



Revista Jurídica de la **Comunidad de Madrid**

N.º 12
Enero
Abril
2002



Revista **JURÍDICA** *de la* **Comunidad de Madrid**

N.º 12 Enero-Abril

Año 2002

Estudios

La defensa de las Administraciones Públicas en la nueva justicia administrativa

La justicia penal y la Unión Europea. Convenios existentes. Especial consideración del espacio Schengen

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Comentarios

Comunidades Autónomas y Administración consultiva. La Disposición Adicional 17.ª de la Ley 30/1992

Los registros territoriales de la propiedad intelectual: régimen jurídico y problemática

Las vías pecuarias y su régimen jurídico en la Comunidad de Madrid

Las partes en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Selección de dictámenes

Recensiones

**Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid.
Primer cuatrimestre 2002**

R. 1395



NORMAS DE PUBLICACION

Revista de la Comunidad de Madrid
Publicación de la Biblioteca Regional de Madrid

19 AGO 2002

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 12. Enero-Abril 2002

ISSN 1135-1802
CODEN RJMAD
Deposito Legal: M. 1000-1987

**Directora:**

Alicia Sánchez Cordero
 Directora General de los Servicios Jurídicos
 alicia.sanchez@madrid.org

Subdirectora:

Alejandra Frías López
 Letrada del Servicio Jurídico Central
 alejandra.frias@madrid.org

Edita:

Consejería de Presidencia
 de la Comunidad de Madrid
 Puerta del Sol, 7, 28013 Madrid

Imprime:

Imprenta del organismo autónomo
 Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:
<http://www.comadrid.es> o www.madrid.org

Puede accederse a ella dentro de «Presidencia» o, directamente, en
http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/index.htm o
http://www.madrid.org/pres_serv_juridicos/revista_juridica/index.htm

Y en Intranet:

http://infomadrid/pres_serv_juridicos/revista_juridica/index.htm

Tirada: 760 ejemplares
 Edición: 06/02
 I.S.S.N.: 1139-8817
 Depósito legal: M-6.420 - 1999

NORMAS DE PUBLICACIÓN**Estudios**

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica cualesquiera trabajos inéditos que no estén publicados o pendientes de publicación. La dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación comunicando a los autores el número en el que se incluirán. Tendrán preferencia todos aquellos trabajos que directa o indirectamente se relacionen con la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán aparecer en cualquier otra publicación, previa autorización de la dirección de la misma. Los que no se publiquen no serán devueltos, salvo que se solicite por escrito.

Los trabajos se remitirán en papel, por una sola cara, y en disquete, preferentemente en el sistema Word o WordPerfect, acompañando una hoja aparte en la que se hará constar el título del trabajo, el nombre del autor, profesión, dirección, NIF, número de teléfono, fax y/o correo electrónico.

No se enviarán pruebas de corrección a los autores por lo que los trabajos deben presentarse en su versión definitiva.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados en la cuantía que se establezca por la dirección conforme a la disponibilidad presupuestaria y recibirán tres ejemplares de la Revista.

Recensión 229

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer trimestre 2002 233

LA DEFENSA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

POR

JOSÉ RAMÓN RODRÍGUEZ CARBAJO¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DEFENSA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 1. La postulación ejercida exclusivamente a través de Cuerpos funcionariales. 2. La postulación ejercida de forma no exclusiva por Cuerpos funcionariales. 3. La postulación de las Administraciones Públicas en la práctica. III. EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA. 1. Cuando al demandante no le interesa que se reclame el expediente administrativo. 2. La celebración de vista. IV. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO. 1. ¿Cómo accederán los Letrados de las Administraciones Públicas al expediente administrativo? 2. Hay demanda, pero no contestación a la misma. V. EL RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO EN LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. 1. El escrito de preparación: necesidad de modificar los criterios seguidos para su elaboración por los Letrados de las Administraciones Públicas. 2. Cuestiones nuevas. 3. Imposibilidad de revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal *a quo*: necesidad de que los Letrados de las Administraciones Públicas presten un especial interés a la fase probatoria. VI. EL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY. 1. La constancia en la copia certificada de la sentencia impugnada de la fecha de su notificación: una obligación ajena cuyo incumplimiento se hace recaer sobre los Letrados de las Administraciones Públicas. 2. ¿Cuándo puede considerarse errónea una sentencia a efectos del recurso de casación en interés de la Ley? VII. LA EXTENSIÓN A TERCEROS DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS. 1. Más asuntos a despachar por los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas: un recurso contra actos consentidos y firmes y ejercitando derechos ya prescritos. 2. La problemática intervención de los Letrados de las Administraciones Públicas. VIII. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. 1. La Ley 62/78: su repetición en los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas. 2. La Circular de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 30 de septiembre de 1985. 3. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de febrero de 1987. 4. La nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. IX. LAS MEDIDAS CAUTELARES. 1. El problema de la ejecutividad de las resoluciones administrativas durante el tiempo que transcurre desde la notificación del acto que agota la vía administrativa hasta la conclusión del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo. 2. Cuando la falta de comparecencia de las Administraciones Públicas determina que la LJ prescinda de los Letrados de aquéllas. 3. Cuando la falta de personación de las Administraciones Públicas no determina que la LJ prescinda de los Servicios Jurídicos de aquéllas. X. INCIDENCIA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 1. Alegaciones previas: se introduce una innecesaria vista. 2. Costas: se complican los procedimientos de impugnación. 3. Otras cuestiones. XI. EPILOGO.

I. INTRODUCCIÓN

La llamada modernización de la Justicia en el orden contencioso-administrativo ha de considerarse sustancialmente concluida en el plano legislativo, tanto en su vertiente orgánica como en la procesal.

¹ Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo.

La nueva justicia administrativa es aquella que se inicia con la entrada en vigor de la vigente Constitución y tiene como hitos básicos —expuestos cronológicamente— los siguientes: la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (en adelante, LPJDF); la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal (en adelante, LMURP) que introdujo los recursos de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJ) y, por último, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

Es objeto de este trabajo señalar sólo algunos de los aspectos de esta nueva justicia administrativa que mayor incidencia han tenido y tendrán en el desempeño de la función de representación y defensa en juicio encomendada a los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas. Para ello comenzaremos realizando una breve referencia al sistema de postulación adoptado por las distintas Administraciones Públicas para su actuación ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo.

II. LA DEFENSA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El art. 24 de la LJ constituye una norma de mera remisión a lo dispuesto sobre esa materia en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones públicas, así como a lo establecido en las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas.

Seguidamente vamos a dar sólo una idea general de los sistemas de postulación de las Administraciones Públicas, pues excedería de la finalidad de este trabajo analizar las matizaciones que podrían hacerse respecto a cada Administración Pública en particular².

Vamos a distinguir según que la postulación sea ejercida exclusivamente o no a través de los Cuerpos de Letrados integrados en los Servicios Jurídicos de las distintas Administraciones Públicas.

² Las normas básicas sobre esta materia son las siguientes: el art. 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, la Ley de asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas de 27 de noviembre de 1997, el Decreto de 25 de junio de 1994 respecto a las entidades públicas empresariales estatales, las Leyes reguladoras de los Servicios Jurídicos en las distintas Comunidades Autónomas y el art. 212.2 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales aprobado por Decreto de 28 de noviembre de 1986.

1. La postulación ejercida exclusivamente a través de Cuerpos funcionariales

En tal supuesto se encuentran, la Administración del Estado y sus organismos autónomos, los órganos constitucionales (excepto las Cortes Generales y, por extensión, la Junta Electoral Central), así como la Agencia Estatal de Administración Tributaria. La representación y defensa ante los Tribunales de todos esos Entes está encomendada a los Abogados del Estado.

También siguen este sistema las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. La postulación de las mismas es ejercitada por sus respectivos Cuerpos de Letrados.

2. La postulación ejercida de forma no exclusiva por Cuerpos funcionariales

Aquí se incluyen, las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas y sus organismos autónomos, así como la Administración de la Seguridad Social y los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. La representación y defensa en juicio de esas Entidades corresponde a los Letrados que sirven en los Servicios Jurídicos de dichas Administraciones Públicas, salvo que la encomienden a Abogado colegiado especialmente designado al efecto.

Respecto a los Entes Locales, rige el mismo sistema de postulación, si bien algunas Comunidades Autónomas han regulado la posibilidad de que la defensa de los mismos sea asumida por sus Servicios Jurídicos.

En cuanto a las llamadas entidades públicas empresariales, salvo que sus disposiciones específicas establezcan otras previsiones al efecto, su postulación podrá ser asumida por los Abogados del Estado (cuando esas entidades sean estatales) o por los Letrados de los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas (cuando esas entidades estén adscritas a las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas), siempre que se haya formalizado el oportuno convenio al respecto.

3. La postulación de las Administraciones Públicas en la práctica

Como acabamos de exponer, hay determinadas Administraciones Públicas y Órganos Constitucionales que necesariamente han de ser

representadas y defendidas en juicio por medio de los Cuerpos funcionariales que tienen asignada esa misión.

Pero incluso respecto a las demás Administraciones Públicas, hemos de decir que, en la práctica, resulta excepcional el uso que las mismas hacen de la posibilidad de designar Abogado colegiado que las represente y defienda ante los Tribunales, quedando de hecho limitado ese medio de postulación a algunas Corporaciones Locales y entidades públicas empresariales.

Las páginas que siguen están especialmente pensadas para los supuestos en que la representación y defensa de las Administraciones Públicas es ejercida por medio de Letrados integrados en Cuerpos funcionariales.

III. EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

A los efectos pretendidos con este trabajo, destacaremos dos aspectos de la regulación del procedimiento ordinario en la nueva LJ; de una parte, la incidencia que en la contestación a la demanda va a tener la falta del expediente administrativo cuando el actor inicie su recurso directamente con la demanda y, de otra, el nuevo régimen establecido para la celebración de vista.

1. Cuando al demandante no le interesa que se reclame el expediente administrativo

Doctrina y jurisprudencia destacaron siempre la importancia que para el proceso contencioso-administrativo tenía la presencia física del expediente administrativo, de tal modo que se afirmaba que sin la existencia del expediente no podía concebirse el proceso contencioso-administrativo y de aquí que se considerase la desaparición del expediente administrativo como uno de los modos de terminación anormal del proceso.

Pues bien, ahora resulta que según la nueva LJ no se reclamará el expediente cuando el actor tenga por conveniente iniciar el recurso con demanda (art. 48.2) y sólo cuando el proceso tuviere por objeto una disposición de carácter general, el Tribunal podrá recabar de oficio o a petición del actor —nunca a iniciativa del Abogado de la Administración Pública— el expediente de elaboración, pero incluso en ese

caso no se da traslado del mismo al Letrado de la Administración Pública, sino que se pondrá de manifiesto por cinco días para alegaciones (art. 48.5).

De modo que p. ej. cuando un recurso contra un acto administrativo sea extemporáneo, el recurrente podrá iniciar éste en virtud de demanda, con la seguridad de que en las actuaciones no figurará un expediente administrativo en el que conste la fecha de notificación del acto impugnado y en base al cual el Letrado de la Administración Pública pudiera alegar la extemporaneidad del recurso.

Contrastan esas facultades libérrimas concedidas al demandante con el severo régimen que se aplica al Letrado de la Administración Pública, al cual —en los casos en que la demanda se hubiere formalizado sin haberse recibido el expediente administrativo— no se le admitirá la contestación si no va acompañada de dicho expediente (art. 54.1).

2. La celebración de vista

Las vistas suponen un obstáculo importante para la labor de los Letrados de las Administraciones Públicas, éstos —en general— se encuentran agobiados por el número de asuntos que tienen que despachar y no disponen del tiempo que necesita la preparación y asistencia a aquéllas.

La nueva LJ establece que *«las partes podrán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia»* (art. 62.1). Aparte del infrecuente supuesto de que exista una solicitud coincidente de las partes sobre la forma de evacuar ese trámite, basta que lo solicite el demandante (no así el Letrado de la Administración Pública, a menos que se haya practicado prueba) para que el Tribunal deba acordar la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas (art. 62.3).

Ahora bien, la cuestión fundamental que plantea ese precepto consiste en saber si la petición del demandante vincula también al Tribunal en cuanto a la fórmula elegida —vista o conclusiones— para evacuar ese trámite. Hasta el momento, la Sala Tercera del Tribunal Supremo viene entendiendo que la petición del recurrente vincula al juzgador sólo en cuanto a la apertura del trámite, mas no en cuanto a la fórmula concreta (vista o conclusiones) a través de la cual se evacuará ese trámite; por tanto, el órgano jurisdiccional —aunque el

demandante haya pedido la celebración de vista— podrá optar por la formulación de conclusiones escritas.

IV. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Este proceso ha sido creado por la nueva LJ y de su regulación nos interesa destacar, de una parte, la confusa situación en que ha quedado el modo a través del cual las partes tomarán conocimiento del expediente administrativo y, de otra, la ausencia de contestación a la demanda.

1. ¿Cómo accederán los Letrados de las Administraciones Públicas al expediente administrativo?

El art. 78.4 de la LJ dice que «recibido el expediente administrativo, el Juez lo remitirá al actor y a los interesados que se hubieren personado para que puedan hacer alegaciones en el acto de la vista».

Como dice don Jesús GONZÁLEZ PÉREZ¹, la redacción de ese precepto no puede ser más imprecisa.

Hay hasta cinco posibles interpretaciones de ese artículo:

Una primera, ajustada al tenor literal del precepto, consistiría en entender que el Juzgado ha de dar traslado del expediente original recibido de forma sucesiva a las partes. Al no fijarse plazo por la LJ, habría que distribuir el tiempo que faltase hasta la celebración de la vista entre las partes demandante y demandada.

Una segunda interpretación sería entender que el trámite es simultáneo para todas las partes, con lo cual se pondría de manifiesto el expediente en Secretaría.

Una tercera interpretación sería la anterior (puesta de manifiesto del expediente a las partes) pero con la posibilidad prevista en el art. 54.3 LJ de pedir copia del mismo, con los gastos a cargo de quien la pida.

Una cuarta interpretación vendría representada por la posibilidad de que, de oficio, el propio Juzgado sustituyera la remisión del expediente original por la remisión de copia del mismo a las partes.

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Ed. Civitas, 1998, 3.ª edición, pág. 1.443.

Finalmente, una quinta interpretación consistiría en entender que el legislador ha prescindido del traslado del expediente administrativo al Letrado defensor de la Administración Pública demandada y que cuando habla de «los interesados que se hubiesen personado» se está refiriendo únicamente a los interesados distintos del actor previstos en el art. 49 de la LJ.

En la práctica seguida en los Juzgados de lo contencioso-administrativo de diversas poblaciones, nos hemos encontrado con aplicaciones de la segunda, cuarta y quinta interpretaciones que acaban de exponerse. Por tanto, —salvo en aquellos Juzgados que siguen la cuarta interpretación— a los Letrados de las Administraciones Públicas no se les da traslado del expediente administrativo y tienen que acudir a Secretaría cada vez que quieran examinarlo, con la posibilidad de que ni siquiera allí se encuentre si el mismo ha sido entregado al demandante. Si efectivamente prevaleciesen esas interpretaciones, sería aconsejable que se elaborasen las pertinentes normas o instrucciones para que cada vez que un órgano de las Administraciones Públicas remitiese un expediente administrativo para surtir efectos en el procedimiento abreviado, enviase una copia del mismo a los Servicios Jurídicos encargados de su defensa ante el Juzgado.

2. Hay demanda, pero no contestación a la misma

En el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados sobre la nueva LJ, antes de su paso por el Senado, se preveía la contestación a la demanda con carácter previo a la celebración de la vista⁴. Sin embargo, la posibilidad de que los Letrados de las Administraciones Públicas pudiesen contestar a las demandas debió parecer excesiva a unos legisladores poco proclives en esa ocasión a no entorpecer la defensa jurídica de los intereses públicos; de ahí que en el texto definitivo del art. 78 se suprimiese la contestación a la demanda.

En consecuencia, mientras el recurrente puede exponer sus pretensiones con la claridad, amplitud y comodidad característicos de la escritura, el Letrado de la Administración Pública no va a tener esas mismas oportunidades y su intervención se reducirá a las alegaciones

⁴ El art. 78.3 de ese texto decía que: «El Juzgado dará traslado de la demanda a la Administración demandada para que, en el plazo de quince días, la conteste y proponga los medios de prueba que a su derecho convengan». *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 70-12, de 8 de abril de 1998.

proferidas oralmente en el acto de la vista, de las cuales se reflejará en el acta un «breve resumen» (art. 78.21.b) LJ) que, en la práctica, no es ni siquiera ese breve resumen y que plantea no pocos problemas para un ejercicio efectivo de la defensa jurídica, tanto en la instancia como en la interposición de recursos.

Para intentar poner remedio a esa situación, algunos Letrados de las Administraciones Públicas —con evidente exceso de celo— aportan en el acto de la vista una denominada «minuta», que no es sino un escrito que contiene la contestación a la demanda y que se incorpora al acta del juicio.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La LMURP introdujo el recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Su regulación ha sido sustancialmente mantenida en la nueva LJ⁵.

Para la finalidad del presente estudio interesa destacar, en primer lugar, los efectos que en los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas ha producido y sigue produciendo la interpretación jurisprudencial de los arts. 86.4 y 89.2 de la LJ en cuanto al escrito de preparación.

En segundo lugar, analizaremos el régimen que en el recurso de casación tienen las cuestiones nuevas y la valoración de los elementos probatorios de la instancia, por contraposición al tratamiento que esos temas tenían en el recurso de apelación.

1. El escrito de preparación: necesidad de modificar los criterios seguidos por los Letrados de las Administraciones Públicas para su elaboración

El art. 86.4 de la LJ dispone que «Las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los

⁵ La exposición más completa de la jurisprudencia recaída acerca del recurso de casación contencioso-administrativo es la de GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: «El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio sistemático y jurisprudencial», Ed. Aranzadi, 1996.

Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora».

Por su parte, el art. 89.2 de la LJ dice que «En el supuesto previsto en el artículo 86.4, habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia».

El sentido lógico de esos preceptos no puede ser otro que el ya expuesto en relación a los preceptos análogos de la LMURP por la buena jurisprudencia. Así, por ejemplo, se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1994: «El recurrido opone que no se ha justificado conforme al art. 96.2 de la LJCA que haya sido relevante y determinante del fallo de la sentencia recurrida la infracción de una norma no emanada de órganos de la Comunidad Autónoma, pero tal causa de inadmisión ha de rechazarse porque falta el presupuesto que para su aplicación exige el art. 93.4 LJCA, que el proceso verse sobre actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas».

En la misma línea, dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ que en el escrito de preparación del recurso de casación habrá de justificarse el carácter relevante y determinante de la infracción de la norma estatal que se denuncia cuando el acto o disposición inicialmente impugnados procedan de una Comunidad Autónoma⁶.

Sin embargo, el Tribunal Supremo va a abandonar esa interpretación y a sustituirla por otra difícilmente conciliable con los vigentes principios constitucionales y procesales. En esencia, esa nueva doctrina viene a decir que el recurrente ha de justificar siempre —con independencia de la Administración Pública autora del acto o disposición impugnado— en su escrito de preparación del recurso de casación que la infracción de una norma no emanada de los órganos de una Comunidad Autónoma ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia, con expresión de cómo, por qué y de qué forma ha influido y ha sido determinante del fallo recurrido, no siendo suficiente, al respecto, la mera cita de las disposiciones que se consideran infringidas (por todos, sentencias de 8 de mayo y 2 y 18 de octubre de

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Curso de Derecho Administrativo», vol. II, Ed. Civitas, 7.ª edición, 2000, pág. 667.

2000 o auto de 16 de febrero de 2001); asimismo, expone esa nueva doctrina que los defectos en que incurra el escrito de preparación respecto de esa exigencia de justificación no son subsanables en el posterior escrito de interposición (sentencias de 22 de julio y 18 de octubre de 2000, entre muchas otras resoluciones).

Se trata de una interpretación que choca con los principios constitucionales derivados de la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, entre ellos el que impone la exigencia de proporcionalidad entre la causa legal de inadmisión y el resultado a que la misma conduce⁷. El Tribunal Supremo dice que su postura se encuentra corroborada por el Auto del Tribunal Constitucional nº. 3/2000, de 10 de enero, mas lo cierto es que ese Auto da por sentado que el artículo 93.4 de la LJCA (versión de 1992) debe jugar únicamente cuando en la instancia se han impugnado actos o disposiciones emanados de las Comunidades Autónomas —en ese caso se trataba de un recurso que versaba sobre una Orden dictada por la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de la Comunidad Autónoma de Murcia— y aun en ese supuesto con un voto particular que contiene unos argumentos difícilmente rebatibles. Las recientes sentencias del Tribunal Constitucional núm. 181/2001, de 17 de septiembre, y núm. 230/2001, de 26 de noviembre, se refieren también de forma exclusiva a recursos de casación interpuestos contra actos emanados de Comunidades Autónomas.

Las consecuencias de esa nueva concepción jurisprudencial pueden verse en los cientos de resoluciones judiciales inadmitiendo recursos de casación preparados por los Servicios Jurídicos de las distintas Administraciones Públicas, en muchos de los cuales se ventilaban intereses generales importantes. No tenemos constancia de que ninguna Administración Pública haya recurrido en amparo alguna de esas decisiones. En todo caso, si se quiere detener el flujo de inadmisiónes, será necesario que los Letrados de las Administraciones Públicas encargados de redactar los escritos de preparación abandonen la postura tradicional de considerar a tales escritos como de trámite a elaborar mediante modelos formularios y pasen a considerarlos como escritos de interposición reducidos, que contengan un

⁷ Esa interpretación jurisprudencial es aceptada por SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., en su monumental obra *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Ed. Bosch, 1999, tomo VI, vol. 1.º, págs. 193 y ss.; esos autores se basan en argumentos que no compartimos pero su análisis excedería de los límites de este trabajo.

análisis de las cuestiones debatidas en la sentencia y un juicio sobre la relevancia que las normas de Derecho estatal han tenido en el fallo recurrido.

2. Cuestiones nuevas

La jurisprudencia sobre el recurso de apelación contencioso administrativo entendía que, en general, no existía la posibilidad de alegar *ius novorum*, pues respecto de él era preclusiva la primera instancia respecto de la segunda (por todas, STS de 23 de abril de 1977). Sin embargo, esa doctrina jurisprudencial se matizaba en relación a las causas de inadmisibilidad al entender que no debía ser óbice para que en la segunda instancia se invocase una causa de inadmisibilidad la circunstancia de que no se hubiera alegado en la primera, dado que las hipótesis previstas en los diferentes apartados del art. 82 de la LJCA son presupuestos legales para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, siendo susceptibles de apreciación con la máxima amplitud en el momento de dictar sentencia, sin discriminación de instancias (por todas, STS de 1 de julio de 1974 y 10 de marzo de 1977). Asimismo, la competencia del Tribunal *ad quem* era plena en los casos de nulidad de pleno derecho o vicios de procedimiento apreciables de oficio, aunque los mismos no hubieran sido planteados por las partes en la instancia ni abordados en la sentencia recurrida (por todas, STS de 23 de junio de 1989).

Quiere ello decir que el Abogado de la Administración Pública encargado de defender un asunto en la instancia podía hacerlo con la seguridad que daba la existencia de una segunda oportunidad en el recurso de apelación para corregir, al menos, una parte de las eventuales omisiones que hubieran podido producirse en la defensa del recurso ante el Tribunal *a quo*. Así, si no se había alegado la extemporaneidad del recurso o un defecto de representación o un vicio procesal, cabía que ello fuese subsanado en el posterior recurso de apelación.

Todo esto ha desaparecido con el recurso de casación. Éste no constituye una nueva instancia, sino un recurso extraordinario que sólo puede ampararse en uno de los concretos motivos establecidos en la LJ, sin que invocando uno de esos motivos taxativos sea posible introducir en el debate cuestiones no alegadas en la instancia (por todas, STS de 28 de abril de 1997 y 3 de febrero de 1998).

3. Imposibilidad de revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal *a quo*: necesidad de que los Letrados de las Administraciones Públicas presten un especial interés a la fase probatoria

La LJCA de 1956 concebía el recurso de apelación como ordinario y en él los poderes del órgano *ad quem* no se encontraban limitados, hasta el punto de corresponderle el total conocimiento del asunto planteado en el litigio en términos tales que le facultaban para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio.

Sin embargo, en el recurso de casación —con matices que exceden de este trabajo— han de respetarse los hechos de la resolución impugnada, siendo inadmisibile la casación cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias (por todas, STS de 19 y 22 de enero de 1994).

Ello impone que los Letrados de las Administraciones Públicas que actúen ante los Tribunales Superiores de Justicia y ante la Audiencia Nacional presten una atención especial a las actividades probatorias —tradicionalmente desatendidas por los mismos—, ya que los hechos fijados en las resoluciones judiciales de esos Tribunales no van a poder ser combatidos en el ulterior recurso de casación.

VI. EL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

La LMURP sustituyó el recurso de apelación en interés de la Ley por el de casación del mismo nombre. Si bien este recurso no figuraba en el inicial proyecto del Gobierno sobre la nueva LJ, finalmente fue recogido en los arts. 100 y 101.

Dado el objetivo perseguido con este trabajo, destacaremos de este recurso, de una parte, la novedosa exigencia de que en la copia certificada de la sentencia impugnada conste la fecha de su notificación y, de otra, la repercusión que en el régimen de este recurso han producido dos recientes sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo.

1. La constancia en la copia certificada de la sentencia impugnada de la fecha de su notificación: una obligación ajena cuyo incumplimiento se hace recaer sobre los Letrados de las Administraciones Públicas

En el recurso de apelación en interés de la Ley no se exigía acompañar copia de la sentencia impugnada. La LMURP impuso que al escrito de interposición se acompañase copia certificada de la sentencia impugnada. Finalmente, la nueva LJ —en su tendencia a imponer obstáculos a la defensa jurídica de los intereses generales— ordenó que en la copia certificada de la sentencia impugnada constase la fecha de su notificación, advirtiendo que si no se cumplen esos requisitos se ordenará de plano el archivo del recurso (arts. 100.3 y 101.4 LJ).

Se trata de una carga que carece —salvo inadvertencia nuestra— de precedentes en las leyes procesales. Parece que la finalidad de la norma es la de permitir a las Salas de los Tribunales ante los que puede interponerse este recurso (arts. 100.3 y 101.3 LJ) pronunciarse sobre la presentación en plazo del mismo, a la sola vista del escrito de interposición y de la copia certificada de la sentencia impugnada, sin necesidad de ulteriores comprobaciones.

Sin embargo, esa finalidad podría conseguirse igualmente concediendo a los Letrados de las Administraciones Públicas un plazo para la subsanación al amparo del art. 138.2 LJ y del principio de tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución. Además, en las numerosas inadmisiones de recursos de casación en interés de Ley que por este motivo se han dictado hasta la fecha, los Letrados de las Administraciones Públicas habían solicitado al Tribunal de instancia les fuera expedida certificación de la sentencia impugnada a efectos de interponer recurso de casación en interés de la Ley; por tanto, si los Secretarios Judiciales al expedir las certificaciones no hicieron constar en ellas la fecha de notificación de las sentencias, la responsabilidad de esa omisión no debe hacerse recaer en los Letrados de las Administraciones Públicas inadmitiendo los recursos de casación en interés de la Ley por ellos interpuestos.

2. ¿Cuándo puede considerarse errónea una sentencia a efectos del recurso de casación en interés de la Ley?

Hasta el momento, el proceso de formación del fallo de una sentencia dictada en una apelación o casación en interés de la Ley no era

diferente al seguido en un recurso de apelación o casación ordinarios; se contraponían los argumentos expuestos en la sentencia impugnada con los aportados por la Administración Pública recurrente para determinar cuál de las interpretaciones era la ajustada a Derecho.

A pesar de que en este punto la legislación no ha cambiado, pues la nueva LJ sólo exige que la resolución objeto de la casación en interés de la Ley sea «errónea», reservándose el empleo del adverbio «gravemente» para la apreciación del daño que para el interés general produce la sentencia recurrida (arts. 100.1 y 101.1), sin embargo, dos sentencias dictadas por la Sala 3.ª del Tribunal Supremo con la misma fecha, 3 de abril de 2001, han instaurado una jurisprudencia que puede suponer un obstáculo difícil de franquear por los Letrados de las Administraciones Públicas cuando intenten que sea estimado un recurso de casación en interés de la Ley.

La *ratio decidendi* de ambas sentencias es la misma y se expresa en los siguientes términos:

«La sentencia recurrida sienta una doctrina sobre la base de unos fundados argumentos que, lógicamente, podrán o no compartirse, puesto que, en definitiva, legítima es cualquier oposición a ellos, y lícita, sin duda, alguna otra interpretación como la que postula el Abogado del Estado, pero importante "trecho" hay entre ello y la consideración de que la doctrina es errónea por equivocada o desacertada o por carente de racionalidad o de soporte lógico-jurídico, que, justamente, según lo que quedó explicado, sería lo determinante de una estimación del recurso y de la fijación de la doctrina legal que se postula por la Administración recurrente, que sólo comporta, en realidad, una distinta interpretación, por ponderada y razonable que parezca, moviéndonos sólo, porque no podía ser de otra forma, dentro del ámbito de lo que se plantea en el recurso y de lo que, en concreto, resuelve dicha sentencia, por lo que ha de ser desestimado el recurso sin fijación de doctrina legal».

A pesar de que la ratio decidendi expuesta no es de fácil comprensión, lo cierto es que con ella se han dictado dos sentencias atípicas, en las que no se han contrastado —argumento por argumento— las interpretaciones sostenidas por la sentencia impugnada y por las Administraciones Públicas. Si a pesar de que la interpretación ofrecida por el Letrado de la Administración Pública se considera «ponderada, razonable y lícita», los recursos por él interpuestos son desestimados in toto mediante la fórmula transcrita, sin analizar cada uno de los argumentos recogidos en los escritos de interposición, no cabe duda que esta novísima jurisprudencia —que, sin duda, será sistemáticamente

te invocada por las partes recurridas que ahora también intervienen en este recurso (Art. 100.5 LJ)— constituirá un serio impedimento para que los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas puedan en el futuro ejercitar con éxito este instrumento jurídico básico para la defensa de los intereses generales que constituye el recurso de casación en interés de la Ley».

VII. LA EXTENSIÓN A TERCEROS DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIAS

El art. 110 de la nueva LJ ha introducido una novedad consistente en poder extender los efectos de una sentencia firme en las materias de personal y tributaria a personas distintas de las partes litigantes que se encuentran en situación idéntica.

1. Más asuntos a despachar por los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas: un recurso contra actos consentidos y firmes y ejercitando derechos ya prescritos

La exposición de motivos de la nueva LJ justifica la figura que comentamos diciendo que «puede ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados actos en masa».

Ahora bien, ¿qué se regula en el art. 110 de la LJ sino una vía administrativa previa y un posterior recurso contencioso administrativo?, ¿es que acaso deja de haber proceso por el hecho de que la tramitación de éste se sustancie en parte a través del procedimiento establecido para los incidentes?

La verdadera novedad de ese precepto consiste en permitir impugnar actos consentidos y firmes por no haber sido recurridos en tiempo y forma, así como posibilitar el ejercicio de derechos ya prescritos.

En el proyecto de la LJ, para que procediese la extensión de efectos de sentencias era necesario que no se hubiera dictado una resolución administrativa que hubiese sido consentida por los interesados. Sin embargo, en trámite de Comisión en el Congreso fue aceptada la enmienda número 138 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida y suprimido ese requisito³, de forma que en la redacción definitiva de la

³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, año 1998, núm. 403.

LJ es indiferente que las personas que soliciten la ampliación de efectos de la sentencia hubieran consentido el acto que les denegó el reconocimiento de la situación jurídica pedida; es decir, aunque no hubieran agotado la vía administrativa, o aunque habiéndola agotado no hubiesen impugnado el acto final ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, o aunque habiendo interpuesto recurso contencioso-administrativo hubieran desistido del mismo, siempre podrán solicitar la ampliación de efectos del art. 110 de la LJ.

Asimismo, de ese precepto parece desprenderse que el proceso incoado por aquel que obtuvo a su favor la sentencia firme de cuya extensión de efectos se trata, supuso una interrupción de los plazos de prescripción para todos aquellos que se encontraban en situación idéntica, a los cuales les bastará con solicitar la extensión de efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso.

En conclusión, y contra lo que a primera vista pudiera parecer, el procedimiento del art. 110 de la LJ no permite ahorrar ninguna intervención procesal a los Letrados de las Administraciones Públicas, puesto que lo que en él se establece es un verdadero recurso; al contrario, el mismo ha supuesto un aumento de los asuntos a despachar por aquéllos, al admitirse recursos antes vedados por la excepción del acto consentido y por el juego de la prescripción extintiva.

2. La problemática intervención de los Letrados de las Administraciones Públicas

A tenor del art. 110.3 LJ: *«La petición al órgano jurisdiccional se formulará en escrito razonado al que deberá acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones, sustanciándose por los trámites establecidos para los incidentes, pero sin que haya lugar a la celebración de vista».*

Y según el art. 393 de la nueva LEC: *«Trasladado a las demás partes el escrito en que se plantea la cuestión, podrán contestar lo que estimen oportuno en el plazo de cinco días».*

Por último, el art. 110.4 LJ establece que: *«Antes de resolver, el Juez o Tribunal de la ejecución recabará de la Administración las actuaciones referentes al incidente planteado y, si se recibieran en los veinte días siguientes, ordenará que se pongan de manifiesto a las partes por plazo*

común de tres días. En otro caso, resolverá sin más por medio de auto...».

Es decir, la posible remisión de las actuaciones por la Administración es posterior al trámite de contestación a la demanda, lo cual conduce a que el Letrado de la Administración Pública haya de formular la misma casi a ciegas, sólo a la vista del escrito y documentos que haya aportado el solicitante.

En la práctica seguida en los Tribunales inferiores hemos observado que en algunos de ellos —siguiendo una tendencia cada vez más frecuente a entender determinados trámites procesales directamente con el órgano autor del acto impugnado— se prescinde pura y simplemente de la contestación a la demanda del Letrado de la Administración Pública; a éste solo se le da traslado por tres días en el supuesto de que haya lugar al trámite de puesta de manifiesto del art. 110.4 LJ, es decir, si las actuaciones enviadas por la Administración *«se recibieran en los veinte días siguientes».*

La práctica seguida hasta la fecha en la Sala Tercera del Tribunal Supremo no es uniforme y, en función de las Secciones, puede observarse que en unos casos se da traslado al Letrado de la Administración Pública para que conteste a la demanda, en otros ese trámite se entiende sólo con el órgano administrativo y, en ocasiones, han formulado alegaciones tanto el Letrado de la Administración Pública como el órgano administrativo competente.

VIII. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Puede decirse que la nueva justicia administrativa comienza con la LPJDF, la cual introdujo un procedimiento especial para la garantía de los derechos fundamentales en el orden contencioso administrativo.

La especial incidencia que ese proceso tuvo en el sistema de representación y defensa en juicio de los entonces llamados Servicios Jurídicos del Estado dio lugar, primero a la Circular de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (en adelante, DGSJE) de 30 de septiembre de 1985 y, posteriormente, al Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de febrero de 1987.

Por último, la nueva LJ ha introducido también novedades en este proceso especial.

1. La Ley 62/1978: su repercusión en los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas

Las características del proceso contencioso-administrativo regulado en la LPJDF, como eran la posibilidad de su interposición sin necesidad de utilizar ningún recurso administrativo previo, la facilidad para obtener la suspensión de la ejecución del acto o disposición recurrido, el acortamiento de los plazos de tramitación y resolución, la no subordinación del proceso al envío del expediente administrativo, la sustitución de la entrega de éste por su puesta de manifiesto a las partes y un recurso de apelación con sólo cinco días para interposición y oposición, tenía forzosamente que crear graves problemas a los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas.

2. La Circular de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 30 de septiembre de 1985

Tuvieron que transcurrir casi seis años desde la entrada en vigor de la LPJDF para que la DGSJE se percatase del problema creado en los servicios contenciosos por la citada Ley (hasta la Fiscalía General del Estado se anticipó con su Instrucción de 6 de febrero de 1984).

La mencionada Circular va a versar sobre dos puntos, la admisibilidad del proceso y la suspensión de la ejecución.

En cuanto al primero de ellos, después de recordar la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal Constitucional 12/1982 y 31/1984, termina recomendando que en los casos en que no exista un planteamiento razonable de la pretensión, el Servicio Jurídico del Estado se oponga *«bien impugnando la providencia que acuerde la admisión a trámite, si se produce, bien en la primera oportunidad procesal que se presente»* (sic).

En contra de lo afirmado por la Circular, hemos de decir que sólo había un momento procesalmente válido para que los Letrados de las Administraciones Públicas se opusieran a la admisión a trámite de un recurso a través del cauce de la LPJDF, pues la primera y única oportunidad procesal que tenían para ello era interponer un recurso de súplica contra la providencia que acordaba la admisión a trámite; una vez firme esa providencia, concluye la fase de admisión y las alegaciones que en otros momentos procesales puedan realizarse afectarán a la inadmisibilidad, estimación o desestimación del recurso, mas no

a su admisión a trámite ni a la sustanciación, en su caso, de la pieza de suspensión.

Ahora bien, quien tenga práctica en la actuación de los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas ante los Tribunales, sabe bien las dificultades existentes para utilizar ese recurso de súplica contra la providencia de admisión a trámite. En primer lugar, lo más frecuente es que las Secretarías de los Tribunales notifiquen las providencias de admisión a trámite sin acompañar a las mismas las preceptivas copias del escrito de interposición y de todos los documentos que el demandante adjuntó con él. En segundo lugar, en los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas que tienen encomendado el ejercicio de la función contenciosa ante los diversos Tribunales, se notifican diariamente decenas de resoluciones judiciales, siendo la papelera el destino habitual de aquellas que, en principio, revisten menor importancia como son las providencias. Por último, si a pesar de todo lo expuesto se diese la casualidad de que llegase a un Letrado de una Administración Pública una providencia de admisión a trámite con copia de todos los documentos aportados por el demandante, aquél tendrá que decidir si los centenares de escritos que tiene entre manos le permiten interponer un recurso de súplica serio y fundado, lo cual sólo se hará en los casos en que se ventilen intereses públicos de muy especial relevancia.

El segundo punto abordado por la Circular que estamos comentando se refiere a la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnados. La misma se limita a citar dos Autos del Tribunal Supremo cuya doctrina no ha tenido posteriormente aplicación, a recordar la necesidad de solicitar el afianzamiento de los perjuicios y a recomendar que la intervención de los entonces llamados Letrados del Estado se coordine con el informe del órgano administrativo, aunque sin exponer los medios a través de los cuales podría conseguirse esa coordinación.

3. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de febrero de 1987

La insuficiencia de la Circular a que nos hemos referido en el apartado anterior motivó que se dictase el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de febrero de 1987, sobre criterios de coordinación para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 7.3 y 8.2 de la LPJDF:

El juicio crítico de esa norma, en conjunto, tampoco puede ser favorable.

En sus apartados primero, segundo y quinto, se hace intervenir a las Subsecretarías de los Departamentos ministeriales y a las Secretarías Generales de las Delegaciones del Gobierno y de los entonces denominados Gobiernos Civiles para remitir el expediente administrativo, formular las alegaciones que se estimen procedentes como fundamento del acto o disposición impugnados, practicar las notificaciones a los interesados y comunicar las mismas al Tribunal, así como en el informe acerca de la solicitud de suspensión.

Sin embargo, esa intervención de las Subsecretarías y de las mencionadas Secretarías Generales no puede considerarse beneficiosa para la defensa en juicio del Estado. Con plazos de sólo cinco días, todos los trámites expuestos debían entenderse directamente con el órgano administrativo autor del acto impugnado, ya que es allí donde se encuentran los funcionarios que intervinieron en la producción del acto recurrido y que, por tanto, conocen el tema debatido.

En los apartados tercero y quinto del Acuerdo se prevé que el órgano administrativo requerido recabará del Servicio Jurídico del Estado en el Departamento ministerial respectivo o en las Delegaciones del Gobierno o Gobiernos Civiles, el asesoramiento preciso para la elaboración de las alegaciones e informes previstos en los arts. 7.3 y 8.2 de la LPJDF.

Tampoco esa intervención de los Servicios Jurídicos del Estado puede ser acogida favorablemente. De una parte, hay que insistir en que en esas alegaciones e informes lo relevante son las opiniones de los funcionarios que intervinieron en la producción del acto recurrido, siendo las Abogacías del Estado ante los Tribunales las que en sus escritos forenses pondrán de manifiesto los aspectos jurídicos pertinentes. Por otra parte, no es posible olvidar la situación fáctica en que se encuentran las Abogacías del Estado en los Departamentos ministeriales (frecuentemente, con sólo uno o dos puestos de trabajo cubiertos) y en los antiguos Gobiernos Civiles (muchos de ellos sin ningún Abogado del Estado durante prolongados períodos de tiempo).

Sin embargo, el apartado cuarto del Acuerdo va a contener una norma imprescindible para que el Abogado del Estado pueda ejercer una verdadera defensa en el proceso de la LPJDF, norma que debería ser asumida por las demás Administraciones Públicas para sus Servicios Jurídicos. Dice así: «Simultáneamente a dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 7.3, 7.6 y 8.2 de la Ley 62/78, de 26 de

diciembre, el órgano administrativo requerido remitirá fotocopia del expediente y de las alegaciones e informes realizados, al Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal ante el que se siga el recurso contencioso-administrativo».

Con ello, el Abogado del Estado que sólo dispone de un plazo de ocho días para contestar a la demanda y al que la Sala no le da traslado del expediente administrativo, va a poder disponer de una copia de éste y de las alegaciones realizadas por el órgano administrativo tanto en la pieza de suspensión como en relación al tema de fondo debatido.

Ahora bien, ese Acuerdo que comenzó siendo cumplido fielmente por todos los órganos administrativos afectados, puede considerarse hoy totalmente olvidado y hace ya muchos años que no se cumple, especialmente, la importante norma contenida en su apartado cuarto a que acabamos de hacer referencia.

4. La nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa

Lo expuesto en los apartados anteriores para el proceso contencioso-administrativo previsto en la Ley 62/78 conserva, en esencia, validez en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en el Capítulo I del Título V de la nueva LJ. No obstante, desde la perspectiva a que se orienta este trabajo, conviene destacar las siguientes novedades.

En primer lugar, la comparecencia prevista en el art. 117.2 de la LJ para decidir sobre la admisión del recurso, la cual es compatible con el trámite de admisión previsto en el art. 51 de la LJ. Esa comparecencia puede ser promovida directamente por la Administración al enviar el expediente administrativo; en estos casos, sería recomendable que el órgano administrativo se pusiese en contacto con el Letrado de la Administración Pública encargado de asistir a la vista —hasta ahora, generalmente, no ha sucedido así— para que éste expusiese también su parecer sobre la posible causa de inadmisión del recurso, con el fin de evitar comparecencias innecesarias como sucedería, por ejemplo, si la Administración pretendiese invocar una causa de inadmisibilidad que ya hubiese sido rechazada en anteriores ocasiones por el Tribunal que conoce del asunto; en definitiva, se trataría de conseguir que el Letrado de la Administración Pública que va a asistir a la vista esté de acuerdo con la inadmisión promovida por el órgano administrativo.

En segundo lugar, puede observarse en la nueva LJ que mientras al recurrente para formalizar la demanda se le ponen de manifiesto «el expediente y demás actuaciones» (art. 118), entre las que han de incluirse los informes y datos que envíe el órgano administrativo acompañando al expediente, en cambio, el Letrado de la Administración Pública ha de formular su contestación a la demanda simplemente «a la vista del expediente» (art. 119). De ahí que lamentemos una vez más la caída en desuso de la norma establecida en el apartado cuarto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de febrero de 1987 a que nos referimos más atrás.

En tercer lugar, la nueva LJ ha suprimido incluso la posibilidad de sustituir la puesta de manifiesto de las actuaciones por la entrega de fotocopia de las mismas, medida prevista en el art. 10.2 de la LPJDF y que nos había sido de gran utilidad.

Por último, es de destacar que a raíz de la entrada en vigor de la nueva LJ se ha producido un notable incremento en el número de asuntos tramitados a través de este proceso especial, sin duda debido a la desaparición del efecto disuasorio que representaba el criterio objetivo en la imposición de las costas previsto en la LPJDF.

IX. LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares son uno de los aspectos del proceso contencioso-administrativo en que las innovaciones de la LJ han sido mayores. Vamos a referirnos a algunos temas que esas medidas plantean.

1. El problema de la ejecutividad de las resoluciones administrativas durante el tiempo que transcurre desde la notificación del acto que agota la vía administrativa hasta la conclusión del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo

Hace ya más de diecisiete años que el Tribunal Constitucional comenzó a elaborar su doctrina sobre la ejecutividad de los actos administrativos y su compatibilidad con la tutela judicial efectiva —primero referida a los actos administrativos sancionadores y luego a las demás especies de actos—. En síntesis, esa doctrina puede resu-

mirse en la idea de que el derecho a esa tutela judicial efectiva se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste pueda resolver sobre la suspensión.

A consecuencia de esa doctrina del Tribunal Constitucional se han dictado algunas normas referentes al lapso de tiempo que va desde que se dicta —o mejor, se notifica— el acto que agota la vía administrativa hasta la terminación del plazo previsto para poder interponer recurso contencioso-administrativo.

Así, el art. 30.2 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, establece que cuando el contribuyente interponga recurso contencioso-administrativo, la suspensión acordada en vía administrativa se mantendrá, siempre que exista garantía suficiente, hasta que el órgano judicial competente decida sobre la suspensión.

Por su parte, el art. 74.11 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas estatales, aprobado por Decreto 391/1996, de 1 de marzo, prevé una norma análoga para los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones dictadas por los Tribunales económico-administrativos, si bien matizando que será el interesado quien debe comunicar a los órganos de recaudación la interposición del recurso contencioso-administrativo conteniendo la petición suspensiva de la resolución impugnada.

A nuestro juicio, hubiera sido necesario establecer un precepto legal aplicable, en principio, a la totalidad de resoluciones administrativas, en cuya virtud cuando se comunique a una Administración Pública la interposición de recurso contencioso-administrativo acompañado de petición suspensiva, ello debería suponer para esa Administración Pública la prohibición de iniciar actividades de ejecución del acto impugnado hasta que el Juez o Tribunal se hubiese pronunciado en primera o única instancia sobre esa suspensión. De esa regla general quedarían excluidas las disposiciones de carácter general, los actos administrativos con terceros interesados en la ejecución inmediata, los actos administrativos de contenido negativo, aquellos actos cuya ejecución ya se hubiese iniciado antes del comienzo del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo y, finalmente, cualesquiera resoluciones administrativas en que un verdadero interés general demandase la urgente ejecutividad de las mismas sin esperar el pronunciamiento cautelar de los Tribunales contencioso-administrativos.

2. Cuando la falta de comparecencia de las Administraciones Públicas determina que la LJ prescinda de los Letrados de aquéllas

El inciso segundo del art. 131 de la LJ ha introducido una novedad en la sustanciación de las medidas cautelares. Dice así, «Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada».

La LJ de 1956, por el contrario, llevaba a sus últimas consecuencias el principio de personación procesal y establecía que, en esos casos en que la Administración demandada todavía no había comparecido, el Tribunal decidía sobre la suspensión sin audiencia de la misma.

En nuestra opinión, una vez que los supuestos de urgencia aparecen ya protegidos en los arts. 135 y 136 de la LJ, lo procedente habría sido demorar el comienzo de la tramitación de la pieza separada hasta que la Administración Pública se hubiese personado en el proceso o hubiese transcurrido el plazo previsto para ello.

Además, en un sistema de representación *ope legis* que, como hemos visto, es el que rige en la postulación de la inmensa mayoría de las Administraciones Públicas, no es lógico aplicar principios propios de la representación voluntaria y entender el trámite de audiencia directamente con la parte, es decir, con el órgano autor de la actividad impugnada, por considerar que no existe una parte personada que haya manifestado su voluntad de ser representada y defendida por un técnico en Derecho. La mayoría de las Administraciones Públicas no necesitan conferir su postulación ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo, puesto que —como hemos visto al comienzo de este trabajo— la misma viene atribuida *ex lege*; de ahí que no entendamos por qué —si la nueva LJ ha optado por dar audiencia a las Administraciones Públicas no personadas— el trámite de audiencia no se ha entendido con los Servicios Jurídicos de la misma, en lugar de con el órgano autor del mismo como dispone el art. 131 LJ.

Por lo demás, en la práctica de nuestros Tribunales de lo contencioso-administrativo —incluida la Sala 3.^ª del Tribunal Supremo— es muy frecuente que se emplace a la Abogacía del Estado y a los demás Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas para que formulen alegaciones respecto a las medidas cautelares solicitadas en el escrito de interposición —e incluso que aquellos presenten los correspondientes escritos ante el Tribunal, cuando todavía la Administra-

ción Pública demandada no se ha personado en el proceso; de ahí que en el encabezamiento de esos escritos despachando el trámite de audiencia en la pieza separada de medidas cautelares, los Letrados de las Administraciones Públicas deben hacer constar que comparecen ante el Juzgado o Tribunal. Según lo expuesto en el párrafo precedente, consideramos esa práctica judicial plenamente acertada.

3. Cuando la falta de personación de las Administraciones Públicas no determina que la LJ prescinda de los Servicios Jurídicos de las mismas

El procedimiento para la adopción de medidas cautelares previsto en los arts. 135 y 136 de la LJ constituye una importante novedad respecto a la LJ de 1956.

Las medidas adoptadas *inaudita parte debitoris* —que no figuraban el proyecto de la LJ y fueron introducidas durante la tramitación en el Congreso de los Diputados merced a una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco—, plantean el problema del ejercicio del derecho de contradicción por la Administración Pública autora de acto sometido a la medida cautelar.

Una solución para el ejercicio del derecho de defensa por las Administraciones Públicas podría haber sido el sistema clásico de interponer recurso de súplica contra el auto del Juez o Tribunal decretando la medida cautelar provisionalísima. Sin embargo, teniendo en cuenta que los autos decretando esas medidas cautelares se adoptan solamente a la vista del material y argumentos proporcionados por la parte demandante, con lo cual existe un mayor riesgo de error en la decisión del juzgador, era urgente que la procedencia de la medida cautelar adoptada sin audiencia de la parte demandada pudiese ser contrastada con los argumentos proporcionados por ésta. Por eso, la tramitación del recurso de súplica podía suponer un plazo demasiado largo y la LJ ha optado por acudir a otra solución consistente en que en el mismo auto en el que se acuerda la medida cautelar provisionalísima, se convoca a las partes a una comparecencia a celebrar dentro de los tres días siguientes.

Con ello nos encontramos de nuevo con el problema de la previsible falta de personación de la Administración Pública demandada. Aquí no puede acudirse a la solución del art. 131 LJ *in fine* dado que el trámite que se prevé en los arts. 135 y 136 LJ es una vista que, por

tanto, exige la presencia de los Letrados de las partes ante el órgano jurisdiccional. Ante ello, don Jesús GONZÁLEZ PÉREZ llega a la conclusión siguiente: «Parece, pues, que no podrá cumplirse el plazo previsto en el artículo comentado y habrá que esperar a que las partes, una vez emplazadas, se hubieren personado para citarlas a la comparecencia»⁹.

Sin embargo, en nuestra opinión, lo procedente es que el auto decretando la medida cautelar provisionalísima se intente notificar de forma inmediata a las partes —incluida la Administración Pública, aunque no se haya personado— y se convoque a las mismas a la comparecencia a celebrar dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se dictó el referido auto. Es más, entendemos que —dadas las especiales circunstancias del supuesto— esa notificación para la comparecencia debería realizarse, tanto en la sede del órgano autor de la actividad cautelarmente suspendida, como en la oficina para recibir notificaciones del Servicio Jurídico de la correspondiente Administración Pública.

Creemos que, frente a lo expuesto, no puede prevalecer el hecho de que la Administración Pública demandada todavía no se encuentre formalmente personada en el proceso. A nuestro juicio, no pueden aplicarse en el proceso contencioso-administrativo los rígidos principios sobre personación propios del proceso civil. En el proceso contencioso-administrativo, mientras no haya transcurrido el plazo que para personarse tienen las Administraciones Públicas y, en consecuencia, no se haya declarado la rebeldía de las mismas, hay que concederles, tanto a ellas (art. 131 LJ *in fine*) como a sus Letrados (arts. 135 y 136 LJ) —que, insistimos, disfrutan de postulación *ope legis*— la posibilidad de intervenir en el recurso. Por lo demás, así se viene actuando en la práctica de los diferentes Tribunales de lo contencioso-administrativo, incluida la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en los que es constante la notificación de resoluciones judiciales a las Abogacías del Estado y Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas, e incluso la interposición de recursos contra esas resoluciones, con anterioridad a la personación formal de la Administración demandada.

Por último, no deja de extrañar que la doctrina acepte con la mayor naturalidad que se decrete una medida cautelar sin tener en cuenta el principio de contradicción —integrante del derecho consti-

⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Op. cit.*, pág. 2.099.

tucional a la tutela judicial efectiva sin indefensión— y después se muestre tan extremadamente respetuosa con un principio puramente procedimental y formal cual es el de personación de las partes en el recurso contencioso-administrativo.

X. INCIDENCIA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La LEC es aplicable en el proceso contencioso-administrativo, unas veces en base a remisiones directas efectuadas por la LJ y otras en virtud de la supletoriedad general prevista en su disposición final primera. Vamos a referirnos a algunos de esos supuestos.

1. Alegaciones previas: se introduce una innecesaria vista

El art. 59.2 de la LJ establece que en la tramitación de las alegaciones previas se seguirá el procedimiento establecido para los incidentes. A su vez, el art. 393.3 de la LEC señala que, transcurrido el plazo para contestar a la demanda, «el Tribunal citará a las partes a una comparecencia, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales».

En consecuencia, cuando el Letrado de la Administración Pública formule alegaciones previas ya no será suficiente con su plasmación en un escrito —como ha sucedido hasta ahora—, sino que, además, será ineludible la asistencia a una vista. Esta vista ha de reputarse absolutamente superflua, pues con el escrito en que se plantea la alegación previa y con la contestación al mismo por el demandante queda el incidente perfectamente debatido y listo para ser fallado.

2. Costas: se complican los procedimientos de impugnación

A tenor del art. 139.6 LJ, «Las costas causadas en los autos serán reguladas y tasadas según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Pues bien, la normativa al respecto de la nueva LEC es mucho más exigente que la de la anterior.

Así, —frente al flexible criterio seguido hasta ahora— el art. 245.4 de la nueva LEC dispone que no se admitirá a trámite la impugnación de la tasación de costas si en el escrito de impugnación no se mencio-

nan las cuentas o minutas y las partidas concretas a que se refiera la discrepancia y las razones de ésta.

Además, en el procedimiento de impugnación de la tasación de costas por indebidas se introduce otra innecesaria vista (art. 246.4) y también habrá de tenerse en cuenta que, con arreglo a la nueva LEC, en general, las costas de estos incidentes se impondrán al impugnante cuando la impugnación fuese totalmente desestimada (arts. 246.3 y 394), lo que, a su vez, generará tasaciones de costas adicionales.

3. Otras cuestiones

Entre las muchas a que podríamos aludir, vamos a referirnos a las siguientes.

Según el art. 274 de la nueva LEC «*Cuando las partes no actúen representadas por procurador, firmarán las copias de los escritos y documentos que presenten*». Dado que los Letrados de las Administraciones Públicas, aunque también asumen la función de representación, no son procuradores, existe la posibilidad de que las Secretarías de los Tribunales les exijan que las copias de sus escritos lleven firma original y no sea suficiente con la firma fotocopiada del escrito reproducido.

Por otra parte, en la ahora denominada prueba del interrogatorio de las partes, el art. 315 de la nueva LEC introduce una previsión difícil de justificar —que no figuraba en el art. 595 de la anterior LEC— y que puede resultar problemática para los Letrados de las Administraciones Públicas. Consiste en que las llamadas preguntas complementarias que el Tribunal estime pertinentes y útiles «*se entenderán con la representación procesal de la parte que las hubiera remitido*» y sólo «*si dicha representación justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas que se requieran, se procederá a remitir nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final*»; todo ello con la amenaza de poder aplicar lo dispuesto en el art. 307 de la LEC para los casos de negativa a declarar y respuestas evasivas o inconcluyentes.

Por último, ha de tenerse en cuenta que en aquellos casos en que la LJ se remite a la tramitación de los incidentes (así p. ej. art. 110.3), el plazo para que el Letrado de la Administración Pública formule contestación a la demanda se ha reducido a cinco días en virtud del art. 393.3 de la nueva LEC. Además, en la regulación de las cuestiones incidentales en la nueva LEC, la comparecencia de las partes es ahora

ineludible (art. 393.3); la LJ, en algunos casos ha prescindido de esa vista (así, art. 110.3), mas no en otros (así, art. 105).

CONSIDERACIÓN DEL ESPACIO SCHENGEN

XI. EPILOGO

Se han expuesto en estas páginas sólo algunas muestras de lo que constituye el nuevo panorama con el que se encuentran los Letrados de las Administraciones Públicas a la hora de defender los intereses generales ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo. Esa labor se ha obstaculizado considerablemente y de forma innecesaria.

Si don Alejandro NIETO afirmaba en 1984 que «*El sistema de la jurisdicción contencioso-administrativa es un sistema montado —paradójicamente— contra la Administración, a la que se da muy pocas facilidades para defenderse: actitud consonante con la época en que fue creado, en la que se suponía que la Administración era un animal peligroso, para el que todas las cadenas y precauciones resultaban pocas*»¹⁰, ¿qué podríamos decir en el momento actual a la vista de la nueva justicia administrativa?

¹⁰ El Espacio Europeo, se ha convertido en el objetivo a alcanzar por miles de personas que desde el Este y desde el Sur buscan una expectativa de vida mejor y en definitiva asegurar la subsistencia que en sus propios países cada día se torna más difícil.

¹¹ El Consejo Europeo de Tampere (15 de diciembre de 1999) aborda este problema dentro del denominado Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia. «La integración Europea ha estado firmemente arraigada en un compromiso compartido de libertad, sustentado en los Derechos Humanos, en instituciones democráticas y en el Estado de Derecho».

