumo mínimo familiar de 200 l diarios, a razón de 40 l/persoa/día. Outras cláusulas destacadas eran as seguintes: as obras axustaríanse ó proxecto de Fernández Yáñez e as indemnizacións e expropiacións correrían a cargo da compañía aínda que o Concello debía promover-los expedientes; ós 75 anos as obras e as augas pasarían ó Concello sen indemnización, este obrigábase a solicita-la libre importación de materiais e ferramentas sen que a súa non obtención afectase a concesión; depósito de 10.000 pta retornable se se escriturase antes de tres meses, fianza de 110.126 pta que había que devolver á finalización das obras, suxeición ós tribunais locais, esixencia municipal debilla nos escusados, tarifas por m³: usos domésticos 80 cts (antes proporcional ó alugamento), industriais 50 cts (antes 20), servizos públicos 25 cts (391.297 l/día gratis), aboamento mínimo (l/día): privado 200 (antes 500), municipal 1.000, subministración diaria á cidade 8.640 m³. Estas tarifas eran en xeral máis elevadas, sobre

empresa a que acometa as obras senón que por escritura do 23-II-1893 a British traspasoulle a concesión a The Corunna Waterworks Company Limited²¹, sociedade inglesa creada expresamente para este negocio. Hai que indicar, para entender mellor as dilacións e a débil posición municipal, que o Concello coruñés mantiña un funcionamento irregular entre 1885 e 1893 debido, entre outras causas, ó conflito polo traslado da Capitanía Xeral a León²². Cómpre sinalar tamén a inestabilidade local reflectida pola existencia de 25 alcaldes entre 1854-1893, que dá unha media de 19,2 meses no cargo, debido a que o nomeamento de alcaldes dependía do goberno do momento, alternante entre liberais e conservadores.

A partir dese momento iníciase unha tensa relación entre concello e concesionaria que se prolongará durante dúas décadas nos tribunais e que alongará aínda máis a resolución do cada vez máis urxente problema do abastecemento urbano de auga, e cada parte descargaba na outra a responsabilidade do atraso. Describiremos brevemente os aspectos esenciais do enfrontamento, seguindo o atado *Preito contra a compañía...*, utilizado tamén para os antecedentes.

todo en termos de custos comparativos, cás existentes para servizo doméstico noutras cidades como Barcelona, 60 cts, Cádiz, 90 cts, Matés (1994: 3), ou Vigo, 40 cts tarifa xeral e 15 cts para uso público.

²¹ Esta empresa nomeará como conselleiro a Maximiliano LINARES RIVAS, de influente familia local, pois o seu irmán Aureliano foi deputado pola Coruña durante moitos anos e ministro de Fomento daquela, o seu sobriño Maximiliano Asúnsolo Linares- Rivas será alcalde en 1922 e 1930/31. O avogado da compañía era Juan GOLPE VARELA, concelleiro e membro da Comisión de Augas que en decembro de 1890 elaborara o informe proclive ás teses de Bayliss. José BLANCO VILARIÑO era o representante tanto de The Corunna... coma da British... Este tipo de estratexias era frecuente nas concesionarias de servizos públicos, en especial cando a súa procedencia foránea podía dificultar a súa penetración no mercado local, por descoñecemento deste ou, sobre todo, reticencias nacionalistas habilmente atizadas por grupos empresariais autóctonos. Nas Canarias a City of Las Palmas Water and Company Ltd. atraeu os seus oponentes entre a oligarquía e integrounos no Consello de Administración, GALVÁN (1995: 132).

²² Como as desgracias non adoitan vir soas, na liquidación practicada pola Fazenda Pública polo aproveitamento de auga que o Estado lle concedera ó municipio estipulouse o verdadeiro valor dos dereitos en 2.202.500 pesetas das que só se declarara nun principio a cantidade de 250.000 pesetas quedando a deber pola cantidade restante (1.952.500,36 pesetas) o seguinte:

Cota para o tesouro	1.952,50 pesetas.
Multa do 10%	195,25 pesetas.
Multa de liquidación	29,78 pesetas.
E o 6% de demora dende o ano de 1885.	

O Concello opinaba que a oficina liquidadora incorrera en graves inexactitudes ó non distingui-lo valor da concesión do valor das obras (LS 4-IX-1893: 117).

A compañía solicitou o 10-III-1894, dez meses despois de iniciadas as obras, que se emendase un grave erro de nivelación detectado no proxecto²³ e as conseguíntes indemnizacións, que serán rexeitadas polo Concello e polo gobernador civil. Logo dun prolongado proceso de revisión o Concello aprobará o planeamento definitivo do proxecto o 14-IX-1898. Mentres tanto, as obras a penas avanzaban e a situación sanitaria degradábase, apareceron focos infecciosos atribuídos á mala calidade das augas²⁴. Pola súa parte, a empresa solicita en varias ocasións que se lle conceda a substitución do cemento Zumaya polo Portland²⁵ coa finalidade de accelera-las obras. A empresa demanda tamén que o Concello lles solicite ós poderes públicos a exención dos dereitos aduaneiros nos materiais necesarios para a traída de augas. Este tipo de reivindicacións por parte da compañía inglesa pon de manifesto o frecuente interese das sociedades estranxeiras que invisten en infraestructuras urbanas en España por crearen mercados para as súas producións (propias ou de empresas participadas, dada a súa frecuente estrutura de hóliding) relacionadas coas obras públicas (material de construción, metalurxia, electromecánica).

O 14-VIII-1899 a corporación requiriulle á compañía que en dez días constituíse a fianza definitiva do 10%, é dicir 220.250 pta, en efectivo ou en efectos públicos a súa cotización oficial, no caso contrario rescindiríase a concesión, a cal se leva a cabo o día trinta. A compañía recorre ante as distintas instancias. A sentenza final do Tribunal Supremo, emitida o 19-II-1903²⁶,

²³ A profesionalidade do seu autor, Fernández Yáñez, que por certo toma parte adoito nas discusións municipais sobre o tema, non debía ser moi alta cando requirido para que emitira un informe sobre os presuntos erros do seu proxecto, alegou en varias ocasións estar moi ocupado.

²⁴ Por iso se emitiron consultas xurídicas para determinar se había causa de rescisión. Os informes foron negativos, recomendándolle ó Concello que axilizase as expropiacións, un dos escollos argüídos pola empresa para xustifica-la lentitude das obras.

Durante o primeiro cuarto do século XX sucedéronse as normas reguladoras do control sanitario das augas. As máis importantes foron a *Instrucción xeral de sanidade* de 1904, que establecía a obrigatoriedade para os concellos de máis de 15.000 habitantes de se dotaren dun laboratorio para o control das augas potables, e o *Reglamento de sanidade municipal* de 1925 que rebaixaba a cifra a 10.000 habitantes e incidiu na supervisión da auga tanto na condución coma na orixe, así como mostraba especial interese no tratamento das augas residuais, MATÉS (1998: 42-50).

²⁵ Primeiro cemento artificial, fabricado en Inglaterra.

²⁶ Nos días anteriores hai unha activa mobilización epistolar do alcalde coruñés, que contacta cunha serie de destacados políticos en Madrid, tanto liberais coma sobre todo correligionarios do partido conservador gobernante, xeralmente vinculados dalgún modo á Coruña, para que traten de influír na sentenza. Os destinatarios das cartas foron os seguintes: FRANCISCO SILVELA (presidente do Goberno), EDUARDO DATO IRADIER (ministro de Xustiza), EDUARDO GASSET (deputado), JUAN ARMADA LOSADA (marqués de Figueroa) (gobernador de Madrid), AURELIANO LINARES RIVAS (ministro de Fomento), EDUARDO TORRES TABOADA (deputado), ANTONIO DEL MORAL (senador), Juan

resúltalle lixeiramente favorable ó Concello, pois se ben sinala que a compañía non ten dereito a recibir indemnización polo erro do proxecto inicial, tampouco acepta a ampliación da fianza solicitada polo Concello, aínda que esta se debería valorar pola súa cotización, non polo seu valor nominal. A partir desa resolución os feitos desenvólvense con rapidez. A R.O. do 13-VI-1903 decláralle caducada a concesión de augas do río Barcés ó Concello coruñés efectuada en 1885²⁷. Esta resolución alisa o camiño para que entre en liza un grupo local²⁸ que constitúe en 1903 a Sociedade Anónima Aguas de La Coruña que se fará coa concesión de aproveitamento de augas do río Barcés en 1903 e do abastecemento á cidade durante 99 anos ó ano seguinte (BOE 17-III-1904). Finalmente, en 1908 inaugurarase o novo servizo, e fai que a cidade entre no Sistema moderno de auga potable, caracterizado polo elevado consumo *per capita*, o predominio das redes colectivas, a tecnoloxía industrial, as novas fórmulas organizativas e a especialización na subministración de auga (Matés, 1999: 42).

Conclusiones

Despois deste percorrido, basicamente descritivo pero necesario para coñecer sucintamente os feitos, chegou o momento de efectuar unha recapitulación sobre os aspectos máis significativos da prestación do servizo de augas na cidade da Coruña e ver en qué medida os seus trazos se asemellan ou diferencian ós das súas homólogas españolas. En xeral, podemos adiantar que o caso coruñés confirma o observado noutras cidades, aínda que tamén manteña certos caracteres específicos.

FERNÁNDEZ LATORRE (deputado), Manuel CRISTÓBAL (senador) e José LOMBARDEO (deputado). Dos que se conserva a súa contestación foron: Silvela, DEL MORAL, LATORRE, CRISTÓBAL, marqués de Figueroa e Lombardero. Na misiva do alcalde ó presidente do Goberno utilízanse argumentos de traza catastrofista e nacionalista «...ata o punto de temerse, con sobrada razón, que estalle un motín... (poñer) termo dunha vez á burla vergonzosa que impunemente fai desta poboación esa compañía estranxeira». AMC, *Preito contra a compañía*.

²⁷ Unha nova R.O. do 29-VII-1908 mandaralle dar cumprimento ó auto do Tribunal Supremo e declarará caducado o recurso emprendido por The Corunna... contra a R.O. do 13-VI-1903.

²⁸ O seu presidente era José Marchesi Buhigas, de notable familia local, fillo de José Marchesi Dalmau, adineirado comerciante por xunto de produtos coloniais e alcalde en 1890/91 e en 1893/94. Como vemos, mantéñense as conexións dos grupos económicos co poder municipal e parece confirmarse a orixe colonial dos capitais investidos nas empresas locais de servizos. No caso de Vigo será o capital conserveiro o que participe na empresa local de augas, da man do secretario do seu Consello de Administración José Curbera Fernández, o presidente era Antonio López de Neira, industrial do papel e alcalde conservador que a finais do pasado século promovera a iluminación eléctrica da súa cidade.

As condicións da oferta e da demanda, se ben ocasionaban un crónico atraso no seu punto de equilibrio, non eran tan graves coma noutras latitudes. Por un lado as condicións climáticas, pola súa elevada pluviosidade e baixa evaporación eran favorables, por outro os mananciais eran relativamente numerosos, aínda que non existía ningunha corrente importante no contorno urbano próximo. Por outra parte, a demanda e o seu crecemento non eran excesivamente alarmantes posto que se trataba dunha cidade de tipo medio, cun crecemento demográfico moderado e unha escasa industrialización, predominantemente familiar.

Ó igual ca noutras urbes os primeiros intentos modernizadores do sistema de abastecemento de auga prodúcense a mediados do século pasado, unha vez superado o estancamento político-económico das décadas anteriores. Do mesmo modo, o proceso será enormemente lento. Iso debíase ós elevados investimentos necesarios, ó seu longo período de amortización e á falta de rendibilidade clara destes. Había que vencer as reticencias cidadás a se abonar e pagar por un ben considerado ata entón libre e gratuíto, cunha ampla e accesible oferta e nun contorno social de baixos ingresos e tendencia ó autoconsumo. As precarias facendas locais non estaban en condicións de acometer os ditos investimentos, de aí que nin sequera fora unha opción que se puidera considerar nesa época. Pero o negocio tampouco estaba moi claro para a iniciativa privada, en especial a autóctona. A reiterada ausencia de licitadores demóstrao. Con frecuencia, sobre todo nos primeiros tempos, os concesionarios son meros especuladores sen intención nin medios de levar a cabo as obras. Adoitan ser individuos particulares, non situados na localidade senón nos centros económicos como Madrid ou Barcelona, algúns incluso estranxeiros. O seu mellor coñecemento sobre as poxas de concesións públicas permíteos participar en varias delas. O seu negocio consiste en lles traspasar a empresas máis fortes as ditas concesións. Estas, en bastantes ocasións, son estranxeiras: francesas, inglesas e belgas no caso da auga. Estas empresas tiñan maior experiencia na construción de infraestruturas urbanas, pola precocidade e superior extensión da urbanización nos seus países de orixe. Tiñan tamén maior e en mellores condicións o acceso ós mercados de capitais, e estaban así mesmo máis acostumadas a asumir riscos. Con todo, sería simplificador contrapoñer, en termos absolutos, unha xestión empresarial dinámica protagonizada polas compañías estranxeiras a un menor espírito de risco do capital autóctono²⁹. Un dos elementos básicos que parecen guiar as estratexias de expansión internacional das compañías de servizos estranxeiras é a captación de mercados

²⁹ De feito, tanto no abastecemento de auga coma no tranvía da Coruña o capital local terá que facerse cargo das concesións en mans estranxeiras para levar adiante estes servizos.

para os seus propios productos³⁰. Con frecuencia estas empresas estaban integradas en poderosos e complexos *hóldings* financeiros³¹.

Un elemento esencial na concreción práctica das concesións era o poder negociador de ámbalas partes, Administración local e empresa. En xeral e *a priori* a situación tendía a favorecer-la parte empresarial, sobre todo cando esta formaba parte dun influente grupo financeiro. A súa capacidade de presión sobre uns gobernos locais urxidos por unhas demandas cidadás cronicamente insatisfeitas nun produto de primeira necesidade, incapacitados financeira e empresarialmente para asumiren directamente os ditos servicios e sometidos a un forte e burocratizante centralismo era elevada. Incrementábase cando se trataba de cidades de tipo medio, apetecibles dende o punto de vista económico pero máis débiles politicamente, e con menor posibilidade de competencia dado o tamaño do mercado³². No caso coruñés, a maiores, a situación sociopolítica era peculiar, pois producíanse disfuncionalidades entre os alcaldes designados polo bipartidismo cambiante, o grupo republicano maioritario con frecuencia na corporación e unha masa urbana de simpatías anarcosindicalistas e marcada conflictividade. Para reforza-la súa capacidade de influencia a empresa asociada/contrata personaxes locais destacados da vida económica e profesional e, o que parece máis determinante, con estreitas conexións, propias ou familiares cos poderes políticos tanto locais coma estatais. O Concello tampouco queda atrás e no prolongado pulso coa compañía inglesa³³ acada o apoio dos representantes políticos de orixe coruñesa para conformar un

³⁰ Nos tranvías é evidente o interese belga-alemán por electrifica-las liñas para dotalas con material propio electromecánico. No caso que nos ocupa a fixación explícita na escritura da libre importación de materiais e as posteriores e reiteradas peticións por parte da empresa de substituí-lo cemento vasco polo inglés de Portland, con exencións arancelarias, son exemplos de similar estratexia. Probablemente a non consecución destes obxectivos, nun contexto cada vez máis proteccionista por mor do arancel de 1891 xogou un papel importante no retraemento constructor da concesionaria.

³¹ É o caso dos *hóldings* belgas, propietarios de moitas compañías tranviarias en todo o mundo, MARTÍNEZ (1998). As empresas inglesas de augas radicadas en España parecen formar parte tamén dun escuro grupo financeiro presidido polo duque de Devonshire, BRODER (1981: 1815).

³² De feito a estratexia de grupos como o do gas do francés Lebon escollía expresamente este tipo de cidades polos ditos motivos, BRODER (1981: 1672).

³³ A corporación actúa negligentemente, con insinuacións tanto de bloqueo coma de convivencia coa compañía, en varios aspectos que están na raíz do conflito: a non detección do erro do proxecto base, a fixación da fianza na metade do previsto e a non axilización das expropiacións. Con todo, non eran aspectos insalvables e máis ben parece que son desculpas ás que se aferra a empresa para non levar a cabo as obras. A razón de fondo posiblemente radique na falta de rendibilidade clara do proxecto, en especial se non chegou a conseguir, como parece deducirse, a libre importación de materiais, probablemente un dos seus obxectivos básicos á hora de adquiri-la concesión.

grupo de presión nas altas instancias xudiciais. Xoga ó seu favor a formación dun grupo local con poderosas conexións económicas e políticas decidido a impulsar a modernización urbana da Coruña e estimulado polo refluxo de capitais provenientes das antigas colonias caribeñas³⁴. Será pois o capital autóctono o que emprenda e culmine en 1908 a tan desexada e aprazada rede de traída de augas á cidade da Coruña. 

³⁴ Non é casual que tamén despois de varios anos de dilacións, se cree en 1901 con capital local a Compañía de Tranvías de La Coruña, MARTÍNEZ y PIÑEIRO (2001).

Fontes e bibliografía básicas

■ Fontes

Archives des Affaires Étrangères (*París*)

— *Correspondance commerciale, La Corogne, 1853-1901.*

Arquivo municipal da Coruña:

— *Libros de sesións, 1850-1910.*

— *Obras públicas. Conducción de augas. Preito contra a compañía. Proxecto de variación de augas. Anos 1894 a 1939.*

Arquivo municipal de Vigo:

— *Augas. AGU 6.*

— *Lei municipal de 1877.*

— *Lei de augas de 1879.*

■ Bibliografía

AGUILERA, F. (1993), *Economía del agua*. MAPA, Madrid.

BREY, G. (1989), *Economie et mouvement syndical en Galice (1840-1911)*. Thèse d'Etat, en microficha.

BIGATTI, G., GIUNTINI, A., MANTEGAZZA, A., ROTONDI, C. (1997), *L'acqua e il gas in Italia*. Francoangeli, Milano.

BRODER, A. (1981), *Le rôle des interets économiques étrangers dans la croissance de l'Espagne au XIX e siècle, 1767-1924*. These d'Etat, Université de Paris I.

BROWN, John C. (1988), «Coping with Crisis? The Diffusion of Waterworks in Late Nineteenth-Century German Towns», *The Journal of Economic History*, vol. XLVIII, n° 2, pp. 307-318.

CABANAS, F. (1997), *Historia de la antigua traída de augas de San Pedro de Visma (La Coruña, s. XVIII)*. Toxosoutos, Noia.

COSTA, M. T. (1981), «Iniciativas empresariales y capitales extranjeros en el sector Servicios de la Economía Española durante la segunda mitad del siglo XIX», *Investigaciones Económicas* n° 14, pp. 45-83.

DE CAL Y CORTINA, R. (1997), «Servicios públicos locales y Estado liberal (1854-1856)», *VI Congreso de H0 Económica*. Girona, 7ª sesión: 1-8.

DÍAZ LEMA, J. M. (1994), «Los servicios públicos locales en la ley municipal de 1877», *II Simposio de Historia da Administración*. EGAP, Santiago, 1994: 1-24.

GALVÁN, E (1995), «El servicio de abastecimiento de agua potable a Las Palmas de Gran Canaria: implicaciones políticas derivadas de su concesión a una compañía inglesa», *Boletín Millares Carlo*, n° 14, centro Asociado UNED Las Palmas de Gran Canaria, pp. 119-133.

GALLEGO, A., MENÉNDEZ, A. e DÍAZ, J. M., (1986), *El derecho de aguas en España*. Madrid, MOPU, 2 vols.

GARRUÉS, J. (1998), *Servicio público de aguas y servicio privado de producción y distribución de electricidad en Pamplona, 1893-1961*. Fundación Empresa Pública, Madrid, Documento de Trabajo 9810.

GIGOSOS, P. e SARAVIA, M. (1993), *El surtido de aguas a Valladolid: de la concesión a la municipalización (1864-1959)*. Concello de Valladolid, Valladolid.

GUILLERME, A. (1988), «The Genesis of Water Supply, Distribution, and Sewerage Systems in France, 1800-1850», en TARR & DUPUY (1988), pp. 91-115.

- HASSAN, J. A. (1985), «The Growth and Impact of the British Water Industry in the Nineteenth Century», *Economic History Review*, Vol. 38, N° 4, pp. 531-547.
- LINDOSO, E. e MIRÁS, J. (2001), «La trayectoria de una economía urbana, A Coruña (1868-1936)», *El republicanismo coruñés en la historia*. Concello de A Coruña, A Coruña, pp. 31-38.
- MALUQUER DE MOTES, J. (1985), «La despatrimonización del agua: movilización de un recurso natural fundamental», en GARCIA SANZ, A. y GARRABOU, R. (eds.), *Historia Agraria de la España Contemporánea*. Crítica, Barcelona, vol. I, pp. 275-296.
- MARTÍNEZ, A. (1998), «Las inversiones belgas en los tranvías y ferrocarriles de cercanías. Una perspectiva internacional, 1892-1935», *150 años de Historia ferroviaria*, Alicante.
- MARTÍNEZ, A. e PIÑEIRO, C. (2001), «Empresas e servicios públicos: a creación dunha infraestrutura de transporte urbano, A Coruña 1876-1925». *Revista Galega de Economía* (en prensa).
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1997), *Derecho de aguas*. Madrid, Civitas.
- MATÉS, J. M. (1994), «Las empresas de abastecimiento de agua (1850-1950): de la concesión administrativa a la municipalización». *2º Congreso de Historia Contemporánea*, Barcelona. Ejemplar mimeografiado.
- (1998), *Cambio institucional y servicios municipales. Una historia del servicio público de abastecimiento de agua*. Ed. Comares, Granada.
- (1999), *La conquista del agua. Historia económica del abastecimiento urbano*. Universidad de Jaén, Jaén.
- NÚÑEZ, G. (1996), «Servicios urbanos colectivos en España durante la segunda industrialización: entre la empresa privada y la gestión pública», en COMIN, F. y MARTÍN ACEÑA, P. (eds.), *Empresas y empresarios en la Historia de España*. Civitas, pp. 399-419.
- POITRAS, C. (1999), «Construire les infrastructures d'approvisionnement en eau en banlieue montréalaise au tournant du XX^e siècle. Le cas de Saint-Louis», *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 52, n° 4, pp. 507-531.
- RUEDA, J. C. (1994), *El agua en Madrid. Datos para la Historia del canal de Isabel II, 1851-1930*. Fundación Empresa Pública, Madrid.
- SALORT, S. (1997), *La Hacienda local en la España contemporánea. La Hacienda municipal de Alacant (1800-1923)*. Alacant, Instituto de Cultura «Juan Gil Albert».
- SOSA, F. (1992), *La gestión de los servicios públicos locales*. Civitas, Madrid. Manejada la 3ª edición, de 1997.
- VELO, I. (1992), *La vida municipal de A Coruña en el siglo XVI*. Diputación de A Coruña, A Coruña.

LA CLONACIÓN HUMANA: LOS PRESUPUESTOS PARA LA INTERVENCIÓN PENAL

Carlos María Romeo Casabona
Catedrático de Derecho Penal

1. Introducción

En 1997 se dio la noticia de que investigadores del Instituto Roslin del Reino Unido (Ian Wilmut y otros)¹ habían conseguido una oveja clónica, conocida como Dolly, a partir del núcleo de una célula no sexual de otra oveja adulta. Este logro no sólo produjo una enorme perplejidad en la comunidad científica, puesto que suponía la «regresión» biológica del núcleo de una célula ya diferenciada (una célula mamaria) a una situación de indiferenciación, es decir, capaz de desarrollarse en un óvulo hasta dar origen a un nuevo ser completo, hecho hasta entonces impensable, sino, sobre todo, estupefacción en la opinión pública, al reconocerse que esta técnica podría ser aplicada en el futuro igualmente en el ser humano. Unos años antes se había admitido por otros investigadores (Hall y Stillman) que habían logrado la partición de un embrión hu-

¹ Ian Wilmut et al., *Viable Offspring Derived from Fetal and Adult Mammalian Cells*, «Nature», vol. 385, 1997, pp. 810 y ss.

mano en varios, sin haber continuado la experiencia, hecho que sí se ha culminado más recientemente con un primate, llamado Tetra. A lo largo de los últimos años se han obtenido también con éxito otras experiencias semejantes con diversos mamíferos, algunos de ellos transgénicos.

De nuevo es aquí relevante la metodología ética de separar la clonación reproductiva humana de las demás, por las diferentes cargas valorativas que se hallan implicadas. Dentro de aquélla abordaremos asimismo las diversas formas que se acogen bajo la noción común de clonación, a las que damos la siguiente denominación convencional, según fue adoptada por el Informe del Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación: clonación verdadera, paraclonación y gemelación artificial, que se explican a continuación, y cuyos objetivos y utilidades pueden ser diversos, de conformidad con lo que expone el citado Informe².

La «clonación verdadera» alude a la transferencia del núcleo de células provenientes de individuos ya nacidos o adultos a un ovocito al que previamente se le ha extraído su propio núcleo (enucleación); por consiguiente, se recurre al núcleo de células provenientes de cualquier lugar del organismo, es decir, somáticas –ya diferenciadas– como lo sería una célula mamaria, que fue el caso de la citada oveja Dolly. El nuevo ser sería genéticamente idéntico al donante del núcleo, a salvo del ADN mitocondrial, al encontrarse ya en el citoplasma del ovocito receptor.

Con «paraclonación» indicamos la transferencia de núcleos de células embrionarias o fetales de individuos no-natos, mediante una técnica similar a la anterior, pero en este caso el nuevo ser clonado no sería idéntico a ningún otro ser ya nacido.

Y, finalmente, con la expresión «gemelación artificial» nos estamos refiriendo a la partición de embriones. Por tanto, los individuos así nacidos serían completamente idénticos entre sí, de modo semejante a lo que ocurre con los gemelos monocigóticos, pero distintos a sus progenitores y a cualquier otro individuo ya nacido, salvo que se hubiera espaciado la transferencia de los embriones resultantes al útero de una mujer, pues en este caso los gemelos no provendrían ya del mismo embarazo, sino de embarazos sucesivos de la misma mujer o de mujeres diferentes.

La transferencia del núcleo o de las mitocondrias de un ovocito a otro enucleado o al que se le han extraído las mitocondrias, respectivamente, para ser fecundado después por un espermatozoide no constituye clonación, sino la utilización parcial de esta técnica, con la que se persigue evitar la transmisión de una enfermedad proveniente del núcleo original o de las mitocondrias. No obstante, la mencionaremos ocasionalmente,

² Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid, 1999, pp. 50 y ss.

con el fin de poner de relieve también las diferencias valorativas que acompañan a este procedimiento, dado que en ocasiones se ha puesto innecesariamente en tela de juicio.

2. El debate sobre la clonación humana reproductiva

2.1. Respuestas institucionales o normativas³

La divulgación del experimento de la primera oveja clónica provocó las mayores controversias, hasta el punto de que diversas instituciones (el Vaticano, la OMS, el Parlamento Europeo, diversos Comités Nacionales de Ética) y mandatarios (p. ej., el Presidente de los EEUU, Clinton) plantearon a partir de entonces, con rápida reacción, sus reservas o incluso su rechazo de plano a la clonación. De todos modos, puede adelantarse ya que hasta el momento la mayor parte de los países que cuentan con preceptos legales que de un modo u otro prohíben la clonación tomaron tales iniciativas con independencia de la polémica desatada mundialmente; es más, los legisladores respectivos intervinieron antes de que aquélla se produjera (así, España, que fue la primera en prohibirla en 1988, habiendo pasado a ser delito desde 1995 –art. 161.2 del Código Penal–, el Reino Unido y Alemania); no obstante, algunas prohibiciones son posteriores y consecuencia del escándalo mundial (Argentina, Brasil, Colombia, Italia, Nueva Zelanda, Perú).

Algunos organismos internacionales sí han adoptado prohibiciones expresas como consecuencia inmediata de tal alarma mundial. Han sido, en concreto, la UNESCO, en su Declaración Universal sobre el «Genoma Humano y los Derechos Humanos», de 1997, donde se establece que no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos (art. 11); el Consejo de Europa, a través de un Protocolo específico de 1998 sobre este asunto, que se incorpora al Convenio sobre «Derecho Humanos y Biomedicina», conforme al cual se prohíbe cualquier intervención que tenga como finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto, entendiendo a estos propósitos como ser humano «genéticamente idéntico» a otro ser humano aquél que tenga en común con otro el conjunto de los genes nucleares (art. 1º)⁴; y la Unión Europea, en su Carta de los derechos fundamentales, aunque no tenga, por el

³ Para identificar y consultar la mayor parte de las referencias normativas y documentales que se citan en este epígrafe v. Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 201 y ss. y 309 y ss.

⁴ Este Protocolo fue abierto a la firma en París el 12 de enero de 1998 y su entrada en vigor el 1º de marzo de 2001.

momento fuerza vinculante para los Estados miembros, establece que en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular (...) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos (art. 3.2)⁵.

Por otro lado, las normativas que han regulado la clonación, prohibiéndola, se remiten en bloque a toda clonación con fines de reproducción humana, sin distinguir los diversos procedimientos establecidos; por consiguiente, las prohibiciones se extienden a todas las variantes de la clonación reproductiva en el ser humano, conclusión obtenida en todo caso por vía interpretativa, dada su escasa precisión.

Finalmente, las modalidades de la clonación no vinculadas a la reproducción humana no han sido objeto de la atención de los legisladores, a salvo del legislador español, quien la permite expresamente con fines de investigación y de elaboración de productos diagnósticos o terapéuticos (art. 8º de la Ley 42/1988, sobre la Utilización de Embriones y Fetos Humanos). Pero como se indicará más abajo, en algunas legislaciones esta práctica podría estar prohibida, incluso como delito.

En resumen, el conjunto de pronunciamientos, tanto normativos como institucionales, adolecen de una general pobreza argumentativa –cuando ésta existe– respecto a la justificación de la prohibición o rechazo de la clonación humana reproductiva, sin señalar qué derechos humanos se verían afectados con ella ni por qué motivos.

2.2. Los argumentos discursivos en torno a la clonación

La sola perspectiva de clonar embriones humanos, sea con propósitos reproductivos o no, ha desatado una reacción contraria muy extendida. Es cierto que se han aportado diversos argumentos, tanto a favor como en contra de la clonación, los cuales, siguiendo a Brock⁶, podríamos resumir así:

1. Argumentos a favor de la clonación reproductiva: el derecho o libertad de reproducción abarcaría todas sus formas, incluidas las vinculadas con las técnicas de reproducción asistida, por consiguiente, también la clonación. Partiendo de este derecho, la clonación podría reportar algunos beneficios: como remedio para resolver las consecuencias de la infertilidad de algunas personas; con el fin de evitar los riesgos de transmitir al descendiente una enfermedad hereditaria grave; para hacer posible la clonación de un ser con especial significación para los solicitantes, como un hijo fallecido u otro ser querido; con el fin de poder replicar individuos

⁵ Aprobada en Bruselas el 28 de septiembre de 2000.

⁶ Dan W. BROCK, *La clonación de seres humanos: una valoración de los pros y los contras éticos*, en NUSSBAUM, M. C. / SUNSTEIN, C.S. (Eds.), «Clones y clones. Hechos y fantasías sobre la clonación humana», Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, pp. 141 y ss.

deseados por su talento, carácter u otras cualidades físicas o espirituales. Otros aspectos valiosos de la clonación, en este caso ya no reproductiva, serían la posibilidad de obtener, a partir de embriones clónicos de un individuo, células y tejidos para trasplante a éste en caso de necesidad terapéutica; o los valiosos conocimientos científicos que podrían obtenerse mediante la investigación con embriones humanos clónicos.

2. En contra de la clonación también se han manejado no menos contundentes razonamientos: con ella se violaría el derecho a una identidad única, a ser diferente de los demás, o el derecho a la ignorancia sobre el posible futuro vital de cada individuo, el cual debe quedar abierto. En concreto, la clonación podría dar lugar a daños diversos: la mera técnica implicaría riesgos para el propio ser clonado, como malformaciones, enfermedades y taras, y tal vez el aborto; produciría efectos psicológicos adversos en la persona nacida por clonación; reduciría el valor de los individuos y disminuiría el respeto por la vida humana; podría dar lugar a intereses comerciales no compatibles con lo humano; podría ser utilizada por gobiernos u otros grupos para finalidades inmorales y explotadoras, como la generación de individuos en serie con ciertas características preseleccionadas.

3. Sin perjuicio de que nos ocupemos más adelante de algunos de estos argumentos, resulta realmente llamativa la parquedad de tan intenso y universal debate, sobre todo en el ámbito jurídico. Ciertamente, las diversas posiciones favorables y contrarias a la clonación han sido por lo general terminantes, pero asimismo poco matizadas, en particular las que se muestran contrarias a la clonación, pero sobre todo cuando han dado lugar a prohibiciones relacionadas con la misma. No obstante, en trabajos más recientes se aprecian valiosos esfuerzos por introducir criterios más razonados y profundos⁷. Desde luego, el juicio sobre la clonación no ha de recaer en principio sobre la técnica en sí, sino sobre los propósitos que se pretendan perseguir con ella.

En efecto, con frecuencia se recurre a denunciar la vulneración de la dignidad humana que comportarían las diversas técnicas de clonación, en la medida en que se cosificarían o instrumentalizarían los embriones o incluso los seres humanos resultantes de tales procedimientos técnicos. Aun reconociendo el peso de esta importante referencia, no es menos cierto que no se ha solido profundizar suficientemente en la afectación concreta a la dignidad humana, ni en la especificidad del ataque

⁷ Sin lugar a dudas, ha sido el Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pássim (en especial sus Recomendaciones, pp. 248 y ss.), el que ha ofrecido una reflexión más ponderada y ecuánime pensando en sus posibilidades razonables de futuro.

que comportaría la clonación para dicha dignidad⁸: ¿de los seres así nacidos, de los propios embriones o, incluso, de la comunidad misma? Por otro lado, desde un punto de vista jurídico el concepto de dignidad humana, por su propia naturaleza compleja, no deja de plantear dificultades interpretativas.

Por consiguiente, procede identificar cuál es o son los bienes o valores dignos de protección por el Derecho –bienes jurídicos– que se podrían oponer a la clonación en sus diversas variantes, comprobando en qué medida esta técnica y sus resultados podrían afectar a tales bienes. No debe olvidarse que las prohibiciones, frecuentemente penales, sobre la clonación existentes en el derecho comparado han recurrido, casi de forma exclusiva, a la incriminación de la clonación humana reproductiva. Pero tampoco debe olvidarse que al Derecho Penal le corresponde la función de exclusiva protección de los bienes jurídicos *más importantes* para el individuo y para la colectividad, pero sólo frente a las *agresiones más graves* para los mismos, dados los instrumentos también tan graves de que dispone para cumplir su función, esto es, las penas y las medidas de seguridad. Dicho de otro modo, no todo lo que éticamente es objetable ha de reflejarse de forma consecuyente y necesaria en una prohibición jurídica, y todavía menos que ésta tenga que ser penal. Así que incluso jurídicamente existen vías alternativas o, más probablemente, complementarias, para limitar o prohibir la clonación reproductiva, si es que realmente ha de serlo sin excepciones: la administrativa, mediante la introducción de las infracciones correspondientes, y la civil, con el fin de reparar el daño producido, en todo caso. Pero es cierto que en relación con la prohibición penal de la clonación, a pesar de las imperfecciones de técnica legislativa que se aprecian en los ejemplos ya existentes, el Derecho Penal satisface una función auténticamente preventiva y no meramente simbólica, sin que para ello sea obstáculo que se trate de comportamientos prohibidos antes de que sean realizables técnicamente.

⁸ V. sobre lo poco riguroso de este tipo de críticas, p. ej., Carlos M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Cera, Madrid, 1994, pp. 44 y ss. y 67 y ss.; el mismo, *Del Gen al Derecho*, Servicio de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1996, p. 435.

3. Las dimensiones valorativas de la clonación humana reproductiva: posibles bienes jurídicos implicados

3.1. La vida del embrión y la integridad del futuro ser: valoración coyuntural de los problemas técnicos

En primer lugar, procede una valoración previa más general, indirecta y probablemente circunstancial, pero de gran trascendencia: es general la opinión de que la aplicación de esta técnica en el ser humano en la actualidad o a más o menos corto plazo presentaría un inconveniente añadido a los que han venido centrando la discusión, pues la todavía insegura técnica podría dar lugar a numerosos fracasos, con la consiguiente necesidad de recurrir a un número mayor de embriones, óvulos, etc., y tal vez al nacimiento subsiguiente de seres con graves taras o anomalías, en un porcentaje relativamente alto, o a decidir la interrupción del embarazo, inconvenientes todos ellos que no pueden ser obviados. En particular, también como elemento común de ponderación con otras formas de intervención en el genoma humano, se advierte de que estas técnicas estarán lejos de poder ser controladas y de prevenir efectos secundarios no previstos, cuyas manifestaciones podrían no ser detectables *in vitro* ni durante el curso del embarazo (por lo que incluso la interrupción provocada del mismo no sería siempre una opción disponible), sino después del nacimiento o en la edad adulta del individuo clónico. Por ejemplo, se especula sobre el posible incremento de incidencias de cáncer en la descendencia, sobre un mayor porcentaje de anomalías genéticas, o sobre cuál sería la edad biológica del ser humano originado por el procedimiento de clonación verdadera, aspecto éste todavía no bien conocido actualmente.

Estos y otros riesgos e inconvenientes adicionales, en principio comunes a todas las formas de clonación (aunque probablemente más intensos en unas que en otras, incluso exentos en algunas), apelan en primer lugar a la responsabilidad de los propios investigadores, por el salto cualitativo que supone en este caso atravesar la barrera experimental animal hacia el ser humano⁹. Pero, además, el Derecho no puede ser indiferente a tales riesgos, más todavía cuando ya ha intervenido para proteger la integridad física y psíquica del feto, incluso por medio del Derecho Penal¹⁰,

⁹ V. sobre estas objeciones, con planteamientos más radicales, Vicente BELLVER CAPPELLA, *Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana*, «Revista de Derecho y Genoma Humano», n.º 10, 1999, pp. 52 y s.; el mismo, *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, Biblioteca de Derecho y Ciencias de la vida, Ministerio de Sanidad y Consumo y Editorial Comares, Madrid - Granada, 2000, pp. 94 y ss.

¹⁰ V., p. ej., el Código español de 1995 ha incluido los delitos doloso e imprudente de lesiones al feto (arts. 157 y 158).

con el fin de garantizar al máximo el nacimiento de niños libre de anomalías que podrían haber sido causadas durante el curso de la gestación.

Por consiguiente, en esta primera fase aparece como bien jurídico potencialmente afectado (y de forma grave, según se ha visto) la integridad física de los niños nacidos por medio de esta técnica y, en no pocos casos, su vida misma, de haberse iniciado ya la gestación o e, incluso, antes de ésta (en el caso de embriones *in vitro* clónicos a los que se hubieran detectado graves anomalías). Objeción grave, pero también circunstancial, una vez que se lograsen superar estos riesgos con procedimientos absolutamente fiables y seguros. En cualquier caso, mientras tal objeción mantenga su validez, también debería persistir por este solo motivo la prohibición legal de la clonación con una intensidad adecuada.

Reservas de esta naturaleza suscita asimismo la transferencia nuclear –o de mitocondrias– con fecundación posterior por medio de un espermatozoide, sin que por su objetivo –terapéutico-preventivo– ni por el resultado –no es clonación asexual–, requiera una prohibición especial, a salvo de las medidas de prudencia (principio de precaución) que deben emplearse en todo caso, cuya vulneración podría dar lugar en todo caso a responsabilidad administrativa, civil o a las dos a la vez en el Derecho español¹¹.

Desde otro punto de vista debe recordarse que la diversidad genética puede contribuir decisivamente a preservar la especie humana frente a enfermedades infecciosas o agentes externos de otro tipo a los que podría ser vulnerable una determinada configuración genética. Bien es cierto que se trata más bien de una advertencia que de una objeción, dado que los riesgos de empobrecimiento del patrimonio genético humano serían muy remotos, dado que es previsible, conforme al estado actual de la situación, que las técnicas de clonación sean poco utilizadas, incluso si llegan a ser eficaces y seguras. Por consiguiente, esta sola apreciación no sería motivo suficiente para prohibir legalmente en el momento actual la clonación humana reproductiva.

3.2. Los argumentos relativos a los intereses personalísimos del futuro hijo

Las diversas técnicas de clonación reproductiva consideradas pueden afectar a varios intereses del futuro hijo (probables bienes jurídicos), algunos de ellos ya enumerados más arriba. Así, en primer lugar podría afectarse a la identidad genética nuclear del ser nacido, en cuanto que,

¹¹ De acuerdo con la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, constituye infracción muy grave: «transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad» (art. 20.2, B, i).

desde esta perspectiva, se le priva de la condición de ser único, irrepetible y distinto a otros individuos existentes (vivos o muertos). Asimismo, el individuo así nacido puede ser fruto de una voluntad ajena de predeterminar sus características genéticas y también su personalidad, al menos en algún caso (p. ej., admitamos especulativamente, cuando alguien pretendiera su propia perpetuación o la de otros individuos que existen o ya han fallecido, o se buscara la creación de seres especializados). Finalmente, al menos con la clonación verdadera, el hijo es privado de la doble progenie biológica, padre y madre. Convendrá abundar a continuación en estas consideraciones con el fin de poder extraer consecuencias desde el punto de vista ético y jurídico.

1. Parece seguro que no es factible crear seres completamente idénticos a otros ya existentes, de acuerdo con lo que revelan nuestros actuales conocimientos sobre las ciencias empíricas y las del comportamiento¹². Primero, desde el punto de vista genético, pues el ADN mitocondrial no es siempre idéntico, en razón de la técnica utilizada, sin olvidar la posibilidad de mutaciones genéticas espontáneas; bien es cierto que la identidad genética realmente significativa es la nuclear. En segundo lugar, existen influencias entre citoplasma y núcleo que podrían dar lugar a diferencias en el fenotipo respectivo (aunque no genéticas), así como otras del medio uterino (hormonales en los primeros días de la gestación). En tercer lugar, y sobre todo, es cierto que el ser humano, su personalidad, es fruto también –y probablemente en mayor medida– de factores ambientales de espacio (familiares, culturales, sociales) y de tiempo (la sucesión temporal-generacional de los seres vivos en general y del ser humano en particular quien, además, decimos, es poseedor de una conciencia histórica y presenta variaciones culturales)¹³. Es decir, si la individualización del ser humano sería el resultado de su singularidad genética (su propio genoma) y su individualidad lo sería de su singularidad personal (fruto de factores físicos y fisiológicos, del desarrollo, de la educación, del aprendizaje, de factores afectivos y emocionales y de los demás ya mencionados), sólo la primera podría verse afectada por la clonación, esto es, por el origen clónico de ese individuo; pero la identidad genética no es equivalente a la identidad personal¹⁴. A este respecto, representan

¹² V. ya con anterioridad, Carlos María ROMEO CASABONA, *¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación*, en «Revista de Derecho y Genoma Humano», n.º 6, 1997, pp. 21 y ss.; Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 191 y ss.

¹³ V. aportaciones más desarrolladas en Daniel SOUTULLO, *La eugenesia. Desde Galton hasta hoy*, Talasa Ediciones, Madrid, 1997, pp. 98 y ss.

¹⁴ V. Juan Ramón LACADENA, *La clonación humana*, en «II Congreso de Bioética y Latinoamérica y el Caribe», Santafé de Bogotá, 3-6 de junio de 1998.

una prueba tranquilizadora los gemelos monocigóticos, quienes poseyendo una dotación genética idéntica y un ambiente temporal y, por lo general, espacial semejantes, no desarrollan una personalidad idéntica. Por consiguiente, vanos serían los intentos de quien por estos procedimientos pretendiera perpetuarse a sí mismo o recuperar un ser querido o admirado ya fallecido. Por otro lado, para el reconocimiento de la personalidad jurídica y la igualdad ante la ley es indiferente el origen de los individuos, esto es, en nuestro caso, la técnica reproductiva utilizada, de haberse recurrido a alguna. No entramos aquí en especulaciones relativas a cuando, además, la estructura genética de ese ser no fuera esencialmente de origen humano (p. ej., en el caso de fecundaciones o recombinaciones de ADN interespecies).

En consecuencia, puede estarse de acuerdo en que la creación de seres humanos idénticos por clonación puede comportar un atentado a la identidad e irrepitibilidad genética del ser humano, como parte del derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto de los demás¹⁵, cuando ello ha sido predeterminado deliberadamente por la acción de otro ser humano¹⁶, aceptando la complejidad y variabilidad de la naturaleza humana, y el derecho consecuente a no ser programado genéticamente y a ser producto de un azar genético¹⁷; bien que, como veremos a continuación, no siempre se ha de entender vulnerado tal interés. Como se adelantaba más arriba, es indudable que la identidad del ser humano y su condición de irrepitible es el resultado de un cúmulo de factores biológicos y ambientales de lo más variado, pero no es menos cierto también que su conformación genética es una de las bases –por lo general no la más relevante– de esa irrepitibilidad, sin que esta consideración suponga ninguna concesión a un supuesto determinismo genético ni ningún principio estigmatizante para los gemelos monocigóticos nacidos así de forma natural, no por la intervención de la técnica.

Sin embargo, estos bienes jurídicos no encuentran, en sentido estricto, un soporte en algún derecho subjetivo humano o fundamental,

¹⁵ V. sobre bienes jurídicos implicados en las manipulaciones genéticas y los que se citan en el texto en particular, Carlos María ROMEO CASABONA, *La persona ante la Biotecnología, la Bioética y el Derecho*, en «Folia Humanistica», n° 276, 1986, p. 6; el mismo, *Límites penales de las manipulaciones genéticas*, en Fundación BBV (ed.), «El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano», t. III, Bilbao, 1994, pp. 187 y ss. En términos parecidos, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, Madrid, 3 de Marzo de 1999, p. 69, alude a que el ser humano tiene derecho a «ser genéticamente único e irrepitible (propiedad de unicidad)».

¹⁶ En este sentido, el Comité Director de Bioética del Consejo de Europa, en su Informe Explicativo al *Avis sur le clonage humain*.

¹⁷ Así, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, cit., p. 69.

recogido en las constituciones nacionales, como tampoco hasta hace poco tiempo en declaraciones o convenciones internacionales, sin que para ello sea un obstáculo la comprobación de que esa podría ser muy bien una de las *rationes legis* en los ordenamientos jurídicos que han prohibido la clonación reproductiva. De todos modos, los Estados parte –entre ellos el Estado Español– en el Convenio sobre «Derechos Humanos y Biomedicina» del Consejo de Europa, encontrarán en él, desde el momento en que entre en vigor –en España ocurrió el 1º de enero de 2000– en los derechos internos, un precioso instrumento para la identificación y protección de estos nuevos derechos subjetivos, en cuanto proclama no sólo la protección de la dignidad del ser humano, sino también su *identidad*, así como su integridad (art. 1º), que debe extenderse a la identidad y a la integridad genéticas, objeto ésta de regulación específica por el propio Convenio, en su artículo 13¹⁸.

2. Por consiguiente, una vez perfilada la identidad del ser humano como un derecho subjetivo, de cuya valoración objetiva podría deducirse un bien digno de protección por el Derecho, estamos en condiciones de extraer una derivación de la propia naturaleza de la condición humana, basada en la dignidad y en la afirmación del ser humano como ente con autonomía moral. Pero, ¿dónde radica entonces materialmente lo pernicioso del atentado a la identidad e irrepetibilidad a la que tendría derecho cada individuo?

Debemos acudir a la aguda perspicacia de Jonas para profundizar en esta idea, para quien la cuestión ética consiste en saber qué significa *ser* un clon para el propio sujeto afectado: «El hecho sencillo y sin precedentes es que el –hipotético– clon sabe (o cree saber) *demasiado* de sí mismo, y otros saben (o creen saber) demasiado de él. Ambos hechos, el propio y supuesto ya-saber y el de los otros, son paralizantes para la espontaneidad de su *llegar a ser 'él mismo'*, y el segundo hecho también para la autenticidad del trato de otros con él»¹⁹. «Da igual que el supuesto saber sea verdadero o falso (y hay buenas razones para suponer que es esencialmente falso *per se*): es pernicioso para la obtención de la propia iden-

¹⁸ Recuérdese que, según el Convenio: «Las Partes en este Convenio protegerán la dignidad e identidad de todo ser humano y garantizarán a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina» (art. 1º). A este respecto, el *Explanatory Report* del Convenio indica que «se ha comprobado que hay un principio generalmente aceptado según el cual la dignidad humana y la identidad de la especie humana deben ser respetados desde el comienzo de la vida». Bien que la identidad a que alude este artículo 1º en primer término es más bien individual, y sólo en un segundo término podría deducirse la de la especie.

¹⁹ Hans JONAS, *Técnica, Medicina y Ética. La práctica del principio de responsabilidad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997, p. 127.

tidad. Porque lo existencialmente significativo es que la persona clonada *piensa* –tiene que pensar– que no es lo que ‘es’ objetivamente, en el sentido sustancial del ser. En resumen: al producto de la clonación se le ha robado de antemano *la libertad*, que sólo puede prosperar bajo la protección de la ignorancia. Robar premeditadamente esta libertad a un futuro ser humano es un crimen inexpiable, que no puede ser cometido ni una sola vez»²⁰. El propio Jonas reconoce que esto no ocurre con los gemelos monocigóticos, puesto que viven simultáneamente una situación («es en cada caso un ‘novum’ del que nadie sabe») ²¹, y podría ser igualmente predicable de los gemelos fruto de una partición artificial que nacen de un embarazo simultáneo. En resumen, la idea central de Jonas se asienta en la concatenación de conocimiento-ignorancia-libertad, donde el derecho a la ignorancia se presenta como un bien, y que él identifica como una nueva teoría ética. Este derecho ya hizo su aparición hace años, precisamente en el contexto de las investigaciones genéticas (p. ej., en relación con los análisis predictivos de enfermedades monogénicas), como la expresión de un derecho a no saber, ha encontrado ya reconocimiento jurídico formal²² y es reconducible a la esfera de la protección de la intimidad del ser humano²³.

De todos modos, recuérdese una vez más que el componente biológico –genético– no es el único factor o el más decisivo para la conformación de la personalidad; cada individuo tiene su propia historia que va forjando irrepitiblemente desde el nacimiento –incluso, desde la gestación, apuntan los psicólogos– y en su propio y también irrepitible entorno²⁴. Pero ha de reconocerse el acierto de Jonas al expresar la compulsión hacia un cierto determinismo subjetivo sobre el ser repetido, ya

²⁰ JONAS, *Técnica, Medicina y Ética*, cit., p. 128. Sin embargo, en otro trabajo se expresaba con menor nitidez y acierto: «un hombre clonado de un individuo ya existente ha visto vulnerados sus derechos existenciales fundamentales, concretamente el derecho a no saber de sí mismo, sino encontrarse, abrirse su propio camino, probar sus posibilidades y sorprenderse a sí mismo, etc., en vez de saberse una copia de un ser que ya ha vivido, en el que ya han sido demostradas todas las posibilidades [...] en el caso concreto es un crimen injustificable contra un derecho existencial básico del individuo [...] es un privilegio especial del hombre que cada uno sea su propia personalidad y no una repetida». JONAS, *Técnica, Medicina y Ética*, cit., p. 197. Apunta en el mismo sentido Daniel SOUTULLO, *De Darwin al ADN*, Talasa Ediciones, Madrid, 1998, pp. 133 y s.

²¹ JONAS, *Técnica, Medicina y Ética*, cit., p. 126.

²² Así, en el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, cit., art. 10.2.

²³ V., p. ej., ROMEO CASABONA, *Questions de droits de l'homme dans la recherche en génétique médicale*, cit., p. 186; el mismo, *Del Gen al Derecho*, cit., pp. 91 y s.

²⁴ John A. ROBERTSON, *The Question of Human Cloning*, «Hasting Center Report», vol. 24, n° 2, 1994, p. 11.

no único²⁵, promovida por la voluntad de terceros (el profesional, el progenitor), lo que no es menos perturbador, y por ello también debe ser evitado mediante el reconocimiento de un derecho a no ser predeterminado por otros, con independencia de lo vana que sea tal pretensión. La Constitución española de 1978, cuando proclama el libre desarrollo de la personalidad como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1), sitúa en este marco la cuestión.

Yendo más lejos en la especulación hipotética, algo semejante sucedería con la utilización de otros procedimientos genéticos con cualquier finalidad de selección de la raza, creación de seres humanos «especializados» u homúnculos: al dar origen teóricamente a una pluralidad de seres idénticos, se atentaría tanto contra la identidad e irrepetibilidad como contra la integridad genética de los individuos así nacidos, en cuanto que ésta también habría sido manipulada y –o al menos– seleccionada. Como se ve, algunas de estas posibilidades ponen en cuestión el resurgimiento del pensamiento eugenésico en manifestaciones no directamente vinculadas con la búsqueda de la mejora de la salud de los futuros individuos, sino con propósitos racistas absolutamente censurados por la conciencia universal²⁶.

3. Por otro lado, la clonación verdadera atenta al mismo tiempo contra el derecho del futuro hijo a tener un padre y una madre genéticos, de los cuales puede llegar a ser privado el nacido de forma deliberada. Esto se agrava todavía más cuando quien solicita la clonación es una persona sola, esto es, cuando no se trata de una pareja, pues supone una amenaza al entorno familiar idóneo, al privársele también de la paternidad o maternidad social. El ser humano siempre ha mostrado una intensa inquietud por conocer su origen biológico (su padre y su madre), y, aunque obviamente carecemos de información respecto a la clonación, es de suponer que podría convertirse en ansiedad la frustración absoluta de tal conocimiento por carecer biológicamente de alguno de sus progenitores, sin perjuicio de que pueda llegar a conocer su origen genético, situado entonces en una generación anterior (el padre y la madre de la persona

²⁵ A este respecto, apunta también Jonas: «Así que no importa si la réplica del genotipo significa realmente repetición del esquema vital: el donante fue elegido con tal idea, y esa idea actúa tiránicamente sobre el sujeto. Tampoco se trata de cuál es la verdadera relación entre naturaleza innata y educación en la formación de una persona y de sus posibilidades: su interrelación está falsificada de antemano porque el sujeto y el entorno han recibido 'instrucciones' para la representación». JONAS, *Técnica, Medicina y Ética*, cit., p. 128.

²⁶ V. al respecto, Carlos M. ROMEO CASABONA, *Health and Eugenics practices: Looking Towards the Future*, en «European Journal of Health Legislation», vol. 5, n° 3, 1998, pp. 241 y ss.; el mismo, *El Derecho Penal ante el racismo y la eugenesia*, en «Eguzkilore», Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n° 11 Extraord., 1997, pp. 105 y ss.

que solicita la clonación verdadera, siendo éste último su hermano genético).

En cualquier caso, lo que le interesa al Derecho (art. 39 de la Constitución española)²⁷ es garantizar la protección integral de los hijos y es indudable que a ésta contribuye de modo relevante el que la ley asegure, en la medida de lo posible, que el hijo tenga también un padre y una madre biológicos²⁸, pero no que permita precisamente lo contrario, sin perjuicio del efecto paliativo de que esa carencia y otras que lleguen a ocurrir (fallecimiento o abandono de los padres, privación de la patria potestad) puedan ser suplidas por el aseguramiento de una maternidad y de una paternidad sociales o legales²⁹.

Sin embargo, a pesar de estas apreciaciones, no parece que por sí mismas justificaran en todos los casos su prohibición, y todavía menos su incriminación, teniendo en cuenta, por otro lado, la adaptabilidad del ser humano a nuevas situaciones, que no tendrían que ser necesariamente vividas de forma traumática o angustiosa.

Por supuesto, esta objeción no es aplicable a la llamada gemelación artificial, dado que los embriones resultantes a través de ella son portadores de la dotación genética de un ovocito y de un espermatozoide; ni tampoco a la transferencia de un núcleo procedente de un ovocito a otro previamente enucleado que posteriormente será fecundado por un espermatozoide (p. ej., con el objetivo de evitar la transmisión de alguna enfermedad de origen mitocondrial). Es decir, que en ambos casos se asegura un padre y una madre genéticos, al ser fruto de una reproducción sexual.

²⁷ V. sobre ello, el Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 176 y ss.

²⁸ Sin embargo, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia de 19 de junio de 1999, sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, afirmó que el derecho a fundar una familia no prejuzga la concepción de ésta, pudiendo, por tanto, ser monoparental, por consiguiente, no siendo contraria a la Constitución la aplicación de técnicas de reproducción asistida a una mujer sola –sin pareja–, sea fértil o estéril, incluso aunque se vea comprometida la posibilidad de que el hijo no tenga un padre, no sólo biológico, sino también legal, conclusión que no comparto, aunque sí sus premisas, según expuse en mi obra, a cuya argumentación de entonces me remito, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 233 y ss.

²⁹ V. BELLVER CAPELLA, *Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana*, «cit.», p. 48; el mismo, *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, cit., p. 86.

3.3. La concurrencia de otros intereses en conflicto

A lo largo de los epígrafes anteriores se ha intentado deducir los bienes jurídicos de carácter individual (prescindimos ahora de la consideración de su posible proyección supraindividual) que por su indiscutible importancia y por la gravedad de la agresión que genera la clonación (al menos en los dos primeros supuestos analizados), podrían merecer incluso una protección específica por parte del Derecho Penal, tipificando para ello como delito, si fuera necesario, la clonación humana reproductiva. Sin embargo, si parece indudable que el ordenamiento jurídico debe proteger estos bienes jurídicos –sea o no a través del Derecho Penal– no lo es menos que es también legítimo e inevitable traer a la discusión otros intereses distintos a los del futuro hijo que podrían estar en juego y entrar en colisión con aquéllos, aplicando para su resolución el criterio de la ponderación de todos los intereses implicados, e identificando para ello la diferente valoración que a unos y otros otorga el ordenamiento jurídico. Prescindimos ahora de la objeción general ya apuntada de la falta de seguridad de estas técnicas si se aplicasen al ser humano y de los graves riesgos que podrían comportar en la actualidad y en un futuro próximo para los seres nacidos a través de ellas.

1. El único interés que surge ahora y parece atendible en relación con la clonación humana con fines reproductivos sería el posible derecho de una pareja a recurrir a ella como remedio a su infertilidad o esterilidad patológicas. Los poderes públicos deben proteger la salud de los ciudadanos, facilitando el acceso a los recursos que puedan prevenir o tratar enfermedades, y especialmente en el ámbito internacional, se proclama el derecho a participar de los avances científicos y tecnológicos. Pero, asimismo, incluso aquí son concebibles limitaciones, puesto que ya no se trataría de atender al contenido esencial de un derecho fundamental: la libertad de procreación en el ámbito de la intimidad de la pareja. Y puesto que en este caso surgen primariamente como intereses oponibles los de los hijos ya mencionados, en relación con los cuales se implica directamente a sus propios procesos vitales, sólo sería aceptable el recurso a la clonación cuando éstos no se vieran gravemente comprometidos.

Partiendo ya de que presenta unas características especiales que la apartan de las formas de clonación consideradas en sentido estricto (la paraclonación y la clonación verdadera), la gemelación artificial no parece en sí misma rechazable bajo ciertas condiciones y procedimientos, puesto que, en sentido estricto, no supone –o siempre que no suponga– replicar a un ser preexistente –vivo o muerto–, afectando a su identidad, ni se busca o pretende una predeterminación del hijo en los términos expuestos, como tampoco privarle de un padre y madre genéticos, pues éstos serán conocidos, sino emular a la naturaleza respecto a los gemelos

monocigóticos, y hasta es posible que no se produzca este resultado. Por consiguiente, ni ética ni jurídicamente debería haber reproche alguno a este procedimiento, siempre que asegure el nacimiento de un solo niño o de varios de un mismo embarazo (identidad espacial-temporal del nacimiento).

No obstante, continuaría pendiente una objeción, que podría ser resuelta mediante un procedimiento técnico: el destino de los embriones sobrantes no dispuestos para el primer alumbramiento. En efecto, éstos no podrían ser utilizados para embarazos posteriores de la misma madre o de una tercera, dado que, de proceder así, se enfrentaría con varios problemas: primero que los hijos nacidos con posterioridad ya no serían únicos y de este modo se infringiría la prohibición que pesa sobre la clonación reproductiva. En segundo lugar, de no ser destinados a la procreación, se plantearía la cuestión del posible destino alternativo de estos embriones, es decir, la investigación o su destrucción³⁰. Desde el punto de vista jurídico el hecho podría ser sancionable en aquellos ordenamientos que prohíben la creación de embriones con fines distintos a la procreación humana, puesto que desde el momento en que se procediera a la gemelación artificial se tendría conciencia –dolo, de concurrir un tipo penal– de que alguno o algunos de los embriones no podrían ser destinados a la procreación. Por consiguiente, habría que salvar esta objeción o bien gemelando sólo los que fueran transferidos en el primer intento –es decir, evitando obtener más embriones con el fin de evitar tener que congelarlos– o utilizando el procedimiento que consiste en obtener varios embriones, que serían crioconservados, e ir transfiriendo todos los embriones procedentes de la gemelación de uno solo de ellos, de forma que no quedara ninguno sobrante, e ir repitiendo la técnica hasta lograr el embarazo a término.

Admitida esta posibilidad, más como recurso especulativo sobre los mecanismos del discurso ético y jurídico, deberían ponderarse los riesgos de desviaciones graves a que puede dar lugar³¹ hacia otras formas de clonación o, sobre todo, con otros propósitos, salvo que fuera posible discriminar de forma efectiva las técnicas admisibles de las prohibidas, lo que legalmente ni es fácil ni se ha llegado a admitir, por lo demás, en los instrumentos jurídicos que han prohibido la clonación. Estos aspectos, en todo caso superables, así como la disponibilidad en la actualidad de otras alternativas reproductivas médicamente asistidas (incluida la

³⁰ Plantea esta objeción, BELLVER CAPELLA, *Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana*, cit. 61.

³¹ V. Juan Felipe HIGUERA GUIMERA, *Consideraciones jurídico-penales sobre las conductas de clonación en los embriones humanos (I)*, en «Revista de Derecho y Genoma Humano», n° 1, 1994, pp. 70 y s.

donación de gametos y de embriones), habrían de ser asimismo atendidas en la ponderación final del coste-beneficio de permitir este procedimiento por el hipotético legislador.

Por otros motivos más de fondo, también suele rechazarse en algunos sectores la gemelación artificial como procedimiento de ayuda en la reproducción humana, por estimar que implica en todo caso una instrumentalización del ser o seres así nacidos³², bien que tal afectación –instrumentalización– real es cuando menos muy dudosa o al menos no se llega a comprender en qué podría consistir.

2. La clonación reproductiva podría querer justificarse también con el fin de *prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias al futuro hijo*, es decir, procurando su propio bienestar³³. Esta posibilidad en cuanto tal, no ofrece insalvables objeciones desde el punto de vista moral, puesto que se trataría de poner esta técnica al servicio de la salud del futuro hijo, y tampoco comportaría una merma en la función de protección de bienes jurídicos por parte del Derecho. Sin perjuicio de algunos dilemas éticos que subyacen (como que el hijo carecería genéticamente de uno de los progenitores, aunque legalmente sí existirían ambos, salvo que se aplicase la técnica a una mujer sola), y desde el principio de mínima intervención del Derecho sancionador (penal o administrativo), los reparos a esta técnica son muy similares a los que suscita la llamada terapia en la línea germinal, y en gran medida coinciden con los reparos generales –y con sus posibles consecuencias jurídicas– que se han mencionado más arriba (los riesgos de la técnica en sí para el propio hijo). Por lo demás, ha sido casi unánime el rechazo de la intervención genética en la lí-

³² De este criterio, el Group of Advisers on the Ethical Implications of Biotechnology, de la Comisión Europea, en su *Opinion on Human Embryo Research*, de 23 de Noviembre de 1998 («...plantea serios dilemas éticos, relacionados con la responsabilidad humana y la instrumentalización de seres humanos», punto 1.18; en el punto 2.7, insiste en su objeción ética). En un reciente Dictamen sobre el mismo asunto (la investigación con embriones), todavía no disponible, este Grupo adopta una postura más aperturista. Así parece ser también el criterio del Comité Director de Bioética del Consejo de Europa, en su Informe Explicativo, pues entiende que incluso si en el futuro se pudiese en teoría concebir una situación que pareciera excluir la instrumentalización de seres humanos clonados artificialmente, ello no podría ser considerado un argumento suficiente para justificar éticamente la donación de seres humanos, y, dado que una recombinación genética natural puede ofrecer al ser humano una libertad mayor que una composición genética predeterminada, es interés de cada uno conservar el carácter esencialmente aleatorio de la composición de sus propios genes. V. también de este parecer, BELLVER CAPELLA, *Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana*, cit., pp. 49 y ss.; el mismo, *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, cit., pp. 88 y ss.

³³ V. Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 143 y ss.

nea germinal o que altere el genoma de la descendencia³⁴. Por consiguiente, a pesar de los potenciales beneficios que comportaría para la futura descendencia, también aquí parece recomendable una moratoria por el momento, lo cual no impide pensar en su admisibilidad en el futuro, ponderando los diversos aspectos implicados, y asumiendo las reformas legislativas oportunas de los derechos internos e, incluso, de los instrumentos jurídicos internacionales que hoy condenan la clonación sin ningún tipo de diferenciación o matización.

De las anteriores objeciones se sustraería la técnica consistente en transferir el núcleo del óvulo de una mujer (madre genética y biológica) al óvulo enucleado de una tercera mujer (donante) para fecundarlo con semen, del marido o pareja de la primera o de un donante, a la que finalmente se transferirá el embrión resultante con el fin de que lleve a cabo la gestación. No se trata en realidad de una técnica de clonación, sino que es otra distinta que también recurre a la transferencia de núcleos. Con esta técnica se pretende evitar que la madre transmita a su hijo alguna enfermedad de la que es responsable el ADN mitocondrial de aquélla, pues al estar situado en el citoplasma el hijo heredará este ADN mitocondrial de la mujer donante del óvulo enucleado y receptor del núcleo. En realidad el hijo no será idéntico a ningún otro individuo anterior o coetáneo, y tendrá la dotación genética que se corresponde con la reproducción sexual, esto es, del padre y de la madre, con la particularidad de que las mitocondrias de sus células serán de una tercera persona (la mujer donante), sin que el genotipo resultante que dará lugar al fenotipo tenga una influencia significativa de aquélla, de acuerdo con el conocimiento científico actual. Se apuntan como alternativas la transferencia al óvulo de la madre de mitocondrias ajenas sanas o de todo el citoplasma, pero la valoración no parece que debiera variar significativamente. En ambos casos se trata de técnicas más bien próximas al trasplante de tejidos o de órganos, aunque podría tratarse de manipulaciones genéticas, que podrían constituir ya delito si no persiguen fines terapéuticos como los descritos (art. 159 del Código Penal español).

No carece de relevancia para la valoración global de la clonación y de cada uno de sus dilemas éticos en particular el hecho de que los problemas reales que pretenderían ser superados con la clonación reproductiva, esto es, combatir la infertilidad o prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias, no constituyen situaciones vitales para los individuos afectados (sin perjuicio de que ellos puedan sentirlos como tales), sino que están vinculadas con la posibilidad de tener descendencia, en su caso

³⁴ V. en este sentido el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, cit., art. 13, y la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, art. 26.

sana. A este respecto las técnicas de reproducción asistida ofrecen alternativas por lo general aceptables, por lo que son más recomendables las actitudes prudentes, que bien podrían reflejarse en el establecimiento de moratorias mientras se encuentran otras soluciones técnicas alternativas menos comprometidas y se resuelven los dilemas éticos implicados.

Como reflexión final sobre esta cuestión, digamos que únicamente cuando estuviera en serio peligro la supervivencia de la especie humana –hipótesis excepcional sólo imaginable ante una catástrofe de magnitud universal– los intereses individuales podrían verse subordinados a la protección de aquélla.

4. El delito de clonación y otros procedimientos para la selección de la raza en el Derecho penal español

De acuerdo con lo que apuntábamos más arriba, el CP de 1995 ha recogido como delito la clonación humana reproductiva, en los términos que se verán a continuación. Esta conducta ya figuraba como infracción administrativa en la ley 35/1988, de 25 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Dice así el art. 161.2: «Con la misma pena [prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años] se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza».

4.1. Valoración político-criminal

A pesar de sus defectos y de las críticas político-criminales que se harán más abajo, ha de valorarse favorablemente la introducción del primero de estos tipos delictivos, al menos en el momento actual. En efecto, destacan sus previsibles efectos preventivos frente a ciertas líneas de investigación y de experimentación, más que a los hechos penados en sí mismos, poco factibles en un futuro inmediato, a pesar de los últimos avances obtenidos en mamíferos (paraclonación y clonación verdadera) e incluso en embriones humanos, se dice, no viables (división de embriones o gemelación artificial).

En cualquier caso, la hipótesis de su comisión justifica plenamente la intervención del Derecho Penal, a la vista de la gravedad que presentan las acciones típicas, la inseguridad que generarían estas técnicas en la actualidad, dada la carencia de dominio y control de las mismas si fueran aplicadas al ser humano, y la importancia del bien jurídico que podría ser objeto de protección, como se intentará de esclarecer a continuación. Es en casos como éstos en los que el Derecho Penal ha de potenciar su función preventiva antes que represiva.

4.2. Alcance del delito: ¿un tipo delictivo o dos?

Como vamos a intentar demostrar a continuación, no parece muy acertada la redacción de esta figura delictiva³⁵, lo que obliga a interpretaciones gramaticales, sistemáticas y teleológicas en atención al bien jurídico protegido.

En efecto, el tipo está redactado de forma muy confusa, pues no queda claro cuál es el núcleo de la acción: si la creación de seres idénticos mediante los dos procedimientos que señala el precepto, o esta conducta y la utilización de cualquier procedimiento con fines de selección de la raza³⁶; es decir, si se trata, respectivamente, de un solo tipo con una estructura comisiva alternativa, de modo que bastaría con la realización de una de ellas, pero tan sólo existiría un delito; o, por el contrario, de dos tipos diferentes. La cuestión no es intrascendente, pues de la conclusión que se obtenga dependerá en buena medida la extensión del delito, al tener que despejarse si estamos ante una sola conducta típica o ante dos diferentes.

A favor de la primera interpretación –un solo tipo delictivo con dos conductas alterantivas– entra en juego la omisión de un verbo o sustantivo que expresen con claridad una acción diferenciada para el segundo inciso (p. ej., «utilizar» o «la utilización de»); añadiendo a esto que la preposición «u» sugiere una alternatividad de los medios para la creación de seres idénticos: por clonación o por cualquier otro procedimiento, quedando todavía por dilucidar el alcance del elemento subjetivo, el fin de selección de la raza, pues tampoco está claro si alcanza a ambos comportamientos –con lo que la extensión del delito se reduce drásticamente– o sólo al segundo. La segunda interpretación posible viene inducida por el empleo del verbo «castigar» en plural («se castigarán»), que alude de forma inequívoca a dos conductas diferentes, además de la

³⁵ V. José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, «Revista de Derecho y Genoma Humano», n.º 5, 1996, p. 51; Carlos María ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*, «Derecho y Salud», vol. 4, 1996 pp. 156 y ss.; P. SILVA SALCEDO, *La protección penal del embrión humano preimplantatorio* (tesis doctoral inédita); JON M. LANDA GOROSTIZA, *Discriminación y prácticas eugenésicas: una aproximación al problema desde la perspectiva jurídico-penal con especial referencia al artículo 161-2º in fine del Código Penal de 1995*, en «La eugenesia hoy» (C. M. ROMEO CASABONA, Ed.), Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV - Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco - Ed. Comares, Bilbao - Granada, 1999, p. 332.

³⁶ Disyuntiva que también menciona Ignacio F. BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, EDERSA, Madrid, 1997, 475; el mismo, *Delitos relativos a la reproducción asistida*, en J. Vidal Martínez (Coord.), «Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida», Ed. Comares - Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998, pp. 153 y ss. (227 y ss.).

omisión de una segunda preposición «por» inmediatamente antes de «otros procedimientos», que permitiría establecer mejor una unidad descriptiva de la acción. En fin, la mera posibilidad especulativa de ambas interpretaciones denuncia ya los deplorables y graves defectos en que ha incurrido el legislador al plasmar éste y la mayor parte de los demás delitos relativos a la manipulación genética, ya en sí mismos tan complejos, con el consiguiente perjuicio para el principio de taxatividad y la seguridad jurídica.

Siendo aparentemente admisibles ambas interpretaciones, parece más viable la segunda –dos tipos diferenciados–³⁷, que es más amplia, dada la gravedad de estas conductas, además de que la creación de seres idénticos por clonación no supone necesariamente que se tenga que perseguir siempre como objetivo la selección de la raza, sino otros meramente reproductivos, aunque desviados a juicio del legislador, sin perjuicio de que una vez «seleccionada» una raza sea la clonación el procedimiento idóneo para la repetición o reproducción en serie de la selección obtenida. Por otro lado, la primera interpretación (una sola acción: la creación de seres idénticos; dos procedimientos: por clonación u otros procedimientos) implicaría necesariamente admitir que los otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza son idóneos para crear seres idénticos, y, por el momento, este resultado sólo es concebible por medio de las técnicas de clonación hoy conocidas. La ayuda definitiva para el criterio apuntado podemos obtenerla de la Disposición final tercera del propio Código Penal, que deroga varias infracciones administrativas de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en concreto, en relación con el caso que estamos examinando, las contenidas en las letras «k» y «l» del art. 20. B. 2³⁸: crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza; y la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos. No es que el legislador haya utilizado precisamente una técnica preciosa y depurada con la redacción de esta ley de 1988, cuyos términos

³⁷ A la misma conclusión, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 476; LANDA GOROSTIZA, *Discriminación y prácticas eugenésicas*, cit., p. 333; ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*, cit., p. 175; ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, p. 142. Parece apuntar a un solo tipo delictivo, LUIS GRACIA MARTÍN, en J. L. DIEZ RIPOLLES –L. GRACIA MARTÍN– P. LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 691.

³⁸ Otras relaciones entre estas infracciones suprimidas y el art. 161.2 del CP son abordadas por BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 474 y s.

de confusión encuentran aquí uno de sus mayores y no aislados logros. Pero, con todo, vamos a intentar ofrecer una interpretación lo menos incoherente posible.

En efecto, en la línea interpretativa propuesta, la supresión de la segunda infracción administrativa sugiere que no toda clonación ha de ir dirigida a la selección de la raza, asumiendo para ello que dicha supresión se justifica porque el comportamiento queda ya integrado en este tipo penal; de lo contrario, se hubiera –o debiera haberse– mantenido como infracción administrativa en la ley indicada. Por consiguiente, con la derogación de estas infracciones el legislador ha querido salvar el principio *ne bis in idem* (es decir, evitar una duplicidad punitiva, penal y administrativa, por el mismo hecho), de modo que han sido suprimidas las infracciones administrativas que han pasado a convertirse en delito en el Código Penal. Esto significa, como se propone, que ha de entenderse que ambas infracciones, que presentaban un contenido diferente (de lo contrario, no tendría sentido su repetición como infracciones separadas), aunque próximo, han sido absorbidas por la figura delictiva que estamos analizando.

La primera infracción administrativa prohibía la creación de seres idénticos por clonación o por otros procedimientos con el fin de seleccionar la raza; y la segunda la creación de seres idénticos por similares procedimientos (clonación y «otros») con cualquier otra finalidad, por ejemplo, una meramente reproductiva en sus diversas variantes y propósitos. Si se han suprimido tales infracciones de aquella ley significa que ambas han de estar integradas –aunque con escaso acierto– en el nuevo delito. De lo contrario, habría que concluir que la creación de seres idénticos con una finalidad distinta a la selección de la raza sería lícita, pues no sería delito ni tampoco infracción administrativa, dado que en este caso la finalidad específica –la selección de la raza– presidiría el hecho delictivo; pero la gravedad de éste no se compadece con esta conclusión, como tampoco el que hayan sido suprimidas ambas infracciones (por coherencia se habría mantenido la segunda), por lo que debe ser rechazada. De este modo el plural de «se castigarán» adquiere pleno sentido, a pesar de su imperfección, pues alude a la integración en el CP de las dos infracciones administrativas suprimidas en otros dos tipos delictivos.

En resumen, aunque el tipo delictivo coincide en su redacción con la primera infracción administrativa derogada (salvo una significativa coma, que ha sido eliminada, por los motivos acabados de mencionar: dar lugar a dos tipos delictivos)³⁹, debe entenderse que, por un lado, se

³⁹ Alude también a ello, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 475, nota 1012; el mismo, *Delitos relativos a la reproducción asistida*, cit., 228, nota 178.

recoge la creación de seres idénticos por clonación con cualquier fin (indudablemente, también la selección de la raza), fin que no está abarcado por el tipo y, por tanto, es indiferente cuál sea el motivo o el propósito perseguido; y, por otro, la utilización de cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza, con el contenido que desentrañaremos más abajo⁴⁰. Téngase en cuenta que el único procedimiento actualmente conocido en hipótesis para crear seres humanos idénticos es la técnica de la clonación, y aunque la selección de la raza presupondría por lo general la configuración de individuos con semejantes características fenotípicas, el fin de selección de la raza no incluye en el tipo que tal resultado llegue a producirse (delito de intención de resultado cortado): como decíamos más arriba, una vez conseguido un «ejemplar» con ciertas características diferenciadas de los demás seres humanos (de otra «raza») por cualquier procedimiento, será necesaria la clonación para la repetición de otros individuos genéticamente idénticos.

Como consecuencia de las consideraciones precedentes, y una vez aceptada como más viable y acertada la solución que propugna la existencia de dos tipos independientes, debe rechazarse igualmente una tercera interpretación que podría aventurarse, que consiste en que el segundo tipo aludiría a «la creación de seres humanos idénticos... por otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza». Y debe rechazarse, porque gramaticalmente resulta más forzada, pero, sobre todo, porque restringiría excesivamente el ámbito del tipo, al dejar excluidas del mismo las conductas que hipotéticamente serían más próximas en el tiempo (la utilización de cualquier procedimiento), y previas al logro de la creación de seres humanos idénticos con esa finalidad; de modo que el Derecho Penal pueda satisfacer más eficazmente su función preventiva.

El legislador debería revisar tanto las Leyes de 1988 como el Código Penal, aunque sólo fuera para mejorar su redacción⁴¹, sin entrar por el momento en otras no menos importantes consideraciones políticocriminales.

⁴⁰ A la misma conclusión llega la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, cit., p. 76 y s.

⁴¹ Otro defecto, p. ej., se refiere a «la misma pena se impondrá», cuando en el párrafo anterior se mencionan dos cumulativas; salvo que lo erróneo se encuentre en otros preceptos, que en un supuesto similar hacen una remisión en plural (p. ej., art. 197.2; a la inversa, el art. 195.2 efectúa una remisión en plural cuando en el párrafo anterior no cabe duda de que la pena es única). Todos ellos son ejemplos del repetido descuido del legislador, lo que obliga a manejar con cautela el procedimiento interpretativo gramatical.

4.3. El bien jurídico

El bien jurídico protegido presenta varias proyecciones y requiere un examen autónomo de los dos tipos delictivos establecidos⁴².

En el primer tipo delictivo se protege de forma directa la identidad e irrepitibilidad del ser humano⁴³, de cada individuo nacido clónico de otro (sobre esto volveremos más abajo), así como, en algunas modalidades de clonación, la doble progeñe biológica (padre y madre). Se trata, por consiguiente, de un bien jurídico de carácter individual⁴⁴.