¹² La situación de la UE es actualmente muy complicada, y contradictoria, ya que, por una parte se muestra renuente con la ampliación hacia el Este, aunque se postula la integración política de los países que forman este bloque; pero por otra, los Estados miembros y los ciudadanos europeos se perciben —como mucho— a algún diferente a una mejor integración económica, por cuanto perciben como un peligro para el equilibrio y bienestar, cualquier alusión que pueda venir desde fuera, y en especial de aquellos otros países que son el verdadero horizonte de integración.

¹³ NIETO GARCÍA, A.: «La organización del desgobierno», Ed. Ariel, 1984, 2.ª edición, pág. 157.

...de las Administraciones Públicas y la hora de defender los intereses generales ante los tribunales de la competencia administrativa. En el ámbito de la justicia penal, el artículo 110.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que el juez de lo penal puede, en su caso, solicitar la colaboración de la Administración Pública para la realización de las diligencias que sean necesarias para la investigación de los hechos y la identificación de los sujetos pasivos de los delitos.

Por otra parte, en la última disposición adicional del artículo 110.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se prevé una presunción de justificación —que se figura en el art. 395 de la anterior LOPJ— y que puede resultar problemática para los Juzgados de las Administraciones Públicas. Constar es que las llamadas diligencias complementarias que el Tribunal estime pertinentes y útiles en conexión con la representación procesal de la parte que las hubiera solicitado y sólo en dicha representación justificase cumplidamente su poder ofrecer las reparaciones que se requirieran, se proceda a remisión a la investigación por escrito como diligencia final, todo ello con la finalidad de poder aplicar lo dispuesto en el art. 307 de la LOPJ para los casos de negativa a declarar y respuestas evasivas o inconclusivas.

Por último, ha de tenerse en cuenta que en aquellos casos en que la Ley se remite a la remisión de los incidentes (art. 110.3), el plazo para que el Juzgado de la Administración Pública formule contestación a la demanda se ha reducido a cinco días a virtud del artículo 110.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En conclusión, la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea es un tema de gran actualidad y relevancia. La integración europea ha llevado a cabo un proceso de armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros, lo que ha permitido la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

LA JUSTICIA PENAL Y LA UNIÓN EUROPEA. CONVENIOS EXISTENTES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ESPACIO SCHENGEN

POR

NATALIA REUS MARTÍNEZ¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y MECANISMOS PARA HACER EFECTIVA LA COOPERACIÓN FRENTE A LA MISMA. 1. Breve reseña histórica de la cooperación judicial en materia penal. 2. Consejo Europeo de Tampere: un paso decisivo. 3. Medidas para combatir la delincuencia organizada. III. TERRORISMO: ESPAÑA SUFRE INTENSAMENTE LAS CONSECUENCIAS DEL TERRORISMO. IV. LA INMIGRACIÓN. V. REFLEXIONES SOBRE LA EXTRADICIÓN. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Espacio Europeo, se ha convertido en el objetivo a alcanzar por miles de personas que desde el Este y desde el Sur buscan una expectativa de vida mejor y en definitiva asegurar la subsistencia que en sus propios países cada día se torna más difícil.

El Consejo Europeo de Tampere (15-16 de octubre de 1999) abordó este problema dentro del denominado Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia. «La integración Europea ha estado firmemente enraizada en un compromiso compartido de libertad, sustentado en los Derechos Humanos, en instituciones democráticas y en el Estado de Derecho».

La situación de la UE es actualmente muy complicada, y contradictoria, ya que, por una parte se muestra temerosa con la ampliación hacia el Este, aunque se postula la integración política de los países que forman este bloque; pero por otra, los Estados miembros y los ciudadanos europeos no parece que aspiren —como mucho— a algo diferente a una mera integración económica, por cuanto perciben como un peligro para el equilibrio y bienestar, cualquier alteración que pueda venir desde fuera, y, en especial de aquellos otros países que son semillero humano de emigración.

¹ Secretaria Judicial. Audiencia Nacional.

Más bienestar sí; más seguridad también; pero menos solidaridad con lo exterior.

El concepto «integración europea» ha de analizarse no sólo desde una óptica económica, sino también y especialmente política, que procure controlar las amenazas y los riesgos de retroceso derivados del incumplimiento de los mismos retos teóricos formulados a lo largo de años en tantas y tantas cumbres, y el efecto, —peligroso para la propia estabilidad de la UE— derivado de una política de exclusión y marginación de los «nuevos europeos» procedentes de países subdesarrollados o en vías de desarrollo, que van a constituir, en un futuro más o menos próximo, el segmento más importante de la población europea.

Del equilibrio de ambos aspectos de la integración (el económico y político) surgirá una revitalización de nuestra sociedad o el fracaso de la misma.

En esta reflexión inicial no debe olvidarse que los orígenes del proceso de construcción europea se cimientan en las ruinas de una terrible guerra, como una especie de rechazo a todo tipo de violencia. En los últimos tiempos se dice que el gran logro de la UE está en que en esa construcción se ha desarrollado y se continúa «defendiendo la paz; garantizando el respeto a los derechos humanos; y, preservando la propia identidad de los pueblos».

Precisamente por ello, deben buscarse los puntos de unión; las coincidencias; la aproximación y la asimilación de las diferencias. En definitiva el respeto de la DIVERSIDAD en una esfera política de INTEGRACIÓN de valores más amplia que formen la casa común europea.

La actual Unión Económica y Monetaria, con políticas económicas coordinadas y una moneda única —la moneda de la paz, que esperamos que no sea la moneda del fracaso—, es un ejemplo patente que sirve de inspiración a otras regiones del planeta que aspiran a los niveles de bienestar de Europa. De las tres patas de la mesa europea, la 1.ª o económica está, sólidamente asentada; la 2.ª o de la nueva política exterior y de seguridad común (la PESC) ha comenzado frágilmente su andadura. Pero falta por consolidar y desarrollar la que a mí se me antoja más importante, la que garantiza un espacio de seguridad, libertad y justicia en Europa (Política Interior y de Justicia). Sin lugar a dudas, ésta es la llave o la clave que abre el mecanismo de la puerta a un ámbito real de paz y tolerancia en el viejo Continente y, con su desarrollo adecuado se obtendrá una auténtica integración de los europeos, —los viejos y los nuevos.

Para que esta «paz interior» sea una realidad, la política que la diseñe no debe perder de vista la necesidad de estructurar firmemente un sistema de derechos y libertades que le den sentido y coherencia, un sistema de seguridad que los proteja, y unas normas jurídicas que los garanticen y sancionen las infracciones.

Por tanto este espacio debe analizarse desde la doble óptica de los fenómenos perturbadores que lo alteran y desde las normas que lo protegen.

Entre los primeros ocupan un lugar preferente los fenómenos de la delincuencia transnacional organizada, el terrorismo y la inmigración ilegal; y, entre los segundos están los medios para combatirlos, cuyo diseño y desarrollo, siendo complejo (Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial), no debe ser descoordinado, de modo que se solape con otras iniciativas y se haga ineficaz.

II. CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y MECANISMOS PARA HACER EFECTIVA LA COOPERACIÓN FRENTE A LA MISMA

1. Breve reseña histórica de la cooperación judicial en materia penal

A partir del *Acta única Europea* y de la realización del concepto de una Comunidad Europea sin fronteras, se afianza la idea de un «espacio judicial europeo». Más tarde, el *Tratado de Maastricht* de 1993, incluye en su Título VI la cooperación judicial civil y penal como cuestión de interés común de los Estados miembros de la Unión Europea.

El *tratado de Amsterdam* mantiene la cooperación judicial penal en el tercer pilar (artículos 29 y 31 del Tratado de la UE) y precisa sus objetivos, en particular, sobre la lucha contra la delincuencia. Además, el artículo 293 del Tratado CE insta a los Estados miembros «a simplificar las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales».

Los primeros actos en materia de cooperación judicial penal se elaboran en el marco del Consejo de Europa (Convenios de 1957 sobre la extradición y de 1959 sobre la ayuda mutua judicial penal). Con estos viejos mimbres se mantiene el edificio de aquella.

El Consejo Europeo de Amsterdam adopta en junio de 1997 un Programa de acción de lucha contra la delincuencia organizada que contiene treinta recomendaciones destinadas a promover una coope-

ración práctica y eventualmente la aproximación de las legislaciones nacionales. Del mismo modo, el Tratado de Amsterdam prevé la aproximación de las legislaciones nacionales para las infracciones penales y las sanciones aplicables en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de estupefacientes.

El plan de acción del Consejo y la Comisión de diciembre de 1998 prevé, por su parte, reforzar la cooperación judicial penal, aproximar las normas de Derecho penal tal como prevé el nuevo Tratado y resolver algunos problemas horizontales (protección de datos, paraísos fiscales, prevención de la delincuencia, ayuda a las víctimas, pacto de adhesión para luchar contra la delincuencia organizada en los países de Europa Central y Oriental), que se puedan presentar.

2. Consejo Europeo de Tampere: un paso decisivo

En este Consejo se fijan las bases hacia una Unión Europea de Libertad, Seguridad y Justicia.

Para ello,

A) Se dictan normas en materia de reconocimiento mutuo de sentencias, de resoluciones judiciales y otras medidas judiciales anteriores al juicio. Dicho reconocimiento y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, el Consejo hace suyo el principio de reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación en materia civil y penal de la Unión (punto n.º 33 de las Conclusiones de Tampere).

El principio de reconocimiento mutuo debe aplicarse también a los actos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad. Las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deben ser admisibles ante los Tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta su respectiva normativa legal (punto n.º 36 de las Conclusiones de Tampere).

Parece claro que la inmediatez y la proximidad de las pruebas y medidas a que se refiere la conclusión número 36 son las que deben presidir cualquier actuación jurídica y por ende deben favorecerse al máximo para no privarlas de sentido y eficacia. En la actualidad el

grado de desconfianza hacia lo exterior es sólo comparable al desconocimiento del derecho de otros países, y, por tanto la admisión como prueba de aquellos medios producidos en ellos no sólo es difícil, sino que la mayoría de las veces ni siquiera se tiene en cuenta por la tardanza en la obtención y traslado de los instrumentos que los contienen.

B) Creación de EUROJUST. La creación de esta unidad, compuesta por magistrados, agentes de policía y fiscales que tendrá labores de coordinación y apoyo, basándose en los análisis de Europol, con la red judicial europea, para la simplificación de la ejecución de comisiones rogatorias, es una iniciativa feliz. Del buen funcionamiento de la misma dependerá en gran medida que el espacio judicial europeo comience a ser una realidad en el ámbito de la lucha contra la criminalidad organizada.

En el ámbito de EUROJUST (Revisión 22.02.2000) se están produciendo en la actualidad interesantes avances.

En este punto se sigue el camino iniciado con la creación de la Red Judicial Europea, CIREJUD (Bélgica 93), la creación de un Fiscal Europeo (*Corpus Iuris*), o de una Sala de lo Penal del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y, del examen del lugar y papel de las autoridades judiciales en sus relaciones con Europol (Recomendación 25 del Plan de Acción de 1997).

Las cuestiones sometidas a debate, son las siguientes:

1. ¿Cuál debe ser la competencia EUROJUST *ratione materiae*?
2. ¿Qué poderes se darán a EUROJUST para cumplir sus misiones?
3. Si se le darán poderes sobre el territorio de cada uno de los países al representante de EUROJUST.
4. O si se debe prever una flexibilidad en la determinación de los poderes de EUROJUST, de suerte que las competencias de los representantes nacionales y después EUROJUST puedan variar en función de la legislación nacional.

En cuanto al primer punto (Competencia *ratione materiae*): parece que lo más esencial es la obtención de una definición del tipo de criminalidad a combatir lo más amplio posible para que resulte indispensable la cooperación judicial a nivel de la Unión. Así por ejemplo:

- a) En función de los tipos de delincuencia organizada señalados en la Acción Común de 21.12.98: La participación en una orga-

nización criminal si afecta a un mínimo de dos Estados, debe ser incluida por razón de la materia.

b) El reconocimiento de competencias análogas a las de Europol. Si se pretende la coordinación, las competencias e iniciativas deben ser de alcance equivalente en uno y otro ámbito.

c) Intervención en los tipos de delincuencia que requieran una cooperación judicial de carácter prioritario, pero no exclusivo, respecto de la delincuencia organizada y de los tipos que competen a Europol.

d) Incluir una lista de infracciones especialmente graves. Es decir, (punto 48 de las Conclusiones de Tampere) delincuencia financiera, blanqueo, corrupción, falsificación del euro, tráfico de drogas, trata y explotación sexual de menores, delito ecológico y delito de alta tecnología... Es decir, todas aquellas formas que más perturban por sus efectos a la sociedad, y, entre las que debería incluirse el terrorismo.

En cuanto a los puntos 2.º, 3.º y 4.º (Poderes para EUROJUST); debería reflexionarse y tomar las medidas sobre:

a) La facilitación de la adecuada coordinación con las fiscalías nacionales (reuniones, información, mayor correspondencia...), de modo que el criterio sea lo más uniforme posible para conseguir mayor eficacia.

b) El apoyo a las investigaciones penales en casos de delincuencia organizada, y ello:

- Proporcionando análisis jurídicos.
- Requerimiento a las Autoridades competentes del propio país para que cumplan determinadas medidas en el mismo, como el embargo de bienes, la interceptación de comunicaciones telefónicas, u otras que fueran necesarias.
- Otorgar validez provisional a las actuaciones, sujetas a la confirmación de la autoridad nacional competente.
- Otorgar los mismos poderes de investigación al representante en EUROJUST que tendría en su país un fiscal, un juez o un agente de policía de competencias equivalentes.
- La actuación debería producirse en coordinación con el representante del Estado en el que se produzca la decisión en EUROJUST, por si existieran problemas con las autoridades del mismo.

c) Simplificar la ejecución de Comisiones Rogatorias en estrecha coordinación con la Red Judicial Europea (por ejemplo, mediante una Red de comunicación electrónica protegida. La RJE (Red Judicial Europea) que será el «Socio Privilegiado de EUROJUST». Éste, para delincuencia organizada y la RJE para la delincuencia en general.

C) Se proporcionan definiciones materiales básicas sobre a qué tipos de delitos ha de extenderse la acción. Ello implica una profunda reforma del Parlamento Europeo, para dotarlo de competencia de codecisión; y del Tribunal de Justicia, para otorgarle poder de control jurisdiccional. El instrumento para ello serán las Decisiones Marco (artículo 34.2 del CUE).

Esta aproximación de los diferentes ordenamientos jurídicos en el campo del Derecho penal material ya se ha producido en algunos ámbitos como en el de la protección de los intereses financieros de las Comunidades (**Convenio 26.07.97**) **Protocolo 27.09.96** y el **Segundo Protocolo de 19.06.1.997**; o con el **Convenio sobre Corrupción de Funcionarios de las Comunidades y Estados miembros de la UE de 26.05.97**; o con la **Acción Común de 21 de diciembre de 1998** dirigida a penalizar la participación en una organización criminal; o con la **Acción Común de 03.12.98** sobre blanqueo de dinero e identificación, seguimiento, embargo y comiso de los instrumentos y efectos del delito; o con la **Acción Común de 22.12.98** sobre corrupción en el sector privado. En este sentido, están por venir la Acción Común sobre la represión penal de la falsificación del euro; y lo relativo a la falsificación y fraude de otros medios de pago distintos al dinero efectivo.

En otros ámbitos, como los citados en el punto 48 (delincuencia financiera: blanqueo de capitales, corrupción, falsificación del euro, el tráfico de drogas, la trata de seres humanos, en particular la explotación de la mujer, la explotación sexual de la infancia, delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico), el Consejo de Tampere ha ordenado prioridad absoluta.

Por otra parte, son precisas, la aproximación y armonización de normas en torno a:

- a) La responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- b) El comiso de bienes o su equivalente económico (provisional y definitivo). Lo que obligará a plantearse el tema relativo a la «inversión de la carga de la prueba» que en el Derecho español puede presentar problemas de inconstitucionalidad.

D) Cuestiones fiscales. El Consejo Europeo pide a los Estados miembros que faciliten asistencia judicial cuando se trate de aspectos fiscales y aduaneros, en casos de delincuencia económica grave (punto n.º 49 de las Conclusiones de Tampere).

Éste es uno de los principales capítulos pendientes, habida cuenta de las diferencias, dentro de la misma UE, de las legislaciones sobre temas fiscales, lo que convierte el territorio europeo en idóneo para este tipo de delincuencia que se verá favorecida por la ausencia real de colaboración o cooperación judicial al excluirse normalmente la misma. Simultáneamente esa falta de colaboración se convertirá en una dificultad de hecho para conseguir la cooperación en casos de delincuencia económica con la que aquélla esté aliada. Basta con observar alguno de los casos en los que ambas realidades se han unido para comprobar la realidad de lo dicho. *La existencia de territorios de la Unión Europea de opacidad fiscal o de menor riesgo fiscal es inaceptable cuando éstos se convierten en las causas de la no cooperación judicial tanto en delitos fiscales como de otro orden.*

E) Blanqueo de capitales. El lavado o blanqueo de dinero constituye la razón y el sentido, y por tanto, es el centro neurálgico de la criminalidad organizada. Por ello debe facilitarse al máximo la investigación, el seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los beneficios del delito, como vía para combatir aquélla eficazmente.

De ahí que, la aproximación del Derecho Penal y procesal en materia de blanqueo de capitales (tipos penales y medidas de investigación), se torne en algo esencial en cualquier política criminal sobre la materia a nivel local y regional o universal.

Parece claro que los contornos físicos y jurídicos de la UE no constituyen para las organizaciones criminales más que un campo de actuación idóneo dada la prosperidad económica de la misma. Por ello, unas veces situarán dentro de este espacio su centro de operaciones, pero otras, —las más—, actuarán dentro pero situarán ese centro neurálgico en otras zonas próximas o lejanas, pero con una menor presión policial y judicial para, de esa forma, disponer de mayor operatividad y eficacia. De ahí que las medidas deben ser adoptadas bajo la perspectiva de esa influencia y con coordinación con los países foráneos, y deben plasmarse en un texto, —podría ser el **Convenio Internacional sobre la Delincuencia Transnacional Organizada de Naciones Unidas**—, incluyendo una serie de normas comunes que

eviten realmente la utilización de empresas y entidades registradas fuera de la Jurisdicción de la Unión; —o dentro de la misma pero en territorios fiscalmente opacos (Gibraltar, Mónaco, Islas del Canal, Luxemburgo)—, para ocultar los beneficios procedentes del delito y para beneficiar la ejecución del mismo. Acuerdos con centros financieros como Andorra o países como Marruecos pueden ser interesantes.

3. Medidas para combatir la delincuencia organizada

El problema más grave al que se enfrenta la UE, más allá de los derivados de la unificación económica, es el de la criminalidad organizada, por cuanto el mismo tiene tal gama de variedades, matices y ámbitos que es reconocido como el fenómeno más perturbador para los sistemas democráticos en el mundo.

Por ello, parece que el primer paso a dar por los diversos Estados miembros, —sin perder de vista lo que se recoja en la Convención de la ONU sobre Delincuencia Transnacional Organizada— es definir qué se entiende por criminalidad organizada.

En España, la Ley Orgánica de 13-01-1999 y solo sectorialmente, para regular el tema de los agentes encubiertos, indica, qué debe entenderse por delincuencia organizada. Esta falta de definición general constituye un elemento de dificultad añadido para hacerle frente. Si a ello se le añade la dispersión de normas existentes en la materia, se hace inverosímil la eficacia contra la forma de delincuencia más sofisticada de la actualidad y para el futuro. Un buen punto de partida para la definición de criminalidad organizada, aunque no suficiente sería el que se contiene en la Acción Común de 21-12-1998, ya citada con anterioridad, que en su artículo 1.º dice: «se entiende por organización criminal, la asociación estructurada, de más de dos personas, establecida en el tiempo y que actuando de forma concertada pretenda la comisión de una infracción calificada con una pena privativa de libertad de un máximo de al menos 4 años, siempre que tales infracciones busquen el beneficio patrimonial o influir indebidamente en el funcionamiento de organismos públicos». No obstante es una definición sectorial y referida a delitos económicos.

Debido al carácter secreto de gran parte de las actividades de la delincuencia organizada, para combatirla se precisa una combinación adecuada entre la asignación de recursos materiales y persona-

les, y la creación y desarrollo de los instrumentos jurídico-materiales y procesales adecuados que garanticen el equilibrio entre los derechos fundamentales de los imputados, la eficacia de la investigación y la protección de las víctimas. En este sentido, debe reflexionarse sobre algunos puntos de interés, entre los que destaca, —en sentido negativo— el riesgo de un hipergarantismo, que más que proteger a la sociedad y a los ciudadanos actúa contra ellos en forma perversa. A veces se producen situaciones absurdas e incomprensibles social y jurídica-mente, que favorecen objetivamente la extensión del fenómeno.

Ante problemas nuevos se imponen soluciones lógicas y coherentes que contrarresten eficazmente el problema analizado.

Estas carencias se observan con absoluta nitidez en el campo de los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de dinero.

Hacer frente a este fenómeno puede suponer, y de hecho supone, la necesidad de tomar medidas multidisciplinarias a nivel universal, que vayan desde la adopción de tipos penales idénticos, hasta la supresión de obstáculos a la investigación, persecución y entrega de los responsables, sea cual fuere el lugar donde se encuentren.

¿Cuáles son estas medidas? Se pueden destacar varias (en el ámbito de la investigación e instrucción):

1. Regulación de los mecanismos de vigilancia electrónica, vía satélite, internet, y su control.

Parece que es necesaria la modificación de la regulación y la reorientación de la jurisprudencia en materia de vigilancias electrónicas audiovisuales (teléfono, balizas, internet, comunicaciones vía satélite, etc.) que delimita el ámbito de aplicación de estas normas, de modo que por una parte, se garantice el respeto a los derechos fundamentales —el secreto de las comunicaciones orales y escritas, la inviolabilidad del domicilio, la propia imagen, etc.—; y, por otra, posibilite la investigación efectiva de estos casos. En este punto resulta esencial definir racionalmente qué se entiende por control judicial. La doctrina jurisprudencial sobre este punto, de hecho hace imposible la utilización de estos medios, en investigaciones sobre criminalidad organizada o terrorismo. Esta realidad debe hacernos reflexionar sobre la gravedad de las consecuencias a largo plazo.

En este sentido el Proyecto de Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, actualmente en discusión y que deberá aprobarse próximamente, contiene normas de interés.

Del contenido de los artículos 15 a 18 se desprende:

- a) Que la autoridad competente será la Autoridad Judicial que posea competencias en una investigación penal. Esto nos plantea algo que en España está por definir: Quién debe ser la Autoridad Judicial que dirija la investigación penal. Hasta la fecha, y de acuerdo con nuestra legislación vigente, tal cometido le corresponde al Juez de Instrucción. Sin embargo parece que debería afrontarse con la necesaria urgencia y rigor la nueva regulación de Enjuiciamiento Criminal para dar formulación legal a lo que de hecho —y salvo en contados casos— hoy es una realidad, que la instrucción de las causas criminales estén a cargo del Ministerio Fiscal. El Juez de Instrucción no dirige la Instrucción ni la coordina, limitándose a seguir el criterio del Ministerio Fiscal so pretexto de un malentendido principio acusatorio. Por tanto, debe pasarse al sistema de Fiscales Instructores partiendo de una fórmula de unificación de éstos y de los Jueces de Instrucción en un Ministerio Fiscal independiente e integrado en el marco del Poder Judicial, y la creación de los Jueces de garantías como órgano jurisdiccional de control de la instrucción y protección de imputados y víctimas.
- b) Que debe mediar una solicitud por parte de la «autoridad competente» del país que lleve la investigación, (a través de una comisión rogatoria) a la autoridad competente del país donde se encuentre el imputado o el medio a intervenir, o cuando el primero esté en el Estado requirente o en un tercer país, cuando el requirente necesite ayuda técnica de éste. Se excluye la intervención de autoridades ajenas al proceso.
- c) Las solicitudes pueden ser de intervención y transmisión inmediatas de telecomunicaciones, o de intervención, grabación y transmisión ulterior.
- d) Se establecen los requisitos para la prosperabilidad de la intervención.
- e) Se dispone la intervención sobre personas en el territorio nacional por medio de proveedores de servicios, garantizándose tal posibilidad cuando los sistemas de telecomunicaciones operen a través de una pasarela en su territorio.
- f) Se establece la intervención sobre personas en el territorio de otro Estado miembro sin asistencia técnica de dicho Estado miembro (art. 18). Este precepto ha sido muy criticado en el informe del Parlamento Europeo. No obstante esta crítica sólo se basa en una desconfianza injustificada hacia la autoridad judicial.

2. Una regulación exhaustiva y eficaz de los aspectos sustantivos y procesales de los «arrepentidos», la eficacia de su colaboración como prueba necesitada de otras para constituir la base de una condena. Y la creación de programas efectivos de protección, que eviten la tierra de nadie en la que actualmente estamos.

3. Una regulación pormenorizada sobre agentes encubiertos (funcionarios y particulares), control de los mismos y la incidencia de su actuación en la eventual provocación del delito. En España sólo a partir de la Ley de 13.01.1999 se regula este tema en forma muy limitada y con carencias elementales en cuanto a la definición y extensión de la figura. El Proyecto de Convenio de Asistencia Judicial en materia penal recoge por primera vez normas sobre este particular en el artículo 14. (Remisión al Derecho interno.) Es precisa la ampliación y desarrollo de aquella norma.

4. Seguridad efectiva y ayuda económica para el agente encubierto, y para los testigos y peritos que colaboren con la Justicia, con expresión clara de las limitaciones y condiciones (Resolución del Consejo de 23.11.1995 sobre protección de testigos en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada). En España la regulación es manifiestamente insuficiente. (Ley Orgánica 23.12.1994.)

También debe resaltarse la Resolución del Consejo de 2-12-1995 sobre colaboradores con la acción de la Justicia en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada internacional («prueba cómplice») y la de 20-12-1996 en la que se invita a los Estados miembros a adoptar medidas apropiadas para fomentar la colaboración con la acción de la Justicia siempre que aporte pruebas sobre:

- La composición, estructura y actividades de la organización criminal.
- Los lazos internacionales con otros criminales.
- Las infracciones que estos grupos hayan cometido o vayan a cometer.

5. Se precisan también normas claras y efectivas sobre circulación y entregas vigiladas de drogas, sustancias psicotrópicas y dinero y otros elementos u objetos delictivos. Actualmente la regulación existe (art. 363 bis y Ley 13.01.1999) en cuanto a los dos primeros. El artículo 12 del Proyecto de Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal establece:

1. Los Estados miembros se comprometerán a permitir en sus territorios, a petición de otro Estado miembro, entregas vigila-

das en el marco de investigaciones penales respecto de hechos delictivos que puedan dar lugar a extradición.

2. La decisión relativa a la realización de entregas vigiladas la tomarán en cada caso las autoridades competentes del Estado miembro requerido, en virtud de su «Derecho interno».

6. Abolición de los paraísos fiscales. Habría que preguntarse por las razones ocultas, o tácitamente consentidas por todos y cada uno de los países miembros de la UE, por las que aceptan la existencia de paraísos fiscales o territorios exentos de controles fiscales rígidos, en el territorio de la UE, cuando es sabido, y no existe discusión seria sobre ello, que dichos territorios constituyen el semillero más fecundo de la delincuencia económica organizada y de comportamientos de corrupción.

Para abordar con seriedad esta cuestión y como paso previo, debería de alzarse toda restricción a la cooperación jurídica internacional tanto respecto de los responsables penales directos como respecto de las empresas instrumentales o los testaferros que aquellos utilicen, cuando se trate de investigaciones de este tipo de delitos, como antes he dicho e incluso se aconseja en las Conclusiones de Tampere.

7. a) Creación de grupos de investigación conjunta de funcionarios policiales, técnicos, jueces y fiscales.

b) Coordinación efectiva entre los distintos servicios policiales, fiscales y de aduanas de los diferentes países.

c) Aprovechamiento de la información mediante su elaboración, análisis y distribución sin restricción aunque protegiendo los datos en la medida de lo necesario. (Comunidad de Inteligencia.)

8. En cuanto a la prestación de asistencia judicial en materia penal, hay una serie de cuestiones que deben resaltarse:

- a) La asistencia judicial debe producirse, salvo excepciones, de acuerdo con la legislación del país requeriente y no con la del país requerido, como ahora sucede. En efecto, si las diligencias han de producir efecto en el país requeriente, el requerido (el órgano judicial competente) debe aplicar las normas correspondientes de Derecho extranjero, tal como se le pide con el fin de que sean eficaces en aquel que demanda la asistencia. Este principio se recoge expresamente en el artículo 4 del Proyecto de Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal,

con la limitación de que los trámites no sean contrarios a los Principios Fundamentales del Derecho del Estado requerido. En la actualidad, el retraso en el cumplimiento de las Comisiones Rogatorias, o incluso la denegación de la cooperación judicial se justifica por el incumplimiento del ordenamiento jurídico interno.

- b) Las comunicaciones deben producirse en forma directa, y, sin interferencia de las autoridades políticas (principio reconocido en Schengen). A veces se producen interferencias, del poder ejecutivo por ejemplo en el Reino Unido al exigir éste que la comunicación sea a través de autoridades centrales del Ministerio del Interior, lo que permite un alto grado de arbitrariedad.
- c) La entrega de efectos, embargo de bienes, etc., deben agilizarse al máximo para hacer eficaz la acción judicial. Actualmente el mecanismo hace tardía y por ende inefectiva la medida, (el Convenio de Estrasburgo de noviembre de 1990, sólo se ha ratificado en España en octubre de 1998).
- d) La práctica de las diligencias testificales, periciales y de imputados deberían desarrollarse bien directamente (incluidos traslados temporales), o a través de sistemas de conferencia, videoconferencia, Internet, vía satélite, etc. En todo caso el examen debe ser hecho por la autoridad requirente de acuerdo con la normativa del país al que pertenece. De esta forma se salvaría el absurdo actual en el que, salvo acciones de buena voluntad de la autoridad judicial requerida, la autoridad requirente se convierte en mero invitado de piedra cuando asiste a la práctica de Comisiones Rogatorias. Los requisitos formales, se han convertido en formalismos que constituyen a veces una muralla insalvable para la cooperación; con ello se desnaturaliza la propia iniciativa y se desvela una actividad entorpecedora de la acción de la justicia.
- e) Es precisa la existencia de un sistema adecuado de protección de datos en materia de cooperación penal. En este punto resulta absolutamente imprescindible la creación y desarrollo de un Sistema completo de Información Judicial con cruce de datos que configure la realidad material y procesal del delincuente. Es llamativo que, después de tantos años, nadie haya decidido poner en marcha un sistema de información procesal-penal exhaustivo. No se hace referencia a los aspectos mecánicos o

procedimentales (informática jurídica), sino a los sustantivos y procesales. Es decir, el juez, el fiscal y las partes deben conocer la realidad a la que se enfrentan dado que puede haber elementos dispersos en diferentes órganos que no lleguen a otros. Esta ausencia se hace notar específicamente en los casos de terrorismo en los que, muchas veces la policía sigue funcionando, después de la puesta a disposición judicial, con los datos previos, que a veces resultan sustancialmente variados tras el trámite judicial. De esta forma se construye una falsa realidad que conduce a la construcción de un edificio que se cae por la falta de una adecuada cimentación. Otro tanto cabe decir respecto al tráfico de drogas, el blanqueo... El problema se complica cuando los datos se contienen en varios servicios, órganos judiciales y países, pero esa dificultad no debe impedir que se aborde el problema y se dé vida a ese observatorio de información judicial.

f) Superación del principio de doble incriminación, al constituir éste un elemento negativo para una cooperación jurídica internacional efectiva en la investigación de estos complejos sistemas criminales. Es decir, la cooperación judicial y policial debe darse en todo caso, aunque en el Estado requerido la actividad de que se acusa al imputado no sea delito, o no pueda perseguirse. Las normas a aplicar deben ser las del Estado requirente.

II. TERRORISMO: ESPAÑA SUFRE INTENSAMENTE LAS CONSECUENCIAS DEL TERRORISMO

Al margen de las valoraciones políticas que puedan hacerse sobre el fenómeno del terrorismo, cada vez resulta más evidente que nos enfrentamos a un fenómeno criminal que se ha convertido, al menos en sus procedimientos, en una forma más de delincuencia violenta organizada. Así, si se utilizan los mismos medios, métodos y estructuras que cualquier organización criminal, por qué no aplicar los mismos criterios tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal. No debe olvidarse algo que por obvio que parezca, no debe dejar de decirse, y es que si se pierde la perspectiva del fenómeno al que nos enfrentamos se corre el riesgo de contribuir inconscientemente al asentamiento del mismo. El terrorismo es una actividad delictiva organizada que en España ofrece una presentación multiforme y

diversificada pero con un esquema ideológico común, cuando se habla de ETA.

Es una realidad incuestionable que en una estructura delictiva organizada hay una clara distribución de funciones y actividades, todas las cuales contribuyen en forma igualmente decisiva al funcionamiento de aquélla. Si una falla es repuesta inmediatamente de modo que el motor siga funcionando. Por ejemplo, ETA, no sólo es una estructura armada como pueda serlo una banda de delincuentes atracadores, es una organización mucho más compleja en lo militar, en lo político, en lo informativo, en lo económico y en lo institucional, y necesita todos estos frentes para poder subsistir y mantener la posición de preeminencia en el movimiento en el que se integra y lidera.

Si esto es así, es ilusorio pretender que con el simple hostigamiento policial y judicial a la estructura militar (investigación de atentados y detención de miembros de comandos) se pueda acabar con el fenómeno. La actuación debe ser mucho más compleja en paridad con la complejidad de todas las estructuras que aquélla ha ido creando y dirigiendo o patrocinando a través de sus estructuras delegadas.

Por tanto, las investigaciones deben abarcar no sólo a la actividad violenta, incluida por supuesto la violencia callejera, parte fundamental de la estrategia terrorista, sino la actividad financiera empresarial o económica en general, así como a las estructuras políticas de las que se sirve.

Sería peligrosísimo para la sociedad que a la hora de hacer frente desde el derecho al terrorismo se perdiera esta perspectiva global y multidisciplinar organizada que constituye el ser y sentido de una organización como ETA. Precisamente esto es lo que la propia organización pretende.

En justa correspondencia a este planteamiento es necesario replantearse la derogación de la legislación antiterrorista en cuanto limita en forma innecesaria los derechos de los imputados, y no contribuye a la eficacia de la investigación.

En el ámbito de la cooperación jurídica internacional resulta esencial tener en cuenta:

a) Que el terrorismo es ajeno a todo tipo de planteamiento de delito político, y así lo ha entendido la Unión Europea.

b) Que para su represión, —dado el carácter transnacional que normalmente tiene—, es esencial la convergencia legislativa en la definición de los conceptos, la coordinación judicial (magistrados de enla-

ce, comisiones rogatorias, equipos comunes de investigación) y policial. En este último ámbito podría destacarse que el Tratado de Amsterdam, al proporcionar más competencias a EUROPOL, reconoce su papel esencial y central en la facilitación de la cooperación europea en la prevención y lucha contra la delincuencia organizada. En este sentido uno de los objetivos es el de coordinar y, en su caso, centralizar procedimientos mediante la creación de equipos de investigación conjuntos, como primer paso, para combatir el terrorismo, (también, el tráfico de drogas, el tráfico de seres humanos), en la investigación de delitos transfronterizos.

Recientemente la lucha contra el terrorismo se ha incorporado a las competencias de EUROPOL para lo que ha sido designado un comisario español. Es decir, se le concede prioridad a la coordinación policial. Sin embargo, para pretender una auténtica coordinación internacional, primero debe procurarse, que internamente, en el propio país, exista una coordinación efectiva de los diferentes servicios competentes en la materia.

En este ámbito, pueden señalarse algunas ideas, y entre ellas, pienso que sería oportuno plantear la necesidad o conveniencia de crear una Subdirección Única de los Servicios de Información. Esta Subdirección debería ubicarse en el Ministerio del Interior y debería tener la competencia de coordinación y control sobre toda la información e inteligencia —incluidos los servicios secretos— en materia de terrorismo y criminalidad organizada. Ello supondría la creación de una auténtica comunidad de inteligencia necesaria para el desarrollo de la información estratégica, para la centralización de la base de datos informatizados, para la designación clara de objetivos; y para la eficaz promoción y favorecimiento de las medidas de los distintos países en el objetivo común de combatir eficazmente estas formas de delincuencia; y desde luego esta ubicación conllevaría el sometimiento de dicho servicio a la Autoridad Judicial competente en la investigación.

Han sido muchos los errores, las desconexiones, las contradicciones y los solapamientos, entre los diferentes servicios, como para que no se aborde definitivamente la reforma en profundidad de los mismos, con una visión de futuro que evite la continua pérdida de esfuerzos y eficacia, y consecuentemente la frustración del ciudadano que no entiende la inseguridad en la que vive.

c) Por último, el terrorismo como fenómeno transnacional y al que se le aplica el principio de persecución penal universal (art. 23

LOPJ), debe de ser objeto de una regulación en un Convenio Internacional que determine con carácter general aquel principio, así como una definición uniforme del fenómeno, y las normas para la persecución de este tipo de delitos, lo que constituiría el paso previo a la consecución del espacio único universal.

En este sentido se ha dado un paso decisivo en la primera semana del mes de diciembre del año 2001 con las Decisiones adoptadas en Bruselas por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE.

El balance del Consejo de Ministros ha sido muy positivo y el mayor avance en la lucha contra el terrorismo en los últimos veinte años. Los Ministros de Justicia dieron el visto bueno a una Decisión-marco que se desarrolla a lo largo de doce artículos. En el primero de ellos se consideran delitos terroristas «los actos intencionados que, por su naturaleza o contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional y que figuren en la siguiente lista, cuando su autor los cometa con el fin de intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas de un país o de una organización internacional».

En primer lugar, es un gran avance la definición común del delito de terrorismo. Que nueve países —más de la mitad de los Estados miembros de la Unión Europea— que no tenían ni siquiera tipificado los delitos terroristas los incorporen a sus ordenamientos internos, con las consecuencias que eso tiene en el ámbito de la cooperación judicial, en el ámbito de la sensibilización de los ciudadanos es un avance de primer orden. Es esencial para la colaboración policial y judicial dado que el terrorismo se realiza de manera transfronteriza y mucho más con la libre circulación de personas y de capitales. La lista citada en el precepto incluye, entre otros hechos criminales, los atentados contra la vida; el secuestro y el chantaje; la destrucción de las instalaciones públicas, transporte o infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos; la tenencia de armas o explosivos o la investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; la liberación de sustancias peligrosas e incluso la amenaza de realizar cualquiera de las conductas mencionadas.

En segundo lugar —y esto importa mucho a España, que tanto tiempo viene reclamándolo—, se trata de una definición amplia, en la que los hechos delictivos se consideran terroristas en función de su

objetivo, es decir, por su intención de aterrorizar a los ciudadanos y desestabilizar las estructuras constitucionales, o por contribuir o participar de los mismos fines de una organización terrorista. Además, los hechos terroristas se consideran en toda Europa delitos graves y se ha establecido que deben tener unas penas mínimas de quince años de cárcel para los hechos más graves y ocho para los colaboradores.

Por último, catorce de los quince países de la UE han llegado a un acuerdo sobre la orden europea de detención y entrega inmediata en el caso de delitos graves, entre los que se encuentra, por supuesto, el delito de terrorismo.

IV. LA INMIGRACIÓN

La migración de seres humanos es un fenómeno muy antiguo, que cíclicamente se repite a lo largo de la historia. En la actualidad se ha convertido en un fenómeno en expansión de proporciones mundiales.

Poco a poco, la migración ha pasado a ser de un fenómeno provisional a una situación duradera derivada de la aplicación de políticas de asilo y de refugio, y de la permeabilidad o porosidad de las fronteras que han permitido la recepción de mano de obra legal e ilegal, sin ir acompañada de una adecuada política de integración racial, lo que ha motivado y motivará grandes conflictos étnicos, religiosos o xenófobos que hacen peligrar principios básicos del Estado de Derecho.

El Consejo Europeo de Tampere ha destacado la necesidad de gestionar de forma eficaz los flujos migratorios buscando la estrecha cooperación con los países de origen y los de tránsito a la vez que ha puesto el acento en la necesidad de desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración, junto con un control coherente de las fronteras exteriores de UE para poner fin a la inmigración ilegal y luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos, así como una política de integración en nuestras sociedades de miembros de terceros países que residen legalmente en la UE (arts. 2, 3 y 4).

Estas conclusiones, junto con otras, constituyen una aspiración hacia un sistema ideal de integración en Europa de los «nuevos europeos», sin discriminación por razón de su origen, raza o religión.

Sin embargo, una cosa es lo escrito y otra bien distinta es lo que se vive en la práctica. En ésta se constatan, cada vez con más frecuencia episodios que denotan ciertos rasgos comunes de xenofobia o recha-

zo en general hacia todo aquello que viene de fuera o es diferente. De esta forma, se viven brotes de racismo en Alemania o Austria, o de xenofobia en España o Inglaterra, entre otros, que empiezan a preocupar. A la vez, las condiciones de bajo umbral en las que viven una gran parte de los inmigrantes ilegales les hacen presa ideal para empresarios sin escrúpulos, y material humano para surtir a organizaciones criminales de componentes, o formar ellos mismos organizaciones de este tipo, o ser víctimas de las mismas. Se genera así un ambiente de violencia y marginación que puede romper la estabilidad de un país y de la propia UE desde dentro.

Cada vez son más frecuentes zonas y poblaciones en las que se forman nuevos *ghetos* sin alambre de espino, pero con unos contornos bien diferenciados que se caracterizan por una ausencia llamativa de seguridad y respeto por los derechos más básicos de las personas que los forman. Y por cierta dejación u olvido oficial. Se trata de personas sometidas a condiciones durísimas de empleo, que disfrutan de muy pocos derechos reconocidos en la Legislación Laboral y con la amenaza sobre sus cabezas de verse expulsados a la primera denuncia. Esta situación de explotación, coacciones y de verdadera esclavitud moderna, ha producido una situación límite, que ha demostrado que no existe una verdadera integración multiétnica, sino una mera agregación racial, en la que se rechazan la diversidad racial, étnica o religiosa. Al diferente se le teme y se le hace responsable de cualquier mal, debido a una convicción íntima de racismo y xenofobia, que sólo por el temor a la reacción social y mediática se mantiene oculto o larvado, o incluso se manifiesta en sentido opuesto.

Si tomamos como ejemplo los sucesos de El Ejido en Almería, se ha de llegar a la conclusión que la situación producida en enero de 2000 hunde sus raíces en unas causas más profundas que el solo hecho del asesinato cometido por un perturbado mental. La base del injusto rechazo social hacia los magrebíes y subsaharianos procede de la falta de una política de integración cultural, económica y política desde hace muchos años, durante los cuales se ha primado al empresario defraudador en detrimento del trabajador inmigrante. Consentir la separación entre colectivos humanos, no atender a los problemas derivados de culturas diferentes e incluso opuestas, y no proporcionar los medios mínimos de integración (escuela, idioma, participación ciudadana), respetando sus tradiciones y cultura que los identifica, significa establecer las bases para una explosión racial de proporciones impredecibles.

La Unión Europea se acerca peligrosamente al suicidio demográfico. Con las tasas de fecundidad más bajas del mundo, la población europea precisa la incorporación e integración de los emigrantes y enormes dosis de solidaridad y tolerancia para prevenir y resolver los nuevos conflictos derivados del nuevo mapa demográfico, que tendrá que contar, como decía al principio, con los nuevos europeos del siglo XXI, y hacerlo en un mismo plano de igualdad política y social, —aquí no puede existir la Europa de las dos velocidades—, sin ánimo de absorción o colonización, porque las veces que ésta se ha llevado a cabo los resultados han sido catastróficos.

Pero la UE en general, y España en particular, no pueden constituirse en los lugares de recepción incontrolada de inmigrantes al por mayor, ni permitir la proliferación de organizaciones criminales, que al igual que los esclavistas de antaño, vayan sembrando las costas de cadáveres, o de personas sin otro futuro, ni más opciones que la expulsión hacia sus países de origen, o una situación de infraempleo y marginación, con la agravante del detrimento económico sufrido por la pérdida de las cantidades entregadas para obtener el falso salvoconducto hacia la «prosperidad».

Esta situación contradictoria, (necesidad de los inmigrantes-control de la inmigración) conlleva la necesaria creación de unos mecanismos adecuados de investigación y persecución de las organizaciones criminales en forma coordinada y mediante acuerdos de colaboración con los países afectados; y el desarrollo de una política preventiva de migración racional y racionalizada en atención a las zonas de impacto y a los sectores de influencia, generando una gama de recursos previos que favorezcan las condiciones de vida y el asentamiento de estos colectivos dentro de la sociedad en la que van a integrarse, lejos de las actitudes xenófobas y racistas que ahora se perciben.

Para finalizar este apartado quizás sea oportuno hacer unas reflexiones a modo de resumen y que nos sirvan de pautas a seguir sobre las repuestas al fenómeno de la inmigración en Europa.

Europa, debe aceptar la diversidad cultural y multiétnica y conciliarla con sus identidades particulares (diferentes según la zona geográfica). El diálogo entre civilizaciones por medio del intercambio de culturas, hombres y mercancías es, de todo punto de vista, necesario si no se quiere convertir la línea divisoria Norte-Sur en el nuevo telón de acero de la esfera internacional, o mejor dicho en la muralla entre la prosperidad y la miseria.

La construcción europea se traduce cada vez más en la necesidad de pensar en la búsqueda de nuevas fórmulas de cooperación. La región mediterránea se convierte así en el espacio vital para el conjunto europeo en el que los países del sur de la UE adquieren un protagonismo y una responsabilidad hacia la problemática migratoria cada vez más importante.

Es misión prioritaria de la UE el impulso de actividades orientadas hacia la relación entre la migración y el desarrollo socio-económico de las regiones que están involucradas en la migración, contando con la colaboración de los propios inmigrantes y ONG.

Así pues, se hace necesario:

- Un mayor conocimiento de los flujos migratorios y el establecimiento de contingentes que Europa pueda asumir y que permitan desarrollar una política de integración efectiva.
- Analizar los rasgos comunes que hacen del Norte de África zona emisora de flujos de población.
- Profundizar en la integración, la participación social y política de los inmigrantes asentados en Europa.
- Fomentar debates para el análisis de las causas de la migración y buscar soluciones que permitan solucionar las causas de la inmigración en su origen, por medio del diálogo y la cooperación del desarrollo en el ámbito jurídico-laboral, jurídico-económico y jurídico-político, y para ello prestar ayudas directas e indirectas que incluyan moratorias o incluso la condonación total o parcial de la deuda externa, —es positivo que este tema se haya discutido recientemente en El Cairo entre la UE y la Organización de Estados Africanos—. No debe olvidarse que «el equilibrio de Europa exige el equilibrio de los países de su entorno».
- Estudiar los mecanismos y salidas para los inmigrantes indocumentados que se encuentran en Europa, respetando los principios humanitarios y la dignidad de los inmigrantes.
- Hacer efectiva la persecución de las organizaciones criminales que trafican con seres humanos.
- Por tanto, diseñar una política combinada de integración de los inmigrantes con el apoyo a los países emisores y, de rigor en la persecución de los fenómenos criminales asociados a la inmigración, será la que configure y determine en gran medida la nueva frontera geopolítica de Europa.

V. REFLEXIONES SOBRE LA EXTRADICIÓN

Se da por supuesto que la extradición es un procedimiento —básicamente de carácter judicial— que tiene por objeto, en el ámbito de la cooperación jurídica internacional, el que un Estado (requerido) ponga a un delincuente presunto (extradición para enjuiciamiento) o convicto (extradición para cumplimiento de condena) a disposición de otro Estado (requerente).

A lo largo de los siglos XVIII y XIX España firma numerosos Tratados de extradición en un contexto de afirmación de la soberanía, de expansión geográfica, que se ve influido por la eclosión de un nacionalismo que pudiéramos denominar «bismarckiano», de nacimiento de Estados y de reafirmación de Imperios. Ello tiene su importancia en la redacción de los Tratados en toda Europa y América, que se ve caracterizada, por lo menos, por las siguientes notas:

En primer lugar, se trata de Tratados bilaterales, algunos subsiguientes a Tratados de Paz, sin relación con terceros países y, por tanto, sin sistema.

En segundo lugar, rigen unos principios extradicionales prácticamente inmutables, tales como la doble incriminación normativa, y el mínimo punitivo (que, a veces, llega a 3 e incluso a 6 años), si bien como casi todos los Tratados se acogen a un sistema de *numerus clausus* por el que se enumeran limitadamente los delitos por los que se concede la extradición (asesinato, homicidio, lesiones, robo con violencia, etc.), se produce una exigencia de «triple» (más que doble) incriminación, al no ser suficiente que la acción punible esté tipificada como delito en los dos ordenamientos (el del Estado requerente y el del Estado requerido), sino que además tiene que encontrarse específicamente catalogado en el Tratado; ello lleva a consecuencias de impunidad.

En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, los delitos de carácter internacional (el tráfico de esclavos, la piratería, la falsificación de moneda, etc.) no pueden ser objeto de extradición si no aparecen catalogados en los preceptos del Tratado, pues al no existir acuerdos internacionales colectivos o multilaterales, no contraen otra obligación internacional penal los Estados que aquella que les impone el Tratado bilateral.

En cuarto lugar, los Tratados decimonónicos —y especialmente los firmados por y entre países anglosajones— imponen que el Estado

requirente presente junto con la demanda extradicional documentación suficiente para acreditar la existencia de prueba suficiente para perseguir (la denominada *prima facie evidence* o *probable cause*), lo que lleva a que el procedimiento de extradición en el Estado requerido se convierta prácticamente en un juicio de fondo del asunto por el que se reclama, con examen de la credibilidad de los testigos de cargo y de la validez de los documentos inculpatórios, y con interrogatorio del inculpado sobre extremos y elementos tales como su participación en los hechos, estableciéndose así un verdadero juicio anticipado al que hipotéticamente tendrá lugar en el Estado requirente, y con una duración desmesurada de los trámites del procedimiento de extradición.

En quinto lugar, la demanda extradicional —e incluso la solicitud de detención preventiva— se formula exclusivamente por la vía diplomática, aunque el art. 828 de la LECr (1882) preveía ya comunicación directa entre el Juez del Estado requirente y el Juez del Estado requerido (no existen las comunicaciones telegráficas, ni nada parecido a Interpol, Europol o Schengen), lo que unido a la lentitud de comunicaciones determina una excesiva duración de los procedimientos.

En sexto lugar (aunque ello no surja de los Tratados sino de las legislaciones domésticas o internas) se produce una fuerte intervención política, al establecerse filtros gubernativos en forma de autorización para la continuación del procedimiento de extradición o de autorización para la entrega, una vez decidida la extradición, lo que puede llevar a que decisiones políticas, exentas —en esa época— de control jurisdiccional, dejen sin efecto una decisión judicial.

Y en cuanto a la nacionalidad de la persona reclamada constituye —salvo en el caso de los países anglosajones— un obstáculo para la extradición si aquélla es nacional del Estado requerido (incluso el art. 2 del CREM entre España y Portugal preveía que si el reclamado era extranjero de los dos países, se pusiera en conocimiento del país del que era nacional por si dicho tercer Estado quisiese perseguirle). Ello determina una práctica impunidad, pues la alternativa es la de que el Estado requirente denuncie los hechos ante las autoridades del Estado requerido, y se celebre el juicio en el territorio de este último Estado, con los graves inconvenientes que comporta la necesidad de traducción de los documentos, el pago adelantado de las dietas de viaje a los testigos extranjeros, la falta de intermediación, la diferencia de procedimientos de instrucción, etc. No cabe olvidar la necesidad de examinar

si la acción penal o la condena han prescrito, de conformidad con la ley de cualquiera de los dos Estados, requirente y requerido.

En definitiva, hemos expuesto un panorama de lo que pudiera denominarse extradición bilateral u horizontal, caracterizada por la plasmación de unos criterios doctrinales extradicionales que se entienden inamovibles (exigencia de doble incriminación normativa, exigencia de mínimo punitivo, no extradición de los propios nacionales, observancia de las normas sobre prescripción, etc.) y cuya interpretación es exclusivamente bilateral, por la inexistencia de un sistema o red de cooperación jurisdiccional en apoyo de la extradición, por la inexistencia de una red de comunicaciones y de información que apoye las solicitudes de detención preventiva en casos de urgencia y, sobre todo, por la falta de una jerarquía internacional o instancia judicial y extradicional superior.

Es a partir de la primera mitad del siglo xx cuando concurren varias circunstancias que determinan el paso a la multilateralidad y a la globalización jurídica. Tras la II Guerra Mundial, la expansión de las comunicaciones, la reafirmación de la sociedad internacional mediante la creación de la Organización de las Naciones Unidas, los anhelos de integración (aún a nivel regional —Iberoamérica, Centroamérica, Europa, Benelux—) y, consecuentemente, la adquisición de una conciencia judicial prácticamente universal permiten establecer bases que facilitarán una visión del procedimiento extradicional mucho más acorde con la necesaria cooperación judicial, entendida ésta como relación entre las autoridades judiciales de los distintos países que pretende un sistema de reclamación —y eventual entrega— de delincuentes en un tiempo razonablemente breve y a un tiempo sin merma de garantías jurídicas. Se trata de pasar de un procedimiento que constituía una verdadera carrera de obstáculos a un procedimiento de entendimiento y cooperación que trata de evitar la impunidad de los delitos.

Después de importantes avances en el continente americano —tales como, en el nivel regional, el **Acuerdo Bolivariano de Extradición** (Caracas, 18.7.1911), la **Convención de Extradición** (Washington, 7.2.1923), y la **Convención Centroamericana de Extradición** (Ciudad de Guatemala, 12.4.1934)— y, en el nivel continental, la **Convención Interamericana de Extradición** (Montevideo, 26.12.1933), se llega, en el ámbito europeo, al **Convenio Europeo de Extradición** (París, 13.12.1957 —CEEx—), con su **Protocolo Adicional** (Estrasburgo, 15.10.1975 —PA—) y su **Segundo Protocolo**

Adicional (Estrasburgo, 17.3.1978 —SPA—). El CEEEx se firma en el ámbito del Consejo de Europa, cuya finalidad es lograr una unión más estrecha entre sus miembros, y se estima que *«tal objetivo puede alcanzarse mediante la conclusión de convenios o la adopción de una acción común en la esfera jurídica»* y que *«la aceptación de reglas uniformes en materia de extradición es adecuada para hacer progresar dicha obra de unificación»*. Otra vez en el ámbito americano, hay que señalar la nueva **Convención Iberoamericana sobre Extradición** (Caracas, 25.2.1981). Su exposición de motivos destaca que *«los estrechos lazos y la cooperación existentes en el continente americano imponen extender la extradición a fin de evitar la impunidad de los delitos y simplificar las formalidades y permitir la ayuda mutua en materia penal en un ámbito más amplio que el previsto por los tratados en vigor, con el debido respeto de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos»*.

Simultáneamente, se firman en el seno de las Naciones Unidas (NN.UU.) Convenios multilaterales para la prevención y represión de delitos de los denominados **«de protección universal»** o **«perseguibilidad internacional»** (cfr. art. 23.4. de la Ley Orgánica del Poder Judicial —LOPJ— de 1.7.1985). Y dichos Convenios contienen preceptos que prevén la extradición por los delitos contenidos en aquéllos, aun cuando no exista acuerdo extradicional vigente —bilateral o multilateral— entre los Estados requirente y requerido. Así, entre dichos preceptos pueden citarse: el art. 7 del **Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio** (Nueva York, 9.12.1948 —CPRDG—); el art. 36.2.b) I) y II) del **Convenio Único de las NN.UU. sobre Estupefacientes** (Ginebra, 30.3.1961 —CUNUE—); el art. 6.2 y 3 del **Convenio de las NN.UU. sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas** (Viena, 20.12.1988); el art. 10 del **Convenio sobre la Represión de la Falsificación de Moneda** (Ginebra, 20.4.1929 —CRFM—); el art. 8.1 y 2 del **Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes** (Nueva York, 10.12.1984 —CcT—); el art. 8.1 y 2 del **Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves** (La Haya, 16.12.1970 —CRAIA—); el art. 8.1 y 2 del **Convenio sobre Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil** (Montreal, 23.9.1971 —CRAISAC—); el art. 8 del **Convenio sobre Represión de la Trata de Personas y Explotación de la Prostitución Ajena** (Lake Success, 21.3.1950 —CRTPEPA—); el

art. 4 del **Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo** (Estrasburgo, 27.1.1977 —CERT—); el art. 8.1 y 2 del **Convenio sobre prevención y castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas** (Nueva York, 14.12.1973 —CDPIP—); y el art. 10.1 y 2 del **Convenio contra la Toma de Rehenes** (Nueva York, 17.12.1979 —CTR—).

Obsérvese que algunos de los Convenios antes citados hacen expresa referencia a una instancia judicial superior invocando un **Tribunal Penal Internacional —TPI—** (art. 6 del CPRGD), invocando el **Tribunal Internacional de Justicia —TIJ—** (art. 9 del CPRGD, art. 12.1 del CRAIA, art. 14.1 del CRAISAC, art. 19 del CRFM, art. 22 del CRTPEPA, art. 48.2 del CUNUE, art. 13.1 del CDPIP y 16.1 del CTR), o invocando un **Comité** (art. 17 a 24 del CcT, art. 9 del CERT), instancia superior que introduce un elemento de verticalidad, que supera el nivel de igualdad entre los Estados partes contratantes, y que puede operar con una múltiple finalidad: bien para juzgar en instancia los delitos de carácter internacional en defecto de los países que tengan la obligación de instaurar el procedimiento (sobre la base del criterio de la territorialidad o de la personalidad —activa o pasiva—), bien para resolver los conflictos que la aplicación del Convenio genere (incluso en materia de extradición) entre las diversas partes contratantes, bien para vigilar la adecuación de las actividades de los Estados parte a los mandatos del Convenio.

Después de casi medio siglo de operatividad extradicional, en Europa, completados los Convenios ya citados, en lo sustancial, por el **Convenio de Extradición Simplificada** (Bruselas, 30.3.1995 —CES—), el **Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen** (Schengen, 19.6.1990 —CAAS—) y el **Convenio de Extradición entre países miembros de la Unión Europea** (Dublín, 26.9.1996 —CExTUE—), cabe ahora estimar que la extradición no constituye ya un procedimiento rígido y un conjunto de escollos —más que de ayudas— para la cooperación judicial internacional; y en ese sentido, principios que la doctrina antaño consideraba inamovibles, pueden ser ahora obviados, sin merma ninguna de las garantías jurídicas, que quedan respetadas por una misma conciencia jurídica común a toda Europa, plasmada en el **Convenio Europeo de Derechos Humanos** (Roma, 4.11.1950 —CEDH—).

Así, el **principio de doble incriminación normativa** no exige una identidad o «nomen formal», sino que requiere tan sólo que los elementos definitorios de la infracción penal se encuentren presentes

en la legislación de los Estados requirente y requerido, y aun cuando dichas infracciones no se encuentren en la misma categoría de delitos (art. 2.2 del CExTUE), o dicho principio desaparece o se atenúa (art. 3 del CExTUE); el principio del mínimo punitivo permite hoy día conceder la extradición por otros delitos castigados con pena menor que la señalada en el Convenio, incluso con pena pecuniaria, ello por llamado criterio de accesoriadad (art. 2.2 del CEEEx, art. 1 del SPA y art. 2.3 del CExTUE); la prescripción se rige sólo por las disposiciones del Estado requirente (art. 62.1 del CAAS, art. 8.1 del CExTUE); la formalidad que requería la presentación de la demanda de extradición puede presentarse directamente por los Ministerios de Justicia (art. 5 del SPA y art. 65.1 del CAAS) o incluso se prescinde de la demanda formal si ha habido conformidad del reclamado con la extradición sobre la base de la detención preventiva (art. 16.4 del CEEEx, art. 66 del CAAS y todo el CES); desaparece el trámite de autorización gubernamental para la entrega en caso de extradición simplificada; no queda excluida la extradición en materia de delitos de evasión de impuestos o de aduanas (art. 2 del SPA, art. 50.1 y 63 del CAAS y art. 6 del CExTUE); la nacionalidad no puede ser obstáculo para la extradición por el hecho de que el reclamado sea nacional del Estado requerido (art. 7.1 del CExTUE); desaparecen las limitaciones que establece el principio de especialidad, bien que con la observancia de determinados requisitos (art. 14.1 del CEEEx y art. 10 y 11 del CExTUE); la información complementaria puede ser solicitada y transmitida directamente por las autoridades judiciales competentes (art. 13 del CEEEx y art. 14 del CExTUE); y los documentos no precisan de otra autenticación que la certificación por las autoridades judiciales del Estado requirente (art. 12.2 del CEEEx y art. 15 del CExTUE).

Es decir, que, cada vez más, van abandonándose los que pudiéramos denominar principios extradicionales clásicos, y la relación extradicional se convierte en un procedimiento más simple. Es deseable y necesario que el progreso en las modificaciones extradicionales aboque a un sistema de presentación por vía directa, entre Juzgados, o a lo sumo entre Ministerios de Justicia, de una documentación extradicional simplificada, que determine una entrega inmediata, sin otra dilación que la que pueda originarse por el cumplimiento de una pena de larga duración en el Estado requirente, y aun en ese caso sin perjuicio de la entrega temporal prevista en el art. 19.2 del CEEEx. En definitiva, un sistema de validación recíproca internacional de mandamientos judiciales de detención y entrega. El tan invocado espacio

judicial europeo permite la operatividad de ese sistema, sin merma alguna de las garantías del justiciable, ni de los derechos de la víctima. No perdamos de vista el CEDH ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Que haya un sistema de garantías efectivas, sea el TIJ, sea el TEDH, sea el TPI, implica verticalidad, en el sentido de que desde una instancia nacional puede recurrirse a una instancia suprema, universal (TPI, TIJ) o, cuando menos, regional (TEDH; Tribunal Interamericano de Derechos Humanos —TIDH—). Pero esa verticalidad entraña que las instancias nacionales deben mantenerse en un mismo e igual nivel competencial y jerárquico, conforme al art. 2.1.º de la Carta de las Naciones Unidas. Al propio tiempo, esa verticalidad opera, no sólo como garantía del enjuiciamiento justo en las instancias nacionales (garantía a hacer cumplir por el TEDH o por el TIDH), sino también como garantía de que los procedimientos extradicionales, esencialmente auxiliares e instrumentales, se tramitan con idéntico respeto a los ciudadanos en ellos incurso y con igual respeto a las respectivas competencias nacionales (garantía a hacer cumplir por el TIJ). En tal sentido, el art. 2 párrafo tercero del **Protocolo B anejo al Tratado de Amsterdam de 2.10.1997** por el que se integra el Acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea atribuye al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJ.CC.EE) ejercer las competencias que le otorgan las disposiciones aplicables sobre cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el Acervo Schengen; lo que implica poder pronunciarse sobre las disposiciones sobre la extradición (art. 59 a 66) contenidas en el CAAS. Pero la verticalidad o la existencia de una instancia superior, que, como hemos dicho, requiere igualdad de todas las instancias nacionales, puede darse en un aspecto mucho más práctico e inmediato.

Efectivamente, la existencia de una instancia superior *ad hoc*, el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, creado por la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las NN.UU., establece un sistema de cooperación por parte de los Estados miembros de las NN.UU., lo que lleva a la necesidad de extraditar, a favor de dicho Tribunal, a los presuntos responsables encontrados en el territorio de dichos Estados. Y así, el art. 6 de la Ley Orgánica de 1.6.1994 para la cooperación con el Tribunal establece que *«la persona residente en España contra la que se hubiere... dictado por la Sala de Primera*

*Instancia del Tribunal Internacional una orden de detención será detenida e informada de los cargos que se le imputan por el JCI de la Audiencia Nacional... (ésta)... acordará la entrega, sin necesidad de procedimiento formal de extradición...». De igual modo, los art. 58 y 59 y 89 a 92 del Estatuto del TPI (Roma, 17.7.1998) prevén la emisión de una orden de detención contra un presunto responsable de haber cometido crímenes de la jurisdicción del TPI. Consecuentemente, los Estados parte en el Estatuto y donde se produce la detención quedan obligados a entregar al Tribunal a la persona acusada, sin que aparezca la exigencia de un procedimiento formal de extradición, pero mediante lo que no es sino una entrega de carácter judicial —de Juez a Juez— similar a la que hemos descrito como *desideratum* para la extradición entre Estados, y no por ello menos necesaria para impartición de la Justicia internacional.*

En esta línea, los Gobiernos de España y el Reino Unido sellaron en el mes de noviembre del año pasado un Tratado bilateral que permitirá la entrega rápida de personas acusadas o condenadas por delitos graves castigados con una pena, al menos, de una año de prisión. Este acuerdo, que viene a superar el tradicional procedimiento de extradición entre ambos países, ha sido considerado por los dos Gobiernos como un importante avance en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada.

Con el acuerdo rubricado el 23 de noviembre de 2001 por el Ministro de Justicia español y el «home secretary» del Reino Unido, ambos países se adelantan a la denominada «euroorden», aprobada con posterioridad por la UE.

El nuevo Tratado bilateral, que tiene su origen en el acuerdo alcanzado por Madrid y Londres el pasado 21 de marzo y que se será ratificado a principios de este año, supondrá de hecho la agilización en la detención y entrega mutua de personas sobre las que pesa una orden de detención o que tienen pendientes procesos judiciales en uno de los dos países o en ambos.

El acuerdo establece novedades como la supresión del principio de doble incriminación para todos los delitos; la entrega temporal del delincuente detenido —a semejanza del reciente acuerdo alcanzado entre España y Francia—; o la detención provisional en casos de urgencia mediante un simplísimo trámite administrativo.

De esta forma, ambos países se comprometen a respetar la calificación legal del delito y la pena imponible que determine el Juez del país de emisión de la orden.

Además en el supuesto de que se produzca un concurso de condenas —esto es, que un delincuente sea objeto de sentencias condenatorias en ambos países— se efectuará su entrega cuando haya cumplido el fallo correspondiente. Será entonces cuando pasará a cumplir la condena que le queda en el otro Estado. El tratado también prevé que cuando un delincuente ya esté cumpliendo una pena en un país y sea reclamado por el otro para ser juzgado, pueda ser trasladado de forma temporal, dando así prevalencia al enjuiciamiento. Y, de igual modo, se prevé el traslado temporal del delincuente aun en el caso de que, sin existir condena firme el delincuente tenga causas penales abiertas simultáneamente en los dos países. En caso de ser necesario, estos trámites podrán ser agilizados, incluso, mediante videoconferencia.

Respecto a la detención provisional en casos de urgencia, el texto prevé que se puede proceder a esta medida cuando conste una orden internacional de detención o extradición previa decisión judicial.

En este supuesto, bastará con que el Estado reclamante transmita electrónicamente o por telefax una «solicitud preliminar urgente de ejecución» que contenga detalles acerca de la decisión judicial, la calificación legal del delito y la determinación de la pena. Eso sí: en vista de que este procedimiento se aplica sólo en casos extraordinarios y urgentes, el Estado que solicita la detención debe comprometerse a formalizar cuanto antes los trámites para que tal captura se adecue a los términos del acuerdo.

En una reunión de los Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea, celebrada en el mes de diciembre de 2001, catorce países de la Unión Europea han aprobado la «euroorden», un nuevo instrumento jurídico que sustituirá a la extradición cuando un Juez de la Unión Europea solicita a un país de la UE la detención y entrega de personas acusadas de determinados delitos, entre ellos el terrorismo, tráfico de drogas, fraudes o blanqueo de capitales.

La orden europea de detención y entrega tiene las siguientes características:

Reconocimiento de sentencias. Principio clave de la «euroorden». Las autoridades Judiciales de los Quince deben reconocer plenamente las decisiones judiciales civiles y penales que adopten sus jueces.

Lista de delitos. La «euroorden» está previsto que se aplique a más de 30 infracciones penales consideradas graves o muy graves que puedan ser castigadas con penas superiores a tres años de prisión. Junto al terrorismo, figuran el tráfico de estupefacientes y sustancias

psicotrópicas, el fraude, el blanqueo y la falsificación, la cibercriminalidad, los crímenes contra el medio ambiente, homicidio voluntario, tráfico de órganos y tejidos humanos, secuestro y toma de rehenes, racismo y xenofobia y robos organizados o con mano armada. También se aplicará a los delitos de extorsión de fondos y sobornos, estafa, tráfico ilícito de bienes culturales, pirateo de productos, falsificación de documentos administrativos y de medios de pago, tráfico de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, tráfico de materias nucleares y radioactivas, tráfico de vehículos robados, violación y ayuda a la entrada y estancia irregular. La lista se deja abierta para que se puedan incorporar nuevos delitos.

La detención. El Estado miembro podrá adoptar medidas coercitivas contra la persona reclamada de acuerdo con las reglas fijadas en su derecho interno. La persona capturada tendrá derecho a contar con la asistencia de letrado e interprete si fuera necesario.

La entrega. La autoridad judicial está obligada a examinar en el plazo más breve posible si se cumplen las condiciones para que se ejecute el mandato. Si hay dudas se podrá recurrir ante un tribunal. El Estado que emite la orden deberá dar con urgencia la información adicional que se le reclame.

Los plazos. Si hay acuerdo, la persona reclamada será entregada en un plazo mínimo de diez días, que podrá ampliarse a dos meses si se producen discrepancias o recursos.

Inmunidad. La ejecución de la «euroorden» se denegará cuando la persona goce de inmunidad en el Estado de ejecución.

Denegación. La entrega podrá ser denegada con vistas a la futura reinserción social del reclamado.

Videoconferencia. En ciertos casos no será necesaria la entrega física de la persona reclamada si ya está cumpliendo condena o cuando su desplazamiento sea difícil por razones prácticas. Las autoridades judiciales podrán concertar una videoconferencia para interrogar al acusado.

Entrada en vigor. La «euroorden» será plenamente efectiva a partir del 31 de diciembre de 2003.

Retroactividad. Al principio se consideraba que la «euroorden» se podía aplicar con retroactividad hasta 1993, fecha en la que entró en vigor el Tratado de Maastricht. Para contentar a Italia, que ha intentado bloquear esta orden, los 14 países restantes acordaron que cada país la fijara a la carta, menos para Austria, que logró que hasta el 2009 no se aplique a sus nacionales.

Posteriormente, en una reunión de los Ministros de Justicia e Interior de la UE en Santiago de Compostela, bajo la presidencia de España, varios países se han comprometido a adelantar la entrada en vigor de la «euroorden». Esta entraría en vigor a partir del 31 de diciembre de 2002.

MARTA DEL CAMARIN VASCO MUGURITU

SUMARIO: I. LA PROBLEMÁTICA DE LA JUSTICIA PENAL EN EL CONTEXTO DE LAS TRANSICIONES ACTUALES. II. EL DERECHO DEL TRIBUNAL TRADICIONAL. III. DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DE LA TRANSICIÓN DE LA JUSTICIA DE LAS TRANSICIONES. IV. DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DE LA TRANSICIÓN DE LA JUSTICIA DE LAS TRANSICIONES. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

Con la revolución industrial y el boom económico que esta ha traído consigo, nos hemos visto inmersos en una vida competitiva-industrial, que se ha desarrollado y ha evolucionado hasta límites insospechados. El nacimiento de grandes empresas y asociaciones de personas, que agrupan a diferentes sujetos, que unen sus diversas voluntades para conseguir un fin común, ha sido el resultado de la creación de una economía de mercado, basada en la oferta y la demanda, en la producción y el consumo desmesurados.

Para sorpresa y asombro de muchos, detrás de todas estas corporaciones, asociaciones, empresas, en definitiva, personas jurídicas, se ha ido desarrollando una delincuencia económica que ha distorsionado a toda la sociedad y al derecho. Y, como no, también el Derecho Penal se ha resentido por este hecho indiscutible, puesto que ha tenido que pasar rápidamente de proteger bienes patrimoniales individuales a tutelar también otros bienes e intereses de carácter socio-económico. Pero sin así, el mismo Derecho Penal se ha encontrado y se encuentra impedido a la hora de castigar a dichas personas jurídicas, pues esta posibilidad choca con un límite infranqueable, que no es otro que el principio tradicional *societas delinquere non potest*, de origen jurídico-romano, pero perfijado principalmente tras la Revolución francesa, y todavía plenamente vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Muchas legislaciones, por ejemplo la francesa, se han apresurado por derogarlo y prever sanciones penales también para las sociedades. En España, en donde no se ha dado un paso tan drástico y en mi opinión innecesario, numerosas voces se están empezando a alzar para seguir idénticos senderos, y hay quien ha planteado llegar inclusive a revisar las categorías dogmático-penales vigentes, y derogar el principio citado. Por el contrario, otra parte de la doctrina, la mayoritaria afortunadamente, se ha opuesto radicalmente a tal proposición y, con ello, se ha producido una resucitación de la vieja polémica de si se puede hacer responder penalmente a las personas jurídicas por los hechos delictivos que se cometan en su seno.

A mi juicio, esta discusión está condenada a la esterilidad. La ineficacia de las sanciones sólo se soluciona mediante la búsqueda de sanciones más eficaces, sin necesidad de construir un nuevo Derecho Penal, con el fin de satisfacer un puro capricho doctrinal, y sin necesidad de derogar el principio que manda que las sociedades no pueden delinquir, pues ello no conllevaría cambio alguno en cuanto a las posibles sanciones a imponer; o ¿es que acaso alguien se está planteando la posibilidad de prever la pena privativa de libertad también para las personas jurídicas? Seamos realistas.

Cuando en el seno de una persona jurídica efectivamente se comete un hecho delictivo, los que en puridad son responsables de tales delitos son las personas que la integran y los han ejecutado; para llegar a esta conclusión no hay que rasgarse las vestiduras. Dejémonos de discusiones teóricas condenadas a la muerte por la falta de fundamento y pasemos a la práctica: desarrollemos y perfeccionemos un sistema de consecuencias accesorias lo suficientemente eficaz para dar solución a esta problemática. Sólo así se va a poder combatir en verdad la criminalidad económica en el seno de las grandes empresas.

L. LA PROBLEMÁTICA DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICO-EMPRESARIAL EN EL SENO DE LAS SOCIEDADES ACTUALES

Siempre que se oye hablar de Derecho Penal Económico o de la delincuencia económica se suele citar a SUTHERLAND. Este criminólogo aportó principalmente una reflexión en la que ponía de relieve que el fenómeno de la delincuencia en sentido amplio, y concretamente de la delincuencia económica, no es un hecho privativo de

las clases socioeconómicas más bajas, sino que, verdaderamente, nos encontramos aquí ante un fenómeno social mucho más generalizado, que no sólo abarca a los *desheredados de la fortuna*, sino también a los que visten *cuello blanco*. Cuando este mismo autor acuñó este término, se estaba refiriendo preferentemente a aquellos hombres de negocios que ejercen su actividad en el seno de las grandes empresas. Esta aportación de SUTHERLAND no deja de ser fundamental para entender el cambio operado en las sociedades industrializadas actuales, aunque se le pueda achacar ser demasiado exclusivista, dado que muchas infracciones al orden social provienen también de otro tipo de sujetos pertenecientes a niveles más bajos, que no sólo de las personas con un nivel socioeconómico bastante considerable¹.

La delincuencia económica en sí es una perturbación del orden socioeconómico, que trae consigo fundamentalmente tres efectos perniciosos, siguiendo las investigaciones y los estudios sociológicos, a saber: en primer lugar, se produce un efecto de resaca o espiral, que se crea cuando se han agotado todas las posibilidades legales de lucha en un mercado altamente competitivo, de tal modo que el primero en delinquir genera una presión sobre el resto de los competidores, que finalmente les lleva a la comisión de nuevos hechos delictivos («resaca»), y cada participante se convierte en el eje de una nueva resaca («espiral»). En segundo término, se da la llamada reacción en cadena, que se ocasiona por la producción de graves daños materiales, en los que el perjudicado o perjudicados se convierten en el primer eslabón de una larga cadena de víctimas, en la que se va transmitiendo sucesivamente las dificultades de pago, las crisis y las quiebras, supuesto muy frecuente en épocas de recesión económica. Por último, se genera todo un poder corrupto que termina pesando sobre la Administración Pública, arrastrando a funcionarios a la comisión de nuevos hechos delictivos².

Sencillo es pensar que en una sociedad tan altamente competitiva como la nuestra, que fundamentalmente a lo largo de todo este siglo se ha ido desarrollando y perfeccionando, el primero de los efectos perniciosos, citado en el párrafo anterior, es un fenómeno pecuniario muy ligado a las sociedades mercantiles, que se unen para obtener

¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», ADP, 1984, págs. 677 a 678.

² RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», ADP, 1984, págs. 681 a 682.

grandes beneficios en el mercado con el desarrollo de su propia actividad, la misma para la cual se ha formado. Frente a tales circunstancias, y tras la aprobación del Código Civil italiano, RENDE perfiló el concepto de delito colegial, como una categoría autónoma, que sería aquél cometido, no por personas que se unen con la finalidad común de cometer hechos delictivos, sino por otro tipo de sujetos, que estando ya constituidos legalmente en forma de colegio, como órgano de una persona jurídica, ya sea de naturaleza pública o privada, cometen delitos en el ejercicio de sus funciones. Empero, la configuración del delito colegial encontró una fuerte oposición doctrinal, que argumentaba que si bien una unidad orgánica de deliberaciones y decisiones perfectamente puede acarrear efectos consigo en el marco de la responsabilidad civil, nunca los producirá en el ámbito penal, porque esto conllevaría una derogación del principio que reza que la responsabilidad penal es estrictamente personal, lo que viene a significar, como bien ha explicado RODRÍGUEZ MOURULLO:

...«que no todos los miembros del órgano han de responder necesariamente por los delitos cometidos a través de las decisiones colegiadas y que, en su caso, tampoco tienen por qué responder en idéntica medida, pudiendo aparecer unos como autores y otros como cómplices o encubridores»¹.

Una vez introducidos en el mundo del delito económico es el momento de dar una definición genérica de lo que se entiende bajo una agrupación de personas, legalmente constituida y dirigida a un fin común, es decir, persona jurídica. En nuestra legislación española podemos encontrar tal definición legal en el artículo 35 del Código Civil español, cuyo tenor literal nos aclara que se entenderán bajo personas jurídicas:

1. «Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubieran quedado válidamente constituidas.

¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. Ob. cit., pág. 687. No se puede perder aquí de vista que aunque la mayoría de la doctrina no admita el hecho de que se pudiera construir normativamente un concepto de delito colegial, hay otra parte de la doctrina que considera ésta la solución más satisfactoria para combatir la delincuencia en el seno de las grandes agrupaciones de personas. Los argumentos doctrinales, tanto a favor como en contra, van a ser objeto de análisis y estudio en una de las partes posteriores de este artículo doctrinal.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley concede personalidad propia independientemente de la de cada uno de los asociados».

Dentro de las agrupaciones, en sentido amplio, reconocidas legalmente, se pueden cometer dos clases de hechos delictivos distintos, a saber, los pertenecientes a la llamada criminalidad de empresa («*Unternehmenskriminalität*») y los relativos a la denominada criminalidad en la empresa («*Betriebskriminalität*»), siguiendo la terminología de SCHÜNEMANN. Antes de explicar ambos conceptos es preciso preguntarse qué se entiende bajo delito económico. Doctrinalmente, es bien difícil dar una definición pacífica de dicha noción, capaz de lograr un consenso que recoja, a su vez, todos los aspectos esenciales del Derecho Penal Económico. Bástenos aquí entender por tales delitos económicos, en un sentido enormemente amplio y genérico, en palabras, de nuevo, de SCHÜNEMANN, «todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en la estrecha conexión con ella».

Una vez definido el concepto de delito económico podemos entrar a analizar los términos expuestos. La criminalidad de empresa o «*Unternehmenskriminalität*», siguiendo la terminología alemana, se diferencia de la criminalidad en la empresa o «*Betriebskriminalität*» en que la primera supone un comportamiento socialmente dañoso de una empresa, mientras que la segunda abarca los hechos delictivos cometidos tanto dentro de la empresa como al margen de ella, siempre y cuando éstos vayan contra la empresa misma o sean cometidos por los miembros particulares contra otros miembros de la misma empresa. La diferencia entre ambas no es baladí, porque mientras la segunda permite el sometimiento sin dificultades a las reglas de los delitos comunes desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal y, además, plantea cuestiones muy distintas desde el plano político-criminal, la primera trae consigo graves problemas difíciles de solucionar. Aclaremos también que sólo se podrán cometer delitos económicos en los supuestos de criminalidad de empresa, aunque no exclusivamente, mientras que en la criminalidad en la empresa este tipo de delitos nunca se darán.

Con el concepto de criminalidad de empresa se viene, en definitiva, a designar todo el conjunto de delitos económicos y comunes en los que se llegan a lesionar bienes jurídicos e intereses externos, aunque

también hay que incluir los bienes jurídicos e intereses propios de los mismos colaboradores de la empresa. De este modo, la denominada «*Unternehmenskriminalität*» (criminalidad de empresa) se viene a alzar como la parte más importante de la criminalidad económica, no cayendo nunca en el error de pensar que todos los delitos cometidos en este supuesto tendrán que ser exclusivamente económicos, ya no sólo desde un punto de vista práctico, sino también desde la perspectiva de la teoría jurídico-penal y de la política criminal, algo que salta fácilmente a la vista, porque, citando a SCHÜNEMANN:

«La influencia criminógena de una actitud criminal de grupo, las dificultades de determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación jurídico-penal, y los problemas de averiguación del verdadero responsable... por mencionar tan sólo algunos de los siguientes temas de discusión... producen, en su conjunto, quebraderos de cabeza en relación con la criminalidad de empresa...»⁴.

De todo lo dicho hasta ahora podemos sacar una conclusión lógica. Dada la importancia que en una sociedad altamente competitiva como la nuestra han alcanzado este tipo de asociaciones con fuertes intereses económicos, es factible que, después de todos los problemas criminológicos que esto está trayendo consigo, diversos sectores doctrinales se planteen hasta qué punto puede ser conveniente hacer responder a estas personas jurídicas de sus hechos delictivos, económicos fundamentalmente, si esto es posible y si se puede encontrar alguna base en la dogmática jurídico-penal para poder reconocer dicha responsabilidad.

Ya en el año 1953 se celebró en Alemania el 40 Congreso de Juristas Alemanes, donde se trató precisamente la cuestión de hasta qué punto podía ser recomendable prever normativamente la capacidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, es de notar que no sólo su introducción fue rechazada de plano por los ponentes, sino que además en la votación del pleno no consiguió apenas apoyo. El argumento principal que los participantes señalaron como suficiente para que esa propuesta no pudiera prosperar es el siguiente: el sentido y los elementos de la pena difícilmente pueden convivir con la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas y las agrupaciones de personas. Empero, esto quedaría incompleto sin una matización más; curiosamente, en los últimos tiempos, desde los sec-

⁴ SCHÜNEMANN, B. «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *ADP*, 1988, págs. 530 a 531.

tores del Derecho Tributario y Medio Ambiental, a nivel europeo, se empieza a hacer ligeramente sensible una tendencia, que empieza de modo discreto a prever una verdadera capacidad punitivo-normativa de empresas económicas formadas por personas⁵.

En España, respecto a la misma cuestión, el profesor BACIGALUPO ZAPATER denunció la grave oposición actual existente entre el Derecho Penal y la Política Criminal⁶. Sus teorías han sido fielmente respaldadas y seguidas por ZUGALDÍA ESPINAR, que las explica del siguiente modo: desde hace algún tiempo ha surgido una teoría unificadora de los fines de la pena, que domina al Derecho Penal, y pretende una unificación de sus aspectos retributivo y preventivo, de modo que esta concepción ha venido a constituir la base a partir de la cual hay que analizar las relaciones entre el Derecho Penal y la Política Criminal, que en los últimos años estarían sometidas a una grave disfuncionalidad; en palabras del propio ZUGALDÍA ESPINAR:

«...si las categorías dogmáticas vigentes son (...) las categorías de las teorías absolutas de la pena y, de otra parte, la Política Criminal apunta hacia una concepción relativista, utilitarista y antirretribucionista de la pena, no es de extrañar que (...) lo que desde el punto de vista político-criminal pueda ser conveniente, desde el punto de vista dogmático pueda resultar imposible»⁷.

Aunque estos dos profesores cuentan con algunos seguidores en la doctrina, es importante decir que constituyen el grupo minoritario, porque desde un punto de vista doctrinal, la mayoría de los estudiosos en este tema se muestran defensores del principio tradicional *societas delinquere non potest* y, por otro lado, de entre los que se sitúan al otro lado de la discusión no todos defienden que sea imprescindible revisar las categorías dogmáticas; como propugnan estos dos profesores, para reconocer la punibilidad de las personas jurídicas. Si intentásemos encontrar un punto de unión entre todos los autores que tratan este tema, podemos concluir que en lo que casi todos están de acuer-

⁵ HIRSCH, H. J. «Strafliche Verantwortlichkeit von Unternehmen» *ZStW*, 1995, FET 2, pág. 286.

⁶ Este mismo profesor venía a explicar que «las teorías de la unificación, en cuanto dejan a salvo el fundamento retributivo de la pena, expresan una visión ética del delito, mientras que la Política Criminal entiende al delito en los términos de las ciencias sociales» (ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», *CPC*, n.º 53, 1994, págs. 613 a 614).

⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional: *societas delinquere non potest*» *CPC*, n.º 11, 1980, págs. 69 a 70.

do por unanimidad es que, lejos de si político-criminalmente fuere conveniente que las personas jurídicas pudieran sufrir sanciones penales, las categorías dogmáticas vigentes en nuestro Derecho Penal no dan entrada a tal posibilidad; es más, lo hacen realmente imposible, y, por tanto, o bien habría que renunciar al debatido principio *societas delinquere non potest*, o bien habría que optar por la redefinición de las categorías dogmáticas vigentes. Antes de exponer cuáles han sido las distintas soluciones que los diversos autores han dado a este problema y exponer yo, finalmente, la tesis que a mi juicio debe ser considerada como la correcta, es preciso analizar cuál ha sido la evolución histórica de este gran dilema.

II. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO TRADICIONAL *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST* Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La fuerte polémica acerca de la posibilidad de hacer responder penalmente a las personas jurídicas y, en definitiva, la fundamentación del principio tradicional *societas delinquere non potest*, no es una cuestión surgida en la época actual, sino que podemos remontarnos hasta el Derecho Romano para analizar sus primeros antecedentes. Así, en Roma, en virtud del citado principio, se concluye que es imposible hacer responder penalmente a una persona jurídica.⁸

Es de anotar que, desde épocas muy antiguas, el problema de la responsabilidad criminal de los colectivos, sean estos jurídicos o no (desconociéndose incluso tal categoría), halló un lugar de relativa trascendencia en su sistema de sanciones. Así, un buen ejemplo de ello lo podríamos situar en la época histórica donde la venganza de sangre constituía la reacción penal típica, la cual recaía con frecuencia sobre cualquiera de los que integraban la *Sippe* (familia) a la que pertenecía el autor que había cometido la ofensa.⁹

Un supuesto similar se puede encontrar también en el Antiguo Régimen, época histórica en la cual las penas por los delitos más graves cometidos por un sujeto determinado trascendían del autor del mismo a los miembros de la familia en la que se integraba, mediante la imposición de sanciones como el destierro, la privación de sus bie-

⁸ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. T. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal Español», *El Nuevo Código Penal. Primeros problemas de aplicación*, AA.VV., Dirección de Cursos Extraordinarios, Universidad de Salamanca, 1997, pág. 133.

⁹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995, pág. 181.

nes o también de ciertos derechos¹⁰. Como magistralmente ha explicado ANTÓN ONECA, el fundamento último estribaba en el pensamiento de que «se esperaba que el amor a los hijos o a los padres sirviera de contrapeso a las tentaciones criminales cuando fallase el instinto de la propia conversación»¹¹.

Es igualmente cierto que en el Fuero de León se disponía que, en el supuesto en que se le impusiese a un sujeto una pena pecuniaria, iba a responder de ella solidariamente también la ciudad a la que perteneciese, con la finalidad de que no se pudiera alegar insolvencia o desconocimiento del paradero del autor. Así, siguiendo a MIR PUIG, el fundamento de que se extendiera la pena a personas diferentes al autor que había cometido el delito se basaba en la prevención general. De este modo, el mismo autor razona que este argumento vendría a ser insatisfactorio para explicar un tipo de responsabilidad como la descrita, pues la misma prevención general ha de estar, a su vez, limitada por el principio de personalidad de la pena, que precisamente constituye una exigencia de un Estado democrático que respeta la dignidad humana¹².

Tras el Absolutismo, el pensamiento penal da un giro de ciento ochenta grados, de tal modo que se puede decir que el reconocimiento verdadero, tal y como se concibe en la época actual, del principio *societas delinquere non potest* supone una conquista de la Revolución francesa, que terminó plasmándose en el Derecho Penal moderno, en virtud de la cual de los delitos cometidos en el seno de una persona jurídica responde aquel sujeto que lleve a cabo dicha acción considerada como reprochable. La filosofía nacida en aquella época ha sido bien resumida por MONCAYO, que nos explica su significado del siguiente modo:

... «sólo al individuo que delinque es factible sancionarlo con una pena. Traslada esta regla al ámbito de las persona moral, social o de existencia jurídica, en lo que atañe a su responsabilidad penal por los delitos que cometieren los individuos que la integran, es que se edificó la tesis que puede resumirse en el axioma latino *societas delinquere non potest*»¹³.

¹⁰ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. T. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español», *El Nuevo Código Penal. Primeros problemas de aplicación*, AA.VV., Dirección de Cursos Extraordinarios, Universidad de Salamanca, 1997, pág. 133.

¹¹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995, pág. 181.

¹² MIR PUIG, S. *Ob. cit.*, pág. 181.

¹³ MONCAYO, N. J. *Delitos cambiarios y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 29.

Esta posición dominante a finales del siglo XVIII fue principalmente respaldada e impulsada por FEUERBACH, y se apoyó en la influencia romanista de SAVIGNY, autor que construyó la *teoría de la ficción*, en la que establecía como característica esencial de este tipo de entidades su esencia ficticia. Así explicaba que la persona jurídica como tal no podía sufrir una auténtica responsabilidad punitiva, responsabilidad que sólo podía recaer en los seres humanos que se escondían tras la misma, es decir, los únicos responsables reales del delito¹⁴. De este modo, para SAVIGNY era totalmente improbable sancionar una persona jurídica sin transgredir con ello la gran máxima del Derecho Penal, que exige la identidad del delincuente y del condenado¹⁵. Partiendo de la importancia que tuvo esta teoría para el Derecho Penal, también se alzó otro fundamento, que supuso una indiscutible razón para reconocer entonces el principio *societas delinquere non potest*, a saber: fue decisivo, dentro de los principios político-criminales que integraban el Derecho Penal Liberal, el principio de personalidad de las penas, que vino a significar, desde la Revolución francesa, que la responsabilidad criminal es siempre personal y que ni dicha responsabilidad penal ni las penas que ésta acarrea pueden trascender a otras personas. Es, en definitiva, la proscripción de la responsabilidad colectiva reconocida en el Derecho Primitivo¹⁶.

¹⁴ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995, pág. 184.

¹⁵ MONCAYO, N. J. Ob. cit., pág. 30.

¹⁶ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, pág. 184. El profesor ZUGALDÍA ESPINAR considera que la teoría de la ficción es altamente criticable. Según este mismo autor, esta tesis no puede prosperar en la actualidad, donde se convive con sociedades con más poder efectivo que los Estados, y por ello carece de todo poder de convicción. Este ataque a SAVIGNY es aprovechado, al mismo tiempo por este autor, que se sirve de él para poner las bases de su propia teoría y, así afirma que: «ya no se puede mantener más la tesis de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas alegando la tesis de su existencia puramente ficticia (...) la mencionada tesis está absolutamente abandonada y se entiende hoy que las personas morales, lejos de ser puras ficciones son (...) auténticas realidades jurídicas, que ponen de manifiesto una realidad social preexistente.» (ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Convivencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional: *societas delinquere non potest*»; CPC, n.º 11, 1980, págs. 78).

Pero no sólo ZUGALDÍA ESPINAR ha criticado esta teoría. También en la doctrina alemana HIRSCH no se muestra partidario de su aceptación en la actualidad. Según este autor las legislaciones nacionales han empezado a regular a las personas jurídicas como la persona real de la asociación. De este modo, las personas morales serían formas de organización humana, que se levantan como auténticos sujetos autónomos en la realidad social, independientemente de que sus miembros vayan variando con el transcurso del tiempo. El ordenamiento jurídico habría sido consecuente con esto al dotar a las asociaciones de personas de capacidad jurídica y al calificarlas como personas jurídicas (HIRSCH, H. J. «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen»; ZStW, 1992, FET 2, págs. 288 a 289; HIRSCH, H. J. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», ADP, 1988, pág. 1104).

En contraposición a la *teoría de la ficción*, GIERKE lanza al mundo jurídico otra distinta y contrapuesta, a saber, la teoría de realidad, que ofrecía una base teórica para la aceptabilidad de la responsabilidad criminal de estos entes jurídicos. Para este autor, una persona jurídica debe ser concebida como una persona real, en la cual se juntan seres humanos con «una única y común fuerza de voluntad y de acción para el cumplimiento de los fines que superan la esfera de los intereses individuales», de modo que entidades de este tipo llegan a alcanzar un elevado grado de concentración y organización y «manifiestan en el plano social una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa». El resultado de este proceso es la constitución de una auténtica persona jurídica, como una realidad distinta y separada de los miembros que la conforman, lo que le lleva a este autor a concluir que esta entidad alcanza no sólo ya personalidad real, sino que también hay que dejar abierta la posibilidad de que ésta pueda observar o perseguir una voluntad propia y distinta a las voluntades individuales de los miembros que las integran¹⁷. De esta última teoría se desprende una admisión de dicha responsabilidad, pero ésta sólo tuvo consecuencias en el ámbito del Derecho Civil, dado que la doctrina dominante y la legislación se opuso con fuerza a que fuese admitida en el ámbito penal.

Siguiendo la línea de que las personas jurídicas constituyen una realidad indiscutible en la sociedad, VON LISZT y PRINS en el extranjero, y SALDAÑA y MASAVEU en España, defendieron la responsabilidad penal de las personas jurídicas de un modo más pragmático. Estos autores, partiendo de exigencias político-criminales basadas en la peligrosidad, concibiendo a la persona jurídica como un medio especialmente peligroso para servir de instrumento a aquellos que pretendieran enmascararse tras ella, propusieron que estas entidades debían ser, por tanto, castigadas enfáticamente. Fundamentaban que así como el Derecho reconoce la capacidad de obrar de las personas

¹⁷ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. T. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal Español», *El nuevo Código Penal. Primeros problemas de aplicación*, AA.VV., Dirección de cursos extraordinarios, Universidad de Salamanca, 1997, pág. 134.

GRACIA MARTÍN afirma, empero, que actualmente el problema de si las personas jurídicas son sujetos responsables criminalmente o no, no se puede resolver ya partiendo de la contraposición entre la teoría de la ficción de SAVIGNY y la teoría realista de GIERKE. Hoy se hace necesario afirmar, siguiendo a LARENZ en la doctrina alemana y a LACRUZ BERDEJO en la española «que la persona jurídica es un factor real, activo en el ámbito y en el acontecer sociales (...) una realidad propia, distinta de las personas físicas». (GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», *Revista peruana de Ciencias Penales*, n.º 4, julio-diciembre, pág. 472.)

jurídicas en el ámbito del Derecho Privado, de igual modo se podía afirmar, así VON LISZT en su famosa frase, que «quien puede concluir contratos puede concluir contratos fraudulentos y usurarios.»¹⁸

Sin embargo, estos autores venían a constituir un sector minoritario, porque ya a finales del siglo XVIII, principios del XIX se da un giro copernicano a la cuestión: la mayoría de la doctrina se expresa manifiestamente contraria a tal afirmación y, desde entonces, ha desaparecido la punibilidad de las personas jurídicas en todos los Códigos Penales¹⁹, si bien es cierto que en Francia este reconocimiento de la responsabilidad de estas entidades ha sido otra vez introducido en su nuevo *Code Penal*²⁰. El cambio producido a finales del siglo XVIII se debió fundamentalmente a un escrito de gran importancia del profesor ERLANGEN MALBLANC, en 1973, con el título de *Observations quaedam ad delicta universitatum spectantes*. Este profesor venía a decir en él que, dada la naturaleza del delito y de la pena, el reconocimiento de la punibilidad de las personas jurídicas era inadmisibile.

Es preciso, además, matizar que hubo otro hecho que también preparó el terreno para el nuevo cambio de filosofía, a saber: los procesos penales contra las corporaciones se habían hecho cada vez más infrecuentes, dado que el poder de los señores se hacía más fuerte progresivamente, de tal modo que medidas de tanto calibre como condenar a municipios enteros y otras agrupaciones de personas habían dejado de ser necesarias. En palabras de HIRSCH: «(...) en ese momento había desaparecido la necesidad práctica y política de una pena para las asociaciones (...) esto favoreció que hallaran resonancia las objeciones teóricas»²¹.

Tras este breve análisis de cuál ha sido el origen y el desarrollo histórico del principio tradicional *societas delinquere non potest*, que está siendo aquí objeto de análisis, se puede comprender bien el surgimiento y la razón de la polémica doctrinal existente en torno al reconocimiento o derogación actual del tal principio, que ahora se plantea desde una perspectiva distinta, pero que, en definitiva, es ya un tema largamente discutido en la historia.

¹⁸ HIRSCH, H. J. «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», ZStW, 1995, FET 2, pág. 296; MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995, pág. 184.

¹⁹ HIRSCH, J. H. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», ADP, 1993, pág. 1102.

²⁰ KOCH, B. «Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code penal», ZStW, 1995, Hef 2, pág. 405.

²¹ HIRSCH, H. J. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», ADP, 1993, pág. 1102.

III. DISCUSIÓN DOCTRINAL ACERCA DEL RECONOCIMIENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:

¿DEROGACIÓN O IMPOSIBILIDAD DOGMÁTICA DE REVISAR EL PRINCIPIO SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST?

En el Derecho Español, las personas jurídicas son responsables tanto en Derecho Civil como en Derecho Administrativo. Empero, en el Derecho Penal sigue encontrando plena vigencia el principio tradicional *societas delinquere non potest*, que supone admitir que las personas jurídicas no serán responsables penalmente, de tal modo que de la comisión de los delitos en el seno de la misma responderán las personas físicas que han ejecutado dicha acción. La razón fundamental de que todavía no se haya derogado este principio es que, tal y como se conciben en el Derecho Penal Español los conceptos de acción, culpabilidad y pena, dogmáticamente resulta imposible reconocer lo contrario, es decir, *societas delinquere potest*. Lo dicho aquí ha sido magistralmente explicado por BAJO FERNÁNDEZ y MUÑOZ CONDE. Así, el primer autor subraya la imposibilidad existente en el plano dogmático para la admisión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas:

«... La dogmática jurídico penal (...) no admite una responsabilidad criminal de las personas jurídicas (...) La admisión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Bélgica y en Francia se explica por el escaso arraigo de la dogmática jurídico penal. Tal y como se concibe la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena»²². A su vez, el profesor MUÑOZ CONDE nos explica que esto es así porque «... desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales.»²³

²² BAJO FERNÁNDEZ, M. «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», ADP, 1981, pág. 377.

²³ MUÑOZ CONDE, F. *Teoría General del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 28. Siguiendo esta misma línea LUNA SERRANO y LACRUZ BERDEJO añaden que «a las personas jurídicas les falta conciencia y voluntad en sentido psicológico, y con ello la capacidad de autodeterminación, facultades humanas que necesariamente han de tomar prestadas de los hombres. Sólo son semejantes a la persona natural en cuanto a unidad de eficacia (...) en virtud de esa semejanza pueden, al igual que un ser humano, constituirse en sujeto de derechos y deberes». (GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», *Revista peruana de Ciencias Penales*, n.º 4, julio-diciembre, 1994, pág. 474.)

A mi juicio ha valido la pena introducir esta larga cita, porque dentro de ella se encuentra básicamente resumida cuál es una de las posiciones doctrinales que se van a exponer a lo largo de este artículo doctrinal, contrastándola con las opiniones contrapuestas a ella. Por tanto, las objeciones dogmáticas que principalmente se argumentan para no reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas son su incapacidad de acción y culpabilidad y no susceptibilidad de pena.

A) La incapacidad de acción como objeción dogmática principal para no reconocer la punibilidad de las personas jurídicas

Respecto al primer argumento, que es el principal de los tres, es cierto que las personas jurídicas para actuar en el mundo exterior necesitan servirse de las acciones humanas y, por ello, se ha dicho desde una posición doctrinal, la mayoritaria, que en ellas falta una verdadera capacidad de acción propia, ya que han de actuar, repito, a través de acciones naturales de otros²⁴.

El concepto de acción en Derecho Penal ha sido uno de los más complejos a la hora de definir y, aún hoy, no hay del todo unanimidad absoluta en cuanto a su delimitación. De este modo, actualmente conviven tres concepciones distintas de acción, que han ocasionado divergencias en la ciencia jurídico-penal, a saber: *el concepto causal, el concepto final y el concepto social de la acción*. Se hace preciso, por tanto, dar primero un concepto de acción válido, antes de ver si las sociedades pueden o no realizar hechos delictivos²⁵.

El primero de ellos, el concepto causal de acción, constituye la postura tradicional y todavía vigente en un sector de la doctrina penal española. Partiendo su formulación de una metodología positiva, este concepto de acción causal naturalista es para la dogmática alemana el pilar en el que se asienta todo el esquema clásico del delito, cuyas bases fueron sentadas por VON LISZT y BELING. Para el primer autor se podía definir como acción positiva: *a) un movimiento corporal; b) causado por un impulso de la voluntad; que a su vez, c) constituye la causa de modificación del mundo exterior*²⁶. A este concepto o definición de la acción se la llama causal, porque la voluntad humana

²⁴ HIRSCH, H. J. «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», ZStW, 1995, FET 2, págs. 288 a 291.

²⁵ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995, pág. 169.

²⁶ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995, pág. 169.

sólo estaría comprendida por una función causada, que no por la fuerza dirigida a la producción o causación de un resultado («Geschehenverlauf»)²⁷.

El concepto causal de acción fue sustituido en virtud del método fenomenológico y ontológico, que empezó a aplicarse al Derecho Penal, por el concepto final de acción. El punto de partida del finalismo fue precisamente la superación del subjetivismo epistemológico, que había caracterizado al neokantismo de la Escuela Sudoccidental Alemana, a través de la afirmación de que el mundo empírico se halla ordenado previamente al conocimiento humano.

De este postulado deduce WELZEL que el análisis del concepto de acción no se debe de basar en la causalidad, sino en la finalidad, a saber, «el dirigirse intencionalmente a una meta previamente elegida. (...) Sólo la acción humana ve adónde tiende (...) a diferencia del resto de los procesos naturales, que actúan de modo ciego». La finalidad descansa sobre la capacidad del ser humano de presagiar las consecuencias de su ataque («Eingreifen») causal y por la utilización de sus medios orientar planificadamente el devenir a su meta. La voluntad que dirige el hecho causal es por ello «das Rückgrat der finalen Handlung» (la espina dorsal de la acción final), el factor director, que configura al fenómeno causal externo. La dirección final de la acción se consuma en tres estadios: *a) comienza con la anticipación mental de la meta a conseguir; b) de ello se deriva la selección de los medios accionales («Handlungsmittel») necesarios para la consecución de la meta; y c) la conclusión está formada por la realización de la acción volitiva («Handlungswillens») en el mundo de los hechos empíricos*²⁸.

Las consecuencias de esta concepción de la acción final, desde un punto de vista finalístico, han sido magistralmente explicadas por MIR PUIG. Así este autor las resume del siguiente modo:

²⁷ Si hacemos un análisis crítico de esta definición de la acción se nos muestra que con la nueva interpretación que se le dan a los comportamientos volitivos en los fenómenos causales la esencia de las verdaderas acciones volitivas no estaría comprendida. Lo específicamente humano respecto de la acción no está en la causalidad de la voluntad, porque las fuerzas de la naturaleza también funcionan de un modo causal, sino en el desenvolvimiento causal («Kausalverlauf») de la finalidad desde una perspectiva objetiva, respecto de la cual sólo el ser humano está capacitado. Por lo demás, el concepto causal de acción no puede incluir en él a la omisión. Ésta, por su propia manera de ser, se basa en que falta en ella un impulso volitivo esperado y, por ello, un determinado proceso causal no se pone en marcha (JESCHECK, H. H. *Lehrbuch Des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, págs. 197 a 198). En igual sentido, véase MUÑOZ CONDE, F. *Teoría General del Delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 26.

²⁸ JESCHECK, H. H. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, pág. 198.

«... Al momento de acción pertenece no sólo el momento de causalidad, sino también ya desde un principio, el de la finalidad, que no cabe trasladar a la culpabilidad sin vaciar de contenido la acción, objeto de la antijuricidad. (...) La consecuencia fundamental de este planteamiento es la inclusión del dolo (que se equipara a la finalidad) en el tipo de injusto de los delitos dolosos: si el delito es acción antijurídica, la antijuricidad debe recaer sobre la acción y ésta exige esencialmente la finalidad, finalidad que en los hechos dolosos equivale, precisamente, al dolo»²⁹.

Finalmente, como teoría que se propuso perfeccionar o delimitar más detalladamente el concepto de acción, se llegó al concepto social de acción, en su versión actualmente defendida por JERSCHECK, que se nos presenta como una teoría superadora de las insuficiencias que presentaban tanto el concepto causal de acción como el final (en opinión de este mismo profesor), para terminar explicando de un modo satisfactorio las distintas formas del comportamiento humano que tienen relevancia para el Derecho Penal. Esta tesis defiende que el único modo de hallar un concepto de acción que aúna tanto a los delitos dolosos, como a los culposos y los de pura omisión, es poner como base a un denominador común, bajo el cual puedan aglutinarse las distintas formas de comportamiento humano que dan lugar a cada una de aquellas modalidades de delitos.

Esta síntesis se debe buscar en la relación del comportamiento humano con el mundo circundante. Este es el sentido del concepto social de acción. Acción es, por ello, un comportamiento humano socialmente relevante. Aquí se debe entender por comportamiento toda respuesta del ser humano a una exigencia situacional reconocida o, al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de la que dispone gracias a su libertad. El comportamiento puede consistir en el ejercicio de la actividad final (finalidad), puede asimismo limitarse a la causación de consecuencias, en tanto que el proceso sea dirigible acudiendo a la finalidad (imprudencia). Por último, puede manifestarse igualmente en la inactividad frente a

²⁹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995, pág. 171. También se han alzado críticas sobre la concepción final de la acción. Para JERSCHECK la conducción del desenvolvimiento causal característica para el devenir de la acción final a través de impulsos volitivos falta en la omisión. Con independencia de ello la acción imprudente tampoco se deja ordenar sin dificultades dentro del concepto final de acción. Por tanto, tampoco esta teoría puede servir para formular un concepto de acción completo y útil para una correcta y completa dogmática del Derecho Penal (JERSCHECK, H. H. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, pág. 199.)

una concreta esperanza de acción, que no tiene que estar necesariamente fundada en el Derecho, siempre que también aquí se presuponga que, en definitiva, concurre la posibilidad de dirección (omisión)³⁰.

Actualmente, el concepto de acción relevante para el Derecho Penal no puede obtenerse simplemente de la pura observación de los hechos humanos, sino que debe también ser puesto en relación con las exigencias del Derecho Penal. Los comportamientos que le son relevantes a éste existen *a priori*, con independencia de sus condicionamientos. La selección por el Derecho Penal de los hechos jurídicos penalmente relevantes se efectuará *a posteriori* de su existencia, de tal modo que no todos los comportamientos humanos van a ser importantes para el Derecho Penal, concretamente no le van a importar «aquellos frente a los cuales la prohibición penal carecería de todo sentido», y van a ser, por tanto, excluidos del concepto jurídico-penal de acción.

Desde la perspectiva de un Estado social y democrático de Derecho, como es el español, un análisis de la norma penal revela que sólo tiene significado y sentido prohibir los comportamientos del hombre que sean externos y finales. En consecuencia, con esta última afirmación se viene a admitir, por una parte, que sólo podrán ser prohibidos comportamientos finales, pero, por otra, que éstos deben ser importantes al Derecho Penal en cuanto comportamientos dotados de significado social.

Resumiendo, enfocado desde una perspectiva jurídico-penal, se hace notar que la presencia del delito, no sólo en su base, sino también respecto a los demás elementos que se apoyan en ella, está doblemente condicionada, a saber: por un lado, sólo es legítimo desear prohibir conductas externas (primer postulado del principio de dañosidad social) y sólo se podrán prohibir legítimamente conductas que sean voluntarias (exigencia básica del principio de culpabilidad en sentido amplio)³¹. Esta exigencia de que sólo van a poder ser susceptibles de prohibición jurídico-penal comportamientos externos y voluntarios, que no mentales, ni ocasionados por el simple devenir o azar de la naturaleza, deriva, como bien ha señalado MUÑOZ

³⁰ JERSCHECK, H. H. *Ob. cit.*, págs. 200 a 201. Sin embargo, este concepto social de acción tampoco es pacífico doctrinalmente. En opinión de MUÑOZ CONDE también esta definición de la acción es susceptible de crítica, pues este concepto de relevancia social peca de ser excesivamente ambiguo, «y, en última instancia, es un dato prejurídico que no interesa directamente al jurista. Lo que a éste le interesa es, en definitiva, la relevancia típica» (MUÑOZ CONDE, F. *Teoría General del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 27.)

³¹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, págs. 172 a 173.

CONDE, de la estructuración de nuestro Derecho Penal como un Derecho penal de acto y no de autor³².

En base a esta definición de la acción, una parte de la doctrina, la mayoritaria, fundamenta que las personas jurídicas no van a poder nunca ser responsables criminalmente porque el Derecho Penal exige la concurrencia en el sujeto activo de una facultad de querer, es decir, una potencialidad volitiva, que difícilmente puede ser predicable de las personas jurídicas; al faltar en ellas ese requisito fundamental, a saber, la esencia voluntarista finalista individual, y, al ser éstas, a su vez, un ente ficticio creado por el Derecho, podemos afirmar rotundamente que la persona jurídica carece de capacidad de acción³³. Por tanto, la acción típica no es una actividad realizada por la persona jurídica, sino que ésta es ejecutada por las personas que la integran³⁴.

El profesor alemán HIRSCH se manifiesta totalmente crítico con la posición que aquí hemos mantenido. Este autor parte de considerar que las personas jurídicas son una realidad indiscutible en la sociedad actual y, precisamente, por tal existencia son destinatarias de obligaciones, de tal modo que pueden cometer una lesión a ese deber, cuando no cumplen las órdenes normativas que se les dirige. Partiendo del hecho de que la corporación actúa externamente a través de acciones humanas provenientes de sus órganos, podemos predicar que estas

³² La distinción efectuada entre Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor, siguiendo a MUÑOZ CONDE, no sólo debe ser contemplada como una cuestión puramente sistemática, sino también política e ideológica, de modo que «sólo el Derecho Penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente». El problema que plantea un Derecho Penal de autor es que éste se construye sobre determinadas cualidades de la persona de las que ésta, mayoritariamente, no es responsable y, por otro lado, éstas no pueden ser descritas con la nitidez requerida en los tipos penales. De este modo sería muy sencillo describir los actos que llegarían a constituir un homicidio o un hurto, mientras que extremadamente más difícil sería empeñarse en describir en el tipo penal las características y cualidades que deberían, en su caso, acompañar a un ladrón o a un homicida. Como consecuencia de ello, un Derecho Penal de autor nunca sería suficiente para limitar el poder punitivo de un Estado y, por el contrario, favorecería una concepción totalitaria del mismo. (MUÑOZ CONDE, F. *Teoría General del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, págs. 23 a 24.)

³³ JESCHECK, H. H. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, págs. 200 a 201. Como crítica a este punto de vista véase ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», *CPC*, n.º 11, 1980, pág. 80.

³⁴ BAJO FERNÁNDEZ reconoce la capacidad de acción de las personas jurídicas. Según este autor, la persona jurídica «tiene capacidad para realizar otros actos jurídicamente relevantes como firmar contratos o realizar negocios jurídicos, que pueden ser los fundamentos de una acción criminal». Sin embargo, en mi opinión, este planteamiento no me parece en absoluto convincente, porque este autor está olvidando que son los miembros pertenecientes a esa persona jurídica los que llevan a cabo tales actos jurídicos. (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. T. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español», *El Nuevo Código Penal. Primeros Problemas de aplicación*, AA.VV., Dirección de Cursos Extraordinarios, Universidad de Salamanca, 1997, pág. 129.)

acciones son también las suyas propias y, por ello, las asociaciones de personas legalmente reconocidas son capaces de acción:

«... la afirmación de la punibilidad de las asociaciones de personas debe ser vinculada a una acción penalmente típica de una persona natural que actúa por la asociación. En esa medida se habla del hecho vinculante. Por eso, el problema también es independiente de la polémica penal, relativa a si con relación a la estructura de la acción penalmente relevante, se debe partir de un concepto final, causal o social. De lo que se trata en nuestra cuestión (...) no es de los elementos estructurales del actuar, sino de su relación con el sujeto»³⁵.

En mi opinión, esta idea es poco convincente. El concepto de persona jurídica es una necesidad creada por el Derecho para referirse y prever normativamente una realidad que se produce cuando un número considerable de personas se agrupan para perseguir una finalidad común, algo que les facilita su actividad, económica fundamentalmente, y les hace fácilmente reconocibles por las demás personas. Ciertamente, a las personas jurídicas se les hace destinatarias de determinados deberes, pero no se espera que sea ella misma la que los satisfaga, sino los miembros que la integran. El orden jurídico social que supone que todos los miembros integrantes de una unidad se agrupen bajo una entidad jurídica con un nombre único y original, que los haga fácilmente identificables (imagínense las dificultades que supondría que cada vez que tuviésemos que dirigirnos a una agrupación de personas tuviésemos que nombrar a todos y cada uno de sus miembros, más cuando estamos ante una gran empresa con incontables accionistas), hace necesaria la creación de éstas y su previsión normativa, sin que con ello se les reconozca que tengan una voluntad propia, individual y distinta de los demás miembros que la integran.

La capacidad de acción de las personas jurídicas ha sido también defendida por un gran especialista en el ámbito del Derecho Penal Económico, TIEDEMANN, junto con BRENDER, que las reconoce como destinatarias de las normas de conducta y hablan de una autoría de la propia agrupación («*Verbandstäterschaft*»). Partiendo estos autores de que la propia persona jurídica necesita de sus órganos y representantes para poder realizar sus propias acciones, la conclu-

³⁵ HIRSCH, H. H. «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», *ZStW*, 1995, FET 2, págs. 288 a 291; HIRSCH, H. H. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», *ADP*, 1993, págs. 1105 y 1106.

sión, entonces, de una autoría propia de la agrupación sólo se podría fundamentar a partir de la imputación de un hecho ajeno. Sin embargo, esto no conlleva ningún problema, argumentan estos autores, si se tiene en cuenta que en Derecho Penal ya se conocen supuestos en donde la autoría de un sujeto se fundamenta a partir de un hecho realizado por otro, a saber, en los supuestos de coautoría y autoría mediata³⁶.

En mi opinión, la tesis de TIEDEMANN y BRENDER, como fundamento de la capacidad de acción de las personas jurídicas, no puede ser aceptada si se parte de la definición de la autoría mediata y la coautoría en el Derecho Penal moderno. Tanto en la primera, que supone valerse, como un instrumento para la realización del delito, de otro sujeto, que generalmente no lo sabe, como en la segunda, que viene a ser la realización conjunta por varios sujetos de un hecho delictivo, en la que todos intervienen en la ejecución material del delito, debe de concurrir el dominio del hecho en estos mismos sujetos, lo que viene implícitamente a suponer que concurren en ellos un elemento voluntarista-finalista individual, que es un requisito esencial para la imputación jurídico-penal de un hecho delictivo a título de dolo, exigencia de imposible concurrencia en las personas jurídicas, en la cual la capacidad de acción, empero, sí puede concurrir en los distintos miembros que la conforman³⁷.