En el segundo tipo delictivo la identificación del bien jurídico protegido presenta mayores dificultades. Con los procedimientos de selección

⁴² Como tendremos ocasión de comprobar más abajo, algunos autores, quizá debido a que consideran que el tipo está constituido por una sola acción –hipótesis que nosotros hemos descartado–, apuntan a un bien jurídico plural, individual y colectivo (identidad e irrepitibilidad del ser humano e intangibilidad del patrimonio genético). Lo que no parece acertado, al menos *de lege lata*, es considerarlos de significado equivalente. Aquel punto de partida ha dado lugar también a discrepancias doctrinales sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o de resultado material. A ello trataremos dar respuesta más abajo.

⁴³ En este sentido, ya ROMEO CASABONA, *Límites penales de las manipulaciones genéticas*, cit., p. 206. De criterio semejante, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 477 («se enmarca en el natural desarrollo evolutivo de la especie humana, centrándose específicamente en la propia identidad genética de cada uno de los individuos que forman o van a formar la comunidad constituida por la especie humana»); DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, cit., p. 68; José Luis GONZÁLEZ CUSAC, en TS VIVES ANTON y otros, *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 831, añadiendo la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano, aunque considera la vida prenatal como bien jurídico genérico protegido por el conjunto de delitos agrupados en el Título sobre la manipulación genética; GRACIA MARTÍN *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 689; HIGUERA GUIMERÁ, *El Derecho Penal y la Genética*, Trivium, Madrid, 1995, pp. 247 y ss, si bien como concreciones de la dignidad humana; LORENZO MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, I* (M. Cobo del Rosal, Dir.), Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 181; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 145; JAIME M. PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, Civitas, Madrid, 1995, p. 179; CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ, en G. RODRIGUEZ MOURULLO (Dir.) y A. JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 457. Sin embargo, José Manuel VALLE MUÑOZ, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 132, parece identificar la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano con «el derecho a la propia identidad del ser humano». Para SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 142, el primer valor que se protege es el de la dignidad humana. JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1996, p. 54, apunta a la dignidad de las personas individualmente consideradas como el futuro de la especie humana, tal y como la entendemos hoy.

⁴⁴ Sobre qué deba entenderse por identidad e irrepitibilidad del ser humano y cómo puede verse comprometida por la clonación –muy relativamente–, véase lo dicho más arriba.

de ciertos caracteres biológicos se están predeterminando dichos caracteres de los individuos que nazcan de este modo. Es decir, al menos como un primer paso, supone la finalidad de crear individuos distintos a otros preexistentes, a diferencia de la clonación, con algún rasgo nuevo o potenciado (o, tal vez, con la carencia de algún otro); cierto que la selección de la raza implica como paso ulterior la perpetuación del resultado obtenido, mediante replicación –clonación– u otro procedimiento (p. ej., la reproducción natural de estos individuos). Por consiguiente, se está afectando de algún modo a la integridad genética de la especie humana, con un propósito eugenésico⁴⁵ y racista y, en consecuencia, con una potencialidad discriminatoria⁴⁶. A ello quiere aludir la referencia a la intangibilidad del patrimonio genético⁴⁷, no ya del posible individuo afectado, sino de lo que genéticamente es característico del ser humano en general, incluso aunque la acción no comporte en sentido estricto ninguna manipulación genética. Con este entendimiento el bien jurídico presenta en primer lugar una dimensión colectiva, pues la utilización de cualquier procedimiento con tales propósitos da lugar ya a la existencia del delito, consumado, incluso aunque no llegue a nacer ningún individuo con las características propuestas por el sujeto activo del delito. Si, efectivamente, llega a producirse algún nacimiento se habrá atentado también contra la identidad o irrepetibilidad, según los casos, de ese individuo. Bien es cierto también que ese plus no aparece abarcado por el tipo, ni se refleja en la pena, sin perjuicio de aplicar un concurso de delitos con el de clonación y/o con el de manipulaciones genéticas, si se realizan las respectivas acciones típicas. Por todo lo anterior, *de lege ferenda*, la pena debería ser mayor en este delito que en el de clonación, en el caso de que debiera mantenerse, cuestión a la que nos referiremos más adelante.

Tampoco debe olvidarse la importancia de la variabilidad genética, como garante, a largo término, de la supervivencia de las especies, en este

⁴⁵ En el sentido amplio de la expresión, de fomento no terapéutico de ciertos rasgos biológicos, aunque no contribuyan a –ni se persiga– la mejora de la especie. Apunta también a la posible motivación eugenésica, Juan Ramón LACADENA, *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal español: un comentario genético*, en «Revista de Derecho y Genoma Humano», n.º 5, 1996, pp. 213 y s.

⁴⁶ De forma similar, LANDA GOROSTIZA, *Discriminación y prácticas eugenésicas*, cit., p. 335, cuando alude a «la integridad genética de la especie humana en su aspecto de diversidad racial», lo que le confiere una dimensión pluriofensiva (pp. 335 y s.).

⁴⁷ V. ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*, cit., p. 176. También en este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, cit., p. 70, quien, acertadamente, marca las relaciones y diferencias con el delito de manipulaciones genéticas del art. 159; similar, VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 132.

caso la humana.⁴⁸ Además, ambos delitos presentan una ulterior proyección individual, en cuanto tal lesión comporta al mismo tiempo un atentado a la dignidad de las personas afectadas (en cuanto suponga una intención de predeterminar su personalidad, según se expuso más arriba), en el caso de que llegaran a nacer, si bien esta dimensión no aparece directamente protegida.

El objeto material del delito en ambos tipos delictivos pueden serlo los gametos y los preembriones humanos⁴⁹.

4.4. El tipo

4.4.1. Elementos comunes a ambos tipos delictivos

Sujeto activo del delito puede serlo cualquiera, sin perjuicio de que se requiera una especial cualificación para poder llevar a cabo estas técnicas, lo que de hecho cierra drásticamente el círculo de posibles autores, pero nunca formal o legalmente, pues desde un punto de vista dogmático es un delito común.

Sujeto pasivo del delito lo será el individuo nacido por clonación⁵⁰ o por otros procedimientos. Ahora bien, si el hecho queda en tentativa, admisible, como veremos después, nos encontramos con la situación de que el sujeto pasivo no ha llegado a sustanciarse, y en este caso no podría predicarse tal cualidad del embrión o del feto (piénsese, que aquél puede no llegar a implantarse o que éste puede morir por problemas vinculados con la propia clonación, suceso que podría dejar abierta la puerta al delito de aborto por imprudencia grave, art. 146 del Código Penal).

4.4.2. Creación de seres humanos idénticos por clonación

4.4.2.1. Tipo objetivo

El primer tipo abarca la creación de seres humanos idénticos por clonación. Sin embargo, la expresión de «creación de seres humanos idénticos», plantea diversos problemas interpretativos.

En primer lugar, la expresión es plural ¿Significa ello que el tipo exige que se hayan producido varios individuos clónicos al mismo tiempo o, cuando menos, sucesivamente? Por supuesto que estos casos quedan perfectamente abarcados por el tipo, pero sabemos que técnicamente es

⁴⁸ GRACIA MARTIN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., pp. 689 y s., entendié igualmente que confluye este interés colectivo, pero que constituye tan sólo la *ratio legis* del mismo, lo que comparto.

⁴⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., pp. 478 y s.

⁵⁰ Para BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., p. 478, el sujeto pasivo lo es la comunidad social.

admisible la hipótesis de que nazca un sólo individuo idéntico a otro anterior, vivo o muerto. Para resolver esta cuestión, debemos responder previamente a otra pregunta: han de crearse seres idénticos, pero, ¿idénticos a quién? Puesto que la replicación, «el ser idéntico de», requiere la técnica de la clonación, la identidad se refiere a todo ser del que se es clonado o repetido. Por consiguiente, el tipo incluye no sólo los supuestos de creación de seres clónicos en serie, en un embarazo o en varios sucesivos o simultáneos (varias madres portadoras), que serían idénticos entre sí, sino también cuando se produce tan sólo uno por clonación, pero idéntico a otro preexistente, vivo o muerto.

La segunda cuestión se refiere al alcance de «seres humanos»: ¿incluye a los embriones in vitro?⁵¹ A pesar de los ejemplos que ofrece el derecho comparado a favor de admitir esta posibilidad, varias razones abogan por rechazarla en el nuestro⁵². En primer lugar, lo más lógico hubiera sido mencionarlo expresamente, como ocurre en derecho comparado, cuando así se ha estimado oportuno. En segundo lugar, el contexto de la Ley 35/1988, de donde trae causa el delito, abunda en la exclusión del embrión, tanto por las referencias expresas diferenciadas al mismo o al ser humano,⁵³ cuanto por el sentido de las infracciones administrativas derogadas al incorporarse al Código Penal como delito. En consecuencia, el tipo comporta el nacimiento de uno o varios seres humanos clónicos, y por ello es un delito de resultado material;⁵⁴ obviamente, entre éste y la acción descrita en el tipo deberá existir relación de causalidad.

Por último, queda por dilucidar el alcance de la exigencia típica de la «identidad» de los seres humanos creados por clonación. Se ha objetado aisladamente la insuficiencia o inadecuación de la expresión «idénticos», dado que la identidad genética total no ocurre en todos los casos tenidos como de clonación. No parece que sea éste un obstáculo insalvable para

⁵¹ Téngase en cuenta que esta cuestión interpretativa –la del significado de «seres humanos»– ha sido dejada deliberadamente abierta en el Convenio del Consejo de Europa sobre «Derechos Humanos y Biomedicina», con el fin de dejar mayor libertad a los Estados parte en el mismo, en atención a las previsiones de su derecho interno respectivo.

⁵² V. argumentos similares en DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, cit., p. 69, quien añade, además, el principio de mínima intervención.

⁵³ P. ej., en la infracción de la letra s, del art. 20.2.B: al aludir a la ectogénesis «o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio», para lo que, al igual que en el caso al que nos estamos refiriendo, tampoco puede ser suficiente la mera creación de un embrión.

⁵⁴ Así, también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, cit., p. 68; GRACIA MARTIN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 691.

entender cubiertos todos los supuestos de clonación aludidos, ni siquiera que sea necesario introducir en la ley una precisión semejante a la que incluye el Protocolo del Consejo de Europa sobre clonación⁵⁵, salvo por motivos de mayor claridad. En efecto, lo más característico de la clonación reproductiva es la identidad genética nuclear a que da lugar, y es, por consiguiente, ésta la característica que ha de tomarse como referencia, con independencia de que compartan o no además el ADN mitocondrial, aspecto éste secundario. De otro modo, podría llegarse, incluso, al absurdo de exigir una identidad biológica absoluta, pero no es este el rasgo más identificativo de la clonación; o hasta tal vez una identidad de la personalidad, lo que es sabido resulta de imposible consecución a través de la clonación, como tampoco está al alcance de esta técnica una mera identidad fenotípica o exterior si al mismo tiempo no lo es también genética.

En resumen, el tipo abarca las acciones que dan lugar al nacimiento de un ser humano que posee un genoma nuclear idéntico a otro –u otros– ya nacido, vivo o muerto, o que ha sido fruto del mismo o simultáneo embarazo.

Por consiguiente, no afecta a este tipo penal la gemelación artificial u obtención de varios embriones humanos a partir de otro previo para utilizarlos –cuando se han apreciado dificultades para conseguir más por las técnicas de fecundación de óvulos *in vitro* o de hiperestimulación ovárica– para disponer de varios con el fin de intentar otras tantas veces el embarazo de una mujer, *siempre* que, en este último caso, sólo dé lugar a la gestación y nacimiento de *uno* de todos ellos (la consecución de un embarazo gemelar incurriría en la prohibición de la norma, pues se formarían *dos* seres idénticos *entre sí*, y hemos visto más arriba que la ley no establece distinciones a este respecto). A una conclusión semejante puede llegarse respecto a la paraclonación, siempre también que se dé origen a un sólo individuo.

Nótese que, en relación con la gemelación artificial, parece que el legislador ha proyectado el mismo criterio valorativo, ampliamente exten-

⁵⁵ En efecto, el art. 1º de este Protocolo dice: «Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto. A los efectos de este artículo, la expresión ser humano 'genéticamente idéntico' a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga nuclear genética». Téngase en cuenta que el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, al que se vincula el citado Protocolo, está en vigor en España desde 1º de enero de 2000, y dicho Protocolo se incorporará, asimismo, al Derecho interno, el 1º de marzo de 2001, pues fue también firmado (12 enero 1998) y ratificado (24 de enero de 2000) por España, por lo que podría también servir como refuerzo interpretativo del art. 161.1 CP en el sentido apuntado en el texto, sin caer en la analogía prohibida (en perjuicio del reo).

dido, contrario a ella, que el empleado con las técnicas de clonación en sentido estricto. Sin embargo, aquélla no suscita en realidad un problema de identidad respecto a otro individuo *anterior*, vivo o muerto, sino que las reservas principales que podrían existir en la actualidad contra la misma serían, básicamente, la seguridad de tal técnica y la posibilidad de la gemelación diacrónica, esto es, separada en el tiempo, puesto que, como dijimos más arriba, en ese caso sí que crearía un individuo genético idéntico a otro ya existente. Ténganse también en cuenta, a este respecto, que la gemelación artificial no es considerada una técnica de clonación en sentido estricto⁵⁶.

Tampoco quedan abarcadas por el tipo las técnicas de transferencia de núcleos o de citoplasma con sus mitocondrias aplicadas al óvulo con su posterior fecundación por un gameto masculino, pues ya no se trata de clonación, sino de una reproducción sexual (en el sentido de doble dotación genética, si bien aquí hay genes –mitocondriales– de un tercero). Así ocurre con la transferencia del núcleo de un óvulo de la madre al óvulo enucleado de otra mujer (donante), para luego fecundar el óvulo resultante con semen de la pareja, del mismo modo que si se transfiere al óvulo de una mujer el citoplasma o las mitocondrias de una donante, con el fin, en ambos casos, de prevenir la transmisión de patologías al futuro hijo que radican en las mitocondrias de la madre. Esta última finalidad excluye precisamente también el tipo del delito de manipulaciones genéticas (art. 159 del CP).

Es, asimismo, ajena al tipo que estamos analizando la obtención de una célula indiferenciada –sea totipotente o pluripotencial– del embrión preimplantatorio *in vitro*, destinada a la realización de un análisis genético (diagnóstico preimplantatorio) en su propio beneficio, o de una terapia génica en la línea germinal (siempre que ésta se realice de acuerdo con la ley)⁵⁷, ni la obtención de varios embriones clónicos *in vitro* (p. ej., para experimentación) mientras no sea transferido más de uno a una mujer. Sin embargo, en algunos de estos casos quedaría pendiente de comprobar si el hecho se adecúa al delito de fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana o constituye ya tentativa punible del delito que estamos analizando.

4.4.2.2. Tipo subjetivo

En cuanto al tipo subjetivo, y de acuerdo con lo que se viene proponiendo, no es exigida por el tipo la finalidad de la selección de la raza ni

⁵⁶ De acuerdo con las consideraciones y definiciones propuestas por el Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., p. 52 y s.

⁵⁷ V. art. 13 de la Ley 35/1988 y art. 159 del Código Penal.

cualquier otra, basta con la presencia del dolo, directo o eventual, de dar nacimiento a seres humanos clónicos, aunque normalmente concorra el primero (pero piénsese que el segundo podría concurrir si se transfieren varios embriones clónicos con la esperanza que sólo se desarrolle uno de ellos, pero asumiendo el riesgo de que lleguen a implantarse todos o varios). No cabe la comisión culposa o imprudente, por no venir expresamente tipificada en el Código Penal.

4.4.3. Utilización de otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza

4.4.3.1. Tipo objetivo

En el segundo tipo se incrimina la utilización de otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. Debía haber sido más explícito el legislador sobre los procedimientos abarcados por el tipo, pues de entrada podrían caer las prácticas de esterilización a grupos de población (eugenesia negativa), ya tipificados por lo demás en el delito de genocidio (art. 607.1.2^a), o hasta las de promoción de uniones sexuales con fines reproductivos de jóvenes parejas con dotaciones genéticas –y manifestaciones fenotípicas– deseables. Situado en su contexto, la acción típica debe limitarse de todos modos a las prácticas de selección positiva para la reproducción por medio de procedimientos biológicos: selección de gametos y de cigotos sin objetivos de prevenir enfermedades; formación de híbridos de humano y animal mediante la fusión de sus respectivos gametos o la selección de algunos de sus genes⁵⁸. La realización de la conducta de manipular genes modificando el genoma de los gametos o de un embrión con esta finalidad selectiva podría dar lugar también a este delito, sin perjuicio de su concurrencia con el del artículo 159, concurso que habrá que resolver más abajo.

La selección de la raza⁵⁹ no debe entenderse, pues, como el favorecimiento de la extensión o preponderancia biológica de unas etnias frente a otras si no se utilizan aquellos procedimientos (incluso, si fuera éste el caso, probablemente se adecuaría al tipo de creación de seres idénticos por clonación), sino como la selección de ciertas características biológi-

⁵⁸ Esta conducta constituye una infracción administrativa, de acuerdo con la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, art. 20.2, B, r. Sobre las relaciones entre esta infracción y la penal y propuestas de criterios de delimitación del ámbito de una y otra, v. BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., p. 480.

⁵⁹ Sobre lo problemático del término «raza» y, por consiguiente, de su incorrección, v. extensamente, LANDA GOROSTIZA, *Discriminación y prácticas eugenésicas*, cit., pp. 334 y s. y 340 y ss.

cas o la creación de otras nuevas de la especie humana⁶⁰, tengan naturaleza perfectiva o de mejora o no, o su contrario⁶¹ (p. ej., de especialización o capacidad biológica o habilidad, en detrimento de otras). En consecuencia, dadas las características de estas conductas y la gravedad de injusto específico que representan, no se acogerían en este tipo otros procedimientos de selección negativa (es decir, prescindir de gametos o embriones para la reproducción), aparte de su escasa operatividad para una pretendida selección racial y de que son conductas expresamente permitidas por la ley (ni siquiera sería preciso considerarlos por este motivo causas de justificación, pues faltaría ya el presupuesto de la tipicidad, que es lo que se está analizando ahora). Este es el caso de la selección del sexo (y, por tanto, del gameto o del embrión) con el fin de evitar la transmisión de enfermedades vinculadas con el cromosoma sexual, así como el de no transferir embriones in vitro a la vista de los resultados del diagnóstico preimplantatorio.

Como señalábamos más arriba, el resultado de selección de la raza no es requerido por el tipo, por lo que basta la utilización de cualesquiera procedimientos que posean en sí mismos esa capacidad selectiva. En este caso, no parece necesaria para la existencia del delito la transferencia a una mujer de un embrión fruto de estos procedimientos. En coherencia con esta comprensión del tipo, se trata de un delito de peligro abstracto⁶² y no de resultado material.

4.4.3.2. Tipo subjetivo

Por lo que respecta al *tipo subjetivo*, es indudable que junto al dolo debe concurrir esta finalidad selectiva (elemento subjetivo de lo injusto), que configura al delito como de resultado cortado, según quedó dicho.

4.5. Antijuricidad

En ninguno de los dos delitos es admisible la concurrencia de cualesquiera causas de justificación,⁶³ una vez delimitado el ámbito típico res-

⁶⁰ También considera incorrecta la referencia a la raza, siendo mejor a la especie, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., p. 479.

⁶¹ Así, también, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 143.

⁶² En este sentido, pero para todo el conjunto del art. 161.2, PERIS RIERA, *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 181.

⁶³ BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., p. 482; GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 692, pero, como se deduce de la configuración de ambos tipos, no se trata de delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, pues en ambos supuestos el objeto puede ser singular.

pectivo, que marca al mismo tiempo el espacio lícito de acuerdo con la normativa específica (Ley 35/1988), pues hemos apuntado algunas posibilidades de las técnicas de clonación que, en cuanto tales, son ajenas al tipo. Pero una vez constatada la tipicidad, no queda resquicio ni tan siquiera para la existencia de los *presupuestos fácticos* –no ya de sus requisitos normativos– de las causas de justificación correspondientes. Estas consideraciones son aplicables tanto cuando se busca actuar en favor de la fertilidad de la pareja cuanto de prevenir enfermedades del propio futuro hijo: para ninguno de estos supuestos, ambos previstos por la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, se incluye la clonación dentro de los procedimientos autorizados (v. arts. 1, 12 y 13), y es más que discutible que en estos momentos o en un futuro más o menos próximo debiera autorizarlos, al menos mientras no quede depurada la seguridad de estas técnicas y su limitación a las finalidades terapéutico-preventivas señaladas. Como ya se indicó, en ambos casos se trata en realidad de combatir la esterilidad o infertilidad humanas, para lo cual existen otras alternativas menos objetables por el momento. Reflexiones semejantes impedirían también la apreciación de la eximente de estado de necesidad.

4.6. Grados de ejecución

Por lo que se refiere al tipo relativo a la creación de seres idénticos por clonación, al tratarse de un delito de resultado material, según se indicó más arriba, la consumación requiere el nacimiento de al menos un individuo idéntico a otro. Por tal motivo la tentativa existe desde que los embriones clonados se utilizan para la reproducción humana, es decir, desde que se transfieren a una mujer, incluso aunque aquella fracase desde el principio. La mera obtención de uno o varios clones *in vitro* sin iniciar la transferencia puede constituir un acto preparatorio impune. De todos modos, también habría tentativa punible si se iniciase en relación con un clon el procedimiento de ectogénesis, siempre que ésta tuviera visos objetivos de viabilidad, dado que el art. 16 del Código Penal (sobre la tentativa de delito) requiere que la acción sea peligrosa.

En cuanto al otro tipo, al no ser preciso un resultado material, dada su estructura de delito de peligro abstracto, no caben formas imperfectas de ejecución, siendo suficiente para su consumación la realización de cualesquiera de las prácticas de selección apuntadas más arriba.

4.7. Concursos

Si se realizara el hecho por medio de intervenciones genéticas, entraría en concurso (medial, para el que son aplicables las reglas previstas en el art. 77 del Código Penal) con el delito de manipulaciones genéticas del art. 159, pues abarca también –es decir, es compatible– el elemento sub-

jetivo de selección de la raza, aquí presente⁶⁴. Y el mismo criterio debería aplicarse si se utiliza, además, la clonación respecto al segundo delito de utilización de otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Los riesgos que actualmente lleva aparejados la clonación humana reproductiva a la vista del estado actual de la ciencia, de posibles malformaciones del futuro niño, ya aludidos más arriba, podrían dar lugar a la infracción muy grave de transferir preembriones humanos (en este caso, el clon) sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad (art. 20.2, B, i), con independencia de que el niño llegara a presentar o no alguna malformación. Tal sanción sería compatible con la responsabilidad penal derivada de la clonación, al ser hechos independientes y no infringirse por ello el principio de *ne bis in idem*. Incluso, de producirse tales malformaciones, podría ser aplicable el delito de manipulaciones genéticas por imprudencia grave, según fuera el origen de aquéllas (art. 159.2 del Código Penal).

4.8. Penalidad

En cuanto a las penas, integradas por una privativa de libertad (de uno a cinco años) y otra de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio (de seis a diez años), parece adecuada su naturaleza mixta acumulativa para los fines político-criminales preventivos perseguidos por el legislador.

Ocasionalmente se ha censurado la levedad de la pena de prisión (que por su duración mínima, es susceptible de beneficiarse de los sustitutivos penales previstos por el Código Penal, es decir, poder sustraerse al cumplimiento efectivo de la privación de libertad; v. arts. 81 y 88). Dado el sistema general de penas que ha establecido el actual Código Penal, el objetivo de aproximación entre pena nominal y pena efectivamente cumplida, así como las relaciones internas de las penas previstas para los diversos delitos, y de acuerdo con el principio de proporcionalidad, no es necesaria su elevación, que en todo caso podría ser de matiz. Sin embargo, parece cierto que dentro del Título dedicado a estos delitos, el principio de proporcionalidad no siempre ha sido logrado satisfactoriamente. Así, no está justificada la equiparación punitiva entre el primer párrafo y el segundo del art. 161. La pena del primero (fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana) ha de ser inferior a la del segundo, lo que se debería resolver optando por rebajar

⁶⁴ Como concurso aparente de normas lo resuelve, sin embargo, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 482., quien apunta otras hipótesis de concursos de delitos (práctica de reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento y lesiones corporales en ésta).

la pena establecida actualmente,⁶⁵ sin que sea óbice para ello lo que se propone a continuación para el delito de clonación. En efecto, para el delito de clonación, dado su contenido de injusto, la pena podría ser semejante a la del delito de manipulaciones genéticas, que en estos momentos es más grave. Y respecto a la utilización de procedimientos dirigidos a la selección de la raza debería ser más grave, si no la más grave de este conjunto de delitos, y ello con independencia de que las reglas concursales podrían elevar algo la pena final, pues probablemente no puede haber comportamiento más degradante que pretender predeterminar ciertos rasgos biológicos con propósitos racistas, que comportan un añadido discriminatorio.⁶⁶

4.9. Orientaciones de lege ferenda

El conjunto de reflexiones aportadas sobre estos delitos apela a la necesidad de su mantenimiento en el momento actual, sin perjuicio de las propuestas que a este respecto se harán más abajo, como, por ejemplo, matizar las diferencias valorativas que se han ido apuntando a lo largo de la exposición, y asimismo, mejorar su redacción, dejando clara la separación entre las conductas típicas.

Por lo que se refiere al primer delito, consideramos suficiente el punto de partida del Código Penal, esto es, sancionar únicamente la clonación con propósitos reproductivos, sin perjuicio de la protección que deba otorgarse al embrión *in vitro* en general. Y dado que quedarían abarcados los diferentes procedimientos de clonación reproductiva, puesto que por el momento no parece aconsejable establecer distinciones valorativas, aunque de hecho son sostenibles (p. ej., en el caso de la gemelación artificial como ayuda frente a la infertilidad), una futura reforma legal debería aspirar al menos a una mayor claridad descriptiva de la conducta prohibida (principio de taxatividad)⁶⁷, para lo que podría adoptar un fórmula semejante a ésta: «Se castigará con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo

⁶⁵ Objeción similar plantea VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, cit., p. 132.

⁶⁶ El Derecho comparado refleja las discrepancias punitivas. Así, en la Ley Alemana de 1990, la pena prevista para la clonación es de hasta cinco años de prisión o, alternativamente, multa (art. 6º; téngase en cuenta que también constituye delito la mera creación de embriones clónicos); en el Reino Unido, hasta diez años o multa para la clonación (art. 41); y en Francia (Ley nº 94-653), hasta veinte años de reclusión las prácticas eugenésicas dirigidas a la organización de la selección de las personas (art. 511.1), lo que es a todas luces excesivo.

⁶⁷ En este sentido, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, cit., pp. 20 y 80 y s.

público, profesión u oficio de siete a diez años la creación por clonación de un ser humano idéntico a otro embrión o ser humano vivo o muerto»⁶⁸, entendiendo por identidad la referida al genoma nuclear; y sin perjuicio de que en un futuro pudiera pensarse su despenalización y autorización en limitados casos, como procedimiento frente a la infertilidad de la pareja y a la transmisión a la descendencia de enfermedades hereditarias⁶⁹.

En cuanto a la conducta relativa a los procedimientos dirigidos a la selección de la raza, a pesar de su gravedad, por todos los motivos que se han razonado más arriba, no parece que sea oportuno su mantenimiento en el CP. Primero, por la ambigüedad y la perspectiva unilateral que preside a la conducta punible, en la que deberían quedar diferenciados los aspectos que pueden afectar a la integridad genética de la especie de los puramente discriminatorios⁷⁰. En segundo lugar, porque estos comportamientos quedarían incluidos en otros delitos, como el relativo a las manipulaciones genéticas en sentido estricto (art. 159 del CP), frecuentemente en concurso con el delito de clonación propuesto. Y asimismo sería aplicable en todo caso la circunstancia agravante de cometer el delito por motivos racistas, etc. (art. 22 circ. 4ª), por lo que la respuesta final punitiva sería suficientemente grave. Desde luego, que en el caso de que se decidiera su mantenimiento, pero siempre separado del delito de clonación, la pena debería elevarse, en conformidad con lo señalado más arriba⁷¹.

5. La clonación no reproductiva con material humano

Se ha intentado demostrar de forma sucinta pero clara que la creación de seres humanos clónicos atenta, en la mayor parte de los casos expuestos, a destacados valores socialmente reconocidos. Sin embargo, queda todavía pendiente la cuestión de si la clonación como técnica utilizando material biológico humano (o, más específicamente, gametos y embrión-

⁶⁸ V. Protocolo sobre clonación del Consejo de Europa, cit.; y una propuesta anterior más sintética, ROMEO CASABONA, *Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas*, p. 99.

⁶⁹ V. Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 263 y s. (Recomendaciones).

⁷⁰ V. también LANDA GOROSTIZA, *Discriminación y prácticas eugenésicas*, cit., pp. 342 y ss.

⁷¹ Téngase en cuenta que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea prohíbe «las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas», con redacción muy similar a la de la legislación francesa, mencionada más arriba.

nes) es igualmente objetable desde el punto de vista jurídico cuando se recurre a ella con otros objetivos en sí mismos no reproductivos.

Como podrá comprobarse a continuación, algunos de estos objetivos podrían colisionar con la protección jurídica del embrión *in vitro*, respecto de la cual no existe, sin embargo, un criterio unánime, salvo en lo que se refiere a la creación de embriones con fines distintos a los reproductivos, cuestión que también está levantado una fuerte polémica. Así, fruto de esta controversia es el precepto del Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, que refleja una solución más o menos abierta y de compromiso, al no haberse logrado consenso al respecto, salvo en lo que afecta a la creación de embriones con fines de experimentación, que es expresamente prohibida: «1. Cuando la ley permita la investigación sobre embriones *in vitro*, aquélla debe asegurar una adecuada protección del embrión. 2. Se prohíbe la creación de embriones con fines de experimentación» (art. 18). Por consiguiente, en aquellos Estados que hayan sido parte en el Convenio sólo podrá investigarse sobre embriones cuando se trate de los que no se han podido utilizar en prácticas de reproducción asistida –embriones sobrantes– y siempre, por supuesto, que la normativa estatal correspondiente admita ambas hipótesis (es decir, que puedan resultar embriones sobrantes de técnicas de reproducción asistida y que se autorice experimentar con ellos).

1. La separación de una o varias células totipotentes o pluripotentes (blastómeros) del embrión preimplantatorio con el fin de efectuar un *análisis genético para el diagnóstico de enfermedades* de las que podría ser portador aquél, antes de decidir su posible transferencia para la procreación (diagnóstico preimplantatorio), es una técnica próxima a la clonación por gemelación artificial. No debería suscitar especiales objeciones, siempre que con el desgajamiento no se perjudique la integridad del blastocito (fase o estadio del embrión), pues en todos estos casos las garantías técnicas han de elevarse al máximo nivel de exigencia, dado que ese embrión sí está inicialmente destinado a la procreación. No obstante, también esta finalidad ha sido puesta en tela de juicio por algunos⁷². En cualquier caso, excluida la posible objeción que se opone a la clonación reproductiva, pues no es ése el propósito aquí perseguido con la célula extraída, quedaría pendiente de reflexión si la separación de una célula indiferenciada puede asimilarse a la creación de un embrión con fines no reproductivos, lo que podría enfrentarse a las prohibiciones legales semejantes a la que incorpora el art. 18 del Convenio últimamente citado.

⁷² P. ej., por BELLVER CAPELLA, *Consideraciones filosófico jurídicas en torno a la clonación para la reproducción humana*, «cit.», pp. 61 y s.; el mismo, *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, cit., pp. 142 y ss.

El llamado diagnóstico preimplantatorio está expresamente autorizado en la legislación española⁷³, y no parece incidir en ningún tipo penal.

2. La clonación como *procedimiento de investigación y experimentación científicas* comporta en ocasiones el recurso a gametos y embriones humanos. Cualquier procedimiento que dé lugar a embriones con fines experimentales implica, por definición, que no van a ser utilizados para la reproducción, con lo cual queda –o debería quedar– excluida la hipótesis de la transferencia en el útero de una mujer de un embrión clónico que ha sido objeto de experimentación; es decir, esta posibilidad debe ser absolutamente prohibida por la ley, como así ocurre. Sin embargo, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos prohíbe además la misma creación de embriones con fines distintos a la reproducción o, incluso, se prohíbe expresamente al menos su creación con fines experimentales o de investigación, industriales o comerciales, según se ha indicado más arriba. No obstante, como se adelantaba más arriba, la cuestión se centra hoy en la posibilidad de utilizar para estos fines embriones congelados obtenidos con fines reproductivos, pero que por circunstancias sobrevenidas no pueden ser destinados a tal objetivo (embriones supernumerarios o sobrantes).

El Derecho español permite, por el momento, la investigación y experimentación con embriones sobrantes de técnicas de reproducción asistida muertos o no viables para la reproducción –en el sentido biológico de la expresión⁷⁴.

3. Totalmente distinta es la replicación o manipulación de *genes* en el laboratorio y no suscita –o no debería suscitar– especiales recelos, al no recaer la conducta en un objeto material sustrato de bien jurídico alguno, siempre que no comporte ya la formación de un cigoto viable o la fecundación de un óvulo humano. Por consiguiente, la aplicación de estas técnicas sobre moléculas, genes, células o tejidos humanos para investigación debe ser permitida y apoyada, en su caso, dentro del marco general que debe regir a la experimentación, puesto que puede facilitar lograr información muy importante desde el punto de vista biológico y clínico, como conocer mejor la estructura y desarrollo celular, el proceso de algunas enfermedades, como el cáncer, entre otras. Asimismo, otras técnicas que consistan en la utilización de genes humanos sobre animales, con el fin de obtener productos terapéuticos de consumo humano.

⁷³ V. el art. 12.1 de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y el art. 8.1 a de la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

⁷⁴ V. los arts. 15, 16 y 17 de la Ley 35/1988.

Estas actividades están expresamente permitidas en el ordenamiento jurídico español, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos⁷⁵.

4. Finalmente, se está investigando sobre la prometedora posibilidad de obtener células pluripotenciales (*stem cells*) a partir de embriones humanos clónicos como *fuentes de líneas celulares o de tejidos* para su trasplante en caso de enfermedad de la persona de quien proviene el genoma replicado: se trata de la –inapropiadamente– llamada clonación «terapéutica». Sin embargo, la práctica de esta técnica se enfrentaría con la protección jurídica que se reconoce al embrión *in vitro*, que se traduce en la prohibición de fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación (art. 161.1 del Código Penal español), sin perjuicio de la dificultad que entraña determinar el ámbito exacto de esta prohibición⁷⁶; en estos términos no parece, pues, aceptable, al menos *de lege lata*, bien es cierto que esta objeción tan sólo supone el comienzo de un debate, que será largo y duro.

En efecto, en relación con este asunto debe tenerse presente que el bien jurídico protegido en el art. 161.1 del CP no es el óvulo humano, sino el embrión en sí mismo⁷⁷, pues los fines distintos de la procreación no son –no pueden ser–, por definición, el favorecimiento del nacimiento de nuevos seres humanos futuros a los que se quisiera proteger, pues éstos no van a nacer. Lo que se pretende es evitar dar lugar a embriones que no van a ser destinados a la reproducción, y que por ello puedan ser utilizados con cualquier otro propósito (p. ej., para experimentación, cosmética o farmacología, terapia, etc.). Esta consideración no se contradice por la circunstancia de que la ley (Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida) admita la posibilidad de que se originen embriones con fines reproductivos, pero que por cualquier causa sobrevenida no pueda ser ya la reproducción (de la propia pareja o de terceros) su destino y se abra la posibilidad a otros (p., la experimentación, aunque muy restringida, y la pura destrucción de los mismos)⁷⁸. Además, este planteamiento se refuerza por lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, en vigor en Es-

⁷⁵ V. el art. 8 de la Ley 42/1988.

⁷⁶ V. más ampliamente, Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, *Informe sobre clonación. En las fronteras de la vida*, cit., pp. 220 y ss.; ROMEO CASABONA, *Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas*, cit., p. 177.

⁷⁷ De similar criterio, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 142.

⁷⁸ En este sentido, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, *Primer Informe*, cit. p. 52.

paña⁷⁹, cuando prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación⁸⁰, fuera de contextos reproductivos.

Por consiguiente, ni los futuros seres humanos (su integridad, dignidad, etc.), ni la vida prenatal, ni el patrimonio genético de la especie humana,⁸¹ ni la dignidad de ésta⁸² podrían ser el bien jurídico protegido. Tampoco puede aceptarse como bien jurídico el «interés del Estado en el control y limitación del uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida a las finalidades de la reproducción humana»⁸³. Indudablemente, con este precepto tampoco se pretenden controlar los riesgos para la pluralidad de bienes jurídicos y derechos colectivos e individuales, limitando las técnicas de reproducción asistida⁸⁴, como se razona para apoyar esta tesis sobre el bien jurídico, pues con la conducta prohibida no se ve amenazado –al menos de forma directa e inmediata– ninguno de ellos, salvo los propios intereses del embrión u otros de algún modo relacionados con él. Por otro lado, la propia Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que es un reflejo del interés estatal por garantizar que las técnicas de reproducción asistida discurran por unos cauces ade-

⁷⁹ Aprobado en Oviedo el 4 de abril de 1997. Instrumento de Ratificación por el Reino de España de 23 de julio de 1999 (BOE 20 de octubre de 1999 y en vigor desde el 1º de enero de 2000. V. el texto completo del Convenio en *Código de leyes sobre genética*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV - Diputación Foral de Bizkaia, Universidades de Deusto y del País Vasco, Bilbao, 1997.

⁸⁰ Art. 18.2. El art. 18.1 dice así: «Investigaciones sobre embriones in vitro. 1. Cuando la ley nacional admitiere la investigación sobre embriones in vitro deberá asegurar una protección adecuada al embrión». De la lectura conjunta del artículo se deduce que en el primer párrafo se refiere a los embriones sobrantes, destinados inicialmente a la procreación.

⁸¹ Para GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 831, se trata de la vida prenatal en sus primeras fases evolutivas, pero no es exacto cuando sostiene que «puede hablarse nuevamente del derecho a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano y a la identidad e irrepitibilidad del ser humano», ni que la «protección gira en torno a la idea de la vida prenatal, esto es, la idónea para alcanzar el estatuto de persona» (833), pues la prohibición incluye, p. ej., la creación intencionada de preembriones no viables. También considero incorrectos los criterios que proponen MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, I*, cit., p. 181, y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 456, quienes apuntan a la intangibilidad del patrimonio genético humano; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 126, alude al derecho a la individualidad y a la identidad genética o a no ser producto de un patrón genético artificial, aspectos que en ningún modo tienen por qué verse afectados por el delito.

⁸² Así, BENÍTEZ ORTÚZAR, *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética*, cit., 467; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Los llamados delitos de «manipulación genética» en el nuevo Código Penal español de 1995*, cit., p. 67.

⁸³ Según propone GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, cit., p. 685.

⁸⁴ GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, p. 685.

cuados, señala cuáles son los fines legítimos principales, por este orden –de prioridades, podríamos incluso sostener–: 1º la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación; 2º la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario; y, 3º la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos⁸⁵. Por tanto, es evidente que las técnicas de reproducción asistida trascienden la sola procreación y el régimen legal refleja esas otras posibilidades. Finalmente, proponer que el bien jurídico tutelado es el interés del Estado citado más arriba no aporta especificidad alguna para identificar el valor realmente comprometido. El Estado tiene siempre un interés de protección de todos los bienes jurídicos en relación con determinadas actividades (vida, libertad personal, patrimonio, el tráfico motorizado, el medio ambiente, etc.), al ejercer de forma exclusiva y excluyente el *ius puniendi*; únicamente cuando se ven implicados aspectos directamente relacionados con los fundamentos, estructura y organización del Estado (los poderes públicos, etc.) podría hablarse en sentido estricto de un «interés» del Estado específico, y aún en esos casos, siempre ha sido posible identificar el concreto bien jurídico protegido.

Por otro lado, queda pendiente también la cuestión de si la clonación a partir de células troncales o madre, presentes en algunos órganos y tejidos de adultos, en el cordón umbilical de los recién nacidos y en embriones y fetos abortados, para desarrollar determinadas líneas celulares y tejidos humanos con el fin de su trasplante posterior al propio adulto donante, comporta o no ya la creación de embriones, y con ello el procedimiento quedaría también bajo la prohibición acabada de señalar. A este respecto es significativo, aunque no se sabe si suficientemente relevante, el hecho de que son células que estarían dirigidas desde el principio al desarrollo de determinadas líneas celulares, pero al mismo tiempo serían células indiferenciadas (blastómeros) que caracterizan al embrión en sus primeras fases de desarrollo. La primera conclusión ha de ser la de constatar la necesidad de proseguir profundizando en estas posibilidades técnicas (p., ej., que pueda transformarse una célula somática en indiferenciada y no sea preciso recurrir a la formación de un embrión) y en sus consecuencias morales y jurídicas, con el fin de delimitar la realidad ontológica que se identifica con el embrión y cuál no.

Por el momento, dado el carácter experimental que reviste este tipo de actividades en la actualidad y mientras no se definan mejor los hechos y los aspectos éticos involucrados, parece más recomendable proseguir la investigación por la segunda vía (las células madre de adultos, o

⁸⁵ V. art. 1º de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Recuérdese también aquí el art. 18.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina.

del cordón umbilical o de fetos) que por la primera (crear embriones clónicos), sin perjuicio de valorar la conveniencia de que se autorice - pues hoy está prohibido por la legislación española- el recurso a embriones sobrantes de técnicas de reproducción asistida, siempre que se hayan agotado previamente las posibilidades de su destino para la reproducción humana, sea en la pareja de la que provienen, sea donándolos a otras parejas.

6. Algunas conclusiones

Por lo general se entiende que la clonación humana reproductiva puede comprometer el derecho del futuro ser a su propia identidad e irrepetibilidad *genéticas* y a que no interfiera la voluntad ajena con la pretensión de predeterminar el proceso vital futuro del ser clonado, si bien es cierto que no afectaría, al menos de forma significativa, a la identidad *personal* del individuo clonado ni a su propia trayectoria vital.

Por otro lado, las necesidades que podrían atender las diversas variantes de la clonación reproductiva no son vitales, pues no está implicada la vida de persona alguna a causa de una enfermedad grave, ni se prevén por el momento de gran alcance, pues se trataría de facilitar la capacidad de tener descendencia o de que ésta no padezca enfermedades transmitidas por su padres; o tal vez también de atender a determinados deseos reproductivos personales, los cuales, sin embargo, no parecen atendibles. No obstante, la clonación dirigida a paliar la infertilidad o a prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias a los hijos pudiera ser aceptable en el futuro, cuando estas técnicas no ofrezcan ya riesgos significativos para el nuevo ser y pueda garantizarse su eficacia y su seguridad. Como se ha indicado más arriba, ésta es en el momento actual la objeción más relevante, con independencia de la importancia que puedan tener las demás.

No obstante, existen otras posibilidades (diagnósticas, tratamiento o prevención de enfermedades) que aunque pueden suscitar objeciones de diversa índole, no son tributarias de un rechazo absoluto, salvo cuando se modifique al mismo tiempo la línea germinal o comporte la generación de embriones humanos destinados directamente a la investigación, sobre lo cual no hay todavía un criterio suficientemente compartido.

En cualquier caso, la reflexión ética, lejos de haber llegado a conclusiones definitivas, debe proseguir; y las legislaciones deberán reflejar de un modo u otro los criterios que se vayan perfilando, siendo deseable que sea lo más armónicamente posible, al menos en el ámbito europeo. 

AS LEIS DE ACOMPAÑAMENTO DOS ORZAMENTOS XERAIS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA.

A Lei 5/2000, de medidas fiscais e de réxime orzamentario e administrativo

José María Traveso Pardo

Subdirector xeral de Análise Económico-Financeira
Dirección Xeral de Presupostos. Consellería de Economía e Facenda

1. Introducción: leis de acompañamento e leis de orzamentos

As chamadas leis de acompañamento dos orzamentos xerais, son de aparición moi recente no noso ordenamento xurídico. A primeira delas, posiblemente inspirada nas leis financeiras do dereito italiano, aparece xunto á Lei de orzamentos xerais do Estado do ano 1.994, e aínda máis próxima é a súa presenza nesta Comunidade Autónoma, que aprobou en 1998 a que serviría de complemento da Lei de orzamentos dese exercicio.

Detrás das leis de acompañamento do Estado, que mediante a Lei 22/1993, do 29 de decembro, foi o primeiro en utilizalas, poderíase advertir-la pretensión de subtraer do ámbito das leis anuais de orzamentos aquelas materias nas que se advertía o risco de que se situasen fóra do marco establecido para ese tipo de leis na Constitución; marco necesariamente xeneralista, e polo tanto, nalgúns aspectos, susceptible de ser obxecto de interpretacións encontradas.

Desa forma esperábase minimiza-las posibilidades de colisión coa xurisprudencia sucesivamente establecida polo Tribunal Constitucional e unha eventual interposición de recursos de inconstitucionalidade por calquera das partes lexitimadas para facelo, cousa que de feito, a partir do ano 1.981, víñase producindo de forma cada vez máis frecuente.

Esa causa era recoñecida explicitamente no preámbulo da Lei de orzamentos xerais do Estado para 1995, que xustificaba a considerable redución do seu contido respecto ó ano anterior no intento de se acomodar ó mandato constitucional recollido na doutrina do tribunal, enviándolle para iso á outra lei a regulación das materias que, segundo indicaba textualmente, «aínda sendo instrumento da política do Goberno, a súa inclusión na Lei anual de orzamentos puidera ser discutida».

En realidade as discrepancias sobre a natureza e os límites da Lei de orzamentos eran cada vez máis frecuentes, e referíanse non só á interpretación feita *a priori* do texto constitucional, senón incluso á interpretación que se facía da doutrina derivada das sentencias do propio Tribunal Constitucional.

Por poñer un exemplo, a consideración da Lei de orzamentos como «vehículo de dirección e orientación da política económica que lle corresponde ó Goberno», recollida en Sentencia 27/1981, do 20 de xullo, posiblemente contribuíu a unha interpretación excesivamente flexible, por parte do Executivo, da doutrina dos límites materiais da Lei de orzamentos, de forma que na práctica, deixando á parte a restricción establecida no artigo 134 da Constitución sobre a creación de tributos, chegaba a se considerar como contido normativo constitucionalmente admisible a case calquera disposición que gardase relación cos gastos e ingresos ou cos criterios de política económica nos que estes se sustentaban.

Esa interpretación tivo que ser necesariamente corrixida á vista de posteriores sentencias.

Na Sentencia 65/1987, do 21 de maio, o tribunal indicaba que os límites das leis de orzamentos virían establecidos por unha determinación de carácter positivo, que sería a inclusión da totalidade dos ingresos e gastos do sector público e a consignación do importe dos beneficios fiscais, prevista no artigo 134.2 da Constitución, e outra negativa, a do punto 7 do mesmo artigo, consistente na imposibilidade de crear tributos, aínda que si sería posible modificalos cando unha lei tributaria substantiva así o previse. Dentro deses límites, as disposicións propias das leis ordinarias unicamente terían cabida cando a súa inclusión resultase «xustificada» por «gardar directa relación coas previsións de ingresos e as habilitacións de gastos dos orzamentos ou cos criterios de política xeral en que se sustentan».

Nunha sentenza posterior, a 65/1990, do 5 de abril, engadíase outra causa que operaría en contra dunha interpretación demasiado extensiva dos límites da lei. Alúdese nela, por primeira vez, ó principio de seguridade xurídica garantido no artigo 9.3 da Constitución, e o tribunal sinala que «tampouco cabe descartar que a regulación inxustificada dunha materia non estrictamente orzamentaria mediante as leis anuais poida, pola incerteza que orixina, afecta-lo principio constitucional de seguridade

xurídica», aspecto que en tal caso operaría como causa de exclusión da Lei de orzamentos.

Un novo paso no intento de precisa-los límites materiais da Lei de orzamentos proporciónao a Sentencia 76/1992, do 14 de maio, en relación con outro concepto clave, como é o da configuración do que se podería entender como materia conexas coa estritamente orzamentaria. Nesa sentenza, ó analizar unha disposición que modificaba a redacción do artigo 130 da Lei xeral tributaria, o tribunal rexeita a existencia da necesaria conexión directa desa norma co orzamento en sentido estrito ou cos criterios da política económica do Goberno, en canto que a súa «incidencia na ordenación do programa anual de ingresos e gastos e só accidental e secundaria, e xa que logo, insuficiente para lexitima-la súa inclusión na Lei de orzamentos, da que o seu contido e a súa función constitucional resultan desvirtuados pola incorporación de normas típicas do dereito codificado», aspecto este último que na práctica resultaba particularmente limitativo dos excesos normativos nos que podían estar a incorre-las leis de orzamentos.

De todo iso cabería deducir que nas leis de orzamentos estaba a se produci-lo risco evidente dunha utilización non enteiramente adecuada; de desbordamento normativo, como esa situación foi cualificada nalgún momento. E aínda que a xurisprudencia do tribunal sobre os límites constitucionais da lei non permitían descartar unha interpretación ata certo punto ampla e flexible, tampouco deixaban dúbidas sobre a existencia real de límites. Moi concretos nalgúns casos, pero bastante máis imprecisos noutros, motivo polo que a súa aplicabilidade quedaba finalmente a expensas do pronunciamento singularizado por parte do Constitucional no momento no que a correspondente cuestión era suscitada.

Por esa razón non pode estrañar que a pesar da achega das sucesivas sentencias do Constitucional na clarificación do tema, as incertezas sobre os límites e o contido das leis orzamentarias unicamente poderían considerarse superadas nunha pequena parte. Na práctica, os problemas de interpretación en casos concretos seguían existindo, e continuaban a ofrecer numerosas zonas grises ás que non era posible aplicarlles respostas apriorísticas, facendo por iso necesaria unha decisión do tribunal en cada suposto presentado.

Nese contexto é precisamente onde se produce a aparición das leis de acompañamento dos orzamentos do Estado, que na súa idea orixinal parecen responder ó criterio de recoller aquelas materias que polas restricións derivadas da súa natureza fiscal, ou pola súa conexión máis atenuada ou menos evidente, aínda que en calquera caso real, coa consecución dos obxectivos económicos da Lei de orzamentos, ou pola extensión da súa vixencia, que excedía do carácter esencialmente anual das leis de orzamentos, poderíanse considerar susceptibles de seren incluídas nunha norma de carácter

ordinario, diferente pero de tramitación paralela, coma neste caso serían as leis de acompañamento.

Trasladándonos ó ámbito das comunidades autónomas, os problemas eran moi parecidos, aínda que non exactamente iguais. E isto era así porque as singularidades que afectan as leis de orzamentos do Estado non resultan automaticamente extrapolables ó ordenamento xurídico autonómico, polo que a medida de constitucionalidade das súas leis orzamentarias non está configurada tanto polo artigo 134 coma polo resto do bloque normativo constitucional, e dentro del, como é lóxico, pola LOFCA, e aínda máis polo propio Estatuto de autonomía.

Sobre este aspecto concreto a Sentencia 116/1994 do Tribunal Constitucional, suscitada en relación coa modificación dun tributo propio pola Lei de orzamentos da Comunidade Foral de Navarra, deixa escasa marxe para a dúbida. Indícase nela que as regras contidas no artigo 134, tal como se desprende da súa propia redacción literal, teñen como obxecto directo a regulación dunha institución estatal, en concreto dunha fonte normativa do Estado, e engade a continuación que «dos preceptos constitucionais que regulan institucións do Estado non poden inferirse, sen máis, regras e principios de aplicación, por vía analóxica, ás institucións autonómicas homólogas». Por ese motivo, a restricción constitucional que pesa sobre a creación ou modificación de tributos a través da Lei de orzamentos do Estado non lles é trasladable como principio xeral ás leis de orzamentos das comunidades autónomas.

A consecuencia máis importante desa afirmación sería a posibilidade que tería esta comunidade, polo menos nun plano teórico, de levar a cabo a regulación dos seus propios tributos a través da Lei de orzamentos, xa que a restricción do artigo 134.7 non figura recollida nin no Estatuto nin na LOFCA.

Outra cousa sería probablemente a conveniencia de levar a cabo unha actuación semellante, tendo en conta, entre outras razóns, as restriccións que o procedemento parlamentario de debate e aprobación dos orzamentos introduce respecto ó procedemento común das leis ordinarias, e que resultaría de discutible oportunidade aproveitar, no momento de exercer-las competencias normativas que lle corresponden á Comunidade Autónoma en materia fiscal.

Non obstante, e a pesar de non lles seren enteiramente trasladables ó ordenamento autonómico as limitacións que pesan sobre a Lei de orzamentos do Estado, a doutrina do Constitucional tamén deixou establecida a necesidade de que as leis de orzamentos autonómicas se adecuen á función que lles corresponde, sen que se poidan incluír nelas normas que non garden relación directa co programa de ingresos e de gastos ou cos criterios da política económica no que se sustentan, ou que non sexan un complemento necesario para a maior intelixencia e para a mellor

e máis eficaz execución do orzamento, como se recolle expresamente na Sentencia 174/1998, do 23 de xullo.

Baixo ese escenario nacen as leis de acompañamento dos orzamentos de Galicia. E o certo é que a utilización que esta Comunidade Autónoma fixo da Lei de orzamentos desde o ano 1998 en materia tributaria, limitouse a simples actualizacións de tarifas de taxas, reservando as modificacións fiscais de maior calado e con maior vocación de permanencia, referidas na súa totalidade ó exercicio de facultades normativas en materia de tributos cedidos, para as leis de acompañamento.

Fóra dos aspectos fiscais, o recurso ás leis de acompañamento, que analizaremos de seguido, foi realizada tamén por esta comunidade con boas doses de prudencia e dunha forma bastante selectiva, tanto polo que atinxe á natureza das normas, congruentes sempre coa condición de complemento necesario ó servizo da execución da política económica do Goberno, coma no referente á mesma extensión das leis, certamente restrinxida.

2. As leis de acompañamento dos orzamentos xerais de Galicia

Feita esta introducción de carácter xeral sobre as leis de acompañamento e sobre a interrelación que manteñen coas leis de orzamentos, pasaremos agora ó campo máis concreto das aprobadas ata o momento nesta Comunidade Autónoma.

A primeira delas, a do ano 1998, respondía ó enunciado de «Lei de medidas tributarias, de réxime orzamentario, función pública, patrimonio, organización e xestión», que se repartían entre dezanove artigos, cinco disposicións adicionais e unha disposición transitoria.

Dentro dese conxunto, destacaban pola súa novidade no ordenamento xurídico galego os artigos que recollían o exercicio de competencias normativas da Comunidade Autónoma en materia de tributos cedidos.

Formando parte dunha política de apoio á natalidade establecíanse deducións, por nacemento de fillos, sobre o tramo autonómico do IRPF, que naquel momento era o tributo de maior capacidade recadadora do sistema impositivo, e determinábase ademais o tipo aplicable á transmisión de bens inmoebles, no imposto sobre transmisións patrimoniais.

Igual referencia merecía, desde outra perspectiva, a creación do Centro Informático para a Xestión Tributaria, Económico-Financeira e Contable, entidade de dereito público que se adscribía á Consellería de Economía e Facenda, e á que se encomendaba, por razóns operativas, a planificación, o desenvolvemento e a xestión dos procesos informáticos desa natureza.

Se a primeira das leis galegas de acompañamento resultou ser dunha dimensión bastante reducida, en contra do que a pormenorizada rela-

ción de materias que figuraba no seu título puidera facer pensar, a do ano 1999 tivo unha extensión aínda menor. Os seus dez artigos e seis disposicións adicionais dedicábanse novamente á regulación de aspectos tributarios e orzamentarios, que por outra parte se mantería en tódalas leis aprobadas ata o momento, e incorporaban temas referidos á función pública e á xestión administrativa.

As deducións establecidas sobre a cota autonómica do IRPF, ampliable esta vez ós fillos adoptados durante o exercicio, e a modificación de tarifas da taxa fiscal sobre o xogo, xunto a diversas modificacións da Lei de réxime financeiro e orzamentario e da Lei de función pública, formaban parte desta lei, na que tamén destacaba a autorización para o desenvolvemento regulamentario dun réxime especial de alleamento de inmo-bles situados en parques tecnolóxicos, previsto coa finalidade de facilita-la instalación en Galicia de empresas que incorporasen procesos de utilización ou de produción de alta tecnoloxía.

Cun contido similar, en canto á natureza das materias tratadas, a Lei de medidas do ano 2000 constaba de catorce artigos e oito disposicións adicionais.

En materia fiscal ampliábenselles ás familias numerosas as deduc-cións establecidas sobre a cota autonómica do IRPF en anos anteriores, que tamén continuaban, como é lóxico, facéndose efectivas nos casos de nacemento ou de adopción de fillos ocorridos durante o período impositivo.

Algúns artigos do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orza-mentario eran obxecto de modificación, e destacaban entre eles os desti-nados ó completo tratamento da regulación das subvencións e axudas públicas, que pretendía supera-las dificultades observadas na interpreta-ción e aplicación da anterior normativa, e que tamén incluía ó réxime de infraccións e sancións aplicables nos casos de incumprimento das condi-cións de concesión.

A Lei de función pública tamén experimentaba algunhas variacións, sobre todo para adaptala ós cambios introducidos na normativa estatal de carácter básico; e finalmente outras disposicións, entre elas a que modifí-caba a Lei de administración local de Galicia, para introduci-lo in-vestimento novo na valoración do custo efectivo dos medios e servicios susceptibles de seren traspasados pola Comunidade Autónoma ós con-cellos, completaban o contido da Lei de medidas do ano 2000.

3. A lei 5/2000, de medidas fiscais e de réxime orzamentario e administrativo

No actual exercicio, a lei de acompañamento foi aprobada baixo o nome de Lei 5/2000, do 28 de decembro, de medidas fiscais e de réxime orzamentario e administrativo.

Basicamente esta norma mantén a unidade temática das leis de acompañamento precedentes, articuladas, sobre todo, arredor dun compoñente de natureza fiscal e orzamentaria, aínda que, coma no caso das súas antecesoras, o seu contido non se esgota unicamente neses aspectos.

A lei aparece estruturada en sete artigos, distribuídos en dous títulos dedicados a normas tributarias e de réxime orzamentario, oito disposicións adicionais e dúas disposicións derradeiras.

O título I está dedicado ás normas tributarias. A competencia da comunidade para a regulación de aspectos fiscais derívase da posibilidade de atribución de facultades lexislativas ás comunidades autónomas en materias de competencia estatal, establecido no artigo 150 da Constitución, articulándose o uso que podían facer desa competencia a través da LOFCA, da Lei 14/1996, de cesión de tributos do Estado ás comunidades autónomas, e da Lei 32/1997, de modificación do réxime de cesión tributaria.

Seguindo a pauta de anteriores leis de acompañamento, e formando parte da política de incentiva-la natalidade, na lei do actual exercicio apróbanse diversas deducións de carácter familiar sobre a cota autonómica do IRPF, imposto no que o Estado ten cedido ata agora a Galicia o 15% do seu rendemento na Comunidade Autónoma.

Dan dereito a esa dedución os supostos de nacemento ou adopción de fillos, e os de existencia de familia numerosa, así como as situacións nas que, por motivos de traballo, o contribuínte ten necesidade de deixar fillos menores ó coidado de empregadas do fogar.

No primeiro caso, por cada fillo nado ou adoptado no período impositivo establécese unha dedución que vai desde as 20.000 pta, cando se trate do primeiro, ata 60.000 pta cando se trate do quinto ou sucesivos.

Respecto ó ano anterior, a lei actual incrementa a contía da dedución en 10.000 pta a partir do segundo fillo, ademais de amplia-los supostos de adopción con dereito a dedución, xa que anteriormente era necesario que o adoptado nacesse dentro do período impositivo, cousa que agora non sucede.

No referente ás familias numerosas, o importe da dedución establécese entre 30.000 e 60.000 pta, segundo a categoría na que estean clasificadas. Esas cantidades representan un considerable aumento, entre 10.000 e 20.000 pta –un 33'3%– en relación co ano precedente.

O terceiro dos supostos considerados, a dedución por coidado de fillos menores, que se establece en 30.000 pta, non figuraba no proxecto

de lei, e foi incorporada ó seu texto a través dunha emenda de adición durante a fase de trámite parlamentario.

Para os contribuíntes, os beneficios fiscais destas deducións estímense en 814.865.000 pta. Ese importe figura expresamente consignado na Lei de orzamentos, e representa o custo que lle orixina á Comunidade Autónoma, en forma de menores ingresos pola tarifa autonómica do IRPF, a súa política de incentivos fiscais á natalidade.

As normas tributarias da lei complétanse coa destinada á actualización da taxa fiscal sobre o xogo, que é outro dos tributos cedidos polo Estado á Comunidade Autónoma.

As cotas anuais que lle deben ser aboadas á Facenda autonómica pola explotación de máquinas recreativas e de azar increméntanse nun 3'17%, e quedan situadas en 520.000 pta e 759.100 pta respectivamente.

O feito de que a xurisprudencia do Tribunal Supremo veña declarando que a taxa sobre o xogo ten a natureza dun verdadeiro imposto determina que non lle sexan aplicables as actualizacións de tarifas establecidas con carácter xeral para as taxas na Lei de orzamentos, sendo necesario polo tanto o tratamento singularizado desta figura impositiva que se fai a través da Lei de acompañamento.

O título II está dedicado ás normas de réxime orzamentario, consistentes neste caso, na súa totalidade, en modificacións do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia.

A inclusión desas modificacións vén xustificada nalgúns casos por razóns simplemente técnicas, que perseguen unha maior adecuación da norma ás necesidades da xestión ou á realidade da práctica administrativa, e obedecen, noutros casos, a adaptacións derivadas de cambios experimentados por normas estatais de carácter básico, que se considera aconsellable enviarlle expresamente á normativa autonómica por razóns de claridade e seguridade xurídica.

Entre as primeiras pode mencionarse, en materia de xeracións de crédito, a extensión ós ingresos transferidos pola Administración central do Estado do tratamento que se lles viña dando ós ingresos procedentes da Unión Europea, de forma que os primeiros, aínda que non estean destinados a cofinanciar fondos europeos, poidan tamén dar lugar á xeración de crédito non só durante o exercicio no que se produce o ingreso, senón tamén durante o ano seguinte, e evitar desa forma as eventuais perdas de recursos que se podían orixinar consonte a anterior redacción do artigo 69 da Lei de réxime financeiro e orzamentario, que lle limitaba ó exercicio no que se producía o ingreso a posibilidade de xeración de crédito.

De forma parecida modificouse tamén o artigo 68 da mesma lei, exceptuando das limitacións establecidas nese artigo para as transferencias de crédito ás que se efectúan para a realización de gastos financiados ou cofinanciados con subvencións de carácter finalista procedentes do Estado.

Na redacción anterior da Lei de réxime financeiro e orzamentario esas limitacións non resultaban aplicables ós gastos financiados ou cofinanciados con fondos europeos, pero si ós financiados con subvencións do Estado, que a pesar da súa similar natureza estaban a recibir un tratamento diferente.

As limitacións establecidas en materia de transferencias de crédito están claramente dirixidas a reforza-la disciplina orzamentaria e a credibilidade dos estados de gastos aprobados. Sen embargo non parecía razoable que se lle estiveran poñendo trabas á dispoñibilidade de recursos de procedencia allea destinados á realización de actuacións específicas, que non representaban un custo para a Comunidade Autónoma, ou en todo caso supoñían un custo mínimo cando necesitaban ser cofinanciadas.

As modificacións realizadas na normativa autonómica para adaptala ós cambios introducidos na lexislación estatal de carácter básico, constitúen a segunda categoría de normas incluídas neste título.

Entre esas modificacións pode mencionarse a do artigo 97 do texto refundido da Lei de réxime financeiro e orzamentario, que exime da intervención previa os gastos de obras e de adquisición de bens e servicios que teñan un importe inferior ó que se estableza na Lei de orzamentos de cada exercicio, que neste caso foi de 1.100.000 pta.

A supresión da figura das subministracións menores, na vixente Lei de contratos das administracións públicas, tiña baleirado de sentido a anterior redacción do artigo 97, onde se establecía que ese tipo de subministracións non estaban sometidas a intervención previa.

Por outra parte, a exclusión da intervención previa facíase extensible no artigo 97 os gastos de material non inventariable, calquera que fora a súa contía. Esa exclusión non semellaba en absoluto xustificada, xa que desa forma quedaban exentos de intervención contratos de material non inventariable que podían alcanzar un importe moi elevado, mentres que contratos de material inventariable, por pequena que fora a súa contía, quedaban sometidos a ese control. Esta incongruencia é salvada coa nova redacción do artigo 97, que por lóxicas razóns de operatividade administrativa exime da intervención previa a calquera gasto de obras ou de adquisición de bens e servicios que non reborde o tope económico determinado en cada momento pola Lei anual de orzamentos; neste caso o xa indicado de 1.100.000 pta.

Outra modificación deste tipo, e con iso remata a referencia ó título II, é a que lle corresponde ó artigo 58 do texto refundido da Lei de réxime financeiro, que para adaptarse ás innovacións introducidas na Lei de contratos das administracións públicas establece a variación das anualidades que se poden comprometer nos expedientes de gasto de carácter plurianual derivados da realización de contratos de servicios, e suprímelles ó mesmo tempo a referencia ós contratos específicos e non habituais que se facía na anterior redacción dese artigo, determinando en

cambio o número de anos ós que se poden estende-los contratos de consultaría e servicios que os substitúen.

Nas disposicións adicionais da lei aparecen incluídas posiblemente as normas de maior alcance e repercusión sobre os obxectivos xerais de política económica que se establecen a través dos orzamentos.

A autorización concedida ó Instituto Galego da Vivenda e Solo, para que o alleamento de terreos, destinados á creación de solo industrial ou de parques empresariais, a favor das súas sociedades públicas –as sociedades de xestión urbanística (XESTUR)–, poida realizarse con pagamento aprazado non superior a dez anos e sen repercusión de intereses, fará posible que esas sociedades poidan repercutir á súa vez esas favorables condicións de financiamento sobre as empresas adquirentes, co conseguinte abaratamento final do prezo. Facilitarase desa forma a disposición de solo industrial e empresarial nunhas condicións que se espera sirvan de incentivo tanto para a creación e instalación de novas empresas coma para a ampliación das existentes na actualidade.

Especialmente destacable é a disposición adicional sexta da lei, que establece a creación da Axencia de Desenvolvemento Rural.

A Axencia configúrase coma un ente público ó que, desde unha perspectiva integradora das actuacións públicas e privadas que se desenvolven nese medio, encoméndaselle a formulación de estratexias e o fomento e coordinación de iniciativas económicas destinadas a mellora-la situación das áreas rurais de Galicia.

A modernización do sistema económico está a provocar desde hai anos nesta comunidade, coma noutros países do noso contorno, un transvasamento acelerado da poboación dependente do sector primario, radicada en grande medida no ámbito rural, cara a outros sectores económicos asentados preferentemente no medio urbano e, no caso de Galicia, en áreas litorais.

Ese proceso está a favorecer-la formación de espazos en declive, cunha forte tendencia ó despoboamento e unha grande concentración de persoas de idade avanzada, circunstancias que á súa vez alimentan os problemas de desenvolvemento desas zonas, e favorecen a presenza e agravan os efectos das desigualdades sociais e territoriais.

En Galicia estase a consolidar dende hai tempo a presenza dunha área principal, situada arredor do eixo atlántico que discorre de norte a sur, que se caracteriza por unha elevada aglomeración de poboación e un forte dinamismo económico, e onde se pode advertir unha considerable implantación dos sectores terciario e secundario.

Ese feito non debería sen embargo resultar incompatible cun desenvolvemento territorial desprovisto de diferencias excesivas en termos de renda e de calidade de vida. E parece lóxico pensar que unha eventual consolidación desas desigualdades, ademais dun custo nada desdeñable

en termos de solidariedade e de cohesión social, podería terminar afectando a propia capacidade de crecemento da Comunidade Autónoma, no caso de que os desequilibrios que están a introducir mantivesen ó longo do tempo a súa presenza dentro do sistema.

Aínda que a situación nas distintas áreas territoriais dista moito de ser uniforme, e tamén resulta posible identificar notables exemplos de modernización das estruturas productivas no sector agro-alimentario, non semella posible quebra-la dinámica actual de parte do medio rural sen incidir sobre as causas máis profundas, tanto sociais coma económicas, que están detrás do declive e da limitación de expectativas que nalgúns casos están a padecer.

Nese sentido a norma fundacional da Axencia asígnalles funcións de apoio á diversificación de actividades e á modernización dos procesos productivos dentro das áreas que presentan esas carencias, encomendándolles tamén a instrumentación dos mecanismos capaces de favorecer a realización de accións concertadas que permitan integrar e saca-lo mellor partido das iniciativas públicas e privadas que se produzan dentro dese ámbito.

Na estratexia que parece inspira-la creación do novo ente, esas iniciativas deberán nacer en boa parte dos propios axentes socioeconómicos presentes no medio rural. Abarcarán calquera tipo de enfoque, non limitándose unicamente ó sector agrario, e terán un carácter integrador, en canto serán potenciadas pola cooperación dos sectores público e privado, tanto na súa formulación coma no seu desenvolvemento.

Con esa finalidade a Axencia xestionará durante o período 2001-2006 os recursos que nos orzamentos da Comunidade Autónoma aparecen asignados ó Fondo Galego de Desenvolvemento Rural, por un importe mínimo de 30.000 millóns de pta, que representan un termo medio de 5.000 millóns durante cada un deses 6 anos.

Como posible destino dos créditos dispoñibles, poderíanse mencionar: a expansión e reforzamento dos grupos de acción local, que deberán lidera-la impulsión do proceso de desenvolvemento; o cofinanciamento dos plans e programas de actuación das entidades públicas e dos propios grupos de acción local; o apoio ás actividades productivas que se sitúen nese ámbito; e, en xeral, calquera iniciativa ou actividade que contribúa á diversificación económica e á modernización do tecido productivo rural, incluídos aspectos de natureza estrutural como poderían se-la formulación de propostas de actualización do marco xurídico ou a propia dinamización dos procesos de concentración parcelaria, que poderían ter unha incidencia significativa na transformación e mellora das condicións do medio.

Esa estratexia, por outra parte, non se esgotaría en si mesma, senón que sería complementaria da deseñada para o medio rural no actual Plan

de desenvolvemento económico de Galicia, que prevé a consignación de importantes dotacións orzamentarias destinadas a esa finalidade, na que tamén converxen as iniciativas desenvoltas a través dos programas LEADER e PRODER, financiadas con fondos da Unión Europea.

Finalmente, e polo que respecta ó encaixe da Axencia dentro da Administración autonómica, hai que indicar que o carácter horizontal das súas actuacións, que non se identifican exclusivamente coas competencias de ningún órgano de carácter sectorial, determina a súa adscrición á Consellería de Economía e Facenda, e forman parte do seu consello de dirección representantes das principais consellerías e entes da Administración autonómica con responsabilidades nas diferentes áreas de incidencia no desenvolvemento do medio rural.

Outra novidade importante entre as que figuran na Lei de acompañamento deste ano é a referente á determinación do réxime xurídico das fundacións públicas sanitarias, recollido na disposición adicional sétima da lei.

Ata este momento o réxime xurídico dos entes que desde o ano 1993, data de constitución da Fundación Hospital de Verín, viñan participando en Galicia na xestión de servicios sanitarios, carecía posiblemente dunha certa indeterminación, por canto precisaban dun referente lexislativo propio e singularizado.

A súa constitución, funcionamento e órganos de goberno rexíanse polo establecido na Lei 7/1983, de fundacións de interese galego, e pola Lei estatal de fundacións, 30/1994, que regulaba igualmente o seu réxime fiscal.

Respecto ó seu persoal éralle aplicable a Lei 10/1996, que establecía a normativa que rexía en materia de persoal e de contratación nas entidades públicas e sociedades mercantís da Comunidade Autónoma. A mesma lei constituía o referente que había que seguir en materia de contratación, entendéndose que non lle era directamente aplicable a Lei de contratos das administracións públicas, aínda que si os principios de publicidade, concorrencia e obxectividade que rexen na contratación destas últimas.

En canto ós recursos económicos que percibían pola prestación dos seus servicios, a súa consideración de ingresos públicos era aceptada, ou non, dependendo do pronunciamento que se fixera sobre a natureza, privada ou pública, das fundacións sanitarias.

Por todo iso parecía conveniente clarifica-lo marco xurídico no que estas entidades desenvolven a súa actuación, e aproximalo por outra parte ó establecido para as fundacións sanitarias na lexislación estatal con posterioridade ó momento da creación en Galicia da primeira delas.

Ese é o obxectivo perseguido pola regulación incluída na Lei de acompañamento. A través desa norma queda expresamente establecida non só a titularidade pública das fundacións, senón tamén a súa natu-

reza pública. Confírmase o seu sometemento ás disposicións previstas na lexislación de contratos das administracións públicas respecto ós principios de publicidade e concorrncia, que afectan a preparación e adxudicación dos contratos, e ó mesmo tempo aparece determinada a relación laboral do persoal ó seu servicio e a consideración dos seus recursos como ingresos de dereito público, incluídos no ámbito de aplicación da Lei de taxas e prezos, establecéndose finalmente que serán aplicables ás fundacións, en materia financeira, orzamentaria e de control, as particularidades que para as sociedades públicas se consideran na Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia.

O percorrido pola Lei de acompañamento do actual exercicio pode completarse cunha referencia á disposición adicional oitava, que non figuraba no proxecto remitido á Cámara lexislativa polo Goberno galego e foi introducida posteriormente, mediante emenda, durante o trámite parlamentario.

Nesa disposición aparece recollida a fórmula que se utilizará no sucesivo para determina-la contía dos créditos orzamentarios que se lle asignan ó Fondo de Cooperación Local, a través do que se instrumenta a política de cooperación da Xunta de Galicia coas entidades locais. Alúdese nela tamén ós criterios que hai que seguir para a súa distribución, e faise referencia á forma na que os concellos beneficiarios xustificarán a utilización das transferencias recibidas.

A dotación do Fondo expresarase a partir do ano 2001 nunha porcentaxe de participación na recadación líquida dos capítulos I, II, e III de ingresos, do orzamento da Administración xeral da Comunidade Autónoma.

Para o actual exercicio esa porcentaxe queda fixada no 3'922%, equivalente a un total de 5.350 millóns de pesetas. Nos anos 2002, 2003, e 2004 a contía do Fondo incrementarase ademais, con carácter acumulativo, en 1.000 millóns de pesetas cada ano.

O 96% do importe que corresponda a cada exercicio distribuirase entre os concellos, por cuartas partes, como entrega a conta, conforme os criterios acordados pola Comisión Galega de Cooperación Local, e unha vez coñecida a liquidación do orzamento de ingresos da Comunidade Autónoma, e polo tanto o importe definitivo dos capítulos que determinan a dotación do Fondo, liquidaráselles ós concellos a cifra final resultante.

4. Conclusións

Ata aquí a exposición realizada sobre a orixe e a finalidade das leis de acompañamento, así como sobre a utilización que se fixo delas nesta Comunidade Autónoma.

Dela poderían extraerse, a modo de resumo, diversas conclusións.

As leis de acompañamento son leis ordinarias, vinculadas a unhas leis de carácter especial, como son as leis de orzamentos, por unha relación de complementariedade que constitúe a súa razón de ser e o seu principal elemento definitorio.

A súa tramitación realizouse sempre polo procedemento de urxencia, que discorreu en paralelo ó trámite parlamentario da Lei de orzamentos, coa que compartiron finalmente a data de entrada en vigor.

Este tipo de leis foi o vehículo elixido para o exercicio das competencias normativas da Comunidade Autónoma en materia de tributos cedidos. A través delas establecéronse deducións sobre a cota autonómica do IRPF, por nacemento ou adopción de fillos e por familias numerosas, e levouse a cabo a determinación do tipo impositivo sobre transmisións de inmobles, no imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, así como a modificación de tarifas na taxa sobre o xogo.

Noutros casos as leis de acompañamento foron utilizadas para a modificación do ordenamento xurídico preexistente de natureza non tributaria. En concreto, foron modificados once artigos da Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia e do seu texto refundido, nove artigos da Lei de función pública, catro artigos da Lei de patrimonio da Comunidade Autónoma, e dous artigos da Lei de administración local. Igualmente foi modificado o réxime xurídico das fundacións públicas sanitarias.

Por medio delas efectuouse, ademais, a creación de dous novos entes públicos: o Centro Informático para a Xestión Tributaria, Económico-Financeira e Contable, e a Axencia Galega de Desenvolvemento Rural.

En contraposición ó carácter basicamente anual das disposicións incluídas nas leis de orzamentos, as recollidas nas leis de acompañamento tiveron, salvo contadas excepcións, a vixencia permanente que lles corresponde ás leis ordinarias. Vixencia que resulta moito máis adecuada para a consecución de obxectivos que se deberán estender máis alá do ámbito temporal dun único exercicio orzamentario.

A elección de materias incluídas nas leis de acompañamento facilitou que as leis de orzamentos se mantivesen de forma menos controvertida dentro dos seus límites conceptuais, e evita-la utilización destas últimas como vehículo de reformas legislativas non ligadas estrictamente á finalidade básica e primordial ou ó carácter esencialmente temporal dese singular tipo de normas.

A inclusión desas materias realizouse en todo caso de forma selectiva, presentando sempre como nexo común, a pesar da súa heteroxeneidade, a característica de gardar relación coa dirección da política económica desenvolta a través da acción de goberno, ou de estaren destinadas, con distintos graos de implicación, a facilita-la consecución de obxectivos propios dalgúns dos diferentes programas orzamentarios. 



XURISPRUDENCIA

OS «ATALLOS» DOS PROCEDEMENTOS SANCIONADORES EN MATERIA DE TRÁNSITO: ¿Pode o Boletín de denuncia ser considerado coma proposta de resolución e audiencia?

A sentenza do 19 de decembro de 2000 (Sala 3ª, Relator:
D. Francisco González Navarro, ref. Aranzadi 485/40) e a súa doutrina
legal sobre o artigo 13.2 do Real Decreto 320/1994, de procedemento
sancionador en materia de tránsito

Carlos Alberto Amoedo Souto

Profesor asociado de dereito administrativo
Universidade da Coruña

A Sentencia do Tribunal Supremo do 19 de decembro de 2000 acaba de admitir un recurso de casación en interese da lei interposto pola Administración do Estado contra a Sentencia do Xulgado do Contencioso-Administrativo nº 2 de Málaga¹. En aplicación do mecanismo de casación especial previsto no artigo 100 da Lei xurisdiccional de 1998, o Tribunal Supremo declara que a devandita sentenza contén doutrina legal errónea, polo que, sen prexuízo de respecta-la situación xurídica particular derivada do pronunciamento xudicial, anula a sentenza do tribunal *a quo* en todo o demais.

Este pronunciamento merece un comentario pola concorrencia das dúas causas que seguen:

¹ Ó día de cerre deste traballo, 20 de xuño de 2001, non consta publicación desta STS nin no BOE nin no *Repertorio de Xurisprudencia Aranzadi*, polo que, en vez do marginal habitual deste repertorio, dou como referencia a que se publica en *Actualidade Xurídica Aranzadi*.

Por unha banda, resolve unha polémica cuestión: a da **capacidade do boletín de denuncia non só para incoa-lo procedemento administrativo sancionador, mais tamén para transmutarse directamente en proposta de resolución e audiencia**. Trátase dunha cuestión de procedemento de transcendencia constitucional que para a Administración de Tráfico resulta supostamente de imprescindíbel existencia para poder tramita-los procedementos sancionadores nunha materia tan masificada como a de tráfico.