La capacidad de acción, a modo de recapitulación, sólo es predicable entonces de las personas humanas. Sin embargo, se han alzado otras objeciones dogmáticas al reconocimiento de la punibilidad de las asociaciones, a mi juicio de menor envergadura que la primera objeción que hemos expuesto, pero también importantes, y de imprescindible análisis en este artículo doctrinal.

B) La incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal moderno

La segunda objeción que una parte de la doctrina ha argumentado contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la imposibilidad de poder serles atribuidas la capacidad de culpabilidad. En

³⁶ GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas», *Revista peruana de Ciencias Penales*, n.º 4, julio-diciembre, 1994, págs. 496 a 497.

³⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Teoría General del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, págs. 178 a 179.

Derecho Penal, la capacidad de culpabilidad supone una reprochabilidad personal del hecho delictivo cometido. Ya el Tribunal Supremo Federal Alemán, en su famosa decisión de 1952, donde se trataba de reconocer el error de prohibición, dijo al respecto lo siguiente, conforme a la concepción tradicional:

«... Culpabilidad significa que el hombre puede decidirse en contra del Derecho a partir de una autodeterminación libre, responsable y moral. Y de esta vinculación entre culpabilidad y personalidad moral se sigue que sólo puede formularse un reproche de culpabilidad frente al hombre»³⁸.

En la discusión de la cuestión se planteó la propuesta de si no se podría renunciar aquí a la culpabilidad y sustituirla por la perspectiva del interés público predominante. Sin embargo, esta idea no prosperó, dada la renunciabilidad que ello supone de una de las garantías del Estado de Derecho, a saber, el concepto de culpabilidad, que protege frente a castigos inadecuados. En virtud de esta solución, este concepto quedaría desnaturalizado, convirtiéndose nuestro Derecho Penal en un mero Derecho Penal de responsabilidad³⁹.

Actualmente tenemos que entender que sólo cuando concurre en un sujeto una capacidad intelectual y volitiva individual se da el presupuesto que exige la imputabilidad, y allí donde falte la misma imputabilidad no puede ser reconocida capacidad de culpabilidad alguna. Dado que las personas jurídicas no pueden ser consideradas sujetos imputables, no podrá reconocérseles capacidad de culpabilidad y, por tanto, nunca concurriría en ellas responsabilidad alguna⁴⁰.

No obstante, también hay autores, como HIRSCH, que se han manifestado contrarios a esta tesis y han afirmado y fundamentado la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. Según este profesor, se habla frecuentemente de la culpabilidad de una empresa, por ejemplo, en el caso de que una empresa química vierta sustancias tóxicas en un río y, a consecuencia de ello, han muerto gran parte de los peces y se ha puesto en peligro el suministro de agua potable. Este ejemplo sería ilustrativo a tal efecto, porque nos demostraría cómo la culpabilidad, en un supuesto de esta naturaleza, no sería algo ética-

³⁸ HIRSCH, H. H. «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», *ZStW*, 1995, FET 2, pág. 291.

³⁹ HIRSCH, H. H. «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», *ZStW*, 1995, FET 2, pág. 292.

⁴⁰ HIRSCH, H. H. *Ob. cit.*, págs. 291 a 294.

mente indiferente. De este modo, al hacérsele un reproche de culpabilidad a la corporación estaríamos aplicando un parámetro social⁴¹. Por último, este mismo profesor termina argumentando del siguiente modo:

«... Con relación a la cuestión de si existe culpabilidad penalmente relevante, de lo que se trata es sólo de que sean consideradas a favor del autor del hecho antijurídico determinadas anomalías y déficit de conocimiento que van en contra de su motivación a un actuar conforme a Derecho (...). Sigue diciendo HIRSCH que la «esencia de la corporación consiste justamente en que no es una mera suma de personas individuales, sino que constituye una estructura independiente que se separa de ellas. La culpabilidad de la asociación (...) no es idéntica a la culpabilidad de sus miembros (...). La capacidad penal tampoco fracasa si se tiene en cuenta el requisito de la culpabilidad. En el caso de las asociaciones se da más bien un fenómeno paralelo al de la culpabilidad individual (...).»⁴²

Sin embargo, esta tesis del profesor HIRSCH no es del todo correcta. Partiendo de la base de que los elementos que integran la culpabilidad son tres, a saber: a) la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; b) el conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido; y c) la

⁴¹ HIRSCH, H. H. Ob. cit., págs. 291 a 294.

⁴² HIRSCH, H. H. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», ADP, 1993, págs. 1110 a 1112.

Otros autores, como el profesor TIEDEMANN, también reconocen a las personas jurídicas como susceptibles de capacidad de culpabilidad, pero este autor la fundamenta de un modo distinto, a saber, sirviéndose del criterio de la «culpabilidad por defecto de organización» (*Organisationsverschulden oder Organisationsfehler*). En virtud de este criterio, los hechos individuales de los miembros deberían ser imputados a la agrupación en su conjunto, por no haber adoptado los demás miembros que la constituyen las medidas de precaución oportunas para evitar la ejecución de hechos delictivos en el mismo desarrollo de la empresa. La razón es que «las medidas de precaución omitidas, y los deberes que así se infringen consisten respectivamente en medidas y deberes de vigilancia, de control y de organización, que obligan a la misma agrupación como tal agrupación» (GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», *Revista peruana de Ciencias Penales*, n.º 4, julio-diciembre, 1994, págs. 499 a 500). Esta propuesta del profesor TIEDEMANN ha sido fuertemente criticada por RODRÍGUEZ MOURULLO. Este último profesor explica, y esta opinión sin duda me parece mucho más correcta, que si bien el criterio de la culpabilidad por defecto de organización puede ser útil y correcto en una pequeña entidad, en las grandes Sociedades Anónimas este mismo criterio llevaría a soluciones injustas, puesto que en este tipo de agrupaciones la participación social es más exigua a mayor número de accionistas. Siento esto así, argumenta este profesor que «los socios excluidos del grupo dominante, aun cuando representen la mayoría del capital, no tienen de hecho poder de decisión ni están en condiciones (...) de llevar a cabo una efectiva verificación de la legitimidad de la gestión social (...) de tal modo que la dinámica de la sociedad viene determinada no tanto por el interés y riesgo de los titulares del capital, cuanto por la capacidad técnica y profesional de los dirigentes» (RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», ADP, 1984, págs. 686).

exigibilidad de un comportamiento distinto; como digo, partiendo de ahí, el fundamento material de la culpabilidad se da cuando un sujeto, en el momento de cometer la infracción, no sólo comprendía la ilicitud de su conducta («Unrechtseinsicht»), sino que también podía actuar conforme a esta comprensión, siguiendo a la doctrina mayoritaria⁴³. De esta definición podemos extraer una conclusión evidente: para que una persona jurídica pueda superar un juicio positivo de culpabilidad ha de concurrir en ella un elemento intelectual y otro volitivo. Empero, estos dos elementos, si bien son predicables de las personas físicas, por tanto de los miembros de una corporación determinada, nunca podrán ser atribuidos a la misma entidad jurídica, puesto que ésta no es más que un necesario ente jurídico, cuya voluntad está constituida por los acuerdos de las personas que la integran, que pretenden unificar las voluntades de cada una de éstas, para dirigirse todos conjuntamente hacia un fin común.

Demostrado que las personas jurídicas no pueden ser capaces de acción, ni tampoco soportar un reproche de culpabilidad, existe todavía un tercer argumento que la doctrina mayoritaria utiliza como arma para desmontar la posible punibilidad de las corporaciones legalmente reconocidas, a saber: su incapacidad de sufrir una pena, dada su insuficiente utilidad y la carencia de un fundamento satisfactorio a tal efecto.

C) La incapacidad de pena de las personas jurídicas como última objeción dogmática para mantener vigente el principio tradicional *societas delinquere non potest*

La pena, dada su esencia, difícilmente se puede adecuar a las corporaciones, puesto que ella supone en sí un juicio de desaprobación ético-social de la sociedad. Empero, en la literatura penal de los últimos años ya casi no se habla del concepto clásico de la pena, puesto que ha triunfado una nueva tendencia, que no es otra que la de las teorías de la prevención. Por consiguiente, la pregunta fundamental aquí viene a ser si la prevención general y especial puede llegar a tener sentido y efectividad respecto a las personas jurídicas.

⁴³ EBERT, U. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, pág. 95; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Verlag Franz Vahlen, München, 1994.

Para el profesor HIRSCH esto es perfectamente posible. Respecto a la prevención general, pone el ejemplo del supuesto en el que se impusiera una sanción dineraria contra una Sociedad Anónima por un hecho delictivo. Esto conllevaría que las demás empresas se planteasen si vale la pena correr un riesgo de sanción de esta naturaleza. En relación con la prevención especial, este mismo autor fundamenta que ante el mismo ejemplo expuesto la misma persona jurídica que ha sufrido la sanción tendrá a partir de entonces más cuidado de entrar otra vez en conflicto con la ley respectiva. De este modo, finaliza su argumentación este autor, no olvidemos que las personas jurídicas están sometidas a la opinión pública y, por ello, se esforzarán a partir de entonces en impedir nuevos daños a su imagen⁴⁴.

La verdad es que cabría preguntarle a este profesor lo siguiente: respecto a la prevención general: ¿Quién se plantearía verdaderamente si es satisfactorio correr el riesgo de una sanción, la persona jurídica como un ente real o las personas físicas que la conforman y velan por su crecimiento y competitividad en el mercado? Por otro lado, en relación a la prevención especial, ¿no serían más bien los accionistas de una Sociedad Anónima los que velan por la buena imagen de la misma ante la opinión pública, que la persona jurídica en sí misma considerada y por su sola voluntad? A mi juicio, hay que forzar extremadamente la fantasía para poder imaginarse a una persona jurídica planteándose posibles riesgos y guardando su buena apariencia ante la opinión pública.

Más correcta parece la argumentación contraria, que fue magistralmente explicada y expuesta en 1953 por KARL ENGLISH, en las Jornadas de Juristas Alemanes. Así, este autor opinaba, y a mi juicio vale la pena plasmar aquí tan larga cita, que:

«... cada uno de nosotros ya tiene suficiente carga con responder por aquello que él mismo es y ha hecho, y que no tenemos ninguna inclinación a responder también, sin culpa, por aquello que otros han hecho culpablemente, y con los cuales la casualidad, la desprevención, la buena fe, nos ha unido en una asociación. Sólo en la medida en que se nos pueda hacer realmente el reproche de haber participado en alguna forma culpablemente, activa o pasivamente, dolosa e imprudentemente, en el hecho delictivo dentro de la asociación, sentimos como justa una responsabilidad penal por este hecho delictivo»⁴⁵.

⁴⁴ HIRSCH, H. H. «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», ZStW, 1995, FET 2, pág. 1113.

⁴⁵ ENGLISH (anm.3), S. E 24 f; citado por HIRSCH, H. H. «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen» ZStW, 1995, Heft 2, págs. 296 a 297.

Hasta ahora hemos analizado y visto cómo una parte de la doctrina, la mayoritaria, no admite la capacidad de acción, culpabilidad y pena de las personas jurídicas, y cómo otra parte de la doctrina, la minoritaria, sí la reconoce. Pero hay aún otro sector doctrinal que, reconociendo la imposibilidad dogmática de poder hacer a las personas jurídicas penalmente responsables de los hechos delictivos que en su seno se cometan, propone la revisabilidad de estas categorías, porque, en su opinión, por encima de éstas se debe colocar la conveniencia político-criminal de exigirles tal responsabilidad. Autores que defienden esta tesis podemos encontrarlos en todos los países que se han planteado tal problemática, cuyo Derecho Penal se fundamenta en los mismos postulados dogmáticos que el nuestro y, al igual que España, mantienen en vigor el principio *societas delinquere non potest*. Los argumentos que utilizan son los siguientes:

- a) Durante el siglo XIX se puede observar un enfriamiento del principio *societas delinquere non potest*, porque lo que efectivamente pudo tener sentido en épocas pretéritas, con el devenir del tiempo y el surgimiento de nuevas modalidades delictivas, sobre todo en el plano económico, tuvo que llevar a la instrumentalización de nuevos procedimientos para su prevención.
- b) Las ciencias empíricas vienen a poner de manifiesto una realidad incuestionable, a saber, la aparición de una importante criminalidad asociacionista, sobre todo en materia económica, la cual no debería ser indiferente al Derecho Penal.
- c) La criminología sobradamente ha demostrado ya la compleja estructura típica de las grandes empresas, lo que acarrea grandes dificultades a la hora de individualizar a la persona penalmente responsable y, por ello mismo, qué mejor solución que admitir la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas.
- d) En palabras de ZUGALDÍA ESPINAR, máximo representante de esta corriente en el Derecho Penal Español, «la Sociedad Anónima es un magnífico medio para lavarse las manos. Si las cosas van mal, acháquenselas a la corporación y, como *societas delinquere non potest* el Ministerio Punitivo del Estado no encuentra una percha en la que colgar el sombrero de la responsabilidad»⁴⁶.

⁴⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», CPC, n.º 11, 1980, pág. 81 a 84.

En España, este mismo autor citado en el párrafo anterior opina, además, que elaborar un Derecho Penal Económico en el que se pueda reconocer con carácter general la responsabilidad penal de las personas jurídicas no parece ser el camino más satisfactorio a escoger, porque la delincuencia de las sociedades no tiene por qué limitarse solo y exclusivamente en el campo económico, pudiendo aparecer en otros sectores de la vida social. La cuestión estriba en el mantenimiento del *statu quo* de las categorías dogmáticas vigentes o su reelaboración, como consecuencia de las nuevas exigencias político-criminales que al respecto se plantean en nuestra sociedad actual. ZUGALDÍA ESPINAR lo tiene muy claro, ante lo segundo debe de ceder lo primero, puesto que ello supondría «acercar el Derecho Penal a la Política Criminal, prescindir de las categorías de un Derecho Penal sin futuro y allanar el camino para dar en el futuro nuevas sanciones a otros tantos problemas que, como el discutido, se van a presentar»⁴⁷.

Sin embargo, la revisabilidad de las categorías dogmáticas no es una solución necesaria. Piénsese que la ineficacia de determinadas sanciones previstas en un determinado Derecho positivo no se puede resolver a través de la modificación de las teorías de la acción, de la culpabilidad o de la pena, para, de este modo, poder llegar a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En realidad, la discusión de si se deberían de revisar las categorías dogmáticas para reconocer dicha responsabilidad está condenada a la esterilidad, pues se admita o no a nivel dogmático la responsabilidad de las corporación, las sanciones vendrían a ser las mismas. Este modo de enfocar la inoportunidad de revisar las categorías dogmáticas ha sido defendido por BAJO FERNÁNDEZ, que también ha criticado la teoría de ZUGALDÍA ESPINAR denunciando que:

⁴⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Ob. cit. pág. 86.

Conviene, antes que nada, volver a resaltar, como ya he hecho anteriormente, que esta idea no es patrimonio exclusivo de la doctrina española. Así, en el Derecho Argentino CUETA RÚA y COSSIO defienden la misma postura, puesto que, según estos autores, lo que no se puede en ningún modo pretender es que la realidad se tenga que adecuar a las teorías ya elaboradas, con independencia de ella, y no al revés. En Argentina, ZAFFARONI ha criticado la propuesta de estos dos últimos profesores argumentando que «la disputa en torno de la capacidad penal de las personas jurídicas es casi especulativa, porque la circunstancia de que las personas jurídicas no tengan capacidad jurídica no implica de ningún modo, que no sea posible sancionar a los directores que en el desempeño de sus cargos cometen delitos. Nada impide tampoco la aplicación de una sanción administrativa a la persona jurídica, lo que no afecta (...) ni atenta a los principios que fundan la culpabilidad penal». Dicho sea de paso, apuntamos aquí, que en torno a la imposición a las personas jurídicas de sanciones administrativas también existe polémica doctrinal (LEÓN PAGANO, J. *Derecho Penal Económico*, Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 39).

«... la ineficacia de las sanciones es un problema que sólo se resuelve imponiendo sanciones más eficaces (...) imponer sanciones más eficaces no implica necesariamente cambio alguno en el principio *societas delinquere non potest*, a no ser que se pretendiera imponer penas privativas de libertad a los entes colectivos». BAJO FERNÁNDEZ además añade a toda esta cuestión un dato importantísimo. Este mismo autor se pregunta si «los costos que esto acarrearía, fundamentalmente prescindir de los principios liberales garantizadores de la culpabilidad y personalidad de las penas, compensa el capricho, puramente dogmático, de declarar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.»⁴⁸

Una vez expuestas, analizadas, explicadas y criticadas, en su caso, cada una de las posiciones doctrinales de algunos autores que han tratado este tema y, a su vez, después de haber fijado la posición correcta a través de la cual debe enfocarse la problemática, cabe preguntarse el porqué de este estallido de la discusión en los últimos años y cuáles deber ser las consecuencias jurídicas aplicables a las corporaciones.

IV. LA IMPORTANCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS SOCIEDADES ACTUALES Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES A LAS MISMAS

El fundamento de este enfrentamiento doctrinal actual en torno al principio *societas delinquere non potest* se debe a las profundas transformaciones de naturaleza político-criminal que la parte especial ha sufrido y, fundamentalmente también, a un factor determinante, que ha sido la consolidación de un nuevo Derecho Penal Económico. Con respecto a esto último, piénsese que los tipos del Código Penal habían sido redactados con la finalidad de proteger bienes jurídicos patrimoniales individuales y es cuando se empiezan a introducir nuevos tipos penales para la protección de nuevos bienes jurídicos económicos o socio-económicos cuando el Derecho Penal empieza a perder la eficacia político-criminal que ostentaba anteriormente. La cuestión es hasta tal punto cierta que, si se piensa en los nuevos tipos introducidos, es sin hacer grandes esfuerzos constatable que difícilmente van a poder realizarse por un solo individuo aisladamente considerado, sino que más bien va a tener que entrar la gran empresa económica en escena⁴⁹.

⁴⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M. «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *ADP*, 1981, págs. 376 A 379.

⁴⁹ GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», *Revista peruana de Ciencias Penales*, n.º 4, julio-diciembre, 1994, pág. 488.

La estructura económica de la sociedad y la concepción misma del Derecho y del Estado han evolucionado mucho, sobre todo a lo largo de todo este siglo, hasta fraguarse una sociedad competitivo-industrial regida por el modelo del Estado Social, que en mayor o menor medida tiene la obligación de intervenir, dirigir y planificar el desarrollo económico⁵⁰. En este profundo cambio económico ha tenido un papel especialmente importante las personas jurídicas. De este modo, éstas constituyen hoy una realidad indiscutible, que se ha hecho presente, prácticamente, desde el nacimiento de la sociedad industrial. Este tipo de entidades aparecen en innumerables ámbitos de la vida jurídica, pero ha sido fundamentalmente en relación con actividades económicas o mercantiles donde se han presentado mayoritariamente los problemas que el Derecho Penal actual trata de resolver, porque en esta materia, como bien ha señalado QUINTERO OLIVARES, es donde las personas jurídicas «por su propia naturaleza dinámica comisiva permiten, en mayor medida, las actividades individuales parapetadas en la responsabilidad colectiva», algo inimaginable en relación con los delitos contra las personas⁵¹.

Partiendo, por tanto, de la afirmación de que la persona jurídica tiene en la vida social una incidencia tanto en el tráfico como en las relaciones de todo tipo tan grande como la persona física, sin embargo, este hecho choca con otro menos discutible todavía como es que el Derecho Penal sólo está pensado para estas últimas, no así el resto del Derecho positivo, a saber, el civil, mercantil, tributario y administrativo, ámbitos en los cuales estos entes cuentan con un importante desarrollo normativo, que gira en torno a las condiciones de nacimiento, requisitos, objeto, órganos que las han de gobernar, organización de sus participantes, obligaciones fiscales, etc., lo que hace posible que en estos ámbitos sí se les pueda exigir responsabilidades a las personas jurídicas y para estos supuestos se prevean consecuencias jurídicas perfectamente aplicables a aquéllas (aunque en relación a las sanciones administrativas se está imponiendo un sector doctrinal contrario a su aplicación a las sociedades)⁵².

Empero, el sector minoritario de la doctrina que defiende la punibilidad de las personas jurídicas no entiende que esta solución sea

⁵⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios» *ADP*, 1984, pág. 679.

⁵¹ QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal. Parte General*. Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 569 a 570.

⁵² QUINTERO OLIVARES, G. *Ob. cit.* pág. 570.

satisfactoria. Por ejemplo, HIRSCH denuncia el importante papel que tienen las empresas en la sociedad actual, y los casos crecientes en los cuales la empresa aparece en su totalidad como el único autor. Según este profesor es insuficiente que esa empresa pueda hacer cargar su propia sanción sobre las personas individuales que han actuado. Por otra parte, se señala que dada la fuerte grandeza de muchas empresas económicas, la enorme dificultad estriba en identificar al autor o autores individuales dentro de la misma empresa. Pero en el caso de que esto fuera posible, tampoco considera este autor una sanción satisfactoria la disminución de una parte de la riqueza que por la acción delictiva se le ordenará a la empresa⁵³.

No quiero volver a entrar en la disputa dogmática de si debería mantenerse en vigor el principio *societas delinquere non potest*, puesto que ya ha quedado suficientemente claro cuál ha sido la posición doctrinal aquí acogida, a saber, su no derogación, y, por tanto, la tesis del profesor HIRSCH no puede ser defendida tal y como él la plantea. Sin embargo, hay en su teoría un punto del todo cierto, a saber, el aumento de la criminalidad económica dentro de las empresas que, en los últimos años, se ha disparado hasta cifras insospechadas. Esta afirmación la demuestra, por ejemplo, el dato siguiente: en Estados Unidos se han formulado más de 1.500 acusaciones contra empresas, sólo en los tribunales de distrito, en un período tan corto como el que va de 1984 a 1987. Igualmente, en Alemania, se ha denunciado el hecho de que el 80 % de los delitos económicos más graves han sido cometidos bajo el mando de una empresa. El fundamento o razón de una realidad tan indiscutible se encuentra, como bien ha señalado HIRSCH, en «el aumento del fin de lucro desmedido, de la competencia, de los estímulos para el abuso del complejo sistema de subvenciones y, en último término, el desarrollo técnico con los elevados riesgos que de él se derivan»⁵⁴.

Este fenómeno ha alarmado a juristas y jueces del mundo entero, como bien ha señalado GUILLERMO A. BORDA y, prescindiendo ahora de toda disputa doctrinal, estos mismos jueces han comenzado no sólo a sostener, sino también a aplicar un principio que se ha considerado triunfante, a saber:

⁵³ HIRSCH, H. H. «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», *ZStW*, 1995, Hefi 2, pág. 287.

⁵⁴ MONCAYO, N. J. *Delitos cambiarios y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Depalma, Buenos Aires, 1985, págs. 32 a 33.

«...cuando se abusa de las personas jurídicas, pretendiendo utilizarla con fines no queridos por la ley, es lícito rasgar o cortar el velo de la personería, para penetrar en la verdad que se esconde detrás de él, y hacer prevalecer la justicia y las normas de orden público que han pretendido violarse (...). Claro está que no basta el ejercicio por los mismos jueces de su atribución de descorrer el velo de la personería para solucionar los problemas que dejamos señalados (...) la solución debe venir, por lo tanto, por la vía legislativa (...).»⁵⁵

A nivel legislativo, en el Derecho Comparado, podemos encontrar múltiples formas de darle una solución a este problema. Estudiar y analizar todas y cada una de ellas aquí carecería de sentido, aunque sí se le va a prestar especial atención al Derecho Positivo Español. Son indiscutibles las variopintas reformas legislativas, a nivel europeo, que se están produciendo en los últimos años, con una ligera tendencia a empezar lentamente a derogar el principio tradicional *societas delinquere non potest*. Pero, dentro de este movimiento de profundos cambios, cobra especial importancia la Recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, que ha propuesto la aplicación de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan.

La base de esta afirmación, a nivel europeo, se ha querido encontrar por el Consejo de Ministros en dos datos empíricos: a) por un lado, el cada vez más progresivo número de casos en los que en el seno de las empresas se han cometido innumerables infracciones penales; b) y, por otro, dada la estructura compleja de las empresas contemporáneas, la dificultad existente respecto de la identificación de las personas físicas responsables de las infracciones⁵⁶. En mi opinión, esta Recomendación del Consejo de Ministros desconoce aquí gravemente que para poder hacer responsable criminalmente a un sujeto del hecho cometido por él mismo e imponerle una pena es necesario que el hecho sea típico y antijurídico y el sujeto en cuestión un imputable, es decir, que sea culpable⁵⁷.

⁵⁵ MONCAYO, N. J. *Delitos cambiarios y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Depalma, Buenos Aires, 1985, págs. 32 a 33.

⁵⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Capacidad de acción y culpabilidad de las personas jurídicas» CPC, n.º 53, 1994, pág. 617.

⁵⁷ QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 572.

Afortunadamente, en nuestro Derecho Penal Español, no se reconoce la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, opción que está apoyada tanto por la jurisprudencia como por la mayoría de la doctrina, que basan su postura en que el injusto es fundamentalmente un concepto personal, aunque tenga una importante naturaleza objetiva, la culpabilidad un juicio de reproche, y la finalidad del sistema (prevención, reinserción o reeducación) está orientada a individuos concretos; empero, y así lo entiende la doctrina también, esta afirmación no puede conducir a la impunidad de «conductas materiales lesivas para bienes jurídicos tutelados en nombre de que la voluntad formal que ha gobernado esas decisiones individuales no sea la voluntad de los individuos concretos, sino la llamada voluntad social»⁵⁸.

Dado que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción en Derecho Penal, como ya se ha dicho, es imposible que puedan realizar acciones típicas, es decir, el criterio de imputación del hecho objetivo a éstas no puede tener naturaleza jurídico-penal. De ahí deriva que la consecuencia jurídica que va a ser aplicada a la persona jurídica no va a poder ser en ningún caso una consecuencia jurídico-penal, y con ello no sólo nos estamos refiriendo a las penas en sentido estricto, sino también a las medidas de seguridad. Con respecto a las primeras ya se ha explicado sobradamente en este artículo su imposibilidad de imposición a las sociedades, puesto que, como ha fundamentado PÉREZ ARROYO:

«... dichas personas jurídicas, al no tener capacidad volitiva ni conciencia en la realización de los comportamientos tipificados como delito o falta (...) no actúan con dolo o culpa (presupuestos de la sanción penal de acuerdo al principio de culpabilidad) per se, sino que dichos comportamientos son realizados por personas (en sentido estricto) que las manejan, aprovechándose de ella y utilizándola en su favor»⁵⁹.

En relación a las medidas de seguridad, GRACIA MARTÍN razona que las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, en ningún caso, pueden ser mezcladas con las medidas de seguridad del Derecho Penal, porque esto sería técnicamente incorrecto, ya que las corporaciones no pueden ser sujetos del juicio de peligrosidad criminal y, por tanto, no será nunca procedente ni acertado imponerles medidas de seguridad. De este modo, el juicio de peligrosidad criminal sólo será predicable de las personas físicas que actúan bajo aqué-

⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, G. Ob. cit., pág. 480.

⁵⁹ PÉREZ ARROYO, M. R. «Las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho Penal peruano», *Derecho y Sociedad*, n.º 11, enero-junio, 1996, págs. 227 a 228.

llas, que no de las personas jurídicas en sí mismas consideradas. Esta tesis, según él, ha sido también apoyada por el Nuevo Código Penal, que ha dedicado a las consecuencias jurídicas aplicables a las sociedades un título especial, bajo la rúbrica de consecuencias accesorias, a saber, el Título VI del Libro I (arts. 127 a 129). Opina este mismo autor que la inclusión de tales preceptos no supone en modo alguno, como afirmó CEREZO MIR «el reconocimiento de la capacidad de acción de las personas jurídicas», pues estamos más bien ante «medidas para hacer frente a la peligrosidad (objetiva) de las asociaciones, empresas o sociedades, puesta de manifiesto por la acción de los directivos, mandatarios o miembros»⁶⁰.

Siguiendo a PÉREZ ARROYO, si bien las consecuencias jurídicas del delito pueden ser clasificadas a partir de órdenes diversos, el más acogido desde el punto de vista doctrinal nunca, o casi nunca, ha incluido a las consecuencias accesorias dentro de su estudio discursivo, centrándose generalmente en las consecuencias clásicas, en terminología de este mismo autor, que serían las penas, las medidas de seguridad (estas dos primeras son los dos grandes instrumentos de la Política Penal, las consecuencias jurídicas principales y directas del delito) y la responsabilidad civil (también principal, pero indirecta, puesto que es una consecuencia del daño civil y no del delito, por lo que sólo se verificará en tanto que exista un daño)⁶¹.

El fundamento y la legitimidad de las consecuencias accesorias no se puede encontrar en un supuesto de hecho al que le son ajenos la culpabilidad y la peligrosidad criminal de un sujeto determinado, puesto que estas consecuencias jurídicas están pensadas para servir como mecanismos accesorios de control y tienen como finalidad la interiorización, por el sujeto infractor, del costo de su comportamiento.

Por tanto, no se puede llegar a la conclusión, con GRACIA MARTÍN, de que las consecuencias accesorias tienen una finalidad y legitimidad totalmente distinta e independiente de las penas y medidas de seguridad (consecuencias jurídicas directas del delito). Así fundamenta este profesor que para su aplicación no necesariamente han de concurrir todos los presupuestos de la aplicación de una pena o de una medida de seguridad, puesto que si en dicho supuesto éstos no se dan o simplemente no han podido probarse, nada impide que sí, sin

⁶⁰ GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», *Revista peruana de Ciencias Penales*, n.º 4, julio-diciembre, 1994, págs. 482 a 483.

⁶¹ PÉREZ ARROYO, M. R. «Las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho Penal peruano», *Derecho y Sociedad*, n.º 11, enero-junio, 1996, págs. 227 a 228.

embargo, concurren los presupuestos propios y específicos de las consecuencias accesorias, pueda aplicarse la que corresponda⁶².

Por el contrario, PÉREZ ARROYO, más acertadamente, no encuentra en dichas consecuencias accesorias esa autonomía e independencia tan radical como la que quiere ver GRACIA MARTÍN. Este mismo autor advierte que si nos preguntamos por la razón de su existencia (de las consecuencias accesorias), dicho fundamento no sólo ha de encontrarse en una supuesta insuficiencia penal para cumplir con la exigencia de prevención y represión de la criminalidad de empresas, sino que tales consecuencias jurídicas, del mismo modo que las demás, operan como un mecanismo de control social.

De este modo, siguiendo a PÉREZ ARROYO, las consecuencias jurídicas del delito, dentro de nuestro sistema penal, no intentan únicamente sancionar al sujeto considerado culpable, sino que además echan mano de mecanismos accesorios de control, que tienen como finalidad que «el sujeto infractor de la ley punitiva interiorice el costo de su comportamiento (...). De este modo, estas consecuencias jurídicas se materializarán no de manera autónoma sino (...) de modo accesorio, buscando siempre que el sujeto infractor de la ley penal interiorice el costo de sus actos: perdiendo los efectos patrimoniales de su acción típica, antijurídica y culpable y ocasionando la limitación en las funciones de la empresa o persona jurídica que le ha servido para sus propósitos»⁶³.

Esta interpretación restrictiva de la autonomía de las consecuencias accesorias, siguiendo la terminología estricta del concepto, debe ser considerada como más correcta a la luz de su definición propia, y así también lo ha querido entender el legislador español al regular el comiso, de cuya normativa se hablará a continuación⁶⁴.

⁶² GRACIA MARTÍN, L. (coordinador) y otros, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 439.

⁶³ PÉREZ ARROYO, M. R. «Las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho Penal peruano», *Derecho y Sociedad*, n.º 11, enero-junio 1996, pág. 228.

⁶⁴ GRACIA MARTÍN ha querido buscar dicha autonomía de las consecuencias accesorias por las dificultades que, la mayor de las veces, trae consigo encontrar a un sujeto verdaderamente responsable del hecho delictivo. La empresa es, así, un grupo de personas jerárquicamente organizadas en virtud del principio de división del trabajo. El hecho punible vendría a ser de este modo la suma de actos parciales que individualmente han ejecutado una pluralidad de personas de la empresa, colocadas en distintos escalones jerárquicos y cada uno, con un grado muy diferente de información. Por esto mismo, ya SCHÜNEMANN advirtió que se corre un peligro inminente de que, por razón de tales circunstancias, la «organización de la responsabilidad en la empresa amenace con convertirse en la organizada irresponsabilidad» (SCHÜNEMANN, B. «Cuestiones de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa» *ADP*, 1988, pág. 531; GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», *Revista peruana de Ciencias Penales*, n.º 4, julio-diciembre, 1994, pág. 533.)

El comiso en sí no es ninguna pena, sino una consecuencia jurídica accesoria y su imposición obedece a criterios económicos, que no punitivos. El comiso va a ser aplicado cuando la comisión del delito traiga consigo la existencia de bienes de contenido patrimonial, que sean resultado del delito cometido por el responsable penal, para su aprovechamiento como beneficios económicos, siempre que el titular del bien jurídico sea el Estado. Para su imposición se requiere *a priori* una condena por el delito concreto, dada su naturaleza accesoria⁶⁵.

El comiso está regulado en los artículos 127 y 128 del Código Penal, aprobado por Ley 10/95, de 23 de noviembre. Dice este mismo primer precepto en su tenor literal: «Toda pena que se imponga por un delito o falta llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubiera podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penal y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán».

El fundamento del comiso de los instrumentos del delito ha de hallarse en la peligrosidad de las cosas, que están a disposición de determinados sujetos y su finalidad radica en un objetivo: conseguir que dichos instrumentos no se utilicen en el futuro para cometer nuevos hechos delictivos, aunque el fundamento y finalidad de esta consecuencia accesoria pueda ser independiente del titular de los objetos decomisables, bajo determinadas condiciones. En todo caso, queda proscrita la posibilidad de decomisar dichos instrumentos y ganancias cuando estén bajo la titularidad de un tercero de buena fe no responsable del delito, que los haya adquirido conforme a lo dispuesto legalmente, según se desprende del mismo artículo 127 CP.

GRACIA MARTÍN quiere también ver el fundamento del comiso de los efectos del delito en la peligrosidad de las cosas. Sin embargo, una interpretación correcta del precepto no nos puede llevar a tal conclusión, sino que ha de colocarse junto con el comiso de las ganancias, que viene a ser prácticamente lo mismo (con una particularidad que

⁶⁵ PÉREZ ARROYO, M. R. «Las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho Penal peruano», *Revista peruana de Ciencias Penales*, n.º 11, enero-junio 1996, pág. 228.

se analizará cuando se hable posteriormente del comiso de las ganancias) y con el que comparte idéntico fundamento, distinto al del comiso de los instrumentos del delito⁶⁶.

El Nuevo Código Penal regula al comiso de una forma distinta al Antiguo Código, variando su naturaleza jurídica, pues ahora queda configurado como una consecuencia accesoria, mientras que en el derogado Código Penal se le delimitaba, por el contrario, como una pena accesoria. Por otro lado, los presupuestos de su aplicación también han sufrido una modificación, puesto que se ha introducido de modo expreso la figura del comiso de la ganancia dentro del comiso de los instrumentos y efectos del delito⁶⁷.

GRACIA MARTÍN critica la regulación del comiso que ha efectuado el artículo 127 del Código Penal, porque según este mismo autor dicha normativa impide una correcta aplicación del mismo en relación con su fundamento y su legitimación. De este modo, según la normativa del comiso que se desprende del citado artículo, éste sólo podrá aplicarse cuando antes se haya impuesto una pena por el delito o falta cometidos, y ello sólo podrá ser posible si el sujeto que realizó el hecho típico y antijurídico además es imputable, es decir, tiene capacidad de culpabilidad. Ya se ha dicho anteriormente que este mismo autor defiende que las consecuencias accesorias deberían ser totalmente independientes de toda pena respecto a su aplicación, propuesta que en este artículo, como antes he dejado claro, no comparto, puesto que así se desprende también de la propia terminología del término al ir acompañado del adjetivo accesoriamente.

Dicho artículo presenta otro problema en opinión de GRACIA MARTÍN: de este precepto se desprende un sentido imperativo respecto a su imposición, que ordena que siempre que se aplique una pena ésta deberá ser de inexcusable aplicación, «aunque el instrumento utilizado no sea objetivamente peligroso ni quepa pronosticar la probabilidad de que sea utilizado en el futuro para la comisión de nuevos delitos». Este autor defiende, por consiguiente, una interpretación restringida de dicho imperativo contenido en el mencionado artículo.

A mi juicio, el legislador español ya ha limitado este mismo precepto en el artículo siguiente, el 128, que viene a introducir una garantía de proporcionalidad. Así, este artículo viene a expresar en su tenor

⁶⁶ GRACIA MARTÍN, L. *Las consecuencias jurídicas en el Nuevo Código Penal Español*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 445.

⁶⁷ GRACIA MARTÍN, L. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, págs. 441 a 442.

literal que: «cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se han satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente»⁶⁸. A mi juicio, este mismo artículo permite una interpretación limitadora del anterior, cuando la valoración de las circunstancias del hecho delictivo por el Juez o Tribunal así lo requiera.

Una de las novedades más importantes, como ya se ha indicado anteriormente, ha sido la regulación conjunta del comiso de los instrumentos y efectos del delito con el de las ganancias obtenidas. El comiso de los efectos del delito y de las ganancias no comparten con aquél los mismos principios. Mientras el comiso de los instrumentos del delito está orientado hacia una peligrosidad objetiva de los mismos, para que no puedan volver a utilizarse en la comisión de un nuevo hecho delictivo, el comiso de los efectos y las ganancias son medidas de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial, o medidas que intentan impedir el lucro ilícito a través de dichas ganancias. Uno y otro se diferencian porque el primero se refiere a las ganancias que se hayan obtenido por el hecho delictivo, mientras que el segundo viene a englobar a todas aquellas ganancias, que tras haber sido ilícitamente incorporadas al patrimonio del sujeto activo o sujetos activos del delito, se ha procedido a su transformación, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar⁶⁹.

El comiso de los efectos del delito (o de las ganancias), como consecuencia jurídica accesoria, no es una medida pacífica. De este modo, un sector de la doctrina no defiende su aplicación, por considerarlo ineficaz. En la doctrina alemana HIRSCH opina que, dada la dificultad de identificar muchas veces al autor individual o autores individuales del delito, y aun en el caso de que esto se lograra, no se podría considerar una solución suficiente que en el proceso penal que tenga lugar contra el autor, se decrete el comiso de «la ventaja patrimonial ingresada a la empresa por el hecho punible. Pues entonces, el riesgo de la empresa se agota únicamente en que pierde la misma ventaja que había obtenido por el hecho punible»⁷⁰. Sin embargo, en nuestra

regulación penal española no se considera al comiso de las ganancias como excluyente del comiso de los efectos e instrumentos del delito, por lo que ambos se podrán aplicar conjuntamente si el Juez o Tribunal lo estima conveniente, para una mejor realización de los fines que con tales consecuencias se persiguen; y así se desprende de la conjunción copulativa que el legislador español ha colocado entre las dos tipologías del comiso a la hora de regularlos normativamente.

Para finalizar el estudio de las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas en la regulación de nuestro Código Penal, advertimos, por último, que el artículo 129 contempla otra serie de consecuencias accesorias de posible aplicación. Dice que «el Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario sin que exceda de un plazo mínimo de cinco años».

La finalidad que pretenden dichas consecuencias accesorias previstas en el analizado artículo se desprende del apartado 3.º del mismo precepto, que será la prevención de la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma. Dada la imposibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas, se ha tenido que recurrir, actualmente, a un criterio que sirva como instrumento para poder fundamentar las reacciones jurídicas a aplicar a los entes colectivos. Se trata aquí del concepto de peligrosidad objetiva, al que ya hemos hecho mención anteriormente, que, como bien ha dicho GRACIA MARTÍN, éste se pone de manifiesto «en virtud de las acciones antiju-

⁶⁸ Contrario a esta opinión véase GRACIA MARTÍN, L. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal*, Tirant lo blach, Valencia, 1996, págs. 441 a 442.

⁶⁹ GRACIA MARTÍN, L. Ob. cit. pág. 443.

⁷⁰ HIRSCH, H. H. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», *ADP*, 1993, pág. 1100.

ridicas que realizan las personas físicas que actúan para ella, las cuales serían un síntoma de dicha peligrosidad»⁷¹.

V. CONCLUSIONES

La sociedad actual, debido a las profundas modificaciones que para ella supuso la revolución industrial, ha traído consigo la estructuración de un modelo económico de carácter competitivo industrial, y la formación de un Estado Social que, en mayor o menor medida, tiene la obligación de intervenir, dirigir y planificar el desarrollo económico. En este profundo cambio han tenido un papel importante las personas jurídicas, sobre todo las de carácter industrial y mercantil. Partiendo de una realidad indiscutible, como es que las sociedades tienen en la vida social una incidencia tanto en el tráfico, como en las relaciones de todo tipo, tan grande como la persona física, sin embargo, este hecho choca con otro menos discutible todavía, como es que el Derecho Penal sólo está pensado para estas últimas, no así el resto del Derecho positivo, a saber, el civil, mercantil, tributario y administrativo.

La mayor parte de la doctrina, independientemente de si defienden o critican el principio tradicional *societas delinquere non potest*, está de acuerdo en que las categorías dogmáticas vigentes (capacidad de acción, culpabilidad y de pena) no dejan abierta ningún tipo de posibilidad para plantearse la punibilidad de las personas jurídicas. Ante esta realidad, hay dos caminos opcionales, a saber: prever diversas consecuencias jurídicas de orden no penal aplicables a las sociedades, o revisar las categorías dogmáticas, con la finalidad de prever la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de un nuevo principio, que no es otro que el de *societas delinquere potest*.

Ante estas dos posibilidades, la primera de ellas parece mucho más satisfactoria por dos razones: en primer lugar, porque la revisabilidad de las categorías dogmáticas no es una solución necesaria. La ineficacia de determinadas sanciones previstas en un determinado Derecho positivo no se puede resolver a través de la modificación de las teorías de la acción, de la culpabilidad o de la pena, puesto que se admita o no a nivel legislativo la responsabilidad penal de las personas

jurídicas, las sanciones vendrían a ser las mismas, a no ser que se pretendiera imponer penas privativas de libertad a los entes colectivos, algo que resultaría totalmente absurdo.

En segundo lugar, porque cabría preguntarse si los costos que la derogación del principio *societas delinquere non potest* y la supresión o modificación de los principios liberales garantizadores de la culpabilidad y de la personalidad de las penas, compensaría el capricho, puramente dogmático, de reconocer a las asociaciones de personas dicha capacidad o responsabilidad criminal. Y aún se puede argumentar un motivo más para no optar por esta vía: en virtud del principio de intervención mínima, el Derecho Penal debería de ser el último de los recursos al que el Estado debería de echar mano, dentro de la amplia gama de posibilidad de reacción que tiene a su disposición.

Ante el cada vez más creciente fenómeno de la criminalidad económica en el seno de las empresas, a nivel legislativo se le ha intentado dar a este problema diversas soluciones. Ciertamente, el aumento del fin de lucro desmedido, de la competencia, los estímulos para el abuso del complejo sistema de subvenciones y el desarrollo técnico con los elevados riesgos que de él se derivan, han supuesto un aumento de la actividad delictiva de los miembros de las sociedades enormemente alarmante. En el Derecho Comparado se ha abierto en los últimos años una novedosa tendencia, que ha reconocido la punibilidad de las personas jurídicas; así ha sucedido en Francia y en Bélgica, por ejemplo.

Sin embargo, otros países, como España⁷², han seguido la línea tradicional y han creado un nuevo tipo de consecuencias jurídicas aplicables, especialmente pensadas para las personas jurídicas, a saber, las consecuencias accesorias, reguladas en nuestro Nuevo Código Penal en los artículos 127 a 129, dentro del Título VI, comprendido en el Libro I. El fundamento de su creación deriva de la imposibilidad dogmática de prever sanciones penales para las personas jurídicas, en virtud de la máxima de que éstas no pueden delinquir dada su naturaleza, y, por ello, en ningún caso va a poder serles aplicada una consecuencia jurídico-penal, es decir, una pena o medida de seguridad.

Empero, el fundamento y legitimidad de las consecuencias accesorias no se puede encontrar en un supuesto de hecho al que le son ajenos la culpabilidad y la peligrosidad criminal de un sujeto deter-

⁷¹ GRACIA MARTÍN, L. *Las consecuencias del delito en el Nuevo Código Penal Español*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, págs. 456 a 457.

⁷² En mi opinión, como se desprende de todo lo anterior, la postura del legislador español ha sido la más correcta y eficaz. Por tanto, la considero un gran acierto.

minado, puesto que estas consecuencias jurídicas están pensadas para servir como mecanismos accesorios de control y tienen como finalidad la interiorización, por el sujeto infractor, del costo de su comportamiento. De este modo, deberá verificarse *a priori* la consumación de un delito y la condena del sujeto autor del mismo, en virtud de la relación de autoría y de responsabilidad penal, que se ha servido de la propia persona jurídica para llevar a cabo el hecho delictivo que se haya propuesto.

El legislador español, al optar por la regulación de las consecuencias accesorias y no derogar el principio *societas delinquere non potest* ha optado por una solución, que a largo plazo y con el perfeccionamiento de las mismas, va a llegar a paliar las enormes dificultades que la delincuencia, fundamentalmente económica, en el seno de las personas jurídicas está trayendo consigo en los últimos años, sin la necesidad de recurrir a la revisión de las categorías dogmáticas vigentes en el Derecho Penal moderno, fundamentales para un correcto desenvolvimiento del poder punitivo del Estado, y sin tener que abrir una herida dentro del principio de intervención mínima, fundamental en Derecho Penal, para dar una respuesta a los hechos delictivos cometidos en el seno de las corporaciones, que, en puridad, son cometidos por los miembros individuales que integran dichas sociedades.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ESCAMILLA, A. *Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades*, Tecnos, Madrid, 1996.
- ALWART, H. «Strafrechtliche Haftungs des Unternehmens - vom Unternehmenstätter zum Täterunternehmen» *ZStW*, Heft 4, 1996.
- ARROYO ZAPATERO, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Praxis, Barcelona, 1994.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *ADP*, 1981.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Patrimoniales y económicos*, Ceura, Madrid, 1987.
- BAJO FERNÁNDEZ, SUÁREZ GÓNZÁLEZ, PÉREZ MANZANO. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- EBERT, U. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. T. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal Español», *El Nuevo Código Penal. Primeros problemas de*

- aplicación*, AA.VV. Dirección de cursos extraordinarios, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.
- GRACIA MARTÍN, L. *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Tomos I y II, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1986.
- GRACIA MARTÍN, L. (coordinador) y otros. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la reponsabilidad de las propias personas jurídicas», *Revista peruana de Ciencias Penales*, n.º 4, julio-diciembre, 1994.
- HIRSCH, H. J. «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», *ZStW*, Heft 2, 1995.
- HIRSCH, H. J. «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», *ADP*, 1993.
- JESCHECK, H. H. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlín.
- KOCH, B. «Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code pénal», *ZStW*, Heft 2, 1995.
- KÜHL. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Verlag Franz Vahlen, München, 1994.
- LEON PAGANO, J. *Derecho Penal Económico*, Depalma, Buenos Aires, 1983.
- MALAMUD GOTI, J. E. *Persona Jurídica y penalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1981.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995.
- MONCAYO, N. J. *Delitos cambiarios y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- MUÑOZ CONDE, F. *Teoría General del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991.
- NOVOA MONREAL, E. «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico», *ADP*, 1982.
- PÉREZ ARROYO, M. R. «Las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho Penal Peruano», *Derecho & Sociedad*, n.º 11, enero-junio, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- RIGHI, E. «Derecho Económico Comparado», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1991.
- RIGHI, E. «Las garantías individuales y la represión de la delincuencia económica», *CPC*, n.º 8, 1979.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», *ADP*, 1984.
- SCHÖNEMANN, B. «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *ADP*, 1988.
- SHIZHOU WANG, «Strafbarkeit juristischer Personen im chinesischen Strafrecht», *ZStW*, Heft 4, 1995.
- TIEDEMANN, K. *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona, 1993.
- TIEDEMANN, K. «La criminalidad económica como objeto de investigación», *CPC*, n.º 19, 1983.
- TIEDEMANN, K. *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona, 1993.
- TIEDEMANN, K. «La criminalidad económica como objeto de investigación», *CPC*, n.º 19, 1983.

- TIEDEMANN, K. «El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico» *CPC*, n.º 28, 1986.
- ZUGALDIA ESPINAR, J. M. «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», *CPC*, n.º 53, 1994.
- ZUGALDIA ESPINAR, J. M. «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», *CPC*, n.º 11, 1980.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y ADMINISTRACIÓN
CONSULTIVA. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL
17.ª DE LA LEY 30/92

Por
CÉSAR YANER DÍAZ¹

COMENTARIOS

REVISIÓN DE LA LEY 30/1992 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1992, DE 1978, DE CONSULTA DE ESTADOS Y COMISIÓN DE ESTADOS. La Disposición Adicional 17.ª de la Ley 30/1992 promulgada por la Ley 3/1993 de 27 de marzo de 1993, La Primera Disposición Adicional de la Constitución de Madrid.

1. LA ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Dentro de las múltiples clasificaciones de la Administración, es ya tradicional la que distingue tres grandes grupos:

- Administración activa, encargada de interpretar, manifestar y ejecutar la voluntad de la Administración.
- Administración de control, que busca la adecuación de la actividad administrativa a los principios de legalidad y oportunidad.
- Administración consultiva que emite dictámenes jurídicos o técnicos.

Practicamente de antecédentes históricos, la moderna Administración española que se forma durante el siglo XIX atribuye la función consultiva al Consejo de Estado, inspirado en el modelo francés y a finales de siglo, a la Dirección General de la Contaduría que, pese a encuadrarse en el Ministerio de Hacienda, extiende su labor consultiva a toda la Administración.

La Constitución Española de 1978 contempla específicamente al Consejo de Estado en el art. 107 CE: «El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencias».

¹ Letrado Jurista de la Comunidad de Madrid.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 17.^a DE LA LEY 30/92

Por

CARLOS YÁNEZ DÍAZ¹

SUMARIO: I. LA ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978. II. CONSEJO DE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. UNA JURISPRUDENCIA DIVIDIDA. III. LA RESPUESTA LEGISLATIVA: LA DA 17.^a DE LA LEY 30/92 INTRODUCIDA POR LA LEY 4/99 DE 13 DE ENERO. IV. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN LA COMUNIDAD DE MADRID.

I. LA ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Dentro de las múltiples clasificaciones de la Administración, es ya tradicional la que distingue tres grandes grupos:

- Administración activa, encargada de interpretar, manifestar y ejecutar la voluntad de la Administración.
- Administración de control, que busca la adecuación de la actividad administrativa a los principios de legalidad y oportunidad.
- Administración consultiva que emite dictámenes jurídicos o técnicos.

Prescindiendo de antecedentes históricos, la moderna Administración española que se forma durante el siglo XIX atribuye la función consultiva al Consejo de Estado, inspirado en el modelo francés y, a finales de siglo, a la Dirección General de lo Contencioso que, pese a encuadrarse en el Ministerio de Hacienda, extendió su labor consultiva a toda la Administración.

La Constitución Española de 1978 contempla específicamente al Consejo de Estado en el art. 107 CE: «El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia.»

¹ Letrado interino de la Comunidad de Madrid.

Se constitucionaliza así la función de Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno art. 98 CE y se establece su desarrollo mediante Ley Orgánica.

Esta constitucionalización fue discutida en el debate constituyente así como por alguna doctrina —MARTÍN RETORTILLO²—, planteando problemas especialmente en cuanto al alcance de su función consultiva respecto de las Comunidades Autónomas.

La Constitución configura al Consejo de Estado como órgano consultivo del «Gobierno», no haciendo referencia alguna a las Comunidades Autónomas y sin que el art. 152 CE al establecer la organización institucional básica de las Comunidades Autónomas haga referencia a un órgano consultivo semejante.

Fue la Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril del Consejo de Estado la que produjo la extensión de las funciones del Consejo a las Comunidades Autónomas al disponer su art. 23 «Las Comunidades Autónomas podrán, por conducto de sus Presidentes, solicitar dictamen del Consejo de Estado, bien en Pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente.

El dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes.»

Esta extensión operada por la Ley Orgánica originó, no sólo una controversia doctrinal sino asimismo importantes problemas prácticos.

Así podemos distinguir en la doctrina³:

— Tesis centralistas

Admiten la extensión por la remisión específica que efectúa el art. 107 CE a la Ley Orgánica en cuanto a su composición y competencias y en segundo lugar por la específica competencia que atribuye el art. 149.1.18.ª CE al Estado en cuanto a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común.

— Tesis autonomistas

Hoy mayoritarias, consideran que el art. 107 CE define al Consejo como «supremo órgano consultivo del Gobierno». Cuando la CE pre-

² MARTÍN RETORTILLO, L. *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984.

³ TRUJILLO, G. «La Función Consultiva en las Comunidades Autónomas». *Documentación Administrativa*, n.º 226, págs. 153 y ss.

tende extender la actuación de un órgano del Estado a las Comunidades Autónomas lo establece expresamente, así art. 54 CE (Defensor del Pueblo) o art. 136 CE (Tribunal de Cuentas).

De esta forma cuando el Título IV de la Constitución quiere aludir a todas las Comunidades Autónomas utiliza una fórmula omnicompreensiva, así artículos 103, 105, 106 CE.

Por último el art. 153 b) CE recoge un singular supuesto en el que cabe la intervención mediata del Consejo de Estado respecto a las Comunidades Autónomas formando parte del control que ejercerá el Gobierno respecto al ejercicio de funciones delegadas conforme el art. 150.2 CE.

Es por ello que la intervención del Consejo de Estado afecta a la autonomía ya que se trataría más bien de una coparticipación en los procesos de adopción de acuerdos, modulando la autonomía del órgano decidente según que los informes sean preceptivos o vinculantes, siendo de esta manera más correcto el Proyecto de la Ley Orgánica del Consejo de Estado que únicamente establecía una intervención facultativa, añadiéndose la preceptividad por una enmienda de la UCD en la tramitación en el Senado.

II. CONSEJO DE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. UNA JURISPRUDENCIA DIVIDIDA

Por otra parte la confusa redacción del art. 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado («... en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando haya asumido las competencias correspondientes») originó una abundante y contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la intervención previa al ejercicio de la potestad reglamentaria.

Se planteó así la necesidad del Dictamen del Consejo en los reglamentos autonómicos ejecutivos, bien de leyes autonómicas o bien de leyes estatales, así como su posible sustitución por informes de órganos autonómicos internos o externos.

En el supuesto de los reglamentos autonómicos vinculados a una ley estatal, diversas sentencias exigieron la intervención del Consejo, bien por una interpretación literal del art. 23, así sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1988, 5 de abril de 1989, 27 de julio de 1990, o por la necesidad de uniformidad en la actuación de las distintas Administraciones, sentencias de 6 de junio de 1988 y 27 de noviembre de 1990.

De otro lado negaron la exigencia de Dictamen del Consejo de Estado sentencias como la de 17 de febrero de 1988 por tratarse de una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma e intervenir un órgano consultivo propio, de igual forma las sentencias de 21 de junio de 1988 y 19 de diciembre de 1989, o bien por entender que el reglamento es meramente reiterativo de la ley, sentencia de 15 de diciembre de 1989 (que admitía además en su lugar informes de la Secretaría General Técnica de la Consejería, de la Dirección Regional de lo Contencioso y de la Asesoría Jurídica).

Asimismo la Jurisprudencia distinguió entre el desarrollo autonómico por vía reglamentaria de las leyes estatales y lo que verdaderamente sería un reglamento ejecutivo de una ley, sentencias de 26 de julio de 1988, 7 de marzo de 1990 y 1 de junio de 1990.

Por el contrario, cuando se trataba del desarrollo reglamentario de una ley autonómica, la jurisprudencia fue más constante admitiendo su validez pese a la falta de dictamen, entendiendo que no cabe una interpretación extensiva del art. 23.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que al utilizar la expresión «en los mismos casos previstos en la ley para el Estado», se refiere a la ejecución de leyes estatales, no siendo necesario en los reglamentos dictados por las Comunidades Autónomas en materias de su exclusiva competencia, así sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1987, 23 de octubre de 1987, 18 de marzo de 1988, 6 de junio de 1988, 15 de diciembre de 1989, 1 de junio de 1990, 27 de julio de 1990, entre otras.

Esta confusa jurisprudencia dividida entre la exigencia del Dictamen del Consejo de Estado, criterio apoyado por el propio Consejo, Dictamen de 27 de septiembre de 1990 (Expediente n.º 54963). «Hay que admitir la intervención del Consejo de Estado en relación a las Comunidades Autónomas como un evento natural, que no sólo no vulnera la autonomía, sino que aumenta las garantías, por lo que su intervención es deseable» y la admisibilidad de la sustitución del Dictamen por órganos consultivos externos, así sentencias de 24 de noviembre de 1989 (Sala de Revisión), 15 de diciembre de 1989 y 19 de diciembre de 1989 e incluso por informes internos de las propias Comunidades Autónomas, sentencias de 12 de mayo de 1987 y 1 de junio de 1990, generaba una importante falta de seguridad jurídica que dificultaba enormemente el ejercicio de la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas y, a la postre, incidía negativamente en las garantías jurídicas de los administrados.

De otro lado las dificultades para explicar la intervención del Consejo de Estado en los procedimientos de competencia autonómica hicieron que el Tribunal Supremo recurriera a teorías como la del «préstamo de órganos» y de la «Administración impropia», así sentencia de 20 de enero de 1992, FJ 3.º «Que no se atenta a la autonomía de la Comunidad por la exigencia de dictámenes preceptivos del Consejo de Estado, en cuanto puede explicarse mediante las técnicas del «préstamo de órganos» o de la «Administración impropia», acuñadas en otros ordenamientos basados en la existencia de una división vertical—o territorial— de poderes, que un órgano del Estado que es utilizado por una Comunidad Autónoma—para evitar una duplicación organizativa y burocrática estimada no necesaria— deviene, para la función que realiza, órgano autonómico, aunque pertenezca a la organización del Estado y, solo funcionalmente y en sentido impropio, a la de la Comunidad que de él se sirve» mientras que autores como GARCÍA-TREVIJANO GARNICA⁴ entendieron que «el Consejo de Estado es (cuando dictamina un asunto de la Comunidad Autónoma) un órgano de la propia Comunidad Autónoma».

Esta conflictividad así como las dificultades para explicar la intervención del Consejo de Estado en la actividad de las Comunidades Autónomas dieron lugar a que se pronunciara el Tribunal Constitucional.

En un primer momento la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1990 de 7 de febrero entendió que cabía la sustitución del Consejo de Estado por el órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

En la sentencia 56/90 de 29 de marzo de una manera más completa, aunque también incidental, el Tribunal Constitucional señaló que «El Consejo de Estado, pese a la dicción literal del art. 107 de la CE, que se refiere a él como supremo órgano consultivo del Gobierno, tiene en realidad el carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece. Así resulta de su composición [arts. 7 y 9 h) LOCE] y de sus funciones consultivas que se extienden también a las Comunidades Autónomas, según prevén explícitamente en el diseño competencial a que se remite la Norma Fundamental, realizado por los arts. 20 a 23 de la LOCE.»

⁴ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «La función consultiva de las Administraciones Públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública*, n.º 133 enero-abril 1994, pág. 146.

BALZA AGUILERA⁵ critica esta argumentación del Tribunal Constitucional por entender que «pese a lo que dice la Constitución, un órgano es en realidad lo que dice una ley en desarrollo de aquélla. La función de una Corte Constitucional hubiera sido valorar ese exceso funcional que le encomienda la Ley Orgánica pese a lo que establece la Constitución».

Es la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/92 de 26 de noviembre la que, a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana respecto del art. 23.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, aborda el problema de la actuación del Consejo de Estado respecto de las Comunidades Autónomas.

En primer lugar la sentencia rechaza las alegaciones del Fiscal General del Estado que distinguía los reglamentos autonómicos ejecutivos de una ley estatal o de una ley autonómica, pero en materia de la competencia del Estado transferida ex art. 150 CE para los que sería necesario el Dictamen del Consejo.

Según el Tribunal Constitucional «Cualquiera que sea el interés y el fundamento constitucional que esta distinción pudiera tener, lo cierto es que el art. 23, párrafo segundo impugnado no la hace suya. En efecto, y aunque ese párrafo puede admitir distintas interpretaciones gramaticales, como se ha puesto de relieve en el debate doctrinal y jurisprudencial sobre el mismo, no es ni mucho menos evidente que se esté refiriendo o pueda estar refiriéndose tan sólo a algunos tipos de competencias de las Comunidades Autónomas según su origen, y no a los demás. Antes al contrario, las "competencias correspondientes" que el precepto menciona parecen referirse a todas aquellas que hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas, sin que la Ley distinga entre las asumidas por vía estatutaria o a través de las formas previstas en el art. 150 CE.»

A continuación precisa que, si bien el art. 107 CE se refiere exclusivamente al Gobierno y no a cualquier Administración, el Consejo de Estado «... se ha venido configurando históricamente como órgano consultivo de las Administraciones Públicas. El hecho de que no forme parte de la Administración activa, su autonomía orgánica y funcional, garantía de objetividad e independencia le habilitan para el cumplimiento de esa tarea, más allá de su condición esencial de órgano consultivo del

⁵ BALZA AGUILERA, J. «Tendencias de la Administración Consultiva», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 41, enero-abril 1995, pág. 21.

Gobierno, en relación también con otros órganos gubernativos y con Administraciones Públicas distintas de la del Estado, en los términos que las leyes dispongan, conforme a la Constitución.»

De esta forma el art. 107 CE no impone al Consejo de Estado como órgano consultivo de las Comunidades Autónomas y de sus respectivas Administraciones pero tampoco impide que desempeñe esa función. Para el Tribunal Constitucional ello «... no significa en absoluto insertar un órgano de la Administración del Estado en el esquema organizativo de aquéllas, infringiendo así su potestad de autoorganización (art. 148.1.1 CE).»

Admitida así la constitucionalidad de esa intervención del Consejo de Estado el Tribunal Constitucional examina el carácter de esa intervención señalando que «La intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo. En razón de los asuntos sobre los que recae y de la naturaleza del propio órgano, se trata de una función muy cualificada que permite al legislador elevar su intervención preceptiva, en determinados procedimientos sean de la competencia estatal o de la autonómica, a la categoría de norma básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas o parte del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE).»

No obstante el Tribunal Constitucional es consciente de la necesidad de compaginar esa garantía procedimental con el principio de autonomía organizativa arts. 147.2 c) y 148.1.1.ª CE, por ello permite el que «las Comunidades Autónomas puedan establecer, en su propio ámbito, órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, siempre que éstas se ciñan a la esfera de atribuciones y actividades de los respectivos Gobiernos y Administraciones autonómicas.»

En ese caso, si la Comunidad Autónoma crea su propio órgano consultivo, podrá dotarlo, en relación con el Gobierno y la Administración Autonómica, de las mismas facultades que la Ley Orgánica 3/1980 atribuye al Consejo de Estado, salvo que el Estatuto de Autonomía establezca otra cosa, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 153 b) CE en relación con el art. 150.2 CE.

En esos supuestos la intervención del órgano consultivo autonómico excluye la del Consejo de Estado salvo que la Constitución, los

Estatutos de Autonomía (vgr. art. 44 del Estatuto de Andalucía aprobado por Ley Orgánica 6/1981 de 30 de diciembre) o la Ley autonómica establezcan lo contrario para supuestos determinados.

Por último el Tribunal Constitucional consideró necesario establecer una serie de garantías disponiendo que «... en donde o en tanto semejantes órganos consultivos autonómicos, dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, no existan, es decir, en aquellas Comunidades Autónomas que no cuenten con esta especialidad derivada de su organización propia, las garantías procedimentales mencionadas exigen mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado, en tanto que órgano al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece.»

Al mismo tiempo que la sentencia citada (que de hecho se refiere a ello en su Fundamento Jurídico 5.º) la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, admitió esa sustitución por órganos autonómicos a efectos de la revisión de oficio de los actos nulos y, en aquel momento, anulables.

Esta sustitución, ya recogida en otras normas como los arts. 13.1 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 y 114.3 del Texto Refundido de Régimen Local de 18 de abril de 1986, fue criticada por un importante sector doctrinal. Así GARCÍA DE ENTERRÍA⁹ entiende que esos órganos «... no ofrecen frente al ciudadano, al menos a priori, ninguna garantía lejanamente comparable a la que el Consejo de Estado ha venido representando».

Pese a ello esta sustitución se encuentra plenamente consolidada en el ámbito legislativo, como lo demuestra el que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 (hoy Texto Refundido de 16 de junio de 2000) recogiese asimismo dichos órganos autonómicos, vgr. art. 59 Texto Refundido, en una materia como la contratación administrativa en la que la intervención del Consejo de Estado ha sido y es importantísima a la hora de fijar doctrina legal.

En cualquier caso, a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional citada se produjo una auténtica eclosión de Consejos Consultivos

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Directores Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón), Editorial Tecnos, 1993, pág. 18.

autonómicos, si bien sólo en Cataluña, Canarias y Extremadura existía una previsión estatutaria específica⁷.

En el resto de Consejos la fundamentación estatutaria ha sido indirecta, a través del legislativo autonómico en virtud de la potestad autoorganizativa que le confiere el Estatuto.

Así podemos señalar:

- Ley 1/1981 de 25 de febrero de creación del Consell Consultiu de la Generalidad.
- Decreto Legislativo 1/1991 de 25 de marzo que regula la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad.
- Ley 4/1984 de 6 de julio de creación del Consejo Consultivo de Canarias.
- Ley 5/1993 de 15 de junio del Consejo Consultivo de las Islas Baleares.
- Ley 8/1993 de 19 de octubre de creación del Consejo Consultivo de Andalucía.
- Ley 10/1994 de 19 de diciembre de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana.
- Ley 1/1995 de 16 de febrero del Presidente y del Gobierno de Aragón que reguló la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, hoy sustituida por el Texto Refundido 1/2001 de 3 de julio.
- Ley 3/1995 de 8 de marzo de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja que creó el Consejo Consultivo de La Rioja, siendo modificada por Ley 10/1995 de 29 de diciembre y hoy sustituida por la Ley 30/2001 de 31 de mayo reguladora del Consejo Consultivo de La Rioja.
- Ley 9/1995 de 10 de noviembre del Consejo Consultivo de Galicia.
- Ley 8/1995 de 21 de diciembre del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha hoy sustituida por la Ley

⁷ Castilla y León ha optado por sumarse a las Comunidades Autónomas con una previsión estatutaria específica de un órgano consultivo propio mediante la reforma de su Estatuto de Autonomía por la Ley Orgánica 4/1999 de 8 de enero, creando el Consejo Consultivo de Castilla y León en el art. 24 del Estatuto y remitiendo a una Ley de las Cortes de Castilla y León su organización y funcionamiento, ley que hasta el momento no se ha promulgado si bien en la Ley 15/2001 de 28 de diciembre de Presupuestos de la Comunidad se prevén las posibles modificaciones presupuestarias si se llegase a crear durante el año 2002.

7/1997 de 5 de septiembre de Régimen Jurídico y Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

— Ley 16/2001 de 14 de diciembre de creación del Consejo Consultivo de Extremadura.

La doctrina del Tribunal Constitucional tuvo también un reflejo inmediato en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1993, a la que siguieron sentencias como la de 2 de febrero de 1995, 9 de octubre de 1995, que cita la sentencia de la Sala de revisión de 24 de noviembre de 1989 que ya exoneraba de Dictamen del Consejo de Estado un Decreto de la Generalidad porque ésta, conforme el art. 41 del Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 4/1979 de 18 de diciembre, había creado su propio órgano consultivo, indicando la sentencia de 27 de noviembre de 1995 que «... progresivamente se ha ido consolidando una posición más en sintonía con la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992, que extiende la exigencia del informe preceptivo del Consejo de Estado, de la que son paradigmas la Sentencia de 16 enero 1993, dictada en recurso extraordinario de revisión y la Sentencia de 21 marzo 1995, que vienen a exigir el informe del Consejo de Estado para todas las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas dictadas en desarrollo de una Ley, siempre que no exista un organismo autónomo homologable a dicho Consejo».

La sentencia de 8 de octubre de 1997 vino a establecer una jurisprudencia consolidada indicando que «... la tesis jurisprudencial prevalente ha ido consolidando una posición en sintonía con la Sentencia constitucional núm. 204/1992, entendiéndose que es exigible el informe del Consejo de Estado para todas las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas dictadas en desarrollo de una ley siempre que no exista Organismo autónomo homologable al Consejo de Estado y este criterio se mantiene, por todas, en la Sentencia dictada en la Sala de Revisión de 16 enero 1999 y en la posterior Sentencia de esta Sala Tercera de 21 marzo 1995. En la primera de dichas sentencias de revisión de 16 enero 1993 se establece, desde un punto de vista técnico, que no son homologables los Reglamentos ejecutivos de las leyes y los Reglamentos que las Comunidades aprueban en el marco de la legislación básica estatal, cuando se trata de materias de competencia concurrente o compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues en estos supuestos no se trata de completar, detallar o precisar una regulación a nivel de ley, sino de ejercitar una competencia autonómica

en el plano normativo reglamentario con sujeción a los límites que establece la legislación básica estatal», si bien conviene recordar que dicha sentencia de 16 de enero de 1993 exigió para ambos tipos de reglamentos el dictamen del Consejo de Estado.

De igual forma la sentencia de 18 de diciembre de 1997 exigió el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado a no ser que exista un órgano equivalente tanto en los reglamentos autonómicos ejecutivos de las leyes, ya sean estatales o autonómicas, como en los reglamentos autonómicos no ejecutivos aprobados en el marco de la ley básica estatal. Así la sentencia recuerda que, conforme la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992 el órgano consultivo regional debe hallarse dotado «de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa calificación técnica», por lo cual niega la validez del informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda y del Gabinete Jurídico de la Consejería de Presidencia.

Esta Jurisprudencia se consolida definitivamente con sentencias como las de 17 de noviembre de 1995, 27 de noviembre de 1995, 26 de diciembre de 1997, 3 de junio de 1998, 15 de diciembre de 1999, 2 de febrero de 2000, 19 de febrero de 2000, 24 de febrero de 2000, 27 de marzo de 2001, 5 de mayo de 2001, 30 de junio de 2001, 28 de enero de 2002 o 25 de febrero de 2002.

Se afianza de esta forma la línea jurisprudencial que exigía de una manera estricta el dictamen del Consejo de Estado en aquellos procedimientos en los que es exigible conforme la LOCE o la legislación de procedimiento planteando así especiales problemas a aquellas Comunidades Autónomas que carecían de órganos consultivos propios.

Una de las Comunidades más afectadas por el problema era el País Vasco que, por evidentes razones de carácter político, no deseaba someter su actividad al control del Consejo de Estado en cuanto órgano designado en su totalidad por el Gobierno de la nación.

Esta falta de dictamen del Consejo de Estado condujo a que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en sentencia de 16 de enero de 1993 confirmase la anulación del Decreto 74/1986 de 18 de marzo considerando que el informe elaborado por la Viceconsejería de Justicia y Desarrollo Legislativo del Gobierno Vasco; en cuanto órgano perteneciente a la Administración activa, no reunía las necesarias características de organización y funcionamiento que asegurasen su independencia y objetividad y ello pese a que el art. 8 del Decreto 88/1989 de 19 de abril atribuyese a dicho órgano el carácter

de centro consultivo superior de la Administración Común del País Vasco.

A su vez la sentencia de 16 de abril de 1997 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declaró la nulidad de pleno derecho del Decreto 215/1993 de 20 de julio sobre espectáculos taurinos tradicionales entendiendo que no suplía la falta de dictamen del Consejo de Estado el que el art. 18 del Decreto 281/1991 atribuyese a la Viceconsejería de Régimen Jurídico y Desarrollo Autonomo el carácter de centro consultivo superior y de asesoramiento de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Esta problemática de la Comunidad Autónoma Vasca se agravó por cuanto la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por Auto de 6 de noviembre de 1997 decidió «suspender durante la tramitación del presente recurso la ejecutoriedad (sic) del Decreto impugnado sin necesidad de prestación de caución».

Tal y como señala el Auto la falta de Dictamen del Consejo supone que «... cabe afirmar a efectos meramente cautelares propios de esta pieza, que la tesis de la parte recurrente goza de la suficiente apariencia de buen derecho como para aconsejar la adopción de la medida solicitada».

Dicho Auto consideraba asimismo que el Decreto 463/1995 de 31 de octubre que atribuía el carácter de Centro Consultivo Superior del Gobierno a la Secretaría General de Régimen Jurídico y Desarrollo Autonomo de la Vicepresidencia del Gobierno Vasco no permitía a este órgano sustituir al Consejo de Estado⁹.

Esta serie de reveses jurisdiccionales del Gobierno Vasco y el específico problema que se planteaba por la existencia, además de la Administración propia de la Comunidad Autónoma, de los Órganos forales de los territorios históricos, planteándose así la duda de si un órgano consultivo autonómico podría extender a ellos sus competencias consultivas lo cual hizo que desde esa Comunidad se comenzase a apuntar la posibilidad de nuevas soluciones en la función consultiva autonómica.

⁹ Frente a esta línea jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no deja de resultar llamativa la sentencia de dicha Sala de 14 de mayo de 2001 que desestima el recurso interpuesto contra la revisión de un Plan General al considerar a la Comisión de Ordenación del Territorio como «órgano consultivo homologable a estos efectos de elaboración de normas de planeamiento», sustituyendo así al Consejo de Estado a los efectos del art. 50 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, apoyándose en el carácter exclusivo de la competencia autonómica en la materia de urbanismo conforme la STC 61/97 de 20 de marzo, interpretación que recuerda la ya aludida y superada distinción entre normas autonómicas y estatales.

Así BALZA AGUILERA⁹ defendía en 1995 la necesidad de adaptar la Administración Consultiva al Estado Autonómico, apuntando ya la posibilidad de que los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas asumiesen esa función indicando que «idéntica garantía existe en el informe que realizan funcionarios profesionales que no estén directamente implicados en la iniciativa que se dictamina, lo que permitiría la organización en base a servicios jurídicos centrales u otras fórmulas de intervención separadas de la decisión directa».

III. LA RESPUESTA LEGISLATIVA: LA DA 17.^a DE LA LEY 30/92 INTRODUCIDA POR LA LEY 4/99 DE 13 DE ENERO

Esta era la situación existente cuando en 1998 se acomete la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Dicha reforma se planteó esencialmente para modificar aspectos del procedimiento administrativo especialmente problemáticos como la regulación del silencio administrativo, la revisión de oficio o la responsabilidad patrimonial.

Por ello el Proyecto de Ley no afectaba en principio a la función consultiva sino que esta posibilidad se introdujo a raíz de una enmienda del Grupo Vasco-PNV que se justificaba por la necesidad de «compatibilizar la garantía del interés general y la legalidad objetiva, fundamento de la función consultiva según la jurisprudencia constitucional con la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas que establece el Título II de la propia Ley»¹⁰.

Si bien en un primer momento se rechazó la enmienda por la Ponencia, posteriormente fue admitida, figurando ya en el Texto remitido al Senado.

Como es lógico la DA 17.^a recoge las exigencias que estableció la STC 204/92 respecto a la función consultiva en las Comunidades Autónomas ampliando su campo de aplicación a los entes forales como lógica consecuencia de lo dispuesto en la DA 16.^a de la Ley 30/92 y en los arts. 3 y 37 del Estatuto de Autonomía del País Vasco Ley

⁹ BALZA AGUILERA, J. Op. cit. Conviene recordar que en el momento de la tramitación parlamentaria de la Ley 4/1999 el autor era Secretario General de Régimen Jurídico y Desarrollo Autonomo del Gobierno Vasco y que en la actualidad es el Consejero de Interior de dicho Gobierno, debiendo ponerse en relación esta circunstancia con la introducción parlamentaria de la DA 17.^a.

¹⁰ BOCG n.º 109-111 serie A.

Orgánica 3/1979 de 18 de diciembre y, a diferencia de la redacción inicialmente propuesta se eliminó la referencia a las entidades locales como consecuencia de las enmiendas 77 y 78 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado¹¹, sin duda para evitar invadir las competencias de las Comunidades Autónomas en cuanto a sus competencias en materia de régimen local y autoorganización.

La Disposición Adicional en su apartado 2.º configura dos formas de articular la función consultiva autonómica:

— **Órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional**

Esta es la fórmula que recogen diversos Estatutos de Autonomía, la sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992 y que ha sido desarrollada por las Comunidades Autónomas en las leyes anteriormente citadas.

Pese a que algún autor como BLANQUER CRIADO¹² ha exigido para estos órganos la referencia estatutaria expresa, ya que de lo contrario no gozarían de la necesaria independencia frente a los poderes autonómicos, la mayoría de la doctrina, así GUMERSINDO TRUJILLO¹³ o LÓPEZ MENUDO¹⁴ entienden que no es necesaria la previsión estatutaria sino que basta la regulación por las Comunidades Autónomas en función de la competencia constitucional y estatutaria para ordenar sus instituciones de autogobierno.

La Disposición Adicional —reproduciendo en este punto a la sentencia 204/1992— exige que estos órganos estén dotados de «autonomía orgánica y funcional», lo cual supone el que dichos órganos deben estar separados de cualquier otro órgano sin integrarse en la Administración activa y asimismo no deben estar ligados por lazos jerárquicos que afecten a la libertad del órgano. Tal y como señala LÓPEZ MENUDO «el órgano consultivo no está en el procedimiento sino que aparece en el mismo», indicando así este autor que se diferencian en ello estos órganos de la otra tendencia de Administración consultiva, como son los llamados órganos de «staff» permanentes e

¹¹ Dichas enmiendas limitaban la aplicación de la Disposición a «las Comunidades Autónomas y los entes forales», por lo que la redacción final publicada en el BOE no es un defecto legislativo sino simplemente una errata del BOE no corregida.

¹² BLANQUER CRIADO, D. *Consejo de Estado y Autonomía*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 303 y ss.

¹³ Op. cit.

¹⁴ LÓPEZ MENUDO, F. «El Consejo de Estado como presunto modelo de los órganos consultivos», *Documentación Administrativa*, n.º 244-245, enero-agosto 1996, págs. 265 y ss.

insertos en el proceso de decisión (vgr. Secretarías Generales Técnicas, Gabinetes, Estados Mayores en la Administración Militar, etc.).

— **Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas y Entes Forales**

Esta es la mayor innovación de la DA 17.^a en cuanto al ejercicio de la función consultiva.

Si bien podría pensarse que ya los Servicios Jurídicos de las distintas Administraciones Públicas ejercían una labor consultiva de acuerdo con su normativa de organización, la Disposición Adicional establece unos requisitos básicos para que dichos servicios puedan sustituir al Consejo de Estado de acuerdo con los criterios que estableció la STC 204/92.

Así se exige la exención de cualquier forma de dependencia jerárquica, ya sea orgánica o funcional, sin recibir instrucciones o indicaciones de cualquier tipo por parte de la Administración activa, estableciendo como garantía de esa independencia la actuación de forma colegiada.

A la hora de enjuiciar la Disposición Adicional parece que el criterio más adecuado es analizarla a la luz de la STC 204/92. Tal y como hemos señalado, la Disposición Adicional se preocupa especialmente en asegurar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional, estableciendo expresamente la autonomía orgánica y funcional, sin que, pese a la opinión de GARRIDO MAYOL¹⁵, sea imprescindible para asegurar esa independencia la autonomía presupuestaria.

Por otro lado la STC 204/92 hizo un especial hincapié en la necesidad de la calificación técnica que llega a exigir sea «rigurosa». En este aspecto es acertada la atribución que realiza la Disposición Adicional a los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas por el especial conocimiento que tienen dichos servicios del derecho autonómico y de la organización de cada Comunidad, ordenamientos y Administraciones que, tras más de veinte años de vigencia del sistema constitucional, tienen una sustantividad propia que exige un conocimiento específico de los mismos.

Tal y como señala Victoria Bolívar¹⁶ esta posibilidad de servicio consultivo supone «... una regulación más flexible y de una cercanía a

¹⁵ GARRIDO MAYOL, V. *La función consultiva en el sistema constitucional español. Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*. (Obra Colectiva). INAP, Madrid, 1998.

¹⁶ VICTORIA BOLÍVAR, S. «La función consultiva en las Comunidades Autónomas», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 4, agosto-octubre 1999.

la Administración, que, frente a los agoreros que la asimilan con la parcialidad, determina una celeridad en los trámites y un mejor conocimiento de la normativa aplicable».

No obstante, lo cierto es que la Disposición Adicional 17.^a plantea el problema de si podría vulnerar la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en cuanto a su autoorganización conforme el art. 148.1.1.^o CE.

Este problema que de hecho se planteó a lo largo de la tramitación de la Ley 4/99 puede resolverse partiendo de dos premisas.

La primera es que la Disposición no crea ningún órgano autonómico ni impone a las Comunidades Autónomas un modelo concreto de órgano consultivo por lo que no puede considerarse que se vulnere la competencia autonómica de autoorganización.

En segundo lugar hay que tener presente la competencia específica que atribuye el art. 149.1.18.^o CE al Estado en cuanto a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

El Tribunal Constitucional al interpretar esta competencia estatal ha dictado una abundante jurisprudencia indicando que dicha competencia supondría una acción reflexiva del Estado sobre sí mismo. Sentencias del Tribunal Constitucional 32/81 de 28 de julio, 76/83 de 5 de agosto y 27/87 de 27 de febrero, correspondiendo, por ejemplo, al Estado las bases de los aspectos organizativos de los entes locales pero sin que esas normas básicas impliquen el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales sino que debe permitir opciones diversas a las Comunidades Autónomas.

De igual forma la sentencia 14/86 de 31 de enero al impedir a las Comunidades Autónomas crear «sociedades públicas especiales» recuerda los límites de la potestad autonómica de organización.

Especialmente debe destacarse la sentencia 50/99 de 6 de abril que, a propósito precisamente de la Ley 32/92 establece que «Respecto de la competencia relativa a la libre organización de la propia Administración autonómica, que con carácter de competencia exclusiva alegan las dos Comunidades Autónomas, debe advertirse que esta competencia, que efectivamente ha sido reconocida por este Tribunal en diversas ocasiones como algo inherente a la autonomía (STC 227/1988, fundamento jurídico 24) en tanto que competencia exclusiva tiene como único contenido la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas (SSTC 35/1982, 165/1986, 13/1988 y 227/1988). Hemos declarado que "conformar libre-

mente la estructura orgánica de su aparato administrativo" (STC 165/1986, fundamento jurídico 6.^o), establecer cuáles son "los órganos e instituciones" que configuran las respectivas Administraciones (STC 35/1982, fundamento jurídico 2.^o), son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito (STC 227/1988 y a sensu contrario STC 13/1988.)

Sin embargo también hemos reiterado desde la STC 32/1981, fundamento jurídico 6.^o, que fuera de este ámbito de actividad autonómica exclusiva, el Estado puede establecer, desde la competencia sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas del art. 149.1.18 CE, principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones Públicas. Esto significa que, en palabras de la STC 227/1988, «la potestad organizatoria (autonómica) (...) para determinar el régimen jurídico de la organización y funcionamiento» de su propia Administración, no tiene carácter exclusivo, sino que debe respetar y, en su caso, desarrollar las bases establecidas por el Estado. En definitiva, salvo en lo relativo a la creación de la propia Administración, la potestad de autoorganización, incluso en lo que afecta a los aspectos de organización interna y de funcionamiento, no puede incluirse en la competencia exclusiva de autoorganización de las Comunidades Autónomas, aunque ciertamente, como veremos de inmediato, no cabe atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a los administrados, que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2002 recuerda que la expresión «régimen jurídico comprende ... (el) procedimiento, el régimen de recursos como ha señalado este Tribunal Constitucional en su sentencia 32/81 de 28 de julio y la regulación básica de organización de todas las Administraciones Públicas».

En dicha Sentencia el Tribunal Supremo recuerda especialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/88 de 29 de noviembre que considero incluida dentro de la competencia estatal del art. 149.1.18.^o CE «...señaladamente las garantías de los particulares en el seno del procedimiento», inclusión que debe ponerse ahora en relación con la STC 204/92 cuando consideró la función consultiva «...una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de

ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte en un procedimiento administrativo», a lo que se añadiría lo ya recogido en la sentencia 50/99.

Por tanto, puede considerarse plenamente constitucional la Disposición Adicional 17.^a sin que afecte al ámbito competencial autonómico, sirviendo al mismo tiempo lo expuesto para explicar el párrafo 3.º de la Disposición Adicional que establece el carácter básico de la misma, resolviéndose así las dudas de SANZ GANDASEGUI¹⁷ de por qué éste es el único precepto de la Ley 30/92 para el que se establece expresamente su carácter básico a diferencia de lo que sucede en otras normas como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actual Texto Refundido de 16 de junio de 2000.

Por último debemos analizar el desarrollo que hasta el momento ha tenido la Disposición Adicional 17.^a. De los dos modelos recogidos en la misma, el primero ha sido el mayoritariamente recogido en las Comunidades Autónomas que han creado órganos consultivos propios, en tanto que respecto al segundo modelo, tuvo una rápida (en palabras de Victoria Bolívar) aplicación en el País Vasco con el Decreto 187/99 de 13 de abril que crea la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco¹⁸.

Esta Comisión Jurídica Asesora cuyo análisis realiza Victoria Bolívar en su artículo citado, constituye hasta el momento la única manifestación del modelo de función consultiva a través de los servicios jurídicos, demostrando su viabilidad práctica y su eficacia en la optimización del gasto público —art. 31.2 CE—, evitando el mayor gasto que supone la creación de un órgano específico y soslayando la crítica que realiza BIANQUER CRIADO¹⁹ al coste que suponen dichos órganos defendiendo por ello la intervención del Consejo de Estado.

A este respecto conviene recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993 que —incluso después de la STC

¹⁷ SANZ GANDASEGUI, F. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Varios Autores. Aranzadi. Pamplona, 2000, págs. 1109-1116.

Este autor considera que la norma está «al límite» entre el ámbito competencial estatal y el autonómico. Entendemos que, dejando a un lado el que en todos los ámbitos en los que concurren competencias estatales y autonómicas los límites son difusos, la disposición adicional estaría dentro del ámbito competencial estatal conforme lo establecido en la jurisprudencia constitucional recogida, avalándolo además el que ninguna Comunidad Autónoma haya impugnado el precepto.

¹⁸ Se pone así, una vez más, de manifiesto el origen intelectual y político de la Disposición Adicional en el seno de la Comunidad Autónoma Vasca.

¹⁹ *Op. cit.* págs. 44 y ss.

204/92— exige del dictamen del Consejo de Estado a un reglamento dictado en desarrollo de una ley autonómica por cuanto «... exigir que siempre y en todo caso, las diecisiete autonomías creen órganos consultivos, para atribuirles funciones que puede desempeñar otro ya existente, equivale a un innecesario derroche económico, cuyas consecuencias padecerán todos los españoles, a quienes corresponde la financiación autonómica...».

IV. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN LA COMUNIDAD DE MADRID

En la Comunidad de Madrid, ni el Estatuto de Autonomía de 25 de febrero de 1983, pese a las modificaciones producidas por las Leyes Orgánicas 1/91 de 13 de marzo, 10/94 de 24 de marzo y 5/98 de 7 de julio, ni la Ley 1/83 de 13 de diciembre de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, salvo la referencia que el art. 46 de esta última realiza a la función de los Secretarios Generales Técnicos de «prestación de asistencia técnica y jurídica al Consejero, responsabilizándose de los servicios legislativos, documentación y publicaciones de las Consejertas», contienen una regulación expresa de la función consultiva autonómica.

No podemos compartir la opinión de FERNÁNDEZ TORRES²⁰ que considera que la Administración consultiva de la Comunidad de Madrid estaría compuesta por los distintos órganos asesores que se han creado en normas sectoriales —hasta treinta y nueve enumera el citado autor— como forma de participación y asesoramiento técnico de la Comunidad en distintas materias.

Tal y como señala LAVILLA ALSINA²¹ «los titulares de las funciones de Gobierno y Administración tienen siempre asistencia para la formación de su criterio y la preparación de sus decisiones (...). Pero no todas ellas, naturalmente, responden por sus rasgos distintivos a lo que se entiende, con propiedad, como administración consultiva. Así los citados órganos no tienen la función de asesoramiento para garantizar el respeto de la legalidad por parte de la Administración propia de un órgano consultivo sino que responden más bien a criterios de aseso-

²⁰ FERNÁNDEZ TORRES, J. R. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid* (Obra colectiva). Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional. Madrid, 1999, págs. 260-264.

²¹ LAVILLA ALSINA, L. «La Administración Consultiva del Estado. Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978». (Obra Colectiva). INAP. Madrid, 1998, pág. 469.

ramiento técnico e incluso de participación de sectores sociales y/o profesionales, debiendo además criticarse la consideración que realiza dicho autor como consultivos de órganos como la Junta Superior de Hacienda o la Comisión de Urbanismo que claramente forman parte de la Administración activa.

Esta inexistencia de un órgano consultivo propio se explicaba por Victoria Bolívar en la falta de una sensación de control que la Comunidad de Madrid experimentaba en los dictámenes del Consejo de Estado y hasta por la propia proximidad física de ambas instituciones.

Esto no quiere decir que la Comunidad de Madrid no haya tomado conciencia de la necesidad de organizar una función consultiva propia, especialmente a raíz del incremento de competencias que supusieron las reformas de 1994 y 1998.

Además también la Comunidad de Madrid había sufrido las consecuencias del cambio jurisprudencial que exigió el dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos autonómicos, así la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999, o las sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de marzo de 2000, y la reciente de 14 de noviembre de 2001.

Buena prueba de ello es la Ley 3/99, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Dicha Ley atribuye en su art. 1 a los Letrados de la Comunidad de Madrid el asesoramiento jurídico de la Comunidad, definiendo el art. 3 a la Dirección General de los Servicios Jurídicos como el centro superior consultivo de la Administración de la Comunidad y estableciendo el art. 4, modificado por la Ley 24/99, de 27 de diciembre, los supuestos en los que procede el ejercicio de esa función consultiva mediante la emisión de dictámenes jurídicos.

La Ley establece así una función consultiva atribuida a los Servicios Jurídicos de la Comunidad inspirada en el modelo estatal que recoge la Ley 52/97 de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

Esta función consultiva, con una extraordinaria importancia en la actividad administrativa de la Comunidad de Madrid no puede, no obstante, sustituir las funciones del Consejo de Estado por cuanto los Servicios Jurídicos permanecen insertos en la Administración activa, tal y como reconoce la propia Ley de Ordenación al dejar a salvo las competencias del Consejo de Estado «... o, en su caso, al órgano consultivo equivalente que pudiera crearse en la Comunidad».

En definitiva la Ley 4/99 no hace sino mantener abiertas las distintas opciones de configuración de un órgano consultivo propio que pudiera sustituir al Consejo de Estado.

Debemos, en este sentido, referirnos al más importante intento de creación de un órgano consultivo propio en la Comunidad de Madrid como fue la Ley 9/95 de 28 de marzo de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo que en su art. 102 creaba el Jurado Territorial de Expropiación Forzosa indicando que «1. El Jurado de Expropiación Forzosa es el órgano de la Administración de la Comunidad de Madrid especializado en materia de expropiación forzosa y de responsabilidad patrimonial. Está adscrito a la Consejería competente en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, que le facilita toda la infraestructura administrativa para su adecuado funcionamiento, y actúa en el cumplimiento de sus funciones con plena autonomía funcional.

2. El Jurado actúa con competencia resolutoria definitiva, poniendo sus actos fin a la vía administrativa, para la fijación del justo precio en las expropiaciones, cuando la Administración expropiante sea la de la Comunidad de Madrid o uno de los Municipios situados en el territorio de ésta. En materia de responsabilidad patrimonial opera como órgano superior consultivo de la Comunidad Autónoma, así como, si así lo solicitan, de los Municipios.»

Dicho artículo preveía el desarrollo reglamentario del Jurado que se produjo mediante la elaboración de un Proyecto de Decreto en 1997 que operaba en la materia de responsabilidad patrimonial una limitación de las funciones consultivas del Jurado a las indemnizaciones que se produjeran por razón de urbanismo.

Sometido el Proyecto de Decreto a las distintas Consejerías, formuló reparos al mismo la Consejería de Hacienda por considerar que la limitación de las funciones del Jurado en los supuestos de responsabilidad patrimonial a los producidos en materia urbanística resultaba contraria a las previsiones de la Ley 9/95 que no establecía tal limitación.

Dicho Proyecto fue sometido a consulta del Consejo de Estado cuya Comisión Permanente emitió el correspondiente Dictamen de 8 de mayo de 1997 justificando la restricción de las funciones del Jurado en materia de responsabilidad patrimonial «... en una interpretación sistemática del mencionado precepto legal y superadora, a su vez, de un literalismo carente de fundamento. En efecto, la "sede materiae" en que se inscribe la creación del Jurado Territorial de expropiación Forzosa es la Ley autonómica de ordenación urbanística, y si bien constituye una novedad que tal órgano arbitral, además de asumir, como

procede conforme a la legislación expropiatoria general, la función que le es propia de valoración de indemnizaciones expropiatorias, informe de modo preceptivo y no vinculante las pretensiones indemnizatorias deducidas a título de responsabilidad patrimonial, ello no puede llevar a interpretar que esta función consultiva se extiende, con carácter general, a todos los casos de peticiones de indemnización, aunque resulten ajenos al ámbito urbanístico, que es el propio de la Ley en que se inscribe la creación del Jurado territorial».

Con el máximo respeto que merece el Alto Órgano Consultivo no podemos compartir esa opinión.

En primer lugar porque parece contradecir lo que es la teoría general del reglamento como norma subordinada a la ley art. 9.3 CE y art. 51 Ley 30/92, cuya relación en el caso de los reglamentos ejecutivos viene presidida por la teoría del complemento indispensable de la Ley —STC 99/87 de 11 de junio— de tal manera que si no cabe que el Reglamento sobrepase en su regulación las previsiones legales, tampoco se puede admitir que un reglamento restrinja el ámbito de aplicación de la ley.

En segundo lugar porque tampoco puede admitirse esa restricción por el argumento del carácter de norma urbanística de la Ley 9/95 puesto que, en cambio, no se produce idéntica limitación del Jurado a las expropiaciones urbanísticas.

A su vez el Consejo de Estado añade, en un claro intento de salvaguardar su ámbito competencial, que «... conviene precisar que aunque la Ley 9/95 caracteriza al Jurado Territorial de Expropiación Forzosa como "órgano superior consultivo de la Comunidad Autónoma, así como, si así lo solicitan, de los municipios", tal previsión no excluye, como no podía ser de otra forma, la competencia consultiva del Consejo de Estado que, conforme previene el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/80 de 22 de abril, reguladora de este Cuerpo Consultivo, deberá ser consultado con carácter preceptivo, en los casos de reclamaciones que, en concepto de indemnización se formulan ante la Administración del Estado.»

Estas advertencias del Consejo de Estado y las dudas sobre la oportunidad de atribuir esa función consultiva —siquiera limitada al ámbito de la responsabilidad patrimonial urbanística— a un órgano que surgía con críticas a su legalidad²², hicieron que el Decreto 71/97

²² La legalidad del Jurado fue confirmada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias de 6 de julio de 1998 y 28 de abril de 2000 recogiendo la doctrina de la STC 61/97 de 20 de marzo.

de 12 de junio que aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa modificado por Decreto 255/2000 de 30 de noviembre, no recogiese esta posibilidad siendo además modificado el art. 102 de la Ley 9/95 por la Ley 20/97 de 15 de julio de Medidas Urgentes en materia de Suelo y Urbanismo que eliminó la referencia a la función consultiva del Jurado, recogiendo en idénticos términos en la reciente Ley 9/2001 de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid.

En cualquier caso este intento frustrado puso de manifiesto la necesidad de dar una respuesta al ejercicio de la función consultiva en la Comunidad de Madrid, sobre todo a raíz del importante aumento de sus competencias asumidas estatutariamente, por las dificultades que podría suponer acudir al Consejo de Estado al ser un órgano ajeno a la propia Comunidad y, en definitiva, por la peculiar organización administrativa y ordenamiento jurídico de la Comunidad de Madrid que aconsejaban una especial dedicación a los mismos del órgano que ejerciera la función consultiva.

A la hora de dar una respuesta a ese problema, la Comunidad ha optado por seguir manteniendo al Consejo de Estado como órgano consultivo. Ello sin perjuicio de que siguen abiertas las opciones legislativas de creación de un órgano específico autonómico o acudir al mecanismo de función consultiva a través de los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid conforme la Disposición Adicional 17.ª de la Ley 30/92, lo que implicaría, en este último supuesto, modificar su configuración actual regulada en la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos.

... también reconociendo y protegiendo en el espíritu de la Norma Fundamental».

Ya el Congreso de Berna²³ de 7 de septiembre de 1886 para la Protección de Obras Literarias y Artísticas señalaba en su artículo 1.º que: «Los países a los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas», delimitando esas obras como «todas las producciones en el campo literario, científico y artístico». Como vemos, ha estado siempre en la mente del legislador la protección de esta forma especial de propiedad, dando origen a

²³ Ley de la Comunidad de Madrid aprobada por Decreto 71/97 y modificada por Decreto 255/2000 de 30 de noviembre de 2000 y Ley 20/97 de 15 de julio de 1997. También modificada por la Ley 9/2001 de 17 de julio de 2001.

LOS REGISTROS TERRITORIALES DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL: RÉGIMEN JURÍDICO Y PROBLEMÁTICA

POR

FRANCISCO JAVIER IZQUIERDO FABRE¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL. ALCANCE. II. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS. III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA HACIA UN MODELO DE REGISTRO DESCENTRALIZADO. IV. SITUACIÓN ACTUAL: REGISTROS YA EXISTENTES. NORMATIVA BÁSICA. V. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN REGISTRAL. VI. PROBLEMAS QUE PLANTEA SU FUNCIONAMIENTO. LA BÚSCUDA DE LA UNIFORMIDAD EN SU ACTUACIÓN FUTURA. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 20.1.b) de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 establece que: «Se reconocen y protegen los derechos: (...) b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica». Como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 7 de noviembre de 1985: «El derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica no es sino una concreción del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, también reconocido y protegido en el apartado a) de la Norma Fundamental».

Ya el Convenio de Berna² de 9 de septiembre de 1886 para la Protección de Obras Literarias y Artísticas señalaba en su artículo 1.º que: «Los países a los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas», definiendo estas últimas como: «todas las producciones en el campo literario, científico y artístico». Como vemos, ha estado siempre en la mente del legislador la protección de esta forma especial de propiedad, dando origen a

¹ Letrado de la Comunidad de Madrid.

² Revisado en París el 24 de julio de 1971 y ratificado por España mediante Instrumento de 2 de julio de 1973. Conviene destacar la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual por Convenio de 14 de julio de 1967, ratificado por España el 12 de mayo de 1969.

una intervención administrativa decidida en una materia eminentemente civil.

Como señala ROMERO COLOMA³, con la promulgación de la Constitución Española de 1978, se originó una discusión doctrinal tratando de determinar qué artículo de la Carta Magna fundamentaba la protección constitucional del Derecho de Autor. Así, para algunos, era el artículo 33, considerándola como una forma especial de la propiedad privada⁴, siguiendo en este punto lo dispuesto en el artículo 428 del Código Civil («El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad»). Para otros, el fundamento descansa en el artículo 20 de la Constitución Española, que es el que hace verdadera mención a la creación literaria, en su vertiente más cercana a la personalidad del autor. Este criterio encuentra reflejo en la Jurisprudencia constitucional como vemos en la Sentencia 153/1985, antes referida. Por último, existen incluso autores como JUFRESA PATAU que aluden al artículo 18 de la Constitución Española como forma de protección del Derecho Moral de Autor.

Por su parte, el artículo 1 del TR de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por RD Legislativo de 12 de abril de 1996, determina que: «La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación» estableciendo en el artículo siguiente que aquella está integrada: «Por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley». Respecto al primero de los artículos citados, ya adelantamos que atribuye la propiedad al autor por el solo hecho de su creación desechando el carácter constitutivo que pudiera tener la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad Intelectual acogiendo una opción diferente a la prevista en la Ley de Propiedad Intelectual de 1879.

Centrándonos en el segundo de los artículos, esa dicotomía moral-patrimonial está presente en toda la regulación de esta forma especial de propiedad. Este es el sentir de la Jurisprudencia, pudiéndose citar a este efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1993. En efecto el Alto Tribunal expresa claramente que: «La llamada en

³ «La protección constitucional de los derechos de los artistas», publicado en la *Revista Actualidad Administrativa*. Editorial La Ley, 2000.

⁴ Lo que justifica su regulación en el apartado que el Código Civil dedica a la propiedad haciendo prevaler el elemento patrimonial del derecho de autor.

nuestro ordenamiento "propiedad intelectual" denota ya por su designación que es un derecho que crean sus autores sobre el que, de conformidad con los artículos 348 y 428 del C. Civil, tienen derecho a gozar y disponer del mismo a su voluntad, y explotar su obra literaria, científica o artística, en todas las variedades que la vigente legislación reconoce. Lo que no obsta a que, aparte de esa consideración principalmente patrimonial de tal derecho, éste se considere por la moderna doctrina como de carácter incorporal o manifestación de la personalidad del respectivo autor, pues se trata de un goce distinto del que se tiene sobre las cosas puramente corporales; debiendo distinguirse, por lo tanto, un derecho moral de autor y un derecho patrimonial del mismo».

La Ley de Propiedad Intelectual regula en secciones distintas, el derecho moral y los derechos de explotación, concebidos estos últimos como aquellos relativos a la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de la obra. Es el carácter inalienable e irrenunciable de los derechos integrantes de la vertiente moral de la propiedad intelectual, frente a la transmisibilidad de los derechos de explotación, el que lleva a los autores a considerar el ya citado artículo 20 de la Constitución Española como el pilar fundamental del reconocimiento y protección constitucional de esta forma de propiedad.

II. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El artículo 149.1.9.º de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en relación con la legislación sobre propiedad intelectual e industrial.

Como consecuencia, las distintas Comunidades Autónomas han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía competencias de ejecución de la legislación estatal.

Así se refleja, a título de ejemplo, en los artículos 11.3.º del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre; 12.4.º del Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1970, de 18 de diciembre y 28.11.º del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por Ley Orgánica 5/1983, de 25 de febrero, según redacción dada al mismo por Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio.

Resulta pues, relevante determinar el concepto constitucional de las denominadas «competencias de ejecución». La doctrina del

Tribunal Constitucional en esta materia emana de las Sentencias 33/1981; 18/1982; 35/1982; 39/1982; 7/1985; 249/1988; 180/1991, entre otras muchas.

La sentencia del Tribunal Constitucional 100/1981 determina claramente que: «Cuando la Constitución usa el término legislación y lo atribuye a la competencia estatal, incluye los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, esto es, los dictados en desarrollo de la Ley y complementarios de la normativa en ella recogida con la finalidad de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, facilitando la colaboración entre la ley y el reglamento. Así se recoge en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, al establecer en su artículo 25.2.º que el ejercicio de la ejecución de la legislación del Estado en las materias señaladas en el artículo 11 del Estatuto "deberá sujetarse a las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado"; se trata, por tanto, de un concepto material de legislación y no formal».

«Por su parte, la función ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos de Autonomía en aquellas materias en las que, como es el caso que ahora nos ocupa, la Constitución reserva al Estado la "legislación", comprende la potestad de administrar así como, en su caso, la de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes, en la medida en que éstos sean necesarios para la mera estructuración interna de la organización administrativa (Sentencias del Tribunal Constitucional 18/1982, fundamento jurídico 5; 35/1982 fundamento jurídico 2; 39/1982, fundamento jurídico 8)».

Llegados a este punto, la sentencia fundamental para delimitar las competencias que en materia de propiedad intelectual correspondan al Estado y a las Comunidades Autónomas es la emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 13 de noviembre de 1997 en relación con sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña y el Gobierno Vasco contra diversos artículos de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. En efecto, ambas Administraciones impugnan por, a su entender, ser contrarios al orden constitucional de distribución de competencias, los artículos 132, 134, 143 y 144 de la Ley de Propiedad Intelectual ya citada y, además, el Gobierno Vasco también recurre de manera independiente los artículos 129 y 130.5.º. En relación con estos últimos, referidos al Registro de la Propiedad Intelectual, es preciso tener en cuenta que fueron modificados y derogados respectivamente por la Ley 20/1992, de 7 de julio que, como veremos posteriormente, permitió, manteniendo un registro único,

que las Comunidades Autónomas con competencia en la materia determinarían la estructura y funcionamiento del Registro en sus respectivos territorios, asumiendo la llevanza del mismo en su totalidad, sin perjuicio de que el Estado dictase —reglamentariamente— las normas comunes de procedimiento. A resultas de esta modificación, se hizo innecesario el artículo 130.5.º de la Ley 22/1987, y ello lleva al Tribunal Constitucional en esta sentencia a considerar, en principio, carente de sentido tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, «pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya del Ordenamiento». Sin embargo, el propio Tribunal entiende que: «La función de preservar los ámbitos respectivos de competencias no puede quedar enervada por la sola derogación o modificación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio, cuando aquella preservación exige aún, porque así lo demandan las partes, o al menos una de ellas, una decisión jurisdiccional que declare su definición constitucional o estatutaria».

En todo caso, el Tribunal entiende que el criterio para resolver la cuestión es el propio de los conflictos positivos de competencia, es decir, la persistencia o no de la controversia competencial, y en el supuesto que nos ocupa ya hemos señalado que, dada la modificación del artículo 129 y la subsiguiente derogación del artículo 130.5.º, el objeto del recurso de inconstitucionalidad «no está vivo».

Por otro lado, y en lo que concierne a la controversia competencial subyacente en el resto de los preceptos impugnados, todos ellos relativos a las facultades de control atribuidas respectivamente al Ministerio de Cultura y a las distintas Comunidades Autónomas sobre las entidades de gestión de derechos de Propiedad Intelectual previstas en la Ley, el Tribunal Constitucional, recogiendo la doctrina ya expuesta anteriormente en torno a la distinción entre competencias legislativas y de ejecución, entiende que las primeras son normativas y comprenden la totalidad de la potestad para la regulación de la materia respectiva, mientras que las competencias ejecutivas son «aplicativas», esto es, prácticas, no vulnerando estos principios la atribución al Ministerio de Cultura de la potestad de otorgar la autorización para poder acceder a la condición de «entidad de gestión», o para revocarla, pues ello supone «el reconocimiento por el Estado de un estatus o régimen jurídico singular y, por ello, es competencia estatal para asegurar el mantenimiento de un régimen jurídico unitario de la gestión de la explotación de los derechos de Propiedad Intelectual y la uniformidad de la ordenación jurídica de la materia». Esta competencia plena se

extiende también a otras vicisitudes en la vida interna de estas entidades, tales como la modificación de estatutos. No obstante, no conviene olvidar que la precitada Sentencia de 13 de noviembre de 1997 se dictó por el Pleno con el voto particular de dos Magistrados, para los cuales la autorización, e incluso la revocación, constituirían un simple acto de ejecución, competencia de las Comunidades Autónomas.

III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA: HACIA UN MODELO DE REGISTRO DESCENTRALIZADO

En este punto, conviene señalar que el legislador no ha sido especialmente cuidadoso para ofrecer a una materia tan dinámica las soluciones legales adecuadas. Basta para ello con hacer constar el transcurso de 109 años desde la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, que sustituyó a la primera Ley de 10 de junio de 1847, hasta la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987. Además, las modificaciones legales operadas en los últimos años surgen más que por la propia iniciativa del legislador español, por la necesidad de incorporar las Directivas Comunitarias en este campo. Fruto de ello, surgirá la Ley 20/1992, de 7 de julio que, como veremos, originará un verdadero cambio de rumbo en relación con el Registro de la Propiedad Intelectual.

La primera regulación deriva del Reglamento de la Propiedad Intelectual, aprobado por Decreto de 3 de septiembre de 1880. Esta norma, declarada vigente por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, articulaba un registro único en el que, como principal novedad, la inscripción tenía carácter constitutivo, de tal forma que para disfrutar de los derechos reconocidos en la Ley era necesario proceder a la misma. Como decíamos, se produce un parón legislativo subsanado por el artículo 129 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre. Este texto crea un registro con carácter único para todo el territorio nacional, mediante una estructura de oficinas provinciales cuya única intervención consiste en llevar a cabo las «tomas de razón» de las solicitudes de inscripción. Para la ejecución de este artículo se aprobó el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual que, en su artículo 1.º, y como novedad, establecía «(...) En las Comunidades Autónomas que tengan reconocida la competencia correspondiente las funciones de las Oficinas Provinciales del Registro serán ejercidas por los Servicios de la Administración Autonómica que ésta determine».

Este sistema quiebra con la Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual. El artículo 129 de la Ley, en su nueva redacción, establecía que: «1. El Registro General de la Propiedad Intelectual tendrá carácter único en todo el territorio nacional. Reglamentariamente se regulará su ordenación que incluirá, en todo caso, la organización y funciones del Registro Central dependiente del Ministerio de Cultura y las normas comunes sobre procedimiento de inscripción y medidas de coordinación e información entre todas las Administraciones Públicas competentes. 2. Las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Propiedad Intelectual, determinarán la estructura y funcionamiento del Registro en sus respectivos territorios y asumirán su llevanza, cumpliendo en todo caso las normas comunes a que se refiere el apartado anterior»⁵.

Como vemos, hemos avanzado hacia un sistema descentralizado cuya culminación es el Real Decreto de 14 de mayo de 1993, por el que se aprueba el nuevo Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual. Este último, plenamente vigente, crea una nueva estructura del Registro General integrada por los Registros Territoriales (establecidos y gestionados por las Comunidades Autónomas), el Registro Central y la Comisión de Coordinación, figura esta última especialmente novedosa y que, como veremos, resulta en ocasiones de nula eficacia por su carácter escasamente decisorio (hasta tal punto que la norma habla de «proponer» la adopción de medidas de coordinación, sin poder adoptarlas por su propia autoridad. No obstante, conviene destacar que la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 733/1993 determina, en su apartado segundo, que «A propuesta de la Comisión (de Coordinación), la Consejería competente de la Comunidad Autónoma respectiva publicará en el «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma» la fecha a partir de la cual el Registro Territorial iniciará su funcionamiento con sujeción a lo establecido en el presente Real Decreto y en el Reglamento anejo. Dicha resolución será también publicada en el *Boletín Oficial del Estado*». Por su parte, el apartado 3.º de la mencionada Disposición Transitoria resulta cuan-

⁵ Teniendo en cuenta la disparidad legislativa que en materia de procedimiento se ha producido con la subsistencia transitoria del Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, esos elementos comunes son, principalmente, los relativos a la estructura del Registro. En efecto, el artículo 7 del Real Decreto de 14 de mayo de 1993 señala que «El Registro central de la Propiedad Intelectual y los Registros Territoriales ordenarán su documentación y soportes de información en Secciones... El artículo estructura los Registros en XII Secciones comunes, a efectos de llevanza conjunta, cada obra se inserta en una Sección, y los derechos del artículo 116 de la Ley de Propiedad Intelectual (comunicación pública) se inscribirán en la Sección correspondiente a la obra, actuación o producción sobre la que recaigan».

to menos curioso al afirmar que «Hasta la entrada en funcionamiento del Registro Territorial a que se refiere el apartado anterior, las funciones registrales seguirán ajustándose a las disposiciones del Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de la Propiedad Intelectual». Teniendo en cuenta que, salvo en Cataluña, los Registros Territoriales no se han establecido hasta fecha bien reciente, nos encontramos con una norma formalmente derogada, pero vigente en la práctica, lo que origina un verdadero caos legislativo como analizaremos.

Finalmente, este modelo descentralizado se materializa en los artículos 139 y 140 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (ahora artículos 144 y 145). Conviene reseñar que el legislador encomienda la elaboración de un nuevo reglamento sobre la materia, tarea no cumplida por el momento siguiendo la tradición (ya la Ley 20/1992 autorizaba al Gobierno para la elaboración de un Texto Refundido en un plazo que fue ampliado por la Ley 16/1993, sobre la Protección Jurídica de Programas de Ordenador, y que tampoco fue cumplido).

IV. SITUACIÓN ACTUAL: REGISTROS YA EXISTENTES. NORMATIVA BÁSICA. PROTECCIÓN QUE OTORGA EL REGISTRO

Siguiendo lo previsto en la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 733/1993, antes citada, las diferentes Comunidades Autónomas procedieron a publicar en sus respectivos Boletines Oficiales el establecimiento de los distintos Registros Territoriales así como la fecha de su entrada en funcionamiento. Para ello era preciso que, con carácter previo, tuviese lugar el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad correspondiente en relación con las funciones concernientes al Registro de la Propiedad Intelectual. Llegados a este punto, destaca la celeridad con que la Comunidad Autónoma de Cataluña llevó a cabo este proceso en contraste con el resto de los Entes Autonómicos. Así, el Decreto 280/1995, de 11 de octubre, asigna al Departamento de Cultura las funciones y servicios traspasados a la Generalidad de Cataluña en materia de ejecución de la legislación sobre Propiedad Intelectual. Poco tiempo después, y por Orden de 4 de abril de 1996, se establece el Registro de la Propiedad Intelectual de Cataluña. Frente a este rápido procedimiento, y a título de ejemplo, el Decreto 680/1985, de 19 de abril, de tras-

paso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de cultura, contemplaba el traspaso de las funciones relativas al Registro de la Propiedad Intelectual, pero con efectos de 1 de enero de 2002, de tal forma que el Registro Territorial de la Comunidad de Madrid se crea por Decreto 281/2001, de 20 de diciembre, comenzando su funcionamiento el 1 de enero de 2002.

El resto de las Comunidades Autónomas han seguido un procedimiento similar, aunque más rápido que el madrileño. En este sentido, y por Real Decreto de 21 de mayo de 1999, se produce el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Valenciana en materia de ejecución de la legislación sobre Propiedad Intelectual, y por Orden de 21 de enero de 2002, de la Consellería de Cultura y Educación se establece el Registro Territorial de la Propiedad Intelectual de la Comunidad Valenciana.

En definitiva, funcionan hasta la fecha los Registros Territoriales de Cataluña, Madrid, Valencia, Murcia (Orden de la Consejería de Turismo y Cultura de 16 de noviembre de 2001), Andalucía (Decreto de 12 de febrero de 2002), Extremadura (Orden de 23 de noviembre de 2001), Galicia (Orden de 20 de diciembre de 2001), Aragón (Orden de 5 de noviembre de 2001), Asturias (Decreto 138/2001) y La Rioja (Orden 6/2002, de 1 de febrero).

Destaca la situación jurídica del País Vasco, si tenemos en cuenta el carácter «combativo» que esta Comunidad Autónoma muestra a la hora de defender las funciones que pudieran corresponderle en relación con las entidades de gestión de los derechos de Propiedad Intelectual (no olvidemos que el País Vasco entabló un recurso de inconstitucionalidad ya analizado respecto de la antigua redacción de los artículos 129 y 130.5 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1997). No obstante, haber recibido ya las competencias de ejecución de la legislación estatal en materia de Propiedad Intelectual, no ha creado aún su Registro.

Por último, conviene destacar que todas las normas estudiadas adscriben los correspondientes Registros a las Secretarías Generales o Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías competentes, acentuando el carácter marcadamente administrativo de estos entes, lo cual resultará problemático en materia de recursos (no previstos en principio por la ley en vía administrativa contra las resoluciones del Registrador, como veremos).

V. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN REGISTRAL

Debemos partir del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual cuando afirma que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación, siendo objeto de Propiedad Intelectual conforme al artículo 10, todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.

Como vemos, la ley no impone el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro, siguiendo el modelo de la Ley de 1987, y alejándose en este punto del artículo 36, párrafos 1 y 3 de la Ley de 10 de enero de 1879. Así se deduce también del artículo 145 cuando utiliza el término «podrán» («podrán ser objeto de inscripción en el Registro los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás producciones protegidas por la presente Ley»).

Nos planteamos entonces cuál es el efecto protector que la inscripción en el Registro otorga, y éste es el propio de la llamada fe pública registral consagrado también en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Así, el artículo 145.3.º de la Ley de Propiedad Intelectual establece que: «Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo». Consecuencia de esta presunción de veracidad de lo registrado es el cierre registral ordenado por el artículo 27 del Reglamento de 14 de mayo de 1993, conforme al cual «Inscrito en el Registro Territorial de forma definitiva cualquier derecho, acto o contrato objeto del mismo, no podrá inscribirse ningún otro de igual, anterior o posterior fecha que se le oponga o sea incompatible, salvo resolución judicial en contrario. Por otro lado, la inscripción se extingue por su cancelación, que tendrá lugar, entre otras causas, por el vencimiento de los plazos de protección establecidos en la Ley de Propiedad Intelectual (conforme al artículo 26, los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento). Es destacable que, en cuanto al procedimiento para llevar a cabo la cancelación, sea supletoria la legislación hipotecaria, demostrando el carácter eminentemente civil de la materia que nos ocupa.

La ley no opta por un sistema de inscripción constitutiva por imperativo del Convenio de Berna, de 9 de septiembre de 1886, cuyo artículo 5.2.º determina taxativamente que: «El goce y el ejercicio de estos

derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad...». La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de mayo de 2000 alude a la originalidad como requisito fundamental para obtener la protección registral.

Señala el Tribunal que «La protección que se otorgaba por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, alcanza tan sólo a las obras literarias, artísticas o científicas que sean fruto de la creación de su autor (art. 1), anudando a la repetida propiedad los derechos de carácter personal y patrimonial que conereta su artículo 2, debiéndose añadir que las creaciones del ingenio humano protegibles han de ser originales (art. 10). Por otro lado, conocer si estamos ante una obra original no viene determinado por el solo hecho de su inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, dado que la propia Ley de 1987 no establece con carácter constitutivo, a diferencia de la legislación anterior, la inscripción registral, lo que palmariamente se deduce del artículo 130, para añadir que se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo, no obstante ser cierto que antes de la inscripción existe calificación del Registrador que puede denegar o suspender la práctica del asiento correspondiente, de manera que esa presunción comporta que los tribunales, ante oposición articulada en forma por los demandados, puedan pronunciarse sobre si el derecho es o no protegible dependiendo de si estamos o no ante creación original del ingenio humano, presupuestos ineludibles para que surja la protección del derecho con los efectos personales y patrimoniales que la ley establece»⁵.

Otros ordenamientos tampoco establecen el carácter constitutivo de la inscripción, pero otorgan determinadas ventajas al titular del derecho con el fin de inducirle a llevarla a cabo. Debemos citar en este punto la *Copyright Act* americana de 1976, que establece ventajas tales como la presunción de veracidad ante los tribunales de los derechos de Propiedad Intelectual y de los hechos manifestados si la inscripción se realiza antes o dentro de los cinco años siguientes a la publicación de la obra. Además, si tal inscripción se realiza dentro de los

⁵ Otro de los efectos, en cierta medida, de la inscripción es el reflejado en el artículo 11 del Reglamento de 1993, cuando afirma que «La primera inscripción de las obras, actuaciones y producciones podrá tener lugar mediante la simple solicitud de su autor o titulares de los derechos reconocidos en el Libro II de la Ley de Propiedad Intelectual, deducida con las formalidades que establece este Reglamento. Los actos o contratos por los que se transmiten, modifican o extinguen derechos de propiedad intelectual sólo podrán ser inscritos o anotados en el Registro en virtud de documento público o resolución judicial» como vemos, inscrita la obra, sus posteriores vicisitudes exigen documento público o resolución judicial.

tres meses siguientes a la publicación de la obra o antes de una utilización ilegal de la misma, el titular del derecho obtendrá las indemnizaciones previstas legalmente, así como la asistencia jurídica gratuita en el ejercicio de acciones ante los tribunales. A falta de inscripción, sólo obtendrá las indemnizaciones que puedan ser reconocidas por sentencia. Por último, la inscripción de su derecho le proporcionará la protección del servicio aduanero estadounidense contra la importación de copias ilegales. La inscripción puede ser realizada en cualquier momento de la vida del derecho; incluso, inscrita una obra aún no publicada, no es preciso —salvo interés personal del titular— llevar a cabo una nueva inscripción cuando la publicación tiene lugar.

VI. PROBLEMAS QUE PLANTEA SU FUNCIONAMIENTO. LA BÚSQUEDA DE UNIFORMIDAD EN SU ACTUACIÓN FUTURA

Ante todo, debemos partir de la falta de cumplimiento por el legislador del mandato contenido en el artículo 144 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, relativo a la necesidad de regulación reglamentaria de la organización, ordenación y funciones del Registro Central dependiente del Ministerio de Cultura y las normas comunes sobre procedimiento de inscripción y medidas de coordinación e información entre todas las Administraciones Públicas competentes.

El legislador ha entendido que, una vez en funcionamiento los distintos Registros Territoriales y recobrada la vigencia del Real Decreto de 14 de mayo de 1993, no era necesaria una nueva regulación que respondiera a los problemas surgidos en la práctica. Resulta sintomático, dentro de esta confusión legislativa, que el propio Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, transitoriamente vigente, fuera modificado por el Real Decreto 1694/1994, de 22 de julio, dando nueva redacción al artículo 29 de aquél, con el fin de ampliar el plazo de resolución por parte del Registrador hasta los 6 meses, y así hacer conforme esta norma con la Ley 30/92. Esto resultará problemático, como veremos.

La citada falta de desarrollo reglamentario ha originado problemas prácticos derivados, en gran medida, de la propia naturaleza del órgano registral. En efecto, tratándose, a nuestro entender, de un órgano puramente administrativo por su incardinación y funcionamiento (citemos, a título de ejemplo, lo dispuesto en el artículo 3 de la Orden de 16

de noviembre de 2001 de la Consejería de Turismo y Cultura de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, según la cual las funciones de Registrador Territorial de la Propiedad Intelectual serán desempeñadas por el Jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General, bajo la dirección y coordinación directa del Vicesecretario de la misma. No olvidemos que el artículo 6 del Real Decreto de 14 de mayo de 1993 determina que el titular del Registro Central será nombrado entre funcionarios pertenecientes a cuerpos o escalas del Grupo A licenciados en Derecho, dejando libertad a las Comunidades Autónomas para su nombramiento), sin embargo, la materia sobre la que versa su actuación es eminentemente civil. Así, el Tribunal Supremo ha expresado claramente que las cuestiones relativas a la propiedad intelectual son de «derecho común», es decir, de Derecho Civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1990 y, en el mismo sentido, Sentencias de 18 de septiembre y 3 de diciembre de 1990).

De todo lo dicho deriva uno de los principales conflictos que la actuación de los Registros Territoriales plantea: la existencia o no de un recurso en vía administrativa contra las resoluciones del Registrador, así como el orden jurisdiccional competente llegada la vía contenciosa. Partiendo del artículo 145.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en la numeración dada al mismo por el artículo 6.3 de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, «El Registrador calificará las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles, pudiendo denegar o suspender la práctica de los asientos correspondientes. Contra el acuerdo del Registrador podrán ejercitarse directamente ante la jurisdicción civil las acciones correspondientes», algunos autores han afirmado, en principio, la irrecurribilidad en vía administrativa de las resoluciones dictadas por el Registrador⁷.

Sin embargo, entendemos, siguiendo en este punto lo expresado en diversos informes de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, que esto no es así. Y no es así por varias razones fundamentales:

a) Por un lado, porque el hecho de que la materia sobre la que versa el contenido de la solicitud sea de derecho común o civil no es obstáculo para que en la tramitación de aquélla se haya seguido un procedimiento administrativo, en el que es preciso observar una serie de formalidades establecidas legalmente. Basta para ello con acudir a

⁷ MARCO MOLINA, J., entre otros, «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual» Rodrigo Bercovitz (Coordinador), Tecnos, 1997.

determinados artículos del Reglamento en los que se considera supletoria la Ley 30/92 (artículos 9, 10, 12, 18, 20, 23, y sobre todo el 24, que habrá de ser interpretado a la luz de la modificación del artículo 29 del Reglamento de 1921 por el Real Decreto 1694/1994, de 22 de julio que amplía el plazo de resolución a 6 meses, con los efectos desestimatorios por silencio administrativo previstos en los artículos 43 y 44 de la Ley 30/92)⁶.

b) Porque entendemos que lo que la ley ha venido a significar es que no es necesaria la reclamación previa en vía administrativa para acudir a la jurisdicción civil cuando lo que se trata de discutir son cuestiones de fondo, eminentemente civiles. Para apoyar esta tesis, podemos aducir lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil, en la nueva redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuando afirma que «... 6. Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa. Como vemos, el legislador utilizó en el artículo 145.2 del Texto Refundido el término "directamente", más confuso que «sin necesidad de reclamación administrativa previa».

c) Por último, otro argumento reside en la similitud de funciones y actuación del Registrador de la Propiedad y del Registrador de la Propiedad Intelectual. Si la materia de fondo es eminentemente civil, podríamos aceptar la aplicación analógica de la Ley Hipotecaria y ésta regula expresamente un recurso gubernativo previo a toda acción judicial.

Si entendemos que cabe ese recurso administrativo por vicios del procedimiento, el orden jurisdiccional competente para enjuiciar esa

⁶ Es preciso destacar la incongruencia en que incurre el legislador tras la nueva redacción del artículo 29 del Reglamento de 1991 por el Real Decreto 1694/1994, de 22 de julio, por el que se adecuan a la Ley 30/92, de 26 de noviembre, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones. En efecto, el citado artículo establece que «El Registrador habrá de resolver expresamente en el plazo de 6 meses, contados a partir de la entrada en el Registro de la solicitud».

Sin embargo, el Reglamento de 14 de mayo de 1993, en su artículo 23, señala un plazo de 3 meses a partir de la fecha de la presentación de la solicitud. Teniendo en cuenta lo preceptuado en la Disposición Transitoria Única de esta última norma, nos encontramos con una situación en que el Registro Central dispone de un plazo de 6 meses para resolver la solicitud, reduciéndose a 3 meses para los Registros Territoriales. No parece lógico a la luz de la Ley 30/92.

En cuanto a la desestimación de la solicitud por el transcurso de 6 meses, conviene tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998, conforme a la cual basta con que transcurra dicho plazo sin necesidad de que las derogaciones de las solicitudes sea expresa, motivada y notificada a los interesados, como pedía el demandante.

resolución administrativa será el contencioso-administrativo. Pero, como afirma la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de marzo de 1997, para ello es preciso que la materia a enjuiciar sea eminentemente administrativa. Señala la Sala que «Existen actos que aún procedentes de la Administración Pública no están sujetos al Derecho Administrativo. Para determinar cuándo la Administración actúa bajo el Derecho Administrativo y cuándo no, se acude tradicionalmente a verificar si la actuación se ha realizado en el ejercicio del imperium o no. Es decir, a examinar, si se han tutelado intereses primarios regidos por el Derecho público en una situación de supremacía en relación con los administrados o si se han tutelado intereses secundarios, regidos por el Derecho privado y disfrutando de la misma posición jurídica que los particulares, con lo que se sitúa en un plano de igualdad». No debemos olvidar que en el caso origen de esta sentencia se impugnaba una Orden ministerial, emanada de una autoridad administrativa, pero que otorgaba el ejercicio de las facultades de administración y explotación de derechos de propiedad intelectual.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1995 recoge la doctrina de los «actos separables», los cuales suponen que antes de llegar al contrato y su contenido, por muy privado que éste sea, hay que pasar por una fase preparatoria que se traduce en una pluralidad de actos de indudable carácter administrativo y rigurosamente regulados por el Derecho Administrativo, todos los cuales son perfectamente separables de la figura jurídica que se perfecciona después de ellos e impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Dejando a un lado otra serie de problemas ya apuntados a lo largo del presente estudio (dentro de los cuales podríamos incluir la cuestión fiscal, pues la actuación del Registrador da lugar a una tasa establecida y regulada, una vez en funcionamiento los distintos Registros, por ley de las respectivas Comunidades Autónomas, las cuales no están obligadas a sujetarse a una uniformidad en este campo⁷), mere-

⁷ Es fundamental, a este respecto, lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley 27/1997, de 26 de diciembre, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, conforme a la cual «Las tasas afectas a servicios que sean objeto de traspaso por parte del Estado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se exigirán por la normativa estatal que les fuese aplicable. Al objeto de adecuar el régimen jurídico de las mismas a lo dispuesto en la presente Ley, el Consejo de Gobierno presentará la correspondiente iniciativa legislativa o procederá a su incorporación al proyecto de Ley de Presupuestos». No olvidemos que el traspaso de funciones y servicios en materia de ejecución de la legislación sobre propiedad intelectual ha tenido lugar el 1 de enero de 2002.

ce especial mención lo relativo a la legitimación que se reconoce a las Entidades de Gestión de derechos de propiedad intelectual para el ejercicio de los derechos de explotación que corresponden a sus asociados sin aportar una expresa autorización por parte de éstos. En particular, nos planteamos si estas entidades pueden presentar en nombres de sus asociados solicitudes de inscripción de derechos de propiedad intelectual en el Registro.

El artículo 12 del Reglamento de 1993, a la hora de determinar la legitimación para solicitar las inscripciones alude a «a) Los autores y demás titulares originales de derechos de propiedad intelectual con respecto a la propia obra, actuación o producción, b) Los sucesivos titulares de derechos de propiedad intelectual». Asimismo, el precepto también permite presentar las solicitudes mediante representante en la forma prevista en el artículo 32 de la Ley 30/92. En consecuencia, ¿pueden las Entidades de Gestión presentar solicitudes sin necesidad de acreditar tal representación, bastando para ello la simple condición de asociado de aquél en cuyo interés se actúa? Debemos recordar lo dispuesto en el artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, cuando afirma que «Las Entidades de Gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos encomendados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales». Dejando aparte los propios estatutos de cada entidad, los principios generales del Derecho avalan la necesidad de acreditar la representación, tal y como ha entendido la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en informe de 7 de mayo de 2002. En efecto, el artículo 1713 del Código Civil que, aunque referido al mandato, es igualmente aplicable a la representación dada la confusión del texto legal, establece que «El mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso».

El artículo 12 del Reglamento alude siempre a autores y titulares de derechos de propiedad intelectual y, de manera implícita dada la legitimación estricta exigida, está considerando tal inscripción como un acto de dominio o que presume éste, como un acto que sólo el titular o la persona expresamente habilitada por él puede realizar.

Así, la Sentencia de 10 de febrero de 2000, señala en relación con el artículo 145.2 (hoy 150) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que el dictamen emitido por el Consejo de Estado el 19 de

febrero de 1996, en relación con el Texto Refundido «una cosa es reconocer a las Entidades de Gestión legitimación para defender a sus asociados y otra bien distinta presumir dicha condición de asociado a una entidad de gestión, aspecto este último que no se deduce del artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (antecedente del artículo 150 actual), como lo confirma el hecho de que los tribunales vengán exigiendo a las entidades de gestión que acrediten el vínculo jurídico que les une con las entidades que les dicen representar».

VII. CONCLUSIONES

El legislador español en materia de Propiedad Intelectual nunca ha obrado por propia iniciativa, sino obligado por la necesidad de transposición al ordenamiento jurídico interno de las diferentes Directivas emanadas de la Comunidad Europea. Ello ha originado un cierto caos y una total falta de uniformidad en la legislación, llegándose incluso al mantenimiento de la vigencia durante un período de casi 10 años de una norma formalmente derogada, tal y como ocurre con el Real Decreto de 18 de octubre de 1991 por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual. Esta falta de uniformidad podría haber sido resuelta mediante el establecimiento por vía reglamentaria de un procedimiento claro y de aplicación general que resolviera dudas ahora existentes, dudas que no resuelve un Reglamento de 1993 que adquiere ahora vigor.

Otra vía de solución hubiera sido conferir a la Comisión de Coordinación prevista en aquella norma de auténticas potestades decisorias en materias comunes, pero la norma lo configura como un órgano consultivo encargado de «proponer» medidas con el fin de armonizar los intereses en conflicto dentro de un sistema descentralizado.

Entendemos que no es ajeno a este caos legislativo el hecho de que nos encontramos ante una forma de propiedad peculiar y ante una intervención administrativa en materia eminentemente civil. Pero no debemos olvidar que nos enfrentamos en numerosas ocasiones con procedimientos administrativos en los que se articulan pretensiones de Derecho común, sin que por ello dejen de ser puramente administrativos en su tramitación y resolución.

ANEXO:

INFORME DE 7 DE MAYO DE 2002 DEL SERVICIO JURÍDICO EN LA CONSEJERÍA DE LAS ARTES SOBRE LA LEGITIMACIÓN QUE OSTENTA LA SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES DE ESPAÑA (SGAE) PARA PRESENTAR EN NOMBRE DE SUS ASOCIADOS SOLICITUDES DE INSCRIPCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A la vista de la referida consulta y de los antecedentes remitidos, se emite el siguiente INFORME:

—I—

El artículo 12 del Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo, establece:

«1.—Están legitimados para solicitar las inscripciones:

- a) Los autores y demás titulares originales de derechos de propiedad intelectual con respecto a la propia obra, actuación o producción.
- b) Los sucesivos titulares de derechos de propiedad intelectual.

2.—Las solicitudes podrán efectuarse directamente o mediante representante, en la forma prevista en el artículo 32 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

La cuestión reside en determinar la naturaleza de la representación que ostenta la SGAE con respecto a los titulares de derechos de propiedad intelectual a ella asociados y la manera de acreditar tal representación. A tal efecto, la clave quizá nos venga dada por el artículo 76 de los Estatutos de la mencionada entidad, el cual determina, a la hora de señalar las funciones de su Secretario General, que ostentará, entre otras, la de inscribir las obras en los Registros de la Propiedad Intelectual de España y en oficinas análogas del extranjero, **a solicitud de los socios o por acuerdo que lo declare obligatorio.**

La práctica habitual llevada a cabo por la SGAE a la hora de solicitar dicha inscripción consiste en aportar una simple certificación

del Secretario General acreditativa de que aquél en nombre de quien se actúa es socio de la Entidad. Poniendo en relación el artículo 12 del Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual antes transcrito con el artículo 32 de la Ley 30/92 a que alude, este Servicio Jurídico entiende que tal certificación aportada no recoge todos los requisitos exigidos por el artículo 32 para entender otorgada la representación. En efecto, si el precepto determina, en su párrafo tercero, que «Para formular solicitudes... deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación», y el artículo 76 de los Estatutos exige «Solicitud de los socios o acuerdo que lo haga obligatorio», éstos deberían ser los medios exigibles en derecho para solicitar la inscripción en nombre de un asociado. Además, no estamos ante gestiones de mero trámite, dada la legitimación estricta exigida para solicitar la inscripción.

—II—

No obstante todo lo señalado, los principios generales que regulan la figura jurídica de la representación también avalan esta tesis. Así, el artículo 1713 del Código Civil que, aunque referido al mandato, es igualmente aplicable a la representación dada la confusión del texto legal, señala que «El mandato concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso». El artículo 12 del Reglamento alude siempre a autores y a titulares de derecho de propiedad intelectual y, de manera implícita dada la legitimación estricta exigida, está considerando tal inscripción como un acto de dominio o que presume el mismo, como un acto que sólo el titular o la persona **expresamente** habilitada por él pueden realizar. No es, pues, este derecho uno más de los confiados a la gestión de la SGAE de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1 de sus Estatutos.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de marzo de 1996 se manifiesta en el sentido antes señalado cuando afirma que «El poder no puede ser objeto de una interpretación extensiva por la cual se incluyan en él supuestos que no estuvieran expresamente comprendidos. La interpretación ha de ser

estricta, es decir, atendiendo a lo que propiamente y sin extralimitaciones constituye su verdadero contenido».

En definitiva, sólo por el hecho de ser socio de una Entidad no ha de entenderse a ésta legitimada para ejercitar todos aquellos actos derivados de la titularidad de un derecho, máxime cuando se trata de actos que derivan directamente de tal dominio.

—III—

En conclusión, este Servicio Jurídico estima que la SGAE ha de acreditar la representación de los autores en nombre de quienes presentan solicitudes de inscripción de derechos de propiedad intelectual en los términos del artículo 32 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal como exige el artículo 12 del Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, y se deriva de sus propios Estatutos.

—II—

LAS VÍAS PECUARIAS Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN LA COMUNIDAD DE MADRID

POR

VÍCTOR MANUEL MANTECA VALDELANDE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN DE LAS VÍAS PECUARIAS. 1. Régimen de Derecho Privado. 2. Régimen de Derecho Público. III. LA LEY DE VÍAS PECUARIAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. IV. CLASIFICACIÓN DE VÍAS PECUARIAS. V. DETERMINACIÓN, CLASIFICACIÓN DELINDE, AMONIAMIENTO Y MODIFICACIÓN. VI. ADMINISTRACIÓN, APROVECHAMIENTO Y USO DE LAS VÍAS PECUARIAS. VII. RED DE VÍAS PECUARIAS Y FONDO DOCUMENTAL (NACIONAL Y DE LA COMUNIDAD DE MADRID). VIII. RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES. IX. PLAN DE USO Y GESTIÓN Y PATRONATO DE VÍAS PECUARIAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. X. LAS VÍAS PECUARIAS Y LA ORDENACIÓN TERRITORIAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID. XI. FOMENTO DE LAS VÍAS PECUARIAS. XII. EPILOGO. XIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La relación de Madrid con las cañadas ganaderas es bastante conocida por las noticias que desde hace años nos transmiten diferentes medios de comunicación sobre los rebaños que cruzan la capital de España por sus calles utilizando antiguas veredas por las que la Mesta tenía el derecho preferente para paso de sus ganados trashumantes. Este hecho quizá haya servido de estímulo para que la Comunidad de Madrid se haya dotado de uno de los más completos ordenamientos autonómicos sobre esta materia.

El presente trabajo pretende analizar la regulación de las vías pecuarias de la Comunidad de Madrid para ello se realiza un estudio de los antecedentes históricos de estas vías ganaderas, seguido de un análisis de la normativa actual aplicable sobre esta materia en España pasando a examinar la normativa autonómica que sobre esta materia se ha aprobado en la Comunidad de Madrid.

Las vías pecuarias se encuentran reguladas en Derecho español tanto por normas de Derecho público como por normas de Derecho privado, por otra parte se trata de una materia de competencia compartida en la que pueden establecerse normas tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, así el artículo 149.1.23 de la

Constitución española dispone la competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación básica en materia de vías pecuarias. En su virtud mediante Ley 3/1995 de 23 de marzo de vías pecuarias (LVP) quedó establecido el marco normativo básico de estas rutas ganaderas configurando un régimen jurídico uniforme para las vías pecuarias en todo el territorio español y asignándoles el carácter de bienes de dominio público.

La Comunidad de Madrid por su parte aprobó la Ley 8/1998 de 15 de junio de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid (LVPCM), esta Ley en sintonía con la Ley básica estatal de 1995 establece un criterio que rompiendo con la legislación anterior impide la enajenación de las vías pecuarias, de manera que las vías que no resulten adecuadas para los usos propios de las mismas, adquirirán la condición de bienes patrimoniales de la Comunidad de Madrid debiendo ser destinados para actividades de interés público o social.

II. REGULACIÓN DE LAS VÍAS PECUARIAS

1. Régimen de Derecho Privado. Concepto de vía pecuaria

Las vías pecuarias se encuentran reguladas en nuestro Ordenamiento Jurídico, principalmente por normas de Derecho público, no obstante la existencia del artículo 570 del Código Civil dentro del título de las servidumbres¹ podría debido a la ubicación que tiene, plantear una aparente contradicción en lo que respecta a la naturaleza de las vías pecuarias que conviene aclarar.

Si bien en el momento de la redacción del Código, la opinión mayoritaria estimaba que la naturaleza de las vías pecuarias estaba asimilada a las servidumbres, lo que parece evidente a la vista de lo

¹ El artículo 570 del Código Civil se encuentra incluido en el Libro II dentro del Título VII De las servidumbres:

Art. 570. *Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda o cualquier otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo y en su defecto, por el uso y costumbre del lugar.*

Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, la cañada no podrá exceder en todo caso de la anchura de 75 metros, el cordel de 37 metros 50 centímetros y la vereda de 20 metros.

Cuando sea necesario establecer la servidumbre forzosa de paso a la de abrevadero para ganados se observará lo dispuesto en esta sección y en los artículos 555 y 556. En este caso la anchura no podrá exceder de 10 metros.

dispuesto en el Derecho vigente de la época sobre vías pecuarias², posteriormente y en razón de posteriores disposiciones que antes hemos citado se iría operando un cambio de concepción acerca de la naturaleza de estas vías, imponiéndose el concepto de bien de dominio público³, entendiéndose su inclusión en la categoría de servidumbre de paso en los casos en que el paso de ganado se realiza sobre el predio sirviente de propiedad privada por lo que sería de aplicación lo dispuesto en el Código Civil. A *contrario sensu* cuando la zona de tránsito fuera de dominio público y no hubiera predio sirviente sería de aplicación el Derecho público especial regulador de las vías pecuarias.

2. Régimen de Derecho Público

El artículo 149.1.23 de la Constitución española atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar la legislación básica en materia de vías pecuarias, por otra parte el artículo 132 del mismo texto establece una reserva de ley para la determinación de dominio público⁴.

Por ello la LVP constituye el marco normativo estatal básico, configurando un régimen jurídico uniforme para las Vías pecuarias en todo el territorio nacional, asignándoles el carácter de bienes de dominio público y siéndoles de aplicación en consecuencia los principios

² El Real Decreto de 3 de marzo de 1877 constituía el Derecho especial de la época sobre vías pecuarias disponiendo que «Las servidumbres pecuarias necesarias para la conservación de la cabaña española y el tráfico de reses son: cañadas, cordeles, veredas, coladas, abrevaderos, descansaderos y los pasos».

³ La jurisprudencia del Tribunal Supremo trató de superar esta antinomia aportando un razonamiento que resuelve la situación de aparente contradicción jurídica de dos textos legales en base a las siguientes consideraciones:

«La expresión vía pecuaria, suele tener dos acepciones:

a) Una amplia y vulgar de zona de terrenos destinada al tráfico de ganado en la que pueden estimarse comprendidos tanto los caminos y carreteras como los gravámenes existentes para la aludida finalidad en fincas privadas, y las franjas de suelo nacional que desde los medievales privilegios reales que constituyen la carta de la Mesta han tenido especial regulación;

b) Otra acepción restringida ceñida exclusivamente a esas franjas últimamente indicadas, acepción de la cual quedan fuera de las otras nociones abarcadas en la acepción propia o vulgar.» (Sentencia de 12 de noviembre de 1962).

⁴ Constitución española «Art. 132. 1. La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.»

Ver también artículos 338 y ss. del Código Civil, 113 y ss. del texto articulado de la Ley de Patrimonio del Estado, 79 y ss. de la Ley reguladora de las bases de régimen local y 74 y ss. del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local.

de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad⁵. La Ley establece a este efecto que la actuación administrativa ha de perseguir como finalidad, la garantía del uso público de las vías pecuarias tanto cuando cumplan estrictamente su finalidad de facilitar el tránsito ganadero como cuando se adscriban a otros usos compatibles con el mismo pero que directa o indirectamente se orienten a la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales.

Por lo que respecta a la nueva orientación que marcó la Ley de 1995 en la regulación de las vías pecuarias, hay que señalar que si bien es cierto que tanto por razón de los avances tecnológicos en el manejo de la ganadería como por razones de sanidad animal se ha producido al menos en algunas regiones de España un cierto desuso del fin primario de estas vías⁶. En este sentido dispone la Ley que sólo por razones de interés público de manera excepcional pero siempre de forma motivada por razones de interés particular cuando fuese necesario hacer complementario el uso pecuario con otros usos, se podrán conceder ocupaciones de carácter temporal, con la obligación de respetar el tránsito ganadero en todo caso y no pudiendo exceder su duración de diez años.

Con el fin de asegurar la integridad y conservación del dominio público de las vías pecuarias, la LVP, tomando un camino abierto por la Ley de Costas de 1988, realiza una clara regulación de los deslindes declarando que «la resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde» y aún más «dicha resolución será título suficiente para que la Comunidad Autónoma proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente»⁷. En este

⁵ Esta declaración también se contenía en la Ley 22/1974 de 27 de junio de Vías Pecuarias pero a la postre resultó plenamente desamortizadora del dominio público al declarar en la Disposición final primera que lo dispuesto en la Ley se entendía sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos que hubieran hecho irrevocables los terrenos de vías pecuarias. Esto significó en la práctica una puerta abierta para consolidar todo tipo de ocupaciones y usos privados.

La Ley de 1995 en este sentido manifiesta el deliberado propósito de restringir al máximo las ocupaciones de interés privado, lo que paralelamente supone la eliminación del amplio margen de discrecionalidad administrativa existente con la Ley de 1974.

⁶ La verdad es que la desafectación de hecho de grandes extensiones de terrenos clasificados como vías pecuarias tienen su origen bien en concesiones otorgadas por la Administración bien en meras invasiones de los particulares que en su día no debieron permitirse. En este sentido, la Ley de 1995 restringe al máximo las ocupaciones originadas en un interés privado, eliminando el amplio margen de discrecionalidad administrativa en el que se había venido desenvolviendo el sistema anterior.

⁷ Respecto a la regla de no inmatriculación de los bienes de dominio público —que surgió en 1863 en el sentido de establecer una simple dispensa de inscripción— no puede man-

sentido el texto legal establece la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad las vías pecuarias, una vez que éstas hayan sido debidamente deslindadas⁸. Respecto a las enajenaciones dispone la Ley que sólo por causa de utilidad pública o por razones de interés social y, excepcionalmente a instancia de particular, pero sometido a un criterio totalmente restrictivo, se podrá incoar expediente de desafectación para la posterior enajenación de terrenos de vías pecuarias, siempre que no se interrumpa la funcionalidad de las mismas.

III. LA LEY DE VÍAS PECUARIAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Es una realidad que la Comunidad de Madrid que participa de lo serrano y lo manchego dispone de un conjunto notable de vías ganaderas a las que pueden añadirse el número de cañadas que cruzan la Comunidad Autónoma y que totalizan cuatro mil kilómetros de longitud y trece mil hectáreas de superficie.

Por ello la Comunidad de Madrid se ha visto obligada a regular la conservación de este patrimonio sin que la finalidad primigenia de la trashumancia sea contemplada como uso exclusivo sino que se atiende además a la función económica de modernización y diversificación de la agricultura y fomento de la ganadería extensiva, así como el desarrollo del medio rural y la política medioambiental con particular atención a los corredores biológicos de comunicación entre espacios naturales como medios de esparcimiento para la población de una Comunidad con enorme peso demográfico como es la de Madrid.

En su virtud con fecha 23 de junio de 1998 previa tramitación parlamentaria y correspondiente aprobación era publicada el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid» la Ley 8/1998 de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid⁹.

tenerse hoy puesto que no todos los bienes de esta naturaleza pueden calificarse de notorios, ya que en el caso de las vías pecuarias, éstas pueden confundirse fácilmente con los caminos de servicio del medio rural o de los propios predios privados.

⁸ De no ser así la Administración se encontraría indefensa en la práctica ante el Registro, viéndose obligada a iniciar largos y complicados procesos judiciales para salvaguardar la integridad de estos bienes.

⁹ «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid», núm. 147 de 26.6.1998. Corrección de errores en BOCM núm. 162 de 10.7.1998.

IV. CLASIFICACIÓN DE VÍAS PECUARIAS

La Ley de 1995 define en su artículo 1.º las vías pecuarias con un carácter finalista señalando dos destinos para éstas, el de itinerarios por donde discurre o ha discurrido el ganado y otros destinos acordes con la naturaleza y el medio ambiente a esta definición se remite el artículo 1 de la Ley de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid.

Respecto a la naturaleza jurídica de las vías pecuarias de Madrid la Ley madrileña define¹⁰ las mismas como bienes de dominio público de la Comunidad y por consecuencia inalienables, imprescriptibles e inembargables.

También la Ley estatal califica las vías pecuarias como bienes de dominio público estableciendo¹¹ el marco en que se ha de mover la actuación de las Comunidades Autónomas regulando su uso de acuerdo con la normativa básica estatal; ejerciendo las potestades administrativas en defensa de la integridad de las vías pecuarias; garantizando el uso público tanto cuando sirvan para facilitar el tránsito ganadero como cuando se adscriban a otros usos compatibles y complementarios y asegurar la adecuada conservación de las mismas mediante la adopción de medidas de protección y restauración necesarias.

El artículo de la LVPCM establece que los fines perseguidos por la actuación administrativa autonómica sobre las vías pecuarias del territorio madrileño consistirán en:

Asegurar la adecuada conservación de las vías pecuarias de la Comunidad de Madrid y adoptar cuantas medidas para su restauración y protección adecuada sean precisas.

Promover y fomentar el contacto entre los ámbitos urbano y rural, favoreciendo las actividades medioambientales, sociales y culturales compatibles en torno a las vías pecuarias, de manera que suponga la creación y mantenimiento de una conciencia conservacionista y sirva de satisfacción a la demanda de esparcimiento y recreo al aire libre.

La Ley atribuye del ejercicio de competencias administrativas sobre vías pecuarias en la Consejería que las tenga normativamente atribuidas¹² (actualmente la Consejería de Medio Ambiente), que actuará en coordinación con el resto de Consejerías y con el Patronato de la Red de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid.

¹⁰ Artículo 3 de la Ley 8/1998 de 15 de junio, de VPCM.

¹¹ Artículo 3 de la Ley 3/1995.

¹² Salvo las atribuidas al Consejo de Gobierno.

La LVP clasifica las vías pecuarias atendiendo a su anchura y características, siguiendo el criterio del Código Civil denominándolas Cañadas cuando su anchura no pueda exceder de setenta y cinco metros, Cordeles cuando no puedan sobrepasar los treinta y siete metros y medio de anchura y, Veredas cuando no tengan más de veinte metros de anchura¹³. Los abrevaderos, descansaderos y majadas, habrán de tener la superficie que determine el acto administrativo de clasificación de las vías pecuarias; la anchura de las coladas se determinará asimismo por el acto administrativo de clasificación. Por otra parte determina además que la denominación de vías pecuarias será compatible con denominaciones de otra índole consuetudinaria como azagadores, galianas, ramales, traviesas y otras que reciban en las demás lenguas españolas.

La LVPCM asume en su artículo 6 la clasificación de la LVP señalando que no obstante conservarán su anchura superior a los máximos indicados en la Ley básica estatal las vías pecuarias que la tengan reconocida, o a las que se reconozca, conforme a los antecedentes obrantes en cada caso, en su respectivo acto de clasificación, que servirá para su posterior inclusión en el fondo documental.

V. DETERMINACIÓN, CLASIFICACIÓN DESLINDE, AMOJONAMIENTO Y MODIFICACIÓN

La Comunidad de Madrid ostenta la titularidad del dominio de sus vías pecuarias y la competencia para la conservación y mejora, vigilancia, explotación y administración, así como para las actuaciones precisas para la creación, clasificación deslinde, amojonamiento y reivindicación.

Las actuaciones de creación, ampliación, restablecimiento de las vías pecuarias por parte de la Comunidad Madrid en su respectivo ámbito territorial llevarán aparejada la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados¹⁴.

¹³ Las medidas señaladas como límite de anchura para las vías pecuarias recogen la que se establecía en la normativa tradicional castellana de 90 varas para las cañadas, 45 varas para los cordeles y 25 varas para las veredas.

¹⁴ Cuando fuera precisa la creación, ampliación o restablecimiento de una vía pecuaria la Administración autonómica competente podrá adquirir los bienes y derechos que sean precisos.

La Comunidad de Madrid podrá crear nuevas vías pecuarias y ampliar las existentes en su territorio, que deberán afectarse a los usos que se regulan como propios de dichas vías en la LVPCM. (Artículo 18 LVPCM.)

La Comunidad de Madrid procederá a la clasificación de las vías pecuarias, de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley básica estatal. El conjunto de vías madrileñas clasificadas, constituirá el *Inventario de las Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid*¹⁵.

La clasificación de una vía pecuaria, es el acto administrativo de carácter declarativo, en cuya virtud se determina la existencia, anchura, trazado y demás características físicas generales de cada vía pecuaria. La clasificación de las vías pecuarias se tramitará mediante expediente administrativo al que servirán de fundamento cuantos antecedentes existan en el Fondo Documental de Vías Pecuarias, en los ayuntamientos afectados y en cualquier otro organismo.

Emitido el acuerdo de clasificación se procede al reconocimiento y recorrido de la vía pecuaria con los representantes y prácticos del lugar designados, al objeto de redactar la proposición de clasificación que determinará la dirección, anchura y longitud aproximada de las vías pecuarias, con descripción detallada de su itinerario, linderos, superficie aproximada y demás características de los descansaderos, majadas y abrevaderos; determinándose asimismo los terrenos sobrantes e innecesarios. Todo ello con el fin de su más perfecta identificación para su posterior deslinde.

Se dará audiencia a los interesados, así como a los Ayuntamientos, Cámara Agraria, Organizaciones Profesionales Agrarias y, organizaciones, asociaciones o colectivos que tengan por finalidad la defensa de la naturaleza.

Redactada la propuesta de clasificación, se remite a los órganos consultivos correspondientes y se eleva para aprobación al órgano competente haciéndose pública la misma mediante la publicación de la correspondiente Orden.

La clasificación de una vía pecuaria también deberá realizarse en los casos en que se aprecien errores en el trazado o anchura, dificultades en la determinación del trazado, indeterminación en la existencia, anchura y demás características generales, también se clasificarán aquellas vías pecuarias que hubieran sido omitidas en la correspondiente catalogación.

Aprobada la clasificación de las vías pecuarias de un término municipal, la Consejería competente podrá delimitar provisionalmente las mismas o parte de ellas en caso de urgencia que servirá para

¹⁵ Artículo 13 de la LVPCM.

preparar operaciones de deslinde teniendo este acto un vapor meramente orientativo¹⁶.

El deslinde de las vías pecuarias es definido como el acto administrativo por el que se definen los límites de las vías pecuarias de conformidad con lo establecido en el acto de clasificación¹⁷.

El expediente de deslinde incluirá necesariamente relación de ocupaciones, intrusiones y colindancias y una vez aprobado el deslinde se procede a la realización del mismo, comenzándose por el apeo de la vía pecuaria¹⁸.

En lo relativo a los efectos de la aprobación del deslinde, se produce una de las novedades más llamativas que introdujo la LVP, pues el deslinde aprobado declara no sólo la posesión como se reconocía en la normativa tradicional sino también la titularidad dominical a favor de la Comunidad Autónoma que lo realice, sin que las inscripciones en el Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados. La LVPCM establece en su artículo 15 que el deslinde una vez aprobado, permite a la Comunidad declarar la posesión y la titularidad demanial sobre las vías deslindadas, da lugar al amojonamiento de las mismas, constituye título suficiente para su inscripción registral y tiene los demás efectos que le reconoce la legislación estatal.

La resolución de aprobación del deslinde será pues, título suficiente para rectificar en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde y para que la Comunidad Autónoma proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente¹⁹, así como para practicar las rectificaciones que procedan.

¹⁶ Artículo 14 LVPCM.

¹⁷ Artículo 8 LVP y 15 de la LVPCM.

¹⁸ La realización de las operaciones de deslinde se anunciará con la publicidad que requiera la normativa de desarrollo, normalmente «Boletín Oficial de la Provincia».

El deslinde de las vías pecuarias se ha de ajustar a su respectiva clasificación, asistiendo al acto los representantes del ayuntamiento, Cámara Agraria y los propietarios de terrenos colindantes y derechos que lo deseen, pudiendo alegar lo que estimen oportuno. El amojonamiento provisional o estaquillado se realizará tomándose todos los datos topográficos que sirvan para identificar las características de la vía pecuaria clasificada, con referencias a los terrenos limítrofes y las usurpaciones existentes. Seguidamente se procederá a la aprobación del deslinde por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

¹⁹ En todo caso, quienes se consideren afectados por la Resolución aprobatoria del deslinde podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos y solicitar la anotación preventiva de la correspondiente reclamación judicial.

Cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del registrador

En todo caso quienes se consideren afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos y solicitar la anotación preventiva de la correspondiente reclamación judicial²⁰.

El amojonamiento consiste en el procedimiento administrativo en virtud del cual, una vez aprobado el deslinde, se determinan los límites de la vía pecuaria y se señalizan con carácter permanente sobre el terreno. No será preciso seguir el procedimiento establecido para el amojonamiento cuando únicamente se trate de la reposición de mojones deteriorados o desaparecidos²¹.

Por razones de interés público y excepcionalmente por razones de interés particular de manera motivado, siempre previa desafectación, se podrá variar o desviar el trazado de una vía pecuaria siempre que se asegure el mantenimiento de la integridad superficial, la idoneidad de los itinerarios y de los trazados, junto con la continuidad del tránsito ganadero y de los demás usos compatibles complementarios con aquél²².

de la Propiedad a fin de que por éste se practique la anotación marginal preventiva de esta circunstancia.

Con respecto al ejercicio de acciones civiles hay que señalar que la Ley de 1995 redujo el plazo de prescripción de las mismas a cinco años —a diferencia de los treinta que prevé el artículo 1963 del Código Civil— computados desde la fecha de aprobación del deslinde. Esta acción civil puede anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad.

Este sistema fue declarado en su día conforme a la Constitución por sentencia del Tribunal Constitucional 149/91 de 4 de julio de 1992 (fundamento jurídico 2 D). Ello implica por lo tanto, que el hecho de que el deslinde aprobado resulte título suficiente para declarar la posesión y la titularidad de la Administración actuante y para modificar las inscripciones registrales contradictorias, no transgrede los artículos 24 y 106 de la Constitución ya que está prevista la posibilidad de recurrir por vía judicial la resolución administrativa de aprobación del deslinde. El artículo 8 de la Ley de vías pecuarias dispone en efecto que *«el deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad a favor de la Comunidad Autónoma, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados»*.

²⁰ Cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que podrían resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por éste sea practicada la anotación marginal preventiva de esa circunstancia.

Las acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado, prescriben a los cinco años computados a partir de la fecha de la aprobación del deslinde.

En el procedimiento se dará audiencia al Ayuntamiento correspondiente, a los propietarios colindantes previa notificación y, a las demás personas que acrediten la condición de interesados.

²¹ (Art. 16 LVPCM). Este procedimiento se inicia con un proyecto de amojonamiento definitivo, que se ajustará al deslinde correspondiente y se compone en cuanto a expediente de una memoria, presupuesto, plano y pliego de condiciones. Se asegurará que tanto las características de los mojones como los límites en su caso garanticen la identificación de la vía pecuaria.

Realizadas estas operaciones, se formula la propuesta que después de ser informada será presentada para aprobación por el órgano competente de la Comunidad.

²² Con respecto a la desafectación previa, señala el artículo 10 de la Ley, que las Comunidades Autónomas podrán desafectar del dominio público los terrenos de vías pecua-

Cuando por causa de expediente de modificación del trazado de vías pecuarias, sea necesario ocupar terrenos de las mismas con carácter urgente se podrán expedir autorizaciones provisionales de la ocupación, siempre que queden asegurados con plena garantía los servicios inherentes a la vía pecuaria con el ofrecimiento de los terrenos necesarios para variar el trazado de la misma.

El organismo administrativo competente en materia de vías pecuarias procederá a la señalización de las vías clasificadas, de manera que puedan identificarse adecuadamente, y en especial las intersecciones de cualquier tipo viario²³.

VI. ADMINISTRACIÓN, APROVECHAMIENTO Y USO DE LAS VÍAS PECUARIAS

La administración y aprovechamiento de las vías pecuarias se refiere a la posibilidad que se otorga a las autoridades competentes para autorizar ocupaciones temporales en estas vías y adjudicar aprovechamientos en las mismas; asimismo se refiere a la regulación de los ingresos obtenidos de la gestión y explotación de estos bienes.

El artículo 14 de la LVP dispone que por razones de interés público y excepcionalmente y de forma motivada, por razones de interés particular se podrán autorizar ocupaciones de carácter temporal, siempre que tales ocupaciones no alteren el tránsito ganadero ni impidan los demás usos compatibles o complementarios con aquél²⁴.

rias que no sean adecuados para el tránsito de ganado ni sean susceptibles de los usos compartidos y complementarios a que se refiere el Título II de la Ley.

Una de muchas causas de modificación del trazado de las vías pecuarias que contempla la Ley es la realización de una nueva ordenación del territorio —casos de concentración parcelaria, etc.— señalándose que en las zonas objeto de ordenación territorial, el nuevo trazado que se realice deberá asegurar previamente el mantenimiento de la integridad superficial, la idoneidad de los itinerarios y la continuidad de los trazados, junto con la del tránsito ganadero, así como los demás usos compatibles y complementarios.

Otra posibilidad de modificación es la que contempla el artículo 13 de la LVP que dispone que cuando se proyecte una obra pública sobre el terreno por el que discurra una vía pecuaria, la Comunidad Autónoma deberá asegurar que el trazado alternativo de la vía garantice el mantenimiento de sus características y la continuidad del tránsito ganadero, así como los demás usos compatibles y complementarios con aquél.

En los cruces de las vías de líneas férreas o carreteras deberán habilitarse suficientes pasos al mismo nivel que garanticen el tránsito en condiciones de rapidez y comodidad para los ganados.

Otra posibilidad de modificación de trazado de vías pecuarias —que recogía el Reglamento de 1978— es la realización de permutas de terrenos aprobadas por el órgano administrativo competente mediante Resolución publicada.

²³ Artículo 17 de la LVPCM.

²⁴ El plazo de las ocupaciones temporales se limita a diez años pudiendo ser renovadas y debiendo contar con el informe del Ayuntamiento en cuyo término radique la vía pecuaria.

El artículo 15 del mismo texto dispone que los frutos y productos de la vía pecuaria que no sean normalmente aprovechados por el ganado en tránsito, podrán ser objeto de aprovechamiento. En la adjudicación de los mismos habrá de seguirse un proceso de otorgamiento sometido a los principios de publicidad y concurrencia²⁵.

Respecto a los ingresos de administración y explotación de las vías pecuarias, se dispone que el importe del precio público que se perciba, en su caso, por los frutos y aprovechamientos de las vías pecuarias se destinará a la conservación y mejora de las mismas.

Con respecto a los usos la Ley básica estatal de 1995 añadió al uso tradicional como itinerario ganadero, la posibilidad de usos compatibles y complementarios constituyendo una de las aportaciones más significativas de la Ley al convertir las vías pecuarias en un instrumento más al servicio de la política de conservación de la naturaleza.

El artículo 1 de la Ley después de definir las vías pecuarias como itinerarios ganaderos, señala que las mismas podrán ser destinadas a otros usos compatibles y complementarios en términos afines con su naturaleza y sus fines inspirándose en el desarrollo y respeto al medio ambiente y al patrimonio natural y cultural.

La LVP regula asimismo los usos compatibles y complementarios de las vías pecuarias.

Los usos compatibles con la actividad pecuaria, vienen a ser los usos tradicionales de carácter agrícola que no teniendo carácter de ocupación, puedan realizarse en armonía con el tránsito ganadero. Además la Ley señala las comunicaciones rurales, el desplazamiento de vehículos y maquinaria agrícola²⁶, las plantaciones lineales y cortavientos u ornamentaciones cuando permitan el tránsito normal de ganados.

Los usos complementarios a la actividad ganadera que se reconocen, constituyen la novedad aportada por la LVP, convirtiendo a las vías pecuarias en un instrumento más de la política medioambiental. La Ley considera usos complementarios de las vías pecuarias, la práctica del senderismo, la cabalgada y otras formas de desplazamiento

²⁵ Los aprovechamientos tendrán carácter temporal y con un plazo no inferior a diez años, pudiendo ser revisados cuando se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento y en su caso de fuerza mayor a petición de los beneficiarios.

²⁶ Los vehículos y maquinaria deberán respetar la prioridad del paso de los ganados, evitando el desvío de éstos o la interrupción prolongada de su marcha. Con respecto al uso de vehículos de motor que no sean de carácter agrícola la Ley prevé su regulación reglamentaria.

deportivo sobre vehículos no motorizados cuando respeten la prioridad del movimiento ganadero²⁷.

La LVPCM establece por su parte la recuperación de oficio de la posesión indebidamente perdida de las vías pecuarias pudiendo requerir a los usurpadores o perturbadores para que cesen en su actuación²⁸. Contra las actuaciones de la Comunidad de Madrid no habrá lugar a interdictos siempre que la actuación administrativa se ajuste al procedimiento legalmente establecido.

Por otra parte hay que señalar que la Comunidad de Madrid puede crear nuevas vías pecuarias y ampliar las existentes en su territorio, que deberán afectarse a los usos regulados en la LVPCM debiendo resolver sobre su creación el Consejo de Gobierno, asimismo la Comunidad habrá de velar por el restablecimiento de la integridad de estas vías en los casos cuando hubieran sido ocupadas por obras públicas o privadas, plantaciones o cultivos.

VII. RED DE VÍAS PECUARIAS Y FONDO DOCUMENTAL (NACIONAL Y DE LA COMUNIDAD DE MADRID)

La *Red Nacional de Vías Pecuarias*²⁹, en la que se integran todas las Cañadas y aquellas otras vías que garanticen la continuidad de las mismas, siempre que su itinerario discorra entre dos o más Comunidades Autónomas y también las vías pecuarias que sirvan de enlace para los desplazamientos ganaderos de carácter interfronterizo. La inclusión en la Red no afecta a la titularidad de las vías conservando la propia de la Comunidad Autónoma a que pertenezcan. La viabilidad de esta Red está en de esfuerzo de coordinación entre Comunidades Autónomas, se considera un instrumento fundamental para asegurar la continuidad de todas aquellas³⁰ que posibilitan el desplazamiento del ganado a lo largo y ancho del territorio nacional³¹.

²⁷ Para el ejercicio de estas actividades, la Ley permite el establecimiento de las instalaciones necesarias sobre terrenos de las vías pecuarias siguiendo el régimen establecido para las ocupaciones temporales.

²⁸ Artículo 11. Todo ello sin perjuicio de la reposición, restauración o indemnización a que pudiera haber lugar por parte de los infractores, pudiendo solicitar al dicho efecto el concurso de los agentes de la autoridad correspondientes.

²⁹ Creada por la LVP.

³⁰ Principalmente las Cañadas.

³¹ La configuración de la *Red Nacional de Vías Pecuarias* respeta y asume en su integridad el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, por lo que al igual que ocurre con el resto de las vías pecuarias no integradas en la misma, el ejercicio

La ley en su artículo 18 dispone que podrán incorporarse a la Red Nacional a petición de las Comunidades Autónomas, otras vías pecuarias que, discurriendo por sus territorios respectivos, estén comunicadas con dicha Red³².

La LVPCM establece en su artículo 8 que el conjunto de vías pecuarias existentes en el ámbito territorial de la Región de Madrid constituye la Red de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid en la que se integran:

Las cañadas y aquellas otras vías pecuarias que aseguran la continuidad de las mismas cuyo itinerario discurre por el territorio de la Comunidad de Madrid y continúa por la de otra u otras Comunidades, sin perjuicio de su integración en la Red Nacional de Vías Pecuarias.

Las restantes vías pecuarias de la Comunidad de Madrid.

La LVPCM establece como clases especiales de vías pecuarias las declaradas como *vías de interés natural o vías de interés cultural*³³ las primeras no podrán desafectarse en ningún caso ni destinarse a usos distintos de los señalados para las vías pecuarias, las vías declaradas de interés cultural sólo podrán desafectarse o destinarse a usos distintos previo informe de la Consejería competente en materia de patrimonio cultural. La especial declaración de estas vías se realizará mediante Orden de la Consejería competente en materia de vías pecuarias previa coordinación y consulta con el Patronato de la Red de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid, debiéndose elaborar un *Catálogo de Vías Pecuarias de Interés Natural y/o Cultural de la Comunidad de Madrid*.

La señalización de las vías integradas en la Red Nacional hará constar este extremo. La clasificación y demás actos administrativos

de todas las potestades administrativas para asegurar su integridad y adecuada conservación corresponde a las Comunidades Autónomas.

³² Los expedientes de desafectación y de expropiación junto con los negocios jurídicos de adquisición que afecten a terrenos de las vías pecuarias integradas en la Red Nacional, son competencia de las Comunidades Autónomas, previo informe del Ministerio de Medio Ambiente.

³³ Serán declaradas vías pecuarias de interés natural aquellas vías de la Red autonómica o tramos de ellas que discurren dentro de los límites de los espacios naturales protegidos de la Comunidad, así como aquellas vías pecuarias o tramos que resulten de especial valor en orden a la conservación de la naturaleza y, en particular, las que puedan servir para preservar o conectar entre sí los espacios naturales de la Comunidad, previo informe de la Consejería de Medio Ambiente.

El territorio ocupado por las vías que discurren dentro de espacios naturales protegidos mantendrán el grado de protección que establezca la norma de declaración de espacio protegido.

La clasificación como vía pecuaria de interés cultural estará en función de su especial valor cultural (histórico, antropológico, etc.) o recreativo.

posteriores que afecten a las vías pecuarias integradas en la Red Nacional se incorporarán al *Fondo Documental* del Ministerio de Medio Ambiente.

Este *Fondo Documental* fue creado en virtud de lo dispuesto en la Ley 22/1974 de 27 de junio de Vías Pecuarias y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 2876/1978 de 3 de noviembre dispusieron que para mejor conocimiento y gestión de las Vías Pecuarias, preparación del plano general de las mismas e información de las entidades y particulares interesados que tendrán acceso al mismo, se formará en el Instituto para la Conservación de la Naturaleza (ICONA) un fondo documental con las copias y fotografías autorizadas de los documentos, planos y antecedentes de todo orden relativos a dichas vías que habrán de remitir las dependencias de la Administración del Estado, las Corporaciones Locales y las Cámaras Agrarias sin perjuicio de la conservación de los originales en su actual radicación. La Ley actual dispone a estos efectos que las Comunidades Autónomas facilitarán a dicho fondo, la información suficiente relativa a la clasificación y demás actos administrativos posteriores que afecten a las vías pecuarias integradas en la Red Nacional.

El *Fondo Documental de las Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid* regulado por el artículo 7 de la LVPCM se ubica en la Consejería de Medio Ambiente con objeto de facilitar la clasificación y gestión de las vías pecuarias, así como la elaboración del Plan de Uso y Gestión³⁴. El fondo contiene la relación de todas las vías pecuarias de la Comunidad de Madrid, con sus respectivos planos y antecedentes documentales. Tienen acceso a dicho fondo los interesados de conformidad con la normativa reguladora de acceso a los archivos y registros públicos.

VIII. RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

El sistema de infracciones y sanciones fue establecido por la Ley básica estatal quedando encomendada a los cuerpos de vigilancia

³⁴ Para la constitución de este Fondo documental la Comunidad de Madrid podrá dirigirse a los Ayuntamientos, Cámara Agraria de Madrid, Organismos de la Administración del Estado y otras entidades públicas y privadas que estará a cumplir los requerimientos de aquélla enviando la documentación que se hallase en su poder y pudiera ser de utilidad para la composición del fondo, sin perjuicio del derecho a conservar los originales en el archivo de procedencia, en los términos establecidos en la normativa de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

rural o urbana la custodia y conservación de las vías pecuarias, como labor de vigilancia.

Las infracciones se clasifican en muy graves, graves y leves.

Son infracciones muy graves, la alteración de mojones o señalizaciones, la edificación no autorizada en las vías pecuarias, la instalación de obstáculos y las acciones y omisiones que causen daño o menoscabo impidiendo el uso de la vía, así como la ocupación sin título.

Son infracciones graves, la plantación no autorizada, realización de vertidos, tala de árboles, aprovechamiento no autorizado, realización de obras provisionales no autorizadas, obstrucción de funciones de policía, reincidencia por faltas leves.

Son infracciones leves, las acciones que causando daño no impidan el uso de la vía, el incumplimiento de las condiciones establecidas en los títulos administrativos, el incumplimiento total o parcial de las prohibiciones establecidas en la Ley.

Por lo que respecta a las sanciones consisten en multa desde las 10.000 a los 25.000.000 de pesetas en función de la gravedad de la infracción.

La Ley establece que las sanciones se impondrán atendiendo a su repercusión o trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes, así como al impacto ambiental y circunstancias del responsable³⁵.

La Consejería de la Comunidad de Madrid competente por la materia, será la encargada de instruir y resolver los expedientes sancionadores y para adoptar las medidas cautelares o provisionales correspondientes por las infracciones cometidas en esta Comunidad Autónoma. Cuando la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, se dará conocimiento al Ministerio Fiscal suspendiéndose la tramitación del procedimiento sancionador hasta la finalización del proceso judicial.

En relación con los aprovechamientos, el artículo 40 regula, junto al tradicional de los frutos sobrantes, también el aprovechamiento hortícola y el forestal, de gran potencial del esta Comunidad Autónoma de los cuales el forestal se contempla incluso en la modalidad de realización directa por la propia Administración autonómica. Finalmente señalar que esta Ley establece expresamente la futura aprobación de un Reglamento de desarrollo como instrumento imprescindible para completar sus previsiones.

³⁵ La Disposición cuarta de la Ley autoriza al Gobierno a que mediante Real Decreto pueda actualizarla de conformidad con las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo.

IX. PLAN DE USO Y GESTIÓN Y PATRONATO DE VÍAS PECUARIAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

El Plan de Uso y Gestión de vías pecuarias de la Comunidad de Madrid constituye el instrumento básico de planificación de las vías pecuarias. Fija las normas de uso y aprovechamiento de conformidad con las características propias de los distintos ámbitos territoriales por donde discurran.