Por outro lado, a elevada competencia técnica do maxistrado relator da sentenza, **D. Francisco González Navarro**, catedrático de dereito administrativo experto en materia de procedemento administrativo.

Antes, sen embargo, de entrar na exposición e análise da sentenza, considero moi necesaria a exposición do **problema xurídico-normativo** que esta trata de resolver: a configuración do boletín de denuncia estendido polo axente de tráfico como instrumento de iniciación do procedemento sancionador que, en determinados supostos, pode converterse en proposta de resolución e audiencia.

1. A configuración normativa do boletín de denuncia estendido polo axente de tráfico

Para entendermos cabalmente esa configuración normativa, o punto de partida é sen dúbida o Real decreto 320/1994, do 25 de febreiro, na medida en que é a disposición xeral sectorial que regula na actualidade o procedemento sancionador, de aplicación directa na materia de tráfico, circulación de vehículos de motor e seguridade vial.

Sería insuficiente, en tanto, atender a penas esta norma regulamentaria sectorial. En primeiro lugar, porque como dispón o propio artigo 1 do RD 320/1994, **en todo o non previsto por el será de aplicación supletoria** o Real decreto 1398/1993, do 4 de agosto, que regula o procedemento para o exercicio da potestade sancionadora. En segundo lugar, porque o principio de xerarquía normativa, reforzado polo seu carácter básico, obrigan todo intérprete a considerar como referentes normativos de aplicación directa os principios do procedemento sancionador previstos no capítulo II do título IX da Lei de procedemento administrativo común e as disposicións xerais sobre procedemento administrativo previstas no título VI da mesma lei, referentes imprescindíbeis á hora de integrar e valora-lo sentido das normas regulamentarias citadas.

En consecuencia, cumprirá ter presente a disposición deste grupo normativo para entender cabalmente as solucións normativas –e os problemas– adoptadas polos regulamentos de procedemento sancionador en dous distintos temas, que son os formulados pola configuración xurí-

dica do boletín de denuncia na materia de tránsito rodado: (a) a iniciación dos procedementos e (b) o principio de contradicción procesual, que se proxecta nos trámites de audiencia e de redacción da proposta de resolución.

1.1. O momento, autoridade e mecanismos de iniciación dos procedementos sancionadores

O artigo 68 LPAC establece con carácter xeral dúas grandes canles de iniciación dos procedementos administrativos: (1) de oficio ou (2) por solicitude de persoa interesada. A continuación, o artigo 69 LPAC establece que «os procedementos serán iniciados de oficio por acordo do órgano competente, ben por propia iniciativa ou como consecuencia de orde superior, a petición razoada doutros órganos ou denuncia». Por tanto, (a) o suxeito iniciador é sempre un órgano administrativo competente; (b) ese órgano pode inicia-lo procedemento por virtude de catro distintos estímulos: (1) por propia iniciativa; (2) por orde superior; (3) a petición razoada doutros órganos; (4) por denuncia.

Xa na materia especificamente sancionadora, o art. 11 do Real decreto 1398/1993 reitera o artigo 69, **mais engadindo unha definición do que se entende por propia iniciativa, orde superior, petición razoada e denuncia.** Polo que aquí nos interesa, **a propia iniciativa** é definida como «a actuación derivada do coñecemento directo ou indirecto das conductas ou feitos susceptíbeis de constituíren infracción polo órgano que ten atribuída a competencia de iniciación, ben ocasionalmente ou por te-la condición de autoridade pública ou atribuídas funcións de inspección, pescuda ou investigación». **A denuncia**, pola súa vez, é «o acto polo que calquera persoa, en cumprimento ou non dunha obriga legal, pon en coñecemento dun órgano administrativo a existencia dun determinado feito que puidera constituír infracción administrativa».

Convén subliñar que esta redacción **permite imputarlle ao axente de tráfico o carácter de órgano iniciador por propia iniciativa do procedemento sancionador**, aínda que ao prezo de forzar –ao meu xuízo, excesivamente– o concepto legal de órgano administrativo, hoxe recollido no artigo 5 da Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado coma aquela unidade administrativa ás que se lles atribúan funcións que teñan efectos xurídicos fronte a terceiros. En consecuencia, o boletín de denuncia non sería unha solicitude de iniciación do procedemento, mais un auténtico acordo de iniciación do procedemento sancionador. Sen embargo, o artigo 3 do Real decreto 320/1994 mantén que o documento que estenden os axentes da autoridade encargados da vixilancia e seguridade do tráfico é unha denuncia, denuncia que, en tanto, produce o efecto de incoar directamente o procedemento sancionador en materia de tránsito. Malia esta desharmonía

conceptual entre un e outro regulamento de procedemento sancionador, o certo é que o boletín de denuncia abre, na materia de tránsito, circulación de vehículos e seguridade vial, o procedemento sancionador.

Iso explica que nos boletíns de denuncia estendidos por axentes da Xefatura de Tráfico da Garda Civil aparezan recollidos os variados extremos que o artigo 13.1 do RD 1398/1993 e o artigo 5 do RD 320/1994 entenden necesario consignar no acordo de iniciación do procedemento:

Identificación da persoa ou persoas presuntamente responsábeis, así como do vehículo co que se cometeu a infracción (referencia ao vehículo que consta no artigo 5 RD 320/1994).

Os feitos sucintamente expostos que motivan a incoación do procedemento, a súa posíbel cualificación e as sancións que puidesen corresponder, sen prexuízo do que resulte da instrucción.

A indicación do lugar, data e hora e o nome, profesión e domicilio do denunciante (art. 5 RD 320/1994).

Instructor e, se é o caso, secretario do procedemento, con expresa indicación do réxime de recusación destes.

Órgano competente para a resolución do expediente e norma que lle atribúa tal competencia, indicando a posibilidade de que o presunto responsable poida recoñecer voluntariamente a súa responsabilidade, cos efectos do artigo 8.

Medidas de carácter provisional acordadas polo órgano iniciador.

Indicación do dereito de formular alegacións e dereito de audiencia no procedemento, así como os prazos para o seu exercicio.

Compréndese entón que un tal boletín de denuncia permita opera-lo efecto «acelerador» da tramitación do procedemento que prevé a alínea 2 do artigo 13 do RD 1398/1993:

«o acordo de iniciación seralle comunicado ao instructor, coa remisión de cantas actuacións existan ao respecto, e notificaráselle ao denunciante, se é o caso, e aos interesados, entendendo en todo caso por tal ao inculpado. Na notificación advertiráselles aos interesados que, de non efectuar alegacións sobre o contido da iniciación do procedemento no prazo previsto no artigo 16.1 [un prazo de quince días], a iniciación poderá ser considerada proposta de resolución cando conteña un pronunciamento preciso acerca da responsabilidade imputada, cos efectos previstos nos artigos 18 e 19 do regulamento».

¿Que problemas presenta semellante **aceleración** do procedemento sancionador?

Un dos puntos febles deste deseño acelerado é a notificación aos **inculpados**, interesados en todo caso no procedemento sancionador. O axente de tráfico é, conforme tal deseño, un vixilante-denunciante-incoador-notificador: un axente que vela pola aplicación do Código de circulación, e persegue os incumprimentos; un órgano administrativo con capacidade para inicia-lo procedemento sancionador en caso de constatar

un tal incumprimento; e, aínda por riba, é tamén un axente notificador do boletín de denuncia, equiparado ao acto de incoación do expediente. Pois ben, esta notificación, preceptiva non só do punto de vista regulamentario, mais tamén do punto de vista legal –pois conforme o artigo 58 da LPAC, cómpre notificar non só as resolucións de finalización dos procedementos, mais tamén os actos administrativos que afecten dereitos e intereses lexítimos, como é un acordo de iniciación– sofre a seguinte **casuística**, por mor dos suxeitos e o contexto en que se realiza:

Non se pode dete-lo vehículo, e por tanto o inculpado non pode ser identificado. Nestes casos, o artigo 10.2 do Real decreto 320/1994 establece que para que as denuncias cobren validez hai que notificar con posterioridade a denuncia, que haberá de incluí-las causas concretas e específicas polas que non foi posíbel dete-lo vehículo. Para os efectos desta notificación, o artigo 11 do RD 320/1994 considera domicilio do conductor e do titular do vehículo aquel que os interesados teñan expresamente indicado e, no seu defecto (tal é o caso da non detención do vehículo), o que figure nos rexistros de conductores e infractores e no de vehículos, respectivamente, cursándose no resto a notificación conforme os requisitos previstos no artigo 59 da LPAC. Nestes supostos, e para evita-la consabida e proteica «picaresca de se escapulir», o artigo 72.3 da LTSV impúxolle –ao prezo de bordear perigosamente a vulneración do dereito fundamental a non declarar contra un mesmo²– «un deber de denuncia» ao titular do vehículo para que este identifique o conductor infractor. O propio Tribunal Supremo ten evitado recentemente outra «modalidade de se escapulir», consistente en atrasa-la identificación do infractor para así forza-lo prazo de caducidade de seis meses que establece o artigo 16 RD 320/1994: a STS do 15 de novembro de 2000 (BOE n° 25, do 29 de xaneiro, RJ 2000\10064) estableceu, en recurso de casación en interese da lei, que «*para o cómputo dos prazos para os efectos de caducidade do procedemento terase en conta como data de iniciación a de incoación por órgano competente unha vez coñecida a identidade do infractor, que non puido ser notificado no acto da comisión da infracción, sen que para estes efectos o inicio do cómputo poida efectuarse a partir da data da denuncia do axente*». Unha interpretación *ad hoc* que, como vemos, exceptúa o teor literal do artigo 11 do Regulamento 1398/1993 e do artigo 3 RD 320/1994, para así evita-lo inesperado efecto perverso do mecanismo de aceleración consistente en lle atribuír á denuncia o valor de acto de incoación, determinante, por tanto, do *dies a quo* do prazo de caducidade de seis meses.

² Sobre a constitucionalidade deste mecanismo permítome a remisión do lector ao meu traballo, escrito en colaboración con Carlos LEMA ANÓN, «Iusnaturalismos da eficacia e seguridade e dereitos fundamentais: o exemplo da STC 197/1995, do 21 de decembro», *Anuario da Facultade de Dereito da Coruña*, n° 1, 1996, pp. 57-85.

O inculpado é identificado no acto de denuncia. Entón, como establece o artigo 10.1 do RD 320/1994, as denuncias de carácter obrigatorio formuladas polos axentes de tráfico seranlles notificadas no acto aos denunciados, e farán constar nestas os datos aos que fai referencia o artigo 5 do regulamento, así como que con elas quedan incoados os correspondentes expedientes, e en consecuencia, que o inculpado dispón de quince días para alegar canto considere conveniente á súa defensa e propo-las probas que estime oportunas. Unha vez identificado, sen embargo, o inculpado pode aceptar ou rexeita-la sinatura do boletín de denuncia. Tal opción é identificada na alínea segunda do artigo 6 do RD 320/1994³. Aínda que os boletíns normalizados non recollen clara e expresamente esta opción como un dereito do inculpado, no recadro destinado á sinatura deste intercálase o inciso «*non implica a miña conformidade*». Pese a tal advertencia, a conducta máis normal é que os inculpados se neguen a asinar. ¿Pode interpretarse tal proceder coma un comportamento atávico, vinculado a unha idiosincrasia hispana receosa do Estado ou da Garda Civil? Acho que non, porque considero que estamos perante un comportamento perfectamente racional. Pois se nos fixamos ben, resulta que a sinatura ten «trampa»: ten trampa na medida en que se se asina, efectivamente, non se produce conformidade: pero entón o boletín producirá o efecto de notificación plena da incoación do procedemento, e abrirase entón inmediatamente o procedemento e, moi especialmente, o prazo de quince días para realiza-lo prego de descargo. Co rexeitamento da sinatura, a xente abriga máis ben a idea de que entón se lle ten que notifica-la denuncia a través das canles ordinarias (correo certificado) no seu domicilio. Esperanza vulgar inútil, porque o propio artigo 59.3 LPAC establece que cando se rexeite o primeiro intento de notificación, poderase continua-lo procedemento, sen ser necesario o segundo intento de notificación a través dos trámites ordinarios (correo certificado no domicilio do inculpado)⁴.

³ «Os boletíns serán asinados polo denunciante e o denunciado, sen que a firma deste último implique conformidade cos feitos que motivan a denuncia, senón unicamente coa recepción do exemplar a el destinado. No caso de o denunciado negarse a asinar ou non soubese fcelo, o denunciante así o fará constar». Nótese a falta de precisión do que acontece en caso de negativa, fronte ao artigo 59.3 LPAC.

⁴ Art. 59.3 LPAC: «cando o interesado ou o seu representante rexeite a notificación dunha actuación administrativa, farase constar no expediente, especificándose as circunstancias do intento de notificación, e terase por efectuado o trámite seguíndose o procedemento». A LPAC non deixa claro, no entanto, se nesa secuencia do procedemento hai que proceder a practica-la notificación mediante edictos. O artigo 59.4 prevé como suposto de procedencia desta notificación o caso de que «intentada a notificación, esta non puido ter sido practicada», sen especificar se tal imposibilidade se debe a causas alleas á vontade do destinatario da notificación ou tamén a un comportamento recalcitrante deste. En calquera caso, parece doado soste-la mala fe dunha reclamación por falta de notificación en edictos cando se rexeitou previamente a notificación directa.

En calquera caso, a sinatura, lonxe de producir ou deixar de produci-lo efecto da conformidade, que é o que se lle dirá ao inculpado, produce outro efecto non claramente identificado no boletín normalizado, efecto notificador cunha explicación ao inculpado –necesaria para evita-la acusación de que a Administración se vale da ignorancia dos cidadáns para sancionalos– non deixa de demandar dos axentes de tráfico sutís capacidades pedagóxico-administrativas máis propias, en verdade, de profesores de dereito administrativo que de axentes cuns horarios e condicións de traballo que non son precisamente propicias para o sosego explicativo e didáctico da normativa administrativa aplicábel.

O inculpado identificado pode aceptar ou rexeitar recibir unha copia da denuncia. O artigo 6 do Real decreto 320/1994 establece que os boletíns de denuncia deben estenderse por triplicado: un exemplar para o denunciante, outro para o denunciado se fose posíbel e o terceiro ha de remitírselles á Xefatura de Tránsito ou á alcaldía correspondente, se estamos perante unha sanción imposta en vía urbana. Coma na anterior opción, tampouco nesta se precisan nidiamente nos boletíns normalizados de denuncia os efectos favorábeis ou contraproducentes que produce a recepción ou rexeitamento da copia por parte do inculpado. E novamente, se se acepta copia, esta producirá o efecto de notificación bastante para dar por iniciado con tódalas formalidades legais o procedemento sancionador. Se non se acepta copia, volverase aplica-la regra «aceleradora» do artigo 59.3 LPAC, regra que posibilita que, en calquera dos dous supostos –aceptación ou rexeitamento da copia– se prescinda dos demorados trámites de notificación ordinaria do artigo 59 (notificación por correo certificado no domicilio do inculpado), de resultado máis incerto polo xogo da «*picaresca de se escapulir*» das notificacións administrativas e o prazo de seis meses de caducidade desde a notificación do acordo de incoación que establece o artigo 16 do RD 320/1994.

1.2. Principio contradictorio ou dereito de defensa nos procedementos sancionadores

Velaquí o segundo aspecto feble do mecanismo de aceleración previsto no artigo 13.2 do Real decreto 1398/1993. Como sabemos, este principio funciona tamén nos procedementos sancionadores, na medida en que –se ben os actos de instrucción necesarios para a determinación, coñecemento e comprobación dos datos en virtude dos que deba pronunciarse a resolución han de ser realizados de oficio polo órgano que tramite o procedemento– os interesados teñen dereito a realizar alegacións e achegar documentos ou outros elementos de xuízo en calquera momento anterior ao trámite de audiencia (art. 78.1 e 79.1 LPAC).

Estes dereitos de alegacións e presentación de documentos, así como a solicitude de apertura do procedemento a proba, constitúen elementos imprescindíbeis para discuti-la versión dos feitos elaborada pola Administración, e así poder facer vale-los dereitos de defensa dos presuntos infractores e, xa que logo, o seu dereito constitucional á presunción de inocencia. A inversión material da carga da proba que comporta o valor probatorio recoñecido *ex lege* aos boletíns de denuncia redactados polos axentes de autoridade implica que se non somos capaces de desvirtua-los feitos aducidos por ese boletín, pesará tal valor probatorio, de modo que a sanción poderá imporse sen vulneración da presunción de inocencia. Así se desprende da configuración dos dereitos do presunto responsábel que acometen os artigos 135 e 137 do título IX da LPAC⁵. De aí que sexa de tanta importancia a posibilidade de propor e practicar proba nos procedementos sancionadores, para alén da posibilidade de achegar alegacións e documentos en calquera momento antes da proposta de resolución.

Polo demais, hai que ter presente que tanto o Tribunal Constitucional coma o Tribunal Supremo teñen considerado a proposta de resolución coma un trámite esencial cunha relevancia constitucional, que descansa no feito de posibilita-los dereitos de defensa e de coñece-la acusación recollidos no artigo 24 CE, dereitos nos que a súa plenitude no procedemento sancionador depende da notificación desa proposta de resolución, pois é o momento en que se concretan os feitos e a responsa-

⁵ Conforme o artigo 135, «Os procedementos sancionadores garantiranlle ao presunto responsábel os seguintes dereitos: a ser notificado dos feitos que se lle imputen, das infraccións que tales feitos poidan constituír e das sancións que, se é o caso, se lle puidesen impor, así como da identidade do instructor, da autoridade competente para impo-la sanción e da norma que atribúa tal competencia; a formular alegacións e utiliza-los medios de defensa admitidos polo ordenamento xurídico que resulten procedentes. Os demais dereitos recoñecidos polo artigo 35 desta lei». O artigo 137, pola súa parte, acomete unha regulación específica do dereito de presunción de inocencia do presunto responsábel. Os principais elementos dese dereito son:

Que os procedementos sancionadores han de respecta-la presunción de non existencia de responsabilidade administrativa mentres non se demostre o contrario (art. 137.1)

Non obstante, os feitos constatados por funcionarios aos que se lles recoñece a condición de autoridade e que se formalicen en documento público coa observación dos requisitos legais pertinentes terán valor probatorio sen prexuízo das probas que na súa defensa poidan achega-los propios administrados (art. 137.3).

⁶ Sobre esa cuestión, o Tribunal Supremo foi construíndo unha xurisprudencia, xa consolidada, que se reflicte, entre outras, nas súas Sentencias do 21 de abril de 1997 (RJ 1997\3335), 2 de xuño de 1997 (RJ 1997\5434), 6 de xuño de 1997 (RJ 1997\5437), 16 de marzo de 1998 (RJ 1998\2847), 24 de abril de 1999, e do 26 de maio de 1999 (RJ 1999\3949, relator D. Segundo MENÉNDEZ PÉREZ). Nesta última recóllese a seguinte doutrina: «En esencia, en esas sentencias, tras analizar las normas pertinentes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, y del Real Decreto

bilidade administrativa imputada⁶. Con carácter excepcional, sen embargo, e seguindo unha longa liña do Tribunal Supremo⁷, ámbolos altos tribunais recoñecen que ese trámite pode obviarse –posibilidade cunha configuración que ten o lexislador conforme criterios de oportunidade– cando a acusación e atribución precisa de responsabilidade se fagan nun trámite anterior, como acontece no boletín de denuncia en materia de tránsito, e –hai que subliñalo– non se lle realicen alegacións a ese boletín de denuncia⁸.

O artigo 137.3 establece que serán practicadas de oficio ou se admitirán so proposta do presunto responsábel cantas probas sexan acaídas para a determinación de feitos e posíbeis responsabilidades, e só poderán declararse improcedentes aquelas probas que pola súa relación cos feitos non poidan altera-la resolución final a prol do presunto responsábel (art. 137.4), inciso este que, de novo, constitúe unha clara manifestación do criterio de celeridade previsto no artigo 74 LPAC. Hai que lembrar, en tanto, que non admisión de probas ha de facerse mediante resolución motivada (art. 80.4 LPAC), parámetro este que permite someter a control as decisións de exclusión da proba que eventualmente puidera toma-lo órgano instructor do procedemento.

1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en concreto el artículo 137.1 de la primera, y los artículos 13.2, 18 y 19 del segundo; así como la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1989, de 6 de febrero, hemos dicho lo siguiente: cabe afirmar que el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata. Excepcionalmente, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso».

⁷ Cfr. Enrique SERRANO GUIRADO, «El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública* n.º 4, 1951, pp. 129-190, en especial pp. 147-153.

⁸ Pois se o inculpado fai alegacións e non se notifica posteriormente a proposta de resolución, os tribunais aplican estrictamente a doutrina constitucional da STC 29/1989 e anulan as sancións por lle ter causado indefensión ao acusado. Vid. por exemplo as SS.TS do 26 de maio de 1999 (RJ 1999\3949, relator D. Segundo MENÉNDEZ PÉREZ), STS do 27 de setembro de 1999 (RJ 1999\6637; relator, Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ), a moi clara Sentencia 188/1997, do 5 de maio de 1997, do Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha (RJCA 1997\898, relatora: D^a Raquel IRANZO PRADES) e, por último, a Sentencia do 27 de xaneiro de 1999 do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía-Sevilla (RJCA 1999\1461; relator, D. Rafael PÉREZ NIETO), onde se lle outorga plena validez á falta de proposta de resolución, ao non lle ter feito o acusado alegacións ao boletín de denuncia.

Seguindo na liña de atalla-los trámites dos procedementos, o artigo 84.4 da LPAC establece dentro da regulación do trámite de audiencia unha regra específica que ten colleitado, como veremos, un grande éxito no ámbito sancionador de tránsito: «*Poderase prescindir do trámite de audiencia cando non figuren no procedemento nin sexan tidos en conta na resolución outros feitos nin outras alegacións e probas que as aducidas polos interesados*». Estamos perante unha manifestación do criterio de celeridade, antigo criterio da instrucción dos procedementos administrativos previsto no artigo 29 da LPA de 1958, e que enuncia hoxe en xeral o artigo 74.1 e logo concreta o artigo 75 LPAC: «*acordaranse nun só acto tódolos trámites que, pola súa natureza, admitan unha impulsión simultánea e non sexa obrigado o seu cumprimento sucesivo*»⁹. Pois, con efecto, parece razoábel entender, como así o fai *ex lege* o propio lexislador básico, que neses dous casos (cando non figuran no procedemento, ou cando non van ser tidos en conta outros feitos e probas que as xa alegadas polos interesados) o trámite de audiencia sería unha innecesaria e antieconómica reduplicación dun trámite pensado e posto na lei para lle da-la palabra ao interesado.

Hai que advertir, porén, que ao meu xuízo ese criterio de celeridade plasmado na regra do artigo 84.4 LPAC parece pensado para os procedementos iniciados a solicitude do interesado, e non para os procedementos contradictorios de gravame como son os sancionadores. A razón desta interpretación é simple: o suposto de feito que se establece para prescindir do trámite de audiencia –a non existencia no procedemento nin consideración para resolver doutras alegacións e probas que as aducidas polo interesado– é de moi difícil, por non dicir imposible, concorrencia nun típico procedemento de gravame como o sancionador, no que a súa apertura se inicia precisamente con actividade probatoria da Administración, e cunhas resolucións que descansan necesariamente nos elementos probatorios e de convicción achegados pola Administración¹⁰. Non

⁹ A doutrina ten sinalado unanimemente a conexión desta celeridade de procedemento coa directriz de eficacia do artigo 103 da Constitución. Así, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 454-456.; LÓPEZ MENUJO, «Los principios generales del procedimiento administrativo», RAP n.º 129, 1992, pp. 56 e ss; PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2001, pp. 460-461.

¹⁰ Esta interpretación ten como premisa, sen embargo, un punto que non está nada claro na actualidade. A miña interpretación opta por non considera-la Administración –a través dos seus órganos denunciante, instructores ou resolutorios do procedemento– interesada no procedemento sancionador, alomenos nun sentido técnico-dogmático consonte o artigo 31 da LPAC, en especial a súa alínea 1.a), e o artigo 13.2 do RD 1398/1993, que distingue nitidamente entre denunciante e interesados. Recoñezo, porén, a plausibilidade da outra postura, isto é, a de considera-la Ad-

se pode descartar, certo é, a posibilidade dalgún caso illado dun procedemento sancionador aberto con e sustentado en probas autoinculpatórias achegadas polo inculpado interesado (en ser sancionado), mais non parece que esa posibilidade sexa redactada e, por tanto, relevante.

Así as cousas, o Real decreto 1398/1993 introduciu no artigo 19 as seguintes regras específicas de omisión do trámite de audiencia nos procedementos sancionadores, cunha redacción, sen embargo, que presenta perigosas ambigüidades, que subliñamos e explicamos a seguir:

«A proposta de resolución seralles notificada aos interesados, indicándolle-la posta de manifesto do procedemento. Á notificación achegaráselle unha relación dos documentos que constan no procedemento, co fin de que os interesados poidan obter-las copias dos que estimen convenientes, concedéndoselles un prazo de quince días para formular alegacións e presenta-los documentos e informacións que estimen pertinentes perante o instructor do procedemento.

Agás no suposto previsto no artigo 13.2 deste regulamento, poderase prescindir do trámite de audiencia cando non figuren no procedemento nin sexan tidos en conta outros feitos nin outras alegacións e probas que as aducidas, se é o caso, polo interesado, de conformidade co previsto no artigo 3 e na alínea 1 do artigo 16 do presente regulamento».

1ª ambigüidade: se non se realizan alegacións, o boletín de denuncia equivale –en virtude do artigo 13.2 RD 1398/1993– á proposta de resolución, cunha notificación posterior que xa non é preciso practicar, pola razón de que xa foi notificada no acto de redacción do boletín de denuncia. Isto pode colidir co dereito á defensa do inculpado en non poucos casos, como veremos inmediateamente.

2ª ambigüidade: ¿en que circunstancias procede prescindir do trámite de audiencia? A proposición normativa do artigo 19.2 resolve a cuestión de xeito moi confuso, ao acumular nun só precepto excepcións e condicións de aplicación dunha regra permisiva. Por un lado, recóllese a regra de economía procesual xa vista no artigo 84.4 LPAC, con tódalas dificultades xa expostas de aplicación cabal nos procedementos sancionadores; pero non se aclara a relación de permisión ou exclusión desa regra verbo dos supostos considerados no artigo 13.2 do RD 1398/1993. Con efecto, o precepto, confusamente redactado, pode interpretarse gramaticalmente ao menos de dúas formas ben distintas:

ministración como interesada. Verbo desta última hipótese, hai que destacar que a Administración non é o único interesado, pois tamén está necesariamente o inculpado, mentres que o teor literal do artigo 84.4 denota un **único e singular interesado**. Deixo a cuestión simplemente apuntada, pois remite á difícil definición teórica da posición da Administración nos procedementos sancionadores, ben como interesada, ben como servidora obxectiva do interese xeral (art. 103 CE).

Primeira interpretación: exclúese no caso previsto no artigo 13.2 a posibilidade de prescindir do trámite de audiencia, debendo por tanto concederse sempre. Trátase da forma máis acaída ao «sentido propio das palabras» que constitúe o primeiro canon interpretativo das normas recollido no artigo 3 do Código civil. Ademais, constitúe unha interpretación ben acaída á teleoloxía (espírito e finalidade: terceira regra hermenéutica do artigo 3 do Código civil) da regra de economía procesual do artigo 84.4 LPAC: evitar reiteración de trámites que xa foron practicados polo interesado. No caso do artigo 13.2 non se produce propiamente unha audiencia, coa consecuente vista do expediente, senón que o que se lle ofrece ao inculpado é a posibilidade de realizar nun breve prazo de quince días alegacións aos elementos presentes no boletín de denuncia, advertíndose que, do contrario, a iniciación poderase considerar proposta de resolución cando conteña un pronunciamento preciso acerca da responsabilidade imputada.

Segunda interpretación: o suposto do artigo 13.2 regula un suposto específico de omisión do trámite de audiencia, independente da regra do artigo 19.2, que só regula os casos de omisión enlazados co conector condicional «cando», que son os previstos no artigo 84.4 LPAC. E por tanto é posíbel prescindir da audiencia no suposto do artigo 13.2 do RD 1398/1993. Ao meu xuízo, adianto xa a miña opinión, esta segunda interpretación descansa nunha aplicación extravagante e «tramposa» do significado da aceleración de trámites prevista no artigo 84.4 LPAC, cunha finalidade e contexto que son moi distintos. Avanzando nesta valoración, todo indica que ese artigo 84.4 é utilizado pola Administración como simple norma de cobertura, como auténtica coartada legal dunha operación regulamentaria de recorte das garantías previstas na Lei de procedemento administrativo común.

E é neste momento onde cabe suscitar serias **dúvidas da constitucionalidade** respecto da aplicación extravagante e extensiva do trámite previsto no artigo 84.4 aos procedementos sancionadores. Pois quedou visto *supra* que, con efecto, o Tribunal Constitucional admite que, en aplicación do artigo 105.c) e 53.1 CE, o **lexislador –só por lei, di este artigo– regule casos excepcionais** onde «procede» prescindir de notificar a proposta de resolución e a concesión de audiencia. En consecuencia, a **ampliación regulamentaria** desa regulación excepcional de aspectos conexos aos dereitos fundamentais previstos no artigo 24 CE non parece compadecerse co réxime de reserva legal da regulación do exercicio dos dereitos fundamentais que prevé a Constitución.

Por outra parte, a **exclusión da «segunda audiencia»** descansa en dúas premisas de dubidosa consistencia.

A primeira é a da **suficiencia da primeira audiencia**, isto é, a correspondente ao denominado prego de descargo. Para ilustra-la inconsisten-

cia desta premisa nada mellor que unha cita dun vello traballo de Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, relator da STS do 19 de decembro do 2000: «no puede estimarse cumplido este trámite [o de audiencia] con el escrito de descargo (art. 289.b) del Código de Circulación de 1934), porque «el trámite de audiencia del interesado en la resolución de un asunto ha de dársele poniéndole de manifiesto el expediente, para que pueda alegar con conocimiento de causa, y no puede ser sustituido por el escrito que él u otra persona, en su nombre, presente sin conocimiento de las actuaciones administrativas» (STS de 11 de diciembre de 1918). Y desde luego este trámite aparece más bien configurado en la LPA como de alegaciones conclusivas, y «precisamente ha de verificarse para que tenga eficacia y validez legal, cuando, unidos todos los informes conducentes a la formulación del dictamen preparatorio de la resolución, puedan los interesados, conociéndolos, rebatirlos» (STS de 25 de junio de 1948). Es más, creemos que puede afirmarse con carácter general que el trámite de audiencia se da siempre, a menos que una Ley lo prohíba expresamente, por ser un principio general de Derecho y dado que la Administración está sometida no sólo a la Ley, sino también a los principios generales del Derecho»¹¹. Naqueles casos en que o interesado, para redacta-lo seu prego de descargo, non conta con datos incluídos no expediente, prodúcese unha clara indefensión que será preciso poder corrixir en momentos posteriores. Por exemplo, no momento de redacta-lo prego de descargo, o inculpado nunca ten á vista elementos do expediente tan importantes coma a foto do radar que acredita os excesos de velocidade, ou as probas de contraste dos tests de alcoholemia que se poden realizar en hospitais. Estes elementos probatorios non poden ser alegados porque, simple e sinxelamente, son descoñecidos polo inculpado á hora de realiza-los pregos de descargo, polo que non é unha conducta procesual de mala fe esperar que o instructor lle abra e lle notifique un período de acceso ao expediente. Ben é certo, sen embargo, que o interesado pode alegar nun eventual recurso administrativo esta evidente indefensión de procedemento, podendo entón a Administración optar entre as dúas seguintes alternativas: ben obrar de boa fe e outorgar audiencia, pondo de manifesto todo o expediente; ben obrar de mala fe, acelera-lo procedemento –permítaseme a pequena malicia– e negar audiencia con base en que non hai que ter en conta documentos novos que xa non figurasen no expediente orixinario no momento da resolución (ex art. 112 LPAC). Neste último caso, o interesado veríase abocado irremisibelmente a un proceso abreviado perante un xulgado do contencioso-administrativo, co custo económico e alta incerteza que este tipo de procesos implican.

¹¹ Cfr. «El procedimiento sancionador del código de la circulación», *Revista de Administración Pública* n° 43, 1964, pp. 415-416.

A segunda é a da consideración da primeira audiencia e do prego de descargo coma unha carga do procedemento cunha non actuación que leva o interesado estar e pasar polas consecuencias negativas da súa omisión (no noso caso, a reconversión do acto de iniciación en proposta de resolución, sen concesión de segunda audiencia), consideración sostida precisamente por González Navarro¹². Esta premisa perde a súa consistencia ao pensar nas consecuencias perversas da primeira premisa discutida: considerar como carga o dereito a presentar alegacións e a partir de aí tirar tan graves consecuencias parece unha interpretación que non se compadece suficientemente co deseño legal básico do dereito de alegacións no procedemento administrativo, que non só se codifica como tal dereito no artigo 79 LPAC, mais tamén no artigo 35 e) da LPAC.

1.3. «A reforma do artigo 13.2 do Real decreto 320/1994 operada polo Real decreto 137/2000 do 4 de febreiro»

Vistos en toda a súa complexidade os elementos xurídicos que forman a complexa cuestión do valor do boletín de denuncia, só resta por aclarar un extremo –non exento de paradoxos– antes de debruzarse o lector leitor no caso resolto pola Sentencia do Tribunal Supremo.

Trátase da redacción do artigo 13.2 do RD 320/1994. A redacción orixinal dese precepto, que foi a considerada na súa resolución polo Tribunal Supremo, dicía que *«unha vez concluída a instrucción do expediente e formulada a súa proposta de resolución, daráselles remisión desta aos interesados para que, nun prazo non inferior a dez días nin superior a quince e con vista do expediente, poidan alega-lo que estimen pertinente e presenta-los documentos que teñan por oportuno»*. Redacción clara que, ademais, contiña unha regra garante de aplicación directa que, conforme o criterio de especialidade, desprazaba as regras de aceleración previstas no homónimo artigo 13.2 e no artigo 19 do RD 1398/1993.

Pois ben, entre outros extremos, o Real decreto 137/2000, do 4 de febreiro (BOE n° 42, do 18 de febreiro), modificou a redacción do artigo 13.2 do Real decreto 320/1994, para así, en palabras do seu preámbulo, *«precisar máis nidiamente a distinción entre o trámite de audiencia ao interesado e a proposta de resolución para lle axusta-lo devandito artigo ao artigo 84.4 da Lei 30/1992»*. A nova redacción do artigo 13.2 establece que:

«Unha vez concluída a instrucción do procedemento e practicada a audiencia ao interesado polo órgano correspondente, salvo cando non figuren no procedemento nin sexan tidos en conta na resolución outros feitos e outras alegacións e

¹² Cfr. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, II, Madrid, Civitas, 1997, p. 1457.

probas que as aducidas polo interesado, o instructor comunicarlle a proposta de resolución ao órgano que teña atribuída a competencia sancionadora para que dicte a resolución que proceda»

Confeso que, por moito que releo o novo precepto e a súa exposición de motivos, son incapaz de ver nesta nova redacción unha precisión nítida de nada. Acho non ser excesivo afirmar que con esta redacción a Administración de Tráfico –por dicilo expresivamente, e nunca mellor dito– «*véndenos unha moto*», xustamente para motoriza-lo procedemento sancionador, pois trata de presentar como avance un claro retroceso na calidade do procedemento sancionador de tránsito. Pois ben mirado, a anterior redacción, ademais de ser ben máis clara, mantiña con toda corrección legal e con excelente criterio de oportunidade a obrigatoriedade da «segunda» audiencia, é dicir, da audiencia que cómpre conferir tras da proposta de resolución, e a necesidade de vista do expediente. **A nova redacción, ao contrario, perde en corrección gramatical, en precisión normativa e, o que é máis transcendente, en garantías para o cidadán:** pois o que antes era un trámite preceptivo, cun prazo certo, agora pasa a ser un trámite sometido a esa cláusula estrañamente importada e introducida con calzador desde o artigo 84.4 LPAC¹³; porque –volvo insistir– o suposto de feito desa cláusula é, nos procedementos sancionadores, absolutamente improbable, na medida en que a actividade probatoria e documental da Administración é consubstancial a todo procedemento de gravame como é o sancionador. Pérdese, así, a vista do expediente como elemento específico inherente ao período de audiencia de dez a quince días.

¹³ Lembrarei, sen entrar a fondo no tema, que a disposición adicional primeira da Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, polo que se reformou a Lei 30/1992, habilitou o Goberno para que, no prazo dun ano, reformase as disposicións regulamentarias do ámbito da Administración xeral do Estado de modo a simplificalos seus procedementos administrativos, deixando moi claro, sen embargo, que «*en ningún caso as especialidades destes procedementos poderán supor unha diminución ou limitación das garantías consagradas nesta lei*». Apunto tamén que, como lembra con acerto Juli PONCE SOLÉ (cfr. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido...*, op. cit. p. 467, por nota) o artigo 3 do Real decreto-lei 5/1996, do 7 de xuño, de medidas liberalizadoras en materia de solo e de colexios profesionais, introduciu un recorte dos prazos previstos para a tramitación e aprobación do planeamento urbanístico, indicando que o trámite de información pública en caso ningún podía exceder de dous meses. Deste xeito tan sutil, ao non se indicar cál era o período mínimo do trámite, eliminábase o réxime de prazo mínimo dun mes que prevía TRLS de 1992, e limitábase inevitabelmente o prazo máximo. Todo, para, como rezaba a exposición de motivos do RD-lei, «*simplificalos procedementos e acurta-los prazos vixentes*»...

2. Os feitos do caso e a Sentencia do Xulgado a quo: prevalencia da garantía en materia de procedemento sancionador: carácter preceptivo da segunda audiencia

Mediante Resolución do 8 de marzo de 1999, dictada polo director xeral de Tráfico, foi confirmada en vía administrativa a Resolución do 14 de decembro de 1998, dictada polo delegado do Goberno de Andalucía, pola que se sancionaba a Dona María G.F. cunha multa de 20.000 ptas. por circular co seu vehículo de motor a 143 km/hora cando a limitación nese tramo de autoestrada era de 120 km/hora.

Interposto recurso contencioso-administrativo o día 15 de xuño do 1999, este tramitouse conforme o procedemento abreviado do artigo 78 da nova lei, pois conforme a *vacatio legis* de cinco meses prevista pola disposición final 30 da Lei reguladora (Lei 29/1998, do 14 de xullo), esta entrou en vigor o día 14 de decembro de 1999.

A Sentencia do 5 de outubro de 1999, dictada polo Xulgado do Contencioso-Administrativo nº 2 de Málaga, contén no seu fundamento xurídico 2º os seguintes razoamentos xurídicos, nas que as súas principais premisas resaltaremos en negra:

«Siguiendo un orden lógico, se analiza en primer lugar el motivo alegado relativo a la ausencia de notificación de la propuesta de resolución al recurrente por omisión del trámite de audiencia. El procedimiento sancionador ha de rodearse de las debidas garantías previstas en el artículo 24.2 CE, que en principio y con las oportunas modulaciones, son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, dado que también éste es manifestación del ordenamiento punitivo. En este sentido, se exige que el implicado-denunciado disfrute de una posibilidad de defensa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración sancionadora siga un procedimiento en el que el expedientado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga. En el presente procedimiento sancionador se han vulnerado los derechos previstos en el art. 135 Ley 30/1992 y RD 320/1994, de 25 de febrero [donde] se exige, expresamente la audiencia del denunciado, la existencia de una propuesta de resolución que debe notificarse al denunciado tras la ratificación del Agente denunciante o sus alegaciones (art. 13.2 del Real Decreto citado), trámites omitidos en el caso enjuiciado, lo que impone estimar el recurso y declarar la nulidad de la resolución objeto del mismo conforme al art. 62.1 letras a) y e) de la citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Aunque el art. 19.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/1993, de 4 de agosto), de aplicación supletoria al Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial –art. 1 del RD 320/1994, de 25 de febrero– permite prescindir de un segundo trámite de audiencia «cuando no figure en el procedimiento ni

sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado de conformidad con lo previsto en el art. 3 y en el punto 1 del art. 16 del presente Reglamento». Conviene precisar que es necesario e imprescindible, en todo caso, la existencia de una propuesta de resolución con notificación al denunciado en el caso previsto en el art. 13.2 RD 1398/1993 por exigencia expresa del propio art. 19.2 RD 1398/1993 que faculta para prescindir del segundo trámite de audiencia «salvo en el supuesto contemplado por el artículo 13.2 de este Reglamento», como ocurre en el presente supuesto que se enjuicia, donde el recurrente no ha efectuado alegaciones previas de conformidad con el artículo 3 y art. 16.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/1993). En consecuencia la inexistencia, en el procedimiento sancionador en materia de tráfico, de la acusación formal (propuesta de resolución –expresión del principio acusatorio–) o la falta de la preceptiva notificación de la misma, se puede considerar un trámite esencial que vicia de nulidad el procedimiento. El acto nulo de pleno derecho carece «ab initio» de efecto alguno, de modo que los actos que sean consecuencia de ellos son igualmente nulos: «*quod nullum est nullum effectum producit*». Por todo lo expuesto procede estimar la pretensión de la actora y acordar la nulidad postulada de la resolución recaída en procedimiento sancionador de fecha 14 de diciembre de 1998 dictada por el Delegado del Gobierno en Andalucía en el expediente número 29-040-133.631-3 y por extensión la posterior dictada por el Director General de Tráfico en fecha 8 de marzo de 1999, pronunciamiento que hace innecesario, entrar a conocer del resto de los motivos impugnatorios».

3. A impugnación da sentenza polo Avogado do Estado: defensa da celeridade na tramitación dos procedementos sancionadores da Administración de tráfico

Pola súa parte, o avogado do Estado invocou como único motivo do recurso de casación en interese da lei a suposta interpretación incorrecta do artigo 13.2 do Real decreto 320/1994, do 25 de xaneiro, polo que se regula o procedemento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos de motor e seguridade vial, en relación co artigo 84.4 da Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común. Os argumentos básicos que se aducen son:

«Por el contrario, entre las modulaciones oportunas, que necesariamente implica el traslado de las garantías penales al procedimiento sancionador, hemos de considerar la norma contenida en el artículo 19.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/1993, de 4 de agosto), de aplicación supletoria al pro-

cedimiento sancionador en materia de tráfico. Las garantías esenciales de audiencia y prueba están plenamente reconocidas y no pueden entenderse vulneradas por la supuesta inexistencia de una manifestación del principio acusatorio que se puede incluso identificar con la propia denuncia que practican los agentes de la Autoridad gubernativa. Doctrinalmente, cabe entender la situación procedimental creada de diferentes formas, pero lo esencial es que los principios inspiradores de las garantías penales no resulten vulnerados en el procedimiento sancionador de que se trata. Este procedimiento necesariamente ha de adaptarse al carácter masivo de las infracciones en materia de tráfico, y la eficacia en la imposición y ejecución de las sanciones administrativas estaría notoriamente dificultada de seguirse el criterio sostenido por la sentencia objeto del presente recurso en interés de la Ley. Y sobre todo resulta desproporcionada y carente de sentido técnico-jurídico, la afirmación de que la falta de notificación de una propuesta de resolución que no incorpora ningún elemento desconocido por el interesado, vicia de nulidad el procedimiento. A esta interpretación errónea hay que sumar el grave perjuicio que para el interés general supone un clima generalizado de incumplimiento de una normativa que se dirige primordialmente a la protección de bienes jurídicos tan primarios como son la vida y la integridad física de la persona».

Tras este razonamiento, o representante da Administración solicita da Sala 3ª do Tribunal Supremo que:

«dicte sentencia por la que declare ser doctrina legal la consistente en que el artículo 13.2 del Real Decreto 320/1994 debe interpretarse en el sentido de entender preceptiva la notificación de la propuesta de resolución únicamente en aquellos casos en los que en el curso del procedimiento se haya practicado prueba o se hayan tenido en cuenta consideraciones distintas de las incorporadas por el interesado».

A argumentación do avogado do Estado xira arredor de argumentos case exclusivamente finalistas, montados a partir das seguintes premisas:

Na materia de tráfico, circulación de vehículos e seguridade vial, a actuación disciplinar dos poderes públicos busca a protección de bens xurídicos primarios como son a vida e integridade física das persoas.

Esa finalidade da actuación administrativa xustifica unhas potestades administrativas (en concreto, a sancionadora) desembarazadas de garantías de procedemento excesivas, como son as inspiradas nos principios do dereito penal e procesual recoñecidos constitucionalmente, dado que

Nun contexto de uso masivo da potestade sancionadora, esa garantía exacerbada levaría a emba-la eficacia disuasoria (prevención especial e xeral) desa potestade, criando un clima xeneralizado de incumprimento dunha normativa cunha finalidade que é de tanta importancia.

Por tanto, non se debe considerar preceptivo o trámite de redactar e notificar proposta de resolución, abrindo un período de audiencia a se-

guir, máis que cando se practicou proba ou se tivesen en conta consideracións distintas ás incorporadas polo interesado.

En consecuencia, non é preceptivo tal trámite cando o procedemento foi incoado mediante boletín de denuncia estendido polo axente de tráfico, e o interesado-acusado non fixo alegacións no prazo de quince días desde a notificación do boletín.

A máis importante falacia desta argumentación do avogado do Estado descansa –paradoxalmente– na súa falta de calidade técnico-xurídica. Moi en especial, na incorrecta concepción das relacións de integración entre as normas que compoñen o grupo normativo do procedemento sancionador: pois mediante a coartada que prestan os argumentos finalistas **preténdese afirmar unha aplicación supletoria do RD 1398/1993 cando o RD 320/1994 conta cunha regra de seu, clara, específica, posterior e vivente, cun desprazamento que só cabe entender politicamente –nunca xustificar xuridicamente– por mor desas razóns de oportunidade. Pois en termos estrictamente xurídicos, máis do que a supletoriedade –aquí inexistente, pois existe unha regra específica no RD 320/1994– o que o avogado do Estado pretende defender, malia sen recoñecelo, é un sedicente carácter básico do RD 1398/1993, carácter básico material cunha existencia da que cabe dudar hermeneuticamente con bos argumentos¹⁴.**

Vexamos xa cómo resolve a cuestión a Sentencia do Tribunal Supremo.

¹⁴ A doutrina do Tribunal Constitucional sobre a necesidade dun criterio legal formal para lle atribuír carácter básico a unha disposición normativa encontra a súa excepción xustamente neste real decreto, cun carácter material, en ausencia dun procedemento sancionador completo na propia LPAC, que aboca a TORNOS MAS (cfr. «Título competencial del Estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor», en TORNOS MAS (COORD.), *Administración Pública y procedimiento administrativo*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 43) e a PONCE SOLÉ (cfr. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido...* op. cit. p. 544) a admiti-lo seu carácter básico, pese ao seu rango simplemente regulamentario. García de Enterría considera que o RD 1398/1993 é non só unha norma básica, mais mesmo unha norma de aplicación integral (cfr. «La problemática puesta en aplicación de la LRJAP: el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal», REDA n° 80, 1993, p. 660). No meu xuízo, a literalidade do preámbulo e do artigo 1 do RD 1398/1993 obriga a considerar como supletoria esta disposición estatal, naqueles supostos que ela mesma regula. Fique, sen embargo, sinalado o problema, especialmente complexo se consideramos, para alén do anterior, as esixencias do novo criterio constitucional sobre supletoriedade instaurado a partir das SS.TC 118/1996 e 61/1997, e os criterios sobre o alcance das bases do procedemento administrativo introducidos pola STC 50/1999.

4. Os razoamentos do maxistrado relator da Sala 3ª do Tribunal Supremo, D. Francisco González Navarro

O primeiro paso da argumentación é a identificación das peculiaridades do boletín de denuncia no ámbito do tránsito:

«El expediente en que se documentan los procedimientos sancionadores en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, sin perjuicio de que haya ido adaptándose a las modificaciones de la legislación en la materia, se encuentra normalizado desde hace muchos años. Una de las más interesantes manifestaciones documentales de ese tipo de expediente lo constituye precisamente el boletín de denuncia, en el que aparecen reflejados los siguientes actos: el acto de denuncia (con especificación de los datos que exige el artículo 5 del Real Decreto 320/1994); el acto de iniciación que en este caso lo es la denuncia (art. 3 del mismo Real Decreto, que dice que el procedimiento se iniciará de oficio o por denuncia); el acto de notificación de esa iniciación (art. 10.1 del repetido Real Decreto); el acto de fijación de plazo (quince días) para alegaciones y proposiciones de pruebas (art. 10); y eventualmente y «ad cautelam», el acto de propuesta de resolución para el caso de que el denunciado no presente alegaciones (art. 13.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que es el que con carácter general y supletorio, regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora).

En aras de la claridad –que siendo siempre conveniente e incluso necesaria, lo es todavía más en un recurso de la índole del que nos ocupa– conviene transcribir ahora, antes de seguir adelante, el art. 13.2 de ese Real Decreto 1398/1993 expresamente invocado en los boletines de denuncia de que estamos hablando, y que es el que se utilizó en el concreto caso del que trae causa este recurso de casación en interés de ley. Es, únicamente, el inciso segundo de ese artículo 13.2 del Real Decreto 1398/1993, el que nos interesa. Dice así: «en la notificación [del acto de iniciación] se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el artículo 16.1 [quince días], la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con los efectos previstos en los artículos 18 [propuesta de resolución] y 19 [audiencia] del Reglamento».

Todo esto quiere decir que en el procedimiento que nos ocupa –y también en aquellos otros en que, por no haber disposición que lo excluya o lo regule de manera distinta, haya lugar a aplicar supletoriamente el citado Reglamento General 1398/1993–, la falta de presentación de alegaciones por el denunciado implica: a) que éste ha renunciado a ejercitar la facultad de alegar; b) que esa facultad está configurada como una carga procesal puesto que la no presentación de las alegaciones conlleva la consecuencia de tener por efectuados los trámites subsiguientes de propuesta de resolución y de audiencia.

Vemos, pois, cómo o relator da STS afirma, contra as súas propias premisas –pois o art. 13.2 do RD 320/1994 contén unha regulación propia

que debería desprazar á do artigo 13.2 do RD 1398/1993–, a aplicación supletoria do artigo 13.2 do RD 1398/1993 sen valorar suficientemente, ao noso xuízo, a aplicabilidade directa do artigo 13.2 do RD 320/1994. Pode que esta coincidencia de numeración entrámbolos preceptos destas disposicións xerais leve a confusión; en calquera caso, importa resaltar que unha e outra regulación é distinta, e comporta consecuencias disparas. Pois no caso do artigo 13.2 RD 1398/1993 permítese prescindir da «segunda audiencia», correspondente ao momento posterior da notificación da proposta de resolución, cousa que o artigo 13.2 do RD 320/1993 non só non permite, senón que establece a obrigatoriedade desa segunda audiencia, con vista do expediente.

A sentenza, a continuación, retoma o fío cunha manifestación do afán profesoral –tan necesario na xurisprudencia do Tribunal Supremo– do relator, D. Francisco González Navarro:

«Estamos, pues, ante un supuesto de ficción jurídica, unidad jurídica a la que recurre el ordenamiento jurídico en ocasiones muy diversas para solucionar problemas, también muy diferentes, que de otra manera no podrían quizá resolverse. Supuestos de ficción jurídica son, por ejemplo, los previstos en los artículos 11.1 párrafo segundo del Código Civil (actos y contratos celebrados en buques y aeronaves durante la navegación) y 172 y 176 (hijos adoptivos) del mismo cuerpo legal, ejemplos ambos de lo que los postglosadores, en el siglo XIV, llamaban ficciones traslativas o extensivas, pues lo que existe de una determinada manera se considera «como si» hubiera ocurrido de otro modo distinto. Es el caso también del llamado silencio administrativo, conforme al cual cuando la Administración calla, incumpliendo el deber que tiene de responder, se considera que es «como si» lo hubiera hecho y, además, en un determinado sentido, negativo o positivo (cfr. las sentencias de esta nuestra Sala y sección de 20 de abril de 1996 y de 19 de julio de 1997). [Y esto a pesar de que se siga hablando todavía en la LJCA de 1998 de acto presunto, porque la presunción constituye una unidad jurídica distinta, que pertenece al campo de la prueba, siendo un medio indirecto de fijar un hecho o de acreditar un determinado extremo]. Ficciones son, en fin –y es lo que aquí interesa poner de manifiesto– las que establece ese artículo 13.2, en relación con el 18 y el 19 del Real Decreto 1398/1993: no ha habido propuesta de resolución ni ha habido audiencia y, sin embargo, es «como si» la hubiera habido cuando –como ha ocurrido en este caso– en el boletín de denuncia se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada y el denunciado no ha presentado alegaciones pese a habersele notificado la denuncia. Y en el caso que nos ocupa el agente denunciante-notificador [que esa doble naturaleza tiene, tal como refleja el boletín de denuncia] hizo constar que la denunciada rehusó firmar el boletín de denuncia del cual se le entregó copia.

Debemos insistir ahora que en el caso que nos ocupa la autora de la infracción no formuló alegaciones, pero no porque –como dijo en su re-

curso ante el Juzgado- no se le notificara la denuncia, sino porque -como consta en el boletín de denuncia- manifestó que no deseaba firmar, si bien se le hizo entrega de un duplicado del mismo por el agente denunciante-notificador.

Y es necesario subrayar también que el artículo 10 del Real Decreto 320/1994 (sancionador en materia de tráfico) distingue dos formas de practicar la notificación de las denuncias: a) Notificación al denunciado hecha en el acto por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia de tráfico; denuncia en la que se harán constar los datos que menciona el artículo 5 y la advertencia de que con la notificación queda incoado el correspondiente expediente, y la prevención de que el denunciado dispone de un plazo de 15 días para alegar lo que considere conveniente a su defensa y proponer las pruebas oportunas. Esta es la forma normal de practicar la notificación y así lo dice expresamente el artículo de que estamos hablando. b) Notificación «a posteriori», que se produce en dos supuestos: cuando por razones justificadas que deberán constar en las propias denuncias así se considere necesario hacerlo [«podrán notificárseles»] y cuando no se haya parado a los denunciados, en cuyo caso habrá de especificársele en la notificación las causas por las que no fue posible detener el vehículo.

Aquí estamos, por tanto, en el supuesto general: notificación realizada en el acto por el agente notificador. El boletín de denuncia fue rehusado por el denunciado, pero el duplicado se le entregó al denunciado como hizo constar el agente denunciante-notificador en el propio boletín. Y debemos añadir que el Real Decreto 320/1994, con apoyo innegable en el principio de buena fe que debe presidir las relaciones jurídico-administrativas, buena fe que es exigible no sólo a la Administración sino también al administrado, prevé expresamente, saliendo al paso de eventuales conductas sugeridas por la siempre reprobable picaresca de posibles denunciados, que se entregará «un duplicado [del boletín de denuncia] al denunciado si fuere posible» (art. 7.c). Y esos casos de imposibilidad son, por lo menos, dos: que el vehículo no se haya detenido (art. 10, citado) y que el denunciado no sólo se niegue a firmar sino también a recibir el duplicado».

Esta forma de argumentar, sen embargo, parece incorrecta e, atreveríame a afirmar, mesmo perniciososa. Primeiro, porque establece unha presunción en virtude da cal a falta de rúbrica do boletín equivale unha vontade de non facer alegacións, cando expresamente o RD 320/1994 establece que a rúbrica non equivale a conformidade e, por tanto, ao contrario, a non rúbrica tampouco pode equivaler unha desconformidade e moito menos a renuncia do dereito de realizar alegacións. Segundo, porque tal argumentación ten a consecuencia de facer de peor condición a quen de boa fe acepta o duplicado que aqueloutra persoa que, desconfiando da Administración (como vemos, non de mala fe, senón con toda a razón), rexeita recibila copia coa esperanza de gañar tempo ata unha notificación ordinaria da sanción.

A continuación, a sentencia rompe a linearidade da súa argumentación para anunciarnos inexplicabelmente a resolución de admisión do recurso:

«Asimismo importa decir que las denuncias efectuadas por los agentes de la autoridad gozan de presunción de veracidad teniendo valor probatorio respecto de los hechos denunciados (art. 137.3, LRJ-PAC, y artículo 14, Real Decreto 320/1994, sancionador de tráfico); todo ello sin olvidar que, en este caso, la velocidad del vehículo y la hora y minuto de la infracción aparecen acreditados por el cinemómetro y la fotografía obrante en las actuaciones.

Es evidente que cuando se lee con atención el boletín de denuncia y se ejerce esa función calificadora que es propia, no sólo del juez, sino de todo operador jurídico, se toma conciencia que no contiene un único acto jurídico, sino una pluralidad de ellos, y es entonces cuando se está en condiciones de aplicar correctamente el Real Decreto 320/1994. Y la conclusión a la que entonces se llega, ante un caso como el que nos ocupa, tiene que ser necesariamente distinta de aquella a la que ha llegado el Juzgado en la sentencia impugnada en este recurso en interés de ley.

En el bien entendido que en un recurso de esta naturaleza nuestra sentencia ha de respetar, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida (art. 100.7, inciso final, LJCA).

Debemos, limitarnos, pues, a fijar en el fallo la doctrina legal, esto es la interpretación que a juicio de esta Sala 3ª del Tribunal Supremo de España debe darse a los preceptos aplicados, interpretación que vinculará a todos los jueces y Tribunales inferiores en grado encuadrados en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 100.7, inciso final, LJCA)».

Dito isto, o relator retoma o fío argumental e analiza o discurso xurídico do Xulgado do Contencioso-Administrativo de Málaga –parágrafo que transcribimos *supra*–. Fundamentalmente, as afirmacións sentadas sobre o artigo 19.2 do RD 1398/1993:

(...) Ese Real Decreto 1398/1993 (regulador del procedimiento sancionador general) permite prescindir del trámite de audiencia «cuando no figure en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado de conformidad con lo previsto en el artículo 3 y en el punto 1 del artículo 16» (artículo 19.2, inciso segundo).

Esto es verdad [lo dice el art. 19.2], pero es sólo una parte de la verdad. Porque el inciso primero de ese artículo 19.2, empieza diciendo: «Salvo en el supuesto contemplado por el artículo 13.2 de este Reglamento...». Y este artículo 13.2 [repetimos: del Real Decreto 1398/1993, procedimiento sancionador general] dice, como ya nos consta, que en la notificación [que fue practicada en este caso, como prevé la normativa específica de tráfico, por el agente denunciante, según hemos dicho] se advertirá al interesado que de no efectuar alegaciones la iniciación con los requisi-

tos que allí se dicen podrá ser considerada como propuesta de resolución, con los efectos previstos en los artículos 18 (propuesta de resolución) y 19 (audiencia) de este Reglamento.

Dicho con otras palabras: hay dos casos en que se puede prescindir de la propuesta de resolución y, consiguientemente, del trámite de audiencia: 1º Cuando el interesado no haya formulado alegaciones sobre el contenido del acto de iniciación del procedimiento [que en el sancionador de tráfico lo es el boletín de denuncia] (supuesto contemplado en el artículo 13.2 del Reglamento sancionador general, al que remite el inciso primero del artículo 19.2 del mismo Reglamento); y 2º Cuando aun habiéndolas formulado, no se tengan en cuenta otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado (artículo 19.2, inciso segundo, del Reglamento general citado).

En el caso que nos ocupa no era necesario formular propuesta de resolución ni dar trámite de audiencia porque estamos en el supuesto del artículo 13.2 del Real Decreto 1398/1993: la notificación se practicó por el agente denunciante, y la interesada, tal vez creyendo que, puesto que rechazó firmar podía «no darse por enterada» de la denuncia, no formuló alegaciones. Pero la notificación existió y la falta de alegaciones supone que el acto de denuncia-iniciación permite entender –conforme a ese artículo– que es «como si» hubiera habido propuesta de resolución y audiencia.

Se comprenderá ahora por qué hemos tenido que empezar analizando el supuesto concreto sobre el que se ha pronunciado el Juzgado, y por qué hemos tenido que explicar el complejo contenido de ese originalísimo documento normalizado que es el boletín de denuncia; y también se entenderá porqué hemos tenido que demorarnos en explicar que la oportunidad que se da al interesado de formular alegaciones es una verdadera carga procesal, por lo que aquél podrá optar entre alegar o no alegar, pero si opta por esto último –como aquí ha ocurrido– debe atenerse a las consecuencias; y por qué, finalmente, nos hemos entretenido asimismo en exponer cuáles son esas consecuencias –producir la conversión de la iniciación con los requisitos del artículo 5 en relación con el 10, en propuesta de resolución, mediante la ficción, en sentido técnico y propio, de que la propuesta de resolución y la audiencia han tenido lugar–.

Cabe decir, incluso, que hay motivos sobrados para pensar que es precisamente el procedimiento sancionador por infracciones de tráfico el que se ha tenido a la vista para redactar ese artículo 13.2 del Reglamento general, porque si bien el actual RD 320/1994 (sancionador en materia de tráfico) es posterior a ese otro Reglamento, la técnica procesal de que se trata –modelo de inteligente aplicación del principio de economía procesal sin merma de las garantías del presunto infractor– lleva muchos años aplicándose. Y al decir muchos años estamos queriendo decir que, en la década de los sesenta, si no antes, se aplicaba ya. Y quien desee comprobar que esto es como decimos puede acudir a la Revista Administrativa pública 43 (1964) 403-419 donde aparece estudiado «El procedimiento sancionador del Código de la circulación».

Es patente, a la vista de cuanto antecede que el recurso del Abogado del Estado debe prosperar. Y por ello debemos declarar y declaramos que para la correcta interpretación que debe darse al artículo 13.2 del RD 320/1994, Reglamento sancionador por infracciones de tráfico, hay que tener a la vista lo dispuesto en el artículo 13.2, en relación con los 18 y 19 del RD 1398/1993, Reglamento general del procedimiento sancionador, que lo suple y complementa (art. 11 [sic; debe tratarse dun erro, pois o razoamento só cobra sentido se se entende referido ao artigo 1 do RD 320/1994]).

En consecuencia: aquel artículo 13.2 del RD 320/1994 únicamente exige que la propuesta de resolución se notifique al interesado cuando figuren en el procedimiento o sean tenidos en cuenta otros hechos u otras alegaciones y pruebas distintas de las que, en su caso, hubiere aducido el interesado de conformidad con lo previsto en el artículo 3 y en el número 1 del artículo 16 del citado Real Decreto».

A resolución da sentenza, na que se identifica coa debida precisión que demanda o artigo 100.7 da LXCA a doutrina legal establecida polo Tribunal Supremo, establece que

«debemos declarar y declaramos que la sentencia dictada en dicho proceso contiene doctrina legal errónea, por lo que, sin perjuicio de respetar, en todo caso, la situación jurídica particular derivada del fallo, según establece la ley para este tipo de recursos, debemos anular dicha sentencia en lo demás, declarando que el artículo 13.2 del Real Decreto Reglamentario 320/94, sobre procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial debe interpretarse en el sentido de que la notificación de la propuesta de resolución que corresponda dictar en el procedimiento no es preceptiva ni tiene, por tanto, que notificarse al interesado, siendo también innecesario el trámite de audiencia, en cualquiera de estos dos casos: 1º Cuando el interesado no haya formulado alegaciones sobre el contenido del boletín de denuncia que inicia el procedimiento; y 2º Cuando, habiéndolas formulado, no se tengan en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado».

4. Conclusión final

A exposición teórica que antecedeu a estes razoamentos xurisprudenciais da STS do 19 de decembro do 2000 permitiunos contar de antemán coas pistas necesarias para entender con algunha profundidade os problemas xurídicos expostos na sentenza, polo que non é preciso agora estendernos na análise e valoración das premisas, os acaneos dialécticos, as omisións técnico-xurídicas, as opcións interpretativas desbotadas e escolliadas; en definitiva, a inevitábel cota de arbitrio xudicial inherente a esta

ou calquera outra decisión xurisprudencial¹⁵. Si parece interesante apurar, en cambio, o significado da **política xurídica** seguida na sentenza por mor xustamente dese arbitrio.

Con esta decisión, o Tribunal Supremo confirma, máis unha vez, o seu tradicional papel de garante da eficacia como valor estrutural dos procedementos administrativos, especialmente dos sancionadores e, máis precisamente, nos sancionadores de tránsito¹⁶. Pese a que a aposta administrativa pola celeridade e a simplificación deses procedementos non está tan ben fundamentada en puros termos xurídico-técnicos como nun primeiro momento puidera parecer –así cremos telo demostrado ao longo deste traballo–, sen embargo imponse no Tribunal Supremo a dupla idea de que a aceleración e simplificación dese procedemento sancionador tan masificado (a) é beneficioso para o interese xeral e (b), doutro xeito, non menoscaba non razoabelmente os dereitos dos inculpados. Velaí a verdadeira *ratio decidendi* sobre a cal se artella a argumentación da STS do 19 de decembro de 2000, que devén así, en definitiva, perfecto exemplo das ambiguas finalidades e consecuencias das políticas de simplificación administrativa desenvolvidas durante os anos noventa¹⁷ baixo a éxida do reformismo neoliberal do Estado contemporáneo e a súa revalorización do principio de eficacia administrativa.

Sucintamente, e para resumi-los atrancos xurídicos que se opoñen á argumentación da sentenza, cabería redargüír a eses dous alicerces da *ratio decidendi* o seguinte:

Verbo do argumento (a), é discutible o enlace causal directo trabado pola sentenza –acollendo acriticamente a postura do avogado do Estado– entre aceleración do procedemento sancionador e salvagarda da vida das persoas, co conseguinte aumento da seguridade no tráfico rodado. Recentemente, Tomás Cano Campos puxo de manifesto ata qué punto a actividade de limitación policial do tránsito –enfoque institucional dominante neste ramo– aínda sendo inevitabelmente necesaria, resulta insuficiente para disciplina-la circulación de vehículos de motor

¹⁵ Cfr. o importante libro de Alejandro NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000; en especial, para o que segue, as consideracións vertidas nas pp. 298-303.

¹⁶ Cfr. Carlos AMOEDO SOUTO, *Poder Policial y Derecho Administrativo*, A Coruña, Servicio de Publicacións da Universidade da Coruña, 2000, pp. 402-405 e 430-433.

¹⁷ Cfr. a panorámica de Joaquín TORNOS MAS, «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, n° 151, 2000, pp. 39-76, con consideracións críticas sobre tales ambigüidades en pp. 63 e ss. Para o caso francés, vid. Jacques CHEVALLIER, «L'accélération de l'action administrative», *Revue Française d'administration publique*, n° 84, 1997, pp. 593-607, onde se expón con lucidez que o culto á *performance* e á rapidez administrativa pon en causa a lóxica administrativa legal-burocrática, caracterizada pola lentitude e a regularidade xuridicamente codificada do comportamento administrativo.

na actualidade. Moitos outros factores influentes na xeración de riscos vinculados ó tránsito demandan modos distintos de actuación dos poderes públicos, de modo que é lexítimo dubidar da centralidade da potestade sancionadora como mecanismo de prevención ou represión de comportamentos desviados do Código de circulación.¹⁸ Así o permite facer, desde logo, a evidencia empírica dispoñible no Anuario Estatístico do Ministerio do Interior de 1999. Segundo os seus datos, durante ese ano cursáronse un total de 2.261.140 denuncias en materia de tráfico; contra esas denuncias tramitáronse 372.437 recursos, dos cales 297.007 confirmaron a resolución, 17.765 modificárona, 25.155 revogárona, 5.925 anulárona e 26.585 foron declarados inadmisibles. Tramitáronse 3.477 recursos contencioso-administrativos contra sancións de tráfico, pero non se especifica os que foron resolvidos a favor ou en contra da Administración. Pois ben, se acudimos ao **cadro de evolución anual das denuncias formuladas**, veremos que esa evolución é **progresivamente descendente desde 1986**, ano en que se presentaron 3.819.933, ata hoxe. **É, porén, a cifra de accidentes con vítimas (mortos ou feridos) desde 1974 é netamente ascendente**: 99.803 nese ano, 119.755 en 1979, 142.564 en 1986, 162.424 en 1990 (a partir de aquí experimenta un descenso), 127.183 en 1995, 130.851 en 1997 e, finalmente, 148.632 en 1999. O número de mortos mantense tamén bastante estable, desde os 4.139 de 1974, ata os 5.738 de 1999, destacando o período de 1988 a 1993, no que se superaron os seis mil mortos (en 1989 mesmo se excede a cifra de sete mil mortos).

Verbo do argumento (b), ese non-menoscabo de dereitos procedementais dos cidadáns inculpados non é todo o sólido que debería ser:

■ Primeiro, porque configura dogmáticamente como carga o que constitúe un dereito –o dereito a lle realizar alegacións ó contido do boletín de denuncia–, cunha inacción que pasa a ter consecuencias negativas para o seu titular. Estimúlase así, paradoxalmente, que os inculpados presenten alegacións formularias, formais e baleiras de contido, con tal de non ser prexudicados no seu dereito a ser oídos nos procedementos sancionadores. O efecto conseguido coa utilización taumatúrxica deste atallo sería, daquela, non unha boa Administración, mais pura e simplemente todo o contrario¹⁹

■ Segundo, porque o suxeito que decide dar ou non audiencia, e cómo, e a propia Administración a través dunha lectura parcial dos seus

¹⁸ Vid. *El régimen jurídico-administrativo del tráfico. Bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones*, Madrid, Civitas-DGT/Ministerio del Interior, 1999, en todo o seu capítulo, e en especial as pp. 725-727.

¹⁹ Cfr. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido...*, op. cit., p. 467.

propios regulamentos, sen que o Tribunal Supremo –se cadra obnubilado polos fáciles argumentos finalistas do avogado do Estado– alcance a ve-los claros problemas de legalidade e mesmo de inconstitucionalidade, que se derivan desta conducta. A presunción de que ese dereito de audiencia –tan esencial para unha boa Administración e dotado, sen prexuízo, dun contido constitucional ex art.105 c) e 24.2 CE– se satisfai coa posibilidade de facer alegacións sen vista do expediente nun prazo de 15 días que se abre cun boletín notificado, *velis nolis*, no acto de denuncia polo axente de tránsito, parece unha interpretación voluntarista e audaz.

En definitiva, a decisión tomada pola STS do 19 de decembro de 2000 nese auténtico laboratorio administrativo que é a disciplina do tránsito rodado, ilustra cómo a **directriz constitucional e legal de eficacia, sumada aos criterios de simplificación, «performance» e rapidez administrativas, poden topar na legalidade, nas formalidades burocráticas e nas garantías procedementais de dereito público un perigoso punto de ataque:** punto de ataque asediado, de resto, desde outras tácticas político-administrativas de tanto éxito como a fuxida formal cara ao dereito privado, o desenvolvemento de formas organizativas mixtas (como as fundacións públicas), ou a erosión do modelo de función pública para o cumprimento de tarefas de interese xeral. 

Órgano emisor: MINISTERIO INTERIOR (BOE 18-2-2000, núm. 42) Modifica el Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto 320/1994, de 25-2-1994 (RCL 1994\1149).

El Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero (RCL 1994\1149), adecuó este procedimiento administrativo a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La modificación de esta última por la Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999\114 y 329), repercute necesariamente en algunos aspectos del procedimiento sancionador en materia de tráfico que es preciso ajustar a la nueva normativa.

La nueva regulación, que se contiene en el artículo 44.2 de la citada Ley del momento en que surte sus efectos en los procedimientos sancionadores la falta de resolución expresa en el plazo establecido exige modificar, en el Reglamento citado, el plazo en que se produce la caducidad regulada en el artículo 16. De otra parte, la supresión de la prohibición de delegación de la potestad sancionadora, que se establecía en el antiguo artículo 127.2 de la Ley 30/1992, aconseja que se prevea expresamente esta posibilidad fijando reglamentariamente las autoridades delegadas en el artículo 15. Al propio tiempo, es preciso introducir algunas modificaciones en este artículo al haber desaparecido la figura de los Gobernadores Civiles. Por último, se modifica el artículo 13.2 en el sentido de precisar más nítidamente la distinción entre el trámite de audiencia al interesado y la propuesta de resolución para ajustar dicho artículo al 84.4 de la Ley 30/1992.

En su virtud a propuesta del ministro del Interior, previa aprobación del ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de febrero de 2000, dispongo:

Artículo único

Los artículos 13.2, 15, 16 y 17.1 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero, quedarán redactados del modo siguiente:

Artículo 13.2

Una vez concluida la instrucción del procedimiento y practicada la audiencia al interesado por el órgano correspondiente, salvo cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos y otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, el instructor elevará propuesta de resolución al órgano que tenga atribuida la competencia sancionadora para que dicte la resolución que proceda.

Artículo 15

1. Los Delegados o Subdelegados del Gobierno, en su caso, y los Alcaldes, dictarán resolución sancionadora o resolución que declare la inexistencia de responsabilidad por la infracción. Dicha resolución se dictará por escrito conforme previene el artículo 55.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, salvo que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, en cuyo caso el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido conforme previene el artículo 55.2 de la referida Ley. La resolución habrá de notificarse en el plazo de seis meses desde que se inició el procedimiento, deberá ser motivada y decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento.

2. La resolución no podrá tener en cuenta hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, sin perjuicio de su diferente valoración jurídica.

3. Las autoridades que tengan atribuida la potestad sancionadora en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, podrán delegar sus competencias en los Jefes Provinciales y Locales de Tráfico o en éstos y en los Subdelegados del Gobierno correspondientes cuando se trate del Delegado del Gobierno. La potestad sancionadora también podrá delegarse por los Alcaldes con arreglo a las normas por las que se rige la Administración local.

Artículo 16

Si no se hubiese notificado la resolución transcurridos seis meses desde la iniciación del procedimiento, se producirá la caducidad de éste y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable a los interesados o en el supuesto de suspensión del procedimiento previsto en el artículo 2.1 del presente Reglamento, así como también por las causas previstas en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Artículo 17.1

Contra las resoluciones de los Subdelegados del Gobierno podrá interponerse recurso de alzada en el plazo de un mes ante el Delegado del Gobierno, quien podrá delegar la competencia para resolver en el director general de Tráfico. Y contra las resoluciones de los Delegados del Gobierno podrá interponerse recurso de alzada en el plazo de un mes ante el ministro del Interior, quien igualmente podrá delegar la competencia para resolver en el director general de Tráfico.

SENTENCIA DE 27-1-1999 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

(Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla,
Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 30)

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Pérez Nieto

Texto: Don Pedro L.R. interpone recurso contencioso-administrativo contra Resolución de la Dirección General de Tráfico de 2-8-1996, por la que se confirmaba la Resolución de la Autoridad Sancionadora de la Provincia de Almería, de fecha 26-1-1996, en la que se impuso al recurrente las sanciones de 50.000 ptas. de multa y la privación del permiso de conducción durante un mes. El TSJ estima en parte el recurso, anulando parcialmente la Resolución impugnada y dejando sin efecto la sanción en ella impuesta, de suspensión del permiso de conducir durante un mes por estimarla no conforme al ordenamiento jurídico, dejando subsistentes los demás extremos de la Resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se debate en el presente recurso contencioso-administrativo la conformidad a Derecho de la Resolución de la Dirección General de Tráfico de fecha 2 agosto de 1996, que confirmaba las sanciones de multa de 50.000 ptas. e privación por un mes del permiso de conducción impuestas al recurrente por Resolución de la «Autoridad Sancionadora de la Provincia» de Almería de fecha 26 de enero de 1996 y por unos hechos que tuvieron lugar el día 21 de noviembre de 1995 que consistieron supuestamente en «circular a 90 km/h teniendo limitada la velocidad a 50 tratándose de una limitación genérica en vía urbana». La parte recurrente aduce diversos motivos de impugnación que serán analizados en los fundamentos siguientes. Por su parte la Abogacía del Estado ha opuesto la inadmisibilidad del recurso por incompetencia territorial cuestión que exige su examen prioritario.

SEGUNDO. Examinadas, las actuaciones se comprueba que la resolución originariamente impugnada emana de la «Autoridad Sancionadora Provincial» de Almería tratando dicha resolución de materia sancionadora no contemplada en los supuestos de fuero electivo del art. 11.20, en relación con el art. 10 b) de la LJCA (RCL\1956\1890 y NDL 18435). La estricta aplicación de las normas de competencia, que son indisponibles sólo podría matizarse en cuanto pudieran afectar a los Derechos Fundamentales en los términos del art. 5.1 de la LOPJ (RCL\1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) debiendo ponderarse los intereses en juego visto que las normas de competencia se incardinan en otro Derecho Fundamental, el Derecho al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley, del que es titular la otra parte del proceso. Tal ponderación tendrá por objeto el valorar si en el supuesto concreto se produce una limitación significativa del derecho a la tutela efectiva y si en este caso cabría un acomodo vía interpretativa con la Norma

Fundamental. En el caso que nos ocupa, y visto el avanzado momento procesal de las actuaciones (deliberación y fallo) se entiende por la Sala que la remisión de las actuaciones a las Salas de Granada del TSJA, haría padecer el derecho a la Tutela Efectiva del recurrente por lo que se estima pertinente la aplicación analógica de los mencionados arts. 11.20 y 10 b) de la LJCA de 1956 en un criterio ya adoptado por la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción 29/1998, de 13 de julio (RCL\1998\1741). La causa de inadmisibilidad debe rechazarse.

TERCERO. El recurrente alega la incompetencia del órgano del que emana la resolución sancionadora, presuponiendo que la pronunció la Jefatura Provincial de Tráfico. Sin embargo en el expediente consta un listado de resoluciones sancionadoras autorizadas por el Gobernador Civil de la Provincia de fecha 28-1-1995 entre la que se encuentra la correspondiente al recurrente. Así, la resolución administrativa ha adoptado la forma verbal «de orden», con los requisitos previstos en el art. 55.2 de la LRJ-PAC, 30/1992 (RCL\1992\2512, 2775 y RCL\1993\246) emanando del competente Gobernador Civil de la Provincia. El motivo ha de rechazarse.

CUARTO. Se alega, asimismo la vulneración de trámites esenciales del procedimiento al haberse omitido la propuesta de resolución y el tramite de audiencia. Vista la cuestión planteada hay que partir de la adecuada integración del Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobado por el RD 320/1994, de 25 de febrero (RCL\1994\1149), con las exigencias derivadas del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por RD 1398/1993, de 4 de agosto (RCL\1993\2402). En lo que se refiere a la propuesta de resolución contemplada en el art. 13.2 del RD 320/1994, habrá que tener en cuenta que el acto de iniciación podrá ser considerado como propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada (art. 13.2 del RD 1398/1993). Y en el procedimiento sancionador en materia de tráfico las denuncias debidamente notificadas tienen la virtualidad de incoación del expediente sancionador (art. 10.1 del RD 320/1994). Lo cierto es que en el caso que nos ocupa, y visto que el recurrente formuló alegaciones contra la denuncia, debió tener lugar propuesta de resolución y trámite de alegaciones (art. 13.2 del RD 320/1994) pero este defecto procedimental no resulta invalidante en los términos del art. 63.2 de la LRJ-PAC visto que no existió indefensión para el recurrente puesto que los hechos por los que fue sancionado, su calificación, y las posibles sanciones, ya se contenían en la denuncia notificada ante la que presentó alegaciones. El motivo no puede ser acogido.

QUINTO.

SEXTO. Impugnó el recurrente, por desproporcionada, la procedencia de la imposición de la sanción de la suspensión del permiso de conducción durante un mes. El art. 67 segundo inciso de la Ley de Seguridad Vial (RCL\1990\578 y 1653) establece que «En el caso de infracciones graves o muy graves podrá imponerse además la sanción de suspensión del permiso o licencia para conducir hasta tres meses». El art. 69 de dicha Ley, y bajo el Título «Graduación de sancio-

nes» dispone que dichas sanciones se graduarán en atención a la gravedad y trascendencia del hecho a los antecedentes de infractor y al peligro potencial creado. La interpretación conjunta de los dos preceptos antes reseñados supone que la aplicación de la sanción agravatoria consistente en la privación del permiso de conducción debiera estar justificada en un «plus» de gravedad que se adicione a las circunstancias de hecho que pudieran encajar en el tipo de la infracción. La resolución sancionatoria atribuye al recurrente un hecho consistente en sobrepasar el límite de velocidad, hechos que se califican de una infracción grave del art. 50 del Reglamento General de Circulación. No consta en dicha resolución ni en otro lugar del expediente ninguna otra circunstancia que indique que la acción del recurrente introdujo un elemento de gravedad superior al que describe el tipo del art. 50 del RGC ni tampoco que causara un aumento del riesgo potencial. Si a ello unimos que la expresión «intrínseca gravedad» que se utiliza en la resolución sancionatoria para justificar la sanción de suspensión del permiso de conducción, viene a ser una tautología insuficiente para una adecuada motivación se debe concluir por la Sala que la imposición de dicha sanción no fue conforme a Derecho estimándose así el recurso contencioso-administrativo en este punto.

SENTENCIA 188/1997, DO 5 DE MAIO DE 1997 (RJCA 1997\898),

*do Tribunal Superior de Xustiza de Castilla-La Mancha,
Sala doContencioso-administrativo*

Relator: D^a Raquel Iranzo Prades

Texto: Don Agustín A. C. promovió recurso contencioso contra resolución desestimatoria presunta de la Dirección General de Tráfico del recurso ordinario deducido contra resolución sancionadora recaída y por la que se imponía al actor multa de 50.000 ptas. y retirada de permiso de conducir por dos meses. El TSJ estima el recurso y anula el acto interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El actor fue denunciado por agentes de la Guardia Civil de Tráfico el día 23 de junio de 1994 cuando circulaba a las 12.10 horas con su vehículo AB-...-I en la C-415 p.k. 262 con dirección Jerez, por efectuar un adelantamiento sin existir espacio libre suficiente en el carril que utilizaba para la maniobra obligando a girar bruscamente a quienes circulaban en sentido contrario. **Iniciado expediente sancionador y notificada la denuncia al señor A., por éste se formularon las alegaciones que estimó pertinentes, tras lo cual se ratificó en la denuncia el agente denunciante, dictándose resolución sancionadora en la que se estimaba infringido el artículo 84.1 de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y se impuso una sanción de 50.000 pesetas de multa y dos meses de suspensión de la autorización administrativa para conducir por Resolución de 27 diciembre 1994. Frente a la desestimación presunta**

del recurso ordinario deducido contra el acto dictado por la Jefatura Provincial de Tráfico se inició la vía jurisdiccional, pendiente la cual por la Dirección General de Tráfico del Ministerio de Justicia e Interior se desestimó expresamente el recurso ordinario por Resolución de 3 noviembre 1995. Diversos son los motivos de impugnación que por el actor se articulan en la demanda para combatir la resolución sancionadora, imputándose en primer lugar determinados vicios formales en base a los cuales se pretende la nulidad del acto, tales como que no fue dictada por la autoridad competente y que se vulneró en el expediente el derecho de defensa reconocido en la Constitución al haberse omitido la propuesta de resolución. Al margen de ello, y ya referidos a la cuestión de fondo planteada, se niega inicialmente la existencia de la infracción manteniéndose que no existió peligro para la seguridad del tráfico con el adelantamiento efectuado por lo que tampoco en ningún caso procedería la privación del permiso de conducir, a la vez que se imputa finalmente falta de proporcionalidad al acuerdo sancionador.

SEGUNDO. Hay que destacar en principio la invocada nulidad de la resolución sancionadora por haberse dictado por órgano incompetente, por cuanto el actor con esa afirmación confunde la notificación que del acuerdo se le hace y que va firmada por el Jefe Provincial de Tráfico, del propio acuerdo sancionador que fue dictado por el Gobernador Civil según se acredita en período probatorio cumpliéndose escrupulosamente lo dispuesto en el artículo 68.4 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

De otro lado se denuncia la inexistencia en el expediente sancionador de la propuesta de resolución que contempla el artículo 13 del Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial aprobado por Real Decreto 320/1994, de 24 febrero. En efecto la citada normativa vino a desarrollar el procedimiento sancionador en materia de tráfico esbozado en el artículo 79 de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial, e **introdujo como un trámite más del procedimiento la propuesta de resolución** que será formulada una vez concluida la instrucción del expediente y previamente a dictar la resolución sancionadora (artículos 13, 14 y 15 RD 320/1994). Por la regulación que se hace en la citada normativa, parece que **la propuesta de resolución sólo podría obviarse en un procedimiento, como la propia Administración reconoce, si tras la notificación de la denuncia no se realizaran frente a ella alegaciones por el interesado**, en cuyo caso la iniciación del procedimiento sería considerada propiamente como propuesta de resolución. Esa es una conclusión lógica desde el momento en que los datos y elementos de hecho a tener en cuenta por la Administración para dictar la resolución sancionadora si por la persona contra la que se dirige el expediente no se ha reaccionado frente a la denuncia, son los mismos que se contenían en ésta, de modo que no se habría producido alteración alguna en el debate que determinara la necesidad de dictar una propuesta de resolución.

Supuesto distinto es el que por el interesado se reaccionara al tener conocimiento de la denuncia formulada, como implícitamente viene a reconocer la Jefatura Provincial de Tráfico en la notificación que se hace de la denuncia, en cuyo caso la necesaria fijación de los hechos imputados tras la revisión del contenido de la denuncia, de las alegaciones realizadas por la parte y, en su

caso, de la prueba practicada, habría de venir dada por la propuesta de resolución como vehículo a través del cual se trasladan al administrado los hechos que definitivamente se le imputan y la graduación de la sanción que se propone por el órgano instructor. Sin embargo, aun a pesar de la clara dicción del artículo 13.2 del Real Decreto 320/1994 que configura la formulación de la propuesta de resolución como un trámite de ineludible cumplimiento, y de la interpretación que hace de ello la propia Jefatura Provincial de Tráfico en el seno de la instrucción del expediente asumiendo la innecesariedad de dictarla única y exclusivamente en el supuesto de que por el denunciado no se formularan alegaciones, lo cierto es que en el expediente que revisamos no fue dictada propuesta de resolución aun cuando se comprueba que el señor A. C. reaccionó contra la denuncia remitiendo escrito después de que le fuera notificada, donde negaba la veracidad de los hechos que contenía y aportaba la declaración de una tercera persona que afirmaba haber visto la sucesión de los hechos controvertidos, existiendo además la ratificación del agente denunciante. La necesaria valoración que de todos esos datos hubo de hacer el órgano instructor en el seno del procedimiento a través de la propuesta, previamente a ser dictada la resolución, no se realizó, quedando por determinar la trascendencia que esa omisión ha de llevar aparejada.

Sobre esta específica cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, señalando en la de 30 marzo 1989 que la propuesta del instructor es un momento decisivo del expediente sancionador que abre la última vía de defensa efectiva a la que tiene derecho el expedientado frente a la calificación de los hechos, siendo el equivalente al escrito de calificación definitiva del proceso penal. En el mismo sentido ahonda el Tribunal Supremo en Sentencias de 25 septiembre 1990, 24 febrero 1992 ó 9 mayo 1995, concluyendo que la omisión de la comunicación de la propuesta de resolución integra una violación del derecho constitucional de defensa en el seno del procedimiento sancionador y más concretamente del derecho del interesado a ser informado de la acusación formulada contra él reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, como así lo declara el Tribunal Constitucional en Sentencia 29/1989, de 6 febrero, cuando afirma que, sin ningún género de dudas, el derecho a conocer la propuesta de resolución de un expediente sancionador forma parte de las garantías establecidas por el artículo 24.2 de la Constitución pues sin ello no hay posibilidades reales de defensa. La consecuencia que se depara por la jurisprudencia examinada a la inexistencia o falta de comunicación de la propuesta de resolución es la anulación de la sanción impuesta con retroacción de las actuaciones del procedimiento sancionador al momento en que debió dictarse.

TERCERO. Por lo expuesto procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, sin que se hayan observado circunstancias que aconsejen un especial pronunciamiento en costas.

STX DO PAÍS VASCO DO 22 DE MAIO DO 1998 (RJCA 1998\3659)

Relator: Ilmo. Sr. D. Jesús María Chamorro González

TRÁFICO, CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS Y SEGURIDAD VIAL: Infracciones y sanciones: procedimiento sancionador: denuncia: notificación en el acto al infractor: falta de: circunstancias que impidieron efectuar la notificación en el acto al denunciado: constancia en el boletín de denuncia: inexistencia: sanción: nulidad procedente.

Texto: Doña M^a Concepción V. U. interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución de la Consejería de Interior del Gobierno Vasco, de fecha 31-1-1996, desestimatoria del recurso ordinario formulado contra resolución de 10-9-1993 por la que se impone al recurrente una sanción de 25.000 ptas. por infracción de tráfico. El TSJ estima el recurso anulando el acto impugnado por no ser conforme a Derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que por el Procurador de los Tribunales señor Bustamante Esparza en nombre y representación de doña M.^a Concepción V. U. se interpone recurso en la vía contencioso-administrativa contra la Resolución dictada con fecha 31 enero 1996 por el Gobierno Vasco, Consejería de Interior por la que se desestima el recurso ordinario interpuesto por el recurrente contra la Resolución de 10 septiembre 1993 por la que se impone al recurrente una sanción de 25.000 ptas. Por infracción de tráfico; recurso de cuya demanda se dio traslado a la Administración demandada que contestó en tiempo y forma oponiéndose.

SEGUNDO. El actor considera que la sanción recurrida es disconforme a derecho ya que vulnera lo dispuesto en el art. 77 del RD Leg. 393/1990 (RCL\1990\578 y 1653), Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, dado que no se ha notificado al infractor la denuncia en el acto, ni se ha expresado en la misma los motivos por los que no se hizo constar la no notificación. La Administración demandada se opone a las pretensiones que la recurrente ejercita, considerando que el recurso debe ser desestimado por ser el acto recurrido conforme con el Ordenamiento Jurídico, al no tratarse de un procedimiento sancionador incoado en virtud de denuncia, sino que es incoado de oficio por la propia Administración, al conocer a través de un medio técnico unos hechos que pudieran constituir infracción, cual es el caso del cinemómetro que se acciona cuando un vehículo circula a mayor velocidad que la permitida disparando la correspondiente fotografía.

TERCERO. No cabe duda de que el expediente sancionador en materia de tráfico y seguridad vial puede ser incoado del 75.1 de la Ley y el art. 3 del Reglamento (RCL\1992\219 y 590) que regula el Procedimiento Sancionador, siendo necesario para dar lugar a la primera de dichas formas de incoación que la Administración tenga noticias de los hechos que puedan constituir infracciones a los preceptos de la Ley.

Esta forma de iniciación del procedimiento sancionador requerirá la adopción del pertinente acuerdo del órgano competente para resolverlo, en el que se disponga la incoación y además la notificación al expedientado de los hechos que se le imputen, infracciones que puedan constituir y las sanciones en que haya podido incurrir por ello, pues aunque el Reglamento aprobado por RD 320/1994, de 25 febrero (RCL\1994\1149), no regula con detalle esta forma de incoación del procedimiento sancionador, tales exigencias se desprenden de lo que establecen los arts. 134 y 135 de la Ley 30/1992 (RCL\1992\2512, 2775 y RCL\1993\256) y el art. 13 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, este último aplicable por analogía que permita llenar la laguna que muestra el RD 320/1994 al no precisar el contenido mínimo del acuerdo de incoación de oficio del procedimiento sancionador en materia de tráfico y seguridad vial.

Desde esta perspectiva, y analizando el expediente sancionador tramitado, se observa que en el mismo no existe acuerdo alguno que disponga la iniciación de oficio del procedimiento sancionador, pues el mismo se inicia con un boletín de denuncia en el que no constan datos de identificación de los agentes denunciados, aunque sí contiene los datos del vehículo infractor, de la infracción cometida y del lugar en que se comete.

A continuación existe una notificación de la denuncia, hace constar, además de los demás requisitos legalmente exigidos, que la causa de la no notificación fue «no detención por necesidades del tráfico», de modo que resulta patente que el expediente no se incoa de oficio, sino en virtud de denuncia de los agentes que establecieron el dispositivo de radar. No es pues un supuesto de incoación de oficio y además tampoco se cumplen los requisitos para tal forma de iniciación exigidos, por lo que decae la argumentación de la representación procesal de la demandada que también resulta incongruente con el propio actuar administrativo, pues mal se compadece que ahora se sostenga que no existía obligación de notificar en el acto la denuncia cuando en la notificación de la misma se expresan las causas que al parecer de la Administración determinaron la omisión del deber de practicarla en el acto al denunciado.

CUARTO. En tal caso es de aplicación la doctrina contenida en las Sentencias de este Tribunal de 12 abril y 19 mayo 1995, dictadas a los Recursos núms. 2478/1992 y 48/1993 a las que cabe añadir entre otras las de 14 y 19 diciembre 1995, 29 abril y 17 mayo 1996, dictadas a los Recursos 22/1993, 1701/1993, 5118/1994 y 98/1990 –entre otras muchas que mantienen igual doctrina– establecen que el citado precepto art. 77 del RDLeg. 339/1990, impone como norma general, que las denuncias de carácter obligatorio formuladas por los agentes de la autoridad se notificarán en el acto al denunciado, haciendo constar los datos que en el mismo se indica. Sólo «por razones justificadas que deberán constar en la propia denuncia, podrá notificársele la misma con posterioridad», termina diciendo este artículo.

Sin duda razones de seguridad jurídica han llevado a que se establezca en el art. 77 de la Ley sobre Tráfico que las denuncias formuladas por Agentes de la Autoridad «se notificarán en el acto al denunciado», pues es el autor del hecho en que consista la infracción el responsable (art. 72.1). Sólo podrá notificarse

aquella con posterioridad cuando existan razones justificadas, las cuales «deberán constar en la propia denuncia».

Pues bien la importancia del cumplimiento por parte de la Administración de su deber en orden a la notificación de la denuncia ha llevado a que el art. 10.2 del Real Decreto 320/1994, de 25 febrero, aplicable a los hechos aquí enjuiciados, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, establezca que las «denuncias formuladas por los agentes de la autoridad sin parar a los denunciados no serán válidas a menos que consten en las mismas y se les notifique las causas concretas y específicas por las que no fue posible detener el vehículo».

En el presente supuesto consta que la denuncia que se practicó por el hecho que se imputa al conductor del vehículo propiedad del recurrente es una denuncia de carácter obligatorio formulada por Agente de la Autoridad, que son a las que el art. 77 de la Ley impone la obligatoria notificación en el acto al denunciado, y en las que resulta obligatorio, en el caso de no ser ello posible, hacer constar en el boletín de denuncia las razones justificativas que impidieron efectuarla en el acto de cometerse la infracción y que obligan a notificarla con posterioridad.

Sólo en este supuesto es en el que procede decretar la invalidez de la denuncia y por ello también de la sanción que se imponga por incumplir el deber de identificación.

Al respecto de este deber de constancia de las causas que impidieron la notificación en el acto al denunciar, la Sala también tiene dicho que es en el boletín de denuncia donde debe hacerse constancia por el agente de las concretas y específicas circunstancias que impidieron efectuar la notificación en el acto al denunciado, siendo el caso de que en el señalado boletín, unido al expediente, no consta en el apartado de observaciones ninguna anotación de la causa que según la Administración demandada impidió el cumplimiento del deber de notificar la denuncia en el acto al conductor de vehículo.

Como consecuencia de tal infracción el recurso ha de ser estimado anulando el acto sancionador recurrido.

QUINTO. Que como consecuencia de todo lo anterior es menester que se dicte una sentencia que estime las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda de la parte recurrente, declarando la no conformidad a derecho del acto administrativo impugnado, sin que entienda esta Sala que se deben imponer las costas devengadas en este proceso, a ninguna de las partes litigantes, al no apreciarse en la conducta procesal las mismas, mala fe o temeridad, de acuerdo todo ello con el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (RCL\1956\1890 y NDL 18435).

STS DE 27 DE SETEMBRO DE 1999 (RJ 1999\6637)

Relator: D. Oscar González González

Por Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 8 de marzo de 1996 se impuso a la mercantil recurrente una sanción pecuniaria por infracción muy grave sobre incumplimiento de la cuota de pantalla en salas de exhibición cinemato-

gráfica durante el año 1994, a tenor de lo establecido en el Real Decreto-ley 19/1993, de 10 de diciembre (RCL\1993\3321), y en la Ley 17/1994, de 8 de junio (RCL\1994\1625).

SEGUNDO. Habiéndose observado la falta de notificación a dicha entidad de la propuesta de resolución, cabe aplicar lo resuelto al respecto por esta Sala en las Sentencias de fechas 25 y 26 de mayo y 22 de junio de 1999 (RJ\1999\4162, RJ\1999\3949 y RJ\1999\5108), en casos similares al presente, y que expresan en los siguientes términos:

«Cabe afirmar que el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución (RCL\1978\2836 y ApNDL 2875), se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata. Excepcionalmente, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso.

La aplicación al caso enjuiciado de la doctrina que acabamos de exponer impone la estimación del recurso, pues en los expedientes administrativos sancionadores no se ha notificado la propuesta de resolución, careciendo por otra parte el pliego de cargos de los requisitos imprescindibles para satisfacer las exigencias del derecho fundamental a ser informado de la acusación, al limitarse a la identificación del hecho imputado y del precepto en que se tipifica, y a la indicación de la sanción que en abstracto cabía imponer a las infracciones muy graves, sin contener, por tanto, un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada. Esto comporta acoger la pretensión deducida y declarar la nulidad del acto administrativo impugnado».

STS DO 26 DE MAIO DO 1999 (RJ 1999\3949)

Relator: D. Segundo Menéndez Pérez

Sobre esa cuestión, esta Sala ha ido construyendo una jurisprudencia, ya consolidada, que se refleja, entre otras, en sus Sentencias de 21 de abril de 1997 (RJ\1997\3335) (recurso núm. 138/1994), 2 de junio de 1997 (RJ\1997\5434) (recurso núm. 11/1994), 6 de junio de 1997 (RJ\1997\5437) (recurso núm. 982/1993), 16 de marzo de 1998 (RJ\1998\2847) (recurso núm. 53/1995), 24 de abril de 1999 (recurso núm. 171/1995), 28 de abril de 1999 (dos) (en los recursos núms. 191 y 196/1995) y 6 de mayo de 1999 (dos) (recursos números 121 y 221 de 1995), a la que, en efecto, se acomoda aquel primer argumento, y a cuya aplicación no constituye obstáculo el alegato defensivo que se opone en el escrito de contestación a la demanda.

TERCERO. En esencia, en esas sentencias, tras analizar las normas pertinentes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958

(RCL\1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708), y del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (RCL\1993\2402), por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en concreto el artículo 137.1 de la primera, y los artículos 13.2, 18 y 19 del segundo; así como la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1989, de 6 de febrero (RTC\1989\29), hemos dicho lo siguiente:

En conclusión, cabe afirmar que el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata. Excepcionalmente, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso.

La aplicación al caso enjuiciado de la doctrina que acabamos de exponer impone la estimación del recurso, pues en los expedientes administrativos sancionadores no se ha notificado la propuesta de resolución, careciendo por otra parte el pliego de cargos de los requisitos imprescindibles para satisfacer las exigencias del derecho fundamental a ser informado de la acusación, al limitarse a la identificación del hecho imputado y del precepto en que se tipifica, y a la indicación de la sanción que en abstracto cabía imponer a las infracciones muy graves, sin contener, por tanto, un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada. Esto comporta acoger la pretensión deducida y declarar la nulidad del acto administrativo impugnado.

CUARTO. La doctrina jurisprudencial que ha quedado condensada en los dos párrafos anteriores, aunque elaborada en recursos referidos a un ámbito material sancionador distinto del que ahora se contempla, es, sin embargo, de todo punto aplicable a éste y al supuesto que aquí se enjuicia, pues se conecta directamente con la debida satisfacción de un derecho fundamental, y, al igual que allí acontecía, el pliego de cargos notificado no informaba de la sanción en concreto –y sí meramente en abstracto– con que la conducta podía ser sancionada; sin que por ello pudiera prescindirse de una propuesta de resolución, y de su notificación, que contuviera el pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con el que, y sólo con él, puede entenderse satisfecho el derecho del interesado a ser informado de la acusación formulada contra él, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución; a lo que no se opone, en sí mismo, el argumento defensivo opuesto en el escrito de contestación a la demanda, que no salva satisfactoriamente las exigencias derivadas del derecho de contradicción, al cercenarse radicalmente, con aquella ausencia de notificación de una propuesta con el contenido dicho, la posibilidad de contradecir en Derecho los argumentos del Instructor que luego hace suyos la resolución sancionadora.



Primeiros pasos dunha reforma esperada: A TRAMITACIÓN DO PROXECTO DE LEI DE MODIFICACIÓN DA LEI DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA PARA GALICIA

Xosé Antonio Sarmiento Méndez

Letrado da Comisión de Xustiza do Parlamento de Galicia
Profesor de dereito constitucional da Universidade de Vigo

Pretendo con estas liñas salienta-las principais innovacións deste proxecto no noso sistema xurídico agrario, á luz da exposición de motivos que o Goberno galego incorporou no texto do proxecto, e das emendas que os distintos grupos parlamentarios presentaron como importantes documentos de traballo que levarán o texto definitivo da lei. Igualmente creo oportuno sinalar algúns problemas de procedemento no tratamento das emendas que tentan modificar artigos da lei vixente e que non son afectados no proxecto de lei da Xunta.

O propósito inicial do Goberno galego pode sufrir algunha variación se se consolida a transacción proposta sobre a emenda nº 1 do Grupo Parlamentario do BNG e a do nº 2 do G.S. que propón unha modificación do artigo 1 da lei (que non era obxecto de modificación no texto no Executivo galego)¹, consistente en centra-lo obxecto da lei na «concentración

¹ Para unha crítica a esta práctica parlamentaria pódese consulta-lo meu manual: *Dereito parlamentario galego*, Edicións Xerais (en prensa), capítulo XII, no que recollo a xurisprudencia constitucional a este respecto contida na Sentencia 23/90 e no Auto do 13 de setembro de 1993 (sobre a problemática das «wrecking amendments»).

dos predios rústicos, para promover a constitución e mantemento de explotación de dimensións suficientes e características axeitadas, co fin de ampliar a súa superficie territorial e mellorar a súa estrutura productiva se é o caso, respectando o medio natural, e tendo en conta o obxectivo de fixar a poboación no medio rural, con base en facer rendible a súa actividade productiva...».

I. Antecedentes

Ó abeiro do artigo 30.I.1 e 3 do Estatuto de autonomía para Galicia², que lle atribúe á Comunidade Autónoma galega competencia exclusiva en materia de fomento e planificación da actividade económica e en agricultura e gandería³, promulgouse a Lei 10/1985, do 14 de agosto, de concentración parcelaria para Galicia, co obxecto de resolver algúns dos problemas que afectaban a rendibilidade económica e social da actividade agraria, de tanta relevancia na vida rural galega.

Esta lei supuxo o recoñecemento do feito diferencial galego coa plasación de figuras que, como xa analicei no seu momento⁴, posteriormente regularía polo miúdo a Lei de dereito civil de Galicia de 1995, como a compañía galega, o patrucio ou o lugar acasado como base das explotacións agrarias galegas, entre outras, ó mesmo tempo que se estableceron disposicións de defensa do patrimonio histórico-artístico de Galicia e das especies de flora autóctona.

Non obstante, desde o ano 1985 véñense producindo notables cambios, tanto técnicos coma de mentalidade, froito do avance tecnolóxico ó que o procedemento de concentración parcelaria non se pode abstraer, polo que se fai necesaria unha reestructuración da regulamentación daquel máis acorde coas novas circunstancias nas que se desenvolverá o anedito proceso, aínda que conservando os aspectos básicos daquela regu-

² Para unha análise das competencias autonómicas conexas pódense consultar os meus traballos sobre a repartición de competencias e o tratamento lexislativo das cámaras agrarias, publicado na *Revista Galega de Administración Pública*, nº 8; e o referente á competencia autonómica en materia gandeira e o seu desenvolvemento lexislativo, publicado na *Revista Xurídica Galega* nº 10 de 1995.

³ MUÑOZ MACHADO entende que a base constitucional contida no artigo 148.1.7 da CE posibilita a asunción polas comunidades autónomas de tódalas intervencións públicas en relación co sector agrario, isto sometido ás excepcións que existen a este principio pola forte implicación doutros aspectos que teñen un réxime de competencia diferente. No seu manual *Dereito Público das Comunidades autónomas*. Páxina 503.

⁴ No traballo: «Notas acerca de la Ley de Derecho civil de Galicia». Publicado en *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Volume IV, nº 1. 1995.

lación que seguen a ser válidos, pero modificándoos e adaptándoos ás necesidades actuais da actividade agrícola galega, entre elas o aproveitamento racional das terras obxecto de concentración parcelaria⁵.

2. Obxectivos do proxecto de lei

Unha proposta de transacción feita polo relator do Grupo Parlamentario Popular sobre a emenda socialista nº 11 ó artigo 5 pode posibilitar que a finalidade da concentración parcelaria quede configurada dun xeito innovador ó pretende-la constitución de explotacións de estrutura e dimensións axeitadas e a reorganización da propiedade rústica da terra dividida e dispersa, establecendo para o efecto cinco liñas sobre tendencias de actuación no proceso concentrador.

Coas modificacións introducidas por este proxecto de lei preténdese asemade clarifica-lo procedemento ó sistematiza-las súas fases, establecéndose como tales as bases e o acordo de concentración parcelaria, pero regulando con máis claridade todo o proceso desde a solicitude da concentración ata a autorización da acta de reorganización da propiedade, configurándose as antigas fases do procedemento establecidas pola Lei 10/1985 como simples trámites para a consecución daquelas. Este propósito da Xunta no seu proxecto vén de cuestionarse no seo do relatorio coa formulación dun novo artigo 3 transixido sobre a base das emendas nº 3 do BNG e a nº 5 do G.S. e que lle pretende dar outra dimensión máis ampla ó decreto de concentración parcelaria, posto que «determina non só a utilidade pública, senón a función social da propiedade, coa esixencia de que tódalas terras cultivables queden a disposición de producir, polo que o titular dun dereito de propiedade rústica de carácter agrario está obrigado a:...».

A. As xuntas locais de concentración parcelaria

Regúlase a nova composición das xuntas locais de concentración parcelaria, e exclúese destas aqueles axentes dos que lle corresponde a designación das súas funcións á Administración xeral do Estado. Ó meu xuízo, este aspecto é congruente coa recente sentenza do Tribunal Constitucional sobre a Lei autonómica reguladora dos montes veciñais en man común, que lles declarou a inconstitucionalidade da inclusión por lei autonómica en órganos de xestión dos citados montes a funcionarios

⁵ Non se pode esquecer que a finalidade última da concentración é reorganiza-las explotacións agrarias, e resolver, se é o caso, os problemas de carácter social que poidan existir. Cfr. BALLARÍN MARCIAL, «Introducción al estudio de la ley de concentración parcelaria», *REAS*, nº 4, 1953, páx. 78.

alleos á Administración galega⁶. Queda pois a composición no proxecto de lei do seguinte xeito:

- a) Un representante da consellería competente en materia de agricultura competente en materia agraria designado polo seu titular, que actuará como presidente, con voto de calidade.
- b) O xefe do servicio provincial correspondente da delegación da consellería competente en materia de agricultura, que actuará como vicepresidente.
- c) Os alcaldes de cada un dos concellos afectados.
- d) Un representante da cámara agraria provincial, designado polo seu pleno de entre os seus membros.
- e) Dous técnicos agronómicos da consellería competente en materia de agricultura, responsables do proceso concentrador.
- f) Un técnico da unidade comarcal dos servicios comarcais da consellería onde estea enclavada a zona.
- g) Un mínimo de catro representantes dos agricultores, quedando garantida a presenza de dúas persoas por parroquia.

Actuará como secretario, con voz e voto, un funcionario da delegación provincial da consellería competente en materia de agricultura que teña a titulación de licenciado en dereito.

Os técnicos agronómicos e o xefe da unidade comarcal da consellería actuarán con voz pero sen voto.

O vicepresidente substituirá o presidente, en tódalas funcións e con tódalas competencias que a lei lle confire, no caso en que este non poida asistir.

Os representantes dos agricultores que teñan que formar parte da xunta local de zona serán elixidos maioritariamente, coa asistencia polo menos da metade máis un dos propietarios residentes na zona, en asemblea convocada e presidida polo alcalde do concello ou polo presidente da entidade local menor correspondente. A convocatoria será realizada polo menos con quince días de antelación á data de realización, e sinalará o lugar, o día e a hora nos que terá lugar a asemblea, e será publicada nun diario dos de maior tiraxe da provincia e nos lugares de costume da parroquia e do concello. Se non se acadase a maioría referida na primeira asemblea, convocarase unha segunda, que quedará validamente constituída con independencia do número de asistentes.

A redacción que veño de transcribir está a ser sometida a un profundo debate no relatorio que estudia a reforma da lei. Deste xeito unha trans-

⁶ Vid. Sentencia 127/1999 publicada no BOE nº 181, 30-7- 1999.

acción proposta a última hora pretende recupera-la figura do presidente xudicial, con voto de calidade, designado polo Consello Xeral do Poder Xudicial, a instancia da Xunta de Galicia. Ó mesmo tempo preséntanse como vicepresidentes, o xefe provincial do Servizo de Estructuras Agrarias e o alcalde do concello no que maior superficie houbera que concentrar nesa zona. Finalmente resulta subliñable a posible introducción de catro representantes dos agricultores da zona, elixidos libremente en asemblea convocada para o efecto polo concello, de entre tódolos afectados, que terán a condición de vocais ó igual cós técnicos (agronómicos, do Servizo de Estructuras Agrarias, do Servizo de Extensión Agraria, un rexistrador da propiedade e un notario).

B. Os quórumos de iniciación do proceso concentrador

Outra novidade importante refírese ó aumento das maiorías requiridas para inicia-lo proceso concentrador a petición dos interesados, baseando este incremento na maior axilidade que se podería conseguir no procedemento ó presupoñer un maior grao de aceptación dos labores concentradores por parte dos afectados. Trátase dunha mellora que pode propicia-la participación dos afectados no proceso de concentración, aspecto singularmente beneficioso para todos, tal como apuntou no seu día Sánchez Coto⁷ na súa análise da lei.

Nesta liña o artigo 16 apartado 1º do proxecto dispón: «O procedemento de concentración parcelaria poderase iniciar a petición de alome nos as dúas terceiras partes dos propietarios da zona para a que se solicita a mellora ou da maioría dos titulares dos lugares acasarados con actividade agraria e que teñan o principal das súas bases territoriais na zona, da maioría dos agricultores da zona que, como consecuencia da súa actividade, estean afiliados ó réxime especial agrario da Seguridade Social ou ben ó réxime especial de traballadores autónomos en función da súa actividade agraria ou ben dun número calquera deles ós que pertenza máis do sesenta e cinco por cento da superficie que se vai concentrar. Esta porcentaxe quedará reducida ó cincuenta por cento cando os que soliciten a concentración se comprometan a explota-las súas terras de xeito colectivo».

C. Cambios no estudio de viabilidade

Sen dúbida a fase decisiva para levar a cabo un proceso concentrador é o estudio de viabilidade. Entre os requisitos esixidos para forma-lo estudio de viabilidade dunha zona engádese a esixencia de recoller unha

⁷ Así, Emilio SÁNCHEZ COTO: «A concentración parcelaria: réxime e expectativas». *Manual de Dereito galego tomo II*. Páxs. 349 e ss.

relación de áreas de especial importancia polo seu valor xeolóxico, paisaxístico e ambiental, así como unha enumeración dos bens de interese cultural, histórico ou artístico que puidesen resultar afectados pola concentración. Asemade, recóllese a obriga de lles comunica-lo inicio da concentración parcelaria ás consellerías competentes en materia de patrimonio cultural e montes e á Administración hidráulica autonómica co obxecto de preservar e coordinar obras, no seu máis amplo sentido, e especies nobres e autóctonas existentes na zona que se vai concentrar.

No estudio de viabilidade constarán os seguintes extremos:

- a) Grao de división, dispersión e situación xurídica das parcelas, en relación coas explotacións agrarias en actividade na zona.
- b) Descrición dos recursos naturais, con referencia especial ás terras abandonadas ou con aproveitamentos inadecuados.
- c) Relación de áreas de especial importancia polo seu valor xeolóxico, paisaxístico e ambiental. Así mesmo, enumeraranse os bens de interese cultural, histórico e/ou artístico que poidan resultar afectados pola concentración parcelaria.
- d) Valoración das posibilidades de establecer unha nova ordenación de explotacións con dimensións suficientes e estruturas axeitadas a través da concentración parcelaria.
- e) Estudio de avaliación de impacto ambiental dos traballos inherentes ó proceso concentrador.
- f) Determinación do grao de aceptación social das medidas transformadoras previstas.
- g) Avaliación económica e financeira dos investimentos necesarios.

Neste proxecto de lei régúlase asemade a concentración das masas forestais e a posibilidade de lle enviar ó acordo de concentración a existencia de dereitos de plantacións sobre as parcelas de achega. Establécense liñas de axuda para a adquisición de determinados predios e posibilitase a realización dunha valoración de cumprimento dos fins transcorridos catro anos da finalización do proceso concentrador.

D. Un decisivo instrumento da política agraria: o fondo de terras

Modifícase substancialmente o articulado da Lei 10/1985 no referente ó fondo de terras. Así, a titularidade do fondo, toda vez que transcorridos quince anos desde a promulgación da devandita lei non foi operante por non acadaren as parroquias a personalidade xurídica necesaria, así como o destino dos predios integrantes daquel.

O artigo 31 do proxecto regula o instituto do seguinte xeito:

«1. Constituirase un fondo de terras en cada zona que se concentre, que se nutrirá cos sobrantes das adxudicacións dos lotes de substitución e con toda clase de achegas ou adquisicións que por calquera título se fagan a aquel.

2. As finalidades fundamentais do fondo de terras serán:

- a) A corrección de erros manifestos dos que deriven prexuízos para os afectados pola concentración.
- b) Facilita-la ampliación das explotacións da zona concentrada.
- c) Estimula-la implantación de novas explotacións con dimensións e estruturas axeitadas que poidan favorecer-la creación de emprego, e darlles prioridade ós novos agricultores que se establezan na zona e ós emigrantes retornados que así o manifesten e acrediten.
- d) A mellora das explotacións existentes, procurando promover aquelas que ó non acadaren a dimensión economicamente viable poidan demostra-la súa futura eficiencia económica.
- e) As melloras e equipamentos colectivos máis amplos.
- f) A investigación, a través da súa utilización como campos de ensaio e demostración.
- g) A preservación de espazos naturais ou a conservación do patrimonio histórico-artístico de Galicia.

3. A titularidade dos bens e dereitos que constitúen o fondo corresponderalle á Comunidade Autónoma de Galicia. Estes bens e dereitos quedarán adscritos á consellería competente en materia de agricultura, que estará autorizada a exercer-las funcións dominicais sobre este patrimonio segundo o establecido na lexislación patrimonial, agás cando lles estean atribuídas pola dita lexislación ó Parlamento ou ó Consello da Xunta de Galicia, sen prexuízo do informe previo da Consellería de Economía e Facenda para os actos de disposición sobre bens inmobles.

A xestión do aproveitamento e a ordenación e o fomento da produción forestal respecto dos terreos que estean considerados de uso forestal corresponderanlle ó órgano competente en materia de montes.

4. Adxudicaráselle ó concello para o seu destino a equipamentos colectivos que redunden en beneficio da maioría dos propietarios da zona ata un máximo do un por cento da totalidade dos sobrantes das adxudicacións dos lotes de substitución. Se transcorridos cinco anos desde a aprobación da acta de reorganización da propiedade, os predios así adxudicados non se dedicasen ó fin previsto, reverterán no fondo de terras.

5. A Administración autonómica de Galicia poderá establecer sistemas de axudas económicas dirixidas a logralo cumprimento das finalidades previstas no parágrafo segundo deste artigo.

6. A Administración autonómica terá un prazo dun ano para a corrección de erros, que se contará desde que o acordo de concentración sexa firme. Transcorrido o devandito prazo, a adxudicación de predios que como consecuencia desta rectificación se levase a cabo reflectirase nunha acta complementaria da de reorganización da propiedade e inscribírase no rexistro a favor dos adxudicatarios.»

E. O procedemento de concentración e o trámite da enquisa: principais modificacións

Varíase igualmente o sistema de enquisa nos distintos trámites do proceso concentrador, sempre lles tendo como finalidade o dereito de información ós afectados polo procedemento. Nesta liña o artigo 33 do proxecto establece o seguinte réxime xurídico:

«1. Á vista do resultado da enquisa do proxecto de concentración parcelaria, o servizo provincial correspondente redactará o acordo da nova ordenación da propiedade, que se axustará estrictamente ás bases, e no que se incluírá o plan de aproveitamentos de cultivos ou forestal, se é o caso, ó que fai referencia o artigo 30 desta lei.

Na medida en que o permitan as necesidades da concentración, teranse en conta as circunstancias que, aínda non quedando reflectidas na clasificación de terras, concorran no conxunto das achegas de cada participante, así como tamén o rateo de augas.

2. O órgano competente en materia de montes e medio natural verificará que o acordo de concentración parcelaria se axusta ó plan forestal elaborado segundo o disposto no artigo 30, e, no caso contrario, a consellería competente en materia de agricultura tomará as medidas pertinentes para que o acordo de concentración se axuste ó devandito plan.

3. O acordo será aprobado pola dirección xeral competente na materia e será publicado na forma que determina o artigo 36.»

F. Conceptuación das obras e melloras territoriais

Outra transformación importante prodúcese no título correspondente ás obras e melloras territoriais, e inclúense como obras inherentes á concentración algunhas que non se recollen na Lei 10/1985 ou que nesta figuran como complementarias. Esta cuestión aparece resolta no artigo 61 que no seu apartado 2º determina:

«As obras contidas nos plans de obras e melloras territoriais clasifícanse nos seguintes grupos:

2.1. Obras e melloras inherentes ou necesarias para a concentración parcelaria, considerando como tales:

- a) Rede de camiños rurais, coas súas obras de fábrica anexas, saneamento de terras, cavadura de montes para o seu destino ó cultivo, eliminación de accidentes naturais e artificiais que impidan o cultivo axeitado dos lotes de substitución, nivelacións e outros traballos de conservación do solo.
- b) Acondicionamento de regadíos xa existentes, canalización de augas e defensa de marxes.
- c) Obras e actuacións para a restauración e conservación de recursos naturais, incluída a posibilidade de adquirir inmobles a particulares para a consecución deste fin. Para este tipo de obras e melloras será necesaria a conformidade previa do órgano competente en materia de medio natural.
- d) Abastecemento de augas, redes de saneamento, aproveitamento comunitario de enerxías alternativas e electrificación de núcleos rurais coa potencia axeitada ás súas necesidades.
- e) En xeral, aquelas obras e melloras que beneficien as condicións agrarias e ecolóxicas da zona ou teñan por obxecto corrixi-los defectos de infraestrutura.

2.2. Obras complementarias, entendéndose as que sen se relacionar directamente coa concentración parcelaria contribúan ó seu satisfactorio desenvolvemento económico e social, que redunde en beneficio de tódolos agricultores ou dalgún deles, incluíndose neste grupo as seguintes:

- a) Cortellos, instalacións para o gando, implantación de praderías e pasteiros, valados e, logo do informe vinculante do órgano competente en materia de montes, repoboación forestal nas áreas correspondentes.
- b) Calquera outra mellora permanente que redunde en beneficio de tódolos labregos da zona ou dalgún grupo deles».

G. Disposicións de dereito sancionador

Novidade importante é a inclusión neste proxecto de lei dun réxime sancionador tendente a acadalo correcto cumprimento das prescricións contidas nela, co que se pretendeu conseguir unha exacta correspondencia entre a infracción administrativa cometida e a sanción que se debe

impoñer, clasificándose metodicamente⁸ as infraccións que se puidesen producir e sendo de especial interese as tendentes a evita-la especulación en solo rústico que sancione o incumprimento dos plans de aproveitamento de cultivos ou forestais, coa regulación que deles se fai no articulado desta modificación, que pola súa banda constitúen outra fundamental innovación.

Entre as conductas prohibidas merécense subliña-las que obteñen a consideración de infraccións moi graves, que son:

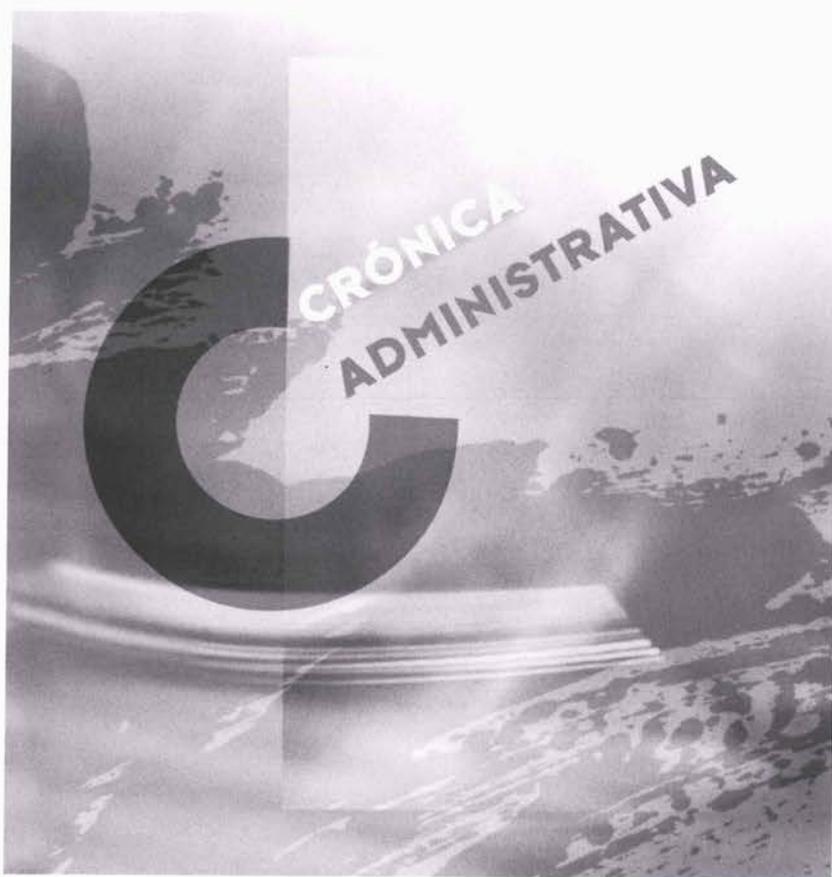
1. Impedir ou obstaculiza-la toma de posesión dos novos predios de substitución.
2. Impedir ou obstaculiza-la realización das actuacións comprendidas no plan de obras e melloras territoriais.
3. A comisión de dúas ou máis faltas graves, nun período dun ano.

H. A parte final do proxecto de lei

Na disposición adicional primeira concúlcase a división ou segregación de calquera predio rústico ós preceptos establecidos nesta lei, e tómase coma referencia o establecido no artigo 25 da Lei estatal 19/1995 do 4 de xullo, de modernización das explotacións agrarias.

Finalmente, é de resaltar como particularmente interesante a disposición transitoria primeira por canto lle vén dar solución á situación daquelas zonas de concentración parcelaria, algunhas incluso anteriores á Lei 10/1985, nas que o proceso, por diversos motivos, quedou paralizado despois de se levar a cabo algúns dos seus trámites, sendo legalmente ata agora imposible continua-lo seu procedemento. 

⁸ Resulta particularmente agradable atoparse cun proxecto governamental coma este que respecta os consellos de técnica lexislativa no tocante ó dereito sancionador, cando no dereito autonómico galego contamos con tantas experiencias negativas nesta materia. Así aparecen recollidas no meu traballo: «Lexislación autonómica e técnica normativa», publicado na Revista *Dereito* da Universidade de Santiago de Compostela. Volume 2, nº1, 1993, páxinas 337-343.



XORNADAS SOBRE XUSTIZA PENAL INTERNACIONAL

(EGAP, Santiago de Compostela, 18 e 19 de maio de 2000)

María Victoria Candamo París

Bolseira da EGAP

A xurisdicción penal internacional é un antigo soño que pouco a pouco se vai facendo realidade. O 17 de xullo de 1998 deuse un grande paso para a súa consecución, coa aprobación, en Roma, do Estatuto da Corte Penal Internacional pola Conferencia diplomática de plenipotenciarios das Nacións Unidas. Este tribunal ten por finalidade a investigación, axuizamento e, se é o caso, o castigo das máis graves infraccións que agriden os bens xurídicos protexidos de alcance universal: os delitos de xenocidio e de lesa humanidade, os crimes de guerra e o delito de agresión, tal como se recolle no seu estatuto.

Tendo presente que, no século XX, millóns de nenos, mulleres e homes foron vítimas de atrocidades que conmoven profundamente a conciencia da humanidade, non podemos deixar de recoñecer que estes graves crimes constitúen unha ameaza para a paz, a seguridade e o benestar da comunidade internacional. Os crimes de máis grave transcendencia para o xénero humano no seu conxunto non deben quedar sen castigo, polo que, a tal fin, hai que adoptar enérxicas medidas no plano nacional, así como acentuar a cooperación internacional coa finalidade de garantir a efectiva submisión á acción da xustiza. De certo, resulta destacable a

intención do Estatuto de Roma de evitar que os estados recorran á ameaza ou ó uso da forza contra a integridade territorial ou á independencia política de calquera outro estado ou en calquera outra forma incompatible cos propósitos das Nacións Unidas. A determinación de crear un tribunal penal internacional de carácter permanente e independente non foi froito dun desexo pasaxeiro, senón máis ben todo o contrario, pois establécese en interese das xeracións presentes e futuras. O firme propósito de lle pór fin á impunidade dos autores destes crimes, contribuíndo desta maneira á prevención de novas inxustizas, e mailo deber de todo estado de exercer a súa xurisdicción penal contra os responsables de crimes internacionais constituirán principios inspiradores do Tribunal Penal Internacional que nace ó seu abeiro. Podemos asumir as palabras do secretario xeral das Nacións Unidas, Kofi Annan, cando afirmou que «na posibilidade dunha corte penal internacional xace a promesa da xustiza universal».

* * *

A Escola Galega de Administración Pública (EGAP) organizou unhas xornadas coa finalidade de ilustrar aos asistentes sobre os instrumentos habilitados pola comunidade internacional sobre os aspectos aludidos con anterioridade. Duascentas persoas acudiron ás xornadas, que foron brillantemente dirixidas por **Rafael de Mendizábal Allende**, maxistrado do Tribunal Constitucional e académico numerario da Real Academia de Xurisprudencia e Lexislación, considerado unha das cabezas mellor amobladas da xudicatura española. Durante as xornadas foron obxecto de estudio os medios arbitrados pola sociedade internacional coa finalidade de combaterlo deostable fenómeno da impunidade daqueles que inxurian os bens xurídicos protexidos de alcance universal. As xornadas desenvolvéronse nun ambiente de intensa participación dos asistentes e contaron coa presenza e incondicional apoio do fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, **Ramón García-Malvar y Mariño**.

A apertura das xornadas correspondeulle a **Manuel Fraga Iribarne**, presidente da Xunta de Galicia, quen expuxo de maneira brillante as liñas mestras do tema obxecto das xornadas. O presidente manifestou que a aprobación do Estatuto de Roma, con toda a problemática que entraña, constitúe en si mesmo un grande logro. É merecente de eloxio o papel que terá a Corte Penal Internacional en materia de conflitos armados internos, onde se producen máis mortes, casos de tortura e violacións. Incluso antes da entrada en funcionamento da Corte, o Estatuto actúa como o mellor disuasivo contra o xenocidio e outros crimes contra a humanidade ó facer ós culpables responsables das súas accións en forma individual. Así pois, no seu conxunto o Estatuto de Roma marca un verdadeiro avance na protección efectiva dos dereitos humanos.

A primeira intervención estivo a cargo de **Concepción Escobar Hernández**, catedrática de dereito internacional da Universidade de Cantabria, quen nos ilustrou, ó longo dunha amena e diáfana exposición, sobre *O principio de complementariedade e as relacións entre as xurisdiccions nacionais e a Corte*. Tradicionalmente o exercicio do *ius puniendi* respecto dos crimes de transcendencia internacional foi favorable ás posicións estatais. O dereito internacional definía os tipos penais, e identificaba os valores que hai que protexer, deixando en mans dos estados o exercicio do *ius puniendi*. Polo tanto, atopabamos dous planos claramente diferenciados: a definición dos tipos e o establecemento de mecanismos de represión.

Un dos problemas fundamentais ós que se tivo que facer fronte, no camiño cara a un tribunal penal internacional, foi o de acadar un determinado equilibrio entre a preservación da soberanía estatal na medida máis ampla posible e a eficacia da CPI. O logro dese equilibrio non sempre resulta fácil, sendo inestable, pero en último termo ten que acabar primando a garantía do funcionamento adecuado e eficaz da CPI.

A relatora quixo chama-la atención sobre os seguintes trazos básicos que caracterizan a eficacia da CPI:

- Non é unha xurisdicción ordinaria senón *extraordinaria*, no sentido de que non está chamada a ocuparse de calquera infracción de carácter penal, senón de infraccións cun elevado nivel de gravidade.
- A xurisdicción internacional vai ser sempre *secundaria*, de maneira que se os tribunais penais nacionais funcionan adecuadamente, reprimindo os comportamentos desas características cometidos no seu territorio ou polos seus nacionais, o problema das relacións entre as dúas ordes xurisdiccionais non se vai suscitar.
- A xurisdicción da CPI ten que ser *preferente* na súa actuación respecto das xurisdiccions nacionais, pois trátase dun órgano que actúa sempre como última *ratio*, e polo tanto como estrutura excepcionalísima que non pode ser entorpecida no exercicio das súas competencias.

En canto ás fórmulas que se arbitraron ata a actualidade para definir os modelos de relación entre os tribunais penais internacionais e os nacionais, Concepción Escobar referiuse a dous modelos, diferentes na estrutura mais con idéntica finalidade. Os tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslavia e Ruanda construíronse con base no principio de *primacía* da xurisdicción internacional fronte á xurisdicción nacional, mentres que, pola contra, o Estatuto de Roma para a CPI deseñou o principio de *complementariedade* da xurisdicción internacional respecto das xurisdiccions nacionais.

O principio de primacía significa que sempre que os tribunais para a antiga Iugoslavia ou Ruanda teñan coñecemento e desexen axuizar un

determinado asunto que estea a ser coñecido por unha xurisdicción nacional, abonda con comunicarlle-la súa intención ás xurisdiccions nacionais, que se serán que inhibir de inmediato. Trátase dun suposto de limitación máxima da soberanía do Estado, no que un órgano internacional, creado directamente polo Consello de Seguridade das Nacións Unidas, lle impide ó Estado exercer-la xurisdicción penal aínda que este iniciara xa a persecución dos feitos.

O modelo da CPI é diferente xa na súa propia orixe, xa que foi creada mediante tratado internacional, acordado pola decisión voluntaria dos estados. A complementariedade que caracteriza a xurisdicción da CPI hai que definila con base nunha interpretación sistemática do Estatuto, partindo necesariamente do seguinte razoamento: o Estatuto declara que a responsabilidade principal no axuizamento dos crimes internacionais correspóndelle ó Estado e que o exercicio do *ius puniendi* non é só facultade, senón obriga do Estado. Logo, en caso de que este non interveña, farao a CPI. A relatora manifestou que a definición deste principio pódese extraer fundamentalmente de dous grandes bloques de normas que aparecen na parte segunda do Estatuto, relativas, respectivamente, á impugnación da competencia e da admisibilidade da causa e ó *non bis in idem*.

A competencia da CPI formúlase negativamente nos artigos 17, 18 e 19 do Estatuto, xa que se declarará incompetente ou declarará non admitida unha determinada causa, con carácter xeral, se hai unha xurisdicción nacional que lle manifesta que está exercendo esa función ou ten intención de exercela, a menos que se dean unha serie de supostos expresamente previstos no Estatuto: que o Estado non estea disposto a levar a cabo a investigación ou o axuizamento ou non poida realmente facelo, que a decisión nacional fora adoptada co propósito de subtraer-la persoa de que se trate da súa responsabilidade penal por crimes da competencia da CPI, que o xuízo se demore en circunstancias incompatibles coa intención de somete-las persoas de que se trate á acción da xustiza ou que o proceso non fora ou non estea a ser tramitado de maneira independente ou imparcial ou de forma en que, dadas as circunstancias, sexa incompatible coa intención de facer comparecer-la persoa de que se trate ante a xustiza.

Outra garantía consiste en que cando se lle remita á CPI unha situación en virtude da cal o fiscal determine que existen fundamentos razoables para comezar unha investigación e a inicie, notificarállelo a tódolos estados parte e a aqueles que, tendo en conta a información dispoñible, exercerían normalmente a xurisdicción sobre os crimes de que se trate. Segundo a catedrática, pónselles así «en bandexa» ós ditos estados a posibilidade de exercer-lo dereito de impugna-la competencia ou de introduciren excepcións de inadmisibilidade da causa, co que é a propia CPI a que lle pon limitacións ó exercicio da súa competencia.

Se temos en conta estes elementos teríamos que concluír que a CPI non ten unha xurisdicción preferente, mais non é así polo feito de que é a propia CPI quen se vai pronunciar sobre calquera impugnación da súa propia competencia ou sobre calquera excepción relativa á admisibilidade da causa, evidentemente sometida ó principio de legalidade. Esa decisión pode ser apelada unha única vez polos estados interesados. Agora ben, a decisión final que dea a Sala de Apelacións sobre o recoñecemento da competencia da CPI é, por mandato do Estatuto de Roma, obrigatoria e executiva para os estados, así mesmo obrigados a cooperar coa CPI, poñendo a disposición desta as persoas ás que poidan estar axuizando conforme o seu sistema nacional. Tamén teñen os estados a obriga de poñeren a disposición da CPI as probas que se encontren no seu poder e a de permitiren ó fiscal a entrada libre e maila investigación no seu territorio, incluso sen estar acompañado de órganos da xurisdicción nacional.

Por conseguinte, pónense unha grande cantidade de cautelas con carácter previo, pero ó final a xurisdicción internacional é preferente sobre as xurisdiccións nacionais, porque estas teñen que inhibirse automaticamente para non incumpri-lo Estatuto e incorreren en responsabilidade internacional.

Outro elemento a ter en conta é a regulación da cousa xulgada ou do principio *non bis in idem* recollida no artigo 20 do Estatuto. Parece romperse un principio procesual básico de seguridade, mais, en opinión da relatora, tan só aparentemente, pois hai razóns xustificadas para que o principio *non bis in idem* se regule desta forma no Estatuto de Roma, igual ca nos estatutos para os tribunais da antiga Iugoslavia e Ruanda. En efecto, establécese un dobre tratamento, claramente diferenciado, dependendo de que se trate dunha sentenza dictada pola CPI ou por un xuíz nacional. Unha sentenza dictada pola CPI ten o valor de cousa xulgada, tanto en sentido material coma formal, de maneira inapelable. Isto significa que unha vez que unha persoa foi xulgada e condenada ou absolta pola CPI, non poderá ser novamente xulgada nin por esta (a non ser que aparezan novos feitos que permitan a reapertura do proceso) nin por un tribunal nacional. En definitiva, a CPI convértese nestes casos no xuíz máximo respecto dos crimes internacionais, quedando a xurisdicción nacional radicalmenté privada respecto desa persoa e deses feitos de calquera posibilidade de exercita-la súa propia competencia.

Dende a perspectiva das sentencias dictadas por un xuíz nacional, o tema é radicalmente distinto, pois estas, aínda que de entrada teñen o mesmo valor de cousa xulgada formal e material en termos definitivos, tal e como aparece recollido no Estatuto, poderán ser obxecto dun novo axuizamento pola CPI, se se demostra que a actuación da xustiza nacional non foi conforme os parámetros do debido proceso ou dun xuízo xusto no ámbito do dereito internacional.

En definitiva, o principio de complementariedade non é un principio limitativo da competencia da CPI, senón un instrumento de cooperación entre as xurisdiccións nacionais e a internacional, que permite unha coordinación adecuada da actuación alternativa, ou incluso sucesiva, dunha ou doutra xurisdicción, sempre en interese duns criterios de xustiza definidos internacionalmente, o que permite supera-la estreita marxe do interese estatal nun momento concreto.

Definido nestes termos, podería entenderse que o principio de complementariedade só ten consecuencias no funcionamento interno da CPI, e queda reducido a un problema de concorrencia de xurisdiccións e, polo tanto, o seu significado respecto do sistema procesual penal español sería mínimo. Sen embargo, Escobar afirmou que isto é algo completamente falso, ó demostraren os feitos recentes que os principais problemas que se poden presentar con relación ó axuizamento de crimes internacionais son precisamente os de concorrencia de xurisdiccións. O feito de que exista unha CPI non elimina o dito problema, máis ben o multiplica, pois imos atoparnos coa CPI e con múltiples tribunais penais nacionais que, á vez, poden ser competentes para axuiza-lo mesmo asunto. O principio de complementariedade dáno-la clave para elimina-la concorrencia de xurisdiccións en termos de arranxo pacífico.

Ademais, o principio de complementariedade suscita outros problemas no ámbito do ordenamento interno. O primeiro deles é o da cooperación. En efecto, para que o principio de complementariedade sexa eficaz, de nada serve que a CPI se declare competente se as administracións estatais non colaboran activamente. Polo tanto, a primeira conclusión que saca a relatora é que o principio de complementariedade, funcionando como principio de cooperación e coordinación entre as xurisdiccións nacionais e maila internacional, obriga a que os estados adopten unha lei de cooperación coa CPI. Por outra parte, para garanti-la aplicación do principio de complementariedade os estados deben modifica-la súa lexislación penal interna. A CPI é competente cando o Estado non quere exercer-la súa xurisdicción ou non pode exercela por ter un límite na súa lexislación penal ou procesual. En España temos fundamentalmente un límite de orde penal: o noso Código penal non considera os crimes de lesa humanidade con autonomía propia; os crimes de guerra e de xenocidio non se prevén como absolutamente imprescritibles, tendo ademais a imprescritibilidade unhas limitacións evidentes. Así que, cando entre en funcionamento a CPI, ou ben nos axustamos á concepción dos crimes recollida no Estatuto, modificando as regras xerais do noso dereito penal, ou ben a nosa xurisdicción nacional non poderá actuar respecto deses tipos de crimes, perdendo a posibilidade de alega-lo principio de complementariedade, co que estaríamos a recoñecer que a xurisdicción internacional é a única competente respecto deses crimes.

En conclusión, rematou a relatora, a complementariedade convértese no eixo de todo o sistema penal internacional. Sen este principio, non poderíamos entende-lo funcionamento da CPI. O principio de complementariedade obriga necesariamente, aínda que non con carácter previo a ratificación, a adecuación das lexislacións internas ás esixencias que veñen dadas pola comunidade internacional e que tenden á eliminación do fenómeno da impunidade, que é actualmente o principal azoute dos dereitos humanos en países que atravesan situacións de crise política ou doutro tipo dunha certa envergadura.

De seguido, José Luís Rodríguez-Villasante y Prieto, ex presidente do Tribunal Militar Central, xeneral de división, conselleiro togado e director do Centro de Estudios de Dereito Internacional Humanitario da Cruz Vermella, ilustrounos sobre *Os principios de dereito penal en relación cos crimes internacionais*.

O Estatuto adopta no seu artigo 22 o principio de legalidade penal ou taxatividade (*nullum crimen sine lege*), que significa que a definición do crime ha ser interpretada estrictamente e non se fará extensiva por analogía, tal e como se vén formulando no sistema continental romano-xermánico, fronte á laxitude propia do dereito penal anglosaxón, que non satisfai as garantías de *lex scripta, praevia, certa, stricta*. O principio de legalidade supón o recoñecemento da garantía criminal, tanto no seu aspecto material de predeterminación normativa coma no seu aspecto formal (rango de lei da norma), que se respecta no artigo 21 do Estatuto, que trata do dereito aplicable. Asemade, implica a garantía penal (*nulla poena sine lege*), sen prexuízo da crítica que poida merecela ausencia dunha dosimetría penal, xa que non se lle asigna unha pena a cada crime nin se concretan os criterios de individualización da sanción. Ademais, ó longo do Estatuto arbítrase a garantía xurisdiccional, ó constituírse unha CPI independente, imparcial, predeterminada, exclusiva, inamovible, competente e regulada polo Estatuto. E, finalmente, a garantía penal que supón a execución da pena baixo a vixilancia da CPI, aínda que as penas privativas de liberdade se executen en establecementos penais dos estados. Villasante sinalou que a presenza de tipos abertos non implica o descoñecemento do principio de legalidade, na súa vertente de tipicidade, xa que fronte ós tipos pechados que fan unha descrición fáctica completa do crime, os tipos abertos necesitan ser complementados con elementos normativos ou con elementos valorativos constituídos por cláusulas xerais que se identifican co xuízo mesmo de antixuridicidade e que quedan á libre apreciación da CPI, agás que se concretan na formulación dos elementos do crime.

Villasante referiuse ó xenocidio e ós crimes de lesa humanidade e de guerra, relacionándoos cos principios xerais de dereito penal recollidos no Estatuto. A definición do xenocidio reproduce literalmente a do Con-

venio de 1948 para a prevención e sanción do xenocidio, caracterizándose pola intención de destruír total ou parcialmente un grupo nacional, étnico, racial ou relixioso como tal. A diferenza dos demais crimes da competencia da CPI, o Estatuto non estableceu un limiar, aínda que a utilización do plural ou dun suxeito colectivo para describi-lo suxeito pasivo deixa fóra do tipo as accións illadas dirixidas contra unha soa persoa. Seguindo fielmente o citado convenio, o artigo 6 do Estatuto tipifica o xenocidio físico (matanza ou lesión grave á integridade física ou mental dos membros do grupo), o xenocidio biolóxico (sometemento a condicións de existencia que provoquen a destrución física do grupo, total ou parcial, e as medidas destinadas a impedir nacementos no seo do grupo) e mailo xenocidio cultural (traslado pola forza de nenos dun grupo a outro grupo). No artigo 25.3, letra e) do Estatuto incrimínase especificamente a instigación directa e pública a que se cometa o xenocidio. O artigo 33.2 do Estatuto establece a presunción *iuris et de iure* da manifesta ilicitude dunha orde de comisión do crime de xenocidio.

O artigo 7 do Estatuto tipifica sistematicamente por vez primeira a grande familia dos crimes de lesa humanidade, e establece como limiar que as conductas incriminadas teñen que cometerse como parte dun ataque xeneralizado ou sistemático contra unha poboación civil. O suxeito activo terá coñecemento de que a súa acción ou omisión forma parte de tal ataque programado ou masivo. Por outra parte, resulta indiferente que estes crimes se cometan en tempo de paz ou de conflito armado. Os crimes de lesa humanidade tipificados no artigo 7.1 son os seguintes: a) asasinato, b) exterminio, c) escravitude, d) deportación ou traslado forzoso de poboación, e) encarceramento ilegal, f) tortura, g) abusos sexuais graves, h) persecución, i) desaparición forzada de persoas, j) *apartheid* e k) outros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimentos ou atenten gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física.

Algúns destes crimes esixen unha intención concreta por parte do autor como elemento subxectivo ou dolo específico. Ademais, o Estatuto, respectuoso co principio de tipicidade na súa vertente de taxatividade, define case tódolos crimes desta familia delictuosa, coa lóxica excepción do tipo residual da letra k), o que lles achega unha maior certeza ás descrições típicas e merecen, en xeral, un xuízo favorable. Villasante insistiu na complexidade do crime de persecución, lindante co xenocidio e que supón unha das grandes novidades do Estatuto. A persecución esixe conexión con calquera outro crime de lesa humanidade ou da competencia da CPI, configurando un tipo aberto cheo de posibilidades de incriminación de múltiples violacións dos dereitos humanos e do dereito internacional humanitario, á vez que respecta o principio de legalidade penal. Sen embargo, hai dúbidas, dende o punto de vista deste princi-

pio, na súa vertente de taxatividade, en relación co tipo residual da letra k). Villasante advertiu da influencia da doutrina anglosaxona, que case permite a analogía *in malam partem*, rexeitable dende a perspectiva continental do dereito penal. Por último, o relator apuntou a presunción *iuris et de iure* de manifesta ilicitude dunha orde de comisión de tales crimes.

O extenso artigo 8 do Estatuto recolle os crimes de guerra, non sen antes establece-lo que pode considerarse como un limiar, ó ser competente a CPI «en particular» cando se cometan como parte dun plan ou política ou como parte da comisión en grande escala de tales crimes. Un dos maiores avances do texto de Roma foi que a tipificación destes crimes poida abrangue-los cometidos nos conflitos armados non internacionais ou internos. Os crimes de guerra comprenden as infraccións graves recollidas nos catro convenios de Xenebra de 1949 e outras violacións graves das leis e dos usos aplicables nos conflitos armados internacionais ou internos dentro do marco do dereito internacional. Estas normas están fundamentalmente integradas polo chamado vello dereito da Haia, os xa citados catro convenios de Xenebra, o Convenio para a protección dos bens culturais da Haia de 1954, toda a regulamentación dispersa sobre prohibicións ou limitacións de armas e o Protocolo I de 1977 adicional ós catro convenios xenebrinos. Do concepto de crimes de guerra quedan excluídas as situacións de disturbios ou tensións internas, de maneira que as vítimas de tales revoltas quedan protexidas penalmente polos crimes de xenocidio ou de lesa humanidade, se é o caso.

Para remata-la súa intervención, Villasante referiuse sucintamente ós principios de igualdade ante a Lei penal internacional e de imprescritibilidade. O artigo 27 dispón que o Estatuto será aplicado por igual a todos, sen distinción ningunha baseada no cargo oficial, engadindo que este cargo en ningún caso llo eximirá de responsabilidade penal nin constituirá *per se* motivo para reduci-la pena. As inmunidades e as normas especiais de procedemento que comporte o cargo oficial dunha persoa, de acordo co dereito interno ou internacional, non obstarán para que a CPI exerza a súa competencia sobre ela. Por outro lado, tódolos crimes de competencia da CPI son imprescritibles, principio que se aceptou de maneira unánime na Conferencia diplomática de Roma.

Francisco Bueno Arús, director xeral de Política Lexislativa e Cooperación Internacional do Ministerio de Xustiza, avogado do Estado e profesor de dereito penal, encargouse de abri-los relatorios da tarde, coa súa intervención sobre *A teoría xeral do delicto na CPI*. Comezou manifestando que no Estatuto non aparece unha definición material dos elementos do delicto. Agora ben, os seguintes elementos: acción, tipicidade, antixuridicidade, culpabilidade e punibilidade poden ser perfectamente rastrexados ó longo de todo o articulado do Estatuto.

A ACCIÓN. Segundo o Estatuto, un crime constitúe unha conducta ou unha comisión, é dicir, unha acción en sentido propio. A Bueno Arús chamoulle a atención que non se indique expresamente que a acción ou conducta tamén pode consistir nunha omisión. Nembargantes, non se trata dunha limitación do concepto de delicto, toda vez que, cando o seu artigo 28 sanciona a responsabilidade dos xefes e doutros superiores, considera como base desta o non ter exercido un control apropiado ou non ter adoptado tódalas medidas necesarias e razoables ó seu alcance e nisto consiste precisamente a omisión, en non face-lo suxeito o que tiña o deber xurídico de facer para evita-la produción dun resultado prohibido.

Os delitos da competencia da CPI raramente constitúen actos illados, xa que, de acordo cos artigos 6 a 8 do Estatuto, os crimes de xenocidio son actos perpetrados coa intención de destruír un *grupo*, os crimes de lesa humanidade cométese como parte dun ataque *xeneralizado* contra unha poboación civil e os crimes de guerra cométese como parte dun plan ou política ou como parte da comisión en *grande escala* de tales crimes. Así, todos eles son comportamentos que se integran nunha sucesión intencional de actos.

Os comportamentos punibles para o Estatuto non se esgotan na comisión directa da conducta típica, senón que son tamén comportamentos punibles os seguintes:

- Comete-lo delicto por conducto doutro.
- Intentar comete-lo crime mediante actos que supoñan un paso importante para a súa execución, aínda que o crime non chegue a consumarse.
- Ordenar, propoñer ou induci-la comisión do crime.
- Ser cómplice ou encubridor ou colaborar dalgún modo na comisión ou na tentativa.
- Contribuír dalgún outro modo na comisión ou tentativa por un grupo de persoas que teñan unha finalidade común.

De seguido, o relator sinalou que suxeitos da acción criminal só o poden se-las persoas naturais, relegando con acerto a responsabilidade dos estados ó dereito internacional, non penal (artigo 25, apartados 1 e 4).

A tipicidade. É a consecuencia directa do principio de legalidade en dereito penal. O Estatuto afirma que as condutas da competencia da CPI estableceranse, no momento en que a conducta teña lugar, de conformidade con aquel e sen prexuízo da súa tipificación como crime de dereito internacional independentemente do Estatuto. E aínda, sinalou o relator, poderíase engadir «sen prexuízo do dereito dos estados a tipifica-los actos

criminais na súa lexislación interna», xa que a competencia da CPI é complementaria da dos estados.

A enumeración das fontes do dereito que poden ser aplicadas pola CPI, suscita o problema teórico de se os principios establecidos do dereito internacional dos conflitos armados, os principios xerais do dereito derivados dos dereitos internos dos sistemas xurídicos do mundo ou a xurisprudencia da CPI poden ser tamén normas creadoras de delitos e penas. Un penalista dificilmente aceptará, polo carácter constitucionalmente garantista que posúe o principio de legalidade dende a perspectiva da seguridade xurídica, que os principios xerais, a xurisprudencia nin o costume poidan ser creadores de responsabilidade penal, debendo limitarse a seren normas aplicables para a interpretación ou a integración das normas escritas. Sen embargo, os internacionalistas non ven tan clara a imposibilidade de que por vía de costume tamén se poidan crear delitos de dereito penal internacional.

A antixuridicidade. O estudio da antixuridicidade ten maior interese dende o punto de vista negativo, xa que coincide co estudio das causas de xustificación, a presenza das cales no caso concreto elimina aquel elemento do delito. Da lista de circunstancias eximentes de responsabilidade penal do artigo 31 do Estatuto, só pertence ó ámbito da xustificación «actuar razoablemente en defensa propia ou dun terceiro ou, no caso dos crimes de guerra, dun ben esencial para a supervivencia ou dun ben esencial para realizar unha misión militar». Isto parece xuntar nunha mesma definición aspectos propios da lexítima defensa e do estado de necesidade, sempre dende unha perspectiva razoable, concepto xurídico indeterminado propenso á interpretación discrecional da CPI.

Tradicionalmente, no dereito penal internacional tivo maior importancia a valoración da circunstancia de obediencia debida a un superior, á que, pola gravidade dos crimes considerados, se lle restrinxiu radicalmente a súa eficacia como eximente da responsabilidade penal.

- O artigo 33 do Estatuto de Roma establece que a CPI só poderá aplica-la eximente de cumprimento de ordes superiores cando concorran tres requisitos:
- Estar obrigado por lei á obediencia de ordes emitidas polo Goberno. Isto exclúe a obriga de obedecer, fundamentada nunha norma regulamentaria.
- Non saber que a orde era ilícita, o que exclúe a exención de responsabilidade se o suxeito obedeceu de mala fe.
- Que a orde non fora manifestamente ilícita, de maneira que se o era, non caberá alega-la ignorancia do interesado. As ordes de cometer xenocidio ou crimes de lesa humanidade son manifestamente ilícitas.

O artigo 31.3 dispón que a CPI poderá ter en conta circunstancias eximentes de responsabilidade distintas, sempre que se desprenda do dereito aplicable de conformidade co artigo 21. Isto implica que o Estatuto aceptou o carácter de *numerus apertus* para aquelas, cun talante máis progresista cás lexislacións nacionais en xeral.

A culpabilidade. A responsabilidade persoal e a culpabilidade como reproche tamén persoal polo feito cometido son elementos esenciais do ordenamento penal. A existencia de culpabilidade, mencionada de pasada no artigo 71.1 do Estatuto, está integrada, á súa vez, por outros elementos: imputabilidade, voluntariedade e esixibilidade doutra conducta, manifestados no texto do Estatuto directamente ou na súa formulación negativa.

O artigo 26 cifra a *imputabilidade* ou capacidade xurídico-penal na idade de 18 anos e no Estatuto non hai nada semellante á nosa lexislación especial nacional reguladora da responsabilidade dos menores autores de delictos, polo que só lles resulta aplicable ós adultos.

O artigo 30 tamén esixe a intencionalidade ou *voluntariedade* do responsable do crime, entendendo por tal a concorrencia dun elemento intelectual e dun elemento volitivo: a intención, é dicir, o propósito de incorrer nunha conducta ou a consciencia de producir unha consecuencia prohibida. A concorrencia de ámbolos dous elementos determina a existencia de *dolo*, e os termos empregados induciron o relator a pensar que o Estatuto pretende abarcar tanto o dolo directo coma o dolo eventual. O Estatuto non fai referencia expresa á culpa, imprudencia ou negligencia como elemento integrante da culpabilidade alternativo ó dolo. Sen embargo, Bueno Arús convenceuse de que na descrición dos supostos de responsabilidade dos xefes e superiores polos crimes cometidos polos seus subordinados caben tanto o dolo coma a imprudencia.

Polo que respecta ás causas de inculpabilidade, o citado artigo 31.1 do Estatuto menciona expresamente a enfermidade ou deficiencia mental, o estado de intoxicación e maila coacción, e permite ademais outras que se poidan deducir dos principios xerais do dereito internacional ou do dereito dos estados membros. O relator chamou a atención sobre outras dúas causas de inculpabilidade, recollidas no artigo 32: o erro de feito e o erro de dereito, xa que mentres o primeiro *eximirá* de responsabilidade se fai desaparecer-lo elemento de intencionalidade requirido polo crime, o segundo *podará considerarse eximente* se fai o propio.

A punibilidade. Segundo di o Estatuto, son características xerais das penas a *legalidade* e maila *igualdade*. Coma os delictos, as penas só poderán imporse de conformidade co Estatuto (artigo 23). O principio de igualdade recóllese de maneira rotunda, primeiro prohibindo as disci-

minacións por idade, raza, etc. no artigo 21.3 e despois afirmando no artigo 27.1 que o presente Estatuto será aplicable por igual a todos sen distinción ningunha baseada no cargo oficial. Por conseguinte, o dito cargo, aínda que sexa xefe de Estado, en ningún caso eximirá de responsabilidade penal. Asemade, tampouco serán obstáculo para a competencia da CPI as inmunidades nin os foros que declara o dereito interno ou o dereito internacional.

Bueno Arús fixo tamén unha breve alusión ás penas que pode impoñe-la CPI, enumeradas no artigo 77 do Estatuto. Son as seguintes: reclusión a perpetuidade, reclusión por un número determinado de anos que non exceda de trinta, multa e incautación do produto, dos bens e dos haberes procedentes directa ou indirectamente do crime. A existencia no Estatuto da pena de reclusión a perpetuidade foi o prezo que os estados occidentais tiveron que pagar na Conferencia de Roma para que os orientais renunciaran á pena de morte e presenta un problema para España, que no seu ordenamento positivo non a recolle, sendo considerada pola doutrina como un trato inhumano ou degradante de acordo co artigo 15 da nosa Constitución, non sendo posible formularlle reservas ó Estatuto (artigo 120), pero o problema admite doada solución en virtude do artigo 103.1, letra b do Estatuto.

A determinación da pena conta no Estatuto cun único precepto, que se limita a establecer xenericamente que a CPI terá en conta, de conformidade coas *Regras de Procedemento e Proba*, factores tales como a gravidade do crime e as circunstancias persoais do condenado. Realmente, indicou o relator, fóra dos factores obxectivos e subxectivos concorrentes na comisión do feito, non debe haber outros criterios de gradación da pena no caso concreto, pero nas mencionadas *Regras* débense regular máis polo miúdo as circunstancias atenuantes e agravantes.

Para a execución das penas impostas a CPI necesita da colaboración dos estados. A pena privativa de liberdade cumprírase nun estado designado pola CPI sobre a base dunha lista de estados que manifestaron a súa disposición a recibir condenados ou, no seu defecto, no establecemento penal que designe o Estado anfitrión, os Países Baixos. No momento de declarar que está disposto a recibir condenados, o Estado poderá poñer condicións a reserva de que sexan aceptadas pola CPI (artigo 103.1, letra b) e, se esta non as pode aceptar, decidirá o traslado a un estado distinto. Esta normativa é a que lle pode permitir a España poñe-la condición de limita-lo tempo de privación de liberdade do condenado conforme o máximo establecido nas leis españolas antes de facerse cargo da execución dunha cadea perpetua. Asemade, as multas e ordes de incautación decretadas pola CPI serán feitas efectivas polos estados parte.

A continuación, logo dun breve descanso, tomou a palabra Rogelio Gómez Guillamón, fiscal de sala do Tribunal Supremo, quen expuxo o

relatorio *Do proxecto á realidade: o proceso de creación do Tribunal Penal Internacional*. A aprobación do Estatuto da CPI foi factible sen dúbida pola confluencia de toda unha serie de antecedentes da máis diversa índole: a caída do muro de Berlín, a desaparición da guerra fría, os tribunais de Nuremberg e Toquio e, máis próximos no tempo, os da ex Iugoslavia e de Ruanda. Paralelamente a estes acontecementos, foise producindo tamén unha evolución da sociedade internacional, na que dous puntos clave son a globalización da comunidade internacional e maila transformación gradual operada no dereito penal internacional dende un principio de soberanía total ata unha renuncia dos estados á súa soberanía para xulgar determinados delitos. Guillamón quixo destaca-la insuficiencia de situármonos a pouco máis de medio século á hora de examinalos antecedentes da internacionalización do dereito penal. En efecto, a idea dunha represión penal de certo tipo de conductas delictuosas non é un fenómeno exclusivamente da segunda metade do século XX, senón que foi algo sentido, se ben minoritariamente, dende tempos anteriores. A Segunda Guerra Mundial e os tristes feitos que a acompañaron aceleraron de maneira definitiva a oportunidade e maila necesidade do establecemento dun tribunal que sancionara os crimes cometidos dos que se tiña noticia. No ano 1943 os aliados acordaron o axuízamento dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade e contra a paz cometidos polos nazis. En agosto de 1945 publicáronse o Acordo e mailo Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e, ó ano seguinte, constituíuse o Tribunal de Toquio para o castigo dos crimes cometidos polas tropas xaponesas, obedecendo ós mesmos criterios de Nuremberg, pero cunha composición máis ampla. Destes tribunais, especialmente do primeiro, xurdiron os chamados principios de Nuremberg, que en boa medida orientaron a política internacional neste ámbito e practicamente todos eles foron incorporados no Estatuto de Roma.