Este Plan es aprobado por el Consejo de Gobierno previa remisión a la Asamblea de Madrid y siendo aprobado se publica en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid».

Este Plan tendrá carácter vinculante para la Administración que ejercitará sus competencias de acuerdo con el mismo³⁶.

El Plan de Uso y Gestión desarrolla la Ley en materia de estrategias generales para la gestión de las vías pecuarias para que puedan alcanzar los objetivos que las leyes les asignan y en materia de zonificación del entorno por el que discurren³⁷.

Mediante Decreto 12/1999 de 28 de enero del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid se crea y regula el Patronato de la Red de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid creado con el fin de dar cumplimiento al Plan de Uso y Gestión de las Vías Pecuarias. Al considerar que la administración del importante patrimonio que constituyen estas vías no ha de estar desvinculado de la participación ciudadana a través de colectivos u organizaciones representativas, se crea este Patronato como órgano de participación, consulta y asesoramiento por parte de las Consejerías afectadas, Ayuntamientos, Cámara Agraria, organizaciones profesionales agrarias y de defensa de la naturaleza. Este Patronato está adscrito a la Consejería de Economía y Empleo con funciones de propuesta y consulta³⁸.

³⁶ Artículo 29 LVPCM.

³⁷ Atendiendo al carácter heterogéneo del territorio regional en los aspectos cultural, histórico y natural, de la actividad agraria y realidades socioeconómicas y al resultado de los datos aportados por el inventario de la situación de las vías pecuarias de la Comunidad de Madrid. Artículo 29.

³⁸ El artículo 2 del Decreto citado establece lo siguiente:

Funciones

1. El Patronato de la red de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid tendrá, en el ámbito de las competencias que se otorgan a la Comunidad de Madrid en materia de vías pecuarias, las siguientes funciones:
 - a) Promover e impulsar la defensa, protección y conservación de las vías pecuarias.
 - b) Proponer al Consejo de Gobierno y a la Consejería de Economía y Empleo cuantas medidas consideren oportunas para una mejor gestión de las vías pecuarias, valorando la efectividad de las normas en vigor y promoviendo la modificación

Este Patronato funcionará en pleno, en comisión permanente y en su caso en grupos de trabajo y se haya compuesto de un Presidente, un Vicepresidente primero y 18 vocales³⁹, uno de los cuales ejercerá de Vicepresidente segundo y un secretario el desempeño de miembro del Patronato tiene el carácter gratuito.

El Pleno y la Comisión permanente podrá constituir grupos de trabajo de carácter temporal para la elaboración de propuestas o informes en temas concretos o especializados. Estos informes no tendrán carácter vinculante y serán elevados en su caso al Pleno o a la Comisión permanente.

de las mismas, la elaboración de nuevas disposiciones o la realización de actuaciones concretas.

- c) Emitir dictamen en los asuntos que, en el marco de los intereses que le son propios, el Consejo de Gobierno de las Consejerías, facultativamente, sometan a su conocimiento.
 - d) Elaborar informes y estudios a iniciativa propia o a instancia de las instituciones y órganos de la Comunidad de Madrid, u otras instituciones públicas en materias de vías pecuarias.
 - e) Conocer e informar cuantas disposiciones de carácter general y convenios puedan afectar a las vías pecuarias y en especial al Plan de Uso y Gestión.
 - f) Emitir informe, con carácter previo a su aprobación, en los siguientes procedimientos administrativos relacionados con la gestión de las vías pecuarias: clasificación y sus modificaciones, deslinde, creación y ampliación, desafectación, modificación de trazado y concesiones de uso mediante instalaciones desmontables.
 - g) Impulsar la colaboración, cooperación y coordinación con otros organismos análogos, administraciones y entidades públicas o privadas cuyas competencias o actividades confluyan o tengan relación con las vías pecuarias.
 - h) Cualquier otra función que, en el marco de sus competencias, se le atribuya por alguna disposición legal o reglamentaria.
2. El informe a que se refiere la letra f) del apartado anterior, deberá ser emitido en el plazo de un mes desde su solicitud, entendiéndose que de no evacuarse en dicho plazo se proseguirá con la tramitación del procedimiento.
 3. a) La Consejería de Economía y empleo, facilitará los medios y recursos necesarios para el mejor funcionamiento del Patronato de la Red de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid.
 - b) El Patronato de la Red de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid podrá, a su vez, recabar, a través de la Consejería de Economía y Empleo, cuanta información sea precisa para el desempeño de sus funciones.

³⁹ Será Presidente el Consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid, Vicepresidente primero el Director General de Agricultura y Alimentación y Vicepresidente segundo el vocal que designe el Presidente del propio Patronato.

Serán Vocales de Patronato: Tres representantes de la Consejería de Economía y Empleo; un representante de la Consejería de Hacienda; uno de la de Medio Ambiente y Desarrollo Regional; uno de la de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, uno de la de Educación y Cultura; el jefe de servicio de Desarrollo Agrario de la Dirección General de Agricultura; dos representantes de municipios de la Comunidad de Madrid; uno de la Cámara Agraria; tres de organizaciones profesionales agrarias con mayor implantación en la Comunidad de Madrid; tres de organizaciones no gubernamentales cuyo objeto sea la defensa y conservación del medio natural; un representante de las cooperativas de ganaderos con mayor número de asociados en Madrid.

Como secretario actuará con voz y sin voto un funcionario adscrito a la Consejería de Economía y Empleo.

A las reuniones del Pleno, comisión permanente o grupos de trabajo, podrán asistir con voz pero sin voto, aquellos técnicos o expertos en materia de vías pecuarias, convocados por el Presidente, a iniciativa propia o a propuesta de cualquiera de los vocales.

X. LAS VÍAS PECUARIAS Y LA ORDENACIÓN TERRITORIAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID

La LVPCM establece en su artículo 25 el estatuto de suelo no urbanizable con que han de ser calificadas las vías pecuarias en los Planes de Ordenación Territorial. El régimen correspondiente de protección será establecido en el Plan de Uso y Gestión que habrá de hallarse en concordancia con lo establecido en los espacios naturales protegidos u ordenados por Planes de Ordenación de los Recursos naturales⁴⁰.

Cuando fuese preciso ocupar terrenos de una vía pecuaria para realizar una nueva ordenación territorial que hubiese obtenido informe favorable en materia de vías pecuarias el instrumento de planteamiento del que derive la nueva ordenación habrá de prever el itinerario alternativo de la vía pecuaria asegurando el mantenimiento de la integridad superficial, su idoneidad y continuidad de manera que no se interrumpa el tránsito ni queden obstaculizados los demás usos de la vía⁴¹.

Asimismo requerirá acuerdo del órgano competente en materia de vías pecuarias la realización de obras públicas en las mismas quien acordará lo procedente en materia de modificación de trazado. Cuando la obra pública a realizar consista en líneas férreas o carreteras que hallan de cruzar una vía pecuaria, la Administración promotora de la obra o el concesionario en su caso deberá habilitar los pasos necesarios que garanticen el tránsito ganadero y los restantes usos de la vía. Resolviéndose de manera análoga al caso de realización de obras⁴².

³⁹ Y de acuerdo con el informe emitido por la Comunidad de Madrid en materia de vías pecuarias sin perjuicio de los informes que procedan en materia de gestión de recursos forestales y espacios naturales protegidos. (Artículo 25 LVPCM).

⁴⁰ Artículo 26 de la LVPCM.

⁴¹ Artículos 27 y 28 LVPCM.

XI. FOMENTO DE LAS VÍAS PECUARIAS

Antes de finalizar este trabajo conviene hacer alguna referencia a las actividades de revitalización de vías pecuarias financiadas con fondos públicos. Se trata de proyectos como el 2001 Cañadas Reales que partiendo de la idea de que en torno a estos caminos ganaderos, se ha configurado parte de la Historia de España, se hace preciso conservar esta herencia histórica emprendiendo programas de recuperación de este patrimonio natural y cultural, evitando su progresiva desaparición y devolviendo a las poblaciones rurales unos recursos de gran potencialidad económica.

El proyecto 2001 está impulsado por el Fondo *Patrimonio Natural Europeo*.

Por su parte la Comunidad de Madrid, en concreto, que cuenta con 1.796 caminos mesteños, que se extienden a lo largo de 4.200 kilómetros y ocupan 13.000 hectáreas ha puesto en marcha el *Plan Vías Natura* proyecto en que se invertirán unos 6 millones de euros en la recuperación de las cañadas que recorren la región. El Plan tiene como objetivo preservar los valores naturales, asegurar las tradiciones agrarias, impulsar su uso turístico y conseguir una adecuada educación ambiental de la población en materia de vías pecuarias⁴³.

XII. EPILOGO

El presente trabajo ha realizado un intento de exponer de una manera complementaria la regulación jurídica de las vías pecuarias en la Comunidad de Madrid, tanto en materia de Derecho público como privado, haciendo referencia en todo momento a la legislación básica estatal sobre esta materia que constituye la norma aplicable en varios aspectos como expresamente se dispone en diversos artículos de la Ley madrileña.

Las normas examinadas requieren de desarrollo en algunos aspectos, lo cual junto con la asignación de medios y recursos públicos y el esfuerzo coordinado de las Administraciones implicadas lograrán el correcto mantenimiento y conservación de las vías pecuarias de la Comunidad de Madrid.

⁴³ Integradas por disposición comunitaria en la *Red Natura* junto con las *Zonas de Especial Protección para las Aves (ZAPAS)* y los *Lugares de Interés Comunitarios (LIC)*.

LAS PARTE XIII. BIBLIOGRAFIA DIMIEN
ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

ABELLÁN, A. y OLIVEIRA, A. «La trashumancia por ferrocarril en España». *Estudios Geográficos* núm. 156-157.

AITKEN, R. «Rutas de trashumancia en la Meseta Castellana». *Revista de Estudios Geográficos*, núm. 51.

ARGUDO PÉREZ, J. L. *El Régimen foral histórico aragonés sobre la trashumancia ganadera y vías pecuarias*. Derecho Agrario IV Congreso Nacional.

BELLOSILLO, M. *Castilla merinera. Las Cañadas reales a través de su toponimia*. Madrid: 1988.

Cuadernos de trashumancia (1992-1993) Madrid, ICONA.

ELÍAS, L. y MUNTION, C. *Los pastores de Cameros*. Logroño: 1989.

GARCÍA MARTÍN, P. *La ganadería mesteña en la España borbónica*. Madrid: 1988.

— *El patrimonio cultural de las cañadas reales*. Valladolid: 1990.

GARCÍA MARTÍN P. y SÁNCHEZ BENITO, J. M. *Contribución a la historia de la trashumancia en España*. Madrid: 1987.

GARCÍA MARTÍN P. y OTROS. *Por los caminos de la trashumancia*. León: 1995.

GRAU CAMPUZANO, C. *Régimen legal de las vías pecuarias*. Madrid: 1946.

HERRAIZ SERRANO, O. *Régimen jurídico de las Vías Pecuarias*. Granada: 2000.

KLEIN, J. *La Mesta*. Madrid: 1981.

MANGAS, J. M. *Vías Pecuarias*. Madrid: 1992.

MANTECA VALDELANDE V. Las vías pecuarias: evolución y normativa actual. *Agricultura y Sociedad*, núm. 76.

MARTÍNEZ FRONCE, F. M. *El área madrileña: plataforma de trashumancia*. Madrid: 1991.

MIGUEL RUIZ J. A. «Potenciación de los usos de las vías pecuarias». *Estudios Territoriales*, 1982.

NIETO GARCÍA, A. *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*. Valladolid: 1959.

PARRA, F. «Los itinerarios de nuestras cañadas». *Ciudad y territorio* 1980.

PORTO REY, E. «Integración de las vías pecuarias en el planeamiento urbanístico». *Revista de Derecho Urbanístico*, 1992.

RECUERDO A. Del. «De la trashumancia a la ecología. Recuperación de las cañadas de la Mesta y rutas vaqueiras». *Revista del MOPU*, 1987.

RICO HERNÁNDEZ A. M.ª *Capacidad de las vías pecuarias para acoger otros usos*. Derecho Agrario IV Congreso Nacional. Madrid: 1995.

TOUBES HERRERO, M. J. *Ocupaciones aprovechamientos y usos complementarios o alternativos de las vías pecuarias*. Derecho Agrario IV Congreso Nacional. Madrid, 1995.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es el órgano jurisdiccional supremo de la Unión Europea. Su función principal es garantizar el respeto del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. El Tribunal está compuesto por doce jueces, uno de cada uno de los Estados miembros, y por el Abogado General. El Tribunal se reúne en sesiones plenas y en secciones de tres jueces. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es el órgano jurisdiccional supremo de la Unión Europea. Su función principal es garantizar el respeto del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. El Tribunal está compuesto por doce jueces, uno de cada uno de los Estados miembros, y por el Abogado General. El Tribunal se reúne en sesiones plenas y en secciones de tres jueces.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es el órgano jurisdiccional supremo de la Unión Europea. Su función principal es garantizar el respeto del Derecho comunitario en todos los Estados miembros.

LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

POR

FRANCISCO MORENO BERNAL¹

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. PARTES PRIVILEGIADAS. A) Recursos. B) Postulación. III. LOS PARTICULARES COMO PARTES EN EL PROCESO. A) Recursos. B) Actos o disposiciones objeto de recurso. C) Afectación directa e individual. D) Postulación. IV. FUNCIONARIOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. V. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. VI. RÉGIMEN LINGÜÍSTICO. VII. FIJACIÓN DE DOMICILIO. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas va a resolver los litigios que planteen los particulares, tanto personas físicas como jurídicas, contra las Instituciones europeas, así como los recursos que éstas formulen de forma directa. Esta posibilidad de acceso de los particulares es lo que diferencia a la Justicia Comunitaria de las jurisdicciones internacionales, como el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya o el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, a los que no pueden recurrir directamente los particulares.

En la jurisdicción comunitaria los recursos se pueden clasificar en dos grupos: los directos y los prejudiciales. Dentro del primer grupo, recursos directos, hallamos, entre otros, el recurso de incumplimiento, el de inacción, el de anulación y la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual. Sólo estos dos últimos, el de anulación y la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual, son recursos a los que tienen acceso los particulares. El resto de los recursos directos está reservado a los Estados miembros y a las Instituciones europeas, las llamadas «partes privilegiadas». Ello es debido al carácter triangular de la estructura comunitaria, pues el Derecho comunitario no se dirige únicamente a los ciudadanos, sino que junto a ellos, como

¹ Oficial de la Administración de Justicia.

receptores de las obligaciones pero al mismo tiempo como sujetos activos de la actividad legislativa, se hallan los Estados miembros.

Respecto al segundo grupo, los recursos prejudiciales, responden a la constitución de una vía de comunicación de los jueces nacionales, jueces comunitarios de primer orden, con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estos recursos no son planteados por particulares ni por las partes privilegiadas, sino que es un Tribunal nacional el que, a través de este mecanismo, se dirige al Tribunal de Justicia Europeo para que resuelva alguna cuestión que se le ha planteado al tener que aplicar el Derecho comunitario a un litigio.

Podemos, por tanto, clasificar las partes ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) en, por un lado, «privilegiadas», que son los Estados miembros y las Instituciones comunitarias, y, por otro lado, de Derecho privado o particulares.

La legitimación pasiva la ostentará la Institución comunitaria o el Estado miembro cuya decisión, actividad o inactividad se impugna.

II. PARTES PRIVILEGIADAS

A) Recursos

Los Estados miembros y las Instituciones comunitarias son denominadas «partes privilegiadas» al no tener limitado su acceso al TJCE por algún requisito concreto. Así, no tendrán ninguna restricción a la hora de plantear el recurso de anulación (*mediante este recurso se interesa al TSJC que declare la nulidad de un acto general o individual proveniente de las Instituciones comunitarias, y por alguno de los motivos tasados: incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado, desviación de poder*), salvo el de actuar dentro del plazo previsto; sin embargo, la legitimación activa sólo se prevé de forma precisa para la Comisión, el Consejo y los Estados miembros, que tienen acceso directo al mismo sin restricciones, pero no para el Parlamento.

El recurso por inactividad o inacción (*mediante éste se pretende ante el TSJC que las instituciones comunitarias realicen una determinada actividad —por ejemplo, dictar una determinada resolución: reglamento, directiva, decisión, etc.— a la que vienen obligadas por el Derecho comunitario*) puede ser formulado por las instituciones comunitarias (Consejo, Comisión y Parlamento) y los Estados miembros, pero está excluido a los particulares. Sin embargo, el Tratado de la CECA

(Comunidad Europea del Carbón y del Acero) prevé la posibilidad de que las empresas y asociaciones que la integran, puedan recurrir contra la abstención de tomar una decisión o una recomendación individual en cuya adopción tienen interés, incluso si la misma debe ser dirigida a otra empresa o a un Estado.

El recurso por responsabilidad extracontractual (*mediante éste el TSJC conocerá de las demandas formuladas contra la Comunidad en reclamación de los daños causados por sus Instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones —artículo 215.2.º Tratado de la Comunidad Europea—*) está abierto a toda persona física o jurídica que alega un daño derivado de una actuación de una Institución comunitaria o de sus agentes en el ejercicio de sus funciones, por lo tanto, están legitimados activamente tanto los particulares como los Estados miembros que resulten perjudicados.

Para interponer el recurso por incumplimiento (*a través del cual, el TSJC dictaminará en última instancia que un Estado miembro ha faltado a una de las obligaciones que le incumben en virtud de Derecho comunitario*) ante el TJCE contra un Estado miembro, están facultados la Comisión y cualquier otro Estado miembro, sin necesidad de justificar un interés específico.

B) Postulación

La representación de las partes privilegiadas ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas viene contemplada en el art. 17 del Estatuto y en los artículos 32 a 36 del Reglamento de Procedimiento. El art. 17 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea establece, en su párrafo primero, que «los Estados, así como las Instituciones de la Comunidad, estarán representados ante el Tribunal por un Agente designado para cada asunto». Este agente se trata normalmente de miembros del servicio jurídico en cuanto a las instituciones comunitarias, y de funcionarios de los servicios contenciosos del Ministerio de Asuntos Exteriores en el caso de los Estados. Sigue diciendo el mencionado artículo que «el Agente podrá estar asistido por un Asesor o un Abogado». El Abogado, para poder asistir a una parte ante el TJCE, deberá estar facultado para ejercer ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, lo que deberá acreditar documentalmente ante el Secretario del Tribunal.

En su último párrafo, el art. 17 del Estatuto establece que los profesores nacionales de los Estados miembros cuya legislación les reconozca el derecho de actuar en juicio, gozarán ante el Tribunal de los derechos que el presente artículo reconoce a los Abogados.

Los agentes, asesores y abogados que comparezcan ante el Tribunal gozan de los derechos y garantías necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones, según establece el párrafo tercero del art. 17 del Estatuto y desarrollado por el art. 32 del Reglamento. Por tanto, los escritos y documentos relativos al procedimiento no pueden ser objeto de registro y de incautación, gozan de libertad de desplazamiento en la medida necesaria para el cumplimiento de su misión, etc. (art. 32 del Reglamento).

III. LOS PARTICULARES COMO PARTES EN EL PROCESO

A) Recursos

Los particulares, como anteriormente he reseñado, tienen legitimación activa en dos tipos de recursos directos: el de anulación y el de responsabilidad extracontractual. Los particulares pueden acudir al Tribunal de Justicia para instar que se condene a la Comunidad a reparar los daños que se les hayan causado por acción u omisión de las Instituciones o sus agentes, en el ejercicio de sus funciones. Así, el art. 178 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (firmado en Roma 25/3/57) establece que «el Tribunal de Justicia será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refiere el párrafo segundo del art. 215». «En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones. Tanto en uno como en otro recurso, se requiere que el particular, ya sea persona física o jurídica, se vea afectado en su interés individual por el acto o resolución que recurre.

Respecto al recurso de anulación, el Tratado de París confiere legitimación activa a las empresas y a las asociaciones, mientras que el Tratado de Roma (Tratado de la CEE, art. 173,2.º) habla de toda persona física o jurídica que sea destinataria de una decisión, o bien, que bajo una apariencia de reglamento o de decisión dirigida a otra persona le afecte directa e individualmente.

B) Actos o disposiciones objeto de recurso

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea abre la posibilidad de que los particulares puedan acudir al Tribunal de Justicia Europeo para reclamar la tutela judicial. Así, en el párrafo 4.º del art. 173, establece que toda persona física o jurídica podrá interponer recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa o individualmente, siempre que dichas decisiones no sean recomendaciones o dictámenes. Por tanto, para que un particular tenga legitimación activa es preciso que el acto impugnado sea una Decisión que, aunque revista la forma de un Reglamento o de una Decisión dirigida a otra persona, le afecte directa o individualmente.

Del artículo anteriormente mencionado se desprende que los particulares únicamente podrán interponer un recurso ante la jurisdicción comunitaria: a) contra las decisiones de las que sean destinatarios, y b) contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, les afecten «directa e individualmente».

De ello derivan dos consecuencias: 1) que los particulares no pueden impugnar los verdaderos reglamentos; éstos sólo podrán ser impugnados por los demandantes privilegiados, es decir, los Estados miembros y las instituciones comunitarias. 2) Que en el concepto de «decisiones dirigidas a un tercero», se incluyen tanto las dirigidas a otros particulares como las dirigidas a Estados miembros (por ejemplo, el caso de las ayudas públicas).

C) Afectación directa e individual

Para que un particular pueda recurrir ante el TJCE es requisito imprescindible que el acto o resolución impugnado le afecte de forma directa o individual.

• Interés o afectación directa

Para que el acto impugnado afecte directamente al demandante, es preciso que no exista ningún poder de apreciación de las autoridades nacionales que medie entre el acto y sus efectos para los particulares. Así, por ejemplo, cuando las autoridades nacionales aplican la

Decisión de la Comisión sin modificación alguna, o bien, cuando se trata de Decisiones que, por su naturaleza, no suponen la intervención de las autoridades nacionales. La afectación directa supone la posibilidad de que el acto comunitario en cuestión genere de forma inmediata efectos en la situación jurídica del recurrente; es decir, que exista una relación causal directa entre el acto y la alteración de la situación jurídica del individuo, relación de causalidad que no se ve interrumpida por la necesaria actuación de un tercero, normalmente un Estado miembro. Una relación causal directa entre el acto y el individuo. Pero si el acto confiere a este tercero la capacidad de adoptar determinadas medidas con cierto poder discrecional, el nexo de causalidad se rompe y, por tanto, el particular no resulta directamente afectado por la norma. Esto ocurre, por ejemplo, con las directivas, que, dado que necesitan de un desarrollo normativo para producir sus efectos en el orden interno, el efecto directo debe imputarse a la norma nacional que pone en práctica el Derecho comunitario, y la medida comunitaria sólo afecta directamente al Estado destinatario, pues no puede ser directamente aplicable ni afectar directamente a un particular, sino a través de su desarrollo normativo nacional.

• Interés o afectación individual

El acto debe afectar de forma individual al demandante. Esto no ocurre normalmente cuando se trata de un acto de carácter general y abstracto, como es el Reglamento. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha estimado que ese interés individual se ve afectado por determinadas disposiciones contenidas en ciertos Reglamentos, es decir, esas disposiciones contenidas en el Reglamento, aunque no van dirigidas a una persona en concreto, sin embargo se individualizan en virtud de la situación de hecho de dicha persona, convirtiéndola en destinataria individual de ese Reglamento.

El Tribunal de Justicia ha recogido en determinadas sentencias que, cuando un Reglamento se refiere a un número determinado de agentes económicos y establece criterios pormenorizados destinados a regular la situación de dichos agentes, y que no dejan ningún margen de discrecionalidad a las entidades encargadas de su aplicación, dicho Reglamento constituye una serie de Decisiones individuales, y, por tanto, afecta individualmente a los demandantes.

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha seguido varios criterios: en un primer momento, tenía en cuenta el carácter de la norma, y si ésta era de ámbito general, aplicable a situaciones de carácter

general, determinadas de forma objetiva, entonces no había una afectación individual. En sentencias más recientes, ese criterio ha ido evolucionando, apreciando que ciertos Reglamentos pueden contener decisiones que afecten de forma directa e individual al recurrente, es decir, si la norma en cuestión afecta al demandante de forma individual en razón de su situación de hecho o de derecho que le caracterizase especialmente.

D) Postulación

El artículo 17, párrafo primero, del Estatuto del TJCE establece que las partes privilegiadas, es decir, las Instituciones comunitarias y los Estados miembros, estarán representadas por un Agente designado para cada asunto, que podrá estar asistido por un Asesor o un Abogado. Respecto a los particulares, este mismo artículo sigue diciendo que «las otras partes deberán estar representadas por un Abogado». El Abogado, para poder representar a una parte ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, deberá estar facultado para ejercer ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, lo que deberá acreditar documentalmente ante el Secretario del Tribunal, y además deberá aportar el poder de representación otorgado por la parte. Pero si el demandante fuera una persona jurídica de Derecho privado, deberá acreditar su existencia jurídica mediante la aportación de sus estatutos, o bien, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil o el Registro de Asociaciones; asimismo, deberá aportar la prueba de que el poder del Abogado ha sido otorgado debidamente por persona capacitada al efecto. (art. 38, 3.º y 5.º del Reglamento).

En su último párrafo, el art. 17 del Estatuto establece que «los profesores nacionales de los Estados miembros cuya legislación les reconozca el derecho de actuar en juicio, gozarán ante el Tribunal de los derechos que el presente artículo reconoce a los Abogados». Por tanto, cabe la posibilidad de que los profesores de Derecho que, conforme a la legislación nacional, puedan actuar ante los tribunales o juzgados, puedan hacerlo ante el TJCE.

El art. 104, párrafo segundo, del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1991, establece que «en las cuestiones prejudiciales, el Tribunal tendrá en cuenta las normas de procedimiento sobre representación y com-

parecencia de las partes del litigio principal aplicables ante los órganos jurisdiccionales nacionales que las hayan planteado». Este artículo prevé la posibilidad de que, cuando así lo permita y establezca la normativa procesal nacional, las partes puedan comparecer representadas por un hombre de confianza o, incluso, comparecer directamente por sí mismas.

Los Abogados que comparezcan ante el Tribunal, gozan de los derechos y garantías necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones, según establece el párrafo tercero del art. 17 del Estatuto y desarrollado por el art. 32 del Reglamento. Por tanto, los escritos y documentos relativos al procedimiento no pueden ser objeto de registro y de incautación, gozan de libertad de desplazamiento en la medida necesaria para el cumplimiento de su misión, etc. (art. 32 del Reglamento).

IV. FUNCIONARIOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

El TJCE asumía en un principio la competencia para conocer de los litigios entre la Comunidad Europea y sus agentes o funcionarios. Sin embargo, posteriormente y debido al gran número de litigios en esta materia que entorpecía el normal funcionamiento del TJCE, pasó su conocimiento al Tribunal de Primera Instancia.

Están legitimados activamente para interponer este recurso las personas empleadas en el servicio de las Comunidades, y que estén ligadas al mismo mediante un vínculo estatutario (funcionarios) o contractual (agentes). El Estatuto de los Funcionarios (art. 90 y 91) requiere que la reclamación se presente contra «un acto lesivo», es decir, que afecte negativamente a la situación profesional del recurrente.

Cabría preguntarse si las Organizaciones Sindicales y Profesionales, y los Comités de Personal pueden ostentar legitimación activa para formular estos recursos. El Tribunal ha venido generalmente negándoles tal legitimación basándose en que el art. 90 y 91 del Estatuto concibe este recurso como litigio individual entre agentes o funcionarios y las Instituciones Comunitarias, sin perjuicio de que puedan estos agentes o funcionarios presentar conjuntamente un recurso contra un mismo acto lesivo.

Se trata de un contencioso de personal muy similar al contencioso-administrativo funcional de nuestro país, y así, el Estatuto estable-

ce una vía administrativa previa, una serie de plazos a cumplir, etc. Estos funcionarios o agentes podrán comparecer por sí mismos, sin necesidad de venir representados y/o asistidos de Letrado.

V. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

El beneficio de Justicia Gratuita, a igual que en el Derecho nacional, va orientado a que nadie se vea privado de la tutela judicial por falta de recursos económicos para litigar. Viene regulado en el artículo 76 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1991. En su párrafo primero, se establece que si una parte careciere de medios suficientes para hacer frente en todo o en parte a los gastos del proceso, podrá solicitar en cualquier momento el beneficio de justicia gratuita.

La solicitud irá acompañada de los documentos que prueben que el solicitante carece de medios y, en especial, de un certificado de la autoridad competente que lo justifique. Si dicha solicitud se interpusiera con anterioridad a presentar el recurso, no requerirá la asistencia de Abogado (párrafo 2.º, art. 76). Es obvio que este beneficio va dirigido a los particulares, y no a las llamadas partes privilegiadas.

VI. RÉGIMEN LINGÜÍSTICO

La Comunidad Europea está formada por un conjunto de naciones con una pluralidad de lenguas oficiales, y ello se ha tenido en cuenta a la hora de establecer el régimen lingüístico de las actuaciones ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, por razones de coordinación en el trabajo jurisdiccional se ha impuesto una lengua de trabajo, que es el francés, pero cada asunto que se plantea ante el Tribunal tiene su propia lengua de procedimiento. El Régimen Lingüístico viene regulado en los artículos 29 al 31 del Reglamento.

El art. 29, párrafo primero, establece que las lenguas de procedimiento serán el alemán, el danés, el español, el finés, el francés, el griego, el inglés, el irlandés, el italiano, el neerlandés, el portugués y el sueco.

Se establece como principio general que el demandante será el que elija la lengua, pero con unas particularidades:

Si el demandado fuere un Estado miembro o una persona física o jurídica nacional de un Estado miembro, la lengua de procedimiento

será la lengua oficial de ese Estado; en caso de que existan varias lenguas oficiales, el demandante tendrá la facultad de elegir la que le convenga.

A petición conjunta de las partes, el Tribunal podrá autorizar el empleo, en todo o en parte del procedimiento, de otra de las lenguas mencionadas en el párrafo primero del artículo 29 del Reglamento.

A petición de una parte, y después de haber oído a la otra parte y al Abogado General, el Tribunal podrá autorizar el empleo total o parcial, como lengua de procedimiento, de otra de las lenguas mencionadas en el citado art. 29, párrafo 1.º; esta petición no podrá ser presentada por una de las Instituciones de las Comunidades Europeas.

En el supuesto de cuestiones prejudiciales, la lengua de procedimiento será la del órgano jurisdiccional nacional que plantee dicha cuestión al Tribunal (art. 29, párrafo 2.º, *in fine*).

La lengua de procedimiento se empleará en especial en los informes orales, en los escritos de alegaciones de las partes, en los documentos que los acompañen, así como en las actas y decisiones del Tribunal. Todo documento que se presente redactado en una lengua distinta deberá acompañarse de una traducción en la lengua de procedimiento (art. 29, 3.º).

A pesar de establecerse una lengua de procedimiento, el párrafo 5.º del art. 29 del Reglamento establece la posibilidad de que el Presidente del Tribunal y los Presidentes de Sala al dirigir los debates, el Juez Ponente en el informe preliminar y en su informe para la vista, los Jueces y los Abogados Generales al formular preguntas, y estos últimos para sus conclusiones, puedan emplear cualquiera de las lenguas mencionadas en el párrafo 1.º del citado artículo distinta de la lengua de procedimiento.

Esta utilización de diversas lenguas (lengua de procedimiento utilizada por las partes, lengua de trabajo y lengua utilizada por los miembros del Tribunal distinta a la elegida para el asunto en particular) conlleva una mayor duración de los procedimientos, pues habrá que traducirse todos los documentos a la lengua de trabajo, el francés, y de los diferentes documentos redactados en lengua distinta a la del procedimiento, traducirse a ésta.

VII. FIJACIÓN DE DOMICILIO

A efectos del procedimiento, las partes designarán domicilio en el lugar donde el Tribunal tiene su sede, indicando el nombre de la per-

sona que esté autorizada y dispuesta a recibir todas las notificaciones (art. 38, 2.º del Reglamento). Por tanto, habrá de designarse domicilio en Luxemburgo, ciudad donde el Tribunal tiene su sede. Normalmente los particulares designan como domicilio el despacho de un Abogado instalado en Luxemburgo, y los Estados miembros designan el domicilio en la sede de su embajada.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- GUY, I. *Manual de Derecho Comunitario General*. Editorial Ariel S. A., segunda edición. Barcelona, 1991.
- MARTÍN ARRIBAS, J. J. *Manual de Derecho Procesal Comunitario*. Editorial Akal S. A. Madrid, 1988.
- LA CASTA MUÑOZ, N. «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». *Letrada del Trib. Justic. de las Comunidades Europeas. Derecho Comunitario*. CGPJ y Departamento de Justicia del Gobierno Vasco. Vitoria, 1993. pág. 87 y sgts.
- MOINTINHO DE ALMEIDA, J. J. «El acceso de los particulares al Tribunal de Justicia». *Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Derecho Comunitario*. CGPJ y Departamento de Justicia del Gobierno Vasco. Vitoria, 1993. págs. 131 y ss.
- FERNÁNDEZ VICIÉN, C. «Los criterios de legitimación activa de los particulares ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea o las consecuencias de una política deliberada de nacionalización del contencioso comunitario». *Letrada del Tribunal de Primera Instancia de la CE. Ordenamiento Jurídico Comunitario y Mecanismos de Tutela Judicial Efectiva*. CGPJ y Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco. Vitoria, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., TIZZANO, A., y ALONSO GARCÍA, A. *Código de la Unión Europea*. Editorial Civitas. Madrid, 1996.
- Tratado de Derecho Comunitario Europeo I*. Dirigido por García de Enterría, J. D. González Campos y S. Muñoz Machado. Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1986.

... para el caso de que el demandante no sea el titular de la propiedad...

A petición de una parte, y de oficio en el caso de que el demandante...

... para el caso de que el demandante no sea el titular de la propiedad...

... para el caso de que el demandante no sea el titular de la propiedad...

... para el caso de que el demandante no sea el titular de la propiedad...

... para el caso de que el demandante no sea el titular de la propiedad...

... para el caso de que el demandante no sea el titular de la propiedad...

... para el caso de que el demandante no sea el titular de la propiedad...

VII. Efectos de la sentencia

A efectos del procedimiento, las partes designarán domicilio en el lugar donde el Tribunal tiene su sede...

INFORME DE LA ENMI SOBRE COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

Por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad, Servicio de Coordinación Normativa y Relaciones Institucionales, se solicita informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre las siguientes cuestiones:

- a) Si los enfermeros a domicilio que prestan sus servicios en la Administración Sanitaria de la Comunidad de Madrid están legalmente obligados a darse de alta en sus respectivos Colegios de estar obligados a efectos de la prestación de los correspondientes servicios en la misma.
- b) Si en virtud de obligación legal de colegiación —responsabilidad a la curación en el momento— si la Administración puede negarse a abonar la cuota colegial de aquellos profesionales que se hubieran dado de alta de forma voluntaria en sus respectivos Colegios.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por sentencia de 11 de julio de 2001, en recurso de casación para unificar doctrina, desestima el recurso interpuesto por el Inzabal contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que a su vez desestimó el recurso de aplicación contra sentencia del Inzabal de lo Social n.º 11, de Madrid, dictada en proceso sobre reclamación de cantidad instada por un ATS al servicio del Inzabal, cuyo fallo declaró que se le debía abonar las cuotas colegiales pagadas al Colegio de Enfermería de Madrid a causa de la obligatoriedad de su colegiación.

La sentencia del TS parte de la resolución de la Presidencia Ejecutiva del Inzabal de 27 de junio de 1998, por cuya virtud se acordó reintegrar a los Inspectores Médicos los sueldos y cuotas de trabajo.

1. Véase el informe sobre la regulación actual de los Colegios Profesionales en la Comunidad de Madrid y por tanto su posible adaptación a la situación de los profesionales al servicio de la Administración, elaborado por el Sr. D. Juan Carlos...

INFORME DE LA DGSJ SOBRE COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS¹

Por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad, Servicio de Coordinación Normativa y Relaciones Institucionales, se solicita informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre las siguientes cuestiones:

- a) Si los enfermeros o médicos que presten sus servicios en la Administración Sanitaria de la Comunidad de Madrid están legalmente obligados a darse de alta en sus respectivos colegios profesionales.
- b) Si la Administración puede exigir a estos profesionales el hecho de estar colegiados a efectos de la prestación de los correspondientes servicios en la misma.
- c) Si no existiera obligación legal de colegiación —respuesta negativa a la cuestión a) planteada— si la Administración puede negarse a abonar la cuota colegial de aquellos profesionales que se hubieran dado de alta de forma voluntaria en sus respectivos Colegios.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por sentencia de 11 de julio de 2001, en recurso de casación para unificación de doctrina, desestima el recurso interpuesto por el Insalud contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que a su vez desestimó el recurso de suplicación contra sentencia del Juzgado de lo Social n.º 37, de Madrid, dictada en proceso sobre reclamación de cantidad instada por un ATS al servicio del Insalud, cuyo fallo declara que se le debían abonar las cuotas colegiales pagadas al Colegio de Enfermería de Madrid, a causa de la obligatoriedad de su colegiación.

La sentencia del TS parte de la resolución de la Presidencia Ejecutiva del Insalud de 22 de junio de 1998, por cuya virtud se acordó reintegrar a los Inspectores Médicos los gastos y cuotas de cole-

¹ N.D. El informe parte de la regulación actual de los Colegios Profesionales en la Comunidad de Madrid y por tanto no puede extenderse a la situación de los profesionales al servicio exclusivo de la Administración autonómica en caso de una futura Ley que excluyera su colegiación obligatoria.

giación, al igual que con anterioridad se había acordado el abono de gastos y cuotas de colegiación a los médicos adscritos a los EVI (Equipos de Valoración de Incapacidades) y a los Letrados la Administración de la Seguridad Social.

En base al artículo 14 de la CE, continúa la sentencia, el Insalud viene obligado a no discriminar a ningún empleado que se hallare en igualdad de situación con los Letrados, Médicos de los EVI e Inspectores Médicos. Y dicha igualdad de situación se produce por la concurrencia de dos circunstancias: **1.º incorporación obligatoria** al respectivo Colegio profesional para el ejercicio de su actividad, sea cual fuere el vínculo jurídico que les une con la Administración de la Seguridad Social —estatutario o funcional— aun cuando dicho ejercicio lo sea en exclusiva para la aludida entidad gestora, según se desprende de la Ley de Colegios Profesionales y normativa propia de la respectiva profesión colegiada en este caso, Reglamentación de la Organización Colegial de Enfermería. **2.º Adopción voluntaria por el Insalud** —al no venir tal medida exigida por ninguna norma— de la decisión de indemnizar a estos empleados, al amparo del Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de septiembre, de indemnizaciones por razón del servicio, con la finalidad de evitar un gravamen económico a los mismos al imponerles la legalidad vigente la incorporación obligatoria a un Colegio profesional.

En definitiva, dado que los ATS y los ATS/DUE se hallan exactamente en la misma situación que los Inspectores Técnicos: prestar servicios en exclusiva para el Insalud, sin ejercer la profesión en el ámbito privado y obligación, por razón de su respectiva titulación y actividad, a estar incorporados a un Colegio Profesional, el no incluir en el beneficio reconocido a los Inspectores Médicos a los ATS supone una discriminación carente de fundamento racional al no aplicar a dos supuestos de hecho idénticos iguales consecuencias jurídicas.

2. A la vista de tal razonamiento, se plantea por la Secretaría General Técnica una primera cuestión: **si los enfermeros o médicos que presten sus servicios en la Administración Sanitaria de la Comunidad de Madrid están legalmente obligados a darse de alta en sus respectivos colegios profesionales.**

La cuestión, tal y como se formula, si se tiene en cuenta la pregunta c), parece responder a la idea de que si es necesaria la colegiación la Comunidad de Madrid viene obligada a abonar la cuota colegial. No es esto lo que se desprende de la sentencia comentada, que parte, como hemos señalado, de la decisión voluntaria del Insalud de

abonar como indemnización los gastos de colegiación, no sólo las cuotas mensuales o anuales, de algunos de sus empleados, y no sólo del personal sanitario. Es decir, una cosa es que sea exigida la colegiación obligatoria y otra distinta es que, en lugar del colegiado, el empleador asuma, por decisión propia, la obligación de abono de los gastos y cuotas de colegiación de parte del personal a su servicio.

Ciñéndonos a la cuestión formulada, el ejercicio de la profesión de **Médico** exige la colegiación obligatoria en el Colegio Oficial de Médicos, aunque no se realice la actividad privadamente, como profesión liberal, sino al servicio de una Administración Pública. Así viene exigido en el artículo 1, apartado 4, inciso segundo, de la Ley de Colegios Profesionales y en el artículo 35 de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, aprobados por RD 1018/1980, de 19 de mayo, que imponen la colegiación obligatoria «*para el ejercicio de la profesión médica en cualquiera de sus modalidades, bien en forma independiente o bien al servicio de la Administración Central del Estado, de las Comunidades Autónomas, Local o Institucional o de cualesquiera otras entidades públicas o privadas.*»

La STC 131/1989, de 19 de julio, expresamente examinó este supuesto de la colegiación obligatoria de un médico especialista de Neurología al servicio del Insalud, que no ejercía, ni había ejercido nunca, la medicina privadamente. En su fundamento jurídico cuarto razona que si bien es cierto que el artículo 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales y el artículo 3.1 de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, hacen expresa salvedad de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional para el ejercicio de las profesiones, por lo que es perfectamente admisible que el requisito de la colegiación obligatoria no sea exigible a quienes ejerzan la profesión colegiada únicamente como funcionarios o en el ámbito exclusivo de la Administración Pública sin pretender ejercer privadamente la actividad profesional, no es el caso de los médicos puesto que ni los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial ni el propio Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, han establecido previsión alguna en tal sentido. Por todo ello, concluye, todos los Licenciados en Medicina que actúan profesionalmente como médicos, sean de instituciones privadas o públicas, están obligados a colegiarse en el correspondiente Colegio Oficial de Médicos.

Respecto a los **enfermeros**, se plantea el tema de si puede aplicarse por analogía la misma doctrina que para los médicos, dadas las dis-

tintas normas de regulación de la organización colegial de una y otra profesión. Así, el artículo 7 de los Estatutos de la Organización Colegial de Diplomados en Enfermería, aprobados por RD 1856/78, y modificados por RD 306/93, dispone que en los Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería se incorporarán, con carácter obligatorio e igualdad de derechos corporativos, quienes se encuentren en posesión del correspondiente título de Diplomados en Enfermería, ATS, Practicantes, Enfermeros o Matronas y tengan el propósito de ejercer su profesión, pero no establece una regla general semejante a la contenida en el artículo 35 del Estatuto de la Organización Colegial Médica. Debe tenerse en cuenta que el artículo 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales señala como finalidad de los mismos la ordenación del ejercicio de las profesiones, «sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional».

La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 1 de junio de 2000, aborda el estudio de este tema, si bien referido a un Teniente de Sanidad. Razona que: *«la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1992 dice en su fundamento 2.º que "la Jurisprudencia de este Tribunal ha venido entendiendo, en muy reiterada doctrina, que los intereses que los Colegios Profesionales representan son los de sus colegiados en el libre ejercicio de la profesión, pero no los atinentes a los servicios prestados por aquellos a los Organismos Oficiales con el carácter de funcionarios de los mismos (S. 21-6-82, 30-11-84, 30-5 y 28-6-85 o 13-3-87) con la consecuencia —que extraemos del inciso final del artículo 1.3 de la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales— de no ser obligatoria la colegiación de los funcionarios públicos. Esta doctrina se confirmó claramente por el Tribunal Constitucional en su sentencia 69/85, de 30 de mayo"».*

«La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SS 131/89, de 17 de julio y 89/89, de 11 de mayo) ha confirmado también la legitimidad de la colegiación obligatoria aun en el supuesto de que sirvan como funcionarios de una Administración Pública, criterio también mantenido por las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1992 y 22 de mayo de 1997, partiendo siempre de lo dispuesto en el artículo 35 de los Estatutos de la Organización Médica Colegial».

Concluye dicha sentencia con la afirmación de que el criterio específico aplicable a la profesión de Médico no es extrapolable a otras profesiones cuyos Estatutos no establezcan concretamente la colegiación obligatoria de los profesionales funcionarios públicos, como ocurre con el Estatuto de la Organización Colegial de Enfermería.

Postura contraria parece desprenderse de la STC 35/1993, que aplica la doctrina de la STC 131/89, antes citada, a un ATS al servicio del Insalud para confirmar una condena por intrusismo —tipificado como falta en el antiguo artículo 572.2 del Código Penal— al «faltar la colegiación reglamentariamente exigida». Y también mantiene la colegiación obligatoria de los ATS la STS de la Sala de lo Social examinada en la consideración primera. Igualmente la STS, Sala 3.ª, de 31 de octubre de 2000, considera aplicable por similitud al supuesto de colegiación en el Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería, la doctrina del Tribunal Constitucional referida a la colegiación obligatoria de un médico aun en el supuesto de que sirva como funcionario de la Administración Pública prestando servicios como médico del Insalud.

En definitiva, la respuesta a la primera cuestión formulada por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad es que los médicos que prestan servicios en la Administración Sanitaria de la Comunidad de Madrid, están legalmente obligados a darse de alta en el Colegio Oficial de Médicos.

Respecto a los Diplomados en Enfermería, ATS, Practicantes, Enfermeras y Matronas, si bien, en principio deben incorporarse con carácter obligatorio al Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería, cuando presten servicios en exclusiva al servicio de una Administración Pública como funcionarios existen argumentos legales para defender la no obligatoriedad de su colegiación. Al menos no es tan claramente exigible la colegiación como ocurre con los médicos existiendo opiniones discrepantes en los propios órganos jurisdiccionales. Como ejemplo, una Sentencia de la AP de Sevilla de 23 enero de 1995, reconoce esta diferente opinión jurídica sobre la obligatoriedad de tal colegiación, absolviendo de la falta de intrusismo a una ATS por existir error de tipo sobre la exigencia reglamentaria de la colegiación.

En uno y otro caso se advierte que la exigencia de colegiación obligatoria no conlleva, necesariamente, que la Administración autonómica tenga que abonar los gastos de colegiación, salvo que voluntariamente quiera hacerlo por analogía a la situación de los profesionales que prestan servicios en el Insalud, a los que la entidad gestora, por decisión propia, indemniza con el abono de los gastos y cuotas colegiales.

Se hace la salvedad del personal sanitario del Insalud que sea transferido a la Comunidad de Madrid, pues será el Real Decreto de Transferencias en que fije las condiciones de tal transferencia, las

situaciones y derechos reconocidos que se van a mantener por la Comunidad Autónoma.

Se considera necesario añadir, aunque no sea objeto expreso de la consulta, que con respecto a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social el Insalud acordó abonar a dichos profesionales los gastos y cuotas de colegiación, aunque según reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con apoyo en las sentencias del TC 56/1990 y 69/1985, no es obligatoria su colegiación conforme al artículo 439 de la LOPJ, que excluye de tal obligación a los Abogados que actúen *«al servicio de las Administraciones Públicas o entidades públicas por razón de su dependencia funcional o laboral»*. Por ello, la obligatoriedad de la colegiación y el abono por la Administración de los gastos de colegiación no van necesariamente unidos.

3. La segunda cuestión que se plantea es **si puede exigirse por la Administración a estos profesionales el hecho de estar colegiados a efectos de la prestación de los correspondientes servicios en la misma**.

Esta cuestión fue resuelta por el TS en sentencia de 22 de mayo de 1997, en relación con un médico del Insalud, declarando su obligación de colegiarse como condición necesaria de la prestación de sus servicios como médico de la entidad, ordenando al Insalud que dicte resolución en este sentido. Y tal obligación de colegiación debe exigirse, según se desprende del razonamiento jurídico, tanto si se trata de personal estatutario como de funcionarios en sentido estricto.

En los casos de los ATS y Diplomados en Enfermería, la Comunidad de Madrid ha aprobado los Estatutos del Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería, por Resolución de 13 de octubre de 1998, al amparo de la Ley 19/1997, de 11 de julio, al cual deben pertenecer, con carácter obligatorio, los Diplomados de Enfermería, ATS, Enfermero Practicante o Matrona que quieran ejercer en Madrid las actividades propias de su profesión. En el artículo 2 se establece: *«Son fines esenciales del Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Madrid: ordenar el ejercicio de la profesión, la representación exclusiva de la misma, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados sin perjuicio de la competencia de la Comunidad de Madrid por razón de la relación funcional...»*. En el artículo 8 expresamente se establece: *«cuando los profesionales de Enfermería desarrollen su mayor actividad profesional en la Comunidad de Madrid, deberán incorporarse al Colegio Oficial de Diplomados de Enfermería de la Comunidad de Madrid»*.

No hay ninguna previsión expresa sobre la obligatoriedad o no de colegiación cuando se trate de profesionales adscritos a la Administración autonómica por una relación de servicio, como, sin embargo, si se recoge en el artículo 1.2.º del Estatuto del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid, aprobado por Resolución de 4 de enero de 2000, en el mismo sentido que el artículo 35 de los Estatutos de la Organización Médica Colegial: *«...agrupa, por tanto, obligatoriamente a todos los médicos que, de acuerdo con las leyes vigentes, ejerzan su profesión en la Comunidad de Madrid, en cualquiera de sus modalidades, bien de forma independiente o bien al servicio de la Administración Central del Estado, de la Comunidad Autónoma, Local o Institucional o de cualesquiera otras entidades públicas o privadas, siempre que la titulación sea condición exigible para el desempeño de su actividad o acceso al cargo»*.

La respuesta a esta cuestión, por tanto, es que la Comunidad de Madrid debe exigir a los médicos su colegiación en el Colegio Oficial de Médicos de Madrid, ejerciendo las medidas disciplinarias precisas sobre los médicos —funcionarios o estatutarios— que no estén dados de alta en el citado Colegio.

La misma solución debe adoptarse respecto a los enfermeros/ATS, si se mantiene la obligatoriedad de la colegiación, aunque ya hemos dicho que dicha obligatoriedad no se establece tan claramente en la normativa aplicable. Por supuesto, si se quiere mantener la postura de que no es necesaria su colegiación cuando se trate de personal funcionario o estatutario, no puede exigirse su colegiación como condición necesaria para prestar servicios en la Administración sanitaria autonómica.

4. La tercera cuestión sólo puede plantearse respecto a los enfermeros/ATS, si la Comunidad Autónoma quiere defender la no necesidad de colegiación cuando se trate de personal de la Comunidad de Madrid.

Debe responderse que la Administración autonómica no está obligada a abonar la cuota colegial de los profesionales que se hubieran dado de alta de forma voluntaria. Tampoco lo está aunque la colegiación fuera obligatoria. La sentencia de la Sala de lo Social se refiere a un ATS al servicio del Insalud, y la pregunta de la Secretaria General Técnica se refiere a enfermeros al servicio de la Administración sanitaria autonómica, no vinculada por las Resoluciones del Insalud. Todo ello, como se ha dicho, sin perjuicio de las obligaciones que se asuman respecto al personal que se transfiere del Insalud.

CONCLUSIONES

PRIMERA.—Los médicos que presten sus servicios como personal de la Comunidad de Madrid están obligados a colegiarse en el Colegio Oficial de Médicos. La Administración debe exigir dicha colegiación como condición necesaria para la prestación de sus servicios en la misma.

SEGUNDA.—Hay diversidad de opiniones jurídicas respecto a la obligación de colegiación de los enfermeros, que prestan servicio en exclusiva en la Administración, habiendo incluso pronunciamientos jurisdiccionales divergentes, dada la falta de claridad de los Estatutos de los Colegios y de la Organización Colegial de la profesión de Diplomados en Enfermería.

TERCERA.—La Comunidad de Madrid no tiene obligación de abonar las cuotas colegiales al personal médico y enfermero, ya sea funcionario o personal estatutario de la Administración sanitaria, aunque voluntariamente puede acordarlo por similitud a lo resuelto por el Insalud.

CUARTA.—Respecto al personal que se va a transferir a la Comunidad de Madrid, será en el Real Decreto de Transferencias donde se delimiten las obligaciones que se asumen respecto a los derechos reconocidos a dicho personal por el Insalud, dado que ha sido dicha entidad gestora la que, voluntariamente, ha acordado indemnizar a algunos de sus funcionarios con el abono de los gastos y cuotas colegiales.

INFORME DE 8 DE MARZO DE 2002 SOBRE LA RELACIÓN ESPECIAL DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

Por la Directora General de Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Hacienda se solicita informe sobre tres cuestiones referidas a la relación especial del personal de alta dirección al servicio de la Comunidad de Madrid:

1. Qué puestos de trabajo cumplirían los requisitos del artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, en relación con la disposición segunda, párrafo segundo, inciso final de la Orden 1073/1986, de 21 de abril.
2. Procedencia de autorizar los contratos de alta dirección para los Directores de Atención Sanitaria, Directores de Gestión y Servicios Generales y Jefaturas de unidad de alta dirección de centros hospitalarios a tenor del Decreto 72/1989, de 22 de julio.
3. Posibilidad de aplicación subsidiaria a la Comunidad de Madrid de la Disposición adicional décima, punto 4 de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, para proveer a través de contratos de alta dirección los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública de la Comunidad de Madrid.

El presente informe se evacua al amparo del artículo 4.2 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, y como continuación del informe de esa Dirección General de 31 de enero de 2002.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Interpretación de la Orden 1073/1986, de 21 de abril, por la que se regula la relación especial de personal de alta dirección al servicio de la Comunidad de Madrid.

La Orden, según su Preámbulo, se vincula expresamente al RD 1382/85, de 1 de agosto, y es de aplicación exclusiva, dentro de la Administración Institucional, a los organismos autónomos y a los órganos de gestión directa. Conforme a la disposición segunda únicamente tienen la consideración de personal de alta dirección los que ocupen los siguientes puestos:

1. Gerentes, designados de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 13.1.b) de la Ley 1/1984 —designación por el Consejo de Administración previa autorización del Consejo de Gobierno.
2. *Puestos de trabajo de naturaleza análoga al anterior o cuyas específicas circunstancias de contenido funcional del puesto así lo requiera.*

En ambos casos, al ser aplicable el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, y no el apartado 1) que requiere rango legal, es preciso que cumplan los requisitos exigidos en el artículo 1.2 del RD 1382/85 para configurar la relación laboral como especial de alta dirección. Es decir, no basta que se desempeñe el puesto de Gerente/Director/Consejero Delegado —o cualquier otra denominación— de un organismo autónomo, sino que además las funciones que se desempeñen deben cumplir todas y cada una de las exigencias legales y jurisprudenciales que configuran la relación laboral especial de alta dirección.

Se consulta en concreto qué puestos de trabajo atendiendo a su **contenido funcional** —disposición segunda, párrafo segundo, segundo inciso, de la Orden 1073/1986— cumplirían los requisitos del artículo 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto.

Dado el elevado número de organismos autónomos y de órganos de gestión sin personalidad jurídica en la Comunidad de Madrid que se rigen por su propia normativa, es difícil determinar nominativamente los puestos de trabajo que cumplan ambas condiciones: los requisitos del artículo 1.2 del RD 1382/1985 y los de la disposición segunda de la Orden 1073/86, pero si se pueden señalar las notas que la jurisprudencia social ha perfilado como requisitos de la relación laboral especial de alta dirección. Son las siguientes:

- 1.—Ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas para el conjunto de la empresa y no para las distintas unidades que la componen, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento, [STS de 6 de marzo de 1990 y 18 de marzo de 1991]. Como tales han sido consideradas las amplias facultades de disposición, administración y gestión, contratación y gestión de personal, y representación.

Como declara la STS 4 junio de 1999, en casación para la unificación de doctrina, no cabe confundir el ejercicio de determinadas fun-

ciones directivas por algunos trabajadores —fenómeno de delegación de poder siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad— con la alta dirección que delimita el artículo 1.2 del RD 1382/85 en relación con el artículo 2.1 a) ET.

- 2.—Los poderes que correspondan a estas decisiones estratégicas han de referirse a objetivos generales de la entidad, es decir, que las facultades otorgadas, además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o aspectos trascendentales de sus objetivos [STS 30 enero y 12 septiembre 1990].

- 3.—La prestación de servicios ha de ejercitarse asumiendo sus facultades con autonomía y plena responsabilidad; esto es, con un margen de independencia sólo limitada por los criterios o directrices de los órganos superiores de Gobierno y Administración de la Comunidad [STS 13 marzo y 12 septiembre 1990]. Han de entenderse excluidos del ámbito de aplicación del RD 1382/85 y sometidos a la legislación laboral común aquellos que reciba tales instrucciones de órganos directivos, delegados de quien ostente la titularidad de la empresa, pues los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común [STS 12 septiembre 1990 y 4 junio 1999 —casación para unificación de doctrina].

En el ámbito de las Administraciones Públicas ha de destacarse la STS de 17 junio 1993 que afirma que no hay un concepto especial de alta dirección para la Administración, siendo inexcusables los requisitos legales que no pueden suplirse por la nota de confianza del artículo 2 del RD 1382/85, ya que la existencia de una relación de confianza no es elemento privativo de la existencia de una relación laboral especial.

Para delimitar la concurrencia de las notas definidoras de la relación laboral especial hay que examinarlas caso por caso, puesto por puesto, atendiendo al *contenido funcional* del mismo, configuración del órgano de administración del organismo y competencias del ente y del directivo.

Como ejemplos se citan:

- Adjunto a la Dirección Técnica del INAEM —no existe la relación laboral especial de alta dirección en el puesto de adjunto a la Dirección técnica, ni tampoco en el propio cargo de Director Técnico, al no concurrir ninguna de sus características funda-

mentales de ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, dirigidos a objetivos generales de la misma, y actuando con autonomía e independencia (STSJ Madrid 25 mayo 2001).