A partir daquel momento a actividade dos organismos oficiais foi constante, se ben ralentizada pola escisión que supuxo o enfrontamento ideolóxico entre os dous grandes bloques. Non obstante, en 1948 deuse un paso decisivo ó adoptarse a convención contra o xenocidio. No ano 1950 creouse un comité especial para a elaboración do Estatuto dun tribunal penal internacional con carácter permanente, que preparou un proxecto que non chegou a bo fin. A caída do muro, en 1989, e o cambio da situación que lle seguiu permitiron o restablecemento dos intentos. A Asemblea Xeral, a proposta, curiosamente, dun pequeno país, Trinidad e Tobago, preocupado polo problema do narcotráfico, decidiu reactivalo tema, remitíndollo á Comisión de Dereito Internacional, que elaborou en 1994 un estatuto da CPI. Este sufriu sucesivas modificacións ata chegar ó texto elaborado en Zupthen (Holanda), que foi o borrador definitivo que chegou a Nova York, onde, xa en 1998, se iniciaron os traballos

definitivos para a Conferencia diplomática de Roma, que remataría coa aprobación do texto do Estatuto en xullo dese ano. A creación polo Consello de Seguridade das Nacións Unidas dos tribunais especiais para xulga-las conductas criminais producidas na ex Iugoslavia e en Ruanda acelerou, sen lugar a dúbidas, o proceso.

Unha vez examinados os antecedentes, Guillamón centrouse na concreta xénese da Corte Penal Internacional e nas súas características máis sinaladas. Á conferencia asistiron 160 países, de 190 invitados, así como observadores de 31 institucións internacionais e 133 organizacións non gobernamentais. Logo de laboriosas reunións, o Estatuto foi aprobado por 120 países, con 21 abstencións e 7 votos en contra, entre estes, países de tanto relevo como os Estados Unidos, a China e a India. Se ben o número de países que votaron favorablemente foi esmagador, o seu peso demográfico non o é tanto, xa que a poboación destes tres, dous deles os máis poboados do planeta, unida á dos outros que votaron tamén en contra e a dos que se abstiveron, a maior parte dos países árabes, seguramente excede a metade dos habitantes do mundo. A isto hai que engadi-la especial relevancia dos Estados Unidos. As razóns da oposición á aprobación foron sen dúbida ben distintas, segundo os casos. Os Estados Unidos, porque pretendían que ningún nacional fora obxecto de axuízamento sen a autorización do seu respectivo país. A oposición da China e da India, obviamente, é de menos relevo, aínda que non cabe descoñece-lo seu peso demográfico e a importancia de futuro que tódalas perspectivas lles asignan, en especial á primeira.

O Estatuto consta de 128 artigos, precedidos dun breve preámbulo, e recolle unha parte substantiva penal, outra procesual e outra orgánica, así como unha ampla regulación da cooperación internacional e da asistencia xudicial.

De seguido, o relator pasou a analiza-los mecanismos de activación da CPI, isto é, quen está lexitimado para levar unha denuncia ante ela. O borrador inicial do Estatuto soamente prevía que un estado parte e mailo Consello de Seguridade puideran denunciar. Pronto se alzaron críticas xeneralizadas e se dixo que o Tribunal tiña que actuar por propia iniciativa. Finalmente, foi aprobada unha terceira vía de incoar unha causa: polo fiscal directamente en virtude da información que reciba e logo da análise da súa veracidade. En definitiva, sinalou Guillamón, acadouse afasta-la CPI de toda influencia externa. Unha das manifestacións máis claras disto é a separación funcional das Nacións Unidas, aínda que sen romper certa vinculación, xa que o artigo 16 do Estatuto prevé a suspensión da actividade da CPI por prazo dun ano, a solicitude do Consello de Seguridade, petición esta que poderá ser renovada nas mesmas condicións.

O relator quixo tamén facer unha breve referencia ó contido material da xurisdicción da CPI, sinalando que foi un dos puntos máis ampla-

mente debatidos do Estatuto. Son catro os delitos da súa competencia: xenocidio, crimes de lesa humanidade, crimes de guerra e agresión. Non prosperaron os intentos de incorporar outras figuras delictuosas, tales como o terrorismo ou o tráfico de drogas, aínda que a posibilidade de ampliala competencia a estas ou a calquera outra figura considérase nunha resolución anexa á Acta final da Conferencia de Roma, na que se prevé a revisión do Estatuto. Por primeira vez conseguíuse que os conflitos armados internos se castigaran como crimes de guerra, mentres que a aplicación do delito de agresión quedou en suspenso ata que se aprobe unha disposición na que se defina o crime e se enuncien as condicións nas que se perseguirá.

Guillamón destacou que, en abril deste ano, os países que firmaron o Estatuto chegan xa a noventa e seis. Sen embargo, a ratificación polos países signatarios vai moito máis lenta, pois só oito, ata esa data, o tiñan ratificado, entre eles só un país de certo relevo, Italia. Anúnciase inminente a ratificación por Francia, que xa aprobou as reformas constitucionais necesarias e Bélxica. Non anda lonxe a de Alemaña, á que de seguro seguirán os países restantes da Europa comunitaria. Sendo precisas sesenta ratificacións para a súa entrada en vigor, sinalou o relator que resulta aventurado anticipar cándo ocorrerá tal evento. As opinións están divididas: os optimistas pensan que pode ser no ano 2002 ou no 2003, e os pesimistas ven con temor a ralentización das ratificacións, que irá en aumento, din, conforme vaia subindo a cifra de países ratificantes. En calquera caso, a opinión xeneralizada é que se trata dun movemento imparable, apoiado na evolución da comunidade internacional e que rematará inevitablemente impoñéndose. De tódolos xeitos xorden dificultades de orde técnica-xurídica para unha pronta ratificación do Estatuto, en especial, a acomodación das constitucións dos distintos países signatarios a algúns preceptos do Estatuto. Isto ocorre coa chamada irrelevancia do cargo oficial que acolle o artigo 27 do Estatuto, mentres que as constitucións, pola súa parte, adoitan declara-la irresponsabilidade do xefe do Estado e a inviolabilidade e inmunidade dos parlamentarios.

Para remata-la súa intervención, o relator apuntou que se as forzas políticas e sociais máis significativas están a favor da pronta ratificación e se consideran salvables as aparentes contradicións coa Constitución, é de esperar que España non tardará en lle presenta-la súa ratificación ó Estatuto da CPI.

Para remata-la sesión da tarde, o fiscal xefe da Audiencia Nacional, **Eduardo Fungairiño Bringas**, ilustrounos sobre *A evolución da extradición na cooperación xurídica internacional*. Historicamente a extradición non sempre tivo por obxecto, no ámbito da cooperación xurídica internacional, que un estado poña un delincente presunto ou convicto a disposición doutro estado. Ata o século XVIII os acordos foron de natureza

política, nos que a execución lle correspondía á vontade dos soberanos, tendo en conta que non existía un poder xudicial independente do rei ou do príncipe; tratábase dunha cooperación entre soberanías para a mutua protección dos seus intereses. No século XVIII, a máxima *aut dedere aut punire* inspira a relación extradicional, que dará lugar á firma de numerosos tratados. A obriga de entregar ou castigar prospera conforme diminúe a forza do asilo como institución ou realidade que impide a persecución e castigo dos delitos. Pero trátase dun contexto de afirmación da soberanía, de expansión xeográfica, influído pola eclosión dun nacionalismo *bismarckiano*, de nacemento de estados e de reafirmación de imperios. Isto reflíctese na redacción dos tratados en toda Europa e América, que se ve caracterizada polas seguintes notas:

- Tratados bilaterais, algúns deles subseguintes a tratados de paz, sen relación con terceiros países e, polo tanto, sen sistema.
- Rexidos por uns principios extradicionais practicamente inmutables, tales como a dobre incriminación normativa e o mínimo punitivo, ademais de ter que atoparse o delito especificamente catalogado no tratado.
- Os delitos de carácter internacional (tráfico de escravos, piratería, falsificación de moeda, etc) non poden ser obxecto de extradición se non aparecen catalogados nos preceptos do tratado, pois ó non existiren acordos internacionais multilaterais, os estados non contraen outra obriga ca aquela que lles impón o tratado bilateral.
- Os tratados decimonónicos establecen que o estado requirente achegue, xunto coa demanda extradicional, documentación suficiente para acreditar a existencia de proba suficiente, o que leva a un verdadeiro xuízo anticipado.
- A demanda extradicional formúlase exclusivamente pola vía diplomática, o que unido á lentitude das comunicacións determina unha excesiva duración dos procedementos.
- Prodúcese unha forte intervención política, ó se estableceren autorizacións governativas para a continuación do procedemento de extradición ou para a entrega, unha vez decidida a extradición.
- A nacionalidade da persoa reclamada constitúe un obstáculo para a extradición se aquela é nacional do estado requirido.

A partir da primeira metade do século XX concorren varias circunstancias que determinan o paso á multilateralidade e á globalización xurídica. Así, trala Segunda Guerra Mundial, establécense as bases dunha visión do procedemento extradicional moito máis acorde coa necesaria cooperación xudicial, entendida esta como relación entre as autoridades xudiciais dos distintos países que pretende un sistema de reclamación e entrega de

delinquentes nun tempo razoablemente breve e, á vez, sen mingua de garantías xurídicas. Logo de importantes avances no continente americano (Convención interamericana de extradición de 1933), chegouse en Europa ó Convenio europeo de extradición de 1957, coa finalidade de acadar unha unión máis estreita entre os seus membros mediante a aceptación de regras uniformes. A nova Convención iberoamericana sobre extradición (1981) pretende simplificar as formalidades e permitir a axuda mutua nun ámbito máis amplo có previsto polos tratados en vigor, co debido respecto dos dereitos humanos. Simultaneamente, firmáronse no seo das Nacións Unidas convenios multilaterais para a prevención e represión dos denominados delitos de protección universal (xenocidio, tráfico de estupefacientes, falsificación de moeda, tortura, tráfico de persoas, etc). Os ditos convenios conteñen preceptos que prevén a extradición polos delitos contidos neles, aínda que non exista acordo extradicional vixente entre os estados requirente e requirido. Algúns destes convenios fan referencia a unha instancia xudicial superior invocando ó Tribunal Internacional de Xustiza con sede na Haia ou mesmo un tribunal penal internacional.

Despois de case medio século de operatividade extradicional, cabe estimar que a extradición xa non constitúe en Europa un procedemento ríxido. Nese sentido, sinalou o fiscal xefe da Audiencia Nacional, principios que a doutrina antano consideraba inamovibles, poden ser agora obviados, sen mingua das garantías xurídicas. Desta maneira, o principio *de dobre incriminación* normativo non esixe unha identidade ou *nomen formal*, senón que require tan só que os elementos definitorios da infracción penal estean presentes na lexislación dos estados requirente e requirido. O principio do *mínimo punitivo* permite conceder a extradición por outros delitos castigados con pena menor cá sinalada no convenio, incluso con pena pecuniaria. A *prescripción* réxese só polas disposicións do estado requirente. A *demanda* de extradición pode ser presentada directamente polos ministerios de xustiza ou incluso se prescindir da demanda formal se houbo conformidade do reclamado coa extradición sobre a base da detención preventiva. Desaparece o trámite de *autorización gubernamental* para a entrega no caso de extradición simplificada. Non queda excluída a extradición en materia de delitos de *evasión de impostos ou aduanas*. A *nacionalidade* non pode ser obstáculo para a extradición polo feito de que o reclamado sexa nacional do estado requirido. Desaparecen as limitacións que establece o principio de *especialidade*, baixo a observancia de determinados requisitos. A *información complementaria* pode ser solicitada e transmitida directamente polas autoridades xudiciais competentes. E os *documentos* non precisan doutra autenticación máis cá certificación polas autoridades do estado requirente.

Fungairiño sinalou a necesidade de que o progreso nas modificacións extradicionais conduza a un sistema de presentación por vía directa, en-

tre xulgados, ou como moito entre ministerios de xustiza, dunha documentación simplificada, que determine unha entrega inmediata. En definitiva un sistema de validación recíproca internacional de mandamentos xudiciais de detención e entrega. O espazo xudicial europeo permite a operatividade de tal sistema, sen mingua-las garantías do xustizable nin os dereitos da vítima.

O feito de que exista un sistema de garantías efectivas, sexa o Tribunal Internacional de Xustiza, o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos ou a CPI, implica verticalidade, xa que dende unha instancia nacional pode recorrerse a unha instancia suprema. Pero esa verticalidade entraña que as instancias nacionais deben manterse nun mesmo e igual nivel competencial e xerárquico. Así mesmo, esa verticalidade actúa como garantía do axuizamento xusto nas instancias nacionais e de que os procedementos extradicionais se tramitarán con idéntico respecto cara ós cidadáns neles incurso e con igual respecto das competencias nacionais. Agora ben, a verticalidade pode darse nun aspecto moito máis práctico e inmediato. En efecto, o Estatuto da CPI prevé a emisión dunha orde de detención contra un presunto responsable da comisión de crimes da xurisdicción da CPI, quedando os estados parte e onde se produce a detención obrigados a entregárenlle á CPI a persoa acusada, mediante unha entrega de carácter xudicial, sen que apareza a esixencia dun procedemento formal.

A xornada do venres 19 comezou coa grata intervención de **Jose Luís Fernández-Flores de Funes**, ex maxistrado do Tribunal Supremo, catedrático de dereito internacional público e privado e xeneral de división conselleiro togado, sobre *A xurisdicción penal universal*. Ó longo da historia, sinalou, e incluso nos momentos presentes, a xurisdicción vén sendo esencialmente territorial, aínda que este principio teña físgoas en beneficio da xurisdicción persoal e real e atenuacións a través das inmunidades e dos mecanismos de comunicación e cooperación xudicial dos tribunais estatais. Só cando os grandes intereses dos estados, entre eles a persecución dos crimes que afectan a comunidade internacional, chegaron a converterse en internacionais, foi cando o dereito internacional interveu decididamente para protexelos. As dificultades con que tropezou o principio da xurisdicción universal, á marxe dos problemas políticos, foron múltiples. A falta de homoxeneidade no plano da tipoloxía penal nos estados, a falta de acordo sobre os delitos e sobre a súa entidade tal vez sexa o obstáculo fundamental para o asentamento do principio. A estreiteza do marco internacional no que se intenta introduci-lo principio da xurisdicción universal deixa fóra unha serie de estados cun amplo campo propicio, alomenos, para o asilo, obstáculo insalvable para esta xurisdicción. Asemade, a parvidade dos acordos internacionais sobre a materia tamén reduce de forma notable a efectividade do princi-

pio, ó reduciilo a uns cantos delictos que non cobren a extensa gama da criminalidade internacional.

Fernández-Flores afirmou que o principio da xurisdicción universal se foi abrindo paso lentamente e con non poucos retrocesos. Logo de analizar unha serie de convenios internacionais da máis diversa índole, o relator extraeu como características da denominada xurisdicción universal as seguintes:

- Está en mans de tódolos estados
- Exércese fóra do territorio do Estado
- Recae sobre os distintos actos que dan lugar a un delicto, aínda que estes se realizaran en diferentes países
- Afecta os delictos cometidos no estranxeiro cando o delincente está no país, coma se o feito se cometera no territorio do Estado
- Abarca a tódolos individuos que se atopen en poder do Estado en cuestión
- Non exclúe as xurisdiccións que se exercen de acordo coas leis nacionais
- Delimítase por razón do delicto considerado, sendo apta só para certos delictos
- Esténdese en certos supostos por se-la vítima do delicto nacional do Estado competente.

A consecuencia disto, a xurisdicción só pode establecerse en textos internacionais e con base en textos internacionais, é dicir, que un estado non pode estender unilateralmente a súa xurisdicción e darlle alcance universal. Para que un texto interno estableza validamente unha xurisdicción universal sobre un delicto, resulta preciso que se apoie nun texto internacional, de maneira que se este apoio non existe, a xurisdicción universal establecida internamente non será aceptada no plano internacional.

A xurisdicción universal, pola súa estrutura e funcionamento, pódese dividir en dous tipos distintos: a xurisdicción universal mediante tribunais estatais ou mediante unha corte internacional. A primeira opción implica que os tribunais competentes de cada estado teñen xurisdicción para coñecer os delictos internacionais ou de calquera tipo, que os estados, por medio de convenios, acordaron que a teñan en termos de universalidade, podendo coñecer non só dos delictos por razón do tradicional plano territorial ou do plano persoal ou real, senón en forma ilimitada fundamentalmente polo territorio. Este sistema é simple: trátase de estender extraterritorialmente a xurisdicción territorial, situación que dá lugar a que calquera xuíz, con xurisdicción inicialmente territorial, poida perseguir calquera individuo, nacional ou estranxeiro, que come-

tera presuntamente un delicto, con independencia do lugar e de que esta ou poida estar no seu territorio. Este sistema, ademais de poñer en perigo as relacións dun país, a concorrencia de diversas instancias para coñecer dos mesmos feitos e cos mesmos fundamentos, pode dar lugar a delicados problemas de competencia non doados de resolver.

A outra modalidade de xurisdicción internacional reside nunha corte internacional. A xurisdicción universal tamén vai suscitar problemas neste caso. O primeiro é xa o da propia creación da CPI, xa que son varios os estados que non están polo labor e seguramente han ser bastantes os que non a ratifiquen. É moi posible que coa xurisdicción da nacente CPI ocorra o mesmo que coa do Tribunal Internacional de Xustiza: que se acabe establecendo unha cláusula facultativa, mediante a cal os estados poidan condiciona-la xurisdicción da CPI, declarando antes ou *a posteriori* se se someten ou non a ela, para qué asuntos e en qué condicións.

Agora ben, a soa elaboración e aprobación do Estatuto e a posibilidade de crear unha CPI para xulga-los grandes criminais internacionais é xa un avance que debemos recibir coa mellor vontade, sen sermos pesimistas, xa que constitúe un exercicio de realismo ve-las dificultades coas que avanza a humanidade ata chegar á plenitude dos tempos. Con esta esperanzadora afirmación rematou Fernández-Flores a súa brillante conferencia.

Antonio Remiro Brotóns, catedrático de dereito internacional público e relacións internacionais da Universidade Autónoma de Madrid, expuxo o derradeiro relatorio das xornadas, sobre *Os crimes do dereito internacional e a súa persecución xudicial*. O catedrático comezou precisando que a expresión *crimes internacionais* pode responder á violación de normas imperativas ou de *ius cogens* internacional por acción ou omisión dos órganos e axentes estatais, implicando unha responsabilidade acenuada do Estado. Os crimes que agora interesan figuraron durante cincuenta anos na axenda da Comisión de Dereito Internacional, que se ocupou deles intermitentemente ata culmina-los seus traballos en 1996 coa adopción dun *Proxecto de código de crimes contra a paz e a seguridade da humanidade*. Este proxecto contén a relación dos crimes máis graves e non controvertidos. O feito de non figurar na dita lista non proba que o crime non exista como tal para o dereito internacional, mentres que atoparse nela é un consistente medio para demostra-la súa existencia. Agresión, xenocidio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra son tipos cun arraigamento que foi confirmado polo presidente do comité de redacción ó expresar que o seu traballo fora substancialmente de «arqueoloxía legal».

Tratándose de crimes contra a paz e a seguridade da humanidade, agás o de agresión, que se somete a un réxime particular, o proxecto codifica a norma que obriga o Estado onde se atopa o presunto criminal a

entregallo ó que solicita a súa extradición ou, de non ser así, a xulgallo: *aut dedere aut iudicare*. A xurisdicción obrigatoria do *iudex apprehensionis* confirma unha regra repetida en numerosos tratados. Pero a comisión, agora, propón que tódolos estados tomen as medidas necesarias para establecer a súa xurisdicción sobre os crimes de xenocidio, contra a humanidade e de guerra, con independencia do lugar ou de quen os cometeu e, engadiu o relator, onde se encontre o responsable. Algúns autores venellan o *principio de persecución universal* á presenza do presunto autor do delicto no territorio do Estado que se propón facer valer a súa xurisdicción. Isto non é correcto se se pretende afirmar que a dita presenza é requisito necesario para fundamentar a xurisdicción, xa que a existencia da presenza do acusado non ten que ver co fundamento da xurisdicción senón coa execución do xuízo e o pronunciamento dunha sentenza en rebeldía, que moitos ordenamentos, entre eles o español, non permiten. Ademais, case tódolos tratados advirten que nada neles exclúe unha xurisdicción penal exercida de acordo coas leis nacionais.

Nestas circunstancias un xuíz lexitimado para actuar con base no principio de universalidade ponderará a oportunidade de exercer a xurisdicción se aprecia como altamente improbable a presenza do acusado. Sen embargo, os desprazamentos dos presuntos responsables dos crimes e maila cooperación nos procesos de extradición relativizan a importancia da súa presenza na instrución. Naturalmente, que os xuíces dun estado dispoñan nun momento dado da competencia necesaria, depende sobre todo do modo en que as normas internas teñan traducido o principio de universalidade. Nada impide, dende logo, que o xuíz recorra ás normas internacionais xerais e, moi especialmente, ás regras de aplicación directa dos tratados. Pero o normal é que o especial apego do dereito penal ó principio de tipicidade conduza a unha conversión dos crimes internacionais en tipos de dereito interno que rexen a actuación xudicial. Agora ben, incluso nestes casos as normas internacionais son relevantes: primeiro, porque despois de instruíren a acción lexislativa, permanecen como parámetro de interpretación e segundo, porque se se orixina unha controversia interestatal as regras e actuacións do dereito interno consideraranse simples feitos, nos que a licitude quedará sometida a un xuízo de conformidade coas normas internacionais. Esta circunstancia non só permite calibrar a distinta significación do principio de tipicidade no dereito internacional e nos dereitos estatais, senón tamén a forma en que opera o principio de *non retroactividade*, que é unha das súas inmediatas consecuencias.

A tipicidade dos crimes contra a paz e seguridade da humanidade non está determinada na orde internacional pola súa incorporación en textos escritos, pois a *lex* exprésase mediante métodos consuetudinarios que a fan ambigua e insegura nun momento dado, ata que a codificación

e os seus traballos preparatorios permiten unha representación máis exacta deles. No que respecta á *non retroactividade*, está moi estendida a errónea crenza de que o xuíz estatal só pode perseguir os actos posteriores á súa tipificación penal polo dereito interno. Pero si cabe propor que a data decisiva para que poida perseguir e castigar un crime internacional non é a da súa incorporación ás normas internas, senón a da súa cristalización nas normas xerais do dereito internacional. Non hai razón ningunha para face-los criminais beneficiarios da morosidade dos lexisladores estatais, unha vez que os tipos xa establecidos na orde internacional son recibidos polos ordenamentos estatais. España é un dos estados que fixeron seu o principio de persecución universal. En efecto, o artigo 23.4 da Lei orgánica do Poder Xudicial dispón que «será competente a xurisdicción española para coñecer dos feitos cometidos por españois ou estranxeiros fóra do territorio nacional susceptibles de tipificarse, segundo a Lei penal española, como algún dos seguintes delitos: a) xenocidio. b) terrorismo... g) calquera outro que, segundo os tratados, deba ser perseguido en España». Este precepto, polo seu carácter procesual, é aplicable con independencia da data de comisión dos feitos axuizados.

No curso da acusación de xenocidio imputado a Pinochet polos xuíces españois, voceiros do goberno chileno argumentaron, con base no Convenio sobre xenocidio de 1948, a competencia exclusiva dos tribunais chilenos, en defecto dun tribunal penal internacional. Chile, coma tódolos estados parte no Convenio de 1948, está *obrigado* a establecer unha base normativa para a xurisdicción dos seus tribunais sobre os actos de xenocidio cometidos no seu territorio. Os demais, sen estaren obrigados, teñen o *dereito* a senta-la súa xurisdicción de acordo co principio de universalidade que inspira a persecución deste gravísimo crime. Sería un desatino, contrario ó espírito do convenio, pretender que os que se concertaron para libera-la humanidade dun flaxelo tan odioso pactaran un monopolio de xurisdicción a favor dun estado que pode declinalo seu exercicio efectivo atendendo a consideracións políticas. Nin España nin os demais estados parte no Convenio de 1948 invaden a soberanía territorial daquel no que se cometeu o delicto cando afirman a súa xurisdicción. Pola contra, exercen a súa propia soberanía cooperando na satisfacción de obxectivos dunha humanidade repartida entre todos eles. Neste punto, Remiro Brotóns recordou que o Goberno chileno non formulou no seu día protesta formal pola admisión a trámite da querela interposta en España contra Pinochet. Evidentemente, nin os xuíces nin o Goberno español pretenderon en ningún momento evita-lo monopolio do poder coercitivo das autoridades chilenas sobre o seu propio territorio, pero Chile tampouco podía aspirar, unha vez que a persoa agora reclamada saíu do ámbito soberano da República, a estendelo en países que asumiron concretas obrigas de cooperación para a sa-

tisfacción da responsabilidade penal dos individuos. Neste sentido, a soberanía de Chile é territorial, non susceptible de que unha lexislación autoexculpatoria, un foro militar privilexiado e un estatuto parlamentario imposto produzan efectos máis alá dos límites físicos da República.

En termos de política lexislativa nada tan sensato coma proceder á creación de tribunais penais internacionais para a persecución e castigo dos gobernantes dun estado culpables de crimes contra a paz e a seguridade da humanidade como alternativa ós xuíces estatais do lugar da comisión dos delitos (ou da nacionalidade dos presuntos criminais), que non adoitan estar en condicións de exercer-la súa misión punitiva. Cando os xuíces e tribunais de terceiros países deciden supli-las carencias dos foros máis naturais de persecución, os problemas políticos nas relacións interestatais son inevitables. Eses problemas aumentarán e faranse máis profundos se as circunstancias posibilitan unha administración de xustiza eficaz, que non só xulgue (e, se é o caso, condene), senón que permita a execución do xulgado. Os tribunais internacionais permitirían salvar ou, alomenos, mitigar estes inconvenientes.

Eses tribunais constituíronse cando terminou a Segunda Guerra Mundial en Nuremberg e Toquio para xulgar-los grandes criminais de guerra das derrotadas potencias do Eixe. Logo, indicou o relator, o Convenio de 1948 considerou, como alternativa dos tribunais do Estado no que se cometera o delito, o axuizamento por unha CPI que sexa competente respecto a aquelas das partes contratantes que recoñeceran a súa xurisdicción. O proxecto de creación dun tribunal penal internacional rexurdiu nos noventa coa creación dos tribunais para a antiga Iugoslavia (1993) e Ruanda (1994). A circunstancia de que tamén nestes casos houbera que improvisar *a posteriori* institucións con caracteres de permanencia, xeneralidade e universalidade, espertou e deulle urxencia ó proxecto durmido da Comisión de Dereito Internacional, que finalmente desembocou na adopción do Estatuto da CPI. Agora trátase de excluír que a evolución e consolidación dos tipos penais da criminalidade contra a paz e seguridade da humanidade se encontre amarrada dunha ou doutra forma ós avances dunha xurisdicción internacional. Trátase tamén de evitar que este proceso bloquee a facultade dos estados membros da comunidade internacional de dota-los seus xuíces de competencia para a persecución destes crimes con independencia do lugar onde se produzan.

En realidade, cando se consideran os traballos preparatorios dalgunchas disposicións convencionais, decretando o castigo dos que cometeron os crimes considerados, xa se trate de gobernantes, funcionarios ou particulares, advírtese que o que se pretendía afirmar non era a persecución e punición dos gobernantes e funcionarios, senón a dos particulares. Neste mesmo sentido, a Comisión de Dereito Internacional acordou en 1985 que o Proxecto de código de crimes contra a paz e a seguridade da

humanidade debía suscitá-la responsabilidade, non só das autoridades, senón tamén de calquera individuo implicado neles. Durante un longo período de tempo foron sedimentando sucesivos tratados multilaterais de vocación universal e rexional, propoñendo e comprometendo os estados a combater as diferentes manifestacións típicas dos crimes contra a paz e a seguridade da humanidade. En opinión de Remiro Brotóns, sería perverso razoar que ese esforzo era simplemente retórico, condicionado a que as leis non foran aplicadas polos xuíces ou só o foran co consentimento das autoridades locais do país onde se cometeron, polos que os cometeron ou polos que sucederon ós que os cometeron. Esas normas contaron con tódolos elementos necesarios para a súa formación: múltiples instrumentos internacionais que reflicten a *opinio iuris* dos estados e leis estatais, substantivas e procesuais, que compoñen unha práctica conforme esa *opinio iuris*.

Por outra banda, a creación dun tribunal penal internacional, de carácter permanente non pode ser aproveitada para frear en seco os procesos que empuxaron a xuíces e tribunais dalgúns estados a asumir e exercer a xurisdicción que lles brinda o principio de universalidade. A complementariedade da CPI maniféstase por unha dobre vía: por un lado, as xurisdiccións estatais han prove-la persecución dos crimes que a CPI non asume no seu Estatuto e, polo outro, porque dentro do espacio compartido, a CPI non goza de prioridade, senón que é subsidiaria das xurisdiccións estatais.

Que a competencia da CPI dependa do consentimento do seu Estatuto polo Estado *loci delicti* ou, alternativamente, da nacionalidade do acusado, é irrelevante para os efectos de establecer conforme o dereito internacional a xurisdicción dos xuíces e tribunais doutros países. Frecuentemente, recórrese á dobre acusación de xudicialización da política e de politización da xustiza para eludirla incomodidade ou o desagrado ante o exercicio independente do Poder Xudicial dentro do respecto escrupuloso do principio de legalidade (pero tal vez non do de oportunidade). Quen fai política cos dereitos humanos desexaría a non intromisión xudicial, nacional ou foránea. De aí a inevitable tentación de crer que os xuíces están a usurpar un ámbito que consideran propio, sobre todo en períodos de transición democrática, ou que as súas decisións están animadas por consideracións e prexuízos políticos e non polo afán de lles estende-la protección da lei ás vítimas dos crimes máis arrepiantes.

O director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro**, logo de lles dedicar unhas palabras de gratitude ós participantes e ó público asistente, expresou o seu convencemento de que as xornadas efectivamente ilustraron sobre os novos piares da xustiza penal internacional. A clausura oficial das xornadas correu a cargo de **Jaime Pita Varela**, conselleiro de Presidencia e Administración Pública, quen fixo referencia á brillantez dos relatores e

á calidade e claridade das súas exposicións. Manifestou a súa confianza en que os debates que se suscitaron neste foro contribúan a acadar os obxectivos que marcan o camiño cara ó futuro da xustiza penal internacional.

* * *

A Lei orgánica 6/2000, do 4 de outubro, autorizou a ratificación do Estatuto de Roma da CPI, asinado por España o 18 de xullo de 1998. A disposición adicional única desta lei autoriza, para os efectos do previsto no artigo 103.1, letra b do Estatuto, a declaración de que España, no seu momento, estará disposta a recibir as persoas condenadas pola CPI, a condición de que a duración da pena imposta non exceda do máximo máis elevado previsto para calquera delito conforme a lexislación española.

Como froito dos sucesivos períodos de sesións da Comisión Preparatoria do Estatuto da CPI, publicouse o texto consolidado das propostas relativas ó crime de agresión. A definición deste crime presenta dúas opcións, a primeira delas con tres variantes e numerosos corchetes ou alternativas de redacción. A variante segunda da opción primeira defínese como ataque armado contra a integridade territorial ou a independencia política doutro Estado cando se leve a cabo en manifesta contravención da Carta das Nacións Unidas co obxectivo ou resultado de que as forzas armadas do Estado atacante ocupen militarmente, en todo ou en parte, o territorio do outro Estado ou procedan á súa anexión. O suxeito activo ha de ser unha persoa que estea en condicións de controlar ou dirixir a acción política ou militar do Estado atacante.

A maneira de conclusión, queremos destacar que as características que concorren no Estatuto da CPI sentan as bases dun novo dereito internacional: máis humanizador, por canto busca a mellor protección do ser humano fronte ós ataques máis graves contra a súa dignidade esencial; máis integrador, ó lograr xuntar as vontades dun elevado número de países con sistemas xurídicos e políticos moi diferentes entre si; e máis eficaz, ó dotarse a comunidade internacional dun novo instrumento encamiñado a garantir a efectiva observancia das súas normas máis fundamentais. 

I XORNADAS SOBRE O PACTO LOCAL

(EGAP, Santiago de Compostela, 24 e 25 de maio de 2000)

Ana María Giráldez Riveiro

Bolseira da EGAP

No salón de actos da Escola Galega de Administración Pública, tiveron lugar, os días 24 e 25 de maio de 2000, as primeiras Xornadas sobre o Pacto local, dirixidas polo profesor José Luís Carro Fernández-Valmayor e coordinadas polo profesor Antonio Javier Ferreira Fernández. As ditas xornadas pretenderon iniciar unha reflexión académica sobre os importantes problemas técnicos que establece o desenvolvemento do chamado «Pacto local»; reflexión que intenta servir de axuda a tódolos interesados en tan importante temática, singularmente ós responsables institucionais chamados a negociar os distintos aspectos do citado pacto e ós membros das corporacións locais en xeral, ademais da innegable vocación formativa destas xornadas para os funcionarios autonómicos e locais.

■ Mércores, 24 de maio

Apertura das xornadas a cargo de D. Antonio Pillado Montero, conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais e D. Domingo Bello Janeiro, director da EGAP.

As primeiras palabras correspondéronlle ó director da Escola Galega de Administración Pública, Domingo Bello Janeiro, quen apuntou a ne-

cesidade de que o esforzo descentralizador competencial e de gasto non remate nas comunidades autónomas senón que continúe nas corporacións locais, por iso é preciso facer públicas as reflexións sobre o Pacto local.

Pola súa parte o conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, Antonio Pillado Montero, cualificou a Administración local como a administración do século XXI. Para o conselleiro de Xustiza, da Lei de bases de réxime local (LBRL) de 1985 despréndense dúas carencias fundamentais: - déficit competencial e déficit financeiro. Ante esta situación xurdiu a vontade de acadar un pacto que clarificase e racionalizase o ámbito competencial da Administración local. Esta corrente denominouse o «Pacto local». Evitar duplicidades en tódolos niveis administrativos, garantir os principios constitucionais de descentralización, coordinación e eficacia e incrementa-lo nivel de participación dos cidadáns nos asuntos públicos, son algúns dos beneficios que reporta este Pacto local.

Intervención de José Luís Carro Fernández-Valmayor, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela: «Cláusula xeral de competencia municipal e Pacto local».

O profesor Carro Fernández-Valmayor subliñou que a existencia da cláusula xeral de competencia municipal, que figura no artigo 25 apartado 1º da LBRL de 1985, atópase na idea dos asuntos locais derivada do concepto máis amplo de poder municipal que provén da revolución francesa. Esta cláusula xeral baséase nunha serie de principios que lexitiman claramente a súa existencia: o principio democrático en relación co principio de autonomía municipal e os principios de subsidiaridade e descentralización.

Esta cláusula, en tanto delimitadora do ámbito municipal, opera como título habilitador no dito ámbito. O art. 25 da LBRL non se exclúe dunha certa natureza declarativa. A consagración positiva con carácter xeral ten en todo caso interese interpretativo para afirmala súa natureza de simple capacidade xurídica dos municipios como afirma unha parte importante da doutrina española.

A este respecto o profesor Carro non cre que sexa adecuada a consideración como mera capacidade xurídica municipal xa que as competencias municipais están montadas sobre dúas columnas principais: a cláusula xeral e as atribucións lexislativas específicas. Ó tema da capacidade xurídica alúdese no art. 5 da LBRL polo tanto o art. 25 ten que significar algo distinto.

Neste sentido, todo o que non lle estea atribuído pola lexislación sectorial ó Estado é competencia municipal, o concepto é perfectamente determinable. O concepto de cláusula xeral e de interese local teñen unha certa elasticidade da idea de asuntos locais que dependerá da capacidade

do municipio. Na súa opinión debe haber unha presunción de competencia a favor do municipio. Arguméntase en contra que o art. 25.1 LBRL e o art. 80.1 da Lei de réxime local galega introducen a equívoca expresión «no ámbito das súas competencias». A dita expresión non é susceptible de ser interpretada no sentido de que a actuación municipal so sería posible nos sectores previamente definidos polas leis porque se interpretamos así esta expresión a norma do art. 25.1 sería superflua, non se comprendería moi ben. Esta interpretación entraría en contradicción coa esencia mesma da cláusula xeral. Esta expresión só se pode referir á especial posición do municipio no ordenamento xurídico e a necesaria vinculación coa súa actividade ós intereses da comunidade veciñal.

En definitiva, a lei debe determinar en cada ámbito competencial o concreto alcance do local. Todo problema ou reflexión sobre o Pacto local ten que abordar claramente cál é o esquema competencial ó que se debe someter e sorprendentemente na cláusula xeral do art. 25.1 non atopamos ata o momento unha reflexión detida para que os municipios desenvolvan ese dereito de espontaneidade ata que se atopen co límite dunha lei que llo impida.

Intervención de Guillermo Márquez Cruz, profesor titular de ciencia política e da administración da Universidade de Santiago de Compostela: «Goberno local e Pacto local».

Segundo o profesor Márquez, a relevancia do escenario local xorde unha vez que se afondou na institucionalización dos *mesogobernos autonómicos*. Pódense sinalar algúns factores que incidiron no retorno da «cuestión local» baixo o referente que veu cristalizar no denominado *Pacto local*:

- A necesidade de precisa-lo alcance da «autonomía local» recoñecida e garantida constitucionalmente.
- A ratificación da *Carta europea da autonomía local (CEAL)* propiciada polo Consello de Europa, feita en Estrasburgo o 15 de outubro de 1985 e incorporada ó noso ordenamento xurídico por Instrumento de ratificación do 20 de xaneiro de 1988.
- O necesario balance á que está sometida calquera institucionalización; é dicir, os rendementos, deficiencias e disfuncións, así como a incorporación de novos elementos a través da axenda política.
- A posición institucional da Asociación Estatal de Entidades Locais, a FEMP, sobre a que descansa a revitalización da «cuestión local», acuñando o referente da necesidade do *Pacto local de Estado*.

A aproximación do profesor Márquez á análise dos gobernos locais con relación ó Pacto local estivo centrada, desde a ciencia política e da administración, en cinco aspectos que se expoñen a continuación:

1. A incorporación á axenda política da revitalización da «cuestión local» en dous escenarios: no do Estado e no das comunidades autónomas.

■ A *normalización local* incluíuse na *axenda* establecida polo primeiro Goberno do PSOE, en decembro de 1982, e levouse a cabo durante a II e III lexislaturas. Os instrumentos xurídico-políticos normalizados que se promulgan son:

■ A Lei 7/1985, do 2 de abril, *reguladora das bases do réxime local* (LRBRL), na que se manteñen e recoñecen algunhas peculiaridades para os territorios históricos de Álava, Guipúscoa e Biscaia, Navarra e os réximes especiais de Madrid e de Barcelona.

■ A Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do *réxime electoral xeral* (LOREG). O Título III está dedicado á regulación das eleccións locais.

■ A Lei 39/1988, do 28 de decembro, *reguladora das facendas locais* (LHL), que establece un novo sistema financeiro e orzamentario.

Con posterioridade, o Estado ratificou convenios internacionais en materia de goberno local: a *Carta europea da autonomía local* en xaneiro de 1988; e, o *Convenio-marco europeo sobre cooperación transfronteiriza entre cidades ou entidades territoriais*, feito en Madrid o 21 de maio de 1980, ratificado por Instrumento do 10 de xullo de 1990.

O profesor Márquez puntualizou que no marco constitucional existente son as comunidades autónomas as que teñen o papel principal para determina-las competencias das entidades locais, xa que as competencias susceptibles de atribución que poden afectar os seus intereses son, sobre todo, competencias de tipo executivo que se atopan atribuídas ás CC.AA. pola Constitución e os estatutos de autonomía. Esta circunstancia determina que grande parte das demandas contidas no Pacto local da FEMP teña como escenario as CC.AA.

Na «axenda política» do Estado considera o relator tres actores na negociación e o acordo político do Pacto local: a FEMP en canto asociación de entidades locais de ámbito estatal que establece a reivindicación e a súa concreción documental; o Goberno da nación, en canto interlocutor e receptor das demandas para a súa tradución nos instrumentos xurídico-políticos correspondentes; e, os partidos políticos representados nas Cortes Xerais. A cronoloxía da negociación do Pacto local dividiuna en dúas etapas: a primeira, que transcorre durante os gobernos do PSOE e unha segunda que coincide co primeiro Goberno do Partido Popular, na que se consegue un acordo que vai desde a proposta da FEMP nas «*Bases para o Goberno local*» (1996) á súa redefinición polo Goberno nas «*Medidas para o desenvolvemento do Goberno local*» (1998).

2. O desenvolvemento e estado actual da negociación dos pactos locais autonómicos coas asociacións territoriais de entidades locais no conxunto das comunidades autónomas.

O balance do proceso de negociación das reivindicacións da FEMP («*Bases para o Pacto local*», do 24 de setembro de 1996), deixa sentado, que do conxunto das 90 demandas cuantificadas, 60 correspondíanlle ó ámbito competencial das comunidades autónomas. Neste sentido, os acordos conseguidos co Goberno da nación nas «*Medidas para o desenvolvemento do Goberno local*» non deixan de se-la contribución do Estado á consecución do *Pacto local* pero non é o *Pacto local*. Sobre todo porque, as competencias susceptibles de atribución ás entidades locais, polo seu propio interese son, sobre todo, competencias de tipo executivo que están atribuídas ás comunidades autónomas constitucionalmente, ós estatutos de autonomía e á ampliación derivada de acordos a través dos procedementos constitucionais de ampliación de competencias.

Este punto de partida supón que a negociación nas CC.AA. dos *pactos locais autonómicos* presenta unha diferenza obxectiva e unhas singularidades de acordo coa articulación da organización territorial de cada comunidade autónoma e a dinámica política conseguinte:

- En primeiro lugar, a vontade política establecida no programa de Goberno; e, polo outro, as características do sistema de partidos existente en cada asemblea lexislativa.
- En segundo lugar, a existencia de asociacións de entidades locais, as federacións de municipios e provincias constituídas en cada comunidade autónoma.
- En terceiro lugar, o alcance do desenvolvemento lexislativo das competencias asumidas en materia de réxime local segundo os respectivos estatutos.

Como balance ata maio de 2000 do desenvolvemento da negociación dos *pactos locais autonómicos*, das dezasete CC.AA. en seis non hai documentos explícitos a este respecto, en catro as asociacións e federacións de entidades locais elaboraron documentos de estudo ou de propostas nos que se conteñen as reivindicacións sobre materias concretas (Aragón, Cataluña, Castela e León, e Castela-A Mancha); e, en sete, iniciáronse negociacións creando comisións ou mesas para o efecto, consensuando documentos co Goberno autonómico (Andalucía, Galicia, Comunidade Valenciana, Asturias, Cantabria, Madrid, e A Rioxa).

3. As modificacións lexislativas introducidas nas «*Medidas para o desenvolvemento do Goberno local*», que redefinen o modelo establecido na LRBRL de distribución de competencias entre o alcalde e o Pleno, que acentúa o *presidencialismo* do alcalde e a *parlamentarización* do Goberno local.

4. O perfeccionamento dos instrumentos de control político: a moción de censura, co seu carácter eminentemente político; e a institucionalización da «cuestión de confianza», vinculada coas competencias executivas do alcalde.

A moción de censura é unha institución cunha utilización que, en principio, ten unha motivación política, a articulación das maiorías e minorías existentes no Pleno, é unha iniciativa dos concelleiros, que implica a substitución do alcalde –posto que é elixido en segundo grao polos concelleiros– e, en consecuencia, do *contorno executivo*.

A nova institución da «cuestión de confianza» está vinculada coa xestión político-administrativa do alcalde, de acordo coas súas atribucións. A iniciativa da súa presentación correspóndelle ó alcalde sempre que o acordo correspondente (proxectos específicos vinculados) fora debatido no Pleno e que este non obtivera a maioría necesaria para a súa aprobación. A negación da confianza polo Pleno implica o seu cesamento e a elección dun novo alcalde mediante o procedemento establecido no artigo 196 da LOREG.

Coa introducción da «cuestión de confianza» diversifícanse as causas polas que pode ser destituído un alcalde, e introduce un novo escenario de inestabilidade política. Na nova modificación da LOREG ámbalas institucións teñen unha regulación específica, cunha motivación precisa a «cuestión de confianza», aínda que segundo as circunstancias previstas na LOREG ámbalas institucións aparecen encabalgadas e suxeitas a limitacións temporais.

Respecto á regulación da moción de censura, esta modificación da LOREG tampouco resolverá corrixir non só os comportamentos políticos que se pretenden temperar, nin tampouco unha nova medida de carácter técnico ou procedemental. A nova redacción do artigo 197 vai na dirección de lle outorgar maiores garantías e automatismo ó procedemento, coa particularidade de que incorpora ó secretario da corporación de xeito activo na tramitación da moción de censura.

Respecto á regulación da «cuestión de confianza», a novidade significativa que se introduce na modificación da LOREG é a incorporación dunha nova figura: a «cuestión de confianza» (artigo 197 bis). Unha regulación que complementa os citados mecanismo de control e de pesos e contrapesos entre o alcalde e o Pleno, vinculada coa xestión político-administrativa das atribucións do alcalde.

A regulación da «cuestión de confianza» non deixa de ser positiva na medida en que introduce outro instrumento de control e discrimina entre motivos políticos (moción de censura) e os de xestión político-administrativa (cuestión de confianza). Pero a súa dinámica será a que determinará se a regulación efectuada é tecnicamente a correcta, porque a súa oportunidade política é como aparece regulada. En definitiva, a in-

certeza que establece a introducción da cuestión de confianza está por descubrir.

5. Por último, unha referencia á vinculación de comportamentos de transfuguismo relacionados coa inestabilidade política local: o «*Código de conducta ética*».

Os procesos de mobilidade política son consubstanciais coa propia dinámica política e, en consecuencia, tamén cun tipo específico de comportamento como é o transfuguismo, a deslealdade política.

Aínda que non tódolos comportamentos de transfuguismo necesariamente se vinculan a procesos de inestabilidade política local que desembocan en mocións de censura, si é certo que esta relación se produce empiricamente de diversas formas. En investigacións anteriores o relator realizou unha proposta metodolóxica e unhas tipoloxías de acordo cun modelo elaborado para a análise da inestabilidade política local, e os exemplos correspondentes, polo que remite a esta.

Intervención de Luís Caramés Viéitez, catedrático de facenda pública da Universidade de Santiago de Compostela: «O problema da facenda urbana: especial consideración do caso galego».

O relator tratou de situar os problemas que o proceso de urbanización engadiu ás xa clásicas dificultades financeiras que acompañan o sector público local. Segundo o profesor Caramés existen tres formas de observar estes problemas: crise urbana, crise fiscal urbana e crise agravada nas metrópoles.

Nos municipios urbanos existe un desequilibrio entre ingresos e gastos que provén do feito de que os gastos teñen unha elasticidade da renda superior á unidade, é dicir, a medida que vai aumentando a renda aumenta máis ca proporcionalmente a demanda de bens e servicios públicos. Sen embargo, no lado dos ingresos esa elasticidade da renda é inferior. Se isto é así temos insuficiencia financeira o que levará un déficit na prestación de servicios e que á súa vez terá que resolverse ben por un menor benestar ben por unha maior dependencia de facendas doutro nivel (subvencións) ou ben polo endebedamento. Non se coñece outro xeito de lle facer fronte a esta situación.

Os recursos municipais son fundamentalmente ríxidos, non aumentan proporcionalmente a renda, o aumento de nivel de vida. Polo camiño outras administracións quedan, á hora de recadar tributos, coa parte máis rendible das bases impositivas. Isto, que é indubidable, agrávase no caso das metrópoles polo seguinte: a organización institucional municipal que temos no noso país é obsoleta respecto á realidade de base territorial onde se dan estes problemas.

Na súa opinión, hai unha disfunción evidente entre a organización institucional municipal e o que se precisaría para responder a esas nece-

sidades. Neste sentido fixo mención ó fenómeno da explotación da cidade centro polos aneis urbanos. Tamén mencionou que os servizos tales como o saneamento, extinción de incendios, transporte público etc. son susceptibles de seren prestados a menor custo e polo tanto de xeito máis eficiente, pero para iso fai falla unha dimensión e esta non se pode acadar se segue fraccionado o territorio.

En Galicia houbo segregación non fusión de municipios. Na nosa comunidade óptase pola federación, é dicir, unha administración local a dous niveis. A fusión tradúcese nun maior nivel de equipamentos colectivos, un maior investimento, maior presión fiscal e menor accesibilidade política. A federación prestaría estes servizos de xeito máis vantaxoso. Este nivel supramunicipal tería a posibilidade de coordinar, planificar e prestar este tipo de servizos con economías de escala e maior eficiencia e deixaría os servizos máis tradicionais en mans da Administración local clásica. A pesar dos moitos problemas que a Administración a dous niveis sofre, tomar decisións en conxunto resulta máis beneficioso cá obsoleta organización actual.

Intervención de Tomás Font i Llovet, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Barcelona: «Relacións interadministrativas e Pacto local».

As administracións públicas cumpren tres importantes funcións, son elementos de identificación de comunidades, son organizacións de xestión de servizos e cumpren un papel de proxección exterior desas comunidades.

Atopámonos nunha situación actual de grande complexidade, de integración de intereses, polo tanto a dinámica das relacións interadministrativas debe ser atendida con maior interese nas nosas reflexións. A relación co Pacto local resúmese nunha demanda de contidos de tipo competencial, cuestión que lles corresponde resolver ás CC.AA. A posición dos entes locais atópase articulada arredor desas relacións que poden establecer co conxunto das administracións públicas. A lexislación autonómica pode e debe concreta-los contidos funcionais en que van consistir novas competencias dos entes locais.

Cáles son esas relacións que poden establece-las corporacións locais con outras administracións, qué relación garda cunha mellor posición desas corporacións no conxunto das administracións. Podemos clasificalas segundo os suxeitos que interveñen ou segundo o contido da relación. Segundo os suxeitos da relación distínguense dous tipos:

■ **Relacións verticais.** As CC.AA. teñen unha posición de privilexio na definición de cal será o papel dos entes locais. As normas que deberían articular estas relacións son moi deficientes no ámbito constitucional e estatutario.

■ Relacións horizontais: entre entes locais de cooperación horizontal que derivan na posibilidade de mancomunidades, asociación municipal etc. que permitan articular comunidades fortes, capaces de intervir con éxito nas relacións coas CC.AA. Mentres manteñamos unha situación de inframunicipalismo a virtualidade de todo movemento descentralizador descendente das CC.AA. cara ós municipios é ilusoria.

Centrouse o relator nas relacións verticais descendentes entre as CC.AA e as corporacións locais que dividiu en dous tipos:

1. Relacións interadministrativas que se establecen con motivo da atribución de competencias por parte das CC.AA ós entes locais: este é o punto máis xenuíno do que sería unha dinámica descentralizadora en virtude da cal desde a CC.AA. se lles transfiren, delegan ou encomendan funcións ou competencias ós entes locais. O nivel estatutario acerca de cómo debe ser esa relación é moi breve. Non está deseñado un estatuto de tendencia xeral descentralizadora cara ós entes locais. Só logo dun consenso das forzas políticas, unha vontade de querer proceder a esa descentralización poderá levarse a cabo (esa é precisamente a razón de ser do Pacto local). Sobre as técnicas de transferencia de competencia, apuntou a necesidade de atopar no uso desas técnicas unha capacidade de diferenciación de trato distinto de situacións distintas. A debilidade dos pequenos municipios incapaces de lles facer fronte a estas transferencias arrastraría ós outros, frearía as posibilidades de lles conceder competencias ós municipios maiores. Deben utilizarse criterios de diferenciación segundo os distintos municipios.

2. Relacións que se establecen con motivo do exercicio da competencia municipal. A dinámica que prevé a lexislación é que cada vez máis se dá unha situación de requirimento, de colaboración entre as administracións públicas. A lexislación galega prevé algunhas técnicas concretas de cooperación ou colaboración: constitución de consorcios, sociedades anónimas, a subscrición de convenios que permiten articular unha colaboración ou unha cooperativa máis efectiva. A Lei galega segue a Lei estatal local (LBRL). No exercicio competencial está a chave das relacións interadministrativas, debemos acostumarnos a exercer competencias de xeito cooperativo con outras administracións, con toda a súa complexidade.

*Intervención de Luciano Parejo Alfonso, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Carlos III de Madrid:
«Organización e Pacto local».*

O outorgamento ás entidades locais de capacidade xurídica plena para realizar actos con relevancia xurídica para o cumprimento dos seus fins e no ámbito das súas competencias e de acordo coa Constitución e as leis,

é dicir, mediante unha fórmula ampla e indeterminada, implica un risco de desnaturalización, por ampliación excesiva, da capacidade que realmente é propia dos entes locais en tanto que administracións públicas. En opinión do profesor Parejo, a cláusula xeral de habilitación nin xustifica nin outorga soporte a unha capacidade xurídica universal equivalente á das persoas privadas. Hai aquí unha confusión grave entre capacidade xurídica e responsabilidade universal pola xestión do círculo de intereses da colectividade institucionalizada, confusión na que ameaza con emerxer novamente, a vella idea das entidades locais como asociacións «naturais» que o Estado se limita a reconecer, dotándoas dun estatuto administrativo. A responsabilidade universal é propia das administracións territoriais e, moi especialmente, das de natureza corporativa como as locais. En consecuencia, recondúcese tecnicamente sen dificultade á esixente construción da capacidade xurídico-pública como suma de potestades competencias.

Respecto ó esquema organizativo das entidades locais, a reforma de que é obxecto a organización interna municipal e provincial, afonda a dilución da capacidade de autoorganización de cada ente local e contribúe á uniformación daquela organización. Para os entes locais aparece agora unha triple organización complementaria. A primeira pode considerarse como parte da organización necesaria directamente disposta pola lexislación básica. A esta organización súmase a xa formalmente complementaria.

A distribución de competencias entre os órganos superiores de goberno das entidades locais sofre un cambio dirixido a desprazalo seu centro de gravidade do lado dos órganos executivos, especialmente o alcalde e o presidente.

Dúas notas caracterizan neste punto a reforma:

a) O importante traslado de competencias ó órgano unipersonal executivo en materias tan destacadas como as de urbanismo, obras e servizos, persoal, contratación e xestión tanto patrimonial coma orzamentaria e económico-financeira.

b) A precisión e minuciosidade coas que se opera o acoutamento destas e, polo tanto, o seu deslinde para con respecto ás que restan no Pleno. Ambas contribúen obxectivamente á rixidificación e uniformación do sistema de goberno local.

Respecto ó funcionamento do órgano deliberante máximo –o Pleno– as innovacións en materia de funcionamento do Pleno relativas ó incremento da periodicidade das sesións e a ordenación das convocatorias e a celebración destas, punto este no que abandona o criterio do establecemento de regras mínimas para asumir o de regulación precisa que non deixa marxe ningún, nin sequera para opcións autonómicas.

O desprazamento do centro de gravidade do modelo organizativo interno específico da Administración local facía o máis diferenciado e, por iso, «máis executivo» propio das instancias superiores, maniféstase especialmente no establecemento das regras de:

- Diferenciación no funcionamento do órgano plenario do referido ó cumprimento da función de control e ó desenvolvemento da función de goberno e administración en sentido estricto.
- Substantividade da primeira, con traducción desta en rogos, preguntas e mocións.
- Participación necesaria nela de tódolos grupos políticos con representación municipal.

As modificacións no réxime relativo ó quórum de votación para a toma de decisións plenarias ademais de contribuír ó detallismo da regulación legal e á consecuente dilución do carácter básico desta, correspóndese perfectamente co apuntado desprazamento do centro de gravidade e o consecuente reforzamento do –executivo–.

A simplificación que opera no procedemento de aprobación das ordenanzas no engadido dun novo apartado c) no art. 49, responde a un –eficacismo fácil– probablemente inducido polo propio mundo local desde o punto de vista da práctica e, polo tanto, do peor dos pragmatismos de xestión. Merece por iso e por idénticas razóns, o mesmo xuízo negativo cá recomposición da competencia en materia de ordenación urbanística.

Respecto ás relacións interadministrativas, maior gravidade, desde o punto de vista da posición da Administración local na armazón do poder público administrativo e da integridade do Estatuto, supón a introducción dun novo parágrafo no art. 58.2 relativo á intervención na formación dos plans xerais de obras públicas. Os termos en que esta debe ter lugar deixa de ter como referencia única a lexislación de réxime local en beneficio xustamente da lexislación administrativa sectorial reguladora dos diversos plans estatais ou autonómicos, con fragmentación do réxime de participación local e baleirado polo tanto, do esquema establecido en garantía da autonomía local. A solución é polo demais dubidosa.

A desvalorización da posición dos entes locais non queda, sen embargo, no dito: o novo parágrafo introducido no art. 58 engade aínda que para a determinación de usos en dominio público xestionado polas administracións estatal e autonómica basta o informe previo dos correspondentes municipios. Hai aquí unha degradación da simple participación dun ámbito de decisión inequivocamente municipal en materia de ordenación urbanística, instrumentada vía, defraudación obxectiva e clara, por distorsión, da precisa doutrina establecida recentemente pola sentenza do Tribunal Constitucional.

No pragmatismo da resposta a específicas demandas do mundo local, alcanza cotas verdadeiramente sorprendentes e difíciles de assimilar na adición dun novo apartado á disposición adicional quinta LBRL, pola que se manteñen en vigor os réximes especiais de Madrid e Barcelona.

Intervención de José Luís Meilán Gil, catedrático de dereito administrativo e rector da Universidade da Coruña: «A defensa da autonomía local ante o Tribunal Constitucional».

Na opinión do profesor Meilán Gil, chegou a hora de enfrontarse dun xeito decidido co desenvolvemento do papel constitucional que teñen as entidades locais. Non se desenvolveu o nivel intracomunitario. Hoxe o Pacto local lembra que as entidades locais son cualificadas como instrumentos vertebradores do Estado. As medidas aprobadas polo Estado en relación ó Pacto local introducen unha serie de cambios transcendentais para situar os entes locais nunha favorable posición de saída ante os novos retos ós que se teñen que enfrontar. Agora correspóndelle a cada comunidade autónoma deseñar un modelo de Pacto local para o seu ámbito territorial.

Na publicación oficial da FEGAMP e o Ministerio de Administracións Públicas «Medidas para o desenvolvemento do Goberno local», dise que un acceso directo dos entes locais ó Tribunal Constitucional en defensa da autonomía que a Constitución lle recoñece expresamente, é a medida de maior transcendencia das varias que se consideran no Pacto local e por si soa xustificaría os esforzos que ata a data se veñen levando a cabo.

Este acceso directo introdúcese en virtude da Lei orgánica 7/1999, do 21 de abril que modificou a Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro do Tribunal Constitucional. A modificación afectou os art. 2.1, 10, 38.2 e 59 e engadiu un capítulo novo (IV) coa denominación «dos conflitos en defensa da autonomía local». Tal acceso directo configurado baixo forma de conflito refírese á posibilidade de que os entes locais os poidan presentar en relación coas normas e disposicións con rango de lei do Estado e das comunidades autónomas respectivamente. Na exposición de motivos da Lei 7/99 figura a referencia ó art. 11 da Carta europea da autonomía local «as entidades locais deben dispoñer dunha vía de acceso xurisdiccional a fin de asegura-lo libre exercicio das súas competencias e o respecto ós principios de autonomía local consagrados na Constitución ou na lexislación interna».

A Lei 7/1985, do 2 de abril de bases do réxime local podería bastar para cumprir con esta esixencia (art. 63.2). A Carta europea entende a autonomía local como «o dereito e a capacidade efectiva das corporacións locais de ordenar e xestionar unha parte importante dos asuntos públicos no marco da lei baixo a súa propia responsabilidade e en beneficio dos seus habi-

tantes». Todo depende do que se entenda como parte importante dos asuntos públicos. A LBRL podería tamén mostrarse como cumpridora dese precepto e incluso por exceso.

É patente que a pesar destas explicacións formais a situación non era satisfactoria para os entes locais, no podía interpoñer un recurso de inconstitucionalidade, non podía considerar un conflito constitucional. Segundo a Constitución o Tribunal Constitucional é competente para coñecer das demais materias que lle atribúa a Constitución ou as leis orgánicas (art. 161) neste precepto atopárase a reforma introducida pola Lei 7/99 que na primeira frase da súa exposición de motivos confesa que a garantía constitucional da autonomía local é o que aconsella o acceso directo dos entes locais ó Tribunal Constitucional en relación coas leis do Estado ou das comunidades autónomas. O fundamento recoñecido ten un innegable carácter doutrinal que se pon de manifesto nas diversas sentencias do Tribunal Constitucional. O proceso para acadar ese acceso ó Tribunal Constitucional non foi sinxelo. A singularidade da figura é innegable e revélase na súa regulación da Lei 7/99. Unha perspectiva privilexiada para velo son as sentencias. A sentenza permite comprobar como se mesturan determinacións propias dos demais procedementos previstos no art. 161 da Constitución. En primeiro lugar o art. 75 di que a sentenza declarará se existe ou non vulneración da autonomía local constitucionalmente garantida. Esta declaración é o contido primeiro fundamental da sentenza que a diferencia das que lles poñen fin ós outros conflitos constitucionais.

En definitiva o conflito local en defensa da autonomía local participa de elementos de recursos de constitucionalidade, da cuestión de inconstitucionalidade, do recurso de amparo e do conflito de competencia. Ata a data non se presentou ningún conflito en defensa da autonomía local.

A lei é o resultado dun pacto local que descobre incoherencias entre fins e medios para acadalos. En resumo, a renovación é máis eficientista ca eficaz, forma parte da estética xurídico-política que non é desprezable, expresa unha boa dirección de cara a darlles unha maior relevancia ós entes locais. Aquí as comunidades autónomas teñen un importante papel que xogar.

■ Xoves, 25 de maio

Intervención de Francisco Sosa Wagner, catedrático de dereito administrativo da Universidade de León: «Servicios públicos e Pacto local».

En opinión do profesor Sosa Wagner, o Pacto local está pensado para lles prestar mellores servicios ós cidadáns pois só así se lexitiman as corporacións locais. Para as normas locais, a idea de servicio público sempre estivo ligada á dos fins ou competencias municipais. Agora ben, os servicios públicos non poden concibirse dun xeito estático. De acordo co art. 128 da C.E. a LB e o TR consumaron unha modificación substancial do réxime xurídico da iniciativa para realizar actividades económicas. Regúllase esta en dous supostos en que procede: cando se trata de exercer sen máis unha actividade económica, é dicir, cando a corporación salta á área das prestacións coma un suxeito máis e cando o fai apoiada pola existencia dunha reserva ó sector público dunha actividade ou servicio, reserva que se proxecta ós ámbitos do abastecemento e depuración de augas, recollida, tratamento e aproveitamento de residuos, abastecemento de gas e calefacción, matadoiros, mercados e lonxas centrais, transporte público de viaxeiros.

Para iniciar unha actividade económica, precísase culminar un procedemento ó que se refire o art. 86.1 LB, cando di que os entes locais «mediante expediente acreditativo da conveniencia e oportunidade da medida, poderán exercer-la iniciativa pública para o exercicio de actividades económicas conforme o art. 128.2 da Constitución». O procedemento complícase cando a actuación da corporación pretende ser monopolística. En tal suposto, precísase a aprobación definitiva do expediente polo órgano de goberno da Comunidade Autónoma. O seu pronunciamento debe referirse exclusivamente ó exame da legalidade e non da súa oportunidade ou conveniencia, pois isto infrinxiría o principio da autonomía local.

A prestación do servicio faise no territorio da corporación prestadora. As corporacións locais teñen plena potestade para constituír, organizar, modificar e suprimi-los servicios da súa competencia (art. 30 RS). Respecto á constitución ou creación do servicio, a lexislación local contou sempre con solucións máis progresivas cás propias da lexislación estatal ó establecer, entre outras, a técnica dos servicios mínimos.

Unha vez creado o servicio, a súa admisión a el faise de acordo coa súa propia regulamentación que, en todo caso, deberá respecta-la igualdade dos afectados. Unha vez creado ou constituído este, a súa organización é decidida pola corporación en uso de amplas facultades, limitada tan só por algunha regra que exclúe os servicios que impliquen exercicio de autoridade da xestión indirecta. A supresión do servicio será imposi-

ble no suposto daqueles servicios mínimos obrigatorios, aínda que nada impide a transformación do seu concreto modo de xestión.

Respecto ó estudio das formas de xestión apuntou as seguintes modalidades:

A) Xestión pola propia entidade local. Distínguese entre:

- Xestión sen organización especializada que é adoptada polo Pleno da corporación co voto favorable da maioría absoluta do número legal de membros da corporación. Caracterízase porque a entidade asume o propio risco, utilízanse funcionarios e persoal laboral do propio cadro de persoal, que reciben unha retribución dos fondos orzamentarios e a súa actuación depende directamente dos acordos e actos dos órganos de goberno da corporación local.
- Con organización especializada existe unha diferenciación orgánica representada por un consello de administración que asume «o goberno e a xestión superior do servizo» e un xerente, designado polo presidente da corporación a proposta do consello.
- Xestión mediante a creación dun organismo autónomo local. Poucas regras existen para a súa regulación. Os estatutos constitúen a norma rectora destas organizacións e son aprobados polo Pleno da corporación de acordo coas regras da maioría simple.
- Xestión mediante sociedade de capital integramente público. Esixe a creación dunha sociedade con financiamento e predominio exclusivo da Administración pública, pero dotada formalmente de autonomía patrimonial e fundacional e suxeita ó dereito peculiar das sociedades mercantís de capital á que será de aplicación as normas mercantís das sociedades anónimas. O capital mínimo esixido é de dez millóns de pesetas. Os estatutos son a norma básica de funcionamento destas sociedades e a súa aprobación correspóndelle ó Pleno da corporación, nas súas funcións de xunta xeral. A xunta xeral, órgano soberano, é o Pleno da corporación sendo as súas competencias as relativas ás modificacións estatutarias, designación e revogación de administradores, esixencia de responsabilidade a estes, aumentos ou redución de capital, etc. Estas sociedades non teñen orzamento propiamente dito senón previsións de gastos e ingresos, a aprobación da cal lle corresponde á xunta xeral, integrándose no orzamento xeral da entidade local como simples previsións polo que non teñen o carácter limitativo que é propio dos orzamentos de gastos.

B) A concesión de Servizos Públicos: por medio desta transfíreselle a unha persoa física ou xurídica a xestión dun servizo, asumindo esta o risco económico da actividade concedida. Pode comprender a construción dunha obra ou instalación, soporte físico do servizo que hai que

prestar ou a pura xestión, cando este non esixa obras ou instalacións. O procedemento que culmina no acto administrativo de outorgamento da concesión pode iniciarse por un particular. Pode ocorrer que sexa a Administración a que inicie os trámites tendentes ó outorgamento dunha concesión. En tal caso, ou ben encárgalles ós propios funcionarios a redacción do proxecto ou convoca concurso de proxectos para poder elixir entre as diversas propostas que se formulen. En tal concurso de proxectos, a corporación elixe aquel «que fora máis conveniente ós intereses públicos». Superados estes trámites iniciais, convocarase licitación pública e a adxudicación farase, por procedemento aberto ou restrinxido, mediante concurso. O outorgamento das concesións correspóndelle ó presidente da corporación ou ó Pleno de acordo coa distribución de competencias dos art. 21.1, 22-2, 32.2 e 34.1 todos eles LB tendo en conta, para o caso do pleno, a maioría reforzada prevista no art. 47.3 e). O concesionario comprométese a:

- Presta-lo servicio de modo regular e continuo e da forma imposta pola Administración.
- Admitirlles ós usuarios ó gozo do servicio mediante o abandono, se é o caso, da contraprestación económica comprendida nas tarifas aprobadas.
- Indemnizar polos danos a terceiros.
- Exercer por si a concesión pois non se admite a cesión e o subcontrato só para as prestacións accesorias.

C) A xestión interesada. Aquela forma de xestión dun servicio público no que o xestor conta dun lado coa colaboración da Administración e doutro, cunha remuneración mínima en forma de interese que se concreta nunha cláusula en virtude da cal se producen beneficios por encima dun mínimo asegurado. Atribúeselle ó xestor unha parte deles co obxecto de fomenta-la prestación eficaz do servicio público encomendado.

D) O concerto: Permite converter cunha persoa natural ou xurídica a prestación dun servicio público, sempre que esa persoa realice como propio do seu xiro ou tráfico as prestacións caracterizadoras dese servicio.

E) O arrendamento: A nota caracterizadora do arrendamento vén determinada polo feito de que a instalación que lle serve de base ó servicio é propiedade da corporación.

F) A sociedade mixta: Prevista no art. 85.4.e) LB refírese á sociedade mercantil cun capital social que pertenza só parcialmente á entidade local, trátase dunha figura con ampla tradición na nosa práctica local, na que foi habitual o recurso a este instrumento do dereito privado. Na re-

gulación destas entidades hai unha remisión xenérica ó dereito privado que é xustamente o que xustifica a elección desta alternativa. Nestas sociedades mixtas a representación que posúen na súa xunta xeral os representantes da entidade local responde ó réxime de representación legal propio das persoas xurídicas. O Consello de Administración está integrado polos conselleiros, nomeados pola entidade local «na proporción dun 50% entre os membros que a constitúan e os técnicos»

G) Breve referencia ós consorcios: Segundo o art. 37 RS, as corporacións locais poden constituír consorcios con entidades públicas de diferente orde para instalar ou xestionar servizos de interese local. Teñen carácter voluntario, están dotados de personalidade xurídica e poden utilizar calquera das formas de xestión de servizos das que foron estudias. O acordo da corporación para a súa constitución require o voto favorable da maioría absoluta do número legal de membros da corporación, segundo o art. 47.3 LB. A representación que corresponda a cada entidade consorciada será determinada nos estatutos. A fórmula de consorcio está de moda e son moitas as organizacións desta natureza que se constitúen entre administracións públicas do mesmo ou de distinto nivel.

H) As fundacións: Segundo o art. 1.1 da Lei do 24 de novembro de 1994, «son fundacións as organizacións constituídas sen ánimo de lucro que, por vontade dos seus creadores teñen afectado de xeito duradeiro o seu patrimonio á realización de fins de interese xeral». Fins (art. 2). A fundación como forma xurídica sufriu unha mutación fundamental de xeito que hoxe derivou en algo substancialmente distinto que nada ou pouco ten que ver coa prístina idea que na cabeza tiveron os codificadores do século pasado.

Intervención de Enrique Gómez-Reino y Carnota, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela: «Libre competencia e Pacto local».

Ó profesor Gómez-Reino correspondeulle falar dos monopolios locais e do Tribunal de Defensa da Competencia. Segundo o art. 128.2 «Mediante lei poderáselle reservar ó sector público recursos ou servizos esenciais, especialmente en caso de monopolio». A LRBRL prevé unha reserva ó sector público dunha serie de servizos, entre os que se atopan os cemiterios, servizos funerarios e transporte público de viaxeiros. Unha das cuestións máis relevantes que establece a existencia destes monopolios locais é, sen dúbida ningunha, a do seu sometemento ás regras de defensa da competencia. A promulgación en 1989 dunha nova Lei de defensa da competencia, supuxo un avance importante en canto ó sometemento da actividade económica da Administración ás normas de dereito antitrust.

Respecto ós servicios funerarios estes foron tradicionalmente considerados polo noso sistema xurídico como servicios esenciais reservados ás entidades locais. No ano 1993, o Tribunal de Defensa da Competencia tivo a ocasión de analiza-la situación real da competencia deste sector. Este órgano recomenda que se lle poña fin á monopolización dos servicios mortuorios, liberalizando os seus prezos, establecendo un réxime transitorio para as antigas empresas monopolistas e sometendo, en todo caso, a actividade a autorizacións regradas e abertas, que habiliten ás empresas para o exercicio da actividade en todo o territorio estatal. O lexislador fixo eco destas propostas do tribunal no Real decreto lei 7/1996, do 7 de xuño, sobre medidas urxentes de carácter fiscal e de fomento e liberalización da actividade económica. O real decreto ponlle fin a unha longa época de configuración dos servicios funerarios como servicios esenciais de titularidade municipal. A día de hoxe, o marco normativo en sede de servicios funerarios atópase delimitado externamente por tres normas:

- Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (art. 25.2.j).
- Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade (art. 42.3).
- Lei 16/1987, do 30 de xullo, de ordenación dos transportes terrestres, en concreto o Real decreto 1211/1990, do 28 de setembro mediante o cal se aproba o regulamento de desenvolvemento da citada norma (art. 139).

Sen prexuízo da liberalización dos servicios funerarios, os concellos poden someter a autorización regrada a súa prestación. Suprímense pois os monopolios funerarios locais, aínda que abren a posibilidade de que os concellos sometan o exercicio da liberdade da empresa funeraria a limitacións materializadas na necesidade de obtención da correspondente autorización. Non se esgotan con iso, sen embargo, as competencias locais en canto a eses servicios.

O Tribunal de Defensa da Competencia resaltou «a necesidade de evitar que a terminación do monopolio dea paso a unha situación restrictiva da competencia de efectos equivalentes». O TDC entendeu que as empresas públicas municipais se atopan sometidas ás normas de defensa da competencia. A día de hoxe pódese falar dun importante número de casos, nos que o TDC sanciona a empresas públicas municipais por prácticas restrictivas da competencia.

Respecto ó transporte público de viaxeiros, o art. 86.3 da LRBRL reserva ás entidades locais o transporte público de viaxeiros, actividade que, en consecuencia, poderá desempeñarse en réxime de monopolio.

A diferenza do acontecido cos servicios funerarios, o Tribunal de Defensa da Competencia, no citado informe de 1993, non se pronunciou

inequívocamente a favor da liberalización, senón que partiron da necesidade de mante-la posibilidade de que os entes locais monopolicen a planificación das liñas de transporte regular colectivo, e permitan, sen embargo, o establecemento doutras liñas para o transporte da periferia ó centro, e viceversa, nas horas punta.

Intervención de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, catedrático de dereito administrativo da Universidade da Coruña e director do INAP: «Espacio local e Pacto local».

É de todos coñecida a idea de que a democracia española non lle dispensou ós entes locais a atención que merecen en relación á importancia das funcións que desempeñan, a pesar de que se trata das institucións políticas que contan coa máis longa tradición de representatividade democrática. Tanto as CC.AA. como as entidades locais gozan de autonomía. Sen embargo, mentres que as primeiras gozan dunha auténtica autonomía política, as entidades locais só obteñen un recoñecemento xeral de «autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses» (art. 137). Deste xeito o Estado limitouse a establece-lo núcleo mínimo competencial preciso para garanti-la autonomía constitucionalmente recoñecida a estes entes territoriais (art. 25, 26 e 36 Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local), remitíndolle ó lexislador sectorial competente a concreción das competencias destes entes locais nos distintos sectores de acción pública. O nivel local é o que de xeito cuantitativamente máis importante enraíza as institucións co tecido social; de aí a importancia de fomentar mecanismos de participación, a mellora da información, a eficacia da actuación pública e a atención ós criterios dos usuarios dos servizos públicos. Os municipios servirán para incorporar fórmulas innovadoras de reforzo da participación política, a través de mecanismos consultivos, do dereito de petición, de consellos de participación, mecanismos todos eles que lles achegan a administración e o goberno ós cidadáns. O obxectivo neste terreo ten que ser dobre: achegár-lle-os poderes locais ós cidadáns e utiliza-la participación como vía para a lexitimación destes, lexitimación que precisa hoxe dunha eficiencia e eficacia na súa actuación así como dunha avaliación participativa. Todo isto conduciranos cara a un novo xeito de funcionamento dos gobernos locais que podería caracterizarse polas notas seguintes: posburocrático, descentralizado e desconcentrado, de calidade, flexible, responsable, eficaz, eficiente, orientado cara ós resultados e ó servizo do público considerado como cidadán. A revalorización operativa da vida local no espazo europeo, no cal se comproba o paulatino aumento da actuación externa dos entes locais, dirixida ós máis diversos materiais, co obxectivo de mellora-la calidade de vida. As administracións locais aumentaron a súa esfera de actuación. Na actualidade, enténdese en primeiro lugar non tanto a soa prestación de bens e

servicios públicos, senón un papel máis directo, impulsor e coordinador coa iniciativa privada, a primacía da consideración do contorno e da realidade das prestacións que busca para iso os medios de xestión máis eficaces e eficientes; e, en segundo termo, cara a políticas socioculturais, coa finalidade de acadar-la integración social, ademais do desenvolvemento económico e social.

O contorno do Goberno local modificouse notablemente nestes últimos anos. Xorden novos fenómenos que demandan respostas creativas e innovadoras xa que existen numerosos factores que premen para que as administracións públicas cambien: a influencia dos factores económicos, o impacto das investigacións tecnolóxicas, a percepción que a cidadanía ten das súas administracións. Os tres retos principais que as administracións locais deberán abordar son os seguintes: proximidade ós cidadáns, consecución da igualdade e solidariedade e innovación dentro da cooperación e a colaboración con outras entidades públicas e privadas. A Carta europea da autonomía local consagra o concepto de autonomía local, afirma que o principio democrático rexe os seus destinos, a aplicación da subsidiaridade ou proximidade así como a autonomía e suficiencia financeira e a protección legal da súa autonomía. No caso español, estableceuse nos últimos anos unha revisión xeral das competencias das entidades locais. Este proceso xiraría en torno ós seguintes principios:

- A Administración xeral do Estado e as comunidades autónomas unicamente deberán asumir aquelas competencias que non sexa posible residenciar na Administración local.
- Debe permitírselles ós entes locais a elaboración de políticas propias mediante o recoñecemento da súa potestade normativa.
- A atribución de competencias non deben limitarse a funcións simplemente executivas.
- Naquelas comunidades autónomas onde non existan deberán constituírse comisións autonómicas de réxime local, como mecanismo que permita as entidades locais participar nos procesos de planificación e ordenación dos asuntos que lles afecten. Esta potenciación dos entes locais vai ligada á idea de subsidiaridade, xa que a maior proximidade dos municipios ós intereses cidadáns tería que proxectarse nunha descentralización de funcións e competencias a favor das entidades locais.

Para acadar estes fins estableceuse a necesidade de subscribir un pacto, de carácter político e territorial, que permitise abordar dun xeito lóxico, claro e de forma conxunta o futuro, as competencias e a posición das entidades locais e que debería basearse nunha serie de principios, entre os que poden citarse: a autonomía na xestión dos intereses propios, a subsidiaridade, a descentralización e o achegamento da xestión, a efica-

cia no desempeño da función, a eliminación de duplicidades e a cooperación e coordinación executivas.

Baixo a rúbrica de «pacto local» atópase, realmente, un complexo proceso de redistribución territorial do poder, que afecta o conxunto dos gobernos públicos e das administracións territoriais, complementario da construción do denominado «Estado autonómico», e non contradictorio con este. Un proceso de redistribución territorial que se guía polo principio de «subsidiaridade». Esta reforma atopa a súa xustificación na previsión dun proceso de descentralización de funcións desde o Estado e, se é o caso, desde as comunidades autónomas cara ás entidades locais¹. O fondo de todas elas ó o reforzamento da autonomía local e a Carta europea de autonomía local converteuse no verdadeiro referente ideolóxico, político e xurídico do proceso.

Finalmente destacou que máis alá dos concretos contidos competenciais, o Pacto local debería ser tamén un instrumento para modificar a cultura político administrativo local, reforza-los valores engadidos da eficacia, eficiencia, lexitimación, transparencia, responsabilidade e participación democráticas así como para a mellora da xestión e das políticas públicas locais.

Intervención de Ramón Martín Mateo, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Alacant: «Turismo cultural e Pacto local».

O profesor Martín Mateo comezou a súa exposición sinalando que o turismo é un dos principais motores económicos do noso país e o de máis futuro. O sector turístico é o 25% do PIB español, pero calcúlase que o milenio no que entramos será o sector máis importante da economía no ámbito mundial. O turismo cultural xorde como nova alternativa o turismo tradicional. O turismo de fin de semana substitúe paulatinamente ó turismo de verán. O turismo cultural ten distintas manifestacións: percepción de bens físicos, bens mobles, inmoables, artísticos, vivencias espirituais... etc.

¹ Con este fin, as Cortes Xerais aprobaron o 21 de abril de 1999 o seguinte paquete de leis: Lei orgánica 7/1999, de modificación da Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, do Tribunal Constitucional; Lei orgánica 8/1999, de modificación da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, de réxime electoral xeral; Lei orgánica 9/1999, de modificación da Lei orgánica 9/1983, do 15 de xullo, reguladora do dereito de reunión; Lei orgánica 10/1999, de modificación da Lei orgánica 8/1985, do 3 de xullo, reguladora do dereito á educación; Lei 10/1999, de modificación da Lei orgánica 1/1992, do 21 de febreiro, sobre protección da seguridade cidadá e Lei orgánica 11/1999, de modificación da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, e outras medidas para o desenvolvemento do Goberno local en materia de tráfico, circulación de vehículos de motor e seguridade vial e en materia de augas.

Pero o máis destacado e atractivo son as cidades históricas, son as que moverán nun futuro próximo grandes cantidades de turistas e entre elas atópase a cidade de Santiago de Compostela. A UNESCO en 1970 promoveu a adopción dunha convención para o patrimonio mundial e cultural e para a declaración de cidades históricas. En España temos seis: Ávila, Cáceres, Córdoba, Salamanca, Santiago de Compostela e Toledo. Fixo unha particular énfase nos museos para os efectos de atracción turística. Por outro lado o turismo cultural é un turismo fundamentalmente gastronómico. Neste sentido, a hostalería en xeral debe funcionar de acordo cos actos ou actividades culturais da cidade, e ofertar se é o caso unha ampla gama de opcións. A hostalería non debe ter unha actitude pasiva senón activa.

Estamos noutra era, noutros horizontes, é cuestión de que os xestores do patrimonio histórico e os xestores das distintas rexións, sintonicen co que hoxe se demanda.

Mesa-coloquio moderada por José Luís Carro Fernández-Valmayor, e na que participaron José Antonio Álvarez Vidal, director xeral de Xustiza e Administración Local; José Manuel Piñeiro Amigo, secretario xeral da FEGAMP; M^a Teresa Carballeira Rivera, profesora titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela e Antonio Javier Ferreira Fernández, profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela.

Na mesa-coloquio expuxéronse a xeito de conclusións finais os puntos máis importantes do Pacto local. A primeira quenda correspondeulle á profesora Teresa Carballeira quen tratou de achegar unha visión crítica sobre algunhas das cuestións tratadas durante estas xornadas. Na súa opinión a novidade do Pacto local radica en que é a primeira vez que se fai esta reivindicación no actual constitucionalismo. O Pacto local deixa ve-las institucións locais como entes vivos que queren desenvolverse. A profesora Carballeira criticou o tratamento uniforme para tódolos entes locais que non só se plasma desde o punto de vista institucional senón tamén territorial. Por outro lado o Pacto local limítase a un debate competencial e financeiro cando o máis importante, ó seu parecer, é facer un debate de toda a estrutura territorial do Estado, sentaren comunidades autónomas, Estado e entes locais a debater cál é o papel de cada un na dinámica do Estado. Ese debate non tivo lugar en España.

Crítica así mesmo o incremento desmesurado do número de municipios e respecto ó nivel supramunicipal apuntou o estatismo das provincias e con elas das deputacións así como a inexistencia dunha interiorización autonómica do nivel supramunicipal e unha falla de definición dos fins supramunicipais.

A continuación o profesor Antonio Javier Ferreira Fernández achegou unha visión discordante respecto do Pacto local. Ó seu modo de ver, unha cousa é o Pacto local e outra cousa son as medidas adoptadas polo Goberno, medidas moi debatidas ó longo das xornadas e un tanto equivocadas para o profesor Ferreira. O Pacto local era inicialmente unha reivindicación de maiores cotas de autonomía financeira e competencial. Ata 1999 só se acadan estas medidas de reformas importantes pero inoperativas. Dende o seu punto de vista o Estado puido facer moito máis.

Entre as comunidades autónomas e as entidades locais o relator intúe unha certa reticencia en termos políticos. Por outro lado as entidades locais establecen o Pacto local sen ofrecer solucións cara ós problemas que dende a creación dos municipios constitucionais se veñen repetindo.

Juan Díez como subdirector de Xustiza e Administración Local e en substitución do director de Xustiza e Administración Local, falou da súa experiencia neste eido apuntando algunhas ideas:

- Entender administración local como goberno local.
- O marco normativo debe ser concretado. O conxunto de leis de carácter sectorial que instrumentan as delegacións e os acordos que establezan as posibilidades de encomenda de xestión, serán os que normativamente no ámbito autonómico irán configurando ese paquete normativo que poida pór en marcha o Pacto local.
- O Pacto local é un problema de estratexia territorial e ordenación do territorio.

Respecto das experiencias nas que está a traballar apuntou a creación e impulso da área metropolitana de Vigo con triple réxime de competencia e o Estatuto da capitalidade de Santiago de Compostela entre outros. Sobre todas estas pautas estase a traballar e reflexionar sobre qué ámbitos competenciais poderían entrar inicialmente no Pacto local.

Manuel Piñeiro Amigo, secretario xeral da FEGAMP tivo a última palabra da mesa-coloquio. Para o Sr. Piñeiro os municipios son estado e o desenvolvemento dos entes locais enténdese desde o marco constitucional establecido. Os artigos 138 e 139 da Constitución española son o límite preciso para a organización territorial do Estado, a partir de aí o 14 e 141 dan a personalidade e autonomía para a xestión dos seus intereses locais. O Pacto local tradúcese nunha organización territorial do Estado dotada de medios financeiros precisos. A postura negociadora da FEGAMP vai sempre en dúas liñas: medios económicos suficientes para a xestión daquelas materias que o cidadán poida recibir de xeito máis eficaz a través da administración máis próxima e á que se dirixe aínda que non teña a competencia e en segundo lugar transferencia de competencias. Neste marco establécese a necesidade, primeiro, de que se doten dos

medios financeiros adecuados e a continuación se transfiran as competencias precisas.

Dende a FEGAMP establecéronse dous relatorios: o Pacto local con suficiente financiamento e un segundo relatorio que indicaba que a lista de materias obxecto de negociación no Pacto local galego nunca será pechada.

■ Clausura das xornadas

Domingo Bello Janeiro, director da Escola Galega de Administración Pública foi o encargado de pecha-las I Xornadas sobre o Pacto local. Tras agradecerlles á Consellería de Xustiza e á FEGAMP a súa colaboración na organización destas xornadas e ós relatores polas súas disertacións, subliñou a importancia deste debate para o futuro das entidades locais. Os entes locais son institucións básicas dun estado moderno e proba diso é que os países máis desenvolvidos contan cunha autonomía plena dos entes locais. 

XORNADAS SOBRE DEREITO DE AUGAS

(A Coruña, 23 e 24 de outubro de 2000)

María del Carmen Silva López

Avogada

Nun momento de reforma parcial do dereito de augas e da posible aprobación do Plan hidrolóxico nacional, resulta de sumo interese debater acerca das perspectivas que o uso e a administración da auga teñen en España, sobre todo se, como é o caso, se abren posibilidades para a liberalización do mercado da auga, inéditas ata a data. Pode dicirse que tódolos grandes temas do dereito público do século XXI danse cita neste sector tan especial do dereito administrativo. De aí a súa actualidade e o apaixonante debate que suscita.

* * *

A Escola Galega de Administración Pública xunto coa Consellería da Presidencia e Administración Pública e coa Universidade da Coruña, organizaron conxuntamente estas Xornadas sobre o dereito de augas que se desenvolveron no paraninfo da Universidade da Coruña, ó longo dos días 23 e 24 de outubro de 2000. A súa finalidade principal era dar a coñecer un pouco máis este complexo mundo do dereito de augas tendo en conta a reforma sufrida pola Lei 29/1985¹ e a máis que posible aprobación do Plan hidrolóxico nacional. As xornadas contaron cunha nutrida

¹ Lei 46/1999, do 13 de decembro de 1999.

asistencia de máis de duascentas persoas. Durante os dous días das xornadas, destacados xuristas galegos e españois expresaron as súas posturas sobre esta importante materia de grande transcendencia na actualidade.

Estas xornadas foron inauguradas polo director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro**, quen destacou a necesidade dunha lei de responsabilidade civil obxectiva ou por risco en materia de medio natural «para a protección das canles naturais dos ríos que lles garanta a máxima indemnización ós suxeitos pasivos no dano ó medio natural». Afirmou ademais, que «a dita responsabilidade presumirá que o autor do dano incorreu en culpa e que é a el a quen lle corresponda desvirtuar esta presunción mediante a proba de que actuou coa dilixencia debida». Bello Janeiro lembrou que neste século a incidencia do home sobre o medio «alcanza cotas descoñecidas, cunha explotación desmesurada dos bens naturais que agudiza co paso dos anos».

O primeiro relatorio das xornadas estivo a cargo do catedrático de dereito da Universidade de Zaragoza, **José Luis Moreu Ballonga**, co título «Valor dos títulos históricos no dereito de augas español» quen empezou facendo unha análise en relación cos títulos históricos sobre as augas nas distintas leis de augas que se publicaron en España. Afirmou que tanto a Lei de augas de 1879 coma a de 1985 adoptaron un criterio excesivamente conservador de respecto ós vellos dereitos adquiridos históricos.

Logo pasou a enumerar unha serie de títulos históricos sobre as augas vixentes na actualidade, e explicou asemade unha serie de sentencias sobre títulos históricos.

É preciso sinalar que a Lei de augas de 1985 fixo un amplo recoñecemento dos dereitos adquiridos nunha época e nun contexto doutrinal moi distintos dos de 1866-1879-1889. O mantemento de dereitos sobre augas provenientes do antigo réxime fai máis difícil precisa-la liña fronteiriza entre augas públicas e augas privadas no dereito español. Noutro sentido, a grande antigüidade dos títulos sobre augas que con frecuencia se invocan nos preitos permitiría ás veces presenta-la cuestión de se prescribiron ou non os dereitos correspondentes e permitiu expoñer nalgún caso, o difícil problema de se prescribe ou non a acción reivindicadora.

Por outra parte, debemos recordar, seguiu dicindo o relator, que o apartado 1º da disposición transitoria 4ª da vixente lei de augas², recoñécelles unha opción para os titulares de dereitos privados sobre augas privadas que se inscribieran no prazo de tres anos no Rexistro de Augas como aproveitamentos temporais de augas privadas, caso no cal, á parte de que desde o principio verían limitados os seus dereitos polas disposicións dos apartados 3º e 4º das disposicións transitorias 2ª e 3ª, ós cin-

² Lei 29/1985, do 2 de agosto de 1985, de augas.

cuenta anos verían legalmente trocado o seu dereito nunha concesión, e os que, polo contrario, non se inscribían no Rexistro de Augas, quedarían lexitimados para continuar coa titularidade dos seus dereitos indefinidamente, pero sen «protección administrativa», e tamén coas importantes limitacións legais que para os seus dereitos se derivan dos apartados 3º e 4º das disposicións transitorias.

Respecto dos dereitos sobre augas privadas provenientes do antigo réxime parece que quedaron en moitos casos á marxe do Rexistro de Augas, coa posible continuidade indefinida fóra deste pero sen a protección administrativa que o citado rexistro ofrece³. Esa sería tamén a situación na que quedaron os dereitos sobre augas privadas provenientes do antigo réxime que foron recoñecidos como tales despois do 1 de xaneiro de 1989: en tal suposto, a opción ou oportunidade de se inscribiren no Rexistro de Augas perdeuse definitivamente. Agora ben, parece que se podería soste que se estes antigos dereitos ignoradamente privados foran inscritos para recaeren sobre augas públicas no antigo Rexistro de Aproveitamentos de Augas Públicas ou se inscribían dentro do prazo de tres anos no Rexistro de Augas, sempre como dereitos sobre augas públicas, acaso podería recoñecerse o seu titular, no momento en que chegase a coñecerse e probarse o carácter privado do dereito así inscrito, a opción entre comunicarlle a inscrición do seu dereito ó Catálogo de aproveitamentos de augas privadas, conservando entón indefinidamente o seu dereito privado, ou ben declarar, que a propia inscrición do seu dereito entre os relativos a augas públicas valese como inscrición temporánea dun dereito privado no Rexistro de Augas, co conseguinte acceso ó *status* dos «*aproveitamentos temporais de augas privadas*».

En definitiva, a anulación da inmatriculación do antigo dereito de propiedade sobre augas comportaría a ineficacia do efecto legal de peche do Catálogo.

Se os dereitos procedentes do antigo réxime recaen sobre augas de mananciais naturais ou de pozos de auga subterránea parece que as normas que lles serían aplicables serán as das transitorias 2ª e 3ª.

En fin, como as concesións sobre augas públicas non se poden outorgar en prexuízo de terceiros (art. 59.1 da Lei de augas), se se outorgara unha concesión e logo resultara que esas mesmas augas foran xa concedidas por un antigo título histórico, xa como augas públicas, xa como privadas, sen dúbida que este prevalecería e que a concesión ulterior habería de anularse. Outra cousa é que poida admitirse a novación ou conversión dun vello título histórico nunha concesión administrativa, e fcelo de acordo co titular e coa Administración.

³ Tamén sen ter que paga-lo canon polo mero uso da auga pública, se é que se chega a implantar algún día.

Para os dereitos provenientes do antigo réxime que non sexan sobre augas privadas, ou sexa, cando os títulos históricos mostren unha transmisión simplemente do dominio útil sobre o recurso, existe tamén o problema de se conservan a súa estrutura orixinaria, ó abeiro da disposición transitoria das leis 1866-1879, ou se se entenden legalmente transformados nunha concesión administrativa.

Aínda que, como di o relator, partindo da primeira posibilidade, o suposto non encaixaría na letra do apartado 1º da disposición transitoria 1ª da lei vixente, e anque o lexislador se remite no apartado 3º desa disposición transitoria para dereitos adquiridos «*por calquera outro concepto distintos dos anteriores*», ás disposicións seguintes, entre as que se inclúe a regra xeral sobre dereitos relativos a augas privadas do apartado 1º da disposición transitoria 4ª, parécelle ó relator que non hai máis remedio que considerar incluído o suposto dos títulos históricos sobre augas públicas no apartado 1º da disposición transitoria 1ª. Á fin e ó cabo, a disposición transitoria 4ª é regra xeral só para as augas privadas.

Tampouco cre o relator que deban encaixarse os antigos títulos históricos sobre augas públicas no apartado 3º da disposición transitoria primeira da Lei de augas de 1985, o que conduciría a lles reconecer a eses antigos dereitos unha conservación indefinida e a que escaparan ó límite temporal dos 75 anos que o apartado 1º da disposición transitoria 1ª da lei quere impoñer a tódolos dereitos sobre augas públicas, probablemente coma unha manifestación do principio constitucional da indisponibilidade do dominio público (art. 132 Constitución). Como dixo o relator, o apartado 1º da disposición transitoria 1ª esténdese a tódolos dereitos sobre augas públicas.

Foi o lexislador de 1985, e non o de 1879, o que converteu legalmente en «títulos administrativos» os antigos documentos (anteriores a 1866) de concesión de enfiteuse e outros dereitos de gozo sobre as augas públicas dos ríos derivadas por canles.

Baixo a nova normativa, os dereitos existentes sobre augas públicas xa só son concesións administrativas ou ben dereitos orixinariamente adquiridos por usucapión pero practicamente equiparados a estas.

Recapitulando, como fixo o relator, poderíase afirmar que os dereitos provenientes do antigo réxime foron legalmente transformados en concesións administrativas pola nova Lei de augas de 1985, nun contexto dunha retroactividade xeral anque atenuada, cando recaían sobre augas públicas: e que se mantivo a súa conservación xenérica e indefinida e unha idea xeral de irretroactividade, se ben limitada por normas transitorias cando estes dereitos tradicionais recaían sobre augas privadas. Ou sexa, estendéronse ata eses vellos dereitos tradicionais procedentes do antigo réxime o esquema xeral xenérico previsto tamén para os dereitos sobre augas orixinados ou adquiridos trala reforma legal de 1866-1879-1889.

Un problema importante e difícil que presenta a disposición transitoria primeira da Lei de augas é a de saber se substituíu ou non o criterio legal de carácter subsidiario das competencias administrativas para a fixación do caudal obxecto de dereitos sobre augas públicas procedentes do antigo réxime que fixaba o artigo 152 da Lei de augas de 1879.

A preeminencia que a mencionada disposición transitoria primeira parécelles dar ós «*títulos administrativos*» inclinaría a pensar que, a falta de disposición expresa sobre o tema, as competencias administrativas neste tema seguen a te-lo mesmo carácter subsidiario que baixo o artigo 152. E a mesma interpretación apunta o principio de irretroactividade das leis sancionado no artigo 2.3 do Código civil.

Para rematar coa explicación sobre o significado da normativa transitoria da Lei de augas de 1985 respecto dos dereitos provenientes do antigo réxime, débese facer referencia ós bens comunais, ás augas comunais ou de aproveitamento común dos veciños que poidan existir no noso país. Tema pouco estudado. Non foron expresamente consideradas na lexislación reguladora do Rexistro da Propiedade, anque existen algunhas inscricións. Faise preciso unha mínima reflexión sobre o estado da cuestión baixo a normativa anterior. Como o artigo 17 da Lei de augas de 1879 lles atribuíu ás vilas respectivas os lagos, as lagoas e charcos situados en terreos de aproveitamento comunal, cabería interpretar que tamén as augas pluviais caídas nese sitio ou que brotasen de mananciais naturais alí situados pertencían como augas patrimoniais ás vilas ou municipios correspondentes. E o feito de que os artigos 407 e 408 do Código civil non mencionasen as augas situadas en terreos comunais podería avalar esta interpretación. Pero dentro desta interpretación, como tampouco parecera razoable entender que os concretos e individuais dereitos de aproveitamento dos veciños ás augas dos terreos comunais puideran extinguirse en beneficio do municipio ó entrar en vigor a Lei de augas de 1866, parece que debería entenderse que estes dereitos permaneceran, neste momento, como dereitos de servidumes ou dereitos reais en cousinga⁴.

Mais cabe tamén defender que se debían presumir comunais e de propiedade dos veciños as augas orixinadas en terreos comunais (agás as mencionadas no artigo 17 da lei) e que se deben presumir non comunais (privadas, se non eran públicas) as augas orixinadas en terreos privados dos municipios. Segundo esta interpretación faranse tamén comunais, e non privadas e do municipio, as augas alumeadas en terreos comunais por un alumeador estraño non autorizado.

Á vista destes precedentes, considera agora o relator o réxime xurídico

⁴ Cfr. Artigo 550 do Código civil.

en que quedaron as augas de aproveitamento comunal dos veciños baixo a vixencia da Lei de augas de 1985.

As augas comunais quedarían dominializadas ou publicadas na medida en que foron dominializados tódolos bens comunais pola Lei 7/1985, do 2 de abril, sobre bases do réxime local. Pero non lles alcanzaría ás augas comunais a dominialización estatalizadora (artigos 1.2 e 2 da lei) e da xenérica retroactividade prevista para a vixente Lei de augas de 1985 na súa disposición transitoria primeira, á que formularía unha excepción o mencionado apartado 3º desta disposición transitoria primeira. O principio xeral que inspiraría a Lei de augas de 1985 respecto das augas comunais sería o da retroactividade xenérica, como é o caso das augas privadas. Da vixente lexislación de réxime local derivaríase a dominialización das augas comunais e que a titularidade do seu dominio lle corresponde xenericamente ó municipio, pero os dereitos dos veciños, como a titularidade mesma do municipio, serían dereitos temporalmente indefinidos.

Así pódese pensar que, como as augas comunais, non son substancial ou materialmente nin públicas nin privadas, non entrarían nin na disposición transitoria primeira nin na disposición transitoria cuarta, apartado primeiro.

Os problemas que tradicionalmente presenta o exercicio dos dereitos nados de vellos títulos históricos agudízanse nos períodos de seca, como se puido comprobar no noso país na última seca dos anos 1990 a 1995.

Sen embargo, a Lei 46/1999 de reforma da Lei de augas de 1985 omitiu toda referencia ós títulos ou dereitos históricos, co que o problema segue a se presentar nos mesmos e conservadores termos no que estaba. Esta foi unha das moitas cuestións importantes necesitadas de reforma legal que non acatou a reforma lexislativa de 1999 do réxime xurídico das augas.

A continuación, **Antonio Fanlo Loras**, catedrático de dereito administrativo da Universidade da Ríoxa, na súa intervención sobre «As obras hidráulicas», afirmou que «a abundancia ou escaseza da auga condiciona o dereito sobre se estas se deben estatalizar ou non».

A dispoñibilidade dos recursos da auga alcanza só ó 8% da totalidade da que cae en España, a diferenza da porcentaxe moi superior do resto dos países europeos.

España conta cuns 1.200 encoros. Por tanto, debería existir unha vinculación entre as augas e as obras hidráulicas. Como dixo o relator, «sen obras non hai dispoñibilidade de auga». As obras hidráulicas deben ser fundamentalmente financiadas polo Estado, anque coa axuda do financiamento privado. Tamén dixo o relator que as obras o que intentan é paliar as dificultades que presentan os nosos recursos.

Referiuse tamén á evolución do réxime xurídico das obras hidráulicas.

cas, con alusión e remisión a un libro sobre o tema de recente publicación do profesor Sebastián Martín Retortillo. Vai ser no réxime sectorial onde apareza a regulación concreta das obras hidráulicas; por tanto, carácter sectorial.

O derradeiro relator da mañá foi o catedrático de dereito administrativo da Universidade de León, **Francisco Sosa Wagner**, que falou da planificación hidrolóxica. Como dixo o relator «a idea de planificación administrativa no eido do dominio público das augas é relativamente recente».

A Lei de augas do 13 de xuño de 1879 non contén referencia ningunha a esta modalidade. Aparece con ocasión da creación das confederacións hidrográficas ás que se lles atribuíu como a primeira das súas funcións a formación dun plan de aproveitamento xeral coordinado e metódico das augas que discorren polo leito dos ríos comprendidos na confederación.

Houbo que espera-lo Decreto do 7 de decembro de 1979 para que o Estado se comprometera activamente nunha política planificada da auga e así regúlase a realización de estudos previos para a planificación hidrolóxica, sobre a base que proporcionaba a Carta europea da auga de 1968.

Na Lei de augas de 1985 os plans están regulados no título III, artigos 38 a 44. O artigo 38.1 foi modificado⁵, agora trátase de conseguilo bo estado ecolóxico do dominio público hidráulico e a satisfacción das demandas da auga, o equilibrio e a harmonización do desenvolvemento rexional e sectorial, incrementa-las dispoñibilidades do recurso, protexela súa calidade, economiza-lo seu emprego e racionaliza-los seus usos en harmonía co medio natural e cos demais recursos naturais.

A responsabilidade superior sobre a planificación hidrolóxica correspóndelle ó Estado⁶, sen prexuízo da participación das comunidades autónomas, agora reforzadas co novo artigo 23; da presenza das provincias na Xunta de Goberno do Organismo de Conca (reforma do Pacto Local, Lei do 21 de abril de 1999) e, agora tamén, das entidades locais no consello da auga de cada conca (artigo 34 reformado en 1999).

Os tipos de plans existentes defínense polo seu eido territorial e tamén polo seu contido: plan nacional, que afecta todo o territorio nacional e plans de conca (que se poden dividir en zonas, subzonas ou áreas). Á súa vez, entre estes procedería outra distinción, a que derivaría da existencia de concas hidrográficas intercomunitarias e concas intracomunitarias.

O Decreto do 8 de maio de 1987 define os eidos territoriais dos organismos de conca e dos plans hidrolóxicos e así cada confederación terá o seu plan anque algunhas poden ter máis dun: así a do Norte (tres, I, ríos

⁵ Lei 46/1999, de augas.

⁶ STC do 29 de decembro de 1988; relator, Leguina.

Miño e Sil; II, ríos que verten ó Cantábrico entre o río Eo e os termos municipais de Castro Urdiales e San Julián de Musques; III, ríos que tamén verten ó Cantábrico pero entre os citados municipios e Francia). Nas concas intracomunitarias o eido do plan define a propia comunidade autónoma, se teñen competencias específicas para iso.

Se os plans se diferencian polo espazo físico no que poidan exercer a súa influencia, tamén se diferencian polo seu contido, que será o sinalado polo artigo 40 para os plans de conca e polo artigo 43 para o nacional. Aqueles non poderán regular materias propias deste, pero o nacional si poderá regular materias dos propios plans das concas. Relación pois de xerarquía, pero tamén relacións de coordinación entre os plans que se manifesta na aprobación de convenios entre o Estado e as comunidades autónomas. Por último, relación de independencia cando se trata de plans de distintas concas. Os plans teñen vixencia indefinida, anque a lei establece mecanismos de revisión.

A lei que aproba o Plan nacional procede do Goberno. Pero como di o relator, tampouco parece que se axuste moito ó sentido dun plan desta natureza a vía aberta, non pola Lei de augas, senón polo artigo 107.2 do Regulamento da Administración pública da auga e da Planificación hidrolóxica ó consentir que *«o plan, sen perde-lo seu carácter unitario, poderá ser aprobado en distintos actos lexislativos»*. Trámite esencial é o informe preceptivo do Consello Nacional da Auga.

Papel aínda maior ten o Consello da Auga na aprobación do Plan de conca como establecen os artigos 99 e seguintes do regulamento, xa que é este órgano o que debe presta-la súa conformidade e despois transmitir-lo ó Goberno.

Hai dúas etapas na elaboración destes plans de acordo cos preceptos invocados: unha primeira de establecemento de directrices e outra de redacción do plan propiamente dito.

Na primeira etapa, a confederación elaborará a documentación básica do plan na que se seleccionarán os datos fundamentais dos estudos realizados polas administracións públicas representadas no Consello da Auga da Conca. Despois redáctase o proxecto de directrices do plan onde xa deben de figura-los contidos esixidos polo artigo 40 da lei. Este proxecto remitiráselles ós ministerios e ós órganos competentes das comunidades autónomas para alegacións e estará á disposición dos particulares e entidades para que poidan formular observacións e alegacións. Unha vez ultimados estes trámites, a confederación someteralle á comisión de planificación do Consello da Auga o proxecto de directrices e demais material derivado de suxestións ou alegacións, e aprobaranse a continuación as directrices do plan de conca.

Na segunda etapa, o organismo de conca coa participación dos ministerios interesados redactará a proposta do plan que é a que debe lo-

gra-la conformidade do Consello da Auga e tratar de obter a aprobación do Goberno. Se se trata de conca intracomunitarias as relacións entre a Comunidade Autónoma e os ministerios interesados deberá facerse a través da canle do delegado do Goberno. Como dixo o relator, o Goberno ten amplas facultades discrecionais á hora de aprobar o plan, que derivan do artigo 38.5 da Lei de augas. Sen embargo, son menores estas facultades se se trata de conca intracomunitarias.

Por outra banda, é lóxico que os plans aprobados poidan ser obxecto de recurso contencioso-administrativo polas persoas que posúan a lexitimación a que alude o artigo 19 da Lei 29/1998 do 13 de xullo, estando excluídos os organismos de conca como consecuencia da prohibición do artigo 29 letra c) da mesma Lei 29/1998.

Outro asunto é o papel que poden xoga-los tribunais contencioso-administrativos nun preito dirixido a impugnar algo tan complexo e discrecional nos seus contidos como é un plan hidrolóxico. Estase referindo o autor ós plans de conca que se aproban por decreto, pois polo que respecta á lei que aproba o Plan nacional, tan só o Tribunal Constitucional ten competencia para declara-la súa inconstitucionalidade por razóns derivadas da repartición de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas ou pola configuración que nela se faga do dereito de propiedade que loxicamente pode quedar afectado pola ordenación que das augas se faga nun instrumento tan importante como é o Plan nacional, ou por unha hipotética infracción do principio de proporcionalidade.

En canto ós efectos dos plans o primeiro é a *publicidade*. O Decreto do 24 de xullo de 1998 que aproba os plans comunicados polos respectivos consellos da auga atópase publicado no BOE do 11 de agosto dese mesmo ano. Con posterioridade, a exposición de motivos das ordes do 13 de agosto de 1999 que publica as determinacións de contido normativo de determinados plans de conca sinalando algunhas precisións no tocante á publicidade e ó dereito dos particulares a coñece-lo contido dos plans.

Os artigos 29 e 30 do anteproxecto tratan de garanti-la información hidrolóxica e a publicidade, todo iso co fin de mante-lo cidadán informado dos progresos feitos na súa aplicación e garanti-la participación do público en xeral na planificación.

O segundo dos efectos dos plans sería o da *lexitimación de expropiacións* que resulta clara para os de conca, tal e como así se sinala no artigo 42.2 e no 119 da lei.

O terceiro é a *vinculación para os particulares e as administracións das prescricións e do contido dos plans*⁷.

⁷ Artigo 38.3 da Lei de augas.

En canto ós cidadáns, en principio, os plans non crearán por si sós dereitos a favor de particulares ou entidades, polo que a súa modificación non dará lugar a indemnización, sen prexuízo do disposto no artigo 63. Mais, como é evidente, do plan nace dereito a favor dos particulares.

Respecto das administracións públicas tamén o Plan hidrolóxico resulta vinculante, de acordo co disposto no artigo 38.3.

En relación coa planificación urbanística e territorial, debemos de atender-lo disposto no artigo 41.1 da lei cando sinala que «*nos plans hidrolóxicos de conca poderanse establecer reservas, de augas e de terreos, necesarias para as actuacións e obras previstas*». No parágrafo terceiro deste mesmo artigo, sinalase que «*as previsións dos plans hidrolóxicos deberán ser respectadas nos diferentes instrumentos de ordenación urbanística do territorio*». Nesta materia da reserva de terreos para as actuacións e obras previstas nos plans hidrolóxicos priman estes sobre os urbanísticos. En caso de conflito, ó prima-lo hidrolóxico, o que será obxecto de revisión será o urbanístico.

Un principio contrario contense na Lei de augas en relación coa planificación do medio natural pois, de acordo co artigo 41.2 «*poderán ser declaradas de protección especial determinadas zonas, concas ou tramos de concas, acuíferos ou masa de auga polas súas características naturais ou de interese ecolóxico, de acordo coa lexislación ambiental e de protección da natureza. Os plans hidrolóxicos recollerán a clasificación destas zonas e as condicións específicas para a súa protección*».

A reforma da Lei de 1999 quixo subliña-la necesidade da coordinación, pois o novo artigo 38.4 sinala que «os plans hidrolóxicos elaboraranse en coordinación coas diferentes planificacións sectoriais que os afecten, tanto respecto ós usos das augas coma ós do solo, e especialmente co establecido na planificación de regadíos e outros usos agrarios».

Para rematar con este tema, o relator dixo que os terreos reservados nos plans hidrolóxicos para a realización de obras hidráulicas de interese xeral, así como os que sexan estrictamente necesarios para a súa posible ampliación, terán a clasificación e cualificación que resulte da lexislación urbanística aplicable e sexa adecuada para garantir e preservar-la funcionalidade destas obras, a protección do dominio público hidráulico e a súa compatibilidade cos usos da auga e as demandas do medio natural. Os instrumentos xerais de ordenación e planeamento urbanístico deberán recoller esta clasificación e cualificación.

Por outra banda, o *contido dos plans hidrolóxicos de conca* atópase recollido no artigo 40 da Lei de augas, á parte doutros contidos espallados pola lei adiante.

Débese ter en conta, como fai o relator, o artigo 43 da lei. Ademais, o anteproxecto enumera como contido as medidas necesarias para a coordinación dos diferentes plans de conca; a solución para as alternativas

que nestes se propoñen; a previsión e as condicións das transferencias de recursos entre os eidos das distintas concas; e as modificacións que se prevean na planificación do uso do recurso e que afecten aproveitamentos existentes para o abastecemento a poboacións e regadíos.

Pola tarde interveu a profesora titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, M^a Teresa Carballeira Rivera, a cal falou do abastecemento de auga ás poboacións. Historicamente, comezou a relatora, entendíase por abastecemento a poboacións a subministración, seguridade e calidade das augas. O concepto sufriu unha evolución en sentido limitativo ata os nosos días.

Caben dous tipos de abastecementos, a autora referiuse ó abastecemento entendido na súa acepción máis tradicional, o abastecemento con tubo para despois remitilo a un fin concreto, o abastecemento de poboacións. Empezou a relatora a súa exposición dicindo que todo labor de abastecemento comprende varias operacións técnicas. A primeira, coñecida como abastecemento en alta e o abastecemento en baixa. Dentro do abastecemento en alta inclúense distintos procesos que a enxeñería coñece da seguinte forma: regulación; captación; tratamento e potabilización; transporte e conducción ou aducción; depósitos locais; distribución. Acometida e medición.

As cinco primeiras fases denomínanse de aducción ou abastecemento en alta, competencia da Comunidade Autónoma, mentres que as restantes de distribución ou de abastecemento en baixa, é competencia das entidades locais.

A relatora fixo alusión ó termo poboación. Segundo o artigo 15 LBRJA⁸, o conxunto de persoas inscritas no padrón municipal constitúe a poboación do municipio. No padrón deben de constar tódolos residentes e transeúntes do municipio, e deberá renovarse cada cinco anos. Pola súa parte, o artigo 16.3 LBRL sinala que os datos do padrón municipal cederase a outras administracións para asuntos nos que a residencia ou o domicilio sexan datos importantes. Parece que se falamos de municipio, a poboación identifícase coa colectividade humana que se atopa inscrita no padrón municipal.

A pregunta que seguidamente se lle fixo á profesora foi a seguinte ¿cabe falar de abastecemento a poboacións cando o destinatario é un colectivo ou núcleo determinado asentado no territorio municipal? ¿Podería ser titular dunha concesión administrativa unha determinada agrupación de casas? A resposta parece ser afirmativa, aínda que con algunhas matizacións. Tamén se preguntou se se pode concibir por poboación para os efectos de abastecemento aquelas agrupacións de habitantes non

⁸ Lei de bases do réxime local.

institucionalizados ou non constituídas en comunidade de propietarios, ¿poderían ser titulares dunha concesión? A contestación é difícil tendo en conta o baleiro legal existente.

Concluindo con este tema, pode dicirse, e así o fixo a autora, que en materia de augas e de abastecemento de poboacións, impera unha clara identidade entre poboación e padrón municipal. Parece que calquera agrupación de veciños que non goce deste servizo municipal básico queda desasistido de todo dereito, salvo o de reclamar.

A continuación a relatora pasou a falar do eido competencial dos municipios en materia de abastecemento de auga ás poboacións. Sabido é que a autonomía local está garantida segundo di o artigo 137 CE para as entidades locais básicas e despois manteñen os artigos 140 CE para os municipios e 141 para as provincias que tales entidades gozan de autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses. En materia de augas, a lexislación de augas admite esta realidade. Non descoñece o tradicional labor que en materia de abastecemento a poboacións veñen prestando os entes locais con carácter de servizo público municipal. A isto refírese o artigo 58.3 ou o artigo 81 da lei. Igualmente se reflicte na participación dos municipios na Administración hidráulica en calidade de usuarios⁹ e das provincias en tanto que Administración territorial¹⁰. Representación que se estende tamén ó Consello da Auga dos Organismos de Conca¹¹ e ó Consello Nacional da Auga, a través da FEMP¹².

A Lei de bases de réxime local é determinante ó declara-la existencia dun interese local sobre esta, a través de tres artigos: 25, 26 e 86, nos que se consagra a competencia dos municipios neste eido, aínda que cada un introduce uns matices diferentes.

Acabou a relatora concluindo o seguinte sobre este tema:

a) Que o municipio pode e debe exercer competencias en materia de abastecemento de augas, e, farao na medida que así o dispoñan as leis sectoriais tendo en conta que este abastecemento non se circunscribe unicamente ó propiamente domiciliario nin ás augas potables.

b) Que si é obrigado atribuírlles competencias ós municipios en materia de abastecemento domiciliario de auga potable pois o mesmo constitúe unha obriga de prestación.

c) Que unha vez atribuída tal competencia a prestación do servizo de abastecemento pode levarse a cabo en réxime de libre concorrencia ou en réxime de monopolio.

⁹ Vid artigo 25.c) da Lei de augas.

¹⁰ Vid artigo 25.e), engadido pola Lei 11/1999, do 21 de abril.

¹¹ Vid artigo 34 da Lei de augas.

¹² Vid artigo 17 da Lei de augas.

d) Que o servizo de abastecemento de augas implica unha dobre obrigação: a de potabiliza-las augas e a de distribuí-las, anque non a de depuración das augas residuais.

e) Que nos labores de prestación o municipio debe atopalo apoio técnico e económico dos entes supramunicipais, autonómicos e estatais.

Do seguinte que falou a relatora foi das consecuencias que arrastra a intervención das comunidades autónomas no sector hídrico. Sabido é que as CCAA posúen competencias exclusivas concedidas polo artigo 148.1.10 da Constitución. As CCAA que así o asumiran nos seus respectivos estatutos, gozan de competencias para ordena-la utilización e aproveitamento dos recursos hídricos do seu territorio independentemente da policía de augas para o cal exercen potestades lexislativas e executivas. Respecto do exercicio destas potestades o Tribunal Constitucional fixo algunhas matizacións que convén ter presentes:

- O Estado poderá regula-las bases das concesións administrativas.
- A regulación do aproveitamento privativo das augas pluviais correspóndelle ó Estado.
- A competencia para adoptar medidas especiais en situacións de necesidade correspóndelles ás CCAA unicamente cando o problema se circunscribe ás augas intracomunitarias.

Así pois é evidente que se ben as competencias autonómicas atopan o seu teito nas estatais, o mesmo sucede respecto das locais. Será a Comunidade Autónoma a que á hora de regula-lo réxime de recursos e aproveitamentos das concas intracomunitarias faga a delimitación de qué servizos ou actividades son de interese autonómico dentro do que se considera subministración de augas e cáles de interese local.

Por outra banda, o lexislador estatal, seguiu dicindo a profesora, que goza de competencias para establece-la lexislación, ordenación e concesión de recursos e aproveitamentos cando as augas discorran por máis dunha comunidade autónoma, non fai referencia á competencia do entes locais na xestión do dominio público hidráulico. Se dalgunha característica pode falarse é que segue considerándoos como meros usuarios do recurso. Tal situación sálvase unicamente polas recentes incorporacións por mor da Lei 46/1999 baixo o auspicio do Pacto Local que permite certo grao de representación en tanto que Administración territorial nos órganos de goberno e asesoramento en materia hidráulica. Podemos dicir que o lexislador estatal puxo un grande interese no abastecemento ás poboacións. En primeiro lugar, outorgándolle preferencia fronte a calquera uso; en segundo lugar, dirixindo a explotación dos recursos hídricos cara á satisfacción desta necesidade fundamental; e, en terceiro lugar, poñendo especial interese na calidade das augas desti-

nadas ó consumo humano, atendendo a normativa comunitaria sobre o tema¹³.

No proxecto do Plan hidrolóxico nacional un dos principais obxectivos é cubri-las demandas de abastecemento ás poboacións, e crear redes ata o de agora inexistentes, ampliando as actuais ou modernizándoas. Onde máis se aprecia esta necesidade é na España húmida. Concretamente, a maioría das obras proxectadas en materia de abastecemento céntranse na Conca Hidrográfica do Norte e especialmente na franxa oeste (Galicia e Asturias) onde as necesidades de abastecemento e mellora da infraestrutura é palpable e incluso escandalosa. Todo iso, acompañado do correspondente servizo de saneamento, onde a carencia é xeneralizada en todo o territorio español.

Respecto dos plans hidrolóxicos de conca tanto o artigo 40 da lei coma o 73 e seguintes do Real decreto 927/1988 sucesivamente modificado e polo que se aproba o Regulamento da lei de augas, inciden sobre a preeminencia da prestación deste uso.

Hai que dicir que nos atopamos ante un proceso de transformación do servizo de abastecemento da auga ás poboacións non só polo contido do propio precepto senón tamén porque non se entende tal actividade sen o correspondente do saneamento, de acordo coa concepción da unidade do ciclo hidrolóxico. Algo sobre o que tamén influíu a normativa comunitaria ó obriga-la mellora da calidade e a articulación do Estado autonómico no nivel competencial.

O artigo 58 da Lei de augas dinos que *«nas concesións observarase, para efectos do seu outorgamento, a orde de preferencia que se estableza no Plan hidrolóxico da conca correspondente»*. Rexe aquí a vontade do ente planificador sobre calquera outra. Segue a dici-lo mesmo artigo que esta liberdade vese constringida respecto do abastecemento ás poboacións: *«A orde de prioridades que puidera establecerse especificamente nos plans hidrolóxicos de conca, deberá respectar, en todo caso, a supremacía do uso consignado no apartado primeiro da presente enumeración»*, isto é o abastecemento de poboación.

Ó fío desta reserva, sinálase que a falta desta orde de preferencia no Plan hidrolóxico de conca, rexerá con carácter xeral o seguinte: *«1º, abastecemento de poboación, incluíndo na súa dotación a necesaria para a industria de pouco consumo de auga situadas nos núcleos de poboación e conectadas á rede municipal»*.

¹³ Vid Directiva 98/83 CE, do Consello do 3 de novembro, que continúa o camiño iniciado pola Directiva 80/778/CEE sobre a materia e que pechará a Directiva marco da auga. En todas elas incídese na necesidade de que os estados membros controlen e melloren a calidade dos caudais destinados ó consumo humano, e impoñe-la obrigación de facer controis periódicos anuais sobre a auga consumida entendida como a que brota de tramo final da distribución ou billa particular.

O interese do lexislador estatal sobre a materia faise patente ó longo de toda a lei. Así, o artigo 57 da lei sinala que a preservación de caudais con fins ambientais atopa o seu límite no abastecemento de poboacións xa que «*se aplicará tamén a regra sobre a supremacía do uso para abastecemento de poboacións*».

A única excepción que prevé a lei sobre esta preferencia regúlase no artigo 61.bis.12 ó establecer que «*cando razóns de interese xeral o xustificuen, o Ministerio de Medio Ambiente poderá autorizar expresamente, con carácter temporal e excepcional, cesións de dereitos de usos de augas que non respecten as normas sobre a prelación de usos*». Parece razoable entender que esta decisión ministerial só operará sobre os restantes usos privativos da auga e non sobre o abastecemento a poboacións polo que se pode concluir que seguimos na presenza dun uso preferente en todo caso.

Salvando aqueles supostos nos que se poidan aproveitar augas de titularidade privada, cando se trate de augas pertencentes ó dominio público, requirirase concesión administrativa¹⁴. A única excepción que se considera é a recollida no artigo 57.5 da mesma lei no que se lle exime de tal requisito á Administración central e autonómica.

Para coñece-lo procedemento que se debe seguir para a obtención da concesión acudiremos ó artigo 71 da lei onde se establecen os principios que rexen: publicidade e tramitación en competencia; utilización máis racional da auga e protección do contorno.

Tanto o artigo 51 coma o 63 e 64 cítannos os supostos nos que a concesión se pode ver alterada, ben sexa por incorrer nunha das causas previstas de extinción ben por se ver sometida a algún procedemento de alteración.

Terminou a relatora falando dun tema importante e de gran repercusión dentro do mundo do abastecemento ás poboacións, a cesión de dereitos de uso da auga mediante contrato.

A continuación, o segundo relatorio da tarde correu a cargo de **Tomás Quintana López**, catedrático de dereito administrativo da Universidade de León, quen falou da xestión da auga e política agraria. Como dixo o relator, poñer en relación estes dous termos, xestión da auga e política agraria, esixe unha constatación: «sen auga non hai agricultura». As producións agrarias dependen fundamentalmente das achegas hídricas, e estes poden chegar de forma natural, como ocorre no tercio norte da península, ou mediante custosas obras de infraestrutura a través de diferentes métodos de rega, o que resulta imprescindible para a explotación dun bo número de cultivos en gran parte do país. Así, un elemento esencial da política agraria é a política hidráulica e a política de regadíos.

¹⁴ Vid artigo 57 da Lei de augas.

Os regadíos e os demais usos agrarios da auga ocuparon un lugar privilexiado na orde de preferencias da nosa lexislación de augas. A Lei de augas respectou o prioritario lugar dos usos agrícolas da auga, poñéndoo en segundo lugar, por detrás do abastecemento das poboacións. Non obstante, débese advertir que a orde de preferencias para o outorgamento de concesións que establece o artigo 58.3 da lei o é con carácter subsidiario do que poden fixa-los correspondentes plans hidrolóxicos de conca, respectando o prioritario abastecemento das poboacións.

A estas alturas, xa foron aprobados os plans hidrolóxicos de conca por medio do Real decreto 1664/1998, do 24 de xullo, tanto os intracomunitarios coma o Plan hidrolóxico das concas intracomunitarias de Cataluña. Na maioría deles a relación de prioridades no uso de auga sitúan a rega e demais usos agrícolas en segundo lugar, por detrás do abastecemento das poboacións. Sen embargo, existen algunhas importantes excepcións. Por último, como excepción á regra xeral, os tres plans hidrolóxicos da conca do norte, poñen os usos agropecuarios da auga, excluído a rega, en segundo lugar, por detrás do prioritario uso para o abastecemento das poboacións, e relegan o uso da auga para a rega ó cuarto lugar, por detrás dos anteriores e do emprego da auga para usos industriais de pouco consumo, que encontra xustificación nas escasas achegas hídricas procedentes da rega que precisan os cultivos do tercio norte da península, debido a circunstancias climatolóxicas.

Un dos obxectivos pretendidos pola reforma da Lei de augas é «potencia-la eficiencia no emprego da auga», para o que se articulan algunhas previsións que tratan de introducir flexibilidade no réxime xurídico da concesión.

Un dos temas que tamén tratou o relator foi o do «mercado da auga» regulado no artigo 61.bis). Resulta de interese destacar que mediante estes acordos *inter partes* poden ser achegados recursos hídricos para certos usos agrícolas, anque inicialmente foran concedidos para outros usos de inferior rango, ou ser concedidos polo titular da concesión a favor doutro para seren utilizados tamén para outros usos agrarios.

Un país de gran tradición agrícola e de baixas precipitacións, como é España, tivo que lle facer fronte a estas carencias pluviométricas con achegas a través da rega, de aí os instrumentos xurídicos ideados para a transformación en zonas regables, terras de sequeiro. Tal é a importancia dos regadíos e demais usos agrarios das augas continentais que a recente reforma da Lei de augas incorpóralle un apartado 4 ó artigo 38 mediante o que impón a elaboración coordinada dos plans hidrolóxicos co resto de planificación sectoriais, e cita expresamente a planificación de regadíos e outros usos agrarios da auga, polo que os plans hidrolóxicos de conca aprobados no 1998 tiveron que ter en conta tanto os plans de regadíos de orixe autonómica coma o chamado Plan nacional de regadíos

Horizonte 2000, coma tamén haberían de se ter en conta polo Plan hidrolóxico nacional.

O relator tamén fixo alusión á relación entre a política agraria común e as producións de regadío de calquera país comunitario, como o é España, debe seguir moi de cerca a evolución da política agrícola da Comunidade Europea, por iso, resulta inevitable tratar de conectar unha e outra. A política agraria común ten dous obxectivos fundamentais: asegurárllle-lo aprovisionamento de alimentos e o mantemento dun nivel adecuado de rendas ós agricultores. Os camiños por onde vai a política agraria común teñen que se ter en conta para a planificación e execución da política de regas no noso país.

O relator acabou dicindo que é aconsellable a prudencia antes de abordar custosas transformacións de zonas de sequeiro en regadío, sobre todo cando o destino das terras regables vaia se-lo cultivo de productos que, por seren excedentarios, a súa produción estea sometida a límites; polo contrario, parece razoable abri-lo noso campo a outros usos agrícolas menos intensivos e, por eso, máis respectuosos co medio natural; a outras actividades marcadamente vinculadas á protección da natureza, así como á nova posta en valor do rural mediante usos alternativos ós actuais, que en moitos casos maniféstanse agresivos coa natureza.

Neste novo contexto, a auga é fundamental porque ten que seguir servindo para o desenvolvemento agrario, pero non tanto para permitirla transformación de zonas de sequeiro en regadío, senón para mellor-la rega daquelas zonas xa regables, pero con infraestructuras de rega que sexan xa anticuadas, ou que por atoparse en mal estado, ocasionan cuantiosas perdas, polo que a política de rega debe atendela mellora e conservación da rede en uso, e só moi selectivamente, a extensión desta a outras zonas en atención ó tipo de cultivos a que se destinen. Pero a auga non só é imprescindible para o desenvolvemento agrario nos termos que indica, senón que o obxectivo por conseguir debe ser un integral desenvolvemento rural.

Comeza o segundo día das xornadas co relatorio de **Ramón Martín Mateo**, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Alacant, sobre os prezos da auga e política ambiental. O obxectivo básico de toda política de augas consiste en conseguir que este vital recurso estea dispoñible para a súa utilización final por parte dos suxeitos que o demanden, o que supón que existan recursos naturais suficientes ó alcance directo dos usuarios ou dos administradores responsables de llelos facer chegar. Nestes momentos non está garantido que se dean estas circunstancias para toda a humanidade pero o que é peor, as condicións tenden a empeorar por razóns socioeconómicas e ambientais. Anque a auga sexa o recurso máis abundante no planeta, a súa dispoñibilidade para satisfacer necesidades humanas é limitada. Por todo iso, reclamouse que máis

alá das esixencias economicistas se considere a subministración da auga «un dereito humano e social básico».

Unha cousa é que se garanta, vía Administración, o acceso de tódolos cidadáns a bens básicos, como é o caso da auga potable, e outra que os servicios correspondentes se presten de forma ineficiente de acordo con pautas burocráticas adecuadas.

A auga é un ben económico e débese pagar por el se os usuarios teñen recursos suficientes, outra cousa será que individuos ou pobos carezan de medios e deban ser subsidiados de acordo con principios solidarios, pero aínda así, é inescusable precisa-los custos. O custo final da auga servida é o resultante de engadir valoradamente tódolos insumos precisos para que o abastecemento se faga en condicións satisfactorias, o que inclúe para a auga potable a construción do encoro, a interiorización dos danos ambientais, a infraestrutura da rede primaria de transporte, os custos de impulsión, os de almacenamento en destino, a potabilización dos caudais para o consumo humano ou industrial, a creación e mantemento da rede de sumidoiros e a distribución. En España o prezo medio da auga potable sería segundo algunhas fontes de 103,22 ptas./m³ e dunha soa peseta o pagado polos regadores ás confederacións, agás o caso do transvasamento Teixo-Segura 13,5 ptas. Por comunidades autónomas pártese de 60 ptas. en Galicia e 198 en Cataluña.

A política ambiental e a económica, na auga coma noutros sectores, están estreitamente vinculadas. A política da auga é inseparable da ambiental, e debe anima-la planificación hidrolóxica.

Por outra banda, a Lei de augas de 1985 prevía a aprobación de plans hidrolóxicos de conca e dun plan nacional que preste cobertura básica e sente os criterios comúns. En 1993 intentouse levar á realidade estas previsións, pero o Goberno non seguiu adiante ante a oposición das comunidades autónomas que tiñan auga, a cede-las que carecían de recursos suficientes, utilizando o pretexto de que primeiro se tiñan que coñece-las necesidades en orixe, plasmadas nos plans de rega para as respectivas comunidades. Posteriormente, o actual Goberno anunciou o proxecto do Plan hidrolóxico nacional, que prevé uns investimentos da orde de 3 billóns. O plan vai acompañado dun proxecto moi elaborado de transvasamento desde o Delta do Ebro-Almería de 1000 hectómetros cúbicos, cos seguintes aspectos:

Económicos: é razoable que a auga dispoñible se leve ás zonas onde a súa rendibilidade é maior, caso da área mediterránea onde por unha parte se asenta unha densa comunidade turística, e doutra se practica unha agricultura, fóra de temporada.

Sociais: prevese a modernización da maioría dos regadíos interiores e sobre todo no proxecto cóntase con que os regadores con auga de novos

transvasamentos lles paguen ás comunidades de orixe un 10% das tarifas aboadas polos regadores.

Ambientais: Atopámonos co tema dos encoros con transcendencia ambiental negativa. Parece que nos novos proxectos están implicados 114 encoros, aunque só 70 serán os realmente construídos.

Cre o relator que as rexións con escasos recursos hídricos propios, pero cunha climatoloxía termicamente grata, poden aproveita-la obtención, vía artificial, con custos máis elevados, pero que poidan ser asimilados polas actividades que así se abastecen, de alto valor engadido: cultivos fóra de tempada e turismo tamén invernal.

Para poder aproveitar de novo as augas residuais, é preciso sanealas adicionalmente, o que nestes momentos non ten límites técnicos senón económicos. Segundo o regulamento no seu artigo 272.2, entende por reutilización directa de augas a que incide sobre as que foran xa utilizadas por quen as derivou e antes da súa devolución á canle pública, son aplicadas a diferentes usos sucesivos. A reutilización das augas residuais non se expoñía pola lexislación anterior á Lei de augas 29/1985 que unicamente afrontaba a definición da propiedade das augas sobrantas das cloacas e establecementos públicos que serían de titularidade municipal.

A lei de reforma da vixente normativa de augas aposta definitivamente desde a súa exposición de motivos, polas novas coordenadas aquí asumidas, expresando que: *«a experiencia da intensísima seca, padecida polo noso país nos primeiros anos da década final deste século, impón a busca de solucións alternativas, que, con independencia da mellor reasignación dos recursos dispoñibles, a través de mecanismos de planificación, permitan, dun lado, incrementa-la produción da auga mediante a utilización de novas tecnolóxicas, outorgándolle rango legal ó réxime xurídico dos procedementos de desalgamento e de reutilización»*. Pero pese ó dito, o réxime precedente da reutilización non cambia substancialmente, mantense practicamente o primeiro parágrafo do artigo 101, que di: *«o Goberno establecerá as condicións básicas para a reutilización das augas, e precisará a calidade esixible ás augas depuradas segundo os usos previstos»*, engadindo que *«a reutilización das augas dun aproveitamento requirirá concesión administrativa como norma xeral»*.

A nova redacción introducida nos parágrafos do artigo 101 da lei posibilita que os municipios mediante autorización administrativa, asuman a reutilización das augas por eles depuradas. Esta novidade foi acollida con alegría pola doutrina.

Tamén tocou o relator o tema da potabilización da auga e das augas salobres interiores. Teoricamente a transformación da auga do mar, o que é extensible ás augas salinizadas interiores, en auga potable, ou ó menos relativamente potabilizada, acabaría con tódolos problemas dada as practicamente ilimitadas posibilidades de recursos que por aquí se

ofrecen. Esta alternativa ofrecía ata hai pouco grandes inconvenientes debido ós custos implicados tanto en enerxía coma en equipo e instalacións, polo que incluso en países con grandes necesidades hídricas como Israel chegouse á conclusión de que en termos económicos era preferible a reutilización.

En canto ós custos ambientais, aunque faltan estudos concretos, parece razoable estimar que a enerxía empregada será menor que a requirida para a construción da infraestrutura necesaria para os transvasamentos, máis a impulsión da auga. O principal problema ambiental é o dos rexeitamentos producidos, é dicir, os sales separados débenselle devolver ó mar de onde saíron cando a materia prima é auga mariña. En mares moi batidos non hai problema de dilución, o que tardará en producirse no Mediterráneo, pero con posterioridade estes residuos reintegraranse ó seu medio de orixe, o que por certo sucederá tamén coa auga desalgada, dada as coñecidas características do ciclo hidrolóxico.

Un problema local adicional é o de vertidos producidos nas áreas ocupadas por plantas mariñas de alta estima como as poseidonias, aínda que estas viven xa en medios de alta salinidade, e que nun principio non debería ser un obstáculo insalvable pero non hai aínda estudos ó respecto. En canto á desalinización de acuíferos interiores salinizados, o destino normal dos sales separados debe ser tamén o mar, para o que habería de construírse unha rede adecuada de «salmoiraductos».

A primeira disposición adoptada neste eido de actividades foi o Real decreto 28-7-1995 do Ministerio da Presidencia, aínda que se debe de considerar derogado pola Lei 46/1999, que parte dun principio totalmente oposto, a liberdade de desalgación de augas mariñas, creándose ó respecto un novo capítulo, no título I «Das augas procedentes da desalgación» e cun novo artigo 12 bis.

O derradeiro relatorio estivo a cargo de **Silvia Del Saz Cordero**, catedrática de dereito administrativo da Universidade da Laguna, co relatorio sobre as augas subterráneas. A relatora fixo unha análise das leis desde 1866 ata a actual.

En relación coas augas subterráneas, a Lei 46/1999, non achega moitas novidades. A Lei de 1985 parte da base de que tódalas augas son públicas e que só excepcionalmente persistían os aproveitamentos de augas privadas. Se ben esto resulta acertado en relación ás augas superficiais, non ocorre o mesmo coas augas que seguen a ser privadas. Isto non foi tratado pola nova lei. Non foi modificado o réxime establecido polas disposicións transitorias da lei.

Aparecen fortalecidos os poderes da Administración fronte ó incumprimento dos usuarios. Instrumentáanse mecanismos de control antes inexistentes, así se prevé no novo apartado do artigo 53 da lei: o Organismo de Conca pode esixir en calquera caso e non só en supostos de sobreex-

plotación ós concesionarios e calquera titular de aproveitamentos de auga, sexan públicas ou privadas, a instalación e mantemento de sistemas de medición dos caudais aproveitados e dos vertidos. Incrementase a potestade sancionadora da Administración ó quedar tipificada como infracción administrativa a apertura de pozos e a instalación de instrumentos para a extracción de augas sen a correspondente autorización ou concesión, e poténcianse as medidas preventivas que o Organismo de Conca pode adoptar en tanto se tramita o expediente sancionador, permitindo o peche de instalacións, equipos e pozos e o cesamento da actividade. Tamén se incrementan os poderes defensivos da Administración fronte ós aproveitamentos ilegais que poidan face-los usuarios so pretexto dun pretendido dereito preexistente anterior á Lei de 1985.

De acordo coa Lei de augas de 1985 calquera novo alumeamento e aproveitamento de augas subterráneas que se faga a partir da entrada en vigor da lei require un título administrativo previo, esto é, un permiso de investigación e a posterior concesión na que se determinan as condicións. Pouco ou nada queda do dereito do propietario do terreo no que haxa que alumear augas na súa propiedade ou cedelo a un terceiro, dereito que a lei converteu na obriga de obter a autorización de investigación, ou a concesión respecto a outros solicitantes. A única excepción que, aparentemente, a lei prevé a esixencia dun título administrativo como condición necesaria e previa para o alumeamento e é o que pode realiza-lo propietario do solo cando o volume total anual non exceda os sete mil metros cúbicos. E reitera a relatora «aparentemente» porque despois o regulamento, ignorando a reserva de lei a que deben estar sometidas as limitacións que se lle impoñan ó exercicio dos dereitos, encargouse de contradicila. Trátase dun aproveitamento legal de augas públicas que pola súa escasa entidade está dispensado de título de concesión. A pesar diso, o regulamento esixe para os efectos estatísticos, de control e de inscrición no Rexistro de Augas que o propietario do terreo lle comunique ó Organismo de Conca as características da utilización que pretende.

En definitiva, deixando á parte os dereitos privados preexistentes, calquera alumeamento e aproveitamento de augas subterráneas debe contar coa previa autorización ou concesión. De onde deriva a ilegalidade dos alumeamentos e aproveitamentos realizados sen o correspondente título, esto é, son constitutivos dunha infracción sancionable pola Administración que xera a correspondente responsabilidade patrimonial polos danos causados ó dominio público e a terceiros, ou se é o caso dun delicto tipificado no Código penal, e non lle confire ó seu titular ningún dereito sobre as augas. A esixencia dun título administrativo previo que permita o aproveitamento das augas subterráneas vén imposta tamén polo dereito comunitario.

Como dixo a relatora, o lexislador en vez de impoñe-la conversión de títulos permitiu os titulares de augas subterráneas que optaran por mante-la perpetuidade a titularidade privada na mesma forma que ata o de agora, ou que a converteran nun aproveitamento temporal de augas privadas. Para o exercicio desta segunda opción era necesario acreditar ante o Organismo de Conca, nun prazo de tres anos desde a entrada en vigor da lei, o dereito á utilización do recurso, a non afección a aproveitamentos legais preexistentes e, as características do aproveitamento e o seu destino.

Como sinala a xurisprudencia, o titular dun aproveitamento temporal de augas ten un verdadeiro dereito de propiedade, coas mesmas características cos que optan por mante-la súa titularidade a perpetuidade e por tanto coas mesmas limitacións. En efecto, os aproveitamentos temporais de augas privadas, ademais das limitacións xerais do dominio público hidráulico, están cuantitativamente limitados en canto que se reducen os caudais. Pero tamén o están cualitativamente pois calquera modificación das súas condicións esixe a tramitación dunha concesión nos termos previstos para os aproveitamentos privados.

A lei ofrécelles ós titulares de aproveitamentos temporais a protección do Rexistro de Augas.

A lei non fala directamente de propiedade privada sobre as augas e prefire utilizar expresións tales como «dereito de aproveitamento», ou «titulares dalgún dereito de aproveitamento». Estes dereitos de aproveitamentos son verdadeiras propiedades sobre as augas. Doutro, anque nas súas disposicións transitorias a Lei de augas permite mante-los dereitos preexistentes «na mesma forma que ata o de agora» impón a continuación unha serie de límites como son a privación da protección administrativa do Rexistro de Augas, a conxelación de caudais e das condicións e réxime de aproveitamentos...

¿Cal é o caudal ó que teñen dereito os propietarios de augas privadas?. A Lei de 1985 só respecta os aproveitamentos reais e efectivos de augas existentes á súa entrada en vigor.

A relatora falou tamén da realización de obras coas que se pretende mante-lo aproveitamento preexistente. A Lei de 1985 non fala de obras e en consecuencia esta é unha cuestión que non se abordou na Sentencia 227/1988, sobre a lei de augas. Si se pronunciou sobre ela a Sentencia 17/1990, do 7 de febreiro, sobre a lei de augas das Canarias. Mais non debe concluírse que a realización de calquera obra supoñen a caducidade do dereito. A realización das obras necesarias para mante-lo aproveitamento efectivo que se viña realizando en canto que permite mante-lo dereito de propiedade nos mesmos termos non sería causa de perda do dereito coa conseguinte necesidade de tramitar unha nova concesión. Polo tanto, á Administración hidrolóxica, cando se lle comunica a reali-

zación dunhas determinadas obras, non pode sistematicamente obrigalo titular dun dereito privado a solicita-la correspondente concesión.

Como dixo a relatora, na práctica, a Administración hidráulica vén considerando que se produciron cambios nas explotacións e no réxime de utilización de caudais, especialmente usuais naquelas zonas nas que existen problemas de escaseza, e esixindo que se tramite a correspondente concesión cando se producen reprofundizacións de pozos, construción e explotación de tomas substitutivas ou complementarias, baixada de bombas, substitución de bombas por outra de potencia superior, cambio de cultivos, cambio de trazado e substitución de conduccións ou ampliacións nas superficies de rego.

A relatora tamén se fixo a pregunta de se é posible o mercado de augas privadas. A Lei 46/1999 regula¹⁵ a cesión temporal de augas que poden realiza-los concesionarios a favor doutros titulares de igual ou maior rango. O certo é que o contrato de cesión de augas non só lles é aplicable ás augas que se gocen como consecuencia dunha cesión senón tamén ós que teñan algún dereito ó uso privativo das augas.

Para favorece-lo coñecemento pola Administración dos aproveitamentos de augas privadas a lei obriga a crear en cada organismo de conca un catálogo de augas no que se inscriban as que, sendo privadas ó amparo da anterior lexislación, se manteñan con esa natureza pola elección dos seus propietarios. O catálogo é un rexistro administrativo onde a Administración hidráulica ofrece unha información para coñece-los recursos que están a ser aproveitados, dato indispensable de cara a planificación e para poñer en práctica medidas de protección de acuíferos como son a declaración de sobreexplotación e a salinización.

Preséntanse dúas cuestións: ¿cal é a situación dos titulares non inscritos no catálogo? e ¿que ocorre se a Administración denega a inscrición?. En canto á primeira, parece que a situación dos titulares inscritos no catálogo non pode se-la mesma que a dos non inscritos. Anque esta inscrición non lles supón ningunha protección administrativa adicional ós dereitos dominicais, constitúe non só un medio de proba da existencia do aproveitamento e das súas características, senón a vía natural para legaliza-los aproveitamentos de augas que continúan sendo privadas. Os aproveitamentos de augas privadas inscritos no catálogo non poden ser ignorados cando se outorguen novas concesións que lles poidan prexudicar. Polo contrario, os non inscritos, son descoñecidos para a Administración, sen prexuízo de que ó abeiro da cláusula *sen prexuízo de terceiros* sexa posible un posterior xuízo reivindicador que determine a propiedade sobre as augas e os danos causados. En relación coa segunda cues-

¹⁵ Novo artigo 61. bis.

tión o procedemento para a inscrición atópase regulado no artigo 105 do regulamento.

O Rexistro da Propiedade convértese desta forma nun instrumento clave para a protección dun titular dun aproveitamento de augas privadas xa que aparece privado da protección administrativa da inscrición no rexistro.

Tocou tamén o tema da incidencia da planificación hidrolóxica sobre os aproveitamentos privados, dicindo que a planificación hidrolóxica é un instrumento de futuro, e os aproveitamentos de augas privadas deben ser respectados.

Como dixo a autora, xa se trate de augas públicas ou privadas, a Administración sitúase nunha posición privilexiada que se traduce na actividade arbitral que permite resolver as controversias que xorden entre os titulares de aproveitamentos e que se pon a favor dos inscritos no Rexistro de Augas, a protección do rexistro administrativo e na potestade sancionadora sobre a actividade dos particulares que lle permite reprimir as condutas contrarias ó ordenamento. Tanto os titulares de augas públicas coma privadas están sometidos á potestade sancionadora administrativa. A reforma da lei intensificou os poderes da Administración permitindo-lle adoptar medidas preventivas.

A clausura destas xornadas correspondeulle ó director da EGAP, quen agradeceu a presenza do público asistente a elas e tamén a intervención de tan prestixiosos relatores e destacou a necesidade dunha lei de responsabilidade civil obxectiva ou por risco que protexa o medio natural, principal fonte de recursos hidrolóxicos. 

XORNADAS SOBRE URBANISMO E VIVENDA

(Lugo, 6 e 7 de novembro de 2000)

Isabel Castiñeiras Bouzas

Avogada

Unha das principais preocupacións do ser humano e ó mesmo tempo un dereito inalienable deste foi sempre o de atopar un lugar onde habitar. Pero malia os grandes esforzos realizados polas diferentes administracións públicas para remedia-los problemas existentes neste eido, a tarefa non é tan doada.

O panorama actual neste terreo lévanos a analiza-los instrumentos e medios para lles facer fronte ós problemas producidos por diversos factores, tales como a carestía do solo, as dificultades de financiamento, tanto da construción coma do acceso á vivenda, e unha infinidade doutros pequenos e grandes obstáculos que fan que a vivenda se considere un grande reto no que o urbanismo ten moito que dicir e que achegar.

Recentemente, o Real decreto-lei 4/2000, do 23 de xuño, de medidas urxentes de liberalización no sector inmobiliario e de transportes, introduce unha serie de medidas coas que se pretenden corrixi-las rixideces advertidas no mercado como consecuencia do forte crecemento da demanda e a incidencia nos produtos inmobiliarios do prezo do solo, condicionada á súa vez pola escaseza de solo urbanizable. En consecuencia, a reforma que se introduce haberá de incrementa-la oferta do solo ó eliminar aquelas previsións normativas en vigor que pola súa falla de flexibilidade puideran limitala, polo que lle trasladan este efecto posi-

tivo ó prezo final dos bens inmobiliarios. Este real decreto-lei, tamén pretende clarifica-la situación actual do exercicio da actividade de mediación inmobiliaria que se encontra afectada pola falla dunha xurisprudencia unánime que reconeza que a dita actividade non está reservada a ningún colectivo singular de profesionais¹.

* * *

A Escola Galega de Administración Pública xunto á Consellería da Presidencia e Administración Pública e coa *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, organizaron conxuntamente unhas Xornadas sobre urbanismo e vivenda que se desenvolveron na Delegación Provincial da Consellería de Presidencia da Xunta de Galicia en Lugo, ó longo dos días 6 e 7 de novembro de 2000, coa finalidade principal de coñecer un pouco máis este complexo eido do dereito que constitúe o urbanismo e a vivenda. As xornadas contaron cunha nutrida asistencia de máis de duascenas persoas e coa participación de expertos en temas de urbanismo e vivenda, áreas que se analizaron en profundidade ó longo dos dous días que durou este evento.

As xornadas foron inauguradas polo director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro**, quen afirmou que « nunha comunidade como Galicia onde a renda dispoñible segue a expensas do mercado laboral resultan esenciais as intervencións da Administración pública para acceder a unha vivenda a prezo razoable». Afirmou, ademais, que «a Comunidade Autónoma galega, no ámbito das competencias que ten atribuídas en materia de vivenda e co fin de abordar conxuntamente co Goberno central a problemática de vivenda de Galicia, participa activamente no desenvolvemento e xestión dos plans estatais de vivenda».

Domingo Bello Janeiro, subliñou a necesidade de regular en Galicia o proceso de introducción de vivendas no mercado a través dunha lei propia que garanta «a adecuada protección dos adquirentes e o respecto ós compromisos asumidos na fase de promoción, incrementando o réxime sancionador por infraccións». Ó mesmo tempo, Bello, ofreceu datos sobre a vivenda en Lugo, cidade na que se realizaron estas xornadas, e así dixo que Lugo ten a vivenda máis accesible de Galicia, cun custo moi por debaixo da media española, e incluso da galega, ó radica-lo principal déficit da cidade non na carencia do solo, senón na falla dun equipamento adecuado. Así mesmo, puxo de manifesto, que o Concello de Lugo subscribiu varios convenios co Instituto Galego da Vivenda e Solo, que fixeron posible a cesión polo antedito concello de 22.000 metros cadrados de terreo nas inmediacións do cuartel de Garabolos para a construción

¹ Exposición de motivos do Real decreto-lei 4/2000, do 23 de xuño.

de 220 vivendas. Ademais destacou que o Concello lucense lle cedeu tamén ó organismo dependente de Política Territorial dúas parcelas en Acea de Olga, terreos que están á venda para uso comercial. Como contrapartida a estas cesións, o Instituto Galego da Vivenda e Solo realizou obras de urbanización no núcleo urbano de Lugo. Outros acordos permitiron desenvolver os traballos de reurbanización da zona histórica, xa rematados. O Instituto Galego da Vivenda e Solo investiu 900 millóns de pesetas nestas obras. O Consello da Xunta autorizou recentemente un segundo convenio polo que se acometerá a rehabilitación de vivendas e traballos de urbanización e reurbanización na zona vella da capital lucense.

O director da Escola Galega de Administración Pública non deixou de sinala-la grande transcendencia do Real decreto-lei 4/2000 de medidas urxentes de liberalización no sector inmobiliario e de transportes, que obrigará as comunidades autónomas a lle remitir á súa lexislación as novidades que introduce.

O primeiro relatorio das xornadas estivo a cargo do director técnico de Administración e Fomento do Instituto Galego da Vivenda e Solo, **Leopoldo Fernández Cid**, co título *Plans de vivenda en Galicia*, quen afirmou que o Instituto Galego da Vivenda e Solo, creado por Lei 3/1988, do 27 de abril, ten como fin o de «levar a cabo a política de vivenda e solo da Xunta de Galicia que está orientada a garanti-los dereitos constitucionais a unha vivenda, especialmente para os sectores con menor capacidade económica, e á utilización do solo de acordo co interese xeral». Para conseguir esta finalidade «complementa e xestiona integramente o plan estatal de vivenda e elabora plans propios» a través da promoción pública e privada.

Dentro do marco estatal e polo que se refire á promoción privada, Fernández Cid salientou que unha acertada política de vivenda implica necesariamente a participación de tódalas administracións con competencias na materia.

Para a consecución deste obxectivo a Administración central implantou a partir do ano 1992 un novo modelo de política de vivenda adaptado ó novo marco competencial na materia, no que, prestándolles especial atención ós demandantes de vivenda que acceden por primeira vez á propiedade, fomentando a oferta de vivendas en alugueiro, acentuando o control do bo fin das axudas, establece medidas concretas para a máxima coordinación e corresponsabilidade entre as actuacións das administracións públicas, sen mingua das competencias que a cada administración lle corresponde e con grande flexibilidade para a adaptación ós plans estatais a cada un dos territorios autonómicos.

A través dos distintos convenios entre as administracións estatal e autonómicas materialízanse os obxectivos e axudas dos plans estatais de vivenda e solo.

Dentro do marco do actual plan de vivenda para o período 1998-2001, regulado por Real decreto 1186/1998, no convenio entre a Xunta de Galicia e o Ministerio de Fomento do 18 de novembro de 1998, no que se fixaron as actuacións obxecto de financiamento e axudas polo ministerio para o dito período, así como as axudas complementarias de achega autonómica, a Xunta de Galicia fixou como obxectivos prioritarios fomentar mediante as axudas a conta dos orzamentos do Instituto Galego da Vivenda e Solo:

1º. O primeiro acceso á vivenda en propiedade das familias con baixos ingresos, con especial atención ás familias numerosas, para as que se establece ademais unha axuda específica que pode chegar ata 500.000 pesetas por vivenda, nunha liña de continuidade que xa se iniciara con anterioridade pero agora adaptada ós adquirentes que cumpran o requisito específico de primeiro acceso.

2º. A promoción a prezos reducidos de vivendas en alugueiro para xente nova e maiores de 60 anos, mediante a nova figura de aloxamentos protexidos de recente creación autonómica, e que se encadra agora dentro da normativa na que a Comunidade Autónoma regula as vivendas declaradas protexidas, con axudas a promotores dunha subvención equivalente ó 20 por 100 do prezo máximo total de venda ó que se puideran vende-los aloxamentos unha vez acabados, se se tratase de vivendas de protección oficial, axudas superiores ás estatais.

3º. A promoción en zonas urbanas de vivendas de protección oficial e de protección oficial de réxime especial de promoción privada así como daquelas outras que sexan declaradas protexidas conforme a normativa autonómica.

4º. A promoción de vivendas que constitúan experiencias piloto compatibles cos requirimentos económicos e de conservación do medio natural e a rehabilitación en especial naquelas zonas declaradas áreas de rehabilitación.

Para o desenvolvemento dos referidos convenio e real decreto, o Decreto 345/1998, do 20 de decembro, da Xunta de Galicia aborda o establecemento das axudas complementarias específicas, así como a xestión destas e das previstas na norma estatal, ó mesmo tempo que regula o réxime xurídico dunha nova figura, a das vivendas declaradas protexidas pola Comunidade Autónoma, que xunto ás vivendas de protección oficial de promoción privada integran o chamado réxime de vivendas de protección pública.

Por Orde do 22 de setembro de 2000, o Instituto Galego da Vivenda e Solo instrumentou unha nova liña de axudas en beneficio dos mozos e mozas de baixo poder adquisitivo que accedean en propiedade a unha vivenda financiada ó abeiro de plans estatais, que se ben se configuran

como axudas complementarias non forman parte das convidadas co ministerio. A contía das axudas, en forma de subvención, é de 250.000 pesetas por vivenda para os beneficiarios que cumpran os requisitos especificados na orde.

Mediante os plans estatais de vivenda a Administración central achega recursos para financia-los obxectivos previstos, obxectivos non sempre suficientes para cubri-las necesidades existentes en Galicia e cun déficit que se pode incrementar sensiblemente no vindeiro período coa xeración de novo solo. Neste suposto faríase necesario compaxina-los programas de actuación propios da Comunidade Autónoma coa planificación financeira do Estado non só no eido das axudas complementarias que xa se lle achegan ó plan estatal a conta dos orzamentos do instituto, senón, se fose necesario, cubrindo con financiamento propio as actuacións que puidesen exceder dos obxectivos programados pola Administración central.

Os plans de vivenda son elaborados polo Estado baseándose na competencia que ten en materia económica, sen embargo, non parece que a vivenda social, dirixida a aqueles sectores da poboación con menos recursos, entre no eido da economía, a non ser para a asignación de recursos a esta, xa que os criterios para planificar esta categoría de vivendas deben ser máis sociais ca de fomento da actividade económica. Por iso, parece máis adecuado que os recursos económicos se lles transfiran directamente ás comunidades autónomas para que elaboren os seus propios plans de acordo coas súas necesidades.

Así, no marco autonómico, compréndense tódalas actuacións en materia de vivenda programadas en exclusiva pola Xunta de Galicia e desenvolvidas polo Instituto Galego da Vivenda e Solo. Dentro deste marco autonómico, encádranse os seguintes programas:

- 1º. Promoción pública.
- 2º. Rehabilitación do parque público de vivendas.
- 3º. Erradicación do chabolismo.
- 4º. Rehabilitación de inmobles situados en conxuntos históricos.
- 5º. Rehabilitación e reconstrución de vivendas no medio rural.
- 6º. Infravivenda rural.

A Xunta de Galicia, a través da promoción pública, dálles resposta ás necesidades dos cidadáns socialmente máis desfavorecidos, por iso Galicia segue a ser unha das poucas comunidades autónomas que manteñen este programa con fondos propios, o que se avala co feito de que no período comprendido entre 1990-2000, se construíran 6.620 vivendas, cun investimento de 55.310.626.069 pesetas.

Na actualidade, o financiamento e a adxudicación de vivendas de promoción pública está regulado polo Decreto 98/1992, do 26 de

marzo, no que se determina que o orzamento protexible das obras de construción, poderá alcanzar, por metro cadrado de superficie útil, ata o 100 por 100 do módulo ponderado aplicable na área xeográfica onde se vaian construí-las vivendas, o que permite acadar uns niveis de calidade semellantes ós das vivendas de promoción privada; que o estudio económico que servirá de base para determina-lo prezo de venda, elabórase baseándose no 100 por 100 do módulo aplicable vixente no momento da adxudicación da vivenda, e que o prezo de venda fíxase en función dos ingresos do adxudicatario, no 70, 60, ou 50 por 100 do referido estudio económico. Esta medida innovadora está orientada a conseguir que as mensualidades resultantes do pago aprazado do prezo sexan, na maioría dos casos, inferiores ó 25 por 100 dos ingresos mensuais familiares dos adquirentes.

Outra novidade é que a vixente normativa permite o financiamento das vivendas a través das entidades financeiras mediante créditos subrogables.

Poden solicitar vivendas de promoción pública, os titulares de unidades familiares nos que concorran as seguintes condicións:

1º. Acreditar ingresos familiares ponderados anuais inferiores a 2,5 veces o salario mínimo interprofesional.

2º. Residir habitualmente ou te-lo posto de traballo no concello no que se sitúen as vivendas, cunha antigüidade mínima de tres anos, salvo que sexan emigrantes, suposto no cal debe acreditar esta condición por tempo superior a cinco anos.