- Gerente de Organismo Autónomo municipal (Fundación pública):
 - Es un supuesto de alta dirección al tener amplias facultades de gestión y administración de la entidad encontrándose sólo subordinada a los propios órganos de gobierno de la Fundación [STSJ Castilla y León, de 13 de marzo de 2000].
 - Es un contrato de alta dirección al ir referida a los objetivos generales de la entidad, y desarrollarse, además, con plena autonomía y responsabilidad, en razón de depender exclusivamente de las directrices del Consejo de Administración quien las imparte con escaso control sobre el mismo. [STSJ Madrid de 16 de noviembre de 2000.]
- Director ejecutivo de la Real Federación Española de Balonmano (es realmente Administración corporativa, no institucional). Niega la relación de carácter especial al faltar el requisito de autonomía y responsabilidad al tener que ser aprobadas todas sus decisiones por el Presidente y la directiva, al carecer de poder material alguno para realizar por su cuenta cualquier actuación.

II. Se pregunta a continuación si se pueden autorizar contratos de alta dirección con los Directores de Atención Sanitaria, los Directores de Gestión y Servicios Generales y con las Jefaturas de unidad de alta especialización, amparados en el Decreto 72/1989, de 22 de junio.

En concreto se somete a consideración si conforme a los pronunciamientos jurisdiccionales, en especial la STS de 2 de abril de 2001, la Orden y el Decreto autonómicos sirven para amparar suficientemente la formalización a través de los contratos de alta dirección relaciones laborales en el seno de una Consejería aduciendo que «las específicas circunstancias del contenido funcional del puesto así lo requieren» o, en el ámbito sanitario, pueden suscribirse contratos de alta dirección en relación con puestos de trabajo de segundo nivel de la estructura organizativa. Pregunta la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos si no se estará realizando una regulación extensiva de dicho vínculo especial a relaciones laborales ordinarias según se están declarando en vía jurisdiccional.

Sobre la primera cuestión, como ya se ha razonado, no basta con la Orden 1073/86 para formalizar contratos de alta dirección en el seno de una **Consejería** —el Decreto se refiere a centros hospitalarios del Servicio Regional de Salud— sino que los puestos inexcusablemente han de cumplir los requisitos legales y jurisprudenciales que caracterizan esta modalidad de relación laboral especial.

Respecto a los cargos directivos de **centros, servicios y establecimientos** sanitarios contratados laboralmente como de alta dirección, es clave la STS, Sala Cuarta, de 2 de abril de 2001, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina.

La sentencia interpreta la Disposición Final Séptima de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, que establece «*la provisión de órganos de dirección de dichos centros, servicios y establecimientos ("Los centros sanitarios del Instituto Nacional de la Salud") se efectuará conforme al régimen laboral especial de alta dirección...*». La única interpretación que admite el TS es la que sienta el criterio de que la misma aplica el régimen del personal laboral especial de alta dirección a directivos de hospitales y centros sanitarios de la Seguridad Social que hayan sido contratados laboralmente, *aunque no reúnan los requisitos y condiciones que impone el artículo 1.2 del RD 1382/1985*. El exigir que en estos casos el sujeto contratado para el ejercicio del cargo directivo cumpla con exactitud los requisitos y exigencias que se determinan en el artículo 1.2 del RD 1382/1985, vacía totalmente de contenido la norma, pues no existiría ningún caso en que la misma se pudiera aplicar. Literalmente se razona: «*Esto es obvio, dado que "la empresa" que hay que tomar en consideración en estos casos es el Insalud o el correspondiente Servicio autonómico de Salud, y con respecto a tales entidades el cargo directivo de mayor rango o jerarquía de un hospital de la Seguridad Social, nunca ostenta "poderes inherentes a la titularidad jurídica" de estas entidades gestoras, poderes que además han de ser "relativos a los objetos generales", de éstas; siendo totalmente inviable que un directivo de un hospital ostente, por razón de ese específico cargo, poderes "relativos a los objetivos generales" del Insalud o de un Servicio de Salud de una Comunidad Autónoma*».

En definitiva, la sentencia considera que estos supuestos se amparan en el artículo 2.1.i) del Estatuto de los Trabajadores, que extiende el concepto de relación laboral especial a «cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley». Tanto la Disposición Final Séptima de la Ley

31/1991, como las normas que han venido a sucederla, esto es, el artículo 20.4 del Real Decreto-Ley 1/1999 y la Disposición Adicional Décima, núm. 4, de la Ley 30/1999, determinan quiénes son los concretos órganos de dirección de centros y establecimientos sanitarios a quienes se les aplica el citado régimen especial, sin que ninguno de ellos cumpla las condiciones y exigencias del artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985.

Es importante destacar, al objeto de nuestro estudio, que la sentencia también aporta otra idea: la misma doctrina aplicable a los trabajadores del Insalud es de aplicación *mutatis mutandi* a los trabajadores del Servicio de Salud de una Comunidad Autónoma, en cuanto a este concreto tema del contrato de trabajo de alta dirección. Los argumentos son los siguientes:

1º. La legislación laboral es de competencia exclusiva del Estado —artículo 149.1.7.ª CE— con lo que no es posible que la normativa reguladora de este contrato de trabajo sea distinta en uno y otro caso.

2º. En el área de las relaciones estatutarias del personal de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, si es posible una regulación distinta en los diferentes Servicios de Salud de las diversas Comunidades Autónomas, pero en las relaciones laborales, las disposiciones legales que las regulan tienen que ser las mismas en todo el territorio español.

3º. Los diferentes Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas se rigen por su propia normativa, pero ninguna norma autonómica regula, ni puede hacerlo, los contratos de trabajo de alta dirección.

4º. Aunque la Disposición Final Séptima de la Ley 31/91 se refiere explícitamente a los «Centros Sanitarios del Instituto Nacional de la Salud», si el contrato de trabajo con el Servicio autonómico de Salud no se ampara expresamente en dicha disposición legal, se ha de aplicar con carácter subsidiario en ausencia de norma autonómica que regule tal materia.

En la Comunidad de Madrid debe destacarse que el Servicio Regional de Salud se ha extinguido el 26 de diciembre de 2001 —fecha de entrada en vigor de la LOSCAM— pasando a gestionar su dispositivo asistencial el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS). Asimismo, el personal del extinto Servicio Regional de Salud se incorporó al

SERMAS con las mismas condiciones, características, derechos y obligaciones que se posean en el momento de su adscripción (artículo 59.5.a) de la LOSCAM). La Disposición Transitoria Sexta de la Ley establece que los centros sanitarios dependientes del extinto Servicio Regional de Salud, mantendrán temporalmente el mismo régimen jurídico que tienen en la actualidad.

Mientras que el Servicio Regional de Salud era un organismo autónomo el SERMAS es un ente de derecho público de los previstos en el art. 6 de la Ley 9/90, de Hacienda. Su naturaleza jurídica es, por tanto, completamente distinta. Y esto debe ponerse en relación con el Decreto 72/89 y con la Orden 1073/86.

En la actualidad, ni el personal del SERMAS, ni el del IMSALUD se regulan por la Orden 1073/86, al excluirse expresamente a los entes públicos que no sean organismos autónomos, ni órganos de gestión directa. Además, no basta, como se ha razonado, la voluntariedad de querer configurar un puesto como de alta dirección, sino que, ineludiblemente, ha de cumplir los requisitos del RD 1382/85 o estar declarado tal puesto como de alta dirección por Ley.

En cuanto al personal de los centros hospitalarios, tanto los Directores de Atención Sanitaria (artículo 5.1 del Decreto 72/89), como los Directores de Gestión y Servicios Generales (artículo 6.1.) —o Director de Gestión y Director de Servicios Generales— tienen la consideración de puestos de alta dirección. En ninguno de dichos artículos se invoca la Orden 1073/86. Únicamente las Jefaturas de unidad de alta especialización (artículo 7.5.1) se consideran como relaciones laborales especiales de alta dirección del segundo párrafo de la Orden 1073/86.

La Ley 30/1999, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, en su Disposición Adicional décima, apartado 4 establece: «La provisión de los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos sanitarios podrá efectuarse también conforme al régimen laboral especial de alta dirección regulado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Se entiende por órganos de dirección, a los efectos previstos en el párrafo anterior, los Directores Gerentes de los Centros de Gasto de Atención Especializada y Atención Primaria, así como los Subgerentes y los Directores y Subdirectores de División». Veamos cuáles son estos puestos.

- Los Directores Gerentes de los Centros de Gasto de Atención Primaria son los actuales Gerentes de Área. No están regulados

en el Decreto 72/89 al no depender del Servicio Regional de Salud, sino del Insalud. Hasta el momento en el Insalud había 11 Áreas Primarias. Desconozco la nueva regulación que se va a hacer partiendo del artículo 4 de la LOSCAM en el cual no se hace referencias a las áreas primarias y a las especializadas de la Ley General de Sanidad al considerar que es una terminología ya superada.

• Los Subgerentes pueden serlo tanto de los centros hospitalarios como de las Áreas Primarias. En el Decreto 72/89 no está previsto el Subgerente o Subdirector de centro hospitalario.

• Directores de División. En el ámbito de los hospitales del SERMAS, serían tanto los Directores de Atención Sanitaria como los de Gestión y/o Servicios Generales. En los centros hospitalarios dependientes del IMSALUD, los cargos equivalentes de cada Hospital. Además han de añadirse los órganos de dirección equivalentes de los «centros, servicios y establecimientos sanitarios» de carácter público que no sean propiamente hospitales dependientes de uno y otro ente público (vgr. Centro de Rehabilitación Psiquiátrica «San Enrique», Oficina Regional de Coordinación Virus VIH-SIDA, Centros de Salud Mental, Centro Regional de Prevención y Reconocimientos, Servicio Regional de Urgencias (del Insalud), Lavandería de Mejorada, etc.).

• El puesto de Subdirector de Atención Sanitaria no se contempla en el Decreto, sin que puedan asimilarse al mismo los puestos de Directores Médicos y de Enfermería (artículo 5.4), que no vienen en la Disposición Adicional 10.ª 4 de la Ley 30/99. Los Subdirectores de la División de Gestión y Servicios Generales sí se contemplan en el artículo 6.4. del Decreto.

En esta relación faltarían los Jefes de Unidad de Alta Especialización. Según el Decreto 72/89 tienen rango de Jefe de Departamento, de Servicio o Sección. Su regulación vendría en la Disposición adicional undécima de la Ley 30/99. Sólo podrían ser contratados como personal de alta dirección, a pesar del artículo 7.5.2 del Decreto autonómico, si cumplen los requisitos del RD 1382/85 y la jurisprudencia señalada.

En resumen, los puestos de los centros, servicios y establecimientos sanitarios que tengan cobertura legal en la Disposición adicional décima 4 de la Ley 30/99 (que reproduce el artículo 20.4 del Real Decreto-Ley 1/99, que convalida), pueden contratarse como personal

laboral especial de alta dirección. Los demás puestos a que se refiere el Decreto 72/89 exigen el cumplimiento de los requisitos del Real Decreto 1382/85 para que pueda configurarse la relación laboral como especial de alta dirección. En otro caso, sería una relación laboral ordinaria.

III. En último lugar se consulta si como consecuencia del traspaso de las funciones y servicios del Insalud, puede aplicarse a la Comunidad de Madrid con carácter subsidiario la Disposición adicional undécima, punto 4 de la Ley 30/99, al concordar con el artículo 2.1.i) del Estatuto de los Trabajadores.

Esta cuestión ha sido ya respondida en el punto anterior, si bien debe hacerse una precisión.

El TS, en la sentencia de 2 de abril de 2001, al analizar la Disposición Final Séptima de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre —antecedente de la Disposición adicional undécima de la Ley 30/99— considera que es de aplicación al Servicio de Salud de una Comunidad Autónoma, no como norma básica sino con carácter subsidiario, en ausencia de norma autonómica que regule tal materia (FJ.º Primero, *in fine*). Sin embargo, la Ley 30/1999, de 5 de octubre, regula directamente la selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. La Disposición adicional novena establece: «Siempre que esta Ley hace mención a los Servicios de Salud, se considerará, asimismo, referida al Instituto Nacional de la Salud, en tanto culmine el proceso de transferencias a que se refiere la disposición transitoria tercera.1 de la Ley General de Sanidad o, en su caso, a las entidades gestoras de las instituciones sanitarias públicas cuando el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma no sea titular directo de la gestión de dichas instituciones» (como ejemplo, es lo que ocurre en la Comunidad Valenciana en que el SERVASA se suprimió por Ley 6/1993, de 31 de diciembre, encomendando sus funciones a la Consejería de Sanidad y Consumo).

Por tanto, no es que la Ley se aplique subsidiariamente, sino que es la ley estatal aplicable al Sistema Nacional de Salud, que comprende al Insalud —hasta su próxima extinción— y los Servicios de Salud autonómicos. Además, la Disposición adicional décima no se refiere exclusivamente al Insalud, pues sólo lo menciona en los tres primeros apartados.

CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia social ha perfilado detenidamente los requisitos que debe cumplir una relación laboral para considerarse incluida en el artículo 1.2) del RD 1382/85. Únicamente pueden no cumplirse dichos requisitos si los puestos se configuran de alta dirección por una norma con rango de Ley conforme al artículo 2.1.i) del Estatuto de los Trabajadores.
2. La Orden 1073/86, de 21 de abril, no basta para considerar un puesto como de alta dirección, sino que además de ser uno de los puestos señalados, en su disposición segunda —y sólo en organismos autónomos u órganos de gestión directa— han de cumplir los requisitos legales y jurisprudenciales de la relación laboral de alta dirección.
3. Los puestos de Director de Atención Sanitaria y de Gestión y Servicios Generales de los hospitales del SERMAS y del IMSA-LUD, pueden contratarse como de alta dirección. Las Jefaturas de unidad de alta especialización configuran una relación laboral ordinaria, salvo que conforme al Reglamento de Régimen Interior del Hospital, según las características del puesto, se cumplan todos y cada uno de los requisitos del artículo 1.2 del RD 1382/85.
4. La Ley 30/99, es de aplicación directa a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, tanto a los organismos o entes que estaban adscritos a los mismos como los de nueva creación resultado del proceso de transferencias de funciones y servicios del Insalud.

INFORME DE 22 DE FEBRERO DE 2002 SOBRE INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO DE COLABORACIÓN CON EL ARZOBISPADO DE MADRID EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES

El pasado 11 de febrero de 2002 se ha recibido en este Servicio Jurídico escrito de V.I., del mismo día, en el que se indica que los Obispos de las Diócesis que comprenden el territorio de la Provincia Eclesiástica de Madrid han alegado el incumplimiento del Convenio de Colaboración en materia de Servicios Sociales, de 8 de abril de 1997, y del específico de colaboración, en materia de Asistencia Religiosa Católica en las residencias para mayores, de 29 de abril de 1999.

El pretendido incumplimiento se fundamenta en la omisión de detalle y consecuente valoración del Servicio de Asistencia Religiosa Católica (en adelante SARC) en los Pliegos de Prescripciones Técnicas para la gestión indirecta de recursos residenciales para personas mayores, al modo en el que se concreta en el Anexo I del Convenio específico antes citado de 29 de abril de 1999, por parecer insuficiente la cláusula al uso que establece lo siguiente:

«El Centro prestará la asistencia religiosa acorde con las convicciones personales del usuario. Cuando se trate de asistencia religiosa católica, ésta comprenderá, además de la relación personal con los usuarios, la celebración de los actos de culto, la administración de los sacramentos, la orientación en las cuestiones religiosas y la colaboración en la humanización de la atención que se preste en la residencia».

Al escrito de V.I. se acompañaban copias de los citados Convenios. No se adjunta ningún tipo de denuncia ni acta de reunión de la Comisión Mixta contemplada en el art. 8 del Convenio de 8 de abril de 1997, órgano encargado del control y desarrollo de las previsiones contenidas en el de 29 de abril de 1999 según reza el art. 11 del mismo.

A la vista de la citada documentación, la Letrada que suscribe emite el siguiente

INFORME

PRIMERO.—Resulta muy aconsejable en materia convencional, e incluso a veces es preceptivo, contar con una Comisión de carácter pari-

tario para, como señala el art. 6.3 de la Ley 30/1992, resolver «los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios de colaboración». Así por ejemplo, en materia laboral, y teniendo en cuenta la especificidad que como fuente del Derecho tienen los Convenios Colectivos, el art. 85.2 del Estatuto de los Trabajadores señala, nada menos que como contenido mínimo de los convenios, la «designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones les sean atribuidas y determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión», existiendo diversas Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la intervención obligada de estos órganos en aquellos asuntos cuya competencia les esté atribuida.

De acuerdo con dichos principios, la Comunidad de Madrid, ya desde sus inicios, distinguió entre «instrumentos que tengan carácter únicamente programático o declarativo» y aquellos que supusieran compromiso de aportación de medios materiales y personales, de elaboración o ejecución de programas u otras actuaciones concretas posteriores y constitución de *Comisiones u Organismos permanentes de seguimiento* (Vid. Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia de 8 de julio de 1986, BOCM de 11 de julio de 1986). Por ello en su múltiple actividad convencional ha sido común la previsión de la constitución de este tipo de órganos.

En la actividad convencional de la Comunidad de Madrid con el Arzobispado de Madrid que, al comienzo sólo constituía una única Diócesis, siempre se constituyeron Comisiones Mixtas, pudiendo citarse tanto los convenios en relación con el Patrimonio Histórico y Artístico de la Iglesia católica como el, muy cercano por el asunto del que aquí se trata, de la asistencia religiosa en los Hospitales dependientes de la Comunidad de Madrid, y decimos cercano no sólo por su común finalidad aunque referida a colectivos distintos, sino porque, como reza la Disposición Transitoria del Convenio de 29 de abril de 1999, existió entonces y existe ahora un deseo de las partes firmantes de ir eliminando la relación jurídica de empleado público con los capellanes y sustituyéndolo por otra más acorde con las necesidades de la pastoral específica y con la conveniencia de que su nombramiento y, en su caso, remoción, se produjera por la Autoridad Eclesiástica (art. 4 del Convenio citado).

Por todo ello, y como se ha indicado más arriba, el art. 8 del Convenio de 1997 estableció de forma detallada la composición, organización y funciones de la Comisión Mixta de Seguimiento, previsio-

nes trasladadas íntegramente al Convenio específico de 1999 en virtud del art. 11 del mismo.

En consecuencia cualquier pretensión de sustituir a la Comisión Mixta en sus facultades de resolver las cuestiones incidentales que se planteen en la ejecución de los Convenios citados y de controlar y desarrollar el Convenio de 1999 llevaría derechamente a la violación e incumplimiento de tales Convenios **Por ello debe plantearse la problemática señalada en la Comisión Mixta de Seguimiento.**

SEGUNDO.—No obstante, la representación de la Comunidad de Madrid debe conocer los derechos y deberes originados por la firma de ambos Convenios.

La Letrada que suscribe aconseja una nueva negociación tendente a actualizar el contenido del Convenio de 1999, teniendo en cuenta diversos elementos y criterios que se exponen a continuación.

En primer lugar no reconociendo incumplimiento alguno ya que las previsiones establecidas en el Anexo I, en virtud del art. 7, tienen marcado carácter orientativo y tendencial («tenderá a ajustarse») y, ya en el propio Anexo existen tres residencias sin capellán.

En segundo lugar debe tenerse en cuenta el enorme cambio experimentado en materia de residencias para mayores, cambios que han traído consigo nuevas formas de titularidad y de gestión y un enorme incremento de plazas que hagan frente a las necesidades derivadas del envejecimiento de la población. El Plan de Mayores (aprobado del 23 de abril de 1998 por el Gobierno de Madrid) es expresión de lo indicado. En consecuencia sería de aplicación el principio general en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*, principio que va a exigir, precisamente por la enorme variación de las circunstancias, una nueva negociación que no puede llevar a la generalización sin más de la tendencialidad marcada en el Anexo I por cuanto se da una situación imprevista. El propio art. 8.1 del Convenio específico de 1999 ya señalaba que «las modificaciones significativas del número de usuarios serán tenidas en cuenta en orden a ajustar el número de capellanes o personas idóneas a los módulos...».

En tercer lugar habrá que tener en cuenta en esta nueva negociación las limitaciones presupuestarias, y a su vez, plasmar los acuerdos a los que se llegue en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2003.

En cuarto lugar los acuerdos a los que se lleguen pueden distinguir perfectamente las residencias de gestión directa de las de gestión indi-

recta y, entre ellas, según las modalidades de gestión, pudiéndose utilizar también otros parámetros como el de cercanía a las parroquias todo ello respetando la peculiaridad de la pastoral dirigida a las personas mayores. Efectuada esta distinción debe plasmarse en los Pliegos de Cláusulas Administrativas estos acuerdos que deberían ser claramente detallados para seguridad jurídica de todos los interesados.

Únicamente en el supuesto de que, con arreglo a una negociación bajo los principios de buena fe, no se pudiera llegar a un acuerdo, la Comunidad de Madrid podría denunciar expresamente el Convenio (art. 12 del de 1999 en relación con el art. 9 del de 1997), solución extrema no aconsejable dados los beneficios religiosos y de humanización de la atención que el SARC reporta.

TERCERO.—En conclusión son las Diócesis madrileñas las que deben elevar los supuestos incumplimientos a la Comisión Mixta de seguimiento, adoptarse en el seno de la misma una interpretación ajustada a las nuevas necesidades y forma de gestión, que tenga en cuenta las situaciones transitorias de los pliegos en vigor, y, finalmente debe plantearse una nueva negociación del Convenio con un horizonte cuanto menos decenal que tenga en cuenta el Plan de Mayores de la Comunidad de Madrid.

Caso de llegarse a un acuerdo debería plasmarse en un nuevo Convenio específico más detallado, instrumento que debería tener el correcto reflejo presupuestario.

INFORME DE 15 DE ABRIL DE 2002 EN RELACIÓN CON LA CESIÓN DE DATOS PERSONALES SOBRE EL PAGO DE CUOTAS A SINDICATOS Y A MUFACE Y CON EL DERECHO DE ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA DE UN FALLECIDO POR PARTE DE SU HIJO

Examinada la consulta efectuada por la Agencia de Protección de Datos y estudiada la legislación aplicable, pueden formularse las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.—Se plantea la conformidad a la legislación en materia de protección de datos de carácter personal de la cesión por el órgano competente de la Comunidad de Madrid a los sindicatos del nombre, los dos apellidos, el número de DNI y la cantidad que se descuenta de la nómina en concepto de cuota sindical del personal al servicio de la Comunidad afiliado a los mismos, para que los sindicatos puedan verificar el pago de dicha cuota.

Se trata de una medida que ya se está ejecutando en la práctica, puesto que está prevista en los arts. 69.4 y 70.4.c) del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid para los años 2001, 2002 y 2003, suscrito el día 29 de junio de 2001, en los arts. 45.4 y 46.4.b) del Acuerdo de 29 de junio de 2001 de la Mesa Sectorial del personal funcionario de administración y servicios, sobre condiciones de trabajo del personal funcionario de administración y servicios de la Administración General de la Comunidad de Madrid y sus Organismos Autónomos y en el art. 26.4.b) del Acuerdo de 21 de mayo de 2001 de la Mesa Sectorial del personal docente no universitario, de condiciones de trabajo del personal funcionario docente de Cuerpos LOGSE al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid. En todos ellos el tenor literal es el siguiente: «Los afiliados [...] tendrán los siguientes derechos: [...] A que se les descuenta de su nómina el importe de la cuota sindical del Sindicato a que están afiliados. La Comunidad de Madrid transferirá las cantidades retenidas a la cuenta corriente que designe cada Sindicato, facilitando a la correspondiente Sección Sindical, mes a mes, relación nominal de las retenciones practicadas». Aunque el descuento se configura como un derecho de los empleados públicos afiliados a un sindicato, su finalidad principal es el control y el aseguramiento del pago de las cuotas sindicales en beneficio de los propios sindicatos.

La cesión mensual a los sindicatos, a través de las secciones sindicales, de la relación nominal y los importes de las cuotas sindicales que se deducen a sus propios afiliados parece, en principio, totalmente conforme con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y con la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid, y con el resto de la normativa aplicable en esta materia.

En efecto, estamos ante una cesión de datos de carácter personal a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente (la Comunidad de Madrid) y del cesionario (los sindicatos), según establece el art. 11 de la Ley Orgánica 15/99. No es preciso el consentimiento previo de los interesados, ya que el tratamiento de estos datos responde a la libre y legítima aceptación del trabajador o funcionario de la relación jurídica existente entre un sindicato y sus afiliados, cuyo desarrollo, cumplimiento y control implica necesariamente la conexión de dicho tratamiento con los ficheros de los sindicatos y la comunicación se limita a la finalidad que la justifica (art. 11.2.c) de la Ley Orgánica 15/99). Téngase en cuenta que la cesión de datos sobre el pago de cuotas a los sindicatos está prevista expresamente en el Convenio Colectivo para el personal laboral y en los Acuerdos de Condiciones de Trabajo del personal funcionario y docente, que son normas convencionales de carácter público y que integran el régimen jurídico de la relación estatutaria o laboral de los empleados públicos con la Comunidad de Madrid, por lo que se presume su conocimiento por parte de éstos.

La innecesariedad del consentimiento viene apoyada también por una interpretación lógica y teleológica de la norma especial del art. 7.2 de la Ley Orgánica 15/99, puesto que se trata de ceder datos sobre afiliación sindical al propio sindicato al que el empleado público está afiliado, por lo que está claro que el sindicato ya dispone del nombre, apellidos, DNI e importe de la cuota sindical correspondiente. En realidad, el único dato de carácter personal que se cede es el del hecho del pago de la cuota sindical por deducción de la retribución mensual, pues el resto de los datos ya están en poder del cesionario.

No obstante, se recomienda garantizar el conocimiento de esta cesión por parte de los empleados públicos informándoles expresamente de ello en el momento de la formalización de su afiliación al sindicato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley Orgánica 15/99. Asimismo, es necesario que estas cesiones estén previstas

expresamente en las disposiciones de creación o modificación de los ficheros de titularidad pública (art. 20.2.e) de la Ley Orgánica 15/99 y art. 4.2.e) de la Ley 8/01).

Segunda.—Se plantea en segundo lugar la conformidad a la legislación en materia de protección de datos de carácter personal de la cesión por el órgano competente de la Comunidad de Madrid a MUFACE del nombre, los dos apellidos, el número de DNI y la cantidad que se descuenta de la nómina en concepto de cotización mensual del personal al servicio de la Comunidad afiliado a los mismos, para que dicha entidad pueda verificar el pago de la misma.

Al igual que en el caso anterior, se trata de una práctica que ya viene realizándose desde hace bastante tiempo y que viene impuesta por la legislación en materia de Seguridad Social de los funcionarios públicos.

La obligación de cotizar a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado establecida en el art. 10 del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, se desarrolla en el Capítulo III (arts. 15 a 41) del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 843/1976, de 18 de marzo. De conformidad con el mismo, el mutualista es el obligado al pago de las cuotas, pero la cotización se realiza por los habilitados o las oficinas pagadoras de los distintos departamentos administrativos deduciendo o reteniendo el importe de las cuotas de las nóminas o bien por los propios mutualistas, cuando éstos se encuentran en determinadas situaciones administrativas. Ya en el Reglamento General se prevén las líneas básicas del procedimiento para efectuar el ingreso, pero en la actualidad hay que acudir a la Orden de 1 de diciembre de 1995 del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se dictan las normas para el ingreso y control de las cotizaciones de los mutualistas. Dicha Orden dispone que, respecto a las cuotas descontadas en nómina, las habilitaciones u oficinas pagadoras darán cuenta mensualmente a MUFACE de las órdenes de transferencias que se expidan (art. 3.1.a) y remitirán una relación informatizada de los descuentos efectuados, en la que se expresará el detalle del descuento o descuentos efectuados a cada mutualista, señalando su nombre y apellidos, número de registro de personal y período al que corresponden (art. 3.1.b). La Orden de 1 de diciembre de 1995 ha sido desarrollada por medio de la Resolución de 21 de diciembre de 1995, de la Dirección General de MUFACE, por la que se

establecen las especificaciones técnicas de la información a suministrar a MUFACE sobre cotizaciones y otras instrucciones complementarias, modificada por Resolución de 5 de junio de 1996, modificada ésta a su vez por Resolución de 1 de diciembre de 2000 y por Resolución de 16 de febrero de 2001.

■ Tampoco parece que esta medida de control de las cotizaciones por MUFACE sea contraria a la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

■ Se trata de una cesión o comunicación de datos elaborados por una Administración Pública (la Comunidad de Madrid) a otra Administración Pública (la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, que es un Organismo Autónomo estatal según el art. 5 del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado) para el ejercicio de competencias que versan sobre la misma materia, a saber, la cotización a la Seguridad Social de los funcionarios públicos adscritos al mutualismo administrativo (art. 21.1 de la Ley Orgánica 15/99 *a sensu contrario*). También puede considerarse como un supuesto de datos personales elaborados expresamente para ser comunicados a MUFACE (art. 21.2 de la Ley Orgánica 15/99). Por todo ello, no es necesario el consentimiento del afectado (art. 21.4, en relación con el art. 11, de la Ley Orgánica 15/99). Esta comunicación de datos está plenamente justificada en los principios de cooperación y colaboración (arts. 3.2 y 4.1.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), suministro de información (art. 4.1.c) y 2, y art. 18 de la Ley 30/92) y, por extensión, en los principios de eficacia y coordinación administrativa (art. 103.1 de la Constitución Española y art. 3.1 de la Ley 30/92).

■ A mayor abundamiento, los datos que se comunican a MUFACE ya obran en su poder, dado que se refieren a sus propios afiliados, siendo la finalidad de dicha comunicación el simple control del cumplimiento de la obligación de cotizar.

■ También se considera necesario que estas cesiones estén previstas expresamente en las disposiciones de creación o modificación de los ficheros de titularidad pública correspondientes (art. 20.2.e) de la Ley Orgánica 15/99 y art. 4.2.e) de la Ley 8/01).

■ **Tercera.**—Por último, se plantea la cuestión, totalmente alejada de las anteriores, de si un hijo tiene derecho a acceder a la historia clínica de su progenitor ya fallecido.

■ No existe una regulación completa y sistemática de las historias clínicas a nivel nacional. Tan sólo contamos con el art. 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuyo tenor literal es el siguiente: «En cada área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno deberá mantenerse, al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial. Estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y el tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes».

■ M.^a T. CRIADO DEL RIO la define como el documento médico-legal en donde queda registrada toda la relación del personal sanitario con el paciente, todos los actos y actividades médico-sanitarias realizados con él y todos los datos relativos a su salud, que se elabora con la finalidad de facilitar su asistencia («Aspectos médico-legales de la historia clínica», Colex, Madrid, 1999, pág. 23, citada por JESÚS SÁNCHEZ CARO y JAVIER SÁNCHEZ CARO: *El médico y la intimidad*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2001, pág. 124, nota 14).

■ Como dicen C. M. ROMEO CASABONA y M. CASTELLANO ARROLLO («La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica», en *Derecho y Salud*, n.º 1, 1993, págs. 5-17, citados por C. SÁNCHEZ CARAZO y J. M. SÁNCHEZ CARAZO, *Protección de datos de carácter personal relativos a la salud*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1999, pág. 193), la historia clínica contiene componentes heterogéneos desde el punto de vista jurídico. En primer lugar, figuran datos relativos a la organización y gestión económico-administrativa del centro sanitario. En segundo lugar, los datos identificativos del paciente y otros datos relativos directa o indirectamente a su enfermedad, aportados por el paciente o deducidos por el médico sin el conocimiento de aquél. En tercer lugar, los resultados de las exploraciones directas o a través de instrumentos o sustancias, la emisión del juicio diagnóstico y del pronóstico, la prescripción del tratamiento correspondiente y la evolución de éste. Por último, contiene también las anotaciones subjetivas del médico en relación con las reacciones y actitud del paciente,

extremo especialmente relevante en determinados tipos de historias clínicas, como son las psiquiátricas.

El análisis del problema del acceso a la historia clínica debe comenzar por la determinación de la titularidad o propiedad de la misma. Se pueden distinguir tres posturas al respecto: la teoría de la propiedad del paciente, la teoría de la propiedad del médico o del centro sanitario y las teorías integradoras o eclécticas. Muchos autores consideran que pertenecen al médico los datos relativos a los resultados de las exploraciones (en la medida que han sido deducidos y plasmados por los conocimientos profesionales del facultativo), el diagnóstico, el pronóstico, la prescripción del tratamiento y sus anotaciones subjetivas, puesto que constituyen una auténtica creación científica o intelectual. Cuando el médico ejerce su actividad profesional por cuenta ajena —ya sea en un centro privado o en el seno de la Sanidad Pública—, la mayoría de la doctrina considera que la totalidad de la historia clínica pertenece al centro sanitario, sin perjuicio de la capacidad de control del facultativo sobre su utilización por terceros. Y todo esto no excluye el derecho del paciente a acceder a su propia historia clínica.

El acceso a la historia por el propio paciente (o su representante legal, podríamos añadir) está reconocido por el art. 61 de la Ley General de Sanidad («estará a disposición de los enfermos»), lo cual es coherente con la finalidad de la historia, que es facilitar la asistencia del paciente, ya que es evidente que el conocimiento por el paciente de su dolencia facilita enormemente dicha asistencia. Además, el art. 10 de la Ley General de Sanidad reconoce los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias: a) a que se dé al usuario de los servicios del sistema sanitario público en términos comprensibles, y también a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (número 5) y b) a que quede constancia por escrito de todo su proceso y, al finalizar la estancia del usuario en una institución hospitalaria, a que el paciente, familiar o persona a él allegada reciba su informe de alta (número 11). Por su parte, el Anexo I, apartado 5, punto 6.º, del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, califica como servicio de información y documentación sanitaria y asistencial el siguiente: «la comunicación o entrega, a petición del interesado, de un ejemplar de su historia clínica o de determinados datos contenidos en

la misma, sin perjuicio de la obligación de su conservación en el centro sanitario». Asimismo, el acceso del enfermo a su historia está amparado por el art. 15 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Sin embargo, se establecen dos excepciones a este acceso por el paciente a su propia historia clínica: los datos relativos a terceras personas en cuanto pueden afectar a la intimidad de éstas y las anotaciones subjetivas del médico (comentarios, impresiones, etc.) por razones de propiedad intelectual. Tales excepciones no regirían si el enfermo alega un interés sanitario para acceder a su historia, pues la consulta de todo el historial es imprescindible para que otro médico distinto pueda valorar de nuevo el estado de salud del paciente (JESÚS SÁNCHEZ CARO y JAVIER SÁNCHEZ CARO, *op. cit.*, págs. 126-129).

En cuanto al acceso por terceros a la historia clínica, el art. 61 de la Ley General de Sanidad lo prevé solamente a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar garantizados en todo caso el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de secreto del que acceda a la historia clínica. El art. 10, apartados 5 y 11, también contempla el derecho de familiares y allegados a obtener información sobre el proceso del paciente y a recibir el informe de alta. La falta de una regulación adecuada de los supuestos de solicitud de acceso a la historia clínica por parientes o familiares ha creado la necesidad de adoptar un criterio general para poder actuar en estos casos. Vamos a exponer a continuación la solución que se está aplicando en la práctica actualmente, de acuerdo con el criterio del Servicio Jurídico de la Dirección Territorial de Madrid del Instituto Nacional de la Salud, coincidente con las recomendaciones del Defensor del Pueblo (las cuales han sido aceptadas por la Presidencia Ejecutiva del Insalud).

En primer lugar, se constata que el art. 61 de la Ley General de Sanidad sólo contempla el acceso a la historia clínica por el propio enfermo, sin mencionar nada respecto a los parientes o familiares de los pacientes ya fallecidos. No obstante, se acepta comúnmente el acceso de éstos a la historia clínica cuando dicha pretensión se funda en una finalidad sanitaria o asistencial, como ocurre en los supuestos de enfermedades hereditarias o contagiosas. Sin embargo, a juicio del Servicio Jurídico del Insalud, estos supuestos no constituyen tanto un problema de acceso a la historia, como un problema de información de los familiares; en estos casos el médico o el centro sanitario debe-

ría revelar cuanto antes a los familiares del fallecido las circunstancias de la enfermedad del paciente para poder hacer frente de esta manera a sus posibles consecuencias.

Por otro lado, cuando la petición del familiar del paciente fallecido se cursa a través de la autoridad judicial, se estará a lo que disponga ésta, en virtud del principio de sometimiento de las Administraciones Públicas a los Juzgados y Tribunales (art. 106.1 CE), del deber de colaborar con los órganos jurisdiccionales y cumplir las resoluciones judiciales (art. 118 CE) y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El Servicio Jurídico del Insalud matiza que cuando los familiares soliciten la historia clínica para el estudio de hechos delimitadores de una posible contienda judicial, deberá ponerse a disposición de éstos la información que se precise al respecto, indicando —en todo caso— que la historia clínica completa se pondría a disposición de los interesados mediando petición de la autoridad judicial, logrando con ello el equilibrio entre el derecho a la intimidad del paciente y el derecho a la tutela judicial efectiva de los familiares, el cual comprende también la protección del derecho a una posible acción judicial.

En cualquier caso, es evidente que el solicitante deberá demostrar su condición de familiar del fallecido y deberán excluirse de la comunicación los datos íntimos que afecten al paciente o a terceros, así como las apreciaciones subjetivas de los facultativos o del personal sanitario que puedan haberse incorporado a la historia clínica.

En virtud de lo anterior, se someten a la consideración de V.I. las siguientes:

CONCLUSIONES

Primera.—La cesión de datos personales a los sindicatos sobre el pago de cuotas sindicales de los empleados públicos de la Comunidad de Madrid afiliados a los mismos es conforme a la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

Segunda.—La cesión de datos personales a MUFACE sobre el pago de las cuotas de los funcionarios públicos de la Comunidad de Madrid afiliados a ésta es conforme a la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

Tercera.—Los hijos y familiares de pacientes fallecidos tienen derecho a acceder a la historia clínica de éstos si justifican interés legítimo al respecto y acreditan dicha condición, siempre que los datos facilitados no afecten al derecho a la intimidad del paciente o de terceras personas, todo ello en los términos de la consideración jurídica tercera del presente dictamen.

timo al respecto y acreditan dicha condición, siempre que los datos facilitados no afecten al derecho a la intimidad del paciente o de terceras personas, todo ello en los términos de la consideración jurídica tercera del presente dictamen.

RECENSIÓN¹

está en sus manos, el médico está obligado a proteger la confidencialidad de los datos, y los familiares no pueden acceder a la historia clínica sin el consentimiento del paciente.

Por otro lado, cuando la petición del paciente o de sus familiares de acceso a la historia clínica se realiza a través de la autoridad judicial, se estará a lo que disponga esta, en virtud del principio de sujeción de las Administraciones Públicas a los Juzgados y Tribunales (art. 106.1 CE); del deber de colaborar con los órganos judiciales y cumplir las resoluciones judiciales (art. 118 CP); y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El Servicio Jurídico del Estado estima que cuando los familiares solicitan —históricamente por el estudio de hechos determinadores de una posible contienda judicial— deberá ponerse a disposición de éstos la información que se precise al respecto, indicando —en todo caso— que la historia clínica completa se pondrá a disposición de los interesados mediante petición de la autoridad judicial, logrando con ello el equilibrio entre el derecho a la inocuidad del paciente y el derecho a la tutela judicial efectiva de los familiares, al cual corresponde también la protección del derecho a una posible acción judicial.

En cualquier caso, es evidente que el solicitante deberá demostrar su condición de familiar del fallecido y deberán excusarse de la comunicación los datos íntimos que afecten al paciente o a terceros, así como las apreciaciones subjetivas de los facultativos o del personal sanitario que puedan haberse incorporado a la historia clínica.

En virtud de lo anterior, se someten a la consideración de V.E. las siguientes:

CONCLUSIONES

Primera.—La cesión de datos personales a los sindicatos sobre el pago de cuotas sindicales de los empleados públicos de la Comunidad de Madrid afiliados a los mismos es conforme a la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

Segunda.—La cesión de datos personales a MUPACE sobre el pago de las cuotas de los funcionarios públicos de la Comunidad de Madrid afiliados a ésta es conforme a la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

Tercera.—Los hijos y familiares de pacientes fallecidos tienen derecho a acceder a la historia clínica de éstos si justifican interés legi-

Fernando Abellán y Javier Sánchez-Caro (Dirección científica de la obra) *Reproducción Humana Asistida y Responsabilidad Médica. Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos*. Editorial Comares, 149 págs. Granada 2001.

El libro *Reproducción Humana Asistida y Responsabilidad Médica. Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos* resulta extraordinariamente útil a todas las personas relacionadas con la reproducción asistida, ya que no sólo se limita a la aplicación de la norma en cada caso concreto, sino que, además analiza la situación en profundidad, y aporta otras posibles soluciones a la indicación precisa de su regulación.

RECENSIÓN¹

Se trata de una obra que aborda el análisis de los casos más importantes que se han planteado en la práctica a los médicos especialistas sobre la reproducción humana asistida. En consecuencia, no se contemplan las transiciones desde un ángulo meramente teórico sino que, por el contrario, se lleva a cabo un análisis de las normas vigentes para resolver los conflictos, contemplando, además, los aspectos bioéticos implicados en cada caso. Se trata, en definitiva, de cubrir un importante vacío en el campo del derecho sanitario, mediante la exposición seria y concienzuda de los problemas prácticos planteados a los profesionales sanitarios correspondientes. Publicaciones como esta contribuyen a mejorar la difusión y el conocimiento social de las nuevas técnicas y situaciones que se plantean.

Sea numerosos los escenarios que se caracterizan en la obra, estudiando casos que se dan a diario en la vida española.

Javier Sánchez-Caro, que asume la Dirección Científica de la obra es Subdirector General y Jefe de la Asesoría General y Jefe de la Asesoría Jurídica del Estado.

Fernando Abellán, autor de la obra, es Abogado, socio de «Iberchoa Sanitario Asesores» y Letrado de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Sección de Responsabilidad Civil Sanitaria.

Tras unas consideraciones generales en materia de reproducción humana asistida, se analizan diferentes casos reales examinando en cada uno de ellos la referencia normativa, las cuestiones implicadas y el planteamiento del asunto, y la conclusión del autor. Los once casos tratados son: la solicitud de acceso a las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres homosexuales, la cesión de

¹ Alejandra Frías López, Letrada de la Comunidad de Madrid.

Fernando Abellán y Javier Sánchez Caro (Dirección científica de la obra) *Reproducción humana asistida y responsabilidad médica. Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos*. Editorial Comares, 149 págs, Granada 2001.

El libro *Reproducción Humana Asistida y Responsabilidad Médica. Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos* resulta extraordinariamente útil a todas las personas relacionadas con la reproducción asistida, ya que no sólo se limita a la aplicación de la norma en cada caso concreto, sino que, además analiza la situación en profundidad, y aporta otras posibles soluciones, aunque con la indicación precisa de su regulación o solución legal.

Se trata de una obra que afronta el análisis de los casos más importantes que se han planteado en la práctica a los médicos especialistas sobre la reproducción humana asistida. En consecuencia, no se contemplan las cuestiones desde un ángulo meramente teórico sino que, por el contrario, se lleva a cabo un análisis de las normas vigentes para resolver los conflictos, contemplando, además, los aspectos bioéticos implicados en cada caso. Se trata, en definitiva, de cubrir un importante vacío en el campo del derecho sanitario, mediante la exposición seria y concienzuda de los problemas prácticos planteados a los profesionales sanitarios correspondientes. Publicaciones como ésta contribuyen a mejorar la difusión y el conocimiento social de las nuevas técnicas y situaciones que se plantean.

Son numerosos los escenarios que se encuentran en la obra, estudiando casos que se dan a diario en la vida española.

Javier Sánchez-Caro, que asume la Dirección Científica de la obra es Subdirector General y Jefe de la Asesoría General y Jefe de la Asesoría Jurídica del Insalud.

Fernando Abellán, autor de la obra, es Abogado, socio de «Derecho Sanitario Asesores» y Letrado de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Sección de Responsabilidad Civil Sanitaria.

Tras unas consideraciones generales en materia de reproducción humana asistida, se analizan diferentes casos reales examinando en cada uno de ellos la referencia normativa, las cuestiones implicadas y el planteamiento del asunto, y la conclusión del autor. Los once casos tratados son: la solicitud de acceso a las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres homosexuales, la cesión de embriones en una pareja separada, la solicitud de donación de ovoci-

tos entre dos hermanas gemelas univitelinas, la posibilidad de destruir gametos y embriones criopreservados durante más de cinco años, la reducción embrionaria, la solicitud de admisión de donantes y usuarios que padecen enfermedades, la compensación a los donantes, el acceso a las técnicas de reproducción asistida en centros privados cuando se trate de parejas que han sido previamente rechazadas en hospitales de la Seguridad Social así como la cuestión del derecho a ser reembolsados de los gastos, la posibilidad de establecer criterios de utilización de los recursos del Sistema Nacional de Salud en el campo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la investigación y experimentación con gametos y embriones junto al caso de la partenogénesis y el consentimiento informado específico de las técnicas de reproducción.

La obra pone de manifiesto la necesidad de un amplio y abierto diálogo social que ayude a resolver la controversia generada en la mayoría de ocasiones por el desconocimiento o la falta de información, todo ello con el máximo rigor científico unido al tratamiento legal de cada uno de los supuestos analizados.

Los autores han tratado de analizar los casos desde una perspectiva multidisciplinaria, tratando de cubrir los aspectos médicos, jurídicos, éticos, sociales y económicos de cada caso. Se trata de un libro que aporta una visión global de los problemas planteados a los profesionales sanitarios correspondientes. Publicaciones como ésta contribuyen a mejorar la difusión y el conocimiento social de las nuevas técnicas y situaciones que se plantean.

Son numerosos los escenarios que se encuentran en la obra, desde el ámbito de la vida cotidiana hasta el ámbito de la vida española.

Javier Sánchez-Cano, que asume la Dirección Científica de la obra es Subdirector General y Jefe de la Asesoría General y Jefe de la Asesoría Jurídica del Insalud.

Fernando Abellán, autor de la obra, es Abogado, socio de «Banco Sanitario Asesor» y Jefe de la Asesoría Jurídica del Insalud. Colegio de Abogados de Madrid, Sección de Responsabilidad Civil Sanitaria.

Las más considerables ganancias en materia de reproducción humana asistida, se analizan diferentes casos reales examinando en cada uno de ellos la relevancia normativa, las cuestiones implicadas y el planteamiento del asunto, y la conclusión del autor. Los once casos tratados son: la sustitución de acceso a las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres homocitales, la cesión de ovocitos en una pareja separada, la solicitud de donación de ovocitos

Nº LEY	FECHA	FECHA DOCM	ASUNTO
1/2002	12/03/2002	04/04/2002	SE CREA EL CUERPO DE AGENTES FORESTALES DE LA CM

Nº DECRETO	FECHA	FECHA DOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
1/2002	12/03/2002	21/04/2002	SANIDAD	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA AGENCIA DE LA CALIDAD DE LA ATENCIÓN AL PACIENTE

LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, PRIMER CUATRIMESTRE 2002

2/2002	12/03/2002	21/04/2002	SANIDAD	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL SERVICIO MADRIEÑO DE SALUD
--------	------------	------------	---------	--

3/2002	17/04/2002	21/04/2002	SANIDAD	SE ESTABLECE LA COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL INSTITUTO MADRIEÑO DE SALUD
--------	------------	------------	---------	--

4/2002	17/04/2002	23/04/2002	SANIDAD	SE ESTABLECE LA COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA DE LA CM
--------	------------	------------	---------	--

5/2002	17/04/2002	23/04/2002	SANIDAD	SE ESTABLECE LA COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA AGENCIA DE FORMACIÓN
--------	------------	------------	---------	---

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO	
1/2002	27/03/2002	04/04/2002	SE CREA EL CUERPO DE AGENTES FORESTALES DE LA CM	
N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
1/2002	17/01/2002	21/01/2002	SANIDAD	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE SANIDAD
2/2002	17/01/2002	21/01/2002	SANIDAD	SE ESTABLECE LA COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD
3/2002	17/01/2002	21/01/2002	SANIDAD	SE ESTABLECE LA COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL INSTITUTO MADRILEÑO DE SALUD
4/2002	17/01/2002	21/01/2002	SANIDAD	SE ESTABLECE LA COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA DE LA CM
5/2002	17/01/2002	21/01/2002	SANIDAD	SE ESTABLECE LA COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA AGENCIA DE FORMACIÓN,

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SANITARIOS DE LA CM
6/2002	17/01/2002	18/01/2002	EDUCACIÓN	SE MODIFICA EL DECRETO 90/1997, DE 10 DE JULIO, POR EL QUE SE FIJAN LAS COMPETENCIAS DE LOS ÓRGANOS PROVISIONALES DE LA UNIVERSIDAD «REY JUAN CARLOS»
7/2002	17/01/2002	21/01/2002	EDUCACIÓN	SE CONVOCAN ELECCIONES AL CLAUSTRO CONSTITUYENTE DE LA UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS Y SE APRUEBA EL REGLAMENTO ELECTORAL
19/2002	24/01/2002	05/02/2002	PRESIDENCIA	SE ESTABLECEN LOS ÓRGANOS DE COORDINACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL PROGRAMA DE DESARROLLO RURAL DE MADRID, 2000-2006
20/2002	24/01/2002	14/02/2002	PRESIDENCIA	SE REGULA EL REGISTRO DE FUNDACIONES DE LA CM
21/2002	24/01/2002	05/02/2002	PRESIDENCIA	SE REGULA LA ATENCIÓN AL CIUDADANO EN LA CM
31/2002	07/02/2002	12/02/2002	EDUCACIÓN	SE SUPRIMEN CENTROS DE

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				EDUCACIÓN DE PERSONAS ADULTAS «SAN BLAS» Y «JOAQUÍN COSTA» Y SE CREA UN NUEVO CENTRO POR INTEGRACIÓN DE LOS MISMOS
32/2002	07/02/2002	20/02/2002	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA UNA CUOTA SUPLEMENTARIA EN LA TARIFA DE DISTRIBUCIÓN DE AGUA DEL MUNICIPIO DE POZUELO DEL REY
34/2002	07/02/2002	12/02/2002	EDUCACIÓN	SE APRUEBA EL CURRÍCULO DE LAS ÁREAS DE CONOCIMIENTO Y MATERIAS OBLIGATORIAS Y OPCIONALES DE LA EDUCACIÓN SECUNDARIA OBLIGATORIA
35/2002	07/02/2002	12/02/2002	EDUCACIÓN	CREACIÓN COMISIÓN INTERDEPART. DE LA JUVENTUD
36/2002	21/02/2002	04/03/2002	SANIDAD	MODIFICA EL DECRETO 234/2000 POR EL QUE SE CREAN LOS PREMIOS DE INVESTIGACIÓN EN PREVENCIÓN DE DROGODEPENDEN. DE LA AGENCIA ANTIDROGA
37/2002	21/02/2002	25/02/2002	PRESIDENCIA	SE REGULA EL RÉGIMEN TRANSITORIO DE GESTIÓN

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				ECONÓMICO EN MATERIA DE SERVICIOS SANITARIOS
38/2002	28/02/2002	13/03/2002	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA	SE REGULAN LAS ACTIVIDADES DE CONTROL REGLAMENTARIO DE LAS INSTALACIONES INDUSTRIALES
39/2002	28/02/2002	08/03/2002	OBRAS PÚBLICAS, URBANISMO Y TRANSP.	SE MODIFICA PARCIALMENTE EL DECRETO 12/2001, POR EL QUE SE REGULA LA AYUDA ECONÓMICA A LA ADQ. DE VIV. LIBRE Y VIV. PROTEG. EN 20S. Y POSTER. TRANSMISIONES
40/2002	28/02/2002	21/03/2002	MEDIO AMBIENTE	SE REGULA EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONSORCIOS DE REFORESTACIÓN EN LA CM
42/2002	07/03/2002	13/03/2002	PRESIDENCIA	REGULA LA COMISIÓN TÉCNICA AUDIOVISUAL
43/2002	07/03/2002	25/03/2002	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA	SE MODIFICA EL DECRETO 12/1999, POR EL QUE SE CREA Y SE REGULA EL PATRONATO DE LA RED DE VÍAS PECUARIAS
44/2002	14/03/2002	15/03/2002	JUSTICIA Y ADMINISTR. PÚBLICAS	SE APRUEBA LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO DE LA CM PARA EL AÑO 2002

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
45/2002	14/03/2002	25/03/2002	OBRAS PÚBLICAS, URBANISMO Y TRANSP.	SE MODIFICA PARCIALMENTE EL DECRETO 11/2002, POR EL QUE SE REGULA LA FINANC. CUALIF. A ACTUAC. PROTEGIDAS EN MATERIA DE VIVIENDA Y SU RÉG. JURÍD. 2001-2004
46/2002	14/03/2002	22/03/2002	EDUCACIÓN	SE CREAN TRES CENTROS DE EDUCACIÓN DE PERSONAS ADULTAS EN LAS LOCALIDADES DE RIVAS-VACIAMADRID, MAJADAHONDA Y POZUELO DE ALARCÓN
47/2002	21/03/2002	02/04/2002	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE EL CURRÍCULO DEL BACHILLERATO PARA LA CM
49/2002	04/04/2002	11/04/2002	JUSTICIA Y ADMINISTR. PÚBLICAS	SE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE FUNCIÓN, DE ORGANIZ. DEL CONSEJO ASESOR PREVISTO EN LA LEY 9/1986, CREADORA DEL PAMAM
50/2002	04/04/2002	17/04/2002	OBRAS PÚBLICAS, URBANISMO Y TRANSP.	SE REGULA EL NOMBRAMIENTO DE VOCALES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL CONSORC. REG. DE TRANSP. PUB. REGUL. DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				Y ADHESIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS
51/2002	04/04/2002	17/04/2002	MEDIO AMBIENTE	SE REGULA LA NATURALEZA, FUNCIONES Y ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL CANAL DE ISABEL II
52/2002	04/04/2002	18/04/2002	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA UNA CUOTA SUPLEMENTARIA EN LA TARIFA DE DISTRIBUCIÓN DE AGUA DEL MUNICIPIO DE VALDELAGUNA, CON DESTINO A FINANC. OBRAS DE RENOV. Y AMPL. INF.
53/2002	11/04/2002	19/04/2002	HACIENDA	SE MODIFICA EL DECRETO 85/1989, EN ORDEN AL ESTABLECIMIENTO Y A LA FIJACIÓN DE CRITERIOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD
55/2002	11/04/2002	19/04/2002	EDUCACIÓN	SE MODIFICAN DETERMINADOS ARTÍCULOS DE LOS ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
56/2002	11/04/2002	15/04/2002	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA	SE MODIFICA EL DECRETO 41/2002, POR EL QUE SE ESTABLECE UN SISTEMA DE AYUDAS PARA EL DESARROLLO Y DIVERSIFIC. ECONM. DE LAS

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				ZONAS RURALES DE LA CM
57/2002	08/04/2002	25/04/2002	JUSTICIA Y ADMINISTR. PÚBLICAS	SE CREA LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL PLAN COMARCAL DE LA SIERRA NORTE DE LA CM
59/2002	18/04/2002	26/04/2002	SERVICIOS SOCIALES	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL ORGANISMO AUTÓNOMO INSTITUTO MADRILEÑO DEL MENOR Y LA FAMILIA
62/2002	25/04/2002	29/04/2002	HACIENDA	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA BÁSICA DE LA CONSEJERÍA DE HACIENDA
65/2002	25/04/2002	13/04/2002	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA UNA CUOTA SUPLEMENTARIA EN LA TARIFA DE DISTRIBUCIÓN DE AGUA DE LA URBANIZACIÓN «PEÑAS ALBAS»
68/2002	25/04/2002	30/04/2002	JUSTICIA Y ADMINISTR. PÚBLICAS	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

N.º DECRETOS	ASPECTO	FECHA DE PROMULGACIÓN	FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA	ASPECTO	N.º DECRETOS
	CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VALUACIÓN			Y ADICIÓN DE LOS	
	SE CREA EL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA			SE REGULA LA NATURALEZA, FUNCIONES Y ORGANOS DE GOBIERNO DEL	
	SE ESTABLECE EL ORGANISMO AUTÓNOMO INSTITUTO MEXICANO DEL MEDIO Y LA FAMILIA			SE APRUEBA UNA CUOTA SUPLEMENTARIA EN LA TASA DE DISTRIBUCIÓN DE AGUA DEL MUNICIPIO DE VALDALUNA, CON DESTINO A FINES	
	SE ESTABLECE LA SECRETARÍA DE ECONOMÍA DE LA HACIENDA			SE MODIFICA EL DECRETO ENERGO EN ORDEN AL	
	SE APRUEBA UNA CUOTA SUPLEMENTARIA EN LA TASA DE DISTRIBUCIÓN DE			SE MODIFICAN LOS CRITERIOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DEL COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD	
	SE ESTABLECE LA SECRETARÍA DE ECONOMÍA DE LA HACIENDA			SE MODIFICAN LAS DISPOSICIONES DE	
	SE ESTABLECE LA SECRETARÍA DE ECONOMÍA DE LA HACIENDA			SE MODIFICA EL DECRETO ENERGO EN ORDEN AL	
	SE ESTABLECE LA SECRETARÍA DE ECONOMÍA DE LA HACIENDA			SE ESTABLECE UN SISTEMA DE AYUDAS PARA EL DESARROLLO Y DIVERSIFICACIÓN DE LAS	

Year	Month	Day	Event
1870	Jan	1	...
1870	Jan	2	...
1870	Jan	3	...
1870	Jan	4	...
1870	Jan	5	...
1870	Jan	6	...
1870	Jan	7	...
1870	Jan	8	...
1870	Jan	9	...
1870	Jan	10	...
1870	Jan	11	...
1870	Jan	12	...
1870	Jan	13	...
1870	Jan	14	...
1870	Jan	15	...
1870	Jan	16	...
1870	Jan	17	...
1870	Jan	18	...
1870	Jan	19	...
1870	Jan	20	...
1870	Jan	21	...
1870	Jan	22	...
1870	Jan	23	...
1870	Jan	24	...
1870	Jan	25	...
1870	Jan	26	...
1870	Jan	27	...
1870	Jan	28	...
1870	Jan	29	...
1870	Jan	30	...
1870	Jan	31	...

[The right page of the document is mostly blank with some faint, illegible markings.]