3º. Carecer de vivenda en calidade de propietario, inquilino ou usufructuario ou que teña deficientes condicións de habitabilidade, sexa de superficie insuficiente, estea suxeita a expediente expropiador ou desafiuzamento non imputable ó petionario, ou no caso do inquilino, pagar unha renda elevada.

A adxudicación das vivendas compételles ás comisións provinciais de vivenda coa aprobación das listas definitivas. As solicitudes son presentadas dentro do prazo fixado pola referida comisión nos concellos onde se sitúen ou, no caso dos emigrantes, a través das representacións diplomáticas ou consulares. Os concellos admiten a trámite as solicitudes e elaboran e aproban as listas provisionais.

As vivendas poden adxudicarse en réxime de compravenda, con pago aprazado a 20 anos e interese que, en ningún caso, pode ser superior ó 5 por 100, ou en réxime de alugueiro, caso no que a renda inicial anual será a que resulte de aplica-lo 3 por 100 ó valor en venda da vivenda.

En canto ó segundo dos programas, referido á rehabilitación do parque público de vivendas, Fernández Cid sinalou que non é posible que os propietarios das vivendas poidan por si mesmos acomete-las obras necesarias, polo que a Administración autonómica mediante Decreto

275/1999, do 14 de outubro, desenvolvido por Orde do 23 de decembro, instrumentou unha liña de axudas, compatibles con calquera outra que se puidera outorgar para os mesmos fins que poden acadar ata un máximo de 800.000 pesetas por vivenda.

Polo que respecta á erradicación do chabolismo, a Lei 5/1989, do 24 de abril, senta as bases para a dita erradicación na Comunidade Autónoma de Galicia. Esta lei foi desenvolvida polo Decreto 266/1989, do 23 de novembro. A Orde do 6 de abril de 2000, introduce modificacións puntuais en canto a porcentaxes de axudas.

Poden ser beneficiarios de axudas para a erradicación do chabolismo as familias que utilizan como morada habitáculos que non reúnen as características e condicións de vivendas nin son susceptibles de se converteren en tales, e que teñan ingresos que non superen o salario mínimo interprofesional e que figuren nos censos de chabolas confeccionados polos concellos.

O acceso ás vivendas facilitarase mediante axudas:

- Para a promoción da propia vivenda.
- Para a adquisición polos chabolistas de vivenda nova ou usada.
- Para a adquisición polas entidades locais de vivendas novas ou usadas con destino a realoxamento de chabolistas e a súa cesión a estes en réxime de alugueiro, durante, polo menos, dous anos.
- Mediante a promoción propia polo Instituto Galego da Vivenda e Solo.
- Para as promocións por outros promotores públicos.
- E tamén coa subvención de alugueiros.

O importe das subvencións oscila entre o 50 e o 80 por 100 do custo de adquisición ou orzamento. Nos supostos de alugueiro entre 21.000 e 30.000 pesetas mensuais.

Polo que se refire á rehabilitación de inmobles situados en conxuntos históricos, regúlanse pola Orde do 28 de abril de 2000, e oriéntanse a:

- Fomenta-lo acceso á propiedade das vivendas polos inquilinos co fin de potenciaren a súa posterior rehabilitación. O seu importe ascende a 250.000 pesetas por vivenda.
- Fomentar polos propietarios ou inquilinos o arranxo das vivendas. O seu importe pode chegar ó 30% do orzamento protexible máximo de 2.000.000 de pesetas.

Durante o período comprendido entre o 1-1-1992 a 19-10-2000, presentáronse 2.083 solicitudes de axudas das que se aprobaron provisionalmente 1.103, e definitivamente 817 cun investimento de 350.072.680 pesetas.

Outro dos programas da Xunta en materia de vivenda é o da rehabilitación de vivendas no medio rural, onde cabe destaca-la rehabilitación de vivendas unifamiliares, e a reconstrucción de vivendas unifamiliares, así como unha experiencia piloto para a rehabilitación de núcleos rurais orientados á xuventude.

Por último, Fernández Cid, fixo referencia á infravivenda rural e sinalou que, segundo un estudio elaborado polo Instituto Galego da Vivenda e Solo, existen no medio rural galego máis de 11.000 infravivendas habitadas por familias con ingresos inferiores ó salario mínimo interprofesional, polo que se elaborou un programa de infravivenda para axuda-lo sector máis necesitado da poboación rural. Así, as axudas concédense a través dos concellos con elevadas subvencións a estes por parte do Instituto Galego da Vivenda e Solo e que se regulan polo Decreto 343/1992 do 26 de novembro, modificado polo Decreto 195/1996 do 17 de maio. Desde o 1-11-1992 ata o 19-10-2000 presentáronse 1.478 peticións, das cales obtiveron a aprobación definitiva 750 infravivendas, o que supón axudas por importe de 1.354.462.098 pesetas.

A continuación, **Enrique Porto Rey**, arquitecto e profesor da E.T.S.A. de Madrid, na súa intervención sobre *as incidencias das técnicas urbanísticas na protección pública da vivenda: aproveitamento tipo, reserva de solo para a construción de VPO, patrimonios públicos de solo...*, afirmou que, unha das funcións do planeamento ha ser cualificar terreos para a construción de vivendas suxeitas a algún réxime de protección pública².

Sinalou tamén que «a Lei de Galicia non contén ningunha previsión sobre reserva obrigatoria de terreos para estas vivendas de protección pública, pero establece unha serie de preceptos en beneficio da súa implantación, ó regula-lo Patrimonio Municipal do Solo, o dereito de superficie e os dereitos de tanteo e retracto». Porto Rey dixo que a total autonomía do planeamento urbanístico municipal respecto da política de protección pública da vivenda pode xerar situacións imprevisibles, non desexadas en canto á contía da cualificación urbanística de solo para vivendas protexidas, respecto das posibilidades reais de protección pública contidas nos plans de vivenda; posto que o planeamento o fan os concellos e a protección vai concedela a Comunidade Autónoma.

Así mesmo, salientou que o planeamento ten vixencia indefinida mentres que as vantaxes financeiras e fiscais, así como axudas, subvencións, etc., establecidas no réxime da protección pública contéñense nun Plan cuadrienal de vivenda³ e as medidas sobre financiamento e as súas

² Artigo 3.1.h) da Lei 1/1997 do solo de Galicia.

³ Real decreto nº 1186/1998, do 12 de xuño, sobre medidas de financiamento das actuacións protexidas do Plan 1998-2001. E tamén Decreto nº 345/1998, do 20 de novembro, que regula as axudas a conta da Comunidade Autónoma de Galicia, que

contías son negociadas periodicamente polo Estado ou pola Comunidade Autónoma coas entidades de crédito, polo que pode ocorrer que ó propietario que se lle asigne solo para vivenda protexida, non poida facer efectivo o seu dereito a edificar por non dispor, as entidades de crédito, das necesarias partidas económicas, ou estaren estas esgotadas por causas derivadas do réxime da protección, sen que neses supostos o propietario poida cambia-la cualificación urbanística do solo, o cal suporía librar de contido económico a propiedade deste.

En canto ós patrimonios públicos de solo, convén advertir que hoxe, a propósito das actuacións asistemáticas, xurdiu un patrimonio municipal do solo, que se pode cualificar como de patrimonio de voo⁴. Segundo o artigo 155.1 da Lei do solo de Galicia, os concellos que dispoñan de Plan xeral de ordenación municipal deberán constituí-lo Patrimonio Municipal do Solo. No inciso segundo do citado artigo establécese a finalidade de obter reservas de solo para actuacións de iniciativa pública, facilita-la execución do plan e contribuír á regulación do mercado de terreos destinados ó desenvolvemento urbanístico. A Lei de Galicia considera como finalidade fundamental dos terreos do Patrimonio o destino á construción de vivendas de protección pública⁵, a esixencia deste destino, determina que o alleamento de terreos non destinados a vivendas destas características só se pode realizar cando non exista demanda destas.

Pola tarde, interveu **Martín Bassols Coma**, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Alcalá de Henares, o cal falou do *panorama da vivenda e do dereito a unha vivenda digna e axeitada así como dos dereitos constitucionais en torno á vivenda*. Bassols destacou que a Constitución de 1978 achegou neste eido novidades significativas como a consagración do dereito constitucional, en forma de principio rector da política económica e social, vinculante para tódolos poderes públicos, dos españois a unha vivenda adecuada e digna⁶ e a atribución ás comunidades autónomas da competencia en materia de vivenda⁷.

Bassols afirmou que, en tódalas lexislacións comparadas, a realización do obxectivo social de lle estende-lo dereito á vivenda encontra un límite, na maioría dos casos insuperable, no dereito á propiedade do solo e na dinámica que imprime a súa utilización con vistas á edificación. Parece, no terreo dos principios, que a afirmación dun dereito de indubidables repercusións sociais, como o dereito á vivenda, postula

regula a xestión das previstas no Real decreto, 12 de xuño de 1998, para o período 1998-2001.

⁴ Artigo 114 da Lei 1/1997 do solo de Galicia.

⁵ Artigo 157 da Lei 1/1997 do solo de Galicia.

⁶ Artigo 47 da Constitución española de 1978.

⁷ Artigo 148.1.3 da Constitución española de 1978.

para a súa efectividade a negación ou a restricción doutro dereito, o da propiedade do solo, de natureza eminentemente individual e que, na maioría dos supostos, goza como tal de amparo constitucional.

As distorsións que provoca a propiedade do solo atopan a súa explicación en dous fenómenos, un eminentemente socioeconómico e outro de natureza institucional ou xurídica. A demanda de urbanización con fins de edificación residencial xera por si mesma, a favor do solo apto para a construción, unha renda ou plusvalía de posición respecto ó seu valor agrícola ou preurbanístico. A esta plusvalía engádese o derivado da acción infraestructural que os entes públicos levan a cabo con fondos públicos, xerados pola comunidade, e que se concretan de ordinario nas obras de infraestrutura urbanística inmediata ou circundante ós terreos. A acumulación no titular da propiedade destas dúas fontes de rendas proporcionalle unha posición de monopolio no mercado do solo que, ó domina-la oferta de terreos, permítelle restrinxi-la cantidade de bens en unidades de solo en circulación e, consecuentemente, impoñer uns prezos especulativos de venda. As consecuencias económicas e sociais deste fenómeno de acumulación de plusvalías –nas cales participa na súa formación a propia comunidade– son especialmente negativas para os intereses públicos, porque encarecen o prezo do solo e, en definitiva, o produto final: a vivenda, construída polo propio dono do solo ou polo promotor adquirente que se ve na obriga de adquirilo e, en consecuencia, repercutilo no prezo da construción. O mecanismo institucional que «xustifica» a apropiación de todas estas plusvalías é o instituto do dereito de propiedade, na súa versión clásica de dereito absoluto e exclusivo, como manifestación da personalidade e liberdade, apoiado en canto se refire ó solo polo seu poder absorbente: *superficies solo cedit*, que condiciona todo o adherido a este. Este absolutismo do dereito de propiedade puido, incluso, perpetuarse naqueles ordenamentos que condicionaron o recoñecemento da propiedade á súa función social, cando esta se entendeu na súa primeira directriz de mero instrumento, para combater-la inactividade do propietario verbo da utilización positiva do seu ben para incrementa-lo interese público ou a riqueza nacional.

Tamén subliñou que «o dereito a unha vivenda digna e adecuada desemboca finalmente na problemática do urbanismo e da ordenación do territorio, únicas instancias que fan posible a efectividade do referido dereito». Bassols, salientou que «conceptualmente, pódense distinguir tres niveis: 1) a vivenda como unidade; 2) o seu contorno inmediato (a urbanización); e 3) o medio urbano como marco existencial e forma de vida». Deste xeito, resulta que o grao de dignidade e adecuación da vivenda non só se debe predicar da vivenda unidade, senón tamén do seu contorno inmediato e de modo especial do marco urbano. «A vivenda

resulta ser así o produto finalista das ordenacións territorial e urbanística, na medida que a disciplina urbanística atende a configuración dos parámetros da inserción da vivenda no espazo urbano e, ó mesmo tempo, incorpora unha política de tratamento e ordenación xurídica e económica do solo, como materia prima e soporte da vivenda».

Ademais, Bassols dixo que no eido dos principios, o dereito á vivenda, comporta para a súa efectividade a negación ou restricción doutro dereito, o da propiedade do solo, de natureza eminentemente individual e que, na maioría dos supostos, goza como tal de amparo constitucional. Así mesmo, afirmou que «a partir da década dos anos noventa estanse a postular vías de desregularización e de liberalización no urbanismo, tanto no que afecta as técnicas e o contido da planificación, coma no da política do solo».

A continuación, o segundo relatorio da tarde correu a cargo de **Felipe Iglesias González**, profesor de dereito administrativo da Universidade Autónoma de Madrid. Este relatorio trataba do *régime xurídico das vivendas protexidas e do financiamento da protección pública á vivenda: préstamos cualificados, subvencións e subsidios; así como das características propias da lexislación galega*.

Felipe Iglesias, baseou o seu relatorio nos préstamos cualificados, diferenciándoos claramente das subvencións e dos subsidios. Deste xeito, afirmou que unha das diferencias entre eles consiste en que os préstamos cualificados non son axudas directas, senón que son outorgados maioritariamente, por entidades de crédito de carácter privado de acordo coas normas de dereito privado e, por outra banda, tanto as subvencións coma os subsidios son axudas económicas directas, outorgadas directamente polos órganos administrativos das comunidades autónomas en virtude das súas competencias en materia de vivenda que seguen os trámites de procedemento típicos do dereito administrativo. Felipe Iglesias subliñou que fronte á relación de bilateralidade propia ás relacións subvencionais das axudas económicas directas, o mecanismo previsto para os préstamos cualificados xera unha auténtica relación triangular entre as persoas e entidades intervinientes⁸.

Felipe Iglesias salientou que «o préstamo cualificado como forma de financiamento da vivenda protexida está a perder importancia cualitativa e cuantitativa» debido á importante e progresiva baixada dos tipos de

⁸ A) Relación Administración pública/entidades de crédito, a través do convenio que subscriben ámbalas dúas partes. B) Relación Administración pública/promotores ou adquirentes de vivendas, mediante, fundamentalmente, os actos administrativos denominados cualificación provisional e cualificación definitiva. C) Relación entre os promotores ou adquirentes/entidades de crédito, que se articula coma un contrato privado de préstamo entrámbalas dúas partes sometido a fortes limitacións polo dereito público.

xuro dos créditos en xeral e dos hipotecarios en particular, producida no noso país e nos países do noso contorno.

Tamén destacou que, a pesar de que os préstamos cualificados non constitúen fondos públicos e que son xestionados maioritariamente por entidades privadas de crédito, pódense configurar como auténticas axudas públicas, sobre todo se se ten en conta que é a Administración estatal a que promove a existencia destas axudas ó subscribir convenios coas entidades de crédito. As entidades de crédito non posúen unha auténtica autonomía da vontade contractual no outorgamento de préstamos cualificados, xa que se vai limitar a aplica-la normativa vixente e a conceder ou denegar, segundo corresponda, os préstamos, sen que poida negociar co solicitante. Tampouco lle pode conceder un préstamo a quen non cumpra os requisitos de acceso ó financiamento cualificado, recollidos entre outros, no artigo 3 do Real decreto 1186/1998, do 12 de xuño.

Os convenios que subscribe a Administración estatal coas entidades de crédito constitúen o soporte xurídico dos préstamos cualificados. A través destes convenios, as entidades de crédito asumen unha serie de compromisos entre os que destacan:

- A concesión de préstamos ata unha determinada cantidade ós solicitantes de financiamento cualificado.
- Facilitarles ás cooperativas ou comunidades de propietarios a concesión da garantía para a percepción das cantidades anticipadas a conta do custo das vivendas logo da autorización da Comunidade Autónoma.
- A lle informar a toda a súa rede de oficinas acerca da firma do convenio e do seu contido.
- A lle comunicar ó Ministerio de Fomento, no prazo de 15 días, da concesión dos créditos solicitados.
- A lle formaliza-los préstamos no prazo de dous meses, con carácter xeral, desde o outorgamento da conformidade do Ministerio de Fomento (xa sexa expreso ou por silencio administrativo).
- A incorporar na escritura do crédito hipotecario toda unha serie de datos e cláusulas.
- A lle notificar ó Ministerio de Fomento no prazo de 15 días a formalización dos préstamos concedidos.
- A lle remitir ó Ministerio de Fomento no prazo máximo dun mes as fotocopias das escrituras de préstamos que lles foran requiridas, así como calquera outra documentación.
- A lles notificar individualmente ós subrogados nos préstamos hipotecarios (só primeiras subrogacións), nos 15 días a partir de que esta se produza, a efectiva subrogación.

- A xestionar os préstamos nas fases posteriores á súa conformidade por parte do Ministerio de Fomento.
- A lle dar conta ó Ministerio de Fomento das sucesivas disposicións que a conta dos préstamos se produzan desde que teña coñecemento da conformidade do Ministerio de Fomento ó subsidio, ou da súa prórroga e ata que o subsidio caduque ou se lle notifique a súa renovación.
- A diferenciar nos recibos xustificativos do pagamento das cotas de amortización e intereses as cantidades que lle corresponde aboar ó Ministerio de Fomento por conta do prestador en razón do subsidio e aquelas que debe aboar directamente o prestador.
- A lles notificar ós prestadores a concesión deste crédito e as modificacións que puideran ter en canto ó tipo de xuro.
- A lles notificar ós prestadores, durante o primeiro semestre do quinto ano de cada período subsidiado, a necesidade, se é o caso, de tramitar a solicitude de ampliación da dita subrogación.
- A informar documentalmente da liquidación dos subsidios de interese xestionados.
- A interromper a liquidación do subsidio nos casos de resolución do contrato de préstamo por denegación da cualificación definitiva ou por execución de hipoteca por incumprimento das obrigas polo beneficiario.
- A lle facilitar ó Ministerio de Fomento a información que se lle requira para os efectos de control e seguimento do desenvolvemento dos programas de financiamento.
- A aceptar interrupcións do pagamento das cotas do préstamo cualificado nas condicións e termos previstos nos artigos 17.B e 20, derradeiro parágrafo, do Real decreto 1186/1998, do 12 de xuño.

Pola súa parte, a Administración comprométese a lles notificar ás entidades de crédito as modificacións que se produzan no Manual para a xestión do financiamento cualificado e, tamén se compromete, a expedir os mandamentos de pagamento correspondentes ó importe das liquidacións relativas ó subsidio de intereses dentro do prazo de 40 días hábiles desde a recepción da liquidación.

Por outra banda, as entidades de crédito poden reducir ou ampliar o volume de crédito convido se se modifica durante o ano no que se subscribe o convenio o tipo de interese inicialmente fixado. A redución é automática, basta coa mera notificación ó Ministerio de Fomento. Así mesmo, a Administración ten unha serie de potestades como son:

- Fixa-lo tipo de interese do convenio.
- Autoriza-lo volume anual de préstamos cualificados que hai que convir globalmente coas entidades de préstamo.

- A lle dar conformidade á concesión de préstamos directos ou por subrogación e ó subsidio.

A potestade da Administración estatal relativa á confirmación dos préstamos cualificados outorgados polas entidades de crédito é o reflexo da existencia dunha auténtica relación de tutela de legalidade entre a Administración estatal e as entidades de crédito.

É preciso ter en conta que as entidades de crédito asumen a través dos convenios subscritos coa Administración estatal a competencia para outorgar préstamos cualificados, pero o exercicio desta competencia deberá aterse, en primeiro lugar, ós compromisos asumidos no propio convenio, que teñen un claro contido contractual esixible pola propia Administración e, en segundo lugar, ó propio réxime xurídico contido nas normas aprobadas pola Administración, tanto autonómica coma estatal. Deste xeito, estamos ante o exercicio regrado dunha competencia pública.

A Administración estatal garante mediante o trámite da confirmación do préstamo concedido pola entidade de crédito o cumprimento de toda a normativa que ha de aplica-la entidade bancaria. Así, a través deste mecanismo de tutela, a Administración estatal ha de comprobar, por exemplo, que os promotores para uso propio cumpren cada un dos requisitos que recolle o artigo 3 do Real decreto 1186/1998 do 12 de xuño, de maneira que se a entidade de crédito concedeu un préstamo cualificado cun promotor para uso propio que non xustifique o feito de non ser propietario doutra vivenda de protección oficial ou que os seus ingresos anuais superen os 5,5 millóns, a Administración estatal deberá denega-la confirmación do préstamo cualificado.

Este control tamén se leva a cabo nas subrogacións dos préstamos outorgados a promotores que se produzan como consecuencia da venda das vivendas de protección oficial ós adquirentes, de xeito que só se poderán subrogar en préstamos cualificados aquelas persoas que cumpran os requisitos legais establecidos. Este mecanismo de confirmación non impide que unha vivenda de protección oficial sexa vendida efectivamente a persoas que non cumpran os requisitos legais establecidos. O propietario poderá vende-la vivenda con protección pública, a salvo das eventuais limitacións de venda, pero os adquirentes non poderán gozar dos beneficios previstos para as vivendas de protección oficial se non cumpren os requisitos legais establecidos, polo que, por exemplo, haberá que cancela-lo préstamo cualificado.

Deste xeito, é a entidade de crédito a que debe comprobar que os promotores e adquirentes ós que lles concede préstamos cualificados, ben directamente ou mediante subrogación, cumpren os requisitos previstos na normativa aplicable.

Este control de legalidade, verdadeira tutela de legalidade, débese limitar a comproba-lo cumprimento da normativa aplicable, o que im-

plica, por unha banda, que esta tutela de legalidade pode acadar tamén a normativa autonómica e, por outra, que se debe limitar a esta comprobación de legalidade, sen que poida compoñerse de elementos valorativos ou de oportunidade.

A confirmación é un verdadeiro requisito de eficacia do contrato de préstamo suscrito entre o beneficiario e a entidade de crédito, e funciona na práctica coma unha auténtica cláusula suspensiva, de maneira que do contrato de préstamo suscrito entre ámbalas dúas partes tan só emanarán efectos vinculantes se foi producida pola Administración pública a confirmación do cumprimento dos requisitos legais. Por iso, a non confirmación do préstamo provocará que a pesar de se perfeccionar este, non producirá efectos entre as partes.

Ademais, segundo Felipe Iglesias, cómpre destacar que a confirmación do crédito cualificado é o único mecanismo de tutela que se reserva a Administración estatal e que, por esencia, só resulta aplicable ós supostos en que a entidade de crédito resolve positivamente as solicitudes de préstamo cualificado realizadas, sen que, polo tanto, este mecanismo de tutela alcance os supostos nos que as entidades bancarias deneguen a solicitude de préstamo cualificado.

As dúas condicións que permiten a existencia dun dereito subxectivo á obtención do préstamo cualificado consisten no cumprimento dos requisitos establecidos na normativa estatal, e se é o caso na autonómica, e a existencia de remanente de crédito convido coa Administración estatal. Deste xeito, ante unha negativa dunha entidade bancaria ó outorgamento dun préstamo cualificado, sempre que concorran no solicitante as dúas circunstancias que definen a existencia do seu dereito subxectivo, o interesado poderá acudir ós tribunais de xustiza co obxecto de que estes recoñezan o seu dereito a obte-lo crédito. Esta pretensión debería ser exercitable ante a xurisdicción contencioso-administrativa, dado que nos atopamos en presenza do exercicio por entidades privadas dunha competencia pública.

Comeza o segundo día das xornadas co relatorio de Ángel Carrasco Perera, catedrático de dereito da Universidade de Castela-A Mancha, sobre *propietarios e urbanizadores no proceso de execución urbanística*. Carrasco afirmou que no momento no que se aproba o Proxecto de compensación ou de parcelamento, ninguén pode entrar nin saír da Xunta de Compensación.

Ademais, salientou que unha vez que se aproba o Proxecto de compensación, co efecto da subrogación das vellas parcelas polas novas parcelas⁹, a partir dese momento o urbanizador único ou a Xunta de Compensación non pode contraer ningunha débeda que sexa repercutible no

⁹ Artigo 166 do Regulamento de xestión urbanística.

peto dos propietarios, agás que esta unidade de urbanización chamada xunta, chamada urbanizador único ou promotor, se constituía coma unha entidade administrativa de conservación da urbanización.

Carrasco sinalou que para a conservación da urbanización, termo que empeza a contar a partir do momento en que o Proxecto de compensación ou de parcelamento se aproba, hai que constituír unha entidade urbanística colaboradora distinta da Xunta de Compensación, salvo que se elixa un modelo global; un exemplo disto, parece latexar no artigo 108 da Lei canaria de urbanismo que establece que a Xunta de Compensación como tal encargada de realiza-la urbanización e cede-los terreos de cesión obrigatoria, ó mesmo tempo encargarse do mantemento da urbanización. Establecer unha entidade urbanística de conservación da urbanización significa establecer unha entidade urbanística de colaboración permanente, a diferenza da Xunta de Compensación, e se esta entidade urbanística colaboradora é a propia Xunta de Compensación, como na práctica está a ocorrer, significa que a Xunta de Compensación non se extingue nunca, posto que se encarga do mantemento da urbanización.

A Resolución da DGRN do 18 de novembro de 1998 di que se extingue o poder fiduciario da Xunta, é dicir, que producida a subrogación real das parcelas, non só a Xunta non pode contraer novas débedas senón que as débedas anteriormente contraídas e non pagadas (débedas históricas da Xunta de Compensación) non poden facerse efectivas mediante anotacións preventivas de embargo sobre os terreos de resultado que lles correspondan ós propietarios que participaban no Proxecto de compensación.

Só pode haber anotacións preventivas de embargo sobre bens inmoables que pertencen a propietarios particulares antes de que se aprobe o Proxecto de compensación, non despois, porque a Xunta de Compensación non se extingue nunca; é un ente xurídico, con personalidade xurídica propia e non se extingue, e non entra nunca en proceso de liquidación, dáse daquela o caso de que os membros, que o foran no momento en que se aproba o Proxecto de compensación, quedan cristalizados para sempre.

Ante a pregunta de se o urbanizador ou a Xunta de Compensación pode afectar bens dos propietarios que forman parte da unidade de execución ou se pode realiza-lo urbanizador actos de disposición sobre estas parcelas que permitan a saída destas do ámbito do patrimonio do seu orixinal dono, antes de que se aprobe o Proxecto de compensación, responde Carrasco que si pode, con base no seu poder fiduciario de disposición. Así, antes da aprobación do Proxecto de compensación si que pode, o que pasa é que toca menos a repartir porque o novo adquirente da parcela (directo ou indirecto), ingresa no «pastel» pero o sacrificio non o sofre o propietario que segue a conserva-lo seu dereito, se ben coa nova pro rata resultante do incremento de «bocas». Despois da aprobación do Proxecto de compensación non hai nada que facer.

En canto ós problemas dos propietarios co urbanizador único salientou Carrasco que as diferencias coa Xunta de Compensación son que esta ten un funcionamento democrático onde todos votan, baseándose no principio colexial, ademais, a Xunta de Compensación non ten outro interese que a suma dos intereses dos seus membros, xa que por definición é unha entidade sen ánimo de lucro. Polo contrario, o urbanizador único, non é un instrumento colexial e ademais ten un conflito de intereses cos dos propietarios.

O promotor individual asume, no convenio que ten que firmar coa Administración, o compromiso de facer el, á súa custa, pedíndolle-lo diñeiro ós propietarios, a urbanización, e dispo-la entrega das parcelas resultantes como terreos edificables. Os custos da urbanización páganos os propietarios, ademais de da-las parcelas, polo que se o pagan os propietarios diminúen os seus beneficios. Por definición, o urbanizador privado captura o regulador (Administración) e aumenta a partida dos custos de urbanización.

En consecuencia, os propietarios soportan o risco de que o urbanizador fixe unilateralmente os custos da urbanización que, a fin de contas, van ter que soportar eles, ou ben poñendo o diñeiro (que non o teñen), ou soportando que o adiante o urbanizador á custa da diminución do que lles vai tocar ós que achegaron as parcelas. Ademais, o urbanizador ten poder fiduciario de disposición, é dicir, ten a posibilidade de contraer débedas súas que pagan os demais antes da aprobación do proxecto. Polo que respecta ás garantías que debe presta-lo urbanizador, Carrasco deixou ben claro, que este non as presta ante os propietarios, senón ante a Administración. A Administración non pode repartir ese diñeiro público entre os propietarios. Destacou tamén, Carrasco, a grande indefensión do particular ante o urbanizador privado.

Hoxe en día, na práctica, as entidades administrativas de conservación que suceden a Xunta de Compensación, están a desempeñar funcións equivalentes a unha xunta de dereito privado de comunidade de propietarios de propiedade horizontal no sistema de urbanizacións privadas e hai un solapamento. Onde hai unha entidade administrativa de conservación non funcionan as xuntas de propietarios. Á inversa, hai xuntas de propietarios que están a desempeña-lo papel de entidades administrativas de conservación.

A evolución cara a un urbanismo concertado, a evolución futura, é que as entidades privadas en forma de comunidade de propietarios en urbanizacións privadas complexas, con elementos de case dominio público, acaben converténdose como tales entidades privadas¹⁰, en entida-

¹⁰ Isto permíteo hoxe o artigo 24 da Lei de propiedade horizontal.

des administrativas, e que desempeñen as súas funcións, desprazando as entidades administrativas de conservación e, ó mesmo tempo, como xestoras de convenios urbanísticos de execución e planeamento.

O derradeiro relatorio estivo a cargo de **Ángel Rebolledo Varela**, catedrático de dereito da Universidade de Santiago de Compostela, sobre *o dereito de acceso á vivenda e a necesidade dunha Lei de vivenda de Galicia*. Rebolledo Varela afirmou que unha Lei de vivenda de Galicia é algo que hai tempo se está a sentir como necesaria por tódolos sectores, fundamentalmente polo sector dos adquirentes, o sector dos consumidores; pero tamén por parte dos promotores e sobre todo, que é o máis importante, por parte dos organismos públicos e, fundamentalmente, por parte da Administración, no sentido de que, o mesmo que fixeron outras comunidades autónomas, a necesidade de exercer-la competencia que en materia de vivenda e de protección de consumidores se deriva do Estatuto de Autonomía para realizar unha lexislación que, dalgunha maneira tente darlles resposta, dentro do posible, ós problemas reais, problemas prácticos que na xurisprudencia se están a expoñer reiteradamente en relación coa adquisición dunha vivenda.

Esa intencionalidade, ata certo punto política, reflectiuse na elaboración dun anteproxecto de posible Lei de vivenda en Galicia. Esta lei tenta regular catro aspectos fundamentais: en primeiro termo, a protección dos dereitos dos adquirentes como consumidores, en relación cos promotores, constructores e vendedores, e garantir que a información recibida antes de contratar sexa veraz, completa e transparente, así como o respecto, ó longo do proceso constructivo, dos compromisos asumidos fronte a eles. Para isto é necesario establece-las condicións en que haberá de se realiza-la publicidade na oferta de vivendas, a información que se lles deberá subministrar ós interesados na súa adquisición e, tamén, regular de modo moi especial, o fenómeno de venda destas en proxecto ou en construción.

En segundo lugar, como o acceso ás vivendas non só se produce en propiedade senón tamén a través do arrendamento, débese regula-la protección do consumidor en canto á información na oferta de arrendamento así como á documentación que se lles deberá entregar ós arrendatarios.

Ademais debería regular-lo tema do depósito das fianzas dos arrendamentos do artigo 36.1º da Lei 29/1994, do 24 de novembro, de arrendamentos urbanos.

En terceiro lugar, tamén é necesario regula-los requisitos así como a documentación que sería necesaria para a transmisión das vivendas, dándolle entrada á Administración autonómica nos problemas específicos que presenta a transmisión a terceiros de vivendas sometidas a algún réxime de protección pública.

Por último, é necesario mante-lo réxime sancionador por infraccións en materia de vivenda, e incorpora-las previsións da Lei 13/1996, do 30 de decembro, con modificacións puntuais.

Rebolledo destacou a protección do adquirente no proceso construtivo, e sinalou que esta protección, partindo da base de que a construción de vivendas haberá de realizarse de conformidade cos criterios de planificación urbanística e con respecto ás normas sobre uso do solo e ó proceso de edificación, logo da obtención das correspondentes licencias e demais autorizacións administrativas, no ámbito da Lei de vivenda de Galicia sería primordial a protección do adquirente dunha vivenda, entendida esta coma toda edificación permanente habitable que teña como destino principal, aínda que non sempre exclusivo, satisface-la necesidade de residencia, habitual ou non, das persoas físicas.

Agora ben, desde unha perspectiva de protección dos consumidores, e dentro do amplo concepto que deste se recolle na Lei 26/1984, do 19 de xullo, xeral para a defensa dos consumidores e usuarios, referido tanto ás persoas físicas coma xurídicas, non parece que exista inconveniente legal ningún para que as normas sobre protección dos adquirentes ou usuarios de vivendas sexan así mesmo aplicables ós doutros espazos do edificio susceptibles de aproveitamento independente destinados ó desenvolvemento de actividades profesionais, industriais, comerciais, sociais, culturais ou de análoga natureza, sexan persoas físicas ou xurídicas, ampliando neste sentido o ámbito de protección que o Real decreto 515/1989, do 21 de abril, reduce exclusivamente ós estritos adquirentes de vivendas.

A protección que se pretende, e seguindo a realidade das distintas fases en que se pode diferencia-lo tráfico normal de introducción das vivendas no mercado, faría necesaria unha regulación específica para cada unha das fases referidas á publicidade e á información na oferta de venda; á venda de vivendas en proxecto ou en construción e á venda de vivendas xa rematadas.

Rebolledo destacou a importancia de regula-la publicidade e a información na oferta de vivenda. Así, sen prexuízo da aplicación xenérica da Lei 34/1988, do 11 de novembro, xeral de publicidade, tales cuestións aparecen recollidas no Real decreto 515/1989, do 21 de abril, sobre protección dos consumidores.

O artigo 3 do Real decreto 515/1989, establece o carácter plenamente vinculante da publicidade. Neste sentido a publicidade que sobre as características materiais das vivendas, os seus servizos e instalacións e condicións xurídicas e económicas de adquisición realice quen leve a cabo a súa promoción co fin de lles transmitir ós consumidores, deberase axustar necesariamente ós principios de boa fe contractual e veracidade, sen omitir datos esenciais que lles puideran inducir a erros ós destinatarios e especificarse, en todo caso, pola súa grande relevancia para o des-

tinatario final da publicidade, se as vivendas están xa rematadas ou se se encontran en fase de construción.

As características das vivendas, os seus anexos, servizos e instalacións comúns ofrecidas na publicidade realizada para promover a súa venda serán esixibles posteriormente polo comprador, aínda no caso de que non se fixera mención específica dalgunha delas no respectivo contrato de compravenda efectuado, pero, ademais, coa consecuencia de que cando exista contradición, en prexuízo do consumidor, entre o ofrecido na publicidade e as cláusulas contractuais finalmente subscribas polas partes serán nulas e teranse por non postas, a non ser que se probe que o comprador puido negociar individualmente o contido do contrato co vendedor, pois, parece claro, débese deixar a salvo esta posibilidade.

Agora ben, para que en tales aspectos a publicidade chegue a formar parte do contido contractual e sexa plenamente esixible polo adquirente, parece imprescindible que se definan legalmente certos conceptos que o Real decreto 515/1989 se limita a mencionar ó esixir que se informe o adquirente da vivenda da descrición desta con expresión da súa superficie útil, prezo de venda, etc. Neste sentido parecen oportunas as seguintes precisións:

1º. Na publicidade dirixida á venda dunha vivenda integrada nun complexo inmobiliario, sexa de vivendas unifamiliares ou de edificios divididos en pisos ou locais, debe facerse constar expresamente esta circunstancia, indicándose se as instalacións ou servizos a que se fai referencia corresponden a un só edificio, a varios ou son comúns a todo o complexo. Só así se realizaría unha información veraz e vinculante.

2º. A superficie das vivendas entenderase referida, en todo caso, á superficie útil destas, sen que nos edificios constituídos ou que vaian constituírse en réxime de propiedade horizontal, poida computarse a parte proporcional dos elementos comúns na extensión que se lles atribúa a cada unha das vivendas. Para estes efectos é necesario precisar que se entenderá como superficie útil a do seu solo, delimitada pola cara interna dos elementos de peche co exterior ou de separación con outras vivendas ou locais lindeiros, quedando excluídas de tal medición aquelas zonas nas que a altura libre da construción non acade 1,50 metros, sen que poida computarse na superficie útil a que ocupen no interior desta os seus propios elementos divisorios entre estancias ou os piares, columnas ou outros elementos estruturais verticais, calquera que sexa a función arquitectónica ou estética que cumpran nela. Como excepción, poderase incluír na superficie útil que se lle atribúa á vivenda a metade da que corresponda a espazos exteriores como balcóns, terrazas, miradoiros ou tendais que sexan propiedade privativa do titular daquela, pero unicamente cando esta non exceda do 10 por 100 da superficie útil pechada da

vivenda. En caso contrario, a información sobre a extensión de tales espacios deberá ofrecerse por separado.

3°. Cando se ofrezan vivendas con trasteiros, faiados, prazas de garaxe ou outros espacios análogos que lles poidan prestar un servizo accesorio ós titulares dominicais daquelas, na publicidade haberá que precisar se dentro da superficie útil indicada comprende a dos anexos e, en caso de que así sexa, terá que se ofrecer información separada sobre a propia superficie útil de tales anexos.

4°. Cando a información publicitaria sobre unha vivenda mencione o seu prezo de venda entenderase sempre comprendido o dos anexos inseparables dos que dispoña. Só no suposto de que xuridicamente se configuren como obxectos autónomos das vivendas e dos trasteiros, prazas de garaxe ou outros espacios semellantes, poderíase admitir que o prezo indicado para a vivenda non comprenda o destes, que deberán entón ter fixado o seu propio prezo na publicidade realizada. Ademais, no prezo de venda dunha vivenda anunciado na publicidade faranse constar expresamente os impostos que legalmente lle correspondan ó comprador, e que son os únicos que estará obrigado a satisfacer e sen que, en ningún caso, se lle poidan impoñer como parte do prezo de venda os gastos correspondentes ó outorgamento da declaración de obra nova e división horizontal, cancelación de cargas e outros semellantes que as disposicións legais aplicables lle atribúen ó vendedor.

5°. Se, como é frecuente na práctica, se incluíran na publicidade informacións relativas a formas de pagamento aprazado do prezo de venda da vivenda haberá de indicarse se se esixe unha entrada inicial, así como o número total de prazos e o vencemento destes, información que será particularmente relevante cando se trate de vivendas de protección oficial ou incluídas en calquera outro réxime de protección pública, polo que as referencias efectuadas ás cantidades que periodicamente vaia paga-lo adquirente, ou ós tipos de xuros dos créditos hipotecarios que se soliciten, terían que ir acompañadas das correspondentes ás condicións económicas persoais ou familiares que a normativa legal esixe para o acceso á propiedade das vivendas e, se é o caso, para a obtención do financiamento cualificado.

Rebolledo salientou que a información na oferta de venda supón un paso máis no *iter* contractual cá publicidade dirixida a unha pluralidade de destinatarios. Neste momento, a información debería ser xa completa, en termos semellantes á que impoñen os artigos 4 e 5 do Real decreto 515/1989 pero tendo en conta que a maioría da contratación, desde a perspectiva do promotor, fundamentalmente en vivendas en construción, realízase a través de contratos que, de feito, conteñen con-

dicións xerais. Por isto, o promotor de vivendas, sen prexuízo da protección outorgada pola Lei 7/1998, do 13 de abril, sobre condicións xerais da contratación, deberán proporcionarlle ó interesado na súa adquisición información sobre o contido concreto do eventual contrato que se efectúe entre eles, coa obriga de amosarlle un exemplar que conteña as condicións xerais que utilice. Só deste xeito a información sería completa, máis alá do coñecemento xeral das condicións físicas da vivenda e o seu prezo, realmente as únicas cuestións nas que acostuma a incidir-lo futuro comprador, que descoñece o resto do posible contrato.

En todo caso, e antes da perfección do contrato, o futuro adquirente dunha vivenda podería esixir do promotor a exhibición do proxecto técnico da obra, coas súas eventuais modificacións, a licencia de edificación e, se xa se outorgaran, a escritura de declaración de obra nova e división horizontal e os estatutos que vaian rexe-la comunidade de propietarios. Se se trata de vivendas xa rematadas poderá, así mesmo, pedi-la exhibición da licencia de primeira ocupación, se xa se obtivera ou, cando menos, o comprobante da súa solicitude e da data de presentación desta. Cando se trate de vivendas de protección oficial ou declaradas protexidas pola Comunidade Autónoma o interesado na adquisición poderá esixi-la exhibición da cédula de cualificación ou declaración provisional e, se é o caso, definitiva.

Ademais, quen ofrezca vivendas para a venda, dentro da súa actividade profesional ou empresarial, deberá proporcionarlle ó interesado, en todo momento, información sobre os seguintes extremos:

- a) Número de rexistro, nome ou denominación social e domicilio do promotor, ou, se é o caso, do constructor e do autor do proxecto de obra.
- b) No caso de vivendas non rematadas, datas previstas de iniciación e remate da obra e referencia á fase na que se atopa a construción.
- c) Data da licencia de obra e, se é o caso, da de primeira ocupación.
- d) Descrición das condicións esenciais da vivenda, con referencia expresa, en todo caso, á superficie útil, materiais empregados na construción, e nivel de calidade resultante, mobiliario e servizos e instalacións dos que dispoña, tanto individuais coma comúns do edificio ou complexo inmobiliario no que estea situada.
- e) Tributos que gravan a transmisión do dominio que legalmente lle correspondan ó comprador, e os gastos inherentes ó contrato que lle sexan imputables.
- f) Situación xurídica do terreo, con especial referencia a se se outorgaron xa as escrituras de obra nova e división horizontal ou, se é o caso, indicación de que faltan.
- g) Cargas e gravames que recaen sobre a vivenda en particular ou sobre os seus anexos ou elementos comúns do inmovible ó que pertenza.

h) Limitacións ó uso ou ó destino da vivenda que puideran derivar do título constitutivo ou dos estatutos, se xa se outorgaran.

i) Prezo total de venda da vivenda.

Se se trata dunha vivenda de protección oficial ou declarada protexida pola Comunidade Autónoma, a información por escrito deberá conter, ademais do anterior:

a) Sinatura do expediente de construción.

b) Réxime legal de protección a que está acollida a edificación, con indicación do número de vivendas e situación.

c) Data da cualificación ou declaración provisional, ou se é o caso, definitiva.

d) Expresión de que a vivenda haberá de dedicarse a domicilio e residencia permanente do titular.

Polo que se refire á venda de vivendas en proxecto ou en construción, Rebolledo salientou que a protección do adquirente esixe que o promotor non poida formalizar contratos ou precontratos de compra-venda de vivendas nun edificio, nin sequera como simplemente proxectadas, nin poida percibir cantidade ningunha a conta do prezo, se non posúe o dereito de propiedade ou superficie ou un dereito de opción de compra inscrito no Rexistro da Propiedade sobre o solo no que se vaian situar as ditas vivendas. Ademais, debe ter obtidas as pertinentes licencias de edificación, dispoñer do proxecto técnico da obra e ter procedido ó outorgamento da escritura de declaración de obra nova.

Excepcionalmente, nas promocións de vivendas realizadas en réxime de comunidade de propietarios ou sociedade cooperativa legalmente constituída, poderán percibirse das persoas físicas integradas nelas as cantidades necesarias exclusivamente para a adquisición do solo no que se localizarán as vivendas.

Unha vez planificada a promoción dun edificio, parece imposible impedir que o promotor inicie a publicidade das vivendas e que chegue a contactar xa cos futuros adquirentes destas, polo que se fai oportuno regular un pacto de reserva. Esta figura é distinta dun dereito de opción xa que aínda non se poden determinar as características da vivenda nin o seu prezo. A través deste pacto de reserva, o promotor comprométese, durante un determinado período de tempo, a non allear a terceiros unha das vivendas que se constrúa nun edificio simplemente proxectado, concedéndolle ó interesado nela a facultade de decidir a formalización do correspondente contrato. Na formalización de tal pacto débense sinalar as características esenciais de localización da vivenda dentro do edificio, superficie aproximada e prezo máximo de venda en que se considera que poderá ofrecerse finalmente no mercado, así como as datas estimadas de iniciación e remate da obra, tendo en conta que se ó final se perfecciona

a compravenda, as cantidades aboadas polo interesado, consideraranse, en todo caso, como cantidades adiantadas a conta do prezo total desta.

Se comezado o proceso de venda das vivendas o que subscribiu o acordo co promotor decidira non formaliza-lo contrato de compravenda, perderá as cantidades que aboara. Devolveranse as ditas cantidades:

- a) Cando a obra non se poida empezar dentro do prazo previsto por non adquiri-lo promotor o dereito de propiedade ou de superficie sobre o terreo, pola non obtención da licencia ou calquera outra razón.
- b) Cando o prezo de venda definitivamente establecido polo promotor supere o prezo máximo inicialmente estimado, agás que se trate de melloras de calidade expresamente solicitadas polo interesado na compra.

Polo que se refire ó contido dos contratos de promesa de venda ou compravenda de vivendas en proxecto ou construción, deberá facerse consta-lo réxime xurídico de protección ó que, se é o caso, está acollida ou pretende acollerse a vivenda, o prazo previsto de finalización da obra e entrega das vivendas, as condicións económicas e financeiras de venda e demais cláusulas obrigatorias establecidas por disposición legal. Ademais, deberá facerse referencia expresa nos contratos de compravenda á superficie da vivenda, garaxe e trasteiro, cando cumpra, e á cota de participación que lle corresponda en relación co total do valor do inmovible, así como á descrición das servidumes, cargas e gravames que recaian sobre a vivenda alleada e os seus anexos ou sobre os elementos comúns do edificio ó que pertenza.

A construción da vivenda deberá axustarse ás especificacións contidas no proxecto de obra, sen prexuízo das modificacións que, por esixencias técnicas, sexa necesario realizar durante o proceso constructivo.

En canto ás vivendas xa rematadas, o promotor non poderá allear vendas trala expedición do certificado final de obra sen obter, de se-lo caso, a cédula de cualificación ou declaración definitiva así como a licencia de primeira ocupación, ben expresamente ou por silencio positivo ou acto presunto conforme a lexislación vixente.

En relación coa transmisión de vivendas de protección pública só poderán ser adquiridas por quen reúna as condicións e requisitos específicos esixidos para acceder a estas. Tales requisitos deberán ser esixidos tanto na primeira coma en posteriores transmisións. Ademais débese prever que a Administración autonómica, durante o prazo de dez anos desde a cualificación ou declaración definitiva, ou desde a data de realización do contrato nas vivendas de promoción pública, terá os dereitos de tanteo e retracto nas segundas e sucesivas transmisións *inter vivos*, gratuitas ou onerosas, das vivendas e dos seus anexos de promoción pública ou suxeitas a calquera réxime de protección pública.

A clausura destas Xornadas correspondeulle ó director xeral de Urbanismo da Xunta de Galicia, José Jesús Cudeiro Mazaira, quen, despois de que o director da EGAP, Domingo Bello Janeiro, agradece a presenza do público asistente ás Xornadas e tamén a intervención de tan prestixiosos relatores, anunciou a saída da nova Lei de vivenda de Galicia para o ano 2001. Cudeiro apuntou que é preciso adoptar medidas para un abarata-mento do solo que repercuta no prezo da vivenda. Indicou que a Xunta de Galicia xa iniciou o camiño da liberalización no ano 1997 coa Lei do solo de Galicia que agora están a reformar para asumir as formulacións das medidas liberalizadoras aprobadas polo Goberno. A Lei de vivenda de Galicia, segundo Cudeiro, preverá medidas para obxectivar ó máximo o solo rústico e os novos modelos de xestión. Así mesmo, Cudeiro, ins-tou os concellos a axiliza-los seus instrumentos de planeamento. 

XORNADAS SOBRE ARBITRAXE DE CONSUMO

(EGAP, Santiago de Compostela, 29 e 30 de novembro de 2000)

Maria Victoria Candamo París

Bolseira da EGAP

De seguro que nalgunha ocasión á hora de contrata-los servicios dun comerciante ou empresario, teñen xurdido discrepancias ou o consumidor queda insatisfeito co produto adquirido. En supostos coma este o consumidor atópase na situación de ter que presentar unha reclamación para facer vale-los seus dereitos, ante a infravaloración destes. Precisamente é nestes casos cando se bota en falta un mecanismo áxil de solución deste tipo de conflitos, un mecanismo que á vez sexa eficaz, executivo e, na medida do posible, gratuito. A arbitrase de consumo responde a estas premisas.

Así mesmo, a previsión dun sistema de arbitrase de consumo vén xustificada pola especialidade da materia. A arbitrase preséntase como un intento de evita-las dilacións e a complexidade que supón ter que acudir a un procedemento xudicial para a solución das controversias xurdidas entre os consumidores e empresarios, especialmente das reclamacións dos primeiros fronte ós segundos. Doutro lado, en materia de consumo, á excesiva lentitude e dificultade dos procedementos xudiciais hai que engadi-la clara posición de desigualdade económica entre as partes, de maneira que as consecuencias da demora lle ocasionan sempre máis prexuízos á parte máis feble, o consumidor. Ademais, a contía das reclamacións non é demasiado elevada, o que non anima o consumidor a es-

tablecer un longo proceso xudicial, no que os gastos e prexuízos ocasionados serían maiores e non compensarían os beneficios que se puideran derivar dunha eventual sentenza de admisión da súa reclamación.

Desta maneira, fronte ós numerosos inconvenientes dos procesos xudiciais son moitas as vantaxes que presenta o sistema arbitral. En efecto, a súa axilidade, derivada duns prazos moito máis reducidos e da simplicidade do procedemento, os menores custos que supón, que poden chegar incluso á gratuidade e á posibilidade de elección do árbitro, tendo en conta que no sistema xudicial o xuíz vén legalmente predeterminado. Todo isto é unha clara mostra representativa das vantaxes da arbitrase en materia de consumo, adquirindo especial relevancia cando é o consumidor quen pretende defender individualmente os seus dereitos.

O artigo 51 da Constitución española consagra o principio de defensa dos consumidores e usuarios, atribuíndolles ós poderes públicos a responsabilidade de garanti-la súa defensa mediante procedementos eficaces, que non necesariamente teñen que ser xurisdiccionais, unha vez admitida a constitucionalidade dos tribunais arbitrais. O artigo 31 da Lei 26/1984, do 19 de xullo, xeral para a defensa dos consumidores e usuarios, remítelle á potestade regulamentaria do Goberno o establecemento dun procedemento arbitral que atenda e resolva con carácter vinculante e executivo para ámbalas partes as queixas ou reclamacións dos consumidores ou usuarios, todo isto sen prexuízo da protección administrativa e xudicial garantida polo artigo 24 da nosa Constitución. O Real decreto 636/1993, do 3 de maio, dálle cumprimento ó dito mandato legal, ó regula-lo Sistema arbitral de consumo, tendo en conta que o feito de que exista unha arbitrase específica en materia de consumo non impide a consumidores e empresarios acudir ó sistema común de arbitrase, regulado pola Lei 36/1988, do 5 de decembro, de arbitrase. Esta lei aplícase supletoriamente no non previsto polo citado real decreto.

* * *

A Escola Galega de Administración Pública, sempre involucrada nas materias xurídicas de maior transcendencia e actualidade, organizou unhas xornadas sobre arbitrase de consumo, abertas a diversos colectivos, en especial ós funcionarios, profesionais da información ó consumidor, inspección, procedemento sancionador, mediación e arbitrase de consumo, cadros técnicos de diversas administracións e organizacións de consumidores, así como a profesionais do dereito. Coa dita finalidade contou coa presenza de destacados representantes do mundo xurídico, que achegaron tanto as súas experiencias coma os seus coñecementos en materia de consumo. Máis dun cento de persoas acudiron ás xornadas, que foron brillantemente dirixidas por **Carlos Maluquer de Motes Bernet**, presidente da Xunta Arbitral de Consumo de Cataluña e catedrático de

dereito civil da Universidade de Barcelona. Durante as xornadas foron obxecto de estudo detallado os diversos aspectos relacionados coa arbitrase de consumo. Ó remate das xornadas, que se desenvolveron nun ambiente de intensa participación dos asistentes, realizouse unha mesa coloquio na que se tentou dar unha visión de conxunto dos temas tratados. Tendo en conta a relevancia do tema, a EGAP fixo entrega dos textos que lles serviron de base ós relatores para as súas respectivas exposicións, coa finalidade última de que tódolos asistentes puideran aprofundar no coñecemento dos diversos problemas da arbitrase de consumo.

A apertura das xornadas correspondeulle a **Domingo Bello Janeiro**, director da EGAP, quen, logo de lles dedicar unhas palabras de benvida ós participantes e ó público, sinalou que o cidadán só pode afrontar a defensa dos seus lexítimos intereses dende o coñecemento. Para isto os poderes públicos no seu conxunto han de asumir unha estreita colaboración cos órganos representativos dos intereses dos consumidores. Neste sentido resulta moi importante formar as persoas que informan, atenden ou asesoran os cidadáns cando actúan en calidade de consumidores para que poidan acceder ós bens e produtos con plena consciencia. Nesta iniciativa formativa enmárcanse as xornadas.

A primeira intervención estivo a cargo de **Jesús Miguel Lobato Gómez**, presidente da Xunta Arbitral de León e profesor titular de dereito civil da Universidade de León, quen nos ofreceu unha visión de conxunto sobre *O concepto de consumidor na normativa actual*, analizando polo miúdo as diversas definicións de *consumidor e usuario* que aparecen na lexislación española, tanto estatal coma autonómica. De seguido, **Marta Capdevila Nogué**, xefa do Servicio de Mediación e Arbitrase da Generalitat de Cataluña, falounos da *Mediación previa á arbitrase*. O artigo 4 do Real decreto 636/1993 establece as funcións das xuntas arbitrais de consumo. Entre as ditas funcións correspóndelle a realización de actuacións de mediación respecto das controversias derivadas das queixas ou reclamacións de consumidores e usuarios. A mediación é aplicable ás controversias que se produzan en calquera sector da actividade económica, cando pola compra dun produto ou pola contratación dun servizo, xurdan diferencias entre o consumidor e a empresa coa que contratou.

Pola especialidade da materia, para que se aplique a mediación:

- A controversia debe xurdir dunha relación contractual entre un consumidor e un empresario ou profesional.
- O consumidor ha reuni-los requisitos que regulan a súa condición de tal, segundo a lexislación de cada comunidade autónoma.
- A controversia non debe incorrer en ningunha das causas de exclusión previstas no artigo 2 do RD 636/1993. Este precepto comprende,

ademais das causas recollidas no artigo 2 da Lei de arbitraje, as cuestións nas que concorran intoxicación, lesión, morte ou indicios racionais de delicto.

Con anterioridade á entrada en vigor do RD 636/1993, a única vía posible para tramita-

las queixas dos consumidores, presentadas ante os organismos administrativos con competencias en materia de consumo, era a través do procedemento sancionador previsto para o tratamento das infraccións administrativas. Dende a entrada en vigor do RD 636/1993 hai que lles dar prioridade á vía da mediación e, se é o caso, á arbitraje, aínda que existan indicios de infracción.

A mediación pode definirse como un procedemento rápido, sinxelo e gratuito a través do cal dúas partes enfrontadas chegan ou poden chegar a resolver-la súa controversia. O dito acordo facilítase mediante a intervención dun terceiro neutral e imparcial, experto en técnicas de negociación e resolución de conflitos, quen, coñecedor da normativa aplicable, failles ver ás partes as vantaxes e mailos inconvenientes de cada postura, sempre co interese final de mante-la relación comercial e de evitar un litixio. Poden solicita-la mediación aqueles consumidores que se sintan lesionados nos seus dereitos cando pola compra dun produto ou pola contratación dun servizo non recibiron o resultado esperado. Por isto, preténdese unha reparación ou unha indemnización ou ámbalas dúas á vez.

A principal tarefa dun mediador é a de analizar e cualifica-lo conflito. Na maioría dos conflitos concorre unha combinación de problemas, consecuencia das circunstancias persoais das partes enfrontadas. Por isto o mediador ten que distinguir entre as actitudes e o comportamento das partes para identifica-las causas fundamentais ou decisivas do desacordo, facéndolles ver aqueles aspectos que impiden un achegamento e suxerindo, cando sexa procedente, as accións que deben realizar ou as alternativas que han de ter en conta.

Para remata-la súa intervención, a relatora sintetizou da seguinte maneira as calidades que deben concorrer na persoa do mediador:

- Debe saber que a maioría das veces o conflito prodúcese por unha mala comunicación ou información, ou porque existen ideas preconcebidas, situación que fai que cada parte se aferre á súa postura. Esta actitude impide ver ou trasladarse á postura da outra parte e poder ser máis flexible. As partes teñen que comprender que se non existe certa flexibilidade, se non están dispostas a ceder nalgún aspecto, a relación romperase.
- O mediador que observa esta situación debe amplia-la calidade da información, ou ben dala da forma máis axeitada para que as partes poidan entende-la situación dende outra perspectiva.

- Ten que mostrarse neutral. Para isto debe transmiti-la idea de que as dúas partes son iguais, darlles confianza, ofrecéndolle-os seus servicios e facéndolles comprender que para chegar a un acordo terán que rebaixa-las súas posturas. No caso contrario, o mellor será non acepta-la mediación e acudir á arbitraje ou á vía xurisdiccional.

- Nunca pode tomar partido, debe mostrarse sempre imparcial, e transmiti-la idea de que calquera solución que se propoña, sempre que sexa lícita, é boa se para cada un o é, nunca debe axuizar unha postura en contra doutra.

- Para traza-lo camiño que hai que seguir na mediación, hai que saber a ónde se quere chegar. Hai que valora-lo fin que se quere acadar e mai-las consecuencias ou o desenlace que o dito fin poida comportar.

- Debe transmiti-la idea de que a través da mediación se adopta un compromiso que deberá despois cumprirse. Polo tanto, o dito compromiso debe ser acadable, entrando nas súas posibilidades.

A exposición *Principios e funcionamento da Lei de arbitraje* estivo a cargo de **Luís Felipe Ragel Sánchez**, catedrático de dereito civil da Universidade de Cáceres, quen comezou apuntando que o artigo 117.3 da Constitución establece que o exercicio da potestade xurisdiccional en todo tipo de procesos, xulgando e facendo executa-lo xulgado, correspóndelles exclusivamente ós xuíces e ós tribunais determinados polas leis. A Lei de arbitraje non vai contra esta directriz constitucional. A constitucionalidade da posibilidade de resolver controversias a través da arbitraje nunca foi posta en dúbida. O que se cuestionou foi se a lei reguladora da arbitraje había ser necesariamente estatal ou podía ser autonómica. O Tribunal Constitucional ten declarado que o establecemento dun sistema de arbitraje é materia atribuída á competencia do Estado polos títulos competenciais do artigo 149.1.5^a e 6^a. Por outra banda, os *órganos xudiciais* conservan o seu carácter de *garantes do procedemento arbitral* e teñen asignadas as funcións revisoras e executivas dos laudos arbitrais, xa que a arbitraje só substitúe a fase declarativa do proceso xudicial.

En canto á *libre disposición da materia sometida* a arbitraje, o artigo 2.1 da Lei de arbitraje sinala as seguintes materias nas que non caben:

- Cuestións sobre as que teña recaído resolución xudicial firme e definitiva, agás os aspectos derivados da súa execución.
- Materias inseparablemente unidas a outras sobre as que as partes non teñan poder de disposición.
- As cuestións nas que, conforme as leis, deba intervi-lo Ministerio Fiscal en representación e defensa daqueles que, por careceren de capacidade de obrar ou de representación legal, non poden actuar por si mesmos.

Desta maneira, as cuestións que admiten arbitraje son as materias de libre disposición conforme o dereito, nas que a autonomía da vontade non está limitada pola lei imperativa ou a orde pública. Nos puntos conflictivos haberá que interpreta-la norma que regula un determinado suposto de feito para comprobar se se trata ou non dun precepto de *ius cogens* ou imperativo, ou ter en conta se é unha materia afectada pola orde pública, o que esixe realizar unha interpretación sistemática á luz da Constitución. Se os particulares que manteñen unha controversia poden negociar sobre ela e establece-los pactos que a diriman, que serán vinculantes se non infrinxen os límites establecidos no artigo 1.255 do Código civil, é igualmente factible que, en lugar de decidi-la cuestión, deleguen nun terceiro, o árbitro, a toma desa decisión. Para determina-las materias que son dispoñibles e, polo tanto, susceptibles de arbitraje, pode ser moi útil a aplicación analóxica das regras da transacción e, en especial, do artigo 1.814 do Código civil, que enumera as materias que non se lle poden subtraer ó coñecemento xudicial: estado civil das persoas, cuestións matrimoniais e alimentos futuros.

O convenio arbitral deberá expresa-la vontade inequívoca das partes de somete-la solución de tódalas cuestións litixiosas ou dalgunhas destas cuestións, xurdidas ou que poidan xurdir de relacións xurídicas determinadas, sexan ou non contractuais, á decisión dun ou máis árbitros, así como expresa-la obriga de cumprir tal decisión. O artigo 3.1 da lei establece que a arbitraje se deberá axustar ás prescricións desta lei. As partes han de pactar que as controversias que xurdan de relacións xurídicas determinadas se resolvan por arbitraje, sendo este o contido mínimo do convenio arbitral. Pero o certo é que a lei introduce poucas regras imperativas e permítelles unha *ampla marxe de autonomía* ás partes para que inclúan no convenio arbitral ou noutros pactos posteriores unha serie de decisións. A través destes pactos as partes poden conseguir que o procedemento sexa moito máis breve có proceso xudicial.

Entre as diversas decisións que as partes poden adoptar, Ragel mencionou as seguintes:

- A designación concreta do árbitro ou árbitros e maila determinación das regras de procedemento. Se as partes non pactaron sobre estes extremos, poderán completar, en calquera momento, mediante acordos complementarios, o contido do convenio arbitral.
- Deferirle a un terceiro, sexa persoa física ou xurídica, a designación dos árbitros. A lei prevé a posibilidade de lles encomenda-la administración da arbitraje e maila designación dos árbitros a corporacións de dereito público, asociacións e entidades sen ánimo de lucro.
- O número de árbitros e mailas regras para o nomeamento do presidente do Colexio Arbitral, no caso de seren varios.

- O lugar onde se realizarán a actividade arbitral e calquera actuación concreta.
- O idioma que se ten que empregar no procedemento arbitral.
- Os prazos determinados para o desenvolvemento da arbitrase e sinalización do prazo para dicta-lo laudo arbitral.

O procedemento arbitral réxese polos principios esenciais de *audiencia, contradicción e igualdade* entre as partes. Regulado nos artigos 21 e seguintes da Lei de arbitrase, o relator sintetizouno da seguinte maneira:

- *Quenda de alegacións.* As partes poderán actuar por si mesmas ou valer-se de avogado en exercicio. Os árbitros fixaranlles ás partes prazos preclusivos para formula-las alegacións. A oposición á arbitrase deberá formularse no momento de presenta-las partes as súas respectivas alegacións iniciais.
- *Período probatorio* tendente a demostra-los feitos controvertidos. Os árbitros han de practicar, a instancia de parte ou por propia iniciativa, as probas que estimen pertinentes e admisibles en dereito. As partes ou os seus representantes serán citados e poderán intervir en toda práctica de proba. Cando non poidan practica-las probas por si mesmos, os árbitros poderán solicita-lo auxilio do xuíz de primeira instancia do lugar onde se realice a arbitrase.
- *Audiencia para formula-las conclusións.* Os árbitros poden acordar, unha vez practicadas as probas, oír-las partes ou os seus representantes.
- O procedemento remata cun *laudo*, que estará motivado no caso de que a arbitrase sexa de dereito. Dictarase por escrito, expresando, como contido mínimo, as circunstancias mencionadas no artigo 32.1 da lei e será asinado polos árbitros. Como regra xeral, se as partes non dispuxeron outra cousa, os árbitros dictarán o laudo no prazo de seis meses, contados dende a data en que aceptaron a resolución da controversia.
- *Protocolización notarial do laudo e notificación fidedigna* ás partes.

A sesión da tarde comezou coa intervención de **Carlos Florensa i Tomás**, presidente do Colexio Arbitral e catedrático de dereito civil da Universidade de Lleida, quen expuxo o relatorio *Funcións dos árbitros: independencia e responsabilidade*. O exame do Estatuto xurídico do árbitro comeza polas condicións persoais que debe cumprir e que funcionan como requisito previo de aptitude para desempeña-la súa función: ten que tratarse dunha persoa natural, con plena capacidade de obrar e calidade profesional. En efecto, poden ser árbitros as persoas naturais que se atopen, dende a súa aceptación, no pleno exercicio dos seus dereitos civís. Cando a cuestión litixiosa teña que decidirse conforme o dereito, os árbitros terán que ser avogados en exercicio. Establécense prohibicións para

que unha persoa poida ser árbitro cando a relación que ten coas partes ou coa controversia orixina un suposto de abstención ou recusación, cando pertence a unha profesión determinada como xuíz, maxistrado e fiscal en activo ou exerce funcións públicas retribuídas por arancel.

Aceptación. Unha vez cumpridas as condicións e calidades persoais, o designado deberá acepta-lo cargo de árbitro para o que foi proposto e nomeado. O nomeamento pode ser ou non aceptado. A falta de aceptación pode ser expresa ou tácita. Esta última apreciarase conforme os *facta concludentia* do designado. A lei ofrece un suposto de non aceptación tácita: trátase do caso en que o designado non acepta por escrito o seu nomeamento ante quen o designou no prazo de quince días naturais contados dende o seguinte á súa notificación. No Sistema arbitral de consumo, as designacións dos árbitros adoitan ser feitas a partir das listas que se atopan en poder das xuntas arbitrais. A excepción a esta regra xeral vén dada cando a reclamación se formule a través dunha determinada organización de consumidores e cando o reclamado forme parte dunha organización adherida ó sistema arbitral.

Abstención e recusación. A maneira normal de finalización da función arbitral dáse normalmente coa emisión do laudo. Sen embargo, existen supostos de finalización anticipada, entre eles destacan os de abstención e recusación. A Lei de arbitraje establece que non poderán actuar como árbitros aqueles que teñan coas partes ou coa controversia a que son sometidos algunha das relacións que establecen a posibilidade de abstención e recusación dun xuíz. As persoas designadas árbitros están obrigadas a poñer de manifesto as circunstancias que poidan determinala súa recusación tan pronto como a coñezan. O árbitro pode absterse en calquera momento do procedemento arbitral e sempre antes da emisión do laudo. As causas de recusación veñen citadas no artigo 17.1 da lei. Son as do artigo 219 da Lei orgánica do Poder Xudicial e constitúen un elenco pechado. En canto ó momento de propoñe-la recusación, a lei establece dous períodos.

Se os árbitros foron designados directamente polas partes, só son recusables por causas sobrevidas despois da súa designación, ou que sendo anteriores foran coñecidas con posterioridade á designación.

Se non foron nomeados directamente polas partes poden ser recusados por causas anteriores.

Imparcialidade e independencia. Dende o momento en que acepta o seu cometido, o árbitro independízase da vontade de quen o designou, e desenvolve a súa función de igual maneira que faría un xuíz. A imparcialidade e independencia na realización da función dos árbitros son ca-

racteres que resultan connaturais á esencia da arbitrase. A independencia é unha situación de feito, que se pode apreciar obxectivamente e constitúe unha presunción de imparcialidade que se lles esixe ós árbitros. A imparcialidade é unha predisposición do espírito, constatable a través da práctica. A manifestación obxectiva da independencia do árbitro concréta-se en dous aspectos: a inamovibilidade dos árbitros derivada da imposibilidade de revogación unilateral e maila exclusividade competencial e a incompetencia da xurisdicción do Estado.

Responsabilidade. A Lei de arbitrase afirma, despois de establece-la obriga do árbitro de cumprir fielmente o seu cargo, que se non o fixera, incorrerá en responsabilidade polos danos e perdas que cause por dolo ou culpa. Nas arbitrases encomendadas a unha corporación ou asociación o prexudicado terá acción directa contra ela, con independencia das accións de resarcimento que asistan a aquela contra os árbitros. O árbitro ha de executa-lo seu cometido e cumpra-la súa función coa debida dilixencia. Neste punto resulta aplicable o artigo 1.104 do Código civil, en canto determina en qué consiste a dilixencia debida no cumprimento das obrigas. En efecto, a necesidade de aceptación do encargo resulta transcendente no tocante á determinación da responsabilidade. Polo tanto, atopámonos fronte a un deber xurídico asumido voluntaria e libremente polo árbitro e do seu incumprimento doloso ou culpable derivará a pertinente responsabilidade polos danos e perdas causados. O mesmo cabe dicir respecto das arbitrases administradas por parte da entidade de que se trate. Pola contra, corresponderalles ás partes cando se invoque o artigo 16.1 da Lei de arbitrase:

- Xustifica-la realidade do dano
- A existencia de dolo ou culpa por parte do árbitro: acto ou omisión, renuncia ou atraso culpable.
- Establece-la relación causa-efecto entre o dano sufrido polas partes e a conducta do árbitro.

Os supostos que xeran a responsabilidade do árbitro, en atención ó cumprimento ou incumprimento defectuoso do seu cometido son variados e de diversa índole. Florensa i Tomás distinguiu entre transgresións formais, relativas ó procedemento, e transgresións materiais, relativas á controversia. Nas primeiras o árbitro infrinxe o deber de conducta dilixente no desenvolvemento das fases do procedemento arbitral, por exemplo o incumprimento dos prazos, a denegación de probas de maneira inxustificada, a non suxeición ós principios de audiencia, contradicción e igualdade entre as partes, a abstención non xustificada, o incumprimento do deber de revelación ou a negativa a decidir baixo pretexto de escuridade, insuficiencia ou silencio da lei. Entre as transgresións materiais, o relator

citou as seguintes: falta de resolución dalgún dos extremos sometidos á decisión arbitral, resolución de cuestións que non poden ser obxecto de arbitraje, a resolución de cuestións non sometidas á decisión arbitral, dicitar a sabendas un laudo inxusto en contra de ámbalas partes ou dunha soa. En xeral, neste segundo tipo de transgresións o árbitro infrinxe un deber de conducta dilixente na apreciación, deliberación e decisión sobre a cuestión litixiosa sometida á súa resolución.

De seguido, **Carlos Maluquer de Motes Bernet**, expuxo o relatorio *A arbitraje de consumo: servicio ó cidadán e ó empresario*. O catedrático comezou insistindo na calidade que lle confire á empresa o feito de estar adherida á arbitraje. En efecto, a arbitraje permítelle ofrecer unha maior satisfacción ó cliente, quen aprecia a calidade cando recibe un produto que adquire e se lle ofrecen, ademais, outros medios que lla aseguran. Cando a empresa se adhire á arbitraje obtén toda unha serie de vantaxes: garantía de calidade, mecanismo de eliminación de controversias e satisfacción do cliente ó estimula-la fidelidade deste. A voluntariedade da arbitraje determina que non posúa unha exteriorización clara. Por isto, creouse un signo distintivo que se concretou na existencia dun anagrama. Este distintivo entrégaselles exclusivamente a aquelas empresas adheridas que teñan realizado unha oferta pública de sometemento ó Sistema arbitral de consumo e constitúe un elemento diferenciador respecto doutras empresas do sector, exteriorizando un grao de garantía e seguridade fronte ó seu cliente e maila predisposición a chegar sempre a un acordo. Pode dicirse que constitúe un signo externo de calidade que potencia a imaxe da propia empresa ou establecemento comercial que o posúa.

No contexto do mundo arbitral adoitan existir dúas grandes institucións profundamente diferenciadas: as xuntas arbitrais e os colexios arbitrais. Estes últimos son os órganos directos que coñecen a controversia e as opinións das partes e, logo da realización da correspondente vista, emiten o chamado laudo arbitral. Dependén dunha determinada xunta arbitral e en cada unha destas poden existir varios colexios arbitrais. A Xunta Arbitral depende da Administración estatal, autonómica ou municipal. A competencia en materia de arbitraje de consumo correspóndelle ó Estado, mais este non a asume creando xuntas arbitrais por todo o territorio nacional, senón que realiza a chamada política de convenios. Esta consiste nun acordo entre a Administración do Estado coas correspondentes administracións públicas. Por isto, estamos ante unha situación de realización de xustiza por parte do Poder Executivo e non polo Poder Xudicial. A Administración pública que asuma a constitución dunha xunta arbitral asume economicamente todo o importe da súa actividade, polo que non deixa de constituír unha forma específica de retorno ó consumidor contribuínte de parte dos pagamentos que este lle realiza ó Estado.

As xuntas arbitrais de consumo, compostas por un presidente e un secretario, teñen encomendadas determinadas funcións, como son:

- Fomento e formalización dos convenios arbitrais
- Confeción e actualización do censo das empresas que teñan realizado ofertas públicas de adhesión ó sistema arbitral
- Recepción das solicitudes de arbitraje polos consumidores
- Outorgamento e retirada do distintivo oficial
- Posta a disposición dos interesados dos modelos de convenio arbitral
- Designación dos membros do Colexio Arbitral.

O relator manifestou que a posibilidade de que un colexio arbitral formalice o acto da vista vén determinada pola existencia do chamado convenio arbitral. Os artigos 5 e 6 do RD 636/1993 falan da formalización de tal convenio e establéceno a partir da presentación polos consumidores ou usuarios ou polas asociacións correspondentes dunha solicitude de arbitraje. Presentada esta, envíaselle á empresa reclamada para que manifieste se acepta ou non a dita solicitude. Se a empresa reclamada acepta, queda formalizado o convenio. Pola contra, arquívase a solicitude, dada a natureza sempre voluntaria da arbitraje. Mais pode ocorrer que esta solicitude quede perfeccionada dende o mesmo momento en que sexa aceptada polo presidente ó se da-la circunstancia de que a empresa reclamada lle tiña realizada unha oferta pública de sometemento (OPS) ó sistema arbitral. A perfección prodúcese neste caso automaticamente, sempre e cando a solicitude coincida co ámbito e estea incluída na extensión da oferta realizada. Unha empresa pódelle realizar cando queira unha OPS a unha xunta arbitral de consumo determinada, mais non hai unha aceptación automática da dita oferta, xa que o presidente da xunta ten que valorar discrecionalmente unha serie de limitacións.

En efecto, a arbitraje de equidade constitúe o maior grao de protección para o consumidor, mentres que a arbitraje de dereito esixe máis formación e necesita normalmente da asistencia de letrado, o que desvirtúa a gratuidade do proceso e limita a defensa do consumidor. Por isto, entre outras causas, o presidente da Xunta Arbitral ten facultades discrecionais para aceptar ou non unha proposta de OPS, sendo máis estricto na análise do seu contido cando se trate de adhesións de empresas de prestacións de servizos básicos. Ademais, sinalou Maluquer, a arbitraje de dereito atenta contra a eficacia do proceso no que o Colexio Arbitral se vexa na necesidade de aplicar un regulamento específico. Por todo isto, concluíu, o presidente da Xunta Arbitral ten facultades discrecionais para aceptar ou non unha proposta de OPS, polo que se pode falar dunha intromisión do presidente nunha declaración de vontade xurídico-privada: a OPS. A súa decisión como órgano competente respecto

da súa procedencia é válida e eficaz. En definitiva, estamos en presenza da actividade arbitral da Administración que está investida pola lei da potestade de resolver conflitos. Está claro, en opinión do catedrático, que estamos ante elementais razóns de eficacia, xa que a Constitución establece a protección preferente do consumidor mediante procedementos eficaces e a suxeición a ela dos cidadáns e mailos poderes públicos.

Para remata-la sesión de tarde, **Teresa Hualde Manso**, presidenta da Xunta Arbitral de Consumo de Navarra e profesora titular de dereito civil da Universidade Pública de Navarra, ilustrounos sobre *A constitución do Colexio Arbitral e o procedemento arbitral*. A profesora comezou a súa exposición resaltando que unha das características da arbitrase de consumo é a división do procedemento en dúas fases: unha primeira fase institucionalizada e unha segunda que comeza coa designación do Colexio Arbitral e remata coa emisión do laudo. Na primeira, a Administración pon a disposición os medios: xestiona as reclamacións e realiza os actos tendentes a asegura-la constitución do colexio. Ten lugar esta fase no seo da Xunta Arbitral. Trátase de actos preparatorios do procedemento arbitral, entre os que está a mediación previa á arbitrase. Na segunda fase pérdese o carácter institucional anterior e a arbitrase de consumo pasa a rexerse polos principios propios do dereito privado e do dereito procesual. O acto fronteirizo entre ámbalas fases e que altera a natureza da arbitrase de consumo é a designación do colexio, que, malia ter natureza de dereito público, non está exenta da voluntariedade dos particulares, reflectida na elección dos árbitros.

- O Colexio Arbitral componse necesariamente de tres árbitros «representantes» dos sectores implicados, designados do seguinte modo conforme o artigo 11 do RD 636/1993:
- O presidente do Colexio Arbitral será designado pola Xunta Arbitral entre persoal ó servizo das administracións públicas e cando a reclamación se dirixa contra unha entidade pública vinculada á Administración da que dependa a Xunta Arbitral, poderá tratarse dunha persoa allea á Administración pública.
- O representante dos consumidores será designado na Xunta Arbitral pola organización de consumidores que formule a reclamación. Se a reclamación se presenta directamente na Xunta Arbitral, a designación será feita de oficio entre os representantes propostos previamente polas asociacións de consumidores e usuarios.
- O representante dos sectores empresariais será o designado por estes na Xunta Arbitral, cando o reclamado forme parte dunha organización adherida ó Sistema arbitral. Nos demais casos, serao o designado de oficio entre os propostos previamente polas organizacións empresariais que se adheriran a ela.

- Tamén haberá un secretario, con voz pero sen voto, que facilitará o oportuno soporte administrativo e será responsable das notificacións.

Unha vez feita a designación dos árbitros, notificaráselles ás partes para que, se é o caso, poidan formular recusación. Así mesmo, notificaráselles ós propios árbitros designados, para que poidan absterse. Pola redacción que dá o RD parece que designados os árbitros, xa está constituído o Colexio. A Lei de arbitraje é máis clara no seu artigo 22, xa que di que o procedemento arbitral comeza cando os árbitros lles teñan notificado ás partes por escrito a aceptación da arbitraje.

Os árbitros deben manifestar no momento da constitución do Colexio se concorre neles causa de abstención, debendo pronunciarse ademais sobre a súa competencia obxectiva. Se, constituído o Colexio Arbitral, non hai competencia obxectiva (por exemplo, se se trata de materias excluídas do ámbito da arbitraje), o acto que lle poña fin ó procedemento ha de adopta-la forma de laudo, e poderá despois ser anulado. Sen embargo, outro sector doutrinal mantén que, en tal caso, hai que lle remiti-lo expediente ó presidente, que non advertiu esa falta de competencia, debendo ordena-lo arquivo. A relatora cre máis acertada a primeira opinión, dado que a falta de competencia obxectiva pode apreciarse en calquera momento.

Constituído o Colexio Arbitral, no prazo máximo de tres meses daráselles audiencia ás partes. Será de carácter privado, e poderá ser verbal ou, se concorren circunstancias especiais, escrita. Dende logo a verbal é a forma máis normal pola súa flexibilidade. A importancia do trámite de audiencia reflíctese na posibilidade que ten o Colexio de sinalar unha nova data para a súa práctica se, por causa debidamente xustificada, non se puidera cumprir (artigo 12.2 RD). Se no curso deste trámite as partes chegan a unha conciliación, esta adoptará a forma de laudo, e deberán quedar delimitadas as posicións de ámbalas partes se non chegan á conciliación.

Polo que respecta á proba, non existe o sistema de rogación propio do proceso civil, xa que os árbitros poden solicita-la práctica das probas pertinentes, citando para isto as partes, que poderán intervir por si mesmas ou debidamente representadas. Esta última referencia reflicte a ausencia de formalismos no procedemento arbitral. Así pois, a proba poderá practicarse de oficio ou a instancia de parte. Se se denega a práctica da proba solicitada, non hai posibilidade de recurso, só cabe recorrer contra o laudo ou a eventual anulación deste por indefensión. No pagamento dos gastos ocasionados polas probas quebra o principio de gratuidade, xa que as acordadas de oficio serán custeadas pola Administración da que dependa a Xunta Arbitral de Consumo, os gastos das probas practicadas a instancia de parte serán sufragados por quen as propuxo e as comúns á metade.

O artigo 2.1 dispón que o Sistema arbitral de consumo ten como finalidade atender e resolve-las queixas ou reclamacións dos consumidores e

usuarios. Así pois, refírese estrictamente ós consumidores, semellando non lle dar cabida á reconvencción por parte da empresa reclamada, cousa que si se admite na práctica, coa soa esixencia de que a empresa presente cuestión conexas, non simplemente adxacentes. Ademais, os principios de igualdade e de economía procesual permiten, en opinión da profesora, soste-la posibilidade de reconvencción. Polo tanto, o carácter unilateral só se pode predicar do momento inicial do procedemento. En efecto, a iniciativa correspóndelle ó consumidor, sendo posible a reconvencción sempre que se formule antes da finalización do trámite de audiencia. Ademais, cabe unha segunda audiencia, sumamente útil para os casos en que se formule reconvencción.

A xornada do xoves 30 comezou co relatorio *Información ó consumidor: sistema xudicial ou sistema arbitral. A publicidade do distintivo*, a cargo de **Antonio Aguarón Turrientes**, xefe do Servicio Provincial do Instituto Galego de Consumo de Ourense. O relator principiou sinalando que cando ó consumidor lle xurda un conflito nunha relación cun distribuidor de bens ou cun prestador de servizos, as asociacións de consumidores, as OMICS e maila Administración de consumo teñen o deber de informalo, ofrecéndolle tódalas vías existentes para a resolución do conflito e orientándoo para que opte pola máis conveniente en cada caso. En efecto, o procedemento sancionador non soluciona o problema do denunciante, implicando unicamente unha sanción co obxectivo de reprimi-la conducta legalmente tipificada como infracción, mentres que a mediación require unha aproximación das posturas de ámbalas partes no conflito, ademais da utilización dunhas técnicas específicas. Unha vez chega o momento de optar entre o sistema xudicial ou o arbitral haberá que ter en conta que:

- Se trata de vías que se exclúen, polo que o consumidor deberá optar por unha das dúas.
- Unha das características esenciais do Sistema arbitral de consumo é a voluntariedade, polo que a parte reclamada deberá expresar de forma inequívoca a súa intención de lle somete-la resolución da controversia á decisión do Colexio Arbitral. Non obstante, estase a facer un grande esforzo dende tódalas xuntas arbitrais para que cada vez sexa maior o número de empresas adheridas xenericamente mediante OPS.
- Dúas das grandes vantaxes do sistema arbitral fronte á vía xudicial son a gratuidade e maila rapidez. Con respecto a este segundo punto, cabe dicir que aínda que, segundo o artigo 14 do RD, o laudo debe dictarse no prazo máximo de catro meses dende a designación do Colexio Arbitral, no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia obsérvase un importantísimo número de laudos dictados nun período de tempo inferior a dous meses dende a designación do colexio correspondente.

- A cuestión litixiosa poderá decidirse en equidade ou conforme o dereito. Se as partes non optan expresamente pola arbitrase en dereito, resolverase en equidade, o que implica que os árbitros decidirán segundo o seu leal saber e entender, sen suxeición estricta á lei.
- O laudo terá carácter vinculante e executivo, igual que se se tratara dunha sentenza. Só no caso de que non se cumpra voluntariamente no prazo concedido, solicitarase o auxilio do Xulgado de Primeira Instancia para a execución forzosa do laudo.
- Igualmente, haberá que informa-lo consumidor da imposibilidade de recurso en canto ó fondo do asunto controvertido. Unicamente cabe recurso de anulación ante a Audiencia Provincial polos motivos formais taxados no artigo 45 da Lei de arbitrase.

Antes de entrar na segunda parte da súa intervención, Aguarón quixo destaca-lo esforzo das xuntas arbitrais para que cada vez haxa máis empresas con OPS e que non se adhiran só para cada caso concreto. En efecto, o distintivo só o poden exercer empresas que teñan realizado unha oferta pública de sometemento, sen que poidan facelo as empresas adheridas para casos concretos. Non obstante, as xuntas arbitrais perseguen a satisfacción dos intereses dos consumidores cando estes son lexítimos. Por isto, cando un consumidor presenta unha reclamación contra un establecemento concreto, aínda que este non teña realizado unha OPS, sempre se acode a el cun dobre obxectivo: que realice esa OPS ou, alomenos, se adhira para ese caso particular.

Podería darse o caso de empresas ou profesionais que utilicen o distintivo coma unha forma de captación de posibles clientes pero que, na súa actuación cotiá, non observen as elementais normas de conducta profesional. Unha das grandes carencias do RD, en opinión de Aguarón, é que non prevé en ningún caso a retirada do distintivo, polo que se fai necesaria unha reforma deste, de tal maneira que, cando se constatará un uso fraudulento do distintivo en prexuízo dos intereses dos consumidores ou se observara un reiterado incumprimento das normas establecidas, logo da audiencia do empresario ou do profesional adherido, puidera ser retirado o distintivo coa conseguinte baixa no censo de empresas adheridas.

O relator sinalou como outra das grandes carencias do RD o feito de que o distintivo non diferencia as empresas con OPS limitada das que non a teñen. Nada impide unha empresa acouta-los termos nos que se adhira ó Sistema, podendo limita-las materias sometidas a arbitrase, a contía ou o territorio onde se produza o conflito. Faise necesario que cando unha empresa ou profesional limitan a súa OPS este feito se faga constar no distintivo. Poderían existir dous distintivos: un xenérico e outro coa mención «limitado». O problema que se presentaría neste caso sería que os consumidores non terían de entrada coñecemento do al-

cance da limitación. Sen embargo, sería factible que cando no distintivo aparecera a dita mención, dentro do establecemento constara dunha maneira clara o que queda incluído e o que non na OPS.

M.^a **Jesús Muñoz Chesa**, directora xerente do Instituto Galego de Consumo, expuxo de maneira clara e sintética os *Principios esenciais dos órganos extraxudiciais*. «REDE EJE». *Situación en Galicia e Portugal*. A relatora comezou a súa intervención destacando que na actualidade se está a producir un importante incremento do consumo transfronteirizo, principalmente debido ó desenvolvemento das novas tecnoloxías da información, polo que a actividade dos consumidores non se limita ó seu propio país. Isto, unido a outras circunstancias como, por exemplo, a introducción do euro, fai prever un incremento dos litixios transfronteirizos. Desta maneira, o 13 de abril de 2000 o Consello Europeo aprobou unha resolución relativa á creación dunha rede europea extraxudicial de resolución de conflitos dos consumidores (REDE EJE). A Rede estará formada polos centros de intercambio de información e por tódolos organismos de solución extraxudicial de conflitos notificados polos estados membros á Comisión Europea. O obxectivo da REDE EJE será o de facilitarlle ó consumidor a resolución do litixio transfronteirizo, para o que acudirá ó órgano extraxudicial existente no seu propio país, quen se encargará de poñelo en contacto co homólogo competente no estranxeiro.

Sen embargo, esta iniciativa presentaba na práctica certas dificultades que podían impedi-lo funcionamento eficaz da Rede. Dunha parte existían inconvenientes de carácter estrutural, pois nalgúns países europeos existía un único organismo que atendía as reclamacións dos consumidores e noutros eran numerosos os encargados desta función. Ademais, algúns sistemas extraxudiciais non podían informar nin asesoralos consumidores sobre os mecanismos existentes noutros países, xa que eses asuntos caían fóra da súa competencia. A maioría dos organismos tiñan pouca experiencia na resolución de litixios de carácter transfronteirizo e esta inexperiencia era un obstáculo. Por último, a maioría dos organismos non dispoñían de recursos que lles permitiran atender os litixios de carácter transfronteirizo.

Os centros de intercambio de información son os puntos de contacto centrais en cada Estado membro. Desta maneira, os consumidores poderán dirixirse a un punto de contacto único onde serán informados dos órganos extraxudiciais de solución de conflitos existentes na súa xurisdicción e sobre onde poden presenta-la súa reclamación. Cando se trata dun conflito transfronteirizo, o centro de intercambio de información subministrarlles asistencia e asesoramento a través do punto de contacto nacional do país provedor. Á vez, o centro de intercambio de información será o punto de partida para a presentación de reclamacións ante os órganos extraxudiciais. Estes centros actuarán de filtro das reclama-

cións dos consumidores, e realizarán tarefas de asesoramento sobre cómo resolver máis acertadamente a reclamación e prepararán a reclamación do consumidor para enviarlla, se é o caso, ó órgano extraxudicial máis apropiado no seu país ou ó punto de contacto nacional homólogo no país provedor para o caso de reclamacións transfronteirizas. En calquera caso, correspóndelles ós propios estados membros determina-la estrutura exacta do centro de intercambio de información e cómo controlar e coordina-los organismos mencionados.

A situación de veciñanza xeográfica entre Portugal e Galicia ten marcado a existencia de relacións sociais e comerciais, dando lugar a un desenvolvemento económico e social con numerosos puntos de coincidencia e intereses similares. Na actualidade, estas relacións atópanse cunha cobertura xurídico-política dunha organización supranacional como o é a Unión Europea, que ten como unha das súas finalidades primordiais establecer unha libre circulación das persoas, capitais e servicios, e adquirir unha relevancia especial nos ámbitos das rexións transfronteirizas. Coa sinatura no ano 1993 do Protocolo de Guimarães pretendese contribuír dende Galicia e Portugal ó acceso á xustiza por parte dos consumidores. O 23 de maio de 2000 asinouse un protocolo de colaboración entre a Xunta Arbitral de Consumo de Galicia e os centros de arbitraje de Portugal. O obxectivo fundamental deste protocolo é a colaboración destes centros para a tramitación das reclamacións transfronteirizas entre Portugal e Galicia, sendo extensible ó resto de España. O protocolo enmárcase ademais dentro da *REDE EJE*, constituíndo o primeiro referente europeo de colaboración entre órganos extraxudiciais de solución de litixios transfronteirizos entre dous estados membros e contando co apoio dos ministerios de Xustiza e de Sanidade e Consumo, por parte de Portugal e España, respectivamente. Os asinantes do protocolo son, pola parte galega, a Xunta Arbitral de Consumo de Galicia e, pola parte portuguesa, os centros de arbitraje portugueses existentes na data da firma, e que son Guimarães, Braga, Porto, Coimbra, Lisboa e mailo Algarve. Na actualidade os centros arbitrais lusos e a Xunta Arbitral de Consumo galega prestan xa o servizo para resolver conflitos transfronteirizos entre Portugal e Galicia e, por extensión, en España.

A directora do Instituto Galego de Consumo tamén insistiu nos principios que recolle a Recomendación 98/257/CE, que establece que todo órgano que teña como competencia a resolución por vía extraxudicial dos litixios en materia de consumo, ha de respecta-los seguintes: independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidade, liberdade e representatividade. O marco en que se produciu esta recomendación foi o dunha comunicación da Comisión Europea de 1998 sobre a solución extraxudicial de conflitos en materia de consumo, que tiña como obxectivo fundamental mellora-lo acceso dos consumidores á xustiza a tra-

vés dunha serie de vías sinxelas, rápidas, efectivas e pouco custosas. Trábase de establecer unha serie de garantías consideradas como principios mínimos que os órganos extraxudiciais debían ofrecerlles ós usuarios. O establecemento destes principios facilitaría a aplicación no ámbito europeo de procedementos extraxudiciais para a solución de litixios nesta materia e aumentaría a confianza dos consumidores nos sistemas extraxudiciais nacionais. A recomendación límitase a procedementos que conduzan a unha solución dos litixios por intervención activa dunha terceira persoa que propón ou impón unha solución, non a procedementos que se limiten a unha simple aproximación dos litigantes para atoparen unha solución de común acordo.

Ó remate da xornada realizouse unha mesa-coloquio na que participaron diversos expertos na materia da arbitrase de consumo e que foi moderada por **José Antonio García Caridad**, presidente do Consello Consultivo de Galicia. Principiou a rolda de intervencións **Fernando Lorenzo Merino**, catedrático de dereito civil da Universidade de Vigo, insistindo nas vantaxes obvias da arbitrase de consumo, o que xustifica a súa grande aceptación social. Tamén se referiu a algúns dos problemas que presenta a actual regulación, entre eles ó da limitación do obxecto ou do ámbito territorial, que non se reflicten no distintivo oficial de establecemento adherido. Continuou falando **Augusto Aláez Legerén**, árbitro, pola Cámara de Comercio, do Colexio Arbitral de Consumo de Pontevedra, que destacou a flexibilidade do sistema arbitral fronte á rixidez do sistema procesual tradicional. Ademais, anunciou a aceptación dunha proposta da Comisión Europea relativa á validez da arbitrase nacional en toda Europa. Así pois, a arbitrase atópase ás portas dun momento inédito, malia a imposibilidade de adoptar medidas preventivas e outras limitacións, como a exclusión dalgunhas materias. De seguido tomou a palabra **Dolores Novo Gutiérrez**, presidenta do Colexio Arbitral de Consumo de Ourense e avogada, quen destacou a necesidade de formación dos consumidores, xa que o cidadán descoñece as consecuencias da adhesión dun establecemento ó Sistema arbitral de consumo (supón unha renuncia á xurisdicción, sendo posible recorrer contra o laudo emitido, mais nunca sobre o fondo do asunto). Así mesmo, resulta necesaria a formación dos árbitros para que non tomen parte, asegurando a súa imparcialidade, xa que aínda que arbitren en representación dos consumidores ou do sector empresarial, non son representantes das partes. Neste foro de debate participou tamén **Carlos Maluquer**, quen achegou diversas ideas sobre a evolución e a crecente importancia da arbitrase.

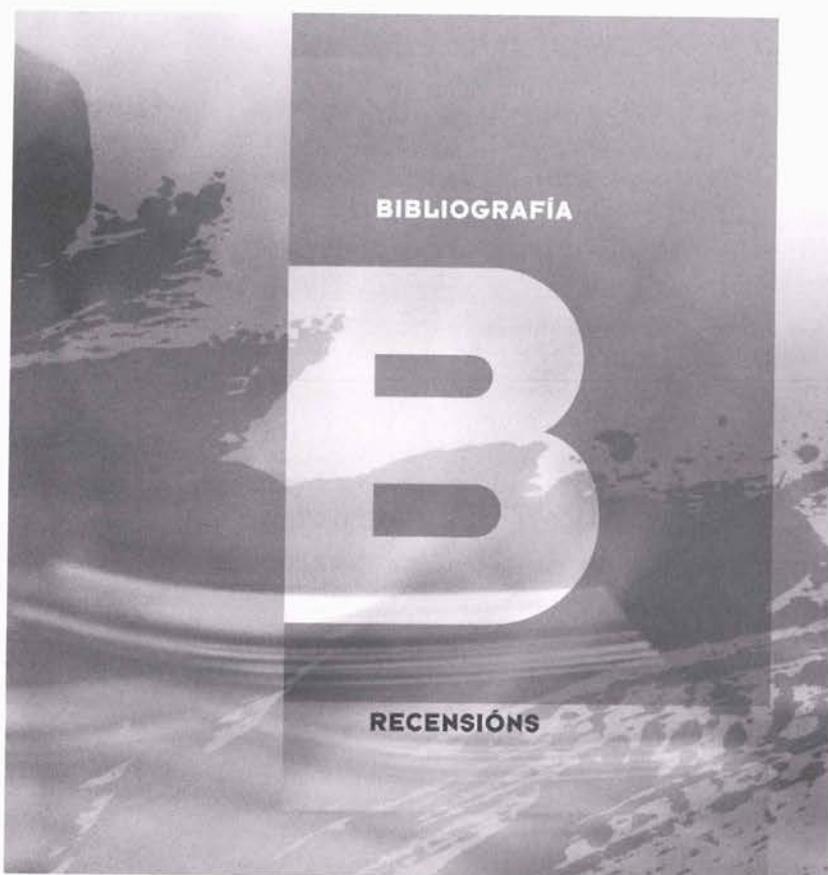
Foi **Jaime Pita Varela**, conselleiro de Presidencia e Administración Pública, quen se encargou de clausuralas xornadas, non sen antes facer referencia ó grande acerto da súa realización. O conselleiro agradeceulle ós relatores a súa valiosa colaboración, e expresoulle-la súa convicción

de que as xornadas despertaron a atención e mailo interese de tódolos asistentes e serviron para resolver cantas dúbidas foron xurdindo tralas sucesivas intervencións.

* * *

Ó longo das xornadas púxose de manifesto que o Sistema arbitral de consumo está a consolidarse na práctica como eficaz instrumento de resolución de conflitos entre consumidores e empresarios, sobre todo cando se trata de asuntos de escasa contía. En efecto, o Sistema arbitral de consumo contabilizou en Galicia no primeiro semestre do ano 2000, segundo datos do Instituto Galego de Consumo, aproximadamente un milleiro de solicitudes, representando as reclamacións sometidas a esta vía máis da cuarta parte das queixas tramitadas polo instituto que, sempre que é posible, ofrece a vía arbitral como posibilidade para a resolución dos litixios entre consumidores e empresas. Estas cifras demostran o incremento da confianza dos consumidores nesta vía extraxudicial e reflicten o aumento das empresas galegas adheridas. A maioría das solicitudes foron presentadas polos propios consumidores, seguidas das dos organismos públicos e asociacións de consumidores. Polo que se refire ós sectores, son os servicios telefónicos, sobre todo por causa da telefonía móbil, as tinturerías, roupa e calzado e venda e reparación de vehículos os que teñen motivado máis solicitudes de arbitraje de consumo. Isto non implica directamente que se trate de sectores contra os que se presenten máis reclamacións en xeral, senón o feito de que un bo número de empresas pertencentes a eles están adheridas ó Sistema, o que facilita de maneira considerable a resolución do conflito por esta vía.

En Galicia existen dúas xuntas arbitrais de consumo: unha de ámbito autonómico con sede en Santiago de Compostela e outra de ámbito local no Concello de Vigo. A Xunta Arbitral Autonómica actúa en colexios nas capitais de provincia, Santiago, Ferrol e Vigo. A Xunta Arbitral de Consumo de Galicia iniciou a súa actividade no mes de maio de 1995, contando na actualidade con máis de 3.500 empresas adheridas, 59 asociacións empresariais e 28 asociacións de consumidores e usuarios, cifras que evidencian a normal operatividade e consolidación do Sistema, así como a súa expansión. A Xunta Arbitral de Consumo galega atende unha media anual de 1.200 solicitudes e emite máis de 600 laudos anuais, observándose un importantísimo número deles dictados nun período de tempo inferior a dous meses dende a designación do correspondente colexio arbitral. Tamén é destacable o alto grao de aceptación dos laudos. En efecto, no primeiro semestre de 2000 soamente dous foron impugnados e observouse o incumprimento de dous. En definitiva, a adhesión ó Sistema por parte das empresas, ás que se lles facilita un distintivo oficial, redunda nun incremento da confianza do consumidor nelas, xa que implica que calquera conflito que poida aparecer atopará fácil resolución. 



BIBLIOGRAFÍA

B

RECENSIONES

El turismo, aspectos institucionales y actividad administrativa

Antonio Calonge Velázquez

Secretariado de Publicaciones e Intercambio.
Universidad de Valladolid, 2000. 214 pp.

○ turismo, enorme xerador de riquezas, emprego e intercambios culturais e sociais, especialmente en España, tivo, polo de agora, escaso reflexo en estudos dende un punto de vista xurídico público. Resulta paradoxal que sendo España un país claramente turístico, a doutrina xurídica prestáralle tan escasa atención a esta materia, máis aínda cando a intervención administrativa sobre o sector vén sendo intensa e ampla. A explicación quizais se atope na circunstancia de ser unha materia difícil, complexa, heteroxénea, multidisciplinar, cambiante e de difícil conceptualización xurídica. Así e todo, bótase en falta a existencia dunha propia disciplina que abarque o seu dereito, ó alcanzar esta carencia o propio dereito comunitario.

O turismo é unha materia moi pouco tratada polos xuristas ou, polo menos polos que se dedican ó dereito público. Así, o estudo da ordenación xurídica do turismo foi unha das materias máis esquecidas por parte da doutrina xurídico-administrativa, podéndose incluso afirmar que a ciencia xurídica si se ocupou de forma marxinal do fenómeno turístico.

O texto de Antonio Calonge Velázquez divídese en dúas partes claramente diferenciadas:

A primeira parte e baixo o epígrafe «Aspectos institucionales» divídese en catro capítulos. Afróntase o problema conceptual, e a pesar de ser coñecido por

todos o significado que o turismo ten, o seu concepto resulta escorregadizo e un ten a inquietante sensación de non acertar a explicar con exactitude e ata, tal vez, con corrección, o que todos con maior ou menor asiduidade practicamos. No capítulo I analízanse os termos que a normativa turística reitera unha e outra vez tratando de introducir ata onde resulta posible o necesario rigor conceptual. Abórdanse, neste sentido, por unha banda, os termos que se refiren ós aspectos subxectivos como son a empresa turística e o «usuario turístico» ou turista e, por outra, os que se refiren ó aspecto subxectivo, isto é, o turismo e a actividade turística.

A continuación, dentro dos aspectos xurídico-institucionais, estúdase a organización administrativa turística. A análise realízase, ademais, con perspectiva histórica para coñecer cal foi a evolución das estruturas organizativas turísticas en España.

En segundo lugar, resulta obrigado analiza-lo papel que sobre o turismo posúe cada unha das grandes instancias territoriais en que se estrutura actualmente o Estado, papel ou protagonismo que presenta, de forma clara, un importante factor de localización. Estúdase o sistema de distribución de competencias que opera na nosa Constitución e nos estatutos de autonomía sobre o turismo.

É tamén obrigado analiza-la ausencia dunha política propia que siga a Comunidade Europea nesta materia. A integración de España nunha organización supranacional como é a Unión Europea, é un fundamento sólido para analizar qué perspectivas se enxergan cando co Tratado da Unión Europea se recolleu dun xeito expreso esta materia como acción da Comunidade, por primeira vez no dereito orixinario.

A segunda parte denomínase «Actividad administrativa sobre el turismo» e comprende os capítulos quinto, sexto e sétimo. Está dedicada ó estudio da actividade que os poderes públicos desenvolven sobre o turismo, dado que o ámbito funcional vén dado polo propio texto constitucional cando ó referirse ás competencias que poderán asumi-las comunidades autónomas alude de forma expresa á «promoción e ordenación do turismo» (artigo 148.1.18º).

A promoción foi a primeira e máis importante actividade que desenvolveu a Administración pública durante moitos anos en relación co turismo. A medida que se incrementou a importancia do turismo pasouse á súa ordenación, que se centra no réxime xurídico das empresas cualificadas como turísticas, xa que ó seren as que exercen de xeito predominante as actividades turísticas deben ser consideradas, sen dúbida, os máis importantes suxeitos na materia.

Finalmente, analízase o sector público que se desenvolveu en España, tanto no ámbito estatal coma autonómico. Así se estudia, polo que respecta ó sector turístico estatal, desde a primitiva Red de Establecimientos Turísticos propiedade do Estado ata a actual Sociedad Estatal Paradores de Turismo de España, co que a fuxida do dereito administrativo, ten a creación desta sociedade. E polo que se refire ó ámbito autonómico, son varias as comunidades autónomas que

teñen creado as súas propias sociedades públicas turísticas nalgúns casos só para promove-lo turismo da rexión, pero noutros con funcións que chegan á ordenación turística.

O turismo, como sinalou a profesora Gallardo Castillo, é un sector caracterizado, ante todo, pola falta de vocación de permanencia da súa normativa reguladora— as normas sucédense, derróganse e substitúense con extraordinaria frecuencia, pola súa grande variedade, e pola espontaneidade con que acontecen os cambios, por canto estes non se producen a posteriori das renovacións normativas, senón xustamente ó revés.

Por outra banda, estase a asistir en España, a un profundo cambio na política turística. Así, as comunidades autónomas tomaron consciencia do seu papel protagonista na materia e comezaron a dictar leis que pretenden ofrecer un tratamento unitario e sistemático da materia que revelan esta transformación. Non se pode esquecer que a Administración xeral do Estado elaborou o *Plan marco de competitividade do turismo español* (Plan FUTURES), que ten por finalidade facerlles fronte ós importantes cambios producidos no sector. Ó dispoñer as comunidades autónomas as principais competencias na materia, hai que se centrar na nova lexislación promulgada por elas.

O turismo é, máis ca un fenómeno xurídico, algo sociolóxico, económico, cultural e, incluso político. Quizais, por isto, o lexislador deuno sempre por sobreentendido e a penas se molestou en tratar de ofrecer unha definición que fixera comprensible para o xurista o fenómeno obxecto de normativa. Por outra parte, a súa regulamentación total supón estudar dende o dereito internacional ata as ordenanzas do máis variado tipo pasando polo dereito civil, o mercantil, o laboral, etc, é dicir, estamos en presenza dunha normativa de grande amplitude material. Hai, en efecto, normas directamente conectadas co turismo —normas turísticas, se así queremos denominalas—, pero son as menos e, ademais, moi variadas, abondosas e dispersas, por canto inciden en moitísimos aspectos, que se suceden, derróganse e substitúense con extraordinaria frecuencia e a ritmos sorprendentemente vertixinosos.

Máis aló das definicións técnicas que poidan ser empregadas para identificar diferentes compoñentes do turismo e comprende-la súa importancia sociolóxica, económica, cultural e política, no plano conceptual sobresaen dos elementos que denota a súa especificidade. O primeiro ten en conta a centralidade do turista, que coa súa actuación cando merca e utiliza bens e servicios cualifica estas actividades como turísticas. O segundo toma en consideración a importancia dos bens públicos, tanto no proceso de produción coma de consumo turístico, especialmente gracias á forza de atracción que a cotío exercen de seu sobre a demanda turística.

Por outra parte, moi poucas actividades humanas están en contacto tan directo co proceso de transformación e desenvolvemento das sociedades modernas coma o turismo. Máis ca un fenómeno de costumes ou un conxunto heteroxéneo de actividades económicas, o turismo impúxose en pouco máis de medio

século como elemento determinante na vida de millóns de cidadáns. O turismo evoluciona coa mellora das condicións de vida e de traballo ó tempo que é un elemento esencial delas e do seu resultado.

O lexislador que recolleu o termo na primeira norma que dictou sobre a materia: o Real decreto do 6 de outubro de 1905, sen embargo non o chegou a definir senón ata a Lei 48/1963, do 8 de xullo, de competencias turísticas –da que se escribiu que con elas «se inicia la historia del moderno Derecho Turístico español», xa que no seu preámbulo –tampouco, polo tanto, no seu articulado–, baixo a denominación de «fenómeno turístico», ofrécese a seguinte definición:

«Movimiento y estancia de personas fuera de su lugar habitual de trabajo o residencia, por motivos diferentes de los profesionales habituales en quien los realiza».

Despois desta lei, ningunha norma volverá tratar de ofrecer un concepto legal de turismo. As leis das comunidades autónomas dan por sobreentendido o termo, a constata-la dificultade da súa conceptualización ou categorización, así como a destaca-la súa importancia e transcendencia desde varias perspectivas, sobre todo a económica.

A dificultade de aprehensión xurídica, así como que se trata dun fenómeno máis sociolóxico, económico, cultural e político ca xurídico, impiden a súa conceptualización legal, salvo que se estableza unha definición tan ampla coma a comunmente aceptada por todos e proveniente da Organización Mundial de Turismo, segundo a cal o turismo comprende «as actividades desenvolvidas polas persoas no curso da súa viaxe e da súa estancia nun lugar situado fóra do seu contorno habitual durante un período consecutivo non superior a un ano, para os efectos de ocio, profesional ou doutro tipo».

Por tratarse o turismo dun fenómeno en extremo complexo e heteroxéneo, pode ser estudado baixo moitos aspectos e produce consecuencias en multitude de campos. Pode falarse do turismo como fenómeno sociolóxico, cultural, económico, político e igualmente son innegables as súas repercusións no mundo do dereito. E como acontece normalmente cos fenómenos que teñen unha incidencia importante na vida sociocultural, incluso política dun país, o turismo constitúe unha actividade regulamentada polo dereito, aínda que, en certa medida, se resiste á súa ordenación con normas xurídicas rixidas, e hai que situalo entre as actividades que ofrecen maiores dificultades para seren xuridificadas plenamente. Son varias as ramas do ordenamento xurídico que, aínda non de modo principal nin directo, teñen por obxecto o fenómeno turístico, ata o punto de que, quizais, debe falarse de «dereito turístico» para referirse ó conxunto de normas que directamente están relacionadas co fenómeno turístico.

Ninguén dubida da «administrativización crecente» –como escribiron hai anos os profesores Martín Mateo e Villar Palasi– do turismo; nin da súa importancia, dende moitos e variados aspectos; nin das consecuencias xurídicas de todo tipo que comporta. O turismo constitúe un campo fértil para a actuación da Administración pública. É máis, é posible que o turismo sexa un dos secto-

res da actividade económica máis fortemente intervidos pola Administración pública. Pero, non obstante, resulta aínda difícil falar con convicción da existencia dun dereito administrativo turístico como pode falarse dun dereito administrativo local ou urbanístico.

O feito de que un –por outro lado– non moi importante número de normas regulen moitas das manifestacións ou expresións do turismo non é argumento dabondo para falar da existencia dun dereito administrativo turístico. Por idéntica razón podería falarse dun dereito administrativo de cada un dos sectores de actuación da Administración pública, sen que iso lle supuxera nada á construción dogmática do dereito administrativo.

O denominado por algúns «dereito administrativo turístico» non é outra cousa, na opinión do autor, que outra parte do dereito administrativo especial, ó que cabe dedicarlle un capítulo propio nunha ordenación da Administración pública e o seu dereito, pero sen a autonomía que algún autor quere predicar porque as técnicas que precisa ou utiliza non difiren en nada das do ordenamento xurídico-administrativo xeral, non dá lugar a unha normatividade específica. ■

Enrique Diego Fernández Pérez

Bolseiro da EGAP

La suspensión del contrato administrativo

Ernesto García-Trevijano Garnica

Civitas Editorial S. A. Madrid, 2001

A suspensión constitúe unha situación xurídica á que se pode chegar a través de distintas vías: pode acordala a Administración, pode imporse por vontade do contratista e incluso pode vir imposta por decisión dunha autoridade externa ó contrato. Unha vez acordada, despregará os seus efectos naturais, que estarán en función do tipo de suspensión de que se trate.

A suspensión temporal do contrato ten un carácter instrumental ou accesorio. Este carácter instrumental pon de manifesto que se trata dunha figura que ten unha clara vocación de permiti-la conservación do contrato, e evita-la súa extinción anticipada. O que se pretende é que, durante o período no que permanece suspendido o contrato, poidan corrixirse aquelas vicisitudes que impedian o inicio da execución ou o normal desenvolvemento da súa execución. Dado que á suspensión do contrato non só se chega por acordo da Administración, non cabe considerala sen máis coma a manifestación dunha prerrogativa da Administración. Cando se chega á suspensión por dispoñe-lo contratista ó abeiro do artigo 99.5 da Lei 53/99, do 28 de decembro, de contratos das administracións públicas¹ ou acórdao unha autoridade externa, a Administración non fixo uso

¹ En diante LCA.

da súa prerrogativa. Mais é certo que a suspensión dos contratos administrativos é producida normalmente por acordo da Administración. Nestes casos a Administración contratante estará a facer uso dunha das prerrogativas que a lexislación de contratos lle atribúe. E aínda que entre os privilexios que se enumeran no artigo 59 da LCA non se inclúe, cando menos expresamente, o poder de suspensión, o certo é que entre tales prerrogativas se atopa a citada potestade. Sitúase dentro do denominado *ius variandi* da Administración, pois supón unha alteración respecto do inicialmente pactado.

En canto á suspensión temporal total da execución do contrato acordada pola Administración, para que a suspensión temporal opere por vontade da Administración é preciso, en principio, que esta adopte o correspondente acto administrativo, que deberá ser expreso e que lle será notificado ó contratista.

Agora ben, a realidade demostra que en ocasións a Administración non dicta un acto expreso con tal finalidade e, sen embargo, prodúcese unha situación de feito de suspensión, admitida pola propia Administración ou incluso provocada por ela mesma. Pois ben, nada impide que se poida considerar adoptada tacitamente unha suspensión máxime se se ten en conta que os actos tácitos valen o mesmo ca un acto expreso, sen prexuízo da dificultade da proba. Así, a xurisprudencia admitiu a suspensión de feito ou tácita do contrato. Neste sentido pronuncíase o Consello de Estado en numerosos dictames.

Tamén caben as suspensións implícitas, que derivan de actos expresos non directamente dirixidos a tal fin, pero que teñen un contido do que se desprende a vontade da Administración de suspender-lo contrato. Isto implica dificultades na práctica, especialmente para determina-lo momento exacto no que habería que considerar que tivo lugar a suspensión.

O acordo de suspensión deberá ser adoptado polo órgano de contratación, tal e como establece o artigo 59 da LCA, precepto no que se lle atribúe ó órgano de contratación as prerrogativas de interpretar, modificar e resolver-los contratos. Ocorre, ás veces, que a suspensión é acordada por un órgano administrativo distinto ou incluso constitúe unha orde dada polo director facultativo das obras. Atópase entón o contratista no dilema de lle dar cumprimento ou non ó acto dictado por un órgano que pode ser incompetente ou desobedece-la orde de suspensión expresamente adoptada pola dirección facultativa.

O acordo de suspensión temporal adoptado pola Administración constitúe un acto final. Pero, nada impide que o contratista poida impugna-lo acto polo que se acorda a suspensión, e incluso que poida solicitar, como medida preventiva, a suspensión do acto impugnado, que neste caso se traduciría en solicita-la suspensión do acto de suspensión do contrato, o que implicaría a prosecución da execución do contrato mentres se tramita o recurso procedente. Aínda que nalgunhas ocasións se rexeitou a impugnabilidade autónoma do acto de suspensión.

Esixe o artigo 102.1 da LCA que cando se acorde a suspensión, deberá redactarse unha acta na que se consignarán as circunstancias que a motivaron e

a situación de feito na execución do contrato. Este artigo esixe a redacción da acta no caso de que a Administración acordase a suspensión do contrato ou aquela tivese lugar pola aplicación do disposto no artigo 99. Correspóndelle á Administración convoca-lo contratista para a redacción da acta. Non obstante, a ausencia do contratista ou a súa negativa a firma-la acta non impide que esta se redacte, pero coas consecuencias que lle poida traer.

Na acta deben consignarse as circunstancias que motivaron a suspensión, así como o estado no que se atopa a execución do contrato. Agora ben, a redacción da acta non é un requisito imprescindible para que opere efectivamente a suspensión temporal acordada pola Administración. E, por outro lado, suspensión efectiva e redacción da acta non teñen necesariamente que ir unidos no tempo.

As consecuencias derivadas do acordo de suspensión adoptado pola Administración son as seguintes:

1. O comezo da suspensión deberase previr no acto administrativo polo que se acorde a dita suspensión.

2. Unha vez redactada a suspensión, restablecerase o cómputo do prazo polo tempo que restase cando se produciu a suspensión. Igualmente, o contratista, polo feito da suspensión, non terá dereito a unha prórroga.

3. Mentres dura a suspensión, o contratista deberase abster de executa-lo contrato se a suspensión é total, ou da parte suspendida se esta é só parcial. Razóns de interese público imponen non proseguir coa súa execución. ¿Que ocorrería se seguise a executa-lo contrato? O contratista estaría a incumprir un acto administrativo.

4. Suspendida (totalmente) a execución do contrato, deixarán de expedirse certificacións de obra ou os documentos acreditativos que acrediten a realización parcial do contrato. É indubidable que haberá que paga-las certificacións expedidas antes da suspensión e aínda non aboadas cando se produce esta.

5. O contrato pode seguir despregando determinados efectos. A suspensión temporal non implica un abandono do interese da Administración por executa-lo contrato, senón todo o contrario. Unha vez admitido que as obras parcialmente executadas non poden quedar sen conservación, a cuestión estriba en delimitar se a dita conservación lle corresponde á Administración ou ó contratista. O lóxico é que sexa o contratista, e non a Administración, o obrigado a conserva-las obras.

6. Dispón o artigo 102.2 da LCA que acordada a suspensión, a Administración aboaralle ó contratista os danos e perdas efectivamente sufridos por este.

¿Debe mediar culpa ou negligencia da Administración para que o contratista teña dereito a ser resarcido con motivo dunha suspensión temporal acordada pola Administración?. O precepto non supedita o dereito do contratista a ser indemnizado logo dun incumprimento ou dunha actuación negligente da Admi-

nistración, de maneira que nun ou noutro caso (é dicir, medie ou non esta actuación negligente ou incumprimento da Administración) o contratista terá dereito a quedar indemne.

No caso de que a suspensión se debese a conducta negligente do contratista, non se poderá beneficiar da súa propia incorrección, e non terá dereito a ser indemnizado. Isto non é contradictorio co disposto no artigo 103, aínda que durante a execución dun contrato, non é normal que se dea este suposto.

É posible tamén que a Administración acorde a suspensión atendendo á solicitude formulada polo contratista. Esta solicitude pode obedecer a necesidades obxectivas na execución do contrato ou á simple conveniencia do propio contratista. No primeiro caso, non implica que este perda o dereito a ser indemnizado polos danos e perdas que se lle puideran ocasionar durante o tempo de duración da suspensión. No segundo caso, a Administración deberá denegar a solicitude da suspensión, aínda que poderá ser obxecto de recurso polo contratista xa que é un acto final.

Tamén o contratista terá dereito a ser indemnizado cando, sen mediar previa petición, lle mostre a súa conformidade á suspensión acordada pola Administración.

7. O artigo 102 da LCA non establece que a Administración lle debe pagar de oficio ó contratista os danos e perdas efectivamente sufridos por este como consecuencia da suspensión acordada da execución do contrato. A realidade demostra que a Administración non aboa de oficio a indemnización se non é previamente solicitada polo contratista.

8. Prazo para esixilo aboamento da indemnización por suspensión. O artigo 102.2 establece que acordada a suspensión, a Administración aboalle a indemnización ó contratista. Trátase dunha reclamación que se enmarca dentro do ámbito do contrato, e por iso, non lle será de aplicación a este tipo de reclamacións o prazo dun ano que para a responsabilidade extracontractual establece o artigo 142 da Lei 30/1992. Mais dado que non existe na Lei de contratos un prazo específico aplicable ás reclamacións por suspensión temporal, habería que acudir ó prazo residual de quince anos do artigo 1964 do Código civil. Sen embargo, non cabe descoñecer que neste e noutros ámbitos similares se sostivo a aplicabilidade do prazo de prescrición previsto para o recoñecemento ou liquidación pola Facenda pública das súas obrigas.

En canto ó cómputo do prazo, deberá coincidir coa data na que se produce o remate da suspensión e, polo tanto, reiníciase a execución do contrato. É a partir deste instante cando o contratista poderá exercita-la súa acción de reclamación (art. 1969 Código civil). Trátase dun prazo de prescrición que será susceptible de ser interrompido, co conseguinte cómputo enteiro de novo do prazo orixinario.

9. ¿Ten o contratista dereito a ser indemnizado cando a suspensión acordada non tivo incidencia no cumprimento do prazo final do contrato?.

Se o contratista acelera a execución e a Administración posteriormente suspende de maneira temporal a execución do contrato, aínda que esta finalmente se executara dentro do prazo orixinarmente previsto, o contratista, cando menos en principio, terá dereito a ser indemnizado pola citada suspensión temporal. O artigo 102 non distingue a estes efectos, razón pola que se recoñece en abstracto o dereito a ser indemnizado. Outra cousa serán as dificultades engadidas coas que se poida atopalo contratista á hora de probalos danos e perdas efectivamente sufridos.

10. Dereito a solicita-la resolución do contrato no caso de suspensión temporal prolongada.

Para evitar que o contratista quede indefinidamente vinculado por un contrato administrativo suspendido, a LCA establece como causa potestativa de resolución a suspensión temporal da execución do contrato por prazo superior a oito meses no contrato de obras ou un ano nos contratos de subministración, de consultaría e asistencia e de servizos. Esta causa de resolución é unha garantía para o contratista. Se o contratista optara por facer uso desta causa de resolución, a Administración tería a obriga de dictar un auto administrativo no que así se acordara, coas consecuencias económicas derivadas.

11. Remate da suspensión.

Será preciso que a Administración dicte un acto administrativo polo que acorde o reinicio da execución da contrato, acto que lle deberá ser notificado ó contratista. Este acto deberá de dispo-la data de comezo.

En canto á suspensión temporal da execución do contrato disposta polo contratista: referímonos á suspensión disposta polo contratista no caso de que a Administración se demore no pagamento do prezo (artigo 99.5 LCA).

Dispón o artigo 99 da LCA que a Administración ten a obriga de aboa-lo prezo dentro dos dous meses seguintes á data da expedición das certificacións de obra ou dos correspondentes documentos que acrediten a realización total ou parcial do contrato, sen prexuízo do prazo especial establecido no artigo 110.4. Pero o que nos interesa é o que dispón o apartado 5 do artigo 99 «se a demora no pagamento fose superior a catro meses, o contratista poderá proceder, se é o caso, á suspensión do cumprimento do contrato, e deberá comunicarlle á Administración, cun mes de antelación, tal circunstancia, para os efectos do recoñecemento dos dereitos que se poidan derivar da dita suspensión, nos termos establecidos nesta lei».

É un mecanismo útil para incentiva-la Administración a que cumpra coas súas obrigas, que teñen as seguintes características:

1. Constitúe unha opción a favor do contratista, da que pode ou non facer uso.
2. É preciso que a Administración se demore no pagamento.

É suficiente que a Administración se atope en mora no pagamento do correspondente prezo, calquera que sexa a súa contía. Sen embargo, a demora no pagamento ten que ser superior a catro meses. Este prazo compútase desde o

transcurso dos dous meses contados desde a data de expedición dos certificados de obra ou dos correspondentes documentos que acrediten a realización total ou parcial do contrato.

3. ¿Que ocorre cando a Administración non expide a certificación de obras?.

Se o cómputo dos catro meses de demora da Administración arrinca desde que finaliza o prazo de dous meses que ten para pagar, e á súa vez este prazo de dous meses compútase desde a expedición da certificación de obras correspondente, con non a expedir, a Administración estaría de feito evitando as consecuencias derivadas da súa eventual demora, entre as que se atopa a suspensión do contrato por vontade do contratista.

4. O contratista débelle dar aviso previo á Administración cun mes de antelación.

Dispón o artigo 99.5 que este aviso previo se establece «para os efectos do recoñecemento dos dereitos que se poidan derivar da dita suspensión, nos termos establecidos nesta lei». A realidade é que o aviso previo non ten como finalidade o recoñecemento duns dereitos, senón que ten unha clara función de recordatorio á Administración de que, de persistir na súa demora, poderá producirse unha consecuencia engadida perniciosa para ela, como é neste caso a posibilidade de suspensión do contrato.

5. Cómputo do prazo e aviso previo. Esixe o artigo 99.5 que o contratista lle dea aviso previo á Administración cun mes de antelación. Debe entenderse que o aviso previo se producirá polo menos cun mes de antelación, pois non existen razóns que avalen que necesariamente se deba producir exactamente cun mes de antelación.

Por outra parte, o aviso previo de polo menos un mes deberá producirse logo de transcorridos os catro meses de demora no pagamento, que á súa vez se computan transcorridos os dous meses –a partir da expedición da certificación de obras ou documento acreditativo– cos que conta a Administración para pagar.

6. ¿A formulación do aviso previo polo contratista permite –transcorrido un mes– que en calquera momento poida dispo-la suspensión do cumprimento do contrato?.

Podería sosterse que cumprido o requisito do aviso previo, o contratista poderá en calquera momento proceder á suspensión do cumprimento do contrato. Sen embargo, isto non significa que se estea a recoñecer automaticidade na suspensión polo mero transcurso do prazo dun mes de aviso previo. Unha cousa é que transcorrido este prazo en calquera momento o contratista poida dispo-la suspensión, e outra distinta que a dita suspensión se produza automaticamente polo mero transcurso do citado prazo.

A suspensión disposta polo contratista non cabe considerala coma unha suspensión imputable ó contratista, é dicir, non se trata dunha suspensión pola súa culpa. É a Administración, coa demora no pagamento do prezo, a causante da suspensión. Entre outras consecuencias, a suspensión provocará a paraliza-

ción da execución do contrato e, suspenderase o cómputo do prazo da execución. Non aumenta nin diminúe o prazo orixinariamente establecido, senón que o deixa exactamente nas mesmas condicións. Aínda que lle comportará danos e perdas ó contratista, que poderá solicitar ser indemnizado polos que efectivamente sufriu.

Debemos de preguntarnos se dispоста a suspensión do cumprimento do contrato polo contratista, pode este esixir a resolución do contrato transcorridos oito meses, se fose un contrato de obras, ou un ano, se se tratase dun contrato de subministración ou un contrato de consultaría e asistencia ou de servizos. A conclusión é que, só cando a suspensión foi decidida pola Administración, é viable que o contratista, se lle convén, solicite a resolución do vínculo contractual. Non cando a suspensión foi dispоста polo contratista.

A suspensión rematará cando a Administración aboe os importes que debe. Así, a Administración poderá acorda-lo restablecemento e deberá comunicarllo ó contratista que se verá obrigado a reinicia-la execución.

En canto á suspensión acordada por unha autoridade externa ó contrato, esta suspensión externa manifestarase dalgunha das seguintes formas: por resolución xudicial (suspensión xudicial) ou por decisión doutra Administración distinta das contratantes (suspensión administrativa). En ámbolos dous casos, normalmente o acordo adoptado polo órgano xurisdiccional ou pola Administración non declarará directa e formalmente suspendido o contrato administrativo, aínda que indirectamente implique a suspensión (total ou parcial).

As consecuencias que para as partes contratantes ten este tipo de suspensión son as seguintes:

1. Aínda que a suspensión teña a súa orixe nun acordo adoptado por un terceiro, a redacción da acta sobre o estado da execución non perde a súa finalidade.
2. Debe admitirse o dereito do contratista a ser indemnizado non só no caso de que fose por culpa ou negligencia da Administración contratante, senón tamén cando non fora imputable a ningunha das partes contratantes. Cuestión distinta é que a Administración contratante que se vexa obrigada a indemnizalo contratista poida repetir contra quen lle corresponda.
3. O contratista poderá solicita-la resolución do contrato por suspensión prolongada cando transcorran oito meses ou un ano, segundo o tipo de contrato. Na realidade, o que se está a facer é equipara-la suspensión externa á suspensión acordada pola Administración.

En relación á suspensión da iniciación do contrato: a lei admite a suspensión da iniciación do contrato e do contrato xa iniciado.

A suspensión da iniciación do contrato é unha medida provisional, que ten un obxectivo que non é a extinción do vínculo contractual, senón que permite durante o período de suspensión superar aqueles impedimentos que non permitiron iniciar con normalidade a execución do contrato. ¿Abarca o artigo 102 este

tipo de suspensión? A lei partiu dunha regra xeral: o dereito do contratista a ser indemnizado en caso de suspensión, sen distingui-lo tipo de suspensión de que se trate. Isto leva a afirmar que a suspensión da iniciación do contrato ten perfectamente cabida no artigo 102, especialmente desde a perspectiva do dereito do contratista a ser indemnizado.

A suspensión da iniciación do contrato non pode provir máis ca por un acordo da Administración ou por imposición dunha autoridade externa, pero en ningún caso por disposición do propio contratista.

No contrato de obras, o lugar idóneo para acordar esta suspensión é a acta de comprobación do replanteo. Segundo o artigo 142 da LCA a execución de obras comezará coa acta de comprobación do replanteo.

A suspensión da iniciación do contrato por prazo superior a seis meses está configurada na lei como unha causa de resolución de contrato de obras. Igualmente opera o dito prazo como causa de resolución en relación cos contratos de subministración e cos de consultaría e asistencia e os de servizos.

En canto á suspensión parcial: nada impide que a suspensión só afecte parcialmente o contrato, de maneira que lle permita ó contratista executa-la parte non suspendida. Esta posibilidade non se atopa regulada na lei, pero é admisible. Máis discutible é que se poida dá-la suspensión parcial por vontade do contratista por demora no pagamento do prezo por parte da Administración.

É posible que se acorde a suspensión parcial, de maneira que o contratista siga cumprindo con normalidade a parte non suspendida, e chegue un momento en que a conclúa. Se se esgota a parte non suspendida, cando menos a partir deste instante haberá que entender que a suspensión parcial se converteu en total. A similar conclusión deberá chegarse cando a suspensión parcial afecta de tal maneira o contrato que impide materialmente executa-la parte non suspendida. Neste caso, haberá que asimilala tamén para tódolos efectos á suspensión total.

A suspensión parcial non só se pode producir en relación con contratos nos que xa se comezou a súa execución, senón que é posible que se acorde a suspensión parcial da iniciación do contrato, o que permitirá o contratista comeza-la execución normal da parte non suspendida.

Os efectos da suspensión parcial son os seguintes:

1. O contratista non ten o deber xurídico de soporta-lo atraso que lle provocara a suspensión parcial, de maneira que terá dereito a que se lle recoñeza un prazo adicional ó efectivamente perdido
2. Na suspensión parcial o contratista terá o mesmo dereito a ser indemnizado, sempre que non lle fora a el imputable a suspensión acordada.
3. A suspensión parcial do contrato por prazo superior ó previsto nos artigos 149, 192 e 214 non permite a utilización polo contratista da causa de resolución por suspensión do contrato. Ademais de que a causa de resolución por suspensión está prevista especificamente para os supostos de suspensión total,

debe engadirse que a suspensión parcial non lle impide ó contratista executar a parte non suspendida, non existindo razóns para permitir que poida desligarse do vínculo contractual cando efectivamente debe dedicar a súa actividade a executar-lo contrato. 

María del Carmen Silva López

Avogada

Comunidades Autónomas y política europea

Enrique Lucas Murillo de la Cueva

Civitas Editorial S.A., Madrid, 2000

Esta obra tenta facer unha análise da capacidade de adecuación que lles ofrece o Estado autonómico (no estadio de desenvolvemento acadado ata este intre) ás necesidades e esixencias que se derivan da integración de España na Unión Europea. En concreto, á nova realidade que supón que a Comisión e o Consello europeos asumiran atribucións de orientación política e regulación que, conforme a repartición de competencias interna que establecen a Constitución e os estatutos de autonomía, antes lles correspondían ós órganos xerais do Estado e, en moita maior medida, ós autonómicos. É dicir, a conciliación entre os obxectivos e intereses que demanda a integración europea e os obxectivos e intereses que fundamentaron a adopción da peculiar forma territorial do Estado para realiza-la integración estatal, especialmente, a garantía da autonomía política de nacionalidades e rexións.

A repartición efectiva das competencias entre o Estado e as comunidades autónomas aínda suscita moitas incógnitas e resulta unha cuestión polémica nalgunha delas. Non obstante, tralos pactos autonómicos do 28 de febreiro de 1992 e a conseguinte ampliación de competencias a través da modificación dos estatutos das comunidades autónomas elaborados consonte o artigo 143 CE (Constitución española), reflicte un certo grao de estabilidade e supón a asunción real polas institucións autonómicas dun notable volume de competencias e dos medios e recursos necesarios para realizar importantes políticas públicas.

Aínda non se chegou a institucionalizar unha canle que permita as comunidades autónomas participar activamente na delimitación de competencias operada polo Estado. As competencias sobre bases e normas básicas, ou a cualificación do interese xeral supracomunitario en determinadas materias, verificouse sen contar co concurso activo dos representantes autonómicos no proceso de elaboración das correspondentes leis e disposicións do Estado. A actuación das Cortes Xerais non permitiu integra-la posición das comunidades autónomas, debido ás carencias do Senado como cámara de representación territorial que non é produto da indefinición constitucional, senón todo o contrario, xa que é o propio texto da Constitución o que ó regula-la súa composición e funcións e as relacións da Cámara Alta co Congreso dos Deputados, impón os límites que lle impiden cumprí-la función que supostamente ten encomendada.

Tentouse poñer un remedio parcial a esta situación a través de órganos de encontro entre o Estado e as comunidades autónomas creados ó abeiro do principio de cooperación. En definitiva, para transitar dun autonomismo de confrontación a un autonomismo de cooperación.

Tanto na doutrina coma nas institucións, parece que, aínda que a cooperación evite conflitos, está pendente aínda a institucionalización da canle natural de integración orgánica e funcional das comunidades autónomas na dinámica estatal a través da súa activa participación no proceso de formación da vontade do Estado. É dicir, a adecuación do Senado á súa teórica función constitucional mediante a reforma do texto de 1978 ou, se é o caso, a creación dun órgano constitucional distinto que sirva para ese fin. Sen embargo, non falta quen considere, explícita ou implicitamente, que os instrumentos de cooperación, en particular, as conferencias sectoriais, son algo máis ca un complemento indispensable desa adecuación ou un paliativo circunstancial da non participación autonómica nas Cortes Xerais. En opinión do autor, o sistema de conferencias sectoriais pódelle ser unha alternativa válida ó Senado territorial. Dito noutras palabras: que nun estado social e democrático de dereito, organizado xa en comunidades autónomas, a cooperación entre os diferentes niveis institucionais no exercicio das súas respectivas competencias vese tan imprescindible para cumprir cos obxectivos que marca o capítulo III do título I CE (principios rectores da política social e económica) que se perde o interese sobre cómo se articula a participación das comunidades autónomas no poder legislativo do Estado. En definitiva, non se considera precisa a súa participación na formación da vontade estatal con respecto á determinación do mínimo común denominador que todas elas deban respectar e que, polo menos en teoría, debería se-lo presuposto da cooperación na medida que fixera posible a integración política destas na unidade global daquel.

É neste contorno, centrado no ámbito interno, onde hai que analiza-la participación autonómica nas decisións do Estado relativas ós asuntos que lles compete resolver ós órganos da Unión Europea. Un contorno que se caracteriza pola súa apertura e o seu dinamismo xa que, para os efectos internos, o que está en

cuestión, é a propia referencia básica (a organización territorial do poder) que permita valorar se os mecanismos específicos que se utilizan para facer efectiva esa participación son coherentes e se integran sen problemas de importancia na forma política estatal. Así mesmo, para os efectos externos, a Unión Europea, é unha realidade xurídico-política *in fieri*, máis fluída cá forma territorial estatal.

Esta obra consta de oito partes ben diferenciadas ó longo das cales o autor desenvolve o tema das comunidades autónomas e a política europea. Ademais, o libro contén unha introducción e un epílogo nos que o autor manifesta a finalidade da obra.

A primeira parte propiamente dita deste libro, refírese ás *vertentes interna e externa da participación autonómica na formación da vontade do Estado*. O autor fai referencia ó principio de autonomía institucional que proclama o artigo 6.3 do Tratado da Unión Europea que pon a salvo a repartición interna do poder político estatal, tal e como confirmou a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas. Este considérase un verdadeiro límite ó poder de integración europea e, polo tanto, á cesión de competencias que o artigo 93 CE permite, xa que alteraría un dos equilíbrios básicos sobre os que se asenta a Constitución¹.

Desde a Sentencia do Tribunal Constitucional 165/1994, hoxe tense que aceptar que a separación de ámbalas dúas facetas, externa e interna, non obedece a unha división entre dúas realidades completamente diferentes, presididas por distintos principios e incomunicadas entre si, senón que alude a dous ámbitos distintos de expresión dunha mesma e única realidade. Por iso, a autonomía non se ten que considerar exclusivamente na súa dimensión interna senón, tamén, na súa proxección exterior.

Esa postura é a que está a segui-la doutrina e conta co aval da xurisprudencia constitucional que precisou que *a dimensión externa dun asunto non pode servir para realizar unha interpretación expansiva do artigo 149.1.3º CE que veña subsumir na competencia estatal toda medida dotada dunha certa incidencia exterior, por remota que sexa, xa que se fora así produciríase unha reordenación da propia orde de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas (Sentencia do Tribunal Constitucional 153/1989)*.

En canto á dimensión exterior das competencias autonómicas, parece coma se aínda non se aceptara con tódalas súas consecuencias o claro pronunciamento do Tribunal Constitucional na súa Sentencia 165/1994, na que se declara a capacidade das comunidades autónomas para proxeccionar cara ó exterior a acción que despregan no exercicio das súas competencias, sempre e cando non realicen actuacións encadrables no *ius legationis* nin no *ius contrahendi*, que é o contido de competencias do título exclusivo estatal *relacións exteriores* do artigo 149.1.3º CE. Título no que, así interpretado, se integra e cobra pleno sentido a

¹ A Sentencia do Tribunal Constitucional 252/1988 recolle a imposibilidade de que o dereito comunitario poida modifica-las regras de repartición interna de competencias.

mencionada garantía do cumprimento dos tratados e das resolucións emanadas dos organismos internacionais ou supranacionais ós que se lles cede o exercicio de competencias derivadas da Constitución (artigo 93 CE).

Isto quere dicir, que o cumprimento das obrigas que establece o dereito da Unión Europea atinxe a tódolos poderes internos, centrais e autonómicos, que deben de atendelas con ocasión do exercicio das súas respectivas competencias. En última instancia, a responsabilidade que se xere polo incumprimento dalgunha desas obrigacións impútaselle ó Estado, pero iso non altera as regras internas de distribución do poder que xa conteñen resortes suficientes para garanti-la observancia da Constitución. En suma, do artigo 93 CE non emanan para o Estado novas atribucións nin facultades extraordinarias en relación coas comunidades autónomas.

Polo que concirne á *dobre vertente da participación autonómica na formación da vontade estatal*, que constitúe a segunda parte do libro, parece cada vez máis estendida a opinión de que a participación autonómica nos asuntos europeos é de enorme importancia para que o desenvolvemento do Estado autonómico culmine nunha fórmula de conciliación moito máis ambiciosa e satisfactoria ca ata o de agora.

O exame do modo a través do cal as comunidades autónomas participan na formación da vontade estatal ante a Unión Europea e cooperan no exercicio das competencias afectadas polas decisións das institucións comunitarias é unha cuestión de estricteza interna. Outra cousa é que, en ocasións, a execución da vontade estatal así formada esixa dunha instrumentación xurídica a través do dereito internacional implicando, entón, o exercicio das competencias estatais en materia de relacións internacionais (artigo 149.1.3º CE).

Os instrumentos e as estruturas de participación nos órganos xerais do Estado serviron de plataforma eficaz para canaliza-la súa participación nos asuntos da Unión Europea. O caso español caracterízase polo desenvolvemento simultáneo da estrutura territorial do Estado e da súa adecuación á realidade comunitaria nun período de tempo moi curto. A intensidade da transformación da dita estrutura territorial é frecuentemente resaltada afirmando que España é o Estado máis descentralizado de Europa. Sen embargo, o avance na descentralización política non veu acompañado de fórmulas eficaces de integración das comunidades autónomas na organización estatal. Isto é, de participación directa e efectiva na formación da vontade do Estado. Tanto cando esta se projecta *ad intra* coma cando o fai *ad extra*.

Esta obra na súa terceira parte dedícase á análise da *inadecuación do Senado ó exercicio da función de representación territorial*, e nela o autor pon de manifesto que se atopa moi estendida a opinión de que, de acordo cos esquemas do constitucionalismo clásico, a regra xeral nos estados federais é que os estados membros gocen de autonomía constitucional, un acervo competencial determinado na norma suprema e unha privilexiada posición no proceso de reforma constitucional. Forma parte desa visión dos sistemas federais a idea de que a inte-

gración na estrutura xeral do Estado se traduza na organización do Parlamento estatal en dúas cámaras das cales unha, o Senado, teña como misión servir de canle de participación dos Estados membros na formación da vontade federal.

O caso español caracterízase porque a institucionalización da participación autonómica nas Cortes Xerais é moi débil xa que o noso Senado non é, a pesar do que diga o artigo 69.1 CE, unha cámara de representación territorial, nin na súa composición nin nas súas funcións. Polo menos, se o comparamos con aqueles sistemas. Así o puxo de manifesto a doutrina desde o primeiro momento e así se asumiu pola propia cámara afectada. Iso explica os intentos de dotala da dimensión territorial que se lle reclamaba.

Por regra xeral, as segundas cámaras non teñen xa unha función territorial, polo que está moi estendida entre nós a idea de que a garantía dunha fórmula participativa real e efectiva das comunidades autónomas no Senado é a clave non só para reducir e incluso evita-la conflictividade competencial, senón para articular, dunha maneira máis respectuosa co principio autonómico, o exercicio das competencias lexislativas do Estado nas materias compartidas coas comunidades autónomas. Trátase, polo tanto, de lle dar contido real a unha previsión do texto constitucional empregando o modelo que mellor se axusta a esa pretensión.

Non cabe dúbida de que a reforma da regulación constitucional do Senado é unha empresa de grande envergadura, tanto política coma xuridicamente, e que mentres non se concerte polas forzas políticas nunha proposta minimamente definida non se poderá concita-lo referendo cidadán que lle dea éxito.

A cuarta parte do libro refírese á *insuficiencia da cooperación ou encontro na esfera do poder executivo*. A cooperación intergubernamental e interadministrativa estableceuse con naturalidade nos estados compostos nos que se teceu unha tupida rede de relacións entre tódalas instancias territoriais. A cooperación articulouse como un eficaz complemento da participación institucional, unha fórmula de ordenación concorrente e coordinada de exercicio das competencias de cada ente.

O autor fai, neste punto, unha distinción entre cooperación e participación, e establece que a participación non existe sempre nin se verifica da mesma maneira e coa mesma intensidade e efectos, posto que iso depende de cada sistema concreto.

A transferencia de competencias constitucionais á Unión Europea ex artigo 93 CE reforza a idea da necesidade da participación autonómica na medida que o cumprimento do dereito que emana das súas institucións é unha obriga constitucional que, segundo a repartición de competencias interna, só as comunidades autónomas poden cumprir no seu respectivo territorio cando afecte as súas atribucións, tal e como ten declarado o Tribunal Constitucional na Sentencia 252/1988.

Nun caso coma o español, non hai outro remedio máis ca profundar primeiro na cooperación como paso previo á apertura de canles eficaces de participación.

Pero esa evolución require un cambio importante na orientación da política de cooperación seguida ata o de agora.

Esa política centrouse máis na obtención da colaboración autonómica no desenvolvemento e aplicación das políticas estatais ca no establecemento dos puntos de encontro entre o Estado e as comunidades autónomas para levar a cabo unha auténtica cooperación. O achegamento ás áreas de xestión das comunidades autónomas non tivo o propósito de ofrecerlles intervención no exercicio das competencias estatais, senón a de condiciona-la actuación autonómica en atención das orientacións que, segundo a interpretación do Estado, demandaba o interese xeral. Iso impediu que os órganos de cooperación serviran de foros de encontro para compartilas distintas orientacións e, respectando as competencias de cada un, buscar unha certa coordinación e sintonía.

Os mecanismos cooperativos quedaron enmarcados no ámbito do poder executivo e desenvólvense principalmente mediante as denominadas conferencias sectoriais. A pesar da súa configuración multilateral, a cooperación que se dá nelas é, case exclusivamente, vertical e segue tendo como propósito primordial darlle ó proceso autonómico unha dimensión menos conflictiva e, en menor medida, unha misión constructiva. As bases sobre as que se establece o seu funcionamento son: o alcance das competencias (de coordinación estatal, compartidas e concorrentes) e o principio de lealdade institucional.

A rede de conferencias sectoriais pode prepara-lo camiño cara a un modelo novo, plasmado no texto constitucional, que considere debidamente a participación e a cooperación. É posible que no caso español a historia se teña que percorrer en sentido inverso a outros estados compostos. É dicir, camiñando desde a cooperación á participación. Pero, de momento, a experiencia das conferencias sectoriais non permite afirmar que estean asentadas coma canle de participación nin que o seu funcionamento sexa verdadeiramente unha alternativa satisfactoria á reforma constitucional para lle dar ó Senado unha significación territorial que ata o de agora non ten nin pode ter. Pero se o conseguiran, se se consolidaran como alternativa, entón o que habería que facer é ofrecer un soporte constitucionalmente máis sólido a ese sistema, de xeito que quedaran plenamente garantidos, por unha banda, o principio autonómico e, pola outra, a efectiva intervención parlamentaria.

Segundo o autor, aínda admitindo que a institucionalización da participación autonómica deba partir da cooperación e da colaboración intergubernamentais, é inescusable a plasmación dos órganos e os procedementos que a fagan posible no texto constitucional. Isto fai ineludible, así mesmo, algunha actuación en profundidade sobre o Senado e, de maneira moi especial, na participación das comunidades autónomas na fixación das bases, normas básicas e contido básico das leis.

En suma, a heteroxeneidade ou asimetría competencial derivada do principio dispositivo, xunto coas insuficiencias da regulación constitucional do Senado e a confrontación entre dúas concepcións que se tachan respectivamente

de moi centralista e uniformista, a estatal, e de radicalmente envorcada á obtención, a calquera prezo, do máximo nivel de autogoberno, a autonómica, favoreceron un alto grao de reivindicación e conflictividade competenciais na primeira etapa do desenvolvemento autonómico, e crearon as condicións para que se rematara avogando pola substitución da participación autonómica pola cooperación interadministrativa.

Así, desde a invocación do principio de lealdade institucional, chegouse á conclusión de que a mellor solución para articula-la intervención das comunidades autónomas na intensa actividade do Estado, e, en especial, con respecto á Unión Europea, é canalizala a través dos órganos de encontro creados para coordina-las políticas sectoriais no ámbito interno. É dicir, óptase pola cooperación e non pola participación.

A necesidade de lle dar unha resposta a esa nova vertente da acción do Estado supuxo o redescubrimento das conferencias sectoriais. Uns órganos creados recentemente para garanti-la coordinación entre o Estado e as comunidades autónomas e a coherencia das súas políticas, acollidos, despois, pola Lei 30/1992, do 26 de novembro, do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, utilizáronse finalmente, con algunhas correccións como canle ordinaria de participación autonómica nos asuntos da Unión Europea.

A quinta parte desta obra trata da *Conferencia para asuntos relacionados coa Comunidade Europea como foro de cooperación*. Desde o punto de vista organizativo, o sistema de participación susténtase nunha estrutura de conferencias sectoriais. Cada unha delas correspóndese cunha ou varias das políticas comunitarias, establecéndose tamén a súa equivalencia coas distintas composicións que forman, en función das materias que hai que tratar, o Consello de Ministros da Unión Europea. A posición da CARCE² nesa estrutura era inicialmente igual á que teñen as demais conferencias, pero tralo Acordo de participación interna do 30 de novembro de 1994 (API), e de forma máis clara coa aprobación da Lei 2/1997, perdeu o seu carácter de conferencia sectorial e configurouse como eixe e motor do sistema. A tal fin asume o impulso e seguimento do funcionamento do conxunto de conferencias de acordo co sistema común deseñado no API. O seu ámbito de participación inclúe os aspectos institucionais da integración europea e é o foro de información e discusión do desenvolvemento do proceso de construción europea. Tamén se ocupa das materias que non estean asignadas a ningunha outra das numerosas conferencias sectoriais.

A sexta parte desta obra dedícase a trata-los *principios e regras de formación e concertación da posición negociadora inicial*. O funcionamento do sistema réxese polo Acordo de participación interna de 1994. Nel establécense os principios e regras do procedemento marco que se deben desenvolver en cada unha das conferencias sectoriais. Con respecto ós principios, establécese o deber re-

² Conferencia para asuntos relacionados coas comunidades europeas.

cíproco de información de tódolos intervenientes no modelo. Tamén se establece unha cautela con respecto ós efectos orzamentarios que poden derivarse das posicións comúns que haberán de contar co acordo do Estado.

Na sétima parte do libro, o autor fai unha valoración crítica do modelo vi-xente. O autor considera neste apartado que o modelo instaurado é moi complexo, tanto na vertente estrictamente organizativa coma na funcional. Baséase na idea de que a participación nos asuntos europeos debe producirse na mesma sede e ó mesmo tempo que se concertan as políticas sectoriais e de acordo coa repartición de competencias que resulta do bloque da constitucionalidade.

A tendencia natural da dinámica de funcionamento das conferencias, que non en van son sectoriais, é atender primeiro os problemas máis inmediatos, os que máis preocupan o sector e, ademais, desde a posición competencial predominante que, na maioría dos casos, é a da Administración do Estado. É dicir, que en lugar de poñer en primeiro plano da actividade das conferencias sectoriais a valoración da vertente europea de cada asunto con respecto ós demais aspectos que deban resolver para logralos resultados esperados para os efectos internos, o normal é que suceda ó revés. Nesas condicións pérdese por completo a visión de conxunto.

Este feito é suficiente por si mesmo para priva-la cooperación pretendida do sentido político que reclama a participación. Esta queda diluída e, incluso, sub-ordínase ós intereses sectoriais das conferencias. Por outro lado, o sistema, para funcionar minimamente ben, require uns fluxos de información, un impulso e unha coordinación entre un elevado número de conferencias e partícipes, que é case imposible de obter. En definitiva, a fragmentación prima sobre a unidade e a dispersión sobre a coherencia real do sistema.

En segundo lugar, as lagoas son tamén importantes, xa que sendo a formación da denominada «posición común» unha das claves do procedemento de concertación das vontades participantes, non se define o que se entende por tal. Á vista do seu teor literal parece que non se refire á común coincidencia no fondo, senón a que haxa unha posición definida nuns termos concretos e que estea sustentada polo conxunto das comunidades autónomas.

Segundo o autor a participación non debe basearse no criterio competencial senón no do interese económico. Ámbolos dous criterios non están chamados a contraponerse senón a ser complementarios. A complementariedade entre interese e competencia consiste en que esta última serve de índice ou expresión da existencia dun interese autonómico. Por iso, sempre que haxa un título competencial haberá que admitir que concorre un interese autonómico que debe ser satisfeito dalgún modo. Pero é unha complementariedade limitada, xa que non tódolos intereses se teñen que traducir necesariamente en competencias.

En definitiva, hai que entender que o interese autonómico habilita a intervención das comunidades autónomas, sempre e cando a actuación do Estado incida dalgún modo nas garantías constitucionais e estatutarias que dan forma e preservan a autonomía, nas regras e principios que serven para a proxección da

comunidade na organización integral do Estado, ou no cumprimento de calquera disposición estatutaria.

A crítica ó modelo de cooperación actualmente en funcionamento esténdeselles ó valor e ós efectos xurídicos dos acordos da CARCE e das conferencias sectoriais que non se formalicen como convenios. Este modelo concíbese como un sistema en construción que debe ir adaptándose ás novas necesidades e ós ritmos da cooperación. Fuxiuse, deste xeito, dunha formalización xurídica que podería erixirse nun corsé para o seu desenvolvemento. En consecuencia, o que se debe procurar é a conciliación e a integración entre ámbolos dous, un reforzamento mutuo e non a exclusión dun en prexuízo do outro.

O principio autonómico³, cando entra en contacto coa integración europea, provoca unha reacción que dá como síntese o principio de participación efectiva das comunidades autónomas nos asuntos europeos. Este é un principio que responde a outro moito máis profundo, como é o da conservación da Constitución, e que se sitúa nun plano moi distinto ó da mera colaboración ou ó da consideración illada do réxime de competencias de cada materia. Por iso, a preservación do principio de participación efectiva, xurdido da contraposición entre as esixencias da integración europea, non é senón a mesma preservación do principio constitucional de autonomía, a salvagarda do cal é esencial para mantelo equilibrio básico en que se apoia a organización territorial do poder na Constitución de 1978.

A importancia que ten a participación autonómica nos asuntos europeos debe contar cun mínimo reflexo na Constitución. Unha materia de tal entidade non pode discorrer indefinidamente á marxe da norma fundamental. Isto non admite dúbida ningunha. Pola súa relación directa coa participación nos asuntos exclusivamente internos, o lóxico é que ámbalas dúas cuestións foran tratadas co mesmo criterio e, a ser posible, simultaneamente. Agora ben, a reforma constitucional do Senado ou a creación dun órgano constitucional distinto, quizais un consello semellante ó *Bundesrat* alemán non é abordable nestes intre, e unha cousa non ten sentido sen a outra. Sen embargo, cabería formula-la posibilidade de que o primeiro paso fora precisamente unha modificación da Constitución destinada a ordena-lo proceso de formación da vontade estatal perante a Unión Europea. Asentada a fórmula, ó mellor poderíase acomete-la outra reforma. Pero, se nos poñemos a meditar cómo se inseriría no sistema constitucional en vigor o modelo alternativo suxerido, vólvese suscita-la necesidade de vinculalo dalgún xeito ó Senado, co cal volvemos ó principio.

Por todo isto, probablemente non haxa outro remedio que acudir a unha nova lei pero cunha inspiración e unha elaboración moi distintas ás que se veñen seguindo ata o de agora. En primeiro lugar, é preciso potencia-lo principio máis ameazado polo efecto da integración que é o autonómico.

³ ALBERTÍ.

A potenciación do principio autonómico de cara á preparación dunha futura reforma constitucional podería lograrse mellor confiándolle á CARCE actual a elaboración do contido da lei que substitúa a 2/1997. Unha vez acordado o seu contido polas comunidades autónomas e o Estado, o texto da nova norma someteríase á aprobación das Cortes polo procedemento de lectura única en cada unha das dúas Cámaras. Dese xeito, a lei nacería cunha lexitimación territorial e democrática de grande importancia e utilidade para o funcionamento do sistema. En definitiva, o mesmo procedemento de elaboración da lei expresaría simbolicamente as potencialidades dun modelo territorial máis integrado có que houbo ata o de agora.

Trátase de pasar dun modelo de participación indirecta, no que o Goberno central monopoliza a representación da posición negociadora estatal, a un modelo de participación efectiva e, en consecuencia, directa das comunidades autónomas na esfera do executivo comunitario.

O sistema de participación das comunidades autónomas na formación da vontade estatal foi desde o principio indirecto. O Estado reservouse a totalidade das actuacións que se deben realizar ante a Comisión e o Consello de Ministros por entendela incluídas na súa competencia en materia de relacións internacionais e de salvagarda do interese xeral de España. O Acordo de participación interna de 1994 descansa nesa fórmula e exclúe expresamente a incorporación de representantes autonómicos nas delegacións españolas ante a Unión Europea.

Sen embargo, as demandas autonómicas, que inicialmente se centaban na consecución dun observador autonómico ó estilo do alemán, foron evolucionando ata reclamar unha presenza directa nas mencionadas delegacións e, en xeral, en tódolos comités e grupos de traballo da comisión e do Consello de Ministros.

A presenza directa na maquinaria comunitaria e, en particular, nos órganos decisorios, contribúe a impulsar e dinamizar a construción europea e, en certo modo, a achegárllela ós cidadáns, posto que é evidente a maior proximidade que teñen para eles as institucións autonómicas.

O afán autonómico por lograr a súa presenza no consello é lóxico xa que este é o órgano que ten, por si mesmo ou en decisión conxunta co Parlamento Europeo, a competencia para adoptar as principais decisións comunitarias que logo condicionan o exercicio do poder de execución pola comisión e os comités de seguimento desta.

A posición estatal é de resistencia fronte á participación directa das comunidades autónomas no Consello da Unión Europea, e de estancamento, o cal pode explicar que a CARCE se vira desbordada polos acontecementos. Así, a pesar de que a Lei 2/1997 potenciara o seu papel impulsor da participación e de que aínda non se valorara o resultado da experiencia da apertura á participación nos comités da comisión, as forzas políticas nacionalistas que promoveron a aprobación daqueles acordos, deron un impulso decisivo nesta materia.

Desde a perspectiva autonómica considérase que a titularidade do conxunto

das competencias que asumiron estatutariamente trae como consecuencia natural o dereito a intervir directamente en calquera foro no que se tomen decisións que poidan afectalas dalgún xeito, incluídos, por suposto, os comunitarios europeos. A súa postura difire da estatal na maior amplitude que lles dan ás competencias exclusivas autonómicas. A súa interpretación é que teñen ese carácter cando o bloque da constitucionalidade lles confía o exercicio de determinadas funcións ou potestades sobre unha materia concreta, con exclusión da intervención do Estado e con independencia de que este teña atribuídas outras funcións distintas sobre a mesma materia.

A determinación de cando se ven afectadas as «competencias exclusivas» das comunidades autónomas, criterio sobre o que xiran os acordos parlamentarios de marzo de 1998, debe facerse mediante unha interpretación ampla, inspirada no principio de participación efectiva, que descansa no interese autonómico na materia de que se trate. Sempre que se poida acreditar a existencia dese interese, poderase xustificar a participación directa na delegación española ante a Unión Europea dos representantes autonómicos.

Para constatar a existencia dese interese non será imprescindible alegar a titularidade de competencias nas materias ás que se refiran os asuntos de que se trate. Non obstante, hai que dicir que para o establecemento inicial da participación directa requírese un certo grao de competencia que reforce e concrete os intereses autonómicos presentes. A intensidade de tal interese virá dada polo *nivel de competencias* que na materia concreta asumira cada comunidade autónoma.

O autor reflexiona sobre a finalidade desta obra no seu epílogo. A dita finalidade non é outra cá contribución teórica necesaria para ampliar a perspectiva e proporcionar un coñecemento máis profundo e máis nítido da realidade e para liberar-lo debate en torno a ela dos prexuízos e das imaxes sobre os atributos e o significado da forma estatal que veñen obstaculizando a evolución do reiterado modelo cara a fórmulas máis integradoras na esfera interna e máis integradas no proxecto de construción europea no que todos estamos inmersos.

O autor manifesta ser consciente de que a argumentación exposta nesta obra, bate coa mentalidade que aínda impera en determinados ámbitos das institucións do Estado. De feito, non se aceptou a posición común presentada polas comunidades autónomas, posición que defendía a presenza directa das comunidades autónomas nos consellos de ministros sempre que se visen afectadas as súas competencias, e que fora apoiada por 14 comunidades autónomas.

De tódolos xeitos, o autor cre que finalmente esas reticencias cederán e será posible atopar unha fórmula de equilibrio e conciliación entre os intereses polos que debe vela-lo Estado e os que deben atender-las comunidades autónomas. A consecución dunha solución harmónica resultará máis sinxela e satisfactoria se se utiliza como referencia o criterio do interese.

Así mesmo, pon de manifesto que o maior protagonismo que iso lles daría ás comunidades autónomas non significaría o acantoamento ou postergación do

Estado, a función do cal está plenamente salvagardada polo ordenamento constitucional. Tan só suporía a fin da marxinação que por diversos motivos están a sufrir aquelas e a completa asunción das responsabilidades que constitucionalmente lles corresponden. 

Isabel Castiñeiras Bouzas

Avogada



NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografiadas a dobre espacio nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folla á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Inclúiranse co título do artigo catro ou cinco descritores a través dos que se poida clasifica-lo 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 folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

Libros:

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

Artigos:

AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remitiranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismos, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegaranse o enderezo postal e o teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

Revista Galega de Administración Pública

EGAP

Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela.
Galicia. España.



CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA