

Abogados del Estado

Año VI, Número 24, abril a junio de 2009 - Tercera etapa

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN



¿Seremos el cuarto jugador del partido de ping-pong?

La recepción en España de personas detenidas en la base naval de Guantánamo, por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

Pág. 14



Màrius Rubiralta

“La Universidad del s. XXI debe ser un motor para el desarrollo social y económico del país”



El Tribunal Constitucional ampara la actividad sindical de FEDECA.

Pág. 11



¿Qué salida a la Crisis? Una reflexión sobre el papel del sector público en la lucha contra la crisis.

Pág. 26



www.asoc-abogadosdelestado.es
www.abogadosdelestado.com.es
www.abogadosdelestado.com

Una página web al servicio del Cuerpo de Abogados del Estado y de todos los miembros de nuestra Asociación, donde podrán encontrar noticias, espacios de actualidad y entrevistas a personajes de interés, así como un área privada donde los miembros de la Asociación podemos consultar información específica, localizar a compañeros y descargar los ejemplares de nuestra revista.

- Actualidad y noticias.
- Cursos y eventos
- Prensa del día
- Enlaces a webs de carácter jurídico y de interés.
- Acceso a ejemplares de la revista de la Asociación.
- Datos de contacto de nuestros miembros.
- Información y noticias específicas de nuestra Asociación.

El EEES, una realidad inminente

Se asoma a estas humildes páginas presidiéndolas y en plena actualidad tras la reestructuración del Gobierno, el denominado proceso de Bolonia y además de la mano del Secretario de Estado de Universidades. Este denominado “proceso” en realidad es la consecuencia de la necesidad de implantar en España, de la misma forma que en el resto de Europa, de las decisiones adoptadas en la Declaración de Bolonia de 19 de junio de 1999 suscrito por los Ministros de Educación de la Unión Europea la cual, tiene su antecedente en la declaración realizada el 25 de Mayo de 1998 en la Sorbona, en la que ya se hacía hincapié en el papel central de las Universidades en el desarrollo de las dimensiones culturales Europeas.

Con la Declaración de Bolonia se da un paso más, se pretende la creación del Espacio Europeo de Educación Superior y promocionar el sistema Europeo de enseñanza superior en todo el mundo. Se pretende, nada más ni nada menos, que la adopción de un sistema fácilmente legible y comparable de titulaciones; promocionar la movilidad de los estudiantes, profesores, investigadores y personal de administración y servicios; y, promocionar la cooperación europea para garantizar la calidad de la educación superior de dimensión europea.

Se trata, en definitiva, de extender en la Unión Europea y sin perjuicio de la potencial ampliación de este modelo, del concepto de la ciudadanía de la Unión no sólo a aspectos económicos o sociales sino también establecer una equiparación uniforme en la educación, en este caso, superior. La polémica levantada en este proceso en ejecución pone de manifiesto precisamente la relevancia de lo que se pretende y del hecho de que la formación universitaria marca claramente el sentido de la preparación y por tanto de la capacidad de los jóvenes de hoy para liderar nuestro mundo del mañana.

Los Abogados del Estado no pueden permanecer ajenos a esa realidad, sin nuestra formación universitaria reforzada por los años de oposición no cabría pretender ejercer nuestra profesión con cotas adecuadas de excelencia y de calidad. La formación universitaria forma parte del acervo que a diario se expone y se desarrolla en el recto cumplimiento de nuestra función ya que es la semilla de cualquier trabajo profesional cualificado. Tener interés en este proceso, seguirlo y desear de los responsables públicos, cuya implantación les compete, el pleno acierto en tan difícil y polémica labor, es tarea de cualquier ciudadano con la inquietud de querer garantizar un futuro mejor y en nuestro caso, gracias a nuestra función de asesoramiento jurídico, constituye además un trabajo esencial para el éxito del proceso. ■



Staff

Edita

Asociación de Abogados del Estado
C/ Ayala, nº 5 – 28001 Madrid
Teléfonos: 913 904 717 – 915 780 173
Fax: 913 904 740

Consejo Editorial

Jorge Pipaón
Edmundo Bal
Julio Díez
Pablo Dorronsoro
Jesús López-Medel
Catalina Miñarro
José Ignacio Monedero
Alfredo Parra
Federico J. Ramos
Ignacio Ruiz

Dirección y Diseño Gráfico

Art Factory Comunicación S.L.
C/ Torquemada 16 4º. 28043 Madrid
www.artfactory.es
artfactory@artfactory.es

Fotografías

Iván Belastegui

Coordinador técnico

Luis Soriano
fotocomposicion@iber.net.com

Imprenta y distribución

Gráficas Cañizares
C/ Pérez Herrera, nº 7. 28002 Madrid
Teléfonos: 914 156 886 / 914 151 864
composicion@canizares.com

Publicación patrocinada por:

Endesa y Mapfre

Depósito Legal: M-21263-2003

Abogados del Estado. Revista de la Asociación es una publicación de distribución privada y gratuita entre los socios de la Asociación de Abogados del Estado y todas aquellas personas que su Consejo Editorial estime conveniente.

Esta revista no se hace responsable de las opiniones vertidas por sus colaboradores en las entrevistas y artículos publicados, ni se identifica necesariamente con las mismas.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de cualquier información gráfica o literaria, sin autorización previa del Consejo Editorial o el director.

Sumario

Encuentros con...

Màrius Rubiralta 6

Noticias

El Tribunal Constitucional y el “proceso de ilegalización” de FEDECA: Una luz en el camino..... 11
La recepción en España de personas detenidas en la base naval de Guantánamo. ¿Seremos el cuarto jugador del partido de ping-pong? 14
La intervención de la Abogacía del Estado en la Fundación ANESVAD..... 25

Opinión

¿Qué salida a la Crisis? 26
Ángulos de ataque y riesgos de stall/spin en la economía 28
Vidas paralelas 30

Crónica

En estos dos últimos meses 31
Bellota Open 32

Libros

Publicaciones destacadas 34
Las dos caras del espejo. Reflexiones tras la lectura de “El lector” y “Vida y destino” 36

Cultura

Francis Bacon..... 42

Solidaridad

Fundación ANESVAD, una ONGD sanitaria con enfoque de Derechos Humanos..... 46

Cuadernillo jurídico

Ignacio del Cuvillo Contreras
El Medio Propio en la Jurisprudencia Comunitaria sobre Contratos Públicos. Análisis de la sentencia del TJCE, Coditel, de 13 de noviembre de 2008 y Reflexiones desde una Perspectiva Española 2

María Astray Suárez-Ferrín
La actuación del Estado como ejecutor directo del presupuesto comunitario 10

Javier Nistal Burón
Las muertes por suicidio en prisión. La responsabilidad directa de la administración penitenciaria 24

Fe de erratas

Por un error en el proceso de documentación, en el Cuadernillo Jurídico del número anterior (23) se publicó, bajo el título *El Medio Propio en la Jurisprudencia Comunitaria sobre Contratos Públicos. Análisis de la sentencia del TJCE, Coditel, de 13 de noviembre de 2008 y Reflexiones desde una perspectiva española*, el texto íntegro de dicha sentencia en lugar del artículo redactado al respecto por Ignacio del Cuvillo Contreras. En el Cuadernillo Jurídico del presente número subsanamos el error publicando el artículo correcto. Desde la Dirección de esta revista deseamos pedir disculpas tanto al autor del documento como a nuestros lectores por la confusión que dicho error haya podido crear.

tenlo
en
cuenta

Un gran premio de

250.000€

cada mes

y más de

100.000 regalos

Ya está aquí **Tenlo en Cuenta**, una promoción creada por Grupo Banco Popular para premiar a todos los clientes que tengan contratada una Cuenta.

¿Qué tienes que hacer para participar?

- Participa con tu **Cuenta**; y si aún no eres cliente, contrata una.
- Busca los **Rasca y Gana** y las **Participaciones** en tu extracto o en www.grupobancopopular.es
- Y si te ha tocado algún premio, recógelo en cualquiera de nuestras sucursales.

¡Te tenemos en cuenta para ganar!



GRUPO
BANCO
POPULAR

BANCO POPULAR ESPAÑOL
BANCO DE ANDALUCÍA
BANCO DE CASTILLA
BANCO DE CRÉDITO BALEAR
BANCO DE GALICIA
BANCO DE VASCONIA



grupobancopopular.es



grupobancopopular.mobi



902 301 000

Màrius Rubiralta

Durante el curso 2010-2011 entrará en vigor el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) en los 46 países que se han adherido a él. En España, durante el presente curso ya se imparten por primera vez los nuevos grados adaptados al EEES y el próximo curso está previsto un mayor número de grados que sustituyen a las actuales licenciaturas y diplomaturas.

NOTA: La entrevista que a continuación publicamos fue realizada el pasado día 20 de febrero, antes de la reestructuración de los Departamentos Ministeriales por Real Decreto 542/2009 de 7 de abril, cuando la Secretaría de Estado de Universidades dependía del Ministerio de Ciencia e Innovación.

“El momento del debate ya ha pasado y ahora nos estamos concentrando en las tareas de informar en la puesta en marcha y en dar un nuevo impulso al proceso mejorando procesos y clarificando algunas contradicciones”

Pregunta: La Universidad lleva ya diez años inmersa en este decisivo proceso de cambio estructural. Sin embargo es ahora, a apenas un año de su definitiva puesta en funcionamiento, cuando proliferan los debates y controversias sobre la idoneidad del EEES. ¿Considera que existe desinformación en la opinión pública acerca de lo que supone el “Proceso de Bolonia” para la modernización del mundo universitario?

Respuesta: En primer lugar quiero aclarar que el curso clave va a ser el 2010-2011 en el que ya no podrán implantarse los planes de estudio previos al EEES. Por otro lado y contestando su pregunta, decir que la gran mayoría de estudiantes y docentes ve la adaptación al EEES como una gran oportunidad. El momento del debate ya ha pasado y ahora nos estamos concentrando en las tareas de informar en la puesta en marcha y en dar un nuevo impulso al proceso mejorando procesos y clarificando algunas contradicciones.

Para ello, el Consejo de Ministros en su sesión de 30 de enero adoptó un Acuerdo por el que se aprueba el Plan de Acción 2009 para el apoyo y la modernización

de la universidad pública española en el marco de la Estrategia Universidad 2015. Este plan prevé una partida extraordinaria de 37 millones de euros para becas universitarias de grado y máster en 2009 que se adiciona a los más de 490M€ incluidos en los PGE de I+D+i para este ejercicio presupuestario.

Asimismo, destinará 85 millones de euros a apoyar la adaptación de los títulos e infraestructuras universitarias al nuevo marco europeo. E incluye una actuación, dotada con cinco millones de euros que permitirá proyectar internacionalmente la investigación en ciencias sociales y humanas que se publica en español.

El Plan de Acción 2009 contempla además un Plan de comunicación y publicidad para explicar a estudiantes universitarios y de secundaria, familias, profesores y a la sociedad en general, las características y ventajas del EEES.

Las actuaciones incluidas en este Plan de Acción 2009 garantizarán el cumplimiento de la declaración de Bolonia y servirán para reforzar los compromisos con la Universidad Pública de calidad, ex-



presados en la Declaración del Gobierno en Apoyo y Defensa de la Universidad Pública Española que figura como documento adjunto a éste Plan.

P: El descontento percibido en amplios sectores del mundo estudiantil está adquiriendo una dimensión creciente. ¿Hasta qué punto considera que esta situación de protesta puede llegar a convertirse en un serio problema para la puesta en marcha del EEES en nuestras Universidades?

R: No estoy de acuerdo con esta visión. Las protestas han sido minoritarias. En un primer momento el movimiento constituyó un revulsivo crítico que puso de actualidad las amenazas y oportunidades del proceso. Posteriormente no se ha sabido modular el movimiento de protesta, lo que produce efectos secundarios, no deseados, pero que están afectando a la imagen de la universidad pública. En algunos casos se ha intentado imponer la voluntad de una minoría sobre una mayoría que respeta los órganos participación democrática universitaria. Además ha habido bastante confusión ya que se han mezclado temas que no tienen que

ver con el proceso de convergencia europea y la adaptación de las enseñanzas.

La adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior avanza a un ritmo razonable. La Secretaría de Estado de Universidades tiene previsto que el próximo curso se impartan 858 nuevos grados adaptados, que se sumarán a los 142 que ya han comenzado a impartirse este curso 2008-2009. Señalo, además, que España se situará con estos nuevos grados en el “ecuador” del proceso.

P: El segundo gran proyecto de su departamento es el denominado **Estrategia Universidad 2015, una iniciativa encaminada a la modernización de la Universidad Española** ¿Cuáles son las líneas maestras de este ambicioso proyecto y de que manera se imbrica en el proceso de implantación del EEES?

R: Esta estrategia va a suponer un impulso en este proceso de adaptación y modernización e internacionalización del sistema universitario español. Se trata de un gran pacto social entre el Gobierno, las administraciones autonómicas, las uni-

“ No se ha sabido modular el movimiento de protesta, lo que produce efectos secundarios, no deseados, pero que están afectando a la imagen de la universidad pública ”



“ Dentro de una década nuestras mejores universidades estarán entre las 100 mejores europeas y nuestro sistema universitario tendrá un mayor reconocimiento social de su calidad tanto a nivel nacional como internacional ”

versidades, y los agentes económicos y sociales y va a ser el eje de nuestro compromiso diario con la mejora de nuestras universidades.

El principal objetivo de la Estrategia Universidad 2015 es lograr mejores universidades con un sistema formativo y unas actividades de investigación y transferencia de conocimiento de calidad, y competitivas en el panorama europeo e internacional. Queremos situar a nuestras mejores universidades entre las 100 mejores europeas.

Asimismo, el adecuado diseño e implementación de la Estrategia Universidad 2015 generará importantes beneficios, entre los que destacan una mayor autonomía universitaria, fortalecimiento de las políticas de becas y ayudas al estudio, motivación e implicación del colectivo de estudiantes, una universidad más accesible, nuevos perfiles profesionales universitarios adaptados a las necesidades actuales, mayor transparencia en la rendición de cuentas, una universidad competitiva a nivel local y a nivel global, así como también, la transferencia de conocimiento y tecnología aplicada de forma más eficiente.

P: Uno de los principales retos de la Universidad pública española es la revisión de su modelo de financiación. ¿Cómo se plantea este proceso y que papel juega el programa Campus de Excelencia Internacional en esta adaptación económica?

R: La financiación de las universidades es una de las claves en las que se enmarca la gran apuesta de la Estrategia Universidad 2015. Aspiramos a sentar las bases de un modelo que sea estable, sostenible y que permita trabajar a medio y largo plazo, en el que esté contemplada la parte de financiación del Estado, de las comunidades autónomas y la parte de financiación privada. Un modelo que no sea de duplicación, sino de optimización de los recursos siempre respetando el marco competencial existente.

Las universidades tendrán que ser capaces de aprovechar sus fortalezas y redefinir su papel: diferenciarse y construir el futuro sobre sus ventajas comparativas.

La actual coyuntura económica y financiera obligará a incorporar, con una rapidez mucho mayor, procesos de gestión



Màrius Rubiralta Alcañiz nació en Manresa en 1952. Se doctoró en Ciencias Químicas en 1979 y posteriormente fue nombrado catedrático de Química Orgánica en la Facultad de Farmacia de la Universitat de Barcelona. A lo largo de su trayectoria profesional ha ocupado los cargos de director del Departamento de Farmacología y Química Terapéutica, de vicepresidente de la División de Ciencias de la Salud y de vicerrector de Investigación de la Universidad de Barcelona, durante el mandato del rector Antoni Caparrós, de 1994 a 2001.

» En primera persona

Asimismo, es miembro numerario de la Real Academia de Farmacia de Cataluña y en 2003 le fue otorgada la Medalla Narcís Monturiol de la Generalidad de Cataluña al mérito científico. Durante el período 2002-2005 ocupó el cargo de director general del Parque Científico de Barcelona. El año 2005 fue nombrado rector de la Universidad de Barcelona cargo que ocupó hasta el 21 de abril de 2008 hasta su nombramiento como Secretario de Estado de Universidades.

Ha ocupado el cargo de Vicepresidente primero de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas, y ha sido presidente del Consejo Asesor Internacional de la Red Universitaria Iberoamericana de Incubación de Empresas, presidente de la Comisión de Estrategia del Plan Estratégico Metropolitano de Barcelona.

Su línea de trabajo se ha centrado en la síntesis orgánica relacionada con la elucidación y síntesis de productos naturales, principalmente en el campo de la química médica. Su

tarea investigadora se orienta hacia la síntesis de moléculas con potencial interés terapéutico. Es autor de varios libros y cuenta con más de cien publicaciones internacionales. Ha dirigido quince tesis doctorales.

Una parte importante de su actividad la ha dedicado a la promoción de la investigación universitaria desde los diferentes cargos institucionales que ha ejercido. Junto con un activo colectivo de vicerrectores catalanes, participó en la creación de la Comisión Estatal de Investigación de las Universidades Españolas, transformada posteriormente en la Comisión Ejecutiva de I+D de la CRUE, de la cual fue primer secretario. El desarrollo de nuevas políticas de transferencia de conocimiento y tecnología ha estado siempre en el punto de mira de su actividad y ha participado en diversas publicaciones, libros y conferencias. En el marco del proyecto del Parque Científico de Barcelona, ha introducido en nuestro país un nuevo concepto de relación entre el sector generador de nuevos conocimientos y la empresa.

eficientes y eficaces, porque los recursos van a ser limitados en los próximos tiempos. La Estrategia Universidad 2015 propone un nuevo modelo de agregación de universidades, instituciones y centros de investigación localizados en un determinado campus, entre universidades, para optimizar recursos y ser más competitivos. Nuestro sistema y nuestra estructura universitaria requieren más alianzas estratégicas y desde el Gobierno las estamos fomentando.

P: ¿Qué opinión le merecen las críticas de quienes opinan que el EEES acaba con el concepto de universidad pública y pone la formación universitaria en manos de la empresa privada?

R: Se trata de un planteamiento totalmente erróneo. La defensa de la universidad pública es una de las grandes apuestas de este gobierno. De hecho, nunca ha sido tan importante la dimensión social de la educación superior como ahora. En España esto ha sido objeto de especial atención, de manera realmente intensa en la última legislatura Y el Plan de Acción 2009 para el apoyo y la modernización de la universidad española es una clara prueba de ello.

P: ¿Considera que la crisis económica en la que Europa se halla inmersa puede afectar en alguna medida a la definitiva implantación del EEES prevista para el próximo curso académico?

R: Es importante destacar el esfuerzo que han realizado y están realizando las universidades españolas en adaptar todas sus titulaciones en el plazo previsto. Hay ya alguna universidad que tiene todas sus titulaciones adaptadas y son más de 1000 enseñanzas de grado las que se encuentran en proceso de verificación.

Por este motivo para que en modo alguno se vea afectado el proceso, el gobierno dejó constancia de su voluntad de impulso a este proceso con Plan de acción 2009, antes mencionado. Este plan contempla además ayudas para la implantación de las nuevas titulaciones al Espacio Europeo de Educación Superior así como la adaptación de infraestructuras necesarias.

P: La implantación del EEES, así como la aprobación de la nueva Ley de Acceso a la Abogacía, que obliga a superar después otro examen para poder colegiarse, van a suponer una amplia-

El procedimiento de acceso al ejercicio profesional en la Administración General del Estado será uno de los temas prioritarios que deberá tratarse en los ámbitos ministeriales competentes en el tema



ción en el tiempo de formación exigido a los futuros opositores. ¿Cómo vería usted una propuesta que pretendiera atribuir algún efecto, en los cursos de posgrado, a la realización, con ciertos requisitos, de los estudios de preparación de ciertas oposiciones a Cuerpos Superiores de la Administración? En caso afirmativo, ¿cuáles podrían ser esos requisitos y esos efectos?

R: Desde estas líneas quiero resaltar la labor ejercida por el cuerpo de Abogados del Estado que constituye uno de los elementos básicos en los procedimientos de modernización la Administración General del Estado. El procedimiento de acceso al ejercicio profesional en la Administración General del Estado será uno de los temas prioritarios que deberá tratarse en los ámbitos ministeriales competentes en el tema.

En estos momentos nos encontramos trabajando con el Ministerio de Justicia en el proyecto de Real Decreto para el desarrollo de la Ley de acceso a la abogacía. En este sentido, es importante destacar que en el desarrollo de la Ley Orgánica de Universidades se prevé el marco español de cualificaciones de la educación supe-

rior (MECES) y pudiera ser éste el ámbito en el que se regulen otro tipo de reconocimientos de aprendizajes no formales e incluso de la experiencia profesional.

P: ¿Cómo imagina la Universidad española dentro de una década?

R: Las políticas en materia universitaria de esta Secretaría de Estado se encaminan a construir la Nueva Universidad del siglo XXI.

Una universidad que además de ser un motor para el avance del conocimiento, debe ser un motor para el desarrollo social y económico del país. Hoy si cabe más que nunca España requiere de uni-

versidades fuertes y competitivas, con mayor grado de internacionalización y con un alto nivel de desarrollo en el ámbito de su responsabilidad social. Dentro de una década nuestras mejores universidades estarán entre las 100 mejores europeas y nuestro sistema universitario tendrá un mayor reconocimiento social de su calidad tanto a nivel nacional como internacional.

Estamos convencidos de que los países que mejor forman a sus universitarios, que promueven una investigación de mejor calidad, y que promocionan universidades y campus universitarios de mayor excelencia internacional, están mejor preparados para afrontar los actuales retos de la sociedad y por ello actúan como grandes atrayentes de talento, de investigadores, de inversiones y de demanda de conocimiento por parte de la empresa global. Las ciudades y los territorios que sepan actuar conjuntamente con sus universidades estarán presentes en la nueva sociedad global basada en el conocimiento.

España y Europa necesitan universidades capaces de construir sus propias fortalezas y diferenciar sus actividades en base a sus fortalezas. ■

Los países que mejor forman a sus universitarios están mejor preparados para afrontar los actuales retos de la sociedad



El Tribunal Constitucional y el “proceso de ilegalización” de FEDECA:

UNA LUZ EN EL CAMINO

Jose Antonio Morillo-Velarde del Peso | Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Justicia

UN POCO DE HISTORIA

Corrían los primeros momentos de la transición política, antes incluso de las primeras elecciones generales democráticas, cuando se acomete la demolición del sindicalismo vertical propio del franquismo con la adopción de dos medidas esenciales. De una parte, la supresión de la afiliación obligatoria y, en consecuencia, de la cotización obligatoria de empresarios y trabajadores al sindicato vertical (aunque, como señala Luis Enrique de la Villa, haya acabado sustituyéndose por una nueva cuota sindical obligatoria a favor de los llamados “sindicatos más representativos”, sólo que esta vez a cargo de todos los españoles a través de los Presupuestos Generales del Estado); de otra, la admisión del derecho de libre sindicación, que se regula con timidez en la nomenclatura pero pleno acierto en su contenido.

A este propósito responde la Ley de 1 de abril de 1977, de Asociación Sindical, desarrollada por el Decreto de 17 de junio de 1977, por el que se establecen normas para el ejercicio del derecho de asociación sindical de los funcionarios públicos. Dicha regulación elude deliberadamente el término sindicato, si bien establece unos requisitos de constitución y funcionamiento en todo acordes con las posteriores exigencias de la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985. Coherentemente, ésta última determina la convalidación *ope legis* de las asociacio-

nes sindicales (sindicatos) constituidas con arreglo a la normativa precedente, sin solución de continuidad en su personalidad jurídica.

La Federación de Asociaciones de la Administración Civil del Estado (FEDECA) se constituyó en 1981 al amparo de la legislación de 1977, agrupando a distintas Asociaciones profesionales de Cuerpos Superiores y registrándose sus estatutos en el registro de organizaciones sindicales del Ministerio de Trabajo, que fueron publicados en el Boletín Oficial del Estado sin que se formulara oposición alguna.

En ejercicio del derecho de libertad sindical, FEDECA convocó dos huelgas de funcionarios superiores en 1983 y dispuso de liberados sindicales a lo largo de los años 80. Con posterioridad, centró su actividad en la negociación con el Gobierno

y en la impugnación de determinadas decisiones normativas que se entendía que vulneraban el principio rector de su proceder: la defensa de la profesionalidad en el ámbito de la Administración pública.

Sin embargo, la interlocución con los Gobiernos de distinto signo que se sucedieron fue muy limitada y cuas clandestina, de carácter informal. La falta de efectividad de esta permanente voluntad de diálogo, unida al abandono de los funcionarios superiores por los sindicatos tradicionales, determinó un déficit de representación de este importante segmento de la función pública, que quedaba al albur de la buena (o no tan buena) voluntad de los gestores en cada momento.

LAS ELECCIONES SINDICALES DE 2007

En estas circunstancias de agotamiento del modelo operativo se produce en el año 2006 una profunda reestructuración de FEDECA, impulsada entre otras por la Asociación de Abogados del Estado, que cabría calificar de auténtica refundación. La nueva Junta Directiva decide participar en las elecciones sindicales convocadas por CC.OO., UGT y CSIF en el ámbito de la Administración del Estado. La apuesta era arriesgada, porque el segmento de los funcionarios de grupo A, segmento del que FEDECA podía obtener votos, no es precisamente el más numeroso en el marco de un proceso electoral general en el que, a diferencia del sector laboral, no existe el personal

“FEDECA debe impulsar una reflexión formal sobre el modelo de representación colectiva de los funcionarios actualmente vigente”



“fuera de convenio” ni un sistema de representación específica para técnicos y directivos. Sin embargo, se contaba con dos elementos estratégicos que facilitaban la operación: el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas había incrementado el peso proporcional de los funcionarios superiores y, además, se contaba con el enorme impacto de la abstención en elecciones precedentes derivado de la falta de confianza de los funcionarios en los sindicatos tradicionales, más preocupados en obtener financiación pública y puestos de liberados sindicales que en defender sus derechos.

Formalizadas las candidaturas, se producen multitud de impugnaciones de los sindicatos tradicionales, alegando la falta de naturaleza sindical de FEDECA. Tales impugnaciones se residen en un arbitraje obligatorio previo, que se confía ya árbitros designados por los propios sindicatos impugnantes! FEDECA recurrió los laudos desfavorables ante los Juzgados de lo Social, con resultado mayoritariamente exitoso. Sin embargo, en algún supuesto la sentencia ratificó el laudo anulatorio previo.

FEDECA se constituyó en 1981, al amparo de la legislación de 1977, agrupando a distintas Asociaciones profesionales de Cuerpos Superiores

Fue el caso de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid, en relación con las elecciones del Ministerio de Economía y Hacienda, en las que FEDECA había quedado en primer lugar en número de vocales (empatada con otro sindicato específico de este Ministerio integrado por funcionarios del grupo B) y cuyo cabeza de lista era el propio Presidente de FEDECA. La sentencia sustenta la anulación de la candidatura de FEDECA en tres líneas argumentales:

- La falta de intención de sus fundadores de crear un sindicato, acreditada por su denominación y por los fines plasmados en los estatutos.
- Su carácter no sindical, distinguiendo entre intereses “profesionales” e intereses “laborales”.
- La imposibilidad de que se afilie a FEDECA cualquier trabajador, pues sólo agrupa a asociaciones de funcionarios de “cuerpos de élite” (sic).

Interpuesto recurso de amparo, el Tribunal Constitucional lo resuelve con encomiable celeridad mediante su sentencia de 17 de noviembre de 2008, que otorga el amparo solicitado, rechazando con rotundidad los argumentos empleados en la sentencia impugnada.

En relación con la primera cuestión, la Sentencia señala que “...la afirmación relativa a que la intención de los fundadores no era la creación de un sindicato resulta claramente carente de sustento. Ciertamente FEDECA se fundó al amparo del Real Decreto 1522/1977, de 17 de junio, que establece las normas para el ejercicio del derecho de asociación sindical de los funcionarios públicos, y tiene como fines la representación y defensa de los intereses profesionales comunes a todas las asociaciones que la integran, servir de cauce de comunicación permanente entre las diversas asociaciones federadas para lograr la más eficaz consecución de sus objetivos, y colaborar con la Administración en la elaboración de las disposiciones que directa o indirectamente afecten a los intereses encomendados a las distintas asociaciones federadas (Arbs. 1 y 2 de sus estatutos). Atendiendo al contenido de estos estatutos ha de concluirse que la creación de FEDECA es el resultado del legítimo ejercicio del derecho de asociación sindical de un colectivo concreto de funcionarios públicos (los adscritos a los cuerpos superiores de la Administración Civil del Estado) para llevar a cabo colectivamente la defensa de los intereses profesionales que le son comunes, adoptando para ello la forma organizativa federativa, conforme a la posibilidad prevista en el Art. 2 de la norma reglamentaria antes citada...”.

Igual de inadmisibles –continúa– resulta la significación conceptual que las resoluciones impugnadas pretenden deducir de la contraposición entre los intereses laborales y los intereses de carácter profesional, “pues el presupuesto de profesionalidad es consustancial al fenómeno sindical, en tanto en cuanto la representación y defensa de los intereses profesionales y corporativos ha sido desde sus orígenes su principal objetivo. El sujeto sindical es, en definitiva, el portavoz e instrumento representativo que permite la tutela y promoción de los intereses colectivos de un grupo homogéneo de trabajadores unidos por su conexión laboral o por sus comunes intereses profesionales...”

Con mayor contundencia aún, rechaza el tercer motivo anulador de la candidatura de FEDECA, que “choca frontalmente con el reconocimiento constitucional y legal del derecho a la libertad sindical”, señalando que el artículo 28 de la Constitución no sólo contempla el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, sino también el derecho de los sindicatos a constituir confederaciones”.

BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Además del notable éxito electoral obtenido, ya que FEDECA obtuvo más de cien delegados (pese a que en los Ministerios de Industria y Trabajo fueron retiradas sus papeletas, tras sendos laudos anulatorios) y constituye la primera fuerza sindical en los Ministerios de Justicia y Hacienda y la segunda en los de Fomento y Asuntos Exteriores, y la no menor satisfacción procesal por el pronunciamiento del supremo intérprete de la Constitución, el proceso proporciona lecciones importantes y sugiere nuevas líneas de actuación.

Además de la defensa sustantiva de la profesionalidad en el ámbito de la Administración del Estado (perseverando en la discrepancia de decisiones que puedan cuestionarla, como la reducción de los temarios de oposiciones para el acceso a los Cuerpos superiores, y en el ofrecimiento de permanente colaboración al Gobierno, en particular en el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público), FEDECA debe impulsar una re-

flexión formal sobre el modelo de representación colectiva de los funcionarios actualmente vigente, que adolece de un claro déficit democrático, propugnando un sistema que garantice la igualdad de oportunidades en una doble dirección:

- La reforma del procedimiento electoral, suprimiendo el arbitraje obligatorio encomendado a árbitros designados por una de las partes en litigio o, al menos, articulando un eficaz catálogo de causas de abstención o recusación.

“En 2006 se produce una profunda reestructuración de FEDECA, impulsada entre otras por la Asociación de Abogados del Estado”

- La introducción de criterios reales de representación en la negociación colectiva en los distintos sectores de la Administración, atribuyendo a las Juntas y Delegados de Personal una capacidad negociadora que ahora expresamente se les niega.

Sin duda, el camino no será corto ni fácil. Existen importantes intereses creados y consolidados desde hace años a favor de los sindicatos tradicionales y en la actualidad no parece caminar precisamente en esa dirección, sino en la contraria, atribuyendo en exclusiva a tales sindicatos la capacidad de negociación en cualesquiera ámbitos, con exclusión expresa de otras organizaciones sindicales que en los mismos hayan obtenido la confianza, incluso claramente mayoritaria, de los funcionarios que representan.

Pero, como señalara Bertolt Brecht, hay quienes luchan toda la vida: esos son los imprescindibles. ■



¿SEREMOS EL CUARTO JUGADOR DEL PARTIDO DE PING-PONG?

La recepción en España de personas detenidas en la base naval de Guantánamo

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto | General Consejero Togado® y Director del CEDIH de la Cruz Roja Española

LA RESPUESTA DEL ESTADO VÍCTIMA DE UNA ACCIÓN TERRORISTA

Como prólogo debemos precisar que la respuesta del Estado víctima de una acción terrorista, tanto si se trata de una acción de guerra, medida de legítima defensa o represalia, se inscribe en el ámbito del Derecho Internacional (*ius ad bellum*) que regula la prohibición del uso o amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas) y sus excepciones (legítima defensa individual o colectiva, según el art. 51 de la Carta), así como el sistema institucionalizado de seguridad colectiva que establece el capítulo VII de la Carta.

Ahora bien, desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario (DIH) o “*ius in bello*”, es evidente que la aplicación de sus normas sigue siendo independiente de las causas de la guerra y que, por tanto, se debe rechazar toda aplicación discriminatoria del DIH. Así, debemos contestar negativamente a la pregunta retórica que se plantea F. Bugnion: “¿Un beligerante puede invocar que es víctima de una agresión para liberarse de las obligaciones que le impone el DIH y negarse a respetar sus normas?”.

LA CONDICIÓN DE COMBATIENTE

En el conflicto armado internacional de Afganistán, se planteó si los miembros del llamado *ejército talibán* o fuerzas armadas de Afganistán y las milicias que formaban parte de estas fuerzas armadas, cumplían los requisitos del III Convenio de Ginebra, cuestionándose si al ser capturados por la Parte adversa tenían de-

recho al trato debido a los prisioneros de guerra.

La postura de la Administración de los Estados Unidos de América fue denegar el estatuto de prisioneros de guerra a los soldados talibanes que, al no vestir uniforme ni llevar signos reconocibles a distancia, no se distinguían de la población civil y no cumplían los cuatro requisitos clásicos del artículo 4 (A) (2) del III Convenio de Ginebra. Sin embargo, para el actual DIH basta que se cumpla el deber del combatiente de distinguirse de la población civil.

Y así, en una importante obra en la que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) examina el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario a la luz de la práctica de los Estados y Tribunales internacionales, se formula la Norma consuetudinaria nº 106, de la forma siguiente: “*Los combatientes deben distinguirse de la población civil mientras toman parte en un ataque o en una operación militar preparatoria de un ataque. Si no lo hacen así, no tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra*”.

No existe categoría de personas participantes o víctimas de un conflicto armado internacional que se encuentren desprotegidas por el DIH

COMBATIENTES IRREGULARES Y ESTATUTO DE LOS PRISIONEROS DE GUERRA

En lo que atañe al caso de los miembros de *Al Qaeda* capturados en Afganistán luchando en el curso de éste conflicto armado internacional, la imputación de que están integrados en un grupo terrorista internacional no puede impedir que se les reconozca la condición de combatientes, si concurren los requisitos colectivos e individuales que establece el III Convenio de Ginebra. En efecto, será determinante conocer si estas milicias o cuerpos de voluntarios se integraban o formaban parte de las fuerzas armadas de Afganistán, estaban mandados por una persona capaz de responder de la conducta de sus subordinados y si dirigían sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra. En principio no parece que existan razones para dudar de la concurrencia de los citados requisitos colectivos puesto que los miembros de *Al Qaeda* no se encontraban en Afganistán de forma clandestina sino con la autorización del Gobierno del país al que apoyaban en su lucha armada.

Hay que advertir, como reiteradamente ha recordado el CICR, que los requisitos individuales necesarios para gozar de la condición de combatiente no se pueden determinar de modo global sino que hay que hacerlo caso por caso, tanto si se trata de los miembros de las fuerzas armadas de Afganistán (*ejército talibán*) como de los pertenecientes a *Al Qaeda*.

No hay que olvidar que el reconocimiento de la condición de prisioneros de guerra no es obstáculo para que puedan ser



juzgados por los crímenes que pudieran haber cometido. La observancia del DIH no constituye en modo alguno un obstáculo en la lucha contra el terrorismo.

LA INICIAL PRESUNCIÓN “PRO STATUS” DE PRISIONERO DE GUERRA ESTABLECIDA EN EL III CONVENIO DE GINEBRA

Como consecuencia de una dilatada experiencia internacional se ha llegado a la proclamación, en el párrafo segundo del artículo 5 del III Convenio de Ginebra, del principio de la presunción de la condición de prisionero de guerra en caso de duda. Por tanto, se debe gozar del trato establecido en el III Convenio de Ginebra hasta que un *Tribunal competente* haya determinado su estatuto.

Ahora bien, para que sea aplicable este principio “*pro status* de prisionero” debe existir, en primer lugar, una duda razonable sobre su condición que se derive de las circunstancias de su captura (requisitos individuales y colectivos) y tratarse de una persona que haya cometido un acto de beligerancia y que haya caído en poder del enemigo.

No ha sido esta la interpretación inicial de los Estados Unidos de América respecto a las personas detenidas combatiendo con ocasión del conflicto armado con Afganistán y la constitución de Comisiones Militares a tales efectos. Posteriormente, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 29 de junio de 2006 (caso *Hamdam versus Rumsfeld*) se crearon Tribunales Militares de Revisión del Estatuto de Combatiente Enemigo (integrados por tres militares designados por la Administración militar), negándose el acceso a los Tribunales ordinarios militares (Consejos de Guerra) o los Tribunales Federales de los Estados Unidos.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES EN PODER DE LA PARTE ADVERSA

La falta de reconocimiento del estatuto de prisioneros de guerra a un grupo de personas durante un conflicto armado internacional no priva a éstas de la protección del DIH. El IV Convenio de Ginebra con-



“ Los detenidos en Afganistan y en la bahía de Guantánamo se deben beneficiar de la presunción y gozar del trato debido a los prisioneros de guerra ”

tiene normas específicas que se refieren a la población civil, principal víctima de las guerras odernas.

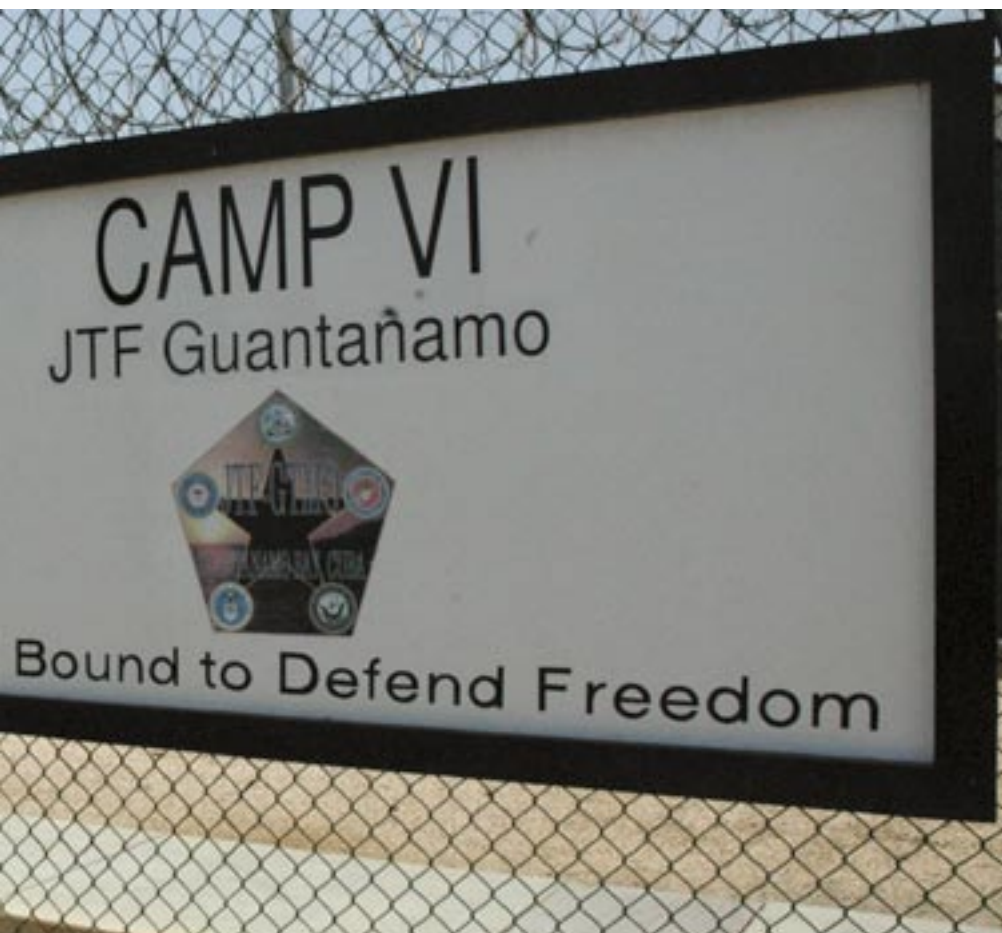
Se consideran personas civiles protegidas quienes, *en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas* (art.4, IV Convenio de Ginebra). Así pues, se trata de los nacionales del Estado enemigo presentes en el territorio de un beligerante y de los habitantes de un territorio ocupado que no posean la nacionalidad de la Potencia ocupante.

Por lo que se refiere a la detención e internamiento de personas civiles, el IV Convenio de Ginebra les concede una serie de garantías procesales para que la decisión pueda ser revisada por un tribunal u órgano administrativo competente (art. 43, IV Convenio).

LA NOCIÓN DE “COMBATIENTES ENEMIGOS, ILEGALES O NO PRIVILEGIADOS”

Knut Dörmán examinó la situación jurídica de una categoría de personas a quienes la terminología estadounidense denomina “*Combatientes ilegales o no privilegiados*”, criticando desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario la postura de quienes entienden que tales combatientes quedan fuera de los ámbitos de aplicación de los III y IV Convenios de Ginebra de 1949.

En tal sentido la interpretación sostenida por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la doctrina mayoritaria se asienta sólidamente en el artículo 4 del IV Convenio de Ginebra. O para decirlo con palabras del propio CICR: “...los



LA POSTURA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN RELACIÓN CON EL ESTATUTO DE LOS DETENIDOS EN LA BASE NAVAL DE GUANTÁNAMO

Las decisiones del Gobierno de los Estados Unidos de América en estos supuestos generaron una controversia a escala mundial, al no otorgar el estatuto de prisionero de guerra ni siquiera a los miembros de las fuerzas armadas afganas (los talibanes). Incluso en éste país era diferente la postura mantenida por el Secretario de Estado y por el Secretario de Defensa. En todo caso hay que añadir que, como escribe Hans Peter Gasser esta denegación no los convierte en “*parias legales*”, pues les corresponde cuanto menos la protección establecida en las normas del DIH y de los Derechos Humanos (DD.HH.).

Estimamos por nuestra parte que los detenidos en Afganistán y en la bahía de Guantánamo, se trate de miembros de las fuerzas armadas de Afganistán o de miembros de *Al Qaeda*, se deben beneficiar de la presunción y gozar en principio del trato debido a los prisioneros de guerra.

Con discreción no exenta de firmeza, el CICR ha mantenido la aplicación del III Convenio de Ginebra y el procedimiento establecido en el DIH para determinar cuando las personas detenidas no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. Sus delegados han visitado desde el año 2002 a las personas detenidas por los Estados Unidos, de conformidad con el cometido que se asigna al CICR en el III Convenio de Ginebra. Finalmente, el propio CICR solicitó a Estados Unidos que cada detenido debe tener acceso a un Tribunal independiente e imparcial que determine su estatuto y, sobre esta base, proceder de forma individual formulando cargos o liberando a los detenidos.

TRATO DEBIDO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA: APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS NORMAS HUMANITARIAS

Por lo que se refiere a la situación de las personas detenidas en la Base Naval de Guantánamo, un Informe elaborado por la Comisión de Derechos Humanos de

civiles que han tomado parte en las hostilidades y cumplen con los criterios de nacionalidad previstos en el IV Convenio de Ginebra siguen siendo personas protegidas en virtud de dicho Convenio”.

De forma esquemática diremos que, en territorio ocupado, los civiles que portan las armas abiertamente en los ataques y se distinguen de la población civil son combatientes y tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra según el artículo 44 del Protocolo I Adicional. Los civiles, nacionales de una Parte en conflicto de la cual no sean súbditos, que participan directamente en las hostilidades están protegidos por el IV Convenio de Ginebra. Y, finalmente, las personas civiles extranjeras gozan de la protección residual (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y artículo 75 de su Protocolo I Adicional).

En resumen no existe una categoría de personas participantes o víctimas de un conflicto armado de carácter internacional que se encuentren desprotegidas por el DIH, pues no hay una laguna legal entre las personas protegidas por el III y IV Convenio de Ginebra, siempre que las

“El presidente de EE.UU., Barak Obama, firmó el 22 de enero de 2009 un Decreto ordenando el cierre de la prisión de Guantánamo en el plazo de un año”

personas civiles cumplan con los criterios de nacionalidad.

Todavía una reflexión más. En los problemas que presenta el equilibrio entre la lucha contra el terrorismo y el respeto del DIH, cada vez se percibe más la necesidad de una doble perspectiva: “*Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*”, como ha puesto de manifiesto el Profesor Pérez González al estudiar el caso de los detenidos de Guantánamo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



“Un informe elaborado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas concluyó que en aquel lugar de internamiento se practicaban abusos equivalentes a la tortura”

las Naciones Unidas (Ginebra, Febrero de 2006), concluyó que en aquel lugar de internamiento se practicaban abusos *equivalentes a la tortura* y se privaba a los detenidos de su derecho a contestar a los cargos formulados ante un Tribunal debidamente imparcial, violando las normas de un proceso justo. El Informe, secundado unánimemente por todos los Grupos del Parlamento Europeo, que pide el cierre de las instalaciones y que se dejen de practicar técnicas de interrogatorio que violan la legalidad internacional, fue realizado por cinco prestigiosos relatores a lo largo de dieciocho meses, que tuvieron que superar la dificultad de que no les fue permitido entrevistarse con los detenidos.

El CICR, como consecuencia de sus visitas periódicas a los detenidos en Guantánamo, remitió un informe confidencial a la Administración norteamericana que fue parcialmente publicado en la prensa de los Estados Unidos. Ante esta filtración, el CICR decidió darlo a conocer en su integridad. El Informe concluye que los sistemas tácticos de coacción empleados en relación con los aproximadamente 500 “*combatientes ilegales*” detenidos en Guantánamo son el equivalente a la tortura. Se detallan inadmisibles coacciones físicas y psicológicas en los interrogatorios y determinadas prácticas que suponen la violación de la deontología médica. Y el mismo Colin Powell, ex Secretario de Estado de

la Administración norteamericana con el Presidente Bush, pidió el cierre de esta prisión y el traslado de los internados a establecimientos penitenciarios en territorio de los Estados Unidos.

Y habría que añadir los traslados de detenidos entre prisiones secretas ubicadas en diversos países y la situación del centro de detención de Bagram (Afganistán), bajo el control norteamericano, que también ha sido calificado como “limbo legal”. La falta de garantías en relación con los testimonios de algunos acusados ha significado ya la anulación de algunos juicios contra detenidos en la Base Naval de Guantánamo y ha suscitado dudas sobre la legalidad de la condena de otros que han sido acusados de graves crímenes. El problema procesal que se plantea es la validez de determinados testimonios obtenidos mediante sistemas de interrogatorios que podrían ser considerados como similares a la tortura.

LAS COMISIONES MILITARES ESTABLECIDAS EN LA BASE NAVAL DE GUANTÁNAMO A) PRECEDENTES

En relación con el fundamento legal de las Comisiones Militares, hay que señalar que el Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos de América en su artículo 36 establece la previsión de las “*Comisiones Militares*”, otorgando al Presidente (de los EE.UU.) la facultad de

constituirlas mediante reglamentos que deberán, en cuanto lo estime conveniente, aplicar los principios de la ley y las reglas sobre prueba generalmente aceptadas en las causas criminales vigentes en los Tribunales de Distrito, pero no deben ser contrarias a éste Código (Uniforme de Justicia Militar) ni apartarse de él.

Sin embargo, se ha utilizado la excepcional atribución de poderes (propios del estado de guerra) al Presidente de los Estados Unidos conferida por la US PATRIOT ACT, para la aprobación presidencial (el 13 de noviembre de 2001) de la “*Military Comisión Order*”, desarrollada por Normas Procedimiento dictadas con fecha 21 de marzo de 2002. Como reacción inmediata a la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del año 2004 (caso *Hamdi versus Rumsfeld*), relativa al derecho de los detenidos de Guantánamo a que su caso fuera visto por un Tribunal de Justicia, se constituyeron las primeras Comisiones Militares para juzgar en tal Base a las personas privadas de libertad. Como consecuencia de esta sentencia, diversos jueces federales de los Estados Unidos de América han cuestionado la legalidad de las Comisiones Militares constituidas tanto para determinar la condición de combatiente o no de los detenidos como para juzgarlos por presuntos crímenes, al estimar que violan la Constitución norteamericana o los Convenios de Ginebra de 1949. En particular fue importante la

sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006 (caso *Hamdam versus Rumsfeld*). Esta decisión judicial ha obligado al propio Presidente de los Estados Unidos a reconsiderar la modificación de las citadas Comisiones Militares, particularmente a la vista del informe presentado por el General John Altenburg partidario de conceder mayores garantías procesales. Y así se aprobó una nueva Ley sobre las Comisiones Militares (*Military Commissions Act*) del año 2006.

B) LA POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

Se ha producido y subsiste todavía una importante diferencia de criterios entre la Administración, el Poder Legislativo (Congreso y Senado) de los Estados Unidos y el Tribunal Supremo (y otros Tribunales de Justicia), en relación con el enjuiciamiento de los detenidos en Guantánamo.

Ya hemos visto como, después de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, el Senado aprobó la *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tool Required to Intercept and Obstruct Terrorism* (Patriot Act, 16 de octubre de 2001), que fue prorrogada en el año 2005.

En el año 2004 el Tribunal Supremo dictó dos sentencias muy relevantes. La primera ya mencionada, en el caso *Hamdi ver-*

sus Rumsfeld, reconoció que el demandante tenía derecho a que su caso fuera visto por un Tribunal de Justicia y estableció que el Gobierno había violado la Quinta Enmienda de la Constitución relativa al proceso debido. La segunda, caso *Rasul versus Bush*, concedió el derecho al *habeas corpus* a las personas privadas de libertad en Guantánamo.

En el mismo año, un tribunal estadounidense en el caso *Abu Ali versus Ashcroft* declaró la responsabilidad del poder ejecutivo de los Estados Unidos por la detención de personas en el extranjero por otros Estados en su representación. Y concedió el derecho al *habeas corpus* cuando existen pruebas de una “custodia implícita” norteamericana, aunque la persona se hallare en poder de un Estado extranjero.

Pero la sentencia que ha tenido mayor trascendencia fue la acordada por mayoría del Tribunal Supremo el 29 de junio de 2006 en el caso *Hamdam versus Rumsfeld* (ponente: Juez Stevens). El acusado Salim Ahmed Hamdam, de nacionalidad yemení, fue capturado en Afganistán y fue acusado (y, posteriormente, condenado) de los cargos de conspiración de terrorismo. Al parecer se trataba del chofer y guardaspaldas del propio Osama Bin Laden.

El Tribunal Supremo ciertamente no se pronunció sobre la legitimidad del

Presidente (autorizado por el Congreso) para la creación de las Comisiones Militares con el fin de enjuiciar crímenes de guerra, pero las desautorizó por entender que su constitución viola el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que prohíbe las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio *ante un tribunal legítimamente constituido, con las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados*.

La reacción de la Administración norteamericana ante esta importante sentencia no se dejó esperar. En el mes de septiembre de 2006 el Congreso aprobó, a propuesta del Gobierno, la *Military Commissions Act* que, con independencia de regular otras cuestiones relacionadas con la “guerra contra el terrorismo” (interrogatorios coercitivos y la imposición de dolor físico y mental como procedimiento para obtener información), autoriza los juicios ante las Comisiones Militares *por violación de las leyes de la guerra y por otros propósitos*. El contenido de esta ley sigue la argumentación de los votos particulares disidentes de los jueces Thomas, Scalia y Alito en el caso *Hamdam versus Rumsfeld*. La citada ley concede, además, al Presidente facultades para interpretar los Convenios de Ginebra y determinar su aplicación.

Para algún autor esta ley, que invalida *de facto* la referida sentencia del Tribunal Supremo, solo sería razonable si única-

“Entre los allí arrestados figuran individuos detenidos por hechos que no guardan relación con ningún conflicto armado, que están protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o por la legislación interna de EE.UU.”



mente hubiera debido tener en cuenta el derecho interno norteamericano y sus precedentes en relación con los poderes del Presidente como Comandante en Jefe en tiempos de guerra, pero en el momento en que se aplica entra en contradicción con los estándares mínimos de los DD.HH. y con las normas imperativas del DIH).

Mientras este debate entre la Administración, el Congreso y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América (calificado como un partido de ping-pong) se desarrolla, han comenzado a actuar las Comisiones Militares de Guantánamo en su función de determinar el estatuto de los allí detenidos (prisioneros de guerra o “combatientes enemigos”) y se han empezado a celebrar juicios ante los Tribunales Militares Especiales (Comisiones Militares). En el primero que se ha sustanciado, ha sido declarado culpable Salim Ahmed Hamdam (“el chofer de Bin Laden”) del cargo de provisión de material de apoyo al terrorismo y absuelto de la acusación de conspiración para cometer crímenes de guerra.

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL *HABEAS CORPUS* APLICABLE A LOS DETENIDOS EN GUANTÁNAMO

Después de una serie de sentencias de diversos Tribunales ordinarios norteamericanos (Tribunales de Distrito, Cortes de Apelaciones) y de alguna decisión del Tribunal Supremo sobre la declaración de la condición de “combatientes enemigos” relativa a los detenidos en Guantánamo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en sentencia de 12 de junio de 2008 (caso *Lakhdar Boumediene y otros versus Bush*) se ha pronunciado a favor de la concesión del privilegio constitucional del *habeas corpus* a los extranjeros privados de libertad en la Base Naval de Guantánamo. El ponente juez Kennedy expresa en la sentencia la decisión del Tribunal, que fue adoptada por mayoría (5 jueces a favor: Kennedy, Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer; y 4 en contra: Roberts, Scalia, Thomas y Alito).

En resumen, los demandantes (designados como “combatientes enemigos” y detenidos en Guantánamo) presentan ante el Tribunal Supremo una cuestión no resuelta por el Alto Tribunal en sus anterio-

res sentencias relativas a detención de extranjeros en la citada Base Naval. Se trata de decidir si tienen el privilegio constitucional del *habeas corpus*, como garantía que no se puede desconocer, excepto en el supuesto previsto de la cláusula de suspensión. Y la sentencia sostiene que los demandantes tienen el privilegio del *habeas corpus*.

LA DECISIÓN DEL PRESIDENTE OBAMA SOBRE EL CIERRE DE LA PRISIÓN DE GUANTÁNAMO

El Presidente de los Estados Unidos Barak Obama, como había anunciado en su campaña electoral, firmó el 22 de enero de 2009 un Decreto ordenando el cierre de la prisión de Guantánamo en el plazo de un año. En tal centro de detención se encuentran actualmente 242 personas pertenecientes a treinta distintos Estados. Entre los allí arrestados figuran individuos detenidos por hechos que no guardan relación con ningún conflicto armado, que están protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o por la legislación interna de Estados Unidos.

En otro Decreto de la misma fecha, el Presidente Obama estableció dos Comisiones de Control. El Secretario de Defensa preside la primera y su función consiste en determinar las condiciones de detención de Guantánamo para dictaminar si se respeta el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el funciona-

Entre los presos de Guantánamo figuran individuos detenidos por hechos que no guardan relación con ningún conflicto armado, estando protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o por la legislación interna de EE.UU.

miento de las Comisiones Militares. El Ministro de Justicia dirige la segunda que analizará el estatuto de los detenidos en Guantánamo para decidir quienes deben ser puestos en libertad, trasladados a otros lugares o sometidos a juicio (determinando que clase de Tribunal debe juzgarlos). Esta Comisión también deberá pronunciarse sobre el procedimiento a seguir en los supuestos en que no se estime oportuno ni liberarlos, trasladarlos o someterlos a juicio. Las Comisiones de Control deberán elaborar sus informes antes de julio de 2009.

El Comité Internacional de la Cruz Roja ha valorado muy positivamente estas decisiones, recordando que la detención de las personas capturadas en el contexto de la lucha antiterrorista debe efectuarse dentro de un marco jurídico claro y adecuado, previsto por el DIH (privación de



libertad en relación con un conflicto armado) o por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta institución humanitaria asimismo ha manifestado su preocupación por las personas detenidas en secreto (hecho que atenta contra numerosas normas internacionales), al tiempo que celebra la decisión del Gobierno de los Estados Unidos de notificarle todos los arrestos y facilitarle el acceso a los detenidos para visitarlos.

LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PARA LA RECEPCIÓN EN EUROPA DE LAS PERSONAS DETENIDAS EN GUANTÁNAMO

Sin duda el mayor problema para la nueva Administración de los Estados Unidos consiste en decidir el destino de las personas, de nacionalidades distintas a la estadounidense, privados de liber-

tad por largo tiempo en la Base Naval de Guantánamo. Por supuesto deben ser excluidos los que tengan nacionalidad de Estados Unidos, aunque los datos disponibles indican que se trata de una única persona que sufre prisión en Charleston (Carolina del Sur).

Tampoco se plantea el traslado fuera de los Estados Unidos de América de aquellos arrestados, en conexión o no con un conflicto armado, que tengan pendientes juicios por crímenes de guerra, terrorismo u otros delitos ante los órganos judiciales norteamericanos. Todo ello con independencia de los problemas internos derivados de la determinación del Tribunal competente (Comisiones Militares, Consejos de Guerra ordinarios o Tribunales Federales), del difícil fundamento internacional de la competencia para juzgar a los capturados al margen de un conflicto armado y de la valoración de las pruebas obtenidas en interrogatorios que puedan ser calificadas como semejantes a la tortura.

Por otra parte, los Estados de la Unión Europea no han logrado una postura común ante la probable petición de la Administración americana para que reciban en sus respectivos territorios a los detenidos procedentes de Guantánamo. Algunos Estados europeos estiman que habiendo creado el problema Estados Unidos, solo a este Estado corresponde aportar la solución, máxime cuando en aquella Base Naval se han desconocido

por largo tiempo elementales normas del DIH y de los Derechos Humanos.

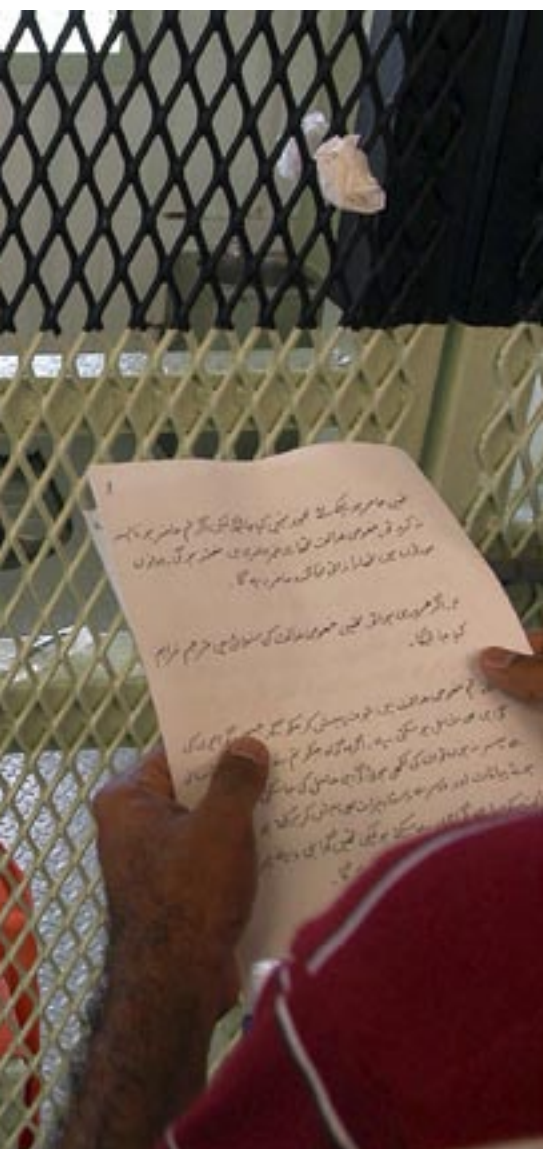
Pero, en todo caso, aún los gobiernos (como el del Reino de España) que han expresado su deseo de colaborar con la nueva Administración norteamericana, condicionan la recepción a que se trate de personas que no hayan sido condenadas en Estados Unidos (España no ha ofrecido sus establecimientos penitenciarios para el cumplimiento de penas impuestas por un Tribunal extranjero a no nacionales españoles) y a que los trasladados no tengan causas pendientes ante la Justicia estadounidense. Hay que destacar que no se tiene constancia de que alguna persona con nacionalidad española se encuentre hoy arrestada en Guantánamo.

LA ABSOLUCIÓN DEL LLAMADO “TALIBÁN ESPAÑOL”

Hamed Abderrahaman Ahmed, conocido por Hmido, español nacido en Ceuta y detenido en Guantánamo desde finales del año 2001 hasta que fue entregado por Estados Unidos a España el 13 de febrero de 2004, fue condenado a la pena de seis años de prisión por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autor de un delito de integración o pertenencia a organización terrorista. Sin embargo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de julio de 2006 (Magistrados Jiménez García, Ramos Gancedo y Soriano Soriano) estimó como totalmente nula y como tal inexistente toda diligencia o actuación practicada en Guantánamo. Escenario que calificó como verdadero “limbo” en la Comunidad Jurídica, integrando un acabado ejemplo de lo que se ha definido como “*Derecho penal del enemigo*”, rechazable como vulneración de los valores que se dicen defender. En consecuencia, estima el recurso, casa la sentencia condenatoria por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y dicta otra absolutoria, acordando la inmediata puesta en libertad del recurrente.

LAS CONDICIONES DEL TRASLADO DE LOS DETENIDOS

La condición fundamental para el traslado a España de una persona privada de libertad en Guantánamo es la voluntariedad, es decir la manifestación del consentimiento del detenido al escoger nuestro



“La condición fundamental para el traslado a España de una persona privada de libertad en Guantánamo es la voluntariedad, es decir, la manifestación del consentimiento del detenido al escoger nuestro país”

país. Es lógico este previo requisito, pues si se trata de personas sin la nacionalidad española, no condenadas ni que tengan procedimientos pendientes, no podrían ser obligadas a su traslado a España, ni nuestro país podría consentir en recibir las en contra de su voluntad.

Asimismo, como advierte el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), cuando entrevista a un detenido que va a ser trasladado a su Estado de origen o a un tercer país, se le ha de dar la oportunidad de expresar su temor ante una posible

LOS PROBLEMAS DE LA SITUACIÓN PERSONAL DE LAS PERSONAS QUE PUDIERAN SER TRASLADADAS A ESPAÑA

No resulta fácil determinar las condiciones de residencia en España de personas de nacionalidad extranjera que sean trasladadas a nuestro país desde Guantánamo y aquí acogidas, de acuerdo con una posible decisión del Gobierno español, condicionada a que *“las condiciones jurídicas para ello sean aceptables”*.

Sanz Arribas se pregunta retóricamente sobre las razones jurídicas que podrían aducirse para que la jurisdicción norteamericana decidiera declinar su competencia para enjuiciar los procesos contra los detenidos en Guantánamo a favor de los Tribunales españoles, y que éstos decidieran aceptarla. Efectivamente, no parece justificable que la jurisdicción penal española pudiera asumir la competencia para conocer de los referidos procedimientos iniciados en Estados Unidos.

La segunda cuestión consiste en pronunciarse sobre su situación personal. Es decir, si deben seguir privados de libertad, si se puede acordar alguna medida cautelar judicial o preventiva de control policial o si deben gozar de libertad personal, de residencia y de circulación por el territorio nacional. Hay que partir del supuesto, antes apuntado, de que se trata de personas no sujetas al cumplimiento de una condena, pero que pueden suscitar sospechas sobre su peligrosidad internacional o para la propia seguridad española.

Naturalmente, cualquier Juez o Tribunal español a instancias del Ministerio Fiscal puede acordar la prisión preventiva de tales personas, si considera que hay méritos para ello en un procedimiento criminal instruido al efecto y si concurren hechos que caigan bajo su competencia. Si se trata de hechos ocurridos fuera del territorio nacional debería ser aplicable el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como delitos perseguibles en España por el principio de jurisdicción universal. Entre ellos, los crímenes de guerra, el terrorismo o algunos crímenes de lesa humanidad. Se produciría así la paradoja de que los Estados Unidos decidieran trasladar a un país extranjero a personas sobre las que no se ha formulado ningún cargo, pero que estaban privadas de libertad, y que los órganos judiciales españoles instruyan un procedimiento criminal por los mismos hechos. Todo ello es sumamente improbable, teniendo en cuenta además el tiempo durante el que estas personas han estado detenidas sin acusación, sufriendo unas condiciones incompatibles con las normas humanitarias.

Y, además, hay que tener en cuenta, como afirma Sanz Arribas, los plazos establecidos en el artículo 504 de la Ley



persecución o infracción del DIH o de los Derechos Humanos. Reparos que el propio CICR comunica en informe a potencia detenedora. En efecto, las normas internacionales (Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, enmendado por el Protocolo de 1967 y el III y IV Convenio de Ginebra de 1949) garantizan el respeto de la prohibición del traslado de una persona a un Estado si existe el riesgo de que esa persona sea objeto de malos tratos o persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, condición social o ideas políticas (*principio de no devolución*). Además, el DIH contempla el Derecho al regreso en los denominados desplazamientos “lícitos” (por razones de seguridad o imperiosa necesidad militar), que indudablemente comprende también los desplazamientos “ilícitos” o arbitrarios.

“ Hay que partir del supuesto de que se trata de personas no sujetas al cumplimiento de una condena, pero que pueden suscitar sospechas sobre su peligrosidad internacional o para la propia seguridad española ”

de Enjuiciamiento Criminal (un máximo de cuatro años, incluida la prórroga) para la prisión preventiva, en cuyo cómputo habría de tenerse en cuenta la sufrida en Guantánamo, por lo que deberían ser puestos en libertad de forma casi inmediata.

Tampoco parece factible la adopción de medidas preventivas policiales, sin autorización judicial, para controlar la conducta o actividades de éstas personas bajo sospecha de su peligrosidad, salvo la vigilancia que pudiera realizarse para salvaguardar la seguridad ciudadana con escrupuloso respeto a las libertades y derechos constitucionales de los extranjeros residentes en España.

EL ESTATUTO DE LAS PERSONAS ACOGIDAS EN ESPAÑA

Si no se inicia en España ninguna acción penal, una primera solución consistiría en la concesión del estatuto de refugiado, si son consideradas personas *“que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”*, conforme al artículo 1 a (2) del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (enmendado por el Protocolo de 1967).

Sin embargo, resultaría poco comprensible que esta condición de refugiado (ante el temor de persecución en el país de origen) no fuera reconocida por los propios Estados Unidos como Estado detenedor y responsable de su seguridad, salvo que el detenido optase voluntariamente por su traslado a otro país, en este caso España.

Si no se quiere adoptar esta decisión, la presencia en nuestro territorio de personas que deben disfrutar de las libertades y derechos constitucionales que se reconocen a los extranjeros, no deja de integrar un estatuto *sui generis* durante un periodo de tiempo que no podría prolongarse ilimitadamente sin regularizar tal situación. Ciertamente existe un precedente cuando fueron acogidos en Soria, bajo la asistencia de la Cruz Roja Española, varios militantes palestinos detenidos en

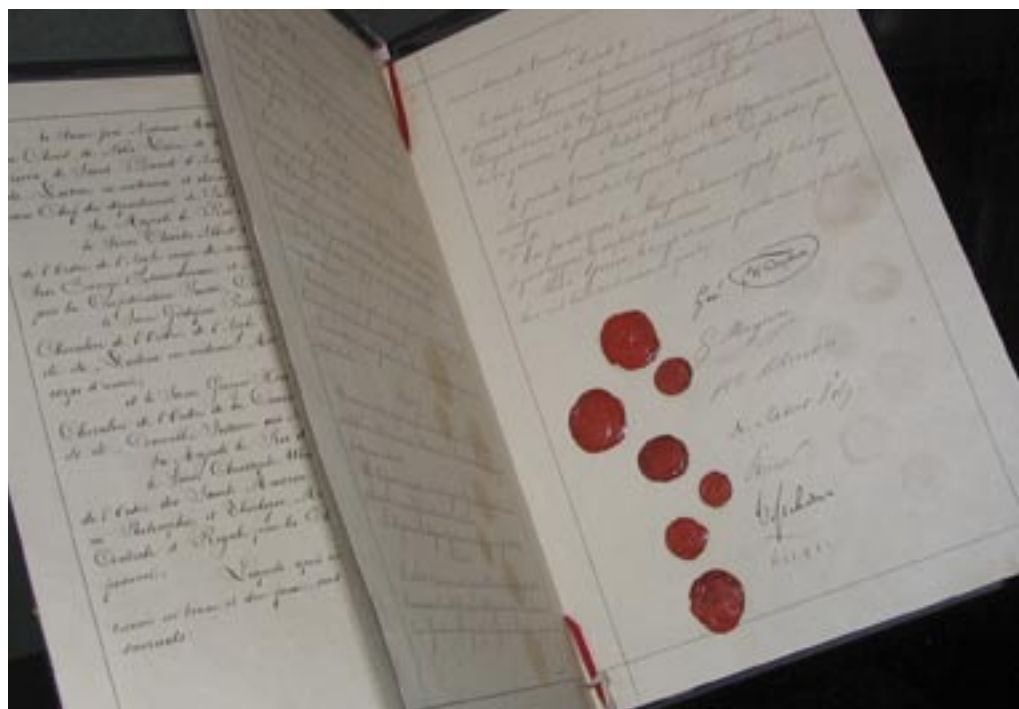
los territorios ocupados por Israel, como una solución acordada por las partes en tal conflicto armado.

LOS PROBLEMAS DE UNA EVENTUAL APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN CASO DE CRÍMENES DE GUERRA

La nueva Administración norteamericana se puede encontrar con el problema consistente en que los Tribunales de Justicia de los Estados Unidos inicien procedimientos penales contra los colaborado-

res de la Administración Busch (Lewis Libby, colaborador de Cheney, ya ha sido condenado por cohecho, prevaricación y falsedad) que han defendido determinados procedimientos de interrogatorios que son semejantes a la tortura, como el *waterboarding* (el célebre “submarino” utilizado en Guantánamo), palizas, sometimiento a temperaturas extremas, privación de sueño u otras violaciones de los Convenios de Ginebra.

Con independencia de ello, hay que destacar que los crímenes de guerra pueden



“ La nueva administración norteamericana se puede encontrar con el problema consistente en que los Tribunales de Justicia de EE.UU. inicien procedimientos penales contra colaboradores de la administración Bush ”

ser perseguidos en cualquier Estado por aplicación del principio de Jurisdicción Universal. En efecto, tal principio supone el ejercicio de una jurisdicción nacional sobre los delitos, con independencia del lugar en que se cometieron o de la nacionalidad del presunto autor. La Norma 157 de las que integran el *Derecho Internacional Consuetudinario* elaboradas por el Comité Internacional de la Cruz Roja establece: *Los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra*. Este estudio fundamenta la norma en las legislaciones, sentencias de los tribunales nacionales y Manuales militares. Pero, además, los Convenios de Ginebra de 1949 no se limitan a establecer una jurisdicción universal territorial (sobre los acusados que se encuentren en el territorio de un Estado), por lo que éste puede y

debe iniciar causas contra los presuntos responsables de cualquier nacionalidad, acusados de cometer crímenes de guerra perpetrados incluso fuera de su territorio.

Es verdad que John B. Bellinger (Asesor Jurídico del Departamento de Estado norteamericano) y William J. Haynes (Asesor General del Departamento de Defensa) han objetado esta norma consuetudinaria alegando la falta de claridad de la regla y en particular: las diversas acepciones del término “*crímenes de guerra*”, la necesidad de que concurren también otros nexos (territorialidad, personalidad activa o pasiva o criterio de protección), la ausencia de una jurisdicción universal “pura”, las limitadas prácticas de enjuiciamiento y la inexistencia de una *opinio iuris* suficiente. Pero en la respuesta de J.M Henckaerts se aduce que, en la actualidad, muchos procesos nacionales se basan en la jurisdicción universal, sin que el Estado de la nacionalidad del acusado se oponga a ello. Y aunque hay relativamente pocos casos de enjuiciamiento por la existencia de Tribunales Penales Internacionales, el principio está esta-

blecido como obligación estatal en los Convenios de Ginebra por el interés de todos los Estados en que se persigan las infracciones graves del DIH.

En todo caso, en el artículo 23.4 h) de la ley Orgánica del Poder Judicial se instaura la jurisdicción universal “pura” en relación con cualquier delito (tipificado en el ordenamiento penal español) que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España. Los crímenes de guerra están tipificados en los artículos 608 a 614 del Código penal y en los artículos 69 a 78 del Código

penal militar. Y la obligación de perseguirlos instituida en los artículos 49 del I Convenio, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio de Ginebra de 1949, ratificado por España. En el ámbito de la jurisprudencia española hay que citar la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 (caso Guatemala) y, en concreta relación con la jurisdicción universal sobre los crímenes de guerra, la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006 (caso Couso).

Nada, por consiguiente, podría impedir la interposición de una querrela criminal ante un Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional por parte de alguna de las personas procedentes de Guantánamo contra los presuntos autores de crímenes de guerra cometidos en aquella Base Naval. Y que la jurisdicción penal española la admita a trámite y se declare competente. Entonces, al interminable partido de ping-pong con tres participantes de que habla James Ross (Administración, Congreso y Tribunales de Estados Unidos) se añadiría un imprevisible cuarto jugador. ■

“Algunos estados europeos estiman que habiendo creado el problema EE.UU., solo a esta nación corresponde aportar la solución”

BIBLIOGRAFÍA

- M. PÉREZ GONZÁLEZ y J.L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, 1, Vol. LIV.
- JAMES ROSS, “Cuando se infringen los principios básicos del derecho: la respuesta jurídica de los Estados Unidos ante los casos de tortura después del 11 de de septiembre de 2001”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2007, nº 867 de la versión original en inglés
- C. RAMÓN CHORNET, “La lucha contra el terrorismo internacional después del 11 de septiembre de 2001”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII (2001).
- R. ABRIL STOFFELS, “Las Comisiones Militares y el enjuiciamiento de los supuestos responsables de los atentados del 11 de septiembre”, en *Tiempo de paz*, nº 68 Invierno 2003.
- S. BORELLI, “Echar luz sobre un vacío jurídico: El Derecho internacional y las detenciones en el extranjero en el marco de la “guerra contra el terrorismo”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 857.
- A. SÁNCHEZ LEGIDO, “Guerra contra el terrorismo, conflictos armados y Derechos Humanos”, en *Cursos de Derecho Humanitario de Donosti*, Vol. V. 2006.
- “*Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations*”, de fecha 24 de agosto de 2004. Verlo en el sitio del Departamento de Defensa de los EE.UU.: “*The Schlesinger Report on US Department of Defense*”.
- ICRC, *Report of the International Comité of the Red Cross (ICRC) on the treatment by the coalition forces of prisoners of war and other protected persons by the Geneva Conventions in Iraq during arrest, internment and interrogation*, February, 2004.
- HANS-PETER GASSER, “Respeto de las garantías judiciales fundamentales en tiempo de conflicto armado. El cometido del delegado del C.I.C.R.”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo-abril 1992, nº 110.
- RUTH WEDGWOOD, “Tribunals and the events of september 11”, en *American Journal of International Law*, abril, 2002, vol. 96, nº 2, pp. 320 y ss. Ver también en el mismo número las diferentes posiciones de M. MATHESON (“US Military Commissions: One of Several Options”), HONGJU KOU (“The case against Military Commissions”), M. RATNER (“Prosecuting Al-Qaeda September and its aftermaths”) y D. MUNDIS (“The use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorist Acts”).
- KNUT DÖRMANN, “La situación jurídica de los “combatientes ilegales/no privilegiados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 849, marzo de 2003.
- J. M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, “*Customary International Humanitarian Law*”, ICRC, Cambridge, 2005, Vol. I y II.
- J. B. BELLINGER III y W. J. HAYNES II, “Una respuesta del Gobierno de EE.UU. al estudio *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario* del Comité Internacional de la Cruz Roja”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, junio de 2007, nº 866 de la versión original en inglés. En el mismo número, J.M. HENCKAERTS: “*El derecho internacional humanitario consuetudinario: respuesta a los comentarios de Estados Unidos*”.
- M. COSTAS TRASCASAS, “La ley estadounidense de Comisiones Militares: Un análisis crítico desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, U. de Navarra, XXIII, 2007.
- J.L. SANZ ARRIBAS, “Este no es lugar para los presos de Guantánamo”. *El Mundo*, 26 de febrero de 2009.



La intervención de la Abogacía del Estado en la Fundación ANESVAD

Julio Díez Menéndez | Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Ciencia e Innovación

Como consecuencia de las diligencias previas número 2998/06, seguidas ante el Juzgado de Instrucción número 8 de los de Bilbao ha sido imputado, junto con otras personas, el, hasta su dimisión, presidente de la fundación “ANESVAD” (fundación clasificada como de beneficencia particular de carácter asistencial por el Ministerio de Asuntos Sociales, hoy Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, el día 11 de diciembre de 1.992 y organización no gubernamental para el desarrollo).

Con fecha 5 de julio de 2.007, el Ministerio Fiscal solicitó la medida cautelar consistente “en el nombramiento de un funcionario público que asuma las funciones del patronato”, con el fin de que no se paralizase la actividad de la fundación. El Juzgado de Instrucción competente apreció, en el auto de fecha 19 de julio de 2.007, la necesidad de adoptar la medida cautelar solicitada (administración judicial), encomendando ésta al Protectorado del Gobierno, que la ejercería a través de tres personas idóneas “que llevarán a cabo la administración y gestión de la Fundación Anesvad”. Las tres personas nombradas por la Administración General del Estado pertenecen al cuerpo superior de Inspectores de Hacienda del Estado, al cuerpo superior de Interventores y

Audidores del Estado y al cuerpo de Abogados del Estado.

Con la administración judicial se pretende, pues, evitar acciones que pudieren ser constitutivas de delitos o faltas o que directa o indirectamente obstaculizaren la instrucción que se sigue; pero, sobre todo, mantener las actividades propias de la fundación y, mejorar y aumentar, si se puede, éstas para que se cumplan los fines fundacionales. Esta función no le es ajena a la Administración General del Estado, en tanto en cuanto, debe servir a los intereses generales y debe regirse, en sus actuaciones, entre otros, por el criterio del servicio a los ciudadanos.

Surge así una nueva actividad de la Administración General del Estado, en tanto en cuanto le corresponde el protec-

torado del Gobierno sobre las fundaciones de competencia estatal, cuya ejecución corresponde a los funcionarios y demás empleados públicos. Y parece acertada la presencia, entre otras, de personas pertenecientes al cuerpo de Abogados del Estado, tanto por sus conocimientos, muy necesarios en las situaciones que originan medidas cautelares como la expuesta, como por su experiencia adquirida en el ejercicio de su profesión y por el necesario rigor, la calidad, la transparencia y la objetividad que se requieren para continuar y mejorar la labor de fundaciones y demás personas jurídicas como la que nos ocupa.

En fin, baste decir que esta fundación tenía en septiembre de 2008 más de 114.000 socios y colaboradores, con proyectos de desarrollo en Asia, América y África, además de en España. A través de éstos, trata de promover y proteger el derecho a la salud (derecho humano fundamental), entendido, no sólo como ausencia de enfermedades, sino, también, como bienestar físico, psicológico y social. Reto interesante y gratificante continuar una labor querida y demandada por la sociedad civil, a la que sirven las Administraciones Públicas (en este caso, la Administración General del Estado), y que permitirá tener otra visión de éstas y de las personas que trabajan para ellas. ■

Un nuevo reto para la Administración del Estado como continuador de una labor querida y demandada por la sociedad

¿Qué salida a la crisis?

Justo Zambrana | Abogado del Estado y subsecretario del Ministerio del Interior

No te bañarás dos veces en el mismo río”. Con este aserto, Heráclito ya dejaba claro que las circunstancias históricas no tienden a repetirse. Hoy, cuando la práctica totalidad de los Gobiernos ha vuelto masivamente a las políticas keynesianas de intervención de la economía y de activación de la demanda, vía déficit público, un difuso malestar se palpa, mezclado con la inquietud sobre el resultado que las costosas intervenciones públicas puedan producir en la recuperación económica.

El malestar es especialmente visible en la izquierda política, que se pregunta si el esfuerzo de los Gobiernos, es decir, del bolsillo de todos, sólo va a servir, si hay suerte, para rehacer el mismo capitalismo de mercado que ha originado la crisis. Se constata el recurso a las técnicas keynesianas —con la derecha neoconservadora callada—, pero no se aprecia que la intervención salvadora vaya acompañada de los valores e instituciones que acompañaron al keynesianismo tras la Segunda Guerra Mundial, hegemonizando el discurso público. A mi entender no será posible volver a bañarse en ese río. Corren otras aguas. Analizaremos dos: una, la naturaleza del capitalismo actual; otra, los valores que impregnan nuestras democracias.

El capitalismo que se inició en el comercio a finales de la Edad Media se tornó industrial más tarde, y ahora es financiero. El valor de las transacciones financieras

es decenas de veces superior al de las comerciales. Su desarrollo se ha producido en una situación de *jungla*. Friedman levantó bandera contra Keynes diciendo: “El dinero importa”. Sus sucesores no tardaron en ir más lejos diciendo: “Sólo el dinero importa”. A esta corriente de economía monetarista le acompañó en el terreno político Hayek, afirmando: “La fatal presunción consiste en la creencia de que el hombre es capaz de modelar el mundo que le rodea según sus deseos”. De aquellos polvos, estos lodos. De tan

“La respuesta a la irracionalidad es más regulación, más intervención y más banca pública”

nocivo virus, la enfermedad. ¡Barra libre! El capitalismo financiero se ha desarrollado fuera de los controles institucionales, que hacían de él algo socialmente viable. Ni Max Weber podría encontrar vestigios de “ética protestante”, ni Adam Smith el *self-love* con vocación pública que tanto le preocupó.

La respuesta a esta crisis del capitalismo financiero tendrá que centrarse en ello; con más regulación y con más intervención pública. Quienes analizaron las anteriores crisis financieras ya advirtieron que

la autorregulación era una falacia. Las firmas auditoras y las agencias de calificación se han ido prostituyendo al servicio de quien las pagaba, y en lugar de detener la espiral de irracionalidad han entrado a formar parte de la misma. Desde la caída de Arthur Andersen la vergüenza no cesa. Más regulación, más intervención, y también, más banca pública con criterios públicos. Tanto más ICO cuanto que los independientes bancos centrales han abandonado parte de las tareas que realizaban.

Ya en la fase industrial quedó de manifiesto que, contra lo que se enseña en las facultades de Economía, los mercados no tienden al equilibrio. La situación de equilibrio es un supuesto particular que casi nunca se produce. En el capitalismo financiero esa constatación se ha multiplicado y acelerado. No por expresarse en ecuaciones matemáticas un mito deja de ser falso.

El capitalismo financiero funciona globalmente, y por eso, globales han de ser las respuestas. La cumbre del G-20 en Washington fue positiva por la foto. La próxima en Londres debería entrar en materia, tratando de organizar un orden financiero mundial. Hasta ahora los mercados financieros globales han funcionado como una “gran autómatas”, en régimen de autismo severo. Con una gestión cada vez más alejada de la prosperidad —otro signo clave de estos tiempos—, las trampas se han multiplicado en solitario.



Ahora los platos rotos los pagan las colas de parados y la vida de las gentes. Son necesarios instrumentos más potentes y novedosos que los de Bretton Woods.

En una crisis como la actual no hay salida económica sin respuesta política. Es la democracia la que sustenta el mercado, aunque a veces el mercado preceda a la democracia. Si la salida económica debe referenciarse en el capitalismo financiero, la respuesta política sólo podrá articularse desde las pautas que rigen las sociedades postmodernas. Unas sociedades muy distintas de las de hace 60 años.

En los *treinta gloriosos* que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, el keynesianismo viajó acompañado de la socialdemocracia en su versión más clásica. Estado de bienestar creciente, salarios reales al alza, impuestos progresivos sobre la renta, desarrollo económico industrial hacia el pleno empleo y sindicatos potentes. La sociedad se vertebraba en clases, y de los tres enunciados-valor que nos legó la Revolución Francesa, la igualdad dominaba el discurso político.

La sociedad vertebrada para la producción ha dado paso a una sociedad mucho más dispersa signada por el consumo. El ciudadano-consumidor se siente más individuo que clase; elige antes la diferencia que la homogeneidad; y prefiere los impuestos indirectos sobre el consumo a los directos sobre la renta. Aquellos le permiten optar y consumir, éstos no. Por

eso le gusta definirse en términos de libertad y solidaridad, antes que en términos de igualdad. Tras años alejado, se reconcilia con lo público, y lo hará más. A los servicios públicos les exige calidad de servicio y un coste-beneficio correcto para darles legitimidad. Incorpora una nueva exigencia: seguridad. Seguridad frente a los riesgos que se multiplican en un mundo calado por la incertidumbre. Beck acertó. Vivimos en la sociedad del riesgo.

“La consecución de ideales democráticos exige una ‘res-pública’ potente para articular una sociedad abierta”

Este ciudadano-consumidor vive instalado en el presente y no cree en el relato de una lucha por “el gran día”. Frente al vértigo de la globalización, busca la seguridad en sus raíces identitarias. Es voraz coleccionista de novedades y experiencias que el mercado se encarga de satisfacer. Del futuro le preocupa el límite ecológico del planeta. ¿Es este panorama social peor que el de la sociedad industrial? No. Es diferente. Comprobados los desastres de dejar la economía en manos de *laissez faire* y la política en la razón

de la fuerza –como Kagan y Aznar nos propusieron–, es el momento de reordenar, no sólo la economía, sino el mundo de valores que la acompaña.

El ciudadano post-moderno no sigue los relatos ideológicos de antaño, pero sigue aspirando a ideales. Es posible un idealismo democrático. Las instituciones públicas tendrán asignada la tarea de conseguir la mayor parte de esos objetivos. La paz. Un Estado de bienestar eficiente que cubra la educación, la sanidad, la vejez, el desempleo y las situaciones de dependencia y marginalidad. Una seguridad que garantice las libertades y cubra los riesgos crecientes que el propio progreso genera. Una inversión pública que atienda zonas vitales para el futuro, que la inversión privada no cubre por falta de beneficio. Una presencia reguladora que no asfixie, pero sí ordene. En definitiva, volver a creer que la consecución de ideales democráticos exige una *res-publica* potente, no como lo contrario, sino como lo necesario para articular una sociedad abierta.

Ralf Dahrendorf, liberal profundo y popperiano confeso, dijo que la socialdemocracia se comprometió más con la sociedad abierta que el propio liberalismo. En España esto es doblemente verdad. Desde Azaña e Indalecio Prieto, a recientes ministros socialistas, así ha sido. Motivo de más para liderar el nuevo periodo. ■

Artículo publicado en el diario El País el pasado 27 de febrero de 2009.

Ángulos de ataque y riesgos de stall/spin en la economía

David MelladoRamírez | Abogado del Estado en el Ministerio de Economía y Hacienda, Secretaría de Estado de Economía

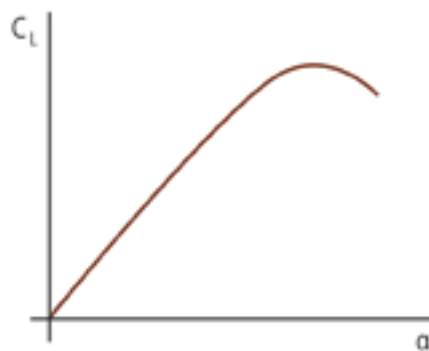
En estos momentos en que se explica la actual situación económica desde distintos puntos de vista no he podido evitar subirme a las alturas para tratar de analizar por qué la economía está en el aire y cómo poder evitar estrellarnos.

¿Por qué los aviones no se caen? Porque se mueven. Y si se paran se caen. Así dicho hay que coger velocidad –¡además de tener alas!– para avanzar y elevarse. Ya estamos en el aire, ahora para subir sencillamente apuntamos con el morro arriba y aumentamos el ángulo de ataque. El ángulo de ataque es una magnitud que influye en la capacidad de generar sustentación de un ala, de modo que aumentando el ángulo de ataque se aumenta la sustentación de un avión, hasta un cierto punto en el que ésta disminuye bruscamente, fenómeno que se conoce con el nombre de entrada en pérdida.

La entrada en pérdida conlleva una disminución de fuerza y una inevitable caída de altura. Esta situación se llama *stall* y aunque no es alarmante, todo piloto debe seguir unas instrucciones básicas para evitar la caída, aumentar la velocidad y bajar morro, el ángulo de ataque, para poco después volver a subir, y recuperar nuevamente la altura. No deja de sorprender la solución, ya que cuando se empieza a caer, lo menos apetecible es mirar hacia abajo, y además acelerar, pero es la solución. La posibilidad de que recuperemos sustentación se verá aumentada por la ae-

rodinámica y peso de nuestro avión, de modo que cuanto mejor sea la aerodinámica y menor nuestro peso, mayor facilidad para la recuperación de altura.

¿Qué ocurre si no adoptamos estas instrucciones? Nos desplomaremos. Y si perdemos la calma y tomamos decisiones desordenadas podemos afrontar la indeseable situación de entrada en barrena,



En este gráfico se representa la curva de entrada en pérdida, donde C es la altura y α el ángulo de ataque.

Se han adoptado medidas consistentes en inyectar liquidez en los mercados, liquidez que funciona como combustible necesario para acelerar

denominada *spin*, y que supone una pérdida de altura considerable acompañada de la rotación sobre su propio eje de una aeronave, debido a la distinta presión sobre sus alas, lo que se puede generar por la falta de control de timón. Esta rotación acompañada de una precipitación de la aeronave es sin duda una de las más peligrosas en la aviación, y llegado el caso o se sabe salir de ella, o el final acaba siendo la colisión.

Volviendo a tierra, y ya en el plano económico, nos encontramos con un descenso del crecimiento económico, en breve recesión, medido por evolución del Producto Interior Bruto, PIB, en los últimos años que tiene innegables parecidos con la curva de entrada en pérdida. Parecido más evidente si advertimos que lo que ha provocado en parte la caída de altura han sido las denominadas “turbulencias” financieras.

Varias cosas debemos destacar, de un lado las buenas, consistentes en que hemos subido y por lo tanto estamos más altos que nunca, somos más ricos que nunca, por lo que estamos en situación de cambiar –tenemos margen– y de otro las malas. Sí hemos crecido y lo hemos hecho con apoyo en muchos factores, pero no por ser más productivos que los demás, ni por contar con mayor innovación o tecnología, no. Hemos subido impulsados por una “corriente” compuesta de facilidades financieras, pero no por nuestro



“diseño aerodinámico” y de ahí que faltando el viento que nos elevaba caigamos aceleradamente.

Detectado el problema, la cuestión a resolver debe ser como superar el *stall* lo antes posible y sobre todo como evitar el temido *spin*. La solución debiera ser fácil si aplicamos las instrucciones básicas de la aviación, las recuerdo: disminuir el ángulo de ataque y aumentar la velocidad. Parece una obviedad, pero en economía casi siempre hay posturas enfrentadas, como se evidenció con la depresión de 1929 en Estados Unidos, donde la posición pasiva del Presidente Hoover vino superada por la realidad de Roosevelt y su *new deal* que apostó por la intervención.

Disminuir el ángulo de ataque es reconocer la situación y asumirla, en aviación suele ser sencillo existe un chivato que nos alarma de la pérdida de altura, e incluso antes podemos percibir un cierto temblor de las alas. En economía afortunadamente también disponemos de indicadores que nos anticipan las caídas. Pero nuestra situación actual es tal que no hacen falta chivatos, basta asomarse a cualquier economía para confirmar la entrada en pérdida –*stall*– generalizada.

Aumentar la velocidad conlleva una elevada dosis de valentía para nuestros líderes ya políticos, ya empresariales. Arrojo necesario cuando se trata de “darlo todo”

y darlo sin miedo. Cobra aquí sentido la frase de Roosevelt en 1932 “the only thing we have to fear is fear itself.”

Actualmente se han adoptado múltiples medidas que aumentan la velocidad consistentes en inyectar liquidez en los mercados, liquidez que funciona como combustible necesario para acelerar, ¡chhapó! Pero si queremos recuperar altura he-



El decrecimiento económico en los últimos años tiene innegables parecidos con la curva de entrada en pérdida

mos de ser valientes para aligerar la nave. Me explico, todos tenemos en mente la imagen de un avión o un globo perdiendo altura alarmantemente... y acto seguido el comandante da orden de deshacerse de todo aquello que lastra la nave, aquello superfluo y cuyo peso no podemos soportar. En la economía sucede lo mismo, podemos recuperarnos, pero si no nos deshacemos del lastre pronto, el coste de recuperar altura será mayor, y el combustible que consumamos en recuperar el control no lo podremos destinar a elevarnos, con suerte nos quedaremos volando a un nivel sin capacidad de recuperar altura, situación que se expresa gráficamente en forma de L, se cae y luego en vez de recuperar altura simplemente nos mantenemos abajo.

La responsabilidad de aliviar la economía es de todos, no solo de la Administración, sino también de las empresas, quienes deben revisar sus estructuras y cuestionar a sus directivos. En lo que atañe a los poderes públicos debe promover medidas estructurales que faciliten el crecimiento, medidas en las que hay consenso –por lo menos en determinar cuales–, rigidez del mercado laboral, productividad, liberalización del sector de servicios, transportes, cargas administrativas...

Superadas todas estas dificultades, espero que podamos disfrutar del vuelo. ■

Vidas paralelas

Relato y fotografía por **Alfonso Brezmes**



Siempre había pensado que nadar es muy aburrido. Por eso, cuando decide ir a la piscina para volver a coger la forma perdida en largas horas pegado a la silla de la oficina, H –llamémosle así–, no sabe que su vida va a cambiar. Le aburre la sola idea de desvestirse, ponerse ese minúsculo slip negro que deja patente su normalmente poco visible –llamémosle así– P, colocarse unas gafas y un ridículo gorrito, las chanclas (siempre odió las chanclas, le parecen cosa de horteras), los taponos, la toalla, toda la parafernalia del sufrido usuario de piscinas cubiertas... Y el ritual siempre es el mismo, agotadoramente idéntico: comenzar a nadar, nadar incesantemente, sin pausa, una hora seguida, todos los días. Y, así, olvidarse de todo. Por una hora...

“Según los antiguos griegos, cuando los dioses nos son favorables, ignoran nuestros deseos, y cuando nos son adversos, los cumplen...”

Hasta que un día, al ir a dar la brazada quinientos diecisiete, justo en ese momento en que el brazo izquierdo va a salir disparado del agua para volver a meterse e impulsar al cuerpo al que inseparablemente pertenece, H. percibe un leve roce en la pierna derecha. Es tan leve que inmediatamente lo ignora, confundido entre los golpes que a menudo se propinan los nadadores que luchan por abrirse camino en el agua. No es hasta diez minutos después, exactamente en el mismo punto del recorrido que antes, que H. siente de nuevo el roce, igualmente sutil, si acaso aún más intenso, más perfecto, cercano a su P. Cuando llega al final de la calle se para –cosa inusual en él– y trata de averiguar quién ha podido ser el autor de esa provocación. Por la calle de al lado nadan

En estos últimos meses...

varias personas pero, por su posición y la velocidad que llevan, sólo puede ser aquella figura que acaba de llegar al otro extremo de la piscina. A través del vaho de las gafas intuye una figura femenina, esbelta y bien formada, un bañador rojo, nada más... Aunque parece eterno en el recuerdo, es apenas una décima de segundo el tiempo en que ambos se miran sin verse, para luego volverse a zambullir y de esa forma cumplir sin tregua la rutina de los nadadores incansables. Pero a lo largo de lo que queda del día ya no puede sacar este suceso de su cabeza.

Al día siguiente, cuando nada hace presagiar nada, el roce vuelve, y con él un cierto sonrojo, pues esta vez es más profundo, una caricia dulce y prolongada en el costado. Y ahora ese contacto se vuelve recurrente, pues cada vez que aborda la calle en el mismo sentido la caricia vuelve, como una ola, despertando en H. un mundo de sensaciones nunca antes experimentadas. Ahora es él quien decide dar un paso en la relación, y con el pie se atreve a impulsar suavemente a su compañera de aventura. Una vez llegan a los respectivos extremos de las calles, se paran para mirarse, pero todo es fugaz y nunca llegan a ponerse rostro. Cuando sale de la piscina, ella –llamémosle Q– ya no está, y H. percibe un pequeño dolor en el costado, no sabe bien si por el roce continuado o por algo más profundo que su mente no acaba de aceptar.

Con el paso de los días el ritual se vuelve costumbre. Poco a poco ninguno de los dos nadadores puede concebir un mundo sin el otro, como si la vida no tuviese ya sentido sin ese ir y venir de saludos y de caricias en que la complicidad se torna intimidad y, pronto –llamémosle, por qué no, así– amor. Sus vidas transcurren paralelas y acuáticas, siempre el uno al lado del otro, siempre sin encontrarse. Y tal vez mejor que así sea. Que no lleguen a saber nunca que en realidad ya se conocen y que, en la otra vida –la que sucede, paralela también, y tediosa, fuera de la piscina– jamás sintieron ni llegarán a sentir nada el uno por el otro... ■



HEMOS ASISTIDO a numerosos cambios en el Ministerio de Justicia, siendo motivo de alegría el reciente nombramiento como Secretario General Técnico de nuestro compañero, Santiago Hurtado. Desde aquí, nuestra más sincera enhorabuena. La Asociación remitió una carta de felicitación al recién estrenado Ministro de Justicia que ha tenido la amabilidad de respondernos, manifestando su deseo de reunirse con nosotros en breve.



LA ASOCIACIÓN, como suele hacer en estos casos, agradeció a los miembros salientes del Consejo su especial dedicación y entrega desinteresada, invitándolos a comer en el Teatríz, y teniendo con ellos un pequeño detalle. Nada en comparación con lo que les debemos.



YA SE ENCUENTRA operativa la nueva página web de FEDECA (www.fedeca.es) que estrena nuevos contenidos.



EL PASADO 27 DE ENERO tuvo lugar en el Ministerio de Economía y Hacienda un emotivo acto bajo el título de “Recuerdos de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Hacienda”. El objeto de la Conferencia no era otro que rememorar la presencia del Cuerpo de Abogados del Estado y de la antigua Dirección General de lo Contencioso en el edificio que sirve hoy de sede principal al Ministerio de Economía y Hacienda. El acto estuvo a cargo de D. Agustín Torreblanca, Consejero Técnico de la Subdirección de Información, Documentación y Publicaciones del Ministerio, y contó con la presencia de D^a Juana Lázaro y de nuestro Abogado General. Tras la charla se pudieron visitar los fondos documentales del Ministerio, conservados en la Biblioteca del Ministerio de Economía y Hacienda, y dónde se pudieron consultar escalafones, memorias, informes, publicaciones oficiales generadas por la propia Dirección General de lo Contencioso.



SE HA FIRMADO un Convenio con el Hotel & Thalasso Center, sito en San Pedro del Pinatar (Murcia). Se anunciarán sus ofertas a través de la página web.



FINALMENTE, los preparativos del próximo Campeonato de golf, el IV Campeonato organizado por la Asociación. Tendrá lugar los días 6 y 7 de junio, en Sotogrande, Cádiz. El plazo de inscripción finalizaba el día 31 de marzo. Esperemos que os animéis a participar.

Para los no iniciados, se trata de un torneo de golf organizado anualmente por nuestro querido compañero Abelardo Hernández, quien desde hace ya seis años se ocupa de hacer realidad, normalmente el último fin de semana de febrero, esta cita ineludible del calendario “golfístico” del Cuerpo. Efectivamente, por contra a lo que su nombre sugiere, podríamos decir que es, realmente, el más “cerrado” de los torneos, ya que para inscribirse en él y poder optar a premio el problema no es, ni conseguir llegar a un hándicap determinado, ni pasar por la escuela del Circuito Europeo o del Americano, sino pasar una bonita Oposición con unos quinientos temas.

Sin menospreciar al Torneo de Golf de la Asociación de Abogados del Estado que, aunque menos, va teniendo ya una cierta tradición y está llegando también a muy altas cotas gracias fundamentalmente a nuestros compañeros Nacho Redondo y Luis Babiano, “el Bellota” es sin duda la cita ineludible para todo Abogado del Estado aficionado al golf. Creo que en pocos torneos se vive una similar mezcla de ilusión, tensión, competitividad y compañerismo.

Desde el lanzamiento de la convocatoria en la web del Torneo, la expectación es máxima. Se incrementa con la tradicional reunión del “Comité de Hándicaps” (sí, los hándicaps federativos se “retocan” adecuadamente para evitar “tapados” y para dar alguna ayudita al que sufre algún hándicap anormalmente bajo para su lamentable estado de juego) y llega al clímax en la cena previa al día del Torneo.

El famoso “Bellotón de Plata” se lo puede llevar a casa el ganador del Torneo dos vec-

es consecutivas o tres alternas y este año optaban a él Federico Ramos (ganador del año pasado) y José Luis Martínez-Almeida (ganador de las ediciones de 2004 y 2007). Ninguno de ellos lo consiguió, de modo que Mauricio Corral sigue siendo el único asiduo del torneo que, como ganador de 2005 y 2006, tiene expuesto el “Bellotón” en sus vitrinas.

En esta edición hubo record de participación, con 16 compañeros, con el debut de Jesús Rodrigo, la representación femenina a cargo de Laura Rivera y lamentadas ausencias de habituales como Nacho Monedero o Nacho Redondo, que tuvo que perderse la cita debido, al parecer, a un Congreso Mundial sobre Telecomunicaciones en Shangai.

Al final, se alzó con una merecida victoria nuestro compañero Luis Ducasse, quien ya estaba en todas las quinielas en la tradicional “porra” de la cena previa al Torneo.



Las condiciones el día del Torneo acompañaron totalmente, a salvo un reciente pinchado de los greens, de modo que, como puede apreciarse por los resultados, el temible campo de Norba no causó excesivos estragos en la mayoría de las tarjetas.

En cualquier caso, un año más, pasamos un fin de semana inolvidable, de buen golf, buena mesa y sobremesa entre amigos y compañeros. Hasta el VII “Bellota Open”. ■

CLASIFICACIÓN	JUGADOR	HANDICAP	RESULTADO
1	LUIS DUCASSE	36	-2
2	BORJA OBESO	20	-1
3	ERNESTO BENITO	21	1
4	RAFAEL GARCÍA MONTEYS	14	5
5	LUIS BABIANO	8	8
6	JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALMEIDA	12	8
7	DAVID MELLADO	28	8
8	DIEGO PÉREZ	19	9
9	ABELARDO HERNÁNDEZ	28	9
10	ANTONIO BAÑON	24	10
11	SANTIAGO HURTADO	25	10
12	LAURA RIVERA GARCÍA DE LEANÍZ	26	10
13	JESÚS RODRIGO	13	13
14	MAURICIO CORRAL	15	13
15	JUAN MANUEL RUIGOMEZ	30	14
16	ALFREDO LÓPEZ FRÍAS	15	18



El pasado 28 de febrero se celebró en el Norba Club de Golf la VI edición del "Bellota Open".

Bellota Open

Ernesto Benito Sancho | Abogado del Estado en excedencia, socio de Landwell



PRESENTACIÓN DEL LIBRO DE EDUARDO SOLER TAPPA, ABOGADO DEL ESTADO-JEFE EN EL MINISTERIO DE INDUSTRIA (ÁREA DE ENERGÍA)

Derecho de la Energía: Dictámenes de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Industria. Comentarios

La Sra. Subsecretaria del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio Dña. Amparo Fernández González, presentó el lunes 2 de marzo en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio el libro “Derecho de la Energía: Dictámenes de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Industria. Comentarios”, obra de D. Eduardo Soler Tappa, Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio (Área de Energía).

Un acto en el que intervinieron, además del propio autor, D. Pedro Luis Marín Uribe, Secretario de Estado de Energía, D. Joaquín de Fuentes Bardají, Abogado General del Estado y D. Manuel García Cobaleda, Director del Servicio Jurídico de Gas Natural, y al que acudieron numerosas y destacadas personalidades del mundo empresarial y del Derecho.

En sus discursos, todas las autoridades destacaron la novedad de la obra, y la importancia de la misma, que se erige ya como un manual imprescindible para el derecho de la energía al sistematizar, con comentarios y legislación relacionada, el cualificado criterio de la Abogacía del Estado en el Departamento, interpretando las normas jurídicas en el campo de la energía.

En particular, la estructura de la obra permite la consulta íntegra de los Dictámenes evacuados por la Abogacía del Estado en el Ministerio, diferenciando dos principales ámbitos: sector eléctrico y sector de los hidrocarburos, abordando también, la planificación energética y la energía nuclear.

EL LIBRO

La presente obra nace con la vocación de convertirse en un manual de referencia para el Derecho de la Energía al sistematizar por primera vez, con comentarios y legislación relacionada, el contenido de una selección de los Dictámenes de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en materia de Energía. El constante nacimiento de normas jurídicas y económicas, la escasa



La obra contiene los Dictámenes de la Abogacía del Estado, explicados con legislación relacionada y comentarios del autor, en materia de Derecho de la Energía

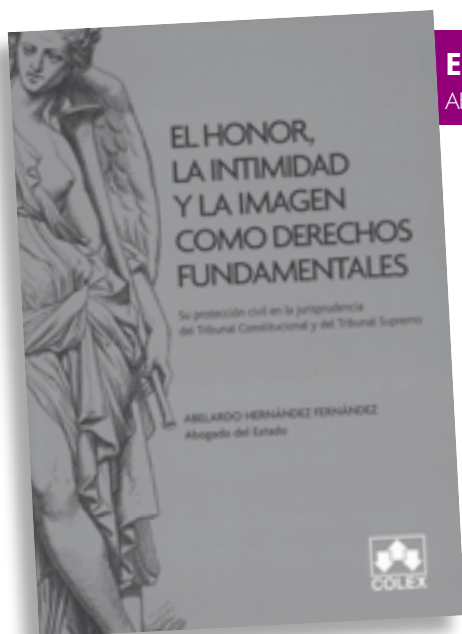
presencia de pronunciamientos jurisdiccionales, y la complejidad y particularidad del sector, convierten este libro en un referente imprescindible de la interpretación de las normas jurídicas en un ámbito fuertemente regulado y especializado.

La estructura que sigue la obra permite la consulta íntegra de los Dictámenes evacuados por la Abogacía del Estado en el Ministerio, diferenciando tres partes: sector eléctrico, sector de los hidrocarburos, y energía nuclear. En el estudio de cada una de ellas el autor, Abogado del Estado, realiza una explicación y comentario del contenido del Dictamen, sintetizando los presupuestos que dieron motivo a la consulta, y extractando las más relevantes

conclusiones para finalmente transcribir íntegro el informe en Derecho.

Los Dictámenes abordan una extensa variedad de cuestiones: relativas al derecho administrativo general (petición de información, traslado de documentos, derecho de audiencia, legalidad de convenios de colaboración, etc.), o más específicas y puntuales, como las que se refieren a los procedimientos de concentración empresarial, ejercicio de derechos políticos en entidades energéticas, o eficacia retroactiva de la norma jurídica de aplicación, entre otras muchas. Por otro lado en la obra se relacionan los Dictámenes y sus materias con los preceptos de la normativa sectorial aplicable, a fin de proporcionar un seguimiento cabal y completo de la problemática tratada en el informe.

El presente libro constituye un primer hito en la andadura iniciada por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Industria, Turismo, y Comercio, alumbrando y poniendo a disposición de empresas, Abogados y el mundo del derecho en general, y el energético en particular, la explicación y comentarios a la opinión en derecho del Servicio Jurídico en el Departamento ministerial encargado de la propuesta y ejecución de la política energética. ■



EL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Abelardo Hernández Fernández | Editorial Colex | ISBN: 978-84-8342-176-5

Esta obra es el resultado de varios años de concienzudo estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en materia de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, una materia en la que, según su autor, el simple conocimiento de la Ley no permite llegar a conocer el verdadero alcance y significado del régimen de protección civil de estos derechos fundamentales.

Por ello, este libro pretende facilitar el conocimiento de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, destacando los hechos concretos que se

enjuiciaron en las correspondientes sentencias con el fin de familiarizar con ellas, no sólo a los juristas que deseen iniciarse en el estudio de la protección civil de estos derechos, sino a todas aquellas personas que se relacionan con los medios de comunicación social contribuyendo a la formación de la opinión pública. Asimismo, su lectura podrá resultar provechosa para los muchos ciudadanos que ejercen cargos públicos o profesión de notoriedad, pues situaciones parecidas a las que ellos puedan padecer en un momento determinado, es probable que ya hayan sido enjuiciadas por alguna sentencia de las que tan abundantemente quedan recogidas en esta obra.

MANUAL DE DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

Dirección del Servicio Jurídico del Estado | Aranzadi Derecho Penal | ISBN: 978-84-8355-899-7

Fue este uno de los primeros proyectos editoriales de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, llevado a cabo a través del Gabinete de Estudios, que produjo la primera edición de este Manual. Tuvo un notable éxito, de forma que aquélla no tardó en agotarse.

Se renueva ahora el Manual, en esta segunda edición, con los añadidos, esencialmente jurisprudenciales y el cambio de Editorial. En él se realiza un análisis concienzudo de los principales delitos, que, en la práctica diaria de la Abogacía del Estado, se invocan, en la posición acusadora, en defensa de la

Hacienda Pública, actualmente representada por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Se trata de los delitos contra la Hacienda Pública, fraude de subvenciones, delito contable, alzamiento de bienes y contrabando, así como otros que se presentan cotidianamente con un carácter instrumental de los anteriores, como la falsedad documental. Todo ello enfocado desde un punto de vista eminentemente práctico y desde la óptica de quienes han llevado y llevan la toga puesta en los estrados, en representación y defensa de los intereses públicos.



LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL. ANÁLISIS PRÁCTICO Y FORMULARIOS DE APLICACIÓN

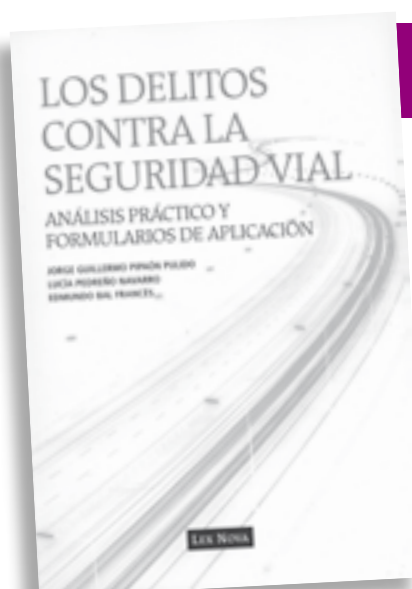
Jorge Pipaón, Lucía Pedreño y Edmundo Bal | Lex Nova | ISBN: 978-84-9898-055-4

La reforma del Código Penal por medio de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, en materia de seguridad vial, supone uno de esos hitos legislativos en los que el ciudadano percibe más que nunca la potencial peligrosidad de su conducta por el uso indebido de un instrumento tan familiar y diario como son los vehículos a motor.

Estar correctamente informados sobre el alcance y las consecuencias de esta reforma debe, además, interesar no solo a los usuarios sino especialmente a los profesionales de los diferentes sectores sociales, económi-

cos y jurídicos para los que, tanto la seguridad vial como su traducción penal, forman parte de su quehacer diario.

Con el fin de crear un instrumento de trabajo y una fuente de información práctica, y no una simple reflexión doctrinal, se ha elaborado este libro que presenta un equilibrado contenido, tanto teórico, planteando cuestiones esenciales sobre la interpretación de los preceptos del Código Penal que regulan la materia; como práctico, aportando ejemplos de escritos procesales de innegable aplicación profesional.





Reflexiones tras la lectura de "El lector" y "Vida y destino"

LAS DOS CARAS DEL ES

LAS ARMAS BINARIAS EN LA LITERATURA

Se conoce con el nombre de armas binarias a las armas químicas compuestas por elementos que por separado resultan inocuos, pero que al mezclarse adquieren poderes mortíferos devastadores. Aunque inventadas por los científicos del III Reich (para evitar los daños que las armas químicas causaban entre sus portadores, si estallaban accidentalmente), la guerra del Vietnam hizo que se hablase de ellas en los medios, y de nuevo volvieron a la palestra hace pocos años entre el cúmulo de patrañas inventadas, con más fantasía que respeto por la verdad y la inteligencia de los demás, para tratar de justificar la guerra del Sr. Bush contra el Sr. Saddam Hussein.

Algo así es, quizás, lo que haya sucedido con la lectura de los dos libros que hoy se traen a glosa, que por separado seguramente merecieran un puesto no tanto cimero, pero sí digno de mención en la literatura europea de la segunda mitad del siglo XX, pero que, leídos entreveradamente o cada uno a la luz del recuerdo del otro, componen una imagen bastante fiel de la sima a la que periódica y contumazmente descienden los hombres, las sociedades y las naciones. Podríamos continuar de muchas maneras, pero la propensión a perder el hilo y a subir a las nubes que generan las reflexiones solemnes nos obliga –centrémonos, diría un político deseoso de ganar las elecciones, y perdón por el chiste y el pleonismo– a ir por partes.

Los dos libros que componen el mosaico iluminador son bastante distintos en su origen, estructura, planteamiento y dimensiones. Es seguro que sus autores no se han conocido personalmente (muy probablemente nunca hubieran podido conocerse), y narran historias que ni remotamente albergan la sombra de cualquier tibio parecido o similitud. Sin embargo, las novelas de que aquí se va a tratar se apoyan en una misma materia prima: el asombro del ser humano ante la imposibilidad de explicar o justificar su voluntario descenso a los infiernos, y la duda de que pueda existir alguna vez un mundo mejor.

“EL LECTOR” Y “VIDA Y DESTINO”

Para no retrasar más los detalles, diremos –siguiendo un orden cronológico– que la primera de las dos novelas en comentario es “El lector” (*Der Vorleser*), de Bernhard Schlink (juez de profesión), afamada obrita que debe ir ya por su duodécima edición desde su primera publicación en español, en 1997. La novela cuenta los amores entre un adolescente y una mujer madura, enigmática y posesiva, que a la postre resulta haber sido en tiempo anterior una cruel guardiana de un campo de concentración nazi. Sobre esta sencilla línea argumental, “El lector” desarrolla el habitual asombro ale-



mán, entre acomplejado y abatido, ante el inapelable hecho de que un monstruo —una *monstrua*, diría quizás alguna autoridad más comprometida con las cuestiones de género— había continuado viviendo, tras haber servido al Mal, *como una persona cualquiera*, en la ciudad, amaba, sentía, llegaba puntual al trabajo, le gustaba oír historias, trabajaba de cobradora en un tranvía, en fin, para nada se distinguía de los demás buenos ciudadanos —o eso creen ellos—. La segunda parte del libro gira en torno al juicio al que se somete a la ex guardiana nazi, y a la resignación con que parece asumir su condena postrera, todo ello bajo la atónita mirada de su antiguo amante joven (no es un oxímoron). El aparente suicidio en la cárcel de la criminal de guerra no sirve, en el argumento de la obra, para expiar nada: al contrario, añade una carga de aflicción quizás innecesaria al castigo por unos crímenes que compartió con otras guardianas y con otros muchos empleados del Estado, y la ya cansina cantinela de si fueron culpables unos o si fuimos culpables todos (hablo —escribo— como si fuera un alemán) sobrevuela, neblinosa, toda la obra, y deja un poso de *déjà-vu* en la recapitulación mental obligada al acabar la lectura.

La segunda de las obras —que son glosadas por riguroso orden de lectura— es “Vida y destino”, de Vasili Grossman. Sobre esta obra y su autor hay que hacer —por si alguno de los lectores de esta crónica lo desconociera— una breve reseña, para mencionar unos pocos de sus principales avatares. Y es que Grossman fue durante los años 30 y 40 un miembro de la *Nomenklatura* literaria soviética, la Unión de Escritores, lo que constituía un notable privilegio y exigía importantes dosis de adhesión al régimen de Stalin. Fue corresponsal de guerra del periódico “Estrella Roja” durante la II Guerra Mundial y envió desde el frente las crónicas de la batalla de Stalingrado. Tras la muerte de Stalin, en 1953, fue más allá de lo permitido en distanciamiento y en sus críticas al régimen soviético y pasó no pocos apuros, de los que se libró en parte por su pasado prestigio y sus amistades. “Vida y destino”, cuyo manuscrito fue confiscado por la KGB, no fue publicada en la Unión Soviética. Sólo se salvó una copia microfilmada que fue llevada a Suiza y pudo ser publicada en 1980,



“El lector’ y
‘Vida y destino’
son novelas
complementarias
e integran su
significado la una
con la otra”

dieciséis años después de la muerte de su autor en Moscú.

“Vida y destino” es una novela-río en la que se acumulan muchas historias y que, sustancialmente, narra las vicisitudes, penurias, calamidades y heroicidades de numerosos personajes durante la II Guerra Mundial, en la batalla de Stalingrado, en otros lugares de la Unión Soviética y en diversos campos de concentración, tanto nazis (lager) como soviéticos (gulags). Junto a la consabida épica en la narración de los pasajes de la Gran Guerra Patria, el minimalismo en la descripción de detalles de la vida cotidiana (a veces, en un campo de prisioneros, la diferencia entre un poco de agua sucia con restos de repollo y un poco de agua sucia pero sin restos de repollo es la que hay entre la vida y la muerte) componen un relato a mi humilde modo de ver excesivamente largo, un tanto plúmbeo y no siempre fácil de seguir. El carácter compuesto de casi todos los nombres rusos (los espa-

ñoles tendremos nombre y dos apellidos, pero los rusos tienen un nombre, una especie de apodo que se interpone entre el nombre y el apellido, y un apellido) llega a dificultar no poco la identificación de los personajes, aunque obviamente eso no es privativo de “Vida y destino”, sino que —al menos uno así lo ha sufrido— pasa en todas las novelas de la literatura rusa. Acabada la lectura del libro, no puede dejar de pensarse que quizás haya sido excesivo el favor de que ha gozado “Vida y destino” entre la crítica, seguramente por la peripecia del manuscrito, las circunstancias histórico-políticas por las que atravesó su publicación y el propio acontecer vital del autor, que pasó de encumbrado a arrumbado (lo que, por otro lado, no fue pequeño avance en la Unión Soviética tras el XX Congreso del PCUS y la desestalinización, puesto que antes se pasaba de encumbrado a prisionero o a cadáver con la misma facilidad).

He dicho antes que las dos novelas son complementarias, e integran su significado la una con la otra, y seguramente esto merezca una explicación.

“Vida y destino” narra con toda suerte de pormenores las terroríficas condiciones de vida en el frente de batalla y, sobre todo, en la retaguardia soviética. Y cuenta también no tanto la crueldad monstruosa de la guerra, que parece que se da por sobreentendida pero que debió de superar bastantes de los umbrales hasta entonces conocidos en la batalla de Stalingrado,

sino la miseria de la existencia cotidiana en la retaguardia y, sobre todo, en los campos de prisioneros. Y lo que más llama la atención no son las terribles condiciones físicas o materiales en que allí se vivía y se moría, sino la tremenda laminación de la personalidad que el sistema soviético generaba sobre todo en los comunistas que seguían siendo comunistas, amaban a Stalin por encima de todas las cosas, y sin embargo, eran encarcelados acusados de las más tremendas traiciones al Estado y al Pueblo. Y, no quedando ahí la cosa, los acusados asumían los reproches dirigidos contra ellos, se autoinculpaban e interiorizaban su perversidad, mientras iban a dar con sus huesos en Siberia. Y los que no asumían su –inexistente e inventada– culpa sufrían el tremendo desgarró de saberse coautores de ese terrible sistema que ellos habían sustentado, apoyado y defendido. Para qué seguir narrando las perversiones jurídicas, psicológicas y morales que encerraron los famosos procesos y las purgas de Stalin.

En “El lector”, en cambio, la mención al horror tiene lugar como de pasada, por exigencias del guión. Al parecer, la protagonista, Hanna Schmitz, según se resulta de las sesiones del juicio oral de su proceso, dejó morir carbonizadas a varias decenas de prisioneras en el interior de una iglesia con ocasión de un incendio, sin hacer nada por abrir las puertas de las que tenía la llave.

Sea, sin embargo, de una manera o de otra, la naturaleza monstruosa de los regímenes políticos que sobrevuelan ambas obras se da por sobreentendida. O por no tan sobreentendida, puesto que “Vida y destino” vio precisamente impedida su publicación en la URSS por el KGB.

NOSOTROS, LOS DE ENTONCES, YA NO SOMOS LOS MISMOS. Y ELLOS, TAMPOCO

Obviamente, todos leemos e interpretamos los libros a la luz de nuestra propia experiencia cultural. Y, precisamente, en estos dos libros tan diferentes y tan distantes en el espacio y el tiempo, leídos al foco esclarecedor pero tramposo de lo que sucedió tras el fin de ambos regímenes (tramposo porque sabemos, a diferencia de sus protagonistas, cómo acabaron y qué vino después), podemos apreciar las

dos maneras –apocalíptica una, invisible otra– en las que perecieron (más o menos) las dos ideologías que conformaron los intentos del Siglo XX de encontrar y alumbrar al hombre nuevo.

El **nacionalsocialismo** –o, en su versión italiana, el fascismo–, que encandiló y encuadró a una gran parte de la juventud, de la intelectualidad y sobre todo de las clases medias europeas, asustadas y desorientadas ante la amenaza real o sentida de perderlo todo, acabó en un final tan wagneriano como sus orígenes, entre las ruinas humeantes de la Alemania derrotada. Y, como no podía ser de otra manera, tras la derrota siguió la desnazificación de Alemania, más o menos entusiasta, pero cumplidora de los ritos purificadores que los vencedores exigieron. El proceso de Nuremberg y los procesos subsiguientes que hubo en el resto del país contra criminales de guerra, la interiorización (más o menos sincera) de un complejo de culpa colectivo, la prohibición de la simbología

y las organizaciones nazis y el recordatorio constante del holocausto han servido para que hoy podamos decir que el nazismo nació, arrasó medio mundo y murió, al menos en la forma en la que fue alumbrado en la Europa de los años 30. Salvo grupos marginales, excrescencias ultras y anecdóticos propios del rock duro, en el sentir común de las cosas hoy día llamar a alguien “nazi” o “fascista” constituye un severo insulto (la versión española del “facha” como insulto se ha degenerado hasta extremos grotescos, pudiendo ser facha un señor con bigote que lee el ABC, o uno que se toma un vermú un domingo por la mañana en una terraza céntrica).

Esta rendición de cuentas del nazismo no obedeció, seguramente, a nada más que al hecho de haber sido derrotada militarmente la potencia que lo encarnó. No parece que haya otra explicación. Los vencedores impusieron su criterio, y éste fue aceptado sin titubear por los alemanes. Tras la guerra, expiados en el patíbulo de Nuremberg y en Spandau los crímenes más horribles y condenados los dirigentes más notorios que sobrevivieron a la caída del régimen, en Alemania no hubo más nazis. Y los que lo fueron en el pasado no recordaban haberlo sido, y los que apoyaron el nazismo o los que callaron o lo justificaron tampoco sabían nada de lo que pasó. Posiblemente eso sea lo que debe hacerse en estos casos. Y así se hizo, y así se nos recuerda en algunos pasajes de “El lector”. Podemos decir, a este respecto, que Alemania (Europa entera)

En estos dos libros tan distintos podemos apreciar la manera en las que perecieron las ideologías del s. XX que trataron de alumbrar al hombre nuevo



está vacunada contra el nazismo. No lo está quizás contra otros fenómenos políticos más o menos parecidos, pero ello es, pura y simplemente, porque el nazismo no fue obra de unos monstruos criminales que secuestraron malvadamente la voluntad de todo un pueblo, sino porque este mismo pueblo, o su mayoría, vivió muy a gusto y muy bien durante los años de gloria de Hitler (que era un criminal, pero lo uno no quita lo otro). La represión fue insoportable para algunos (judíos, gitanos), menos intensa para otros (los dirigentes alemanes más destacados de la oposición, cuyo destino, sin embargo, nada tuvo que ver en penalidades con el de los judíos) y difusa pero soportable incluso con gusto para la generalidad, y sólo a partir de 1944, al final de la guerra, se hizo intolerable para el común de la población. Conviene, quizás, recordar eso, para no tener que hacerse retórica y periódicamente la pregunta: “¿Cómo pudo caer un pueblo culto y civilizado como Alemania en tal abismo de degeneración?”. Como podría caer cualquier otro en las mismas circunstancias. A nadie se le pide que sea un héroe —ni siquiera que sea honesto consigo mismo— si tiene un negocio, hijos, una posición más o menos cómoda, y se le dice que todo eso peligrará seriamente salvo que haga lo que debe hacer. La verdad es que lo anterior recuerda bastante a lo que pasa en ciertas zonas de España en las que imperan ideologías de autoidentificación territorial, cuando no racial, por lo menos fonéticamente coincidentes con la que nos trae ocupados, pero eso nos alejaría demasiado —si es que no lo estamos ya— del propósito de este comentario.

Hubo, en fin, expiación del nazismo. Y eso se nota en el libro de Schlink, en el que el protagonista es desde el principio una mujer afable, trabajadora, con deseos, incluso sexualmente atractiva. Y la —aparentemente— gran paradoja de la narración, el golpe maestro, podríamos decir, es que esa mujer es, a la vez, la encarnación del Mal. Como ella, podría haber sido cualquiera: el padre del muchacho, su profesor, el conductor del tranvía, o la directora de la cárcel. Terrible. Pero el mal paga su deuda. No sería alemán el autor si la ex nazi hubiera acabado la novela —como en la realidad tantas veces sucedió— en California, regando sus plantas, o dando de comer a los pájaros, o yendo a

reuniones de grupos misioneros para ayudar a los negritos de África, o, como Leni Riefenstahl, yéndose a vivir a África con los propios nativos.

Hoy sabemos lo que Grossman nunca pudo saber: que el **comunismo** desapareció en 1989. Y ya está. No fue derrotado, ni humillado, ni hubo rendición personal y física de cuentas, salvo en los casos en que el régimen se encarnó en psicópatas lunáticos y criminales, como es el Ceaucescu en Rumanía o Pol Pot en Camboya (curiosamente, el fin del régimen de Hoxa en Albania, aún más terrible que el rumano, no conoció ajuste de cuentas alguno). El infierno que supuso el Gulag no fue fruto, como en el caso nazi, de una ideología que lo exaltara. O que exaltara o propugnara la desaparición o eliminación física o el desplazamiento territorial de masas de población. Aunque todo eso se hiciera con una aplicación, incluso burocrática, tan esmerada como en el caso alemán o aún más. Pero, a diferencia del nazismo, el comunismo (incluso en su versión estalinista más horripante) no propugnó el sometimiento de nadie a nadie, sino la liberación del entero género humano. Siendo espléndidos aunque —ahora nadie lo duda— delirantes los fines, es en el ámbito de los medios donde el origen hegeliano de la ideología desplegó toda su fuerza devastadora, poniendo el Estado, la sociedad entera y los individuos al servicio primero de una idea y luego del poder personal de un tirano.

Pero, como en el caso alemán, y aun siendo moralmente mucho más sofisticados los elementos de presión del comunismo, no tendría sentido atribuir a azares, al Mal absoluto o a criminales sin escrúpulos —que los hubo— el universo totalitario soviético. Muchos millones de personas no sólo no conocieron otra cosa, sino que no deseaban conocer nada mejor. La certeza de una existencia segura —más segura aún si no hablabas más de la cuenta—, en la que no tenían cabida los riesgos azarosos de una fortuna adversa, generó en los habitantes del mundo soviético una aquiescencia que —permítasenos la ironía de parafrasear a Gramsci precisamente aquí— redujo, en algunas de las etapas del régimen la necesidad del uso de la fuerza, al ser capaz de generar un consenso pasivo —o activo, a veces— de sumisión y aceptación. Los resultados electorales

que tozudamente otorgan un notable porcentaje de voto en Alemania Oriental a los herederos del SED pueden servir de muestra para calcular, más o menos, el ámbito de ese consenso cuando la persuasión estaba además respaldada por la fuerza coactiva del Estado.

Y además de eso, el régimen soviético —el régimen comunista— subsistió porque fue capaz, aunque parezca una paradoja, y aunque a algunos les pudiera asombrar o incluso molestar, de generar una ilusión. El —a mi modesto juicio— mejor y más profundo tratadista del fin del comunismo, François Furet, dice en “El pasado de una ilusión” (un aparente ladri- llo de lectura muchísimo más atractiva y



“Aparentemente, la gran paradoja de ‘El lector’, el golpe maestro, es que la protagonista es desde el principio afable, trabajadora, con deseos y, a la vez, la encarnación del Mal”

recomendable de lo que a primera vista pudiera parecer) que el comunismo revistió un carácter no sólo científico, sino de “ilusión de otra naturaleza que la que puede nacer de un cálculo de fines y medios, y hasta de una simple fe en la justicia de una causa, ya que ofrece al hombre perdido en la historia, además del sentido de su vida, los beneficios de la certidumbre. No fue algo parecido a un error de juicio, que con la ayuda de la experiencia se puede reparar, medir y corregir; más bien fue una entrega psicológica comparable a la de una fe religiosa, aunque su objeto fuera histórico”. Grossman deja constancia de ello en muchos pasajes de “Vida y destino”. En uno de ellos, Krímov, un comunista leal y entregado,



Hoy sabemos lo que Grossman nunca pudo: que el comunismo desapareció en 1989. Y ya está. No fue derrotado, ni humillado, ni hubo rendición personal y física de cuentas

es arrestado, encerrado en la Lubianka y acusado de traición. Mientras le interrogan y le pisotean, “en el hombre que le pisoteaba Krímov no había reconocido a un extraño, sino a sí mismo, a aquel niño que lloraba de felicidad cuando leía las extraordinarias palabras del *Manifiesto comunista*: ‘¡Proletarios del mundo, uníos!’. Y aquella proximidad era realmente espantosa...”.

Pero, volviendo a lo anterior, ese mundo se hundió. No como en el caso nazi por una derrota militar aplastante, sino como a veces desaparecen los ríos en el desierto, por hundimiento o vaporización. No hubo cañonazos, ni grandes revueltas, ni guerras (no son del caso las crueles guerras que surgieron después en la antigua URSS o en Yugoslavia, todas ellas analizables en estricta clave nacionalista). El comunismo acabó. Todo lo que nos narra Grossman en “Vida y destino” desapareció sin dejar rastro, sin combate. Fracásó, seguramente. Pero en todo caso se fue para no volver. Los dirigentes siguieron, y siguen, reconvertidos a la democracia, sin mácula, como si nunca hubiesen pertenecido a la élite dirigente anterior. Nada se recuerda, todo se niega o, mejor, ni se menciona. No hay pasado.

Una de las lecciones—ésta ininterrumpida desde el comienzo de la historia, es cierto— que nos deja la desaparición del comunismo es, eso sí, la del enorme poder de persuasión de la fuerza bruta, dicho con todo el sentido literal y aun irónico que puede tener la expresión. Mientras subsistieron los estados comunistas del este de Europa, y sobre todo la URSS, el comunismo tuvo en el resto del mundo esa capacidad de convicción, persuasión e ilusión a que antes me referí al hablar del nazismo y el fascismo. Pese a conocerse sus efectos y sus miserias, la idea comunista subsistió en muchos lugares, y sedujo a millones de personas—para qué vamos a excluirmos, si no es cierto— seguramente por el poder de persuasión y convicción que siempre tiene lo real, lo existente, además del sublime idealismo del hombre nuevo. El *socialismo realmente existente* se autodenominó así no sólo para tratar de separar filosófica y teóricamente lo accesorio de lo fundamental (aunque el resultado no sea bueno, como la idea sigue siendo buena, mejor esto que nada, se decía), sino para subra-

yar, incluso con la fuerza suasoria de los tanques y los misiles, su carácter real e inapelable.

Desaparecido el mundo que se describe en “Vida y destino”, su fuerza radica ya no tanto en sus valores literarios, sino en lo que retrospectivamente nos enseña. Desde este punto de vista, aunque instintivamente podamos simpatizar con su autor, tampoco podemos dejar de repetir lo que dijimos más arriba, esto es, que su éxito editorial quizás se encuentre no tanto en sus valores literarios o incluso morales, sino en un masivo consenso elogioso en los medios que pudiera sobrepasar a sus cualidades literarias. Por lo menos, quede constancia de que no es un libro de fácil lectura.

Y termina esta crónica con una frase, como otras de las que aquí se han usado, prestada, aunque pudorosamente entrecomillada para dejar constancia de su carácter fiduciario. Es, una vez más, de Furet, que en “El pasado de una ilusión” nos dice: “En el momento en que se disgrega, el Imperio soviético ofrece la característica excepcional de haber sido una superpotencia sin haber encarnado una civilización. El hecho es que agrupó en torno suyo a fieles, clientes y colonias; que acumuló un arsenal militar y proclamó una política exterior de dimensiones mundiales. Tuvo todos los atributos de la potencia internacional que le ganaron el respeto del adversario, por no hablar de los del mesianismo ideológico, que le ganaron la adoración de sus partidarios. Sin embargo, su rápida disolución no deja nada en pie: ni principios, ni códigos ni instituciones; ni siquiera una historia. Como sucedió antes con los alemanes, los rusos son ese segundo gran pueblo europeo incapaz de dar un sentido a su siglo XX y, por lo mismo, inseguro sobre su pasado”.

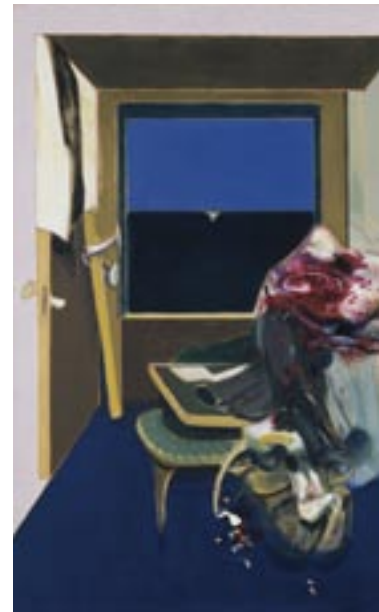
Agradezco a quien haya llegado hasta aquí—si tal existiera— su esfuerzo, disculpándome, una vez más, por utilizar este rincón de glosa y comentario literarios para hablar (o escribir, que es lo mismo pero con más respeto para el oyente/lector, que lo puede dejar cuando quiera) de tantas y tantas cosas con tan poca relación aparente, y disculpándome por los juicios precipitados que pueda haber vertido, seguramente refutables por alguien más sabio y cabal. ■





Francis BACON

La gran exposición retrospectiva sobre Francis Bacon, ha sido organizada con motivo del centenario del nacimiento del artista. La muestra cuenta en Madrid con el patrocinio de Acciona y la colaboración de la Comunidad de Madrid y ha sido organizada por la Tate de Londres y el Metropolitan Museum of Art de Nueva York en colaboración con el Prado. A diferencia de Londres o Nueva York donde la presencia de la obra de Bacon ha sido constante en los últimos 40 años, el artista únicamente ha sido objeto de una exposición en Madrid hace treinta años (Fundación Juan March, 1978). De ahí que la presentación de esta muestra en el Prado adquiera una especial significación, constituyendo además un homenaje singularmente cercano al artista, asiduo visitante del Museo en los últimos años de su vida y fallecido en Madrid el 28 de abril de 1992.



Con una selección de obras muy similar a la reunida en la Tate Britain, su sede precedente, la exposición cuenta en Madrid con un conjunto de 78 obras, entre las cuales figuran composiciones singulares y dieciséis de los trípticos más importantes realizados por el artista irlandés, además de un importante material documental procedente de su taller que muestra algunas de las fuentes de sus composiciones o sus ideas más decisivas. Aunque las diferencias entre la selección de obras presentadas en cada una de las sedes de la exposición –Londres, Madrid y Nueva York– son mínimas y motivadas fundamentalmente por motivos de conservación de algunas obras, cuyo préstamo se ha restringido a las ciudades en las que se conservan habitualmente, la selección del Museo del Prado incluye un gran tríptico de 1984 procedente de una colección privada que no ha viajado a Londres ni lo hará a Nueva York.

La vinculación del Museo del Prado a este proyecto responde al interés de la institución en hacer un homenaje a uno de los grandes creadores del siglo XX cuyo punto de partida estuvo estrechamente relacionado con algunos de los grandes artistas clásicos españoles, como Velázquez y Goya, e incluso con Picasso, quien, según el propio artista, fue el que agitó definitivamente su vocación pictórica. Como ejemplo de ello, la expo-

“Un homenaje a uno de los grandes creadores del s. XX cuyo punto de partida estuvo estrechamente relacionado con Goya, Velázquez o Picasso”

sición incluye los lienzos que revelan el interés de Bacon por el *Retrato del Papa Inocencio X* de Velázquez y que constituyen, según sus propias palabras, el primer paso importante de su pintura. Entre las obras más destacadas presentes en la exposición, además de las variaciones sobre el *Papa Inocencio X*, se incluyen los trípticos de la *Crucifixión*, el *Retrato de Isabel Rawsthorne en Soho*, los trípticos homenaje a George Dyer, el tríptico inspirado por un poema de T.S. Eliot, y el *Tríptico* de 1991, con su autorretrato.

Mientras que otras exposiciones anteriores se centraron en sus obras más recientes o en la presentación de alguno de sus temas más importantes, ninguna de ellas pudo alcanzar la dimensión totalizadora que tiene la organizada ahora con motivo de su centenario, ni las posibilidades de apreciación de su pintura que confiere la distancia de su muerte, hace ya quince años. Por otra parte, en los últimos años



FRANCIS BACON

Organizan: Museo Nacional del Prado en colaboración con la Tate Britain de Londres y el Metropolitan Museum de Nueva York.

Salas: Edificio Jerónimos

Fechas: del 3 de febrero al 19 de abril 2009

Venta de entradas: General 8€, reducida 4€

Actividades: Durante el periodo que dure la exposición el museo ofrecerá conferencias, ciclos cinematográficos, documentales, visitas guiadas y actividades para niños y jóvenes en torno a Bacon y su obra.

Más información: www.museodelprado.es

han sido muchas las aportaciones al conocimiento de su vida y de su obra, con la aparición de numerosas fuentes seguras para sus composiciones, que se han revelado con la ordenación del ingente material gráfico y bibliográfico que guardaba su taller, así como la posibilidad que ha supuesto el estudio sistemático y riguroso de su obra desarrollado también en estos años.

La exposición, que abarca desde las obras más tempranas de Bacon, en los inicios de su carrera, hacia 1946-1949, hasta los años finales de su vida, ya en 1991, se estructura en varios capítulos que pretenden ordenar las obsesiones sucesivas del artista y dar una visión exacta y desapasionada de sus elevados intereses artísticos. Bajo denominaciones como *Animalidad*, *Aprensiones*, *Crucifixión*, *Crisis*, *Retrato o Épica*, las distintas secciones aglutinan algunas de las composiciones más profundas o chocantes de su ideario. Algunos

de sus temas, como el paso del tiempo, la muerte o la fragilidad de la naturaleza humana en su aspecto corporal, la violencia, el sexo, pero también la amistad y la soledad, están presentes en esta exposición que revela, además, la calidad pictórica y la maestría de la técnica de Bacon, sin duda uno de los grandes pintores de la cultura occidental.

“La exposición abarca toda la obra de Bacon y pretende ordenar las obsesiones sucesivas del artista y dar una visión exacta de sus elevados intereses artísticos”

La colaboración y generosidad de un número excepcional de los grandes museos europeos y americanos y de los coleccionistas privados todavía grandes depositarios de las obras de Bacon, ha permitido cumplir el objetivo de los organizadores de presentar únicamente sus obras de mayor calidad, primando aquellas consideradas paradigma absoluto de sus ideas. Además, el “Bacon Estate”, que custodia los intereses de la propiedad intelectual y artística de Bacon, ha contribuido también decisivamente a la organización de esta exposición por considerarla un acontecimiento internacional fundamental para el mejor conocimiento y apreciación de la indiscutible talla artística del pintor.

La exposición ha contado con el comisariado conjunto de: Chris Stephens y Matthew Gale (Tate), Gary Tinterow y Anne L. Strauss (Metropolitan Museum of Art) y Manuela Mena (Museo Nacional del Prado). ■

Fundación ANESVAD

Una ONGD sanitaria con enfoque de Derechos Humanos

Con más de 40 años de experiencia en materia de cooperación al desarrollo, y presencia permanente en los tres continentes más empobrecidos del planeta, esta organización trabaja para promover y proteger la salud como un Derecho. También para favorecer un cambio social que permita abordar las causas estructurales de la pobreza, la desigualdad y la exclusión social.



La salud es un Derecho Humano Fundamental, intrínseco a todo ser humano. Sin embargo, todavía hoy, 100 millones de personas caen anualmente en la pobreza al costearse la atención sanitaria, y un número aún mayor no puede acceder a ningún tipo de atención sanitaria y muere por causas que son evitables. Esta situación de injusticia social y desigualdad es la que motiva que Organizaciones No Gubernamentales para el Desarrollo (ONGD) como la Fundación ANESVAD, con más de 40 años de trayectoria en el ámbito de la cooperación, continúen trabajando para acercar el Derecho a la Salud a las personas y colectivos más vulnerables.

Nacida en el año 1968, como fruto de la inquietud y el compromiso de un grupo de estudiantes universitarios vizcaínos que, de forma voluntaria, iniciaron un movimiento social para ayudar a cerca de 800 familias, desestructuradas por motivos de salud y falta de recursos económicos, la Fundación ANESVAD es hoy una organización profesional, independiente y aconfesional, que se rige de acuerdo a lo establecido en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Su objetivo

principal es trabajar para promover y proteger la salud como un Derecho Humano, y entendiendo por salud un completo estado de bienestar físico, psicológico y social, que no sólo depende de los servicios y de la atención médica, sino también de unas condiciones generales de vida adecuadas. Lo que exige, sin duda, tener muy presentes los determinantes económicos, políticos y sociales de la salud.

DESARROLLO Y SOSTENIBILIDAD

En esta línea, la Fundación ANESVAD desarrolla proyectos de cooperación al desarrollo en los tres continentes más empobrecidos del planeta –África, América

Latina y Asia–, donde actualmente está presente en 20 países en vías de desarrollo: Benín, Camerún, Costa de Marfil, Ghana, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Bangladesh, Camboya, China, Filipinas, India, Laos, Tailandia y Vietnam. Sus intervenciones giran en torno a cuatro ejes temáticos – Enfermedades Tropicales Desatendidas, Salud Comunitaria, Salud Materno-Infantil y Sexual y Reproductiva, y Trata Humana–, y combinan una atención sanitaria integral, centrada en las personas, justa, asequible y eficiente, con actividades de promoción y prevención de la salud que, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), pueden llegar a reducir hasta en un 70% la carga de morbilidad a nivel mundial. Una parte muy importante de su trabajo se centra, además, en apoyar y capacitar al personal sanitario, social y educativo involucrado en los cerca de los 200 proyectos anuales que ejecuta.

La Fundación ANESVAD trabaja en estrecha colaboración con las ONG e instituciones locales de cada país, para favorecer un desarrollo sostenible de las

“La mala salud es tanto una causa como una consecuencia de la pobreza que afecta a cerca de 1.400 millones de personas en el mundo”



comunidades en las que interviene, y responder así a las necesidades reales de la población, respetando su cultura y sus prioridades. Para ello, promueve intervenciones en las que la población participa de forma activa en la identificación de sus propias necesidades, así como en la definición y puesta en marcha de acciones que contribuyan a la mejora de su calidad de vida. Además, focaliza sus esfuerzos hacia aquellas personas que son las más vulnerables y marginadas dentro de las empobrecidas, y por lo tanto, cuyos derechos están siendo peor protegidos. Como es el caso, por ejemplo, de las mujeres, las niñas y los niños, las poblaciones indígenas y las que habitan en periferias urbanas y zonas rurales, así como las personas discapacitadas e indocumentadas.

Adicionalmente, en su sede central, localizada en la ciudad de Bilbao (Vizcaya), la Fundación ANESVAD cuenta con un área de asistencia social, dirigido a colectivos desatendidos y desprotegidos en los que concurren circunstancias de enfermedad y falta de recursos económicos. Aquí se apoyan y promueven acciones socio-sanitarias encaminadas a resolver las necesidades más urgentes y habituales de estos

colectivos, y se les proporciona y facilita el acceso a la medicación necesaria para tratamientos puntuales o continuados.

PARTICIPACIÓN Y TOMA DE CONCIENCIA

La Fundación ANESVAD entiende la cooperación al desarrollo como un intercambio en términos de igualdad y de aprendizaje mutuo que pretende fomentar el desarrollo de los pueblos del Sur y contribuir a la erradicación de la pobreza. Igualmente, considera imprescindible promover un cambio de actitud en el Norte, para impulsar una mejor realización de los Derechos Humanos. Por ello, trabajar en red con otras ONG, organismos públicos y organizaciones in-

ternacionales para maximizar el impacto y conseguir una toma de conciencia en los ámbitos de poder y en las políticas públicas, se ha convertido para esta organización en una prioridad.

Y es que a pesar de todos los esfuerzos y la suma de todas las luchas, aún queda mucho camino por recorrer para abordar un cambio total de estructuras, o una resolución global de la pobreza que afecta a 1.400 millones de personas. Máxime en esta coyuntura de crisis económica y financiera en la que desde organismos internacionales como las Naciones Unidas se está advirtiendo del riesgo de que “esta crisis económica y financiera se convierta en una tragedia humana”. No en vano, mientras el número de personas empobrecidas y hambrientas en el mundo se incrementa, las ONGD, por ejemplo, se están encontrando en la encrucijada de tener que hacer más trabajo y proveer de más servicios, con menos recursos. ■

“ La Fundación ANESVAD entiende la cooperación al desarrollo como un intercambio en términos de igualdad ”





Asociación de Abogados del Estado

Publicación patrocinada por:



El Medio Propio en la Jurisprudencia Comunitaria sobre Contratos Públicos. Análisis de la sentencia del TJCE, Coditel, de 13 de noviembre de 2008 y Reflexiones desde una Perspectiva Española.

Ignacio del Cuvillo Contreras

Abogado del Estado

El presente texto corresponde al artículo real elaborado por Ignacio del Cuvillo Contreras, que en el anterior número fue sustituido, debido a un error de documentación, por el texto íntegro de la sentencia del TJCE. Desde la Dirección de esta revista deseamos pedir disculpas tanto al autor del documento como a nuestros lectores por la confusión que dicho error haya podido crear.

“El Derecho comunitario admite, como manifestación del poder de auto-organización de las Administraciones públicas, la adjudicación directa de contratos, sin licitación pública, a sociedades dotadas de personalidad jurídica propia, controladas por dichas Administraciones.”

Desde hace tiempo, las Administraciones Públicas vienen utilizando sus propios medios personales y materiales para ejecutar obras o prestar servicios, bien por creación específica o aprovechamiento de esos medios sin carácter empresarial, bien por adquisición o publicación de empresas. En casos de inexistencia o insuficiencia de medios, o de mayor dimensión o complejidad de las necesidades públicas, las Administraciones han recurrido a empresas externas o a empresas participadas por dichas Administraciones o controladas o influidas. Esta modalidad de gestión ha planteado y plantea el problema de su sujeción o exclusión de las normativas legales reguladoras de la contratación pública, tanto en el ámbito nacional como en el europeo.

El modelo de ejecución de obras o servicios de la Administración por *medios propios* se inspira en la doctrina y práctica denominada en el mundo anglosajón *in house providing*, literalmente suministro doméstico o interno (recordemos que el abogado de empresa es el *in house counsel*).

El Derecho comunitario admite, como manifestación del poder de auto-organización de las Administraciones públicas, la adjudicación directa de contratos, sin licitación pública, a sociedades dotadas de personalidad jurídica propia, controladas por dichas Administraciones. En esencia, el *in house providing* se muestra como un modelo de organización para satisfacer el interés público o proveerse de los recursos necesarios mediante una actividad interna. Este modelo se contrapone al de *outsourcing* por el que se recurre al sector privado, exteriorizando el ejercicio de actividades administrativas.

La expresión *in house providing* se utilizó por primera vez en el ámbito comunitario en la Comunicación de la Comisión (98) 143, Libro Blanco sobre los contratos públicos en la Unión Europea. La Comisión define en ella los *in house contracts* como contratos adjudicados en el seno de la Administración

pública, p.e. entre una administración central y las administraciones locales o entre una administración y una sociedad por ella enteramente controlada.

I. La Normativa comunitaria de contratos públicos

El objetivo de unidad de mercado que perseguía el Tratado de Roma de 1957 exigió de la Comunidad Europea, además de medidas aduaneras, la formulación de políticas comunes, la puesta en práctica de medidas sobre las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y un régimen de garantía de la competencia en el interior del mercado.

En palabras de la Comisión Europea (Libro Blanco sobre la realización del Mercado interior de 14 de junio de 1985, COM (85) 310, los contratos públicos representaban una parte importante del producto nacional bruto y estaban marcados por la tendencia de las autoridades a reservar los contratos a su propio país, constituyendo ese fraccionamiento en mercados nacionales uno de los obstáculos evidentes a la realización de un mercado interior.

La importancia económica e influencia de los contratos en el funcionamiento de un mercado en libre competencia hicieron que preocupara a las instituciones europeas la regulación de la contratación pública. El proceso de armonización de las legislaciones de los Estados miembros mediante Directivas comenzó en 1971, con fundamento no sólo en las disposiciones del Tratado que garantizan la libre circulación sino también en las que establecen los principios fundamentales de igualdad de trato, transparencia y reconocimiento mutuo y en las que prohíben la discriminación por razón de nacionalidad.

II. Jurisprudencia comunitaria

En la normativa comunitaria de contratos públicos no hubo referencia a la ejecución por medios propios, porque no constituían contrato y no afectaban a las normas reguladoras de la compe-

tencia. Sin embargo, los abusos producidos hicieron que las empresas privadas competidoras actuaran ante los Tribunales nacionales en defensa de su derecho a una licitación pública y provocó el planteamiento por dichos Tribunales de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

II.1 Los criterios *Teckal*

En 1998, el Tribunal administrativo regional de Emilia-Romagna (Italia) planteó cuestión prejudicial sobre interpretación de la Directiva 92/50/CEE, en relación con la 77/62/CEE y la 93/36/CEE, asunto C-107/98, en el marco de un litigio entre Teckal Srl, el municipio de Viano y la Azienda Gas-Acqua Consorziale de Regio Emilia (una mancomunidad de municipios) acerca de la adjudicación de la gestión del servicio de calefacción de edificios municipales.

El TJCE dictó sentencia el 18 de noviembre de 1999 estableciendo que la Directiva 93/63 era aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyectaba celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tuviera por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad fuera o no, en sí misma, una entidad adjudicadora. Aplicando un criterio positivo, en los apartados 49 y 50, la sentencia estimó que la Directiva era aplicable al caso. Solo podía ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerciera sobre la persona de que se tratara un *control análogo* al que ejercía sobre sus propios servicios (primer criterio) y esta persona realizara la *parte esencial de su actividad* con el ente o entes que la controlaban (segundo criterio). Estos criterios o requisitos se han denominado, en lo sucesivo, criterios *Teckal* y fueron reafirmados por el TJCE, a lo largo del año 2005, en las sentencias *Stadt Halle*, *Comisión contra España*, *Parking Brixen* y *Comisión contra Austria*, en el año

2006 en la sentencia *Carbotermo* y en el año 2007 en las sentencias *Asemfo*, y *Aperymco*.

II.2. La sentencia *Asemfo*

El 19 de abril de 2007, el TJCE dictó sentencia en el asunto *Asemfo*, C-295/05, y declaró que las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37/CEE no se oponían a un régimen jurídico como el de Tragsa, que le permitía realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por aquéllas, en cuanto empresa pública que actuaba como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercían sobre esta empresa un control análogo al que ejercían sobre sus propios servicios y, por otra, dicha empresa realizaba lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades.

Estos son los puntos más importantes que fueron objeto de consideración por el TJCE:

1. *Naturaleza no contractual de las relaciones entre TRAGSA y los entes públicos controladores.*

Como TRAGSA no gozaba de libertad ni respecto a los encargos formulados por las autoridades ni en cuanto a las tarifas aplicables, no se cumplía el requisito relativo a la existencia de un contrato. La obligación de realizar los trabajos se había apreciado en la sentencia dictada el año 2003 en un asunto España c. Comisión, C-349/97.

2. *Carácter instrumental de TRAGSA.*

La sentencia reiteró una vez más la aplicabilidad de los criterios *Teckal*. Respecto al primero, el de *control análogo*, el TJCE construyó una argumentación muy interesante a nivel comunitario, porque las entidades controladoras no son entidades locales, como ocurría en los precedentes anteriores, sino la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, y, por los temas tratados. No sólo se decía que el control de la entidad contratista podía ser *conjunto*, sino

“En la normativa comunitaria de contratos públicos no hubo referencia a la ejecución por medios propios, porque no constituían contrato y no afectaban a las normas reguladoras de la competencia.”

que existía cuando el Estado poseía un 99% del capital de *Tragsa* y las cuatro Comunidades Autónomas entonces partícipes sólo un 1%.

En cuanto al segundo criterio, el de realización de la *parte esencial de la actividad* para el ente o entes públicos de control, la sentencia *Asemfo* se remitió a la jurisprudencia anterior (sentencia *Carbotermo*) de la que resultaba que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito

puede considerarse satisfecho si la empresa realiza lo esencial de su actividad, no con uno u otro de los entes territoriales, sino con dichos entes considerados en conjunto. Seguidamente, recogió de los autos del asunto principal que TRAGSA realizaba por término medio más del 55 % de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35 % con el Estado. Por tanto, lo esencial de su actividad era para los entes territoriales y los organismos públicos que la controlaban.

El profesor González García, en la Revista de Administración Pública (mayo-agosto 2007) dijo: “la resolución que se comenta (la sentencia *Asemfo*) (...) tiene una solución que puede parecer sorprendente” y que “el Tribunal se aparta de su jurisprudencia anterior”. Un comentarista francés calificó la sentencia de *notable*, señalando que fue dictada en sentido contrario a las conclusiones del Abogado General y afirmando que el Tribunal había cambiado su jurisprudencia (ver pág. de *Internet LocalJuris*).

III. La sentencia CODITEL BRABANT

La sentencia dictada por el TJCE el pasado 13 de noviembre de 2008, en el asunto C 324/07, *Coditel Brabant* contra *Commune d'Uccle* y *Région de Bruxelles-Capitale* (“*Coditel Brabant*” o “*Coditel*”), resulta de una oportunidad extraordinaria. Facilitará su comprensión hacer un resumen de los hechos:

1º. El municipio de Uccle (Bruselas-capital) permitió a *Coditel Brabant* instalar y explotar, de 1969 a 1999, una red de teledistribución en su término municipal. El municipio decidió comprar la red y convocó una licitación para conceder su explotación. Se presentaron cuatro sociedades, entre ellas *Coditel*.

2º. El municipio desistió de la concesión y se orientó a la venta de la red. *Coditel* y cuatro sociedades presentaron ofertas. *Brutéle*, sociedad intermunicipal, en vez de oferta de compra, presentó propuesta de adhesión del municipio como miembro asociado. Tras estimar que la oferta de *Coditel*, única

admisibles, era demasiado baja, el municipio desistió de la venta y se asoció a *Brutéle*, concediéndole la gestión de su red de teledistribución.

3º. De la resolución de remisión resultaba que *Brutéle* era una sociedad cooperativa, cuyos socios eran municipios, y una asociación intermunicipal que agrupaba exclusivamente a municipios, sin admitir socios privados. Su Consejo rector se componía de representantes de los municipios designados por la Asamblea general, a su vez compuesta de representantes municipales. El Consejo rector disponía de las más amplias facultades. *Brutéle* realizaba la parte esencial de sus actividades con sus asociados.

4º. *Coditel* interpuso un recurso de anulación de la resolución municipal de asociación ante el Consejo de Estado de Bélgica, que decidió plantear al TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Puede un municipio, sin convocar una licitación, adherirse a una sociedad cooperativa cuyos socios son exclusivamente otros municipios (...) con objeto de atribuir a esa sociedad la gestión de su red de teledistribución, siendo así que la sociedad realiza en lo sustancial sus actividades sólo en relación con sus asociados (...) de éstos, y que las decisiones (...) se adoptan por el consejo rector y por los consejos de sector (...) órganos estatutarios (...) que están integrados por representantes de las entidades públicas y que adoptan sus decisiones por mayoría?”

2) ¿Puede considerarse que el dominio sobre las decisiones de la sociedad (...) a través de los órganos (...) permite a los socios ejercer (...) un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios?”

3) Para calificar como análogos ese dominio y ese control, ¿tienen que ejercerse individualmente por cada miembro asociado o basta que sean ejercidos por la mayoría de los miembros asociados?”

La sentencia *Coditel Brabant* trata y resuelve los siguientes puntos:

“El TJCE ha abordado en la sentencia Coditel un tema fundamental que no llegó a aflorar en la sentencia Asemfo/Tragsa. Se trata de la cooperación entre autoridades o entidades públicas para la ejecución de obras o prestación de servicios, como forma de organización que excluye de las normas de contratación pública las relaciones o negocios derivados.”

III.1. Confirmación de los criterios *Teckal / Asemfo*

En la línea de las sentencias *Teckal* y posteriores, un contrato estará excluido de las Directivas en el supuesto de que, acumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un *control análogo* al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la *parte esencial* de su actividad con la autoridad o autoridades a que pertenece.

III.2. Aplicación de los criterios *Teckal*

El órgano jurisdiccional nacional había precisado ya en la resolución de remisión que la sociedad concesionaria realizaba la *parte esencial de su actividad* con sus asociados. Quedaba por examinar el alcance del requisito de control análogo y dice el TJCE que, para apreciar si una autoridad pública concedente ejerce sobre la entidad concesionaria un *control análogo* al que ejerce sobre sus propios servicios, procede tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. La entidad en cuestión estaba sometida a un control que permitía a la autoridad pública influir en sus decisiones, con una posibilidad de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.

Entre las circunstancias pertinentes, procede tener en cuenta la posesión del capital de la entidad concesionaria, la composición de los órganos de decisión y las facultades reconocidas al Consejo rector:

1. La participación de una empresa privada en el capital de una entidad concesionaria excluye que la autoridad pública pueda ejercer sobre dicha entidad un *control análogo* al que ejerce sobre sus propios servicios. En cambio, la posesión por la autoridad pública, junto con otras, de la totalidad del capital tiende a indicar, de manera no concluyente, que la autoridad ejerce sobre la sociedad un *control análogo* al que ejerce sobre sus propios servicios.

2. El hecho de que los órganos de decisión de la sociedad concesionaria estuvieran compuestos por delegados de las autoridades públicas asociadas indica que éstas controlaban sus órganos de decisión y podían ejercer una influencia determinante sobre objetivos estratégicos y decisiones importantes.

3. Se desprende de los autos que el Consejo rector de la sociedad disponía de las más amplias facultades. No obstante, sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente, se aprecia que la sociedad no gozaba de un margen de autonomía que impidiera a los municipios asociados ejercer sobre ella un *control análogo* al que ejercían sobre sus propios servicios.

El TJCE recuerda su propia jurisprudencia, en el sentido de que, cuando varias autoridades públicas controlan una entidad, el requisito relativo a *lo esencial de la actividad* de ésta puede considerarse satisfecho teniendo en cuenta la actividad que la entidad realiza con las autoridades consideradas en su conjunto. Es coherente, por tanto, con el razonamiento que subyace en esta jurisprudencia considerar que el requisito del control puede cumplirse también teniendo en cuenta el *control ejercido conjuntamente* sobre la entidad concesionaria por las autoridades públicas, resaltando el TJCE, de manera novedosa, que el control ejercido sobre la entidad concesionaria ha de ser análogo al que la autoridad ejerce sobre sus propios servicios, pero no totalmente idéntico a éste. Lo esencial, además, es que el control ejercido sea efectivo, pero no es indispensable que sea individual.

En efecto, cuando varias autoridades públicas deciden llevar a cabo sus funciones de servicio público a través de una entidad común, cabe descartar que una de ellas ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de la entidad, a menos que posea participación mayoritaria. Exigir el control individual por una autoridad pública tendría como consecuencia que se exigiera

licitación pública cuando una autoridad pública tuviera intención de adherirse a una entidad formada por otras autoridades públicas. El resultado no sería acorde con las normas comunitarias en materia de contratos públicos. Nada se opondría (sentencia *Stadt Halle*) a que una autoridad pública realice las tareas de interés público con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas. Este recurso a los propios medios puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas (sentencia *Asemfo*). Por consiguiente, procede reconocer que, en el supuesto de que varias autoridades públicas controlen una entidad a la que confían el

“Una autoridad pública, un poder adjudicador, puede realizar las tareas de interés público con sus propios medios administrativos o técnicos, sin obligación de recurrir a entidades externas, a verdaderos terceros, y lo puede hacer por sí sola o en colaboración con otras autoridades públicas.”

desempeño de una función de servicio público, el control puede ser ejercido por dichas autoridades conjuntamente.

La conclusión no resulta invalidada por la sentencia *Coname*. En ella el TJCE consideró que una participación del 0,97 % era tan pequeña que no permitía que un municipio controlara al concesionario de un servicio público, pero no se examinaba entonces si el control podía ejercerse conjuntamente.

Por lo demás, en la sentencia *Asemfo*, el TJCE había reconocido que, en determinadas circunstancias, el requisito del control ejercido por la autoridad pública

podía cumplirse en el caso de que la misma no poseyera más que el 0,25 % del capital de una empresa pública (la sentencia decía el 1%, pero el porcentaje real era el 0,25).

En definitiva, el TJCE declaró que *“los artículos 43 CE y 49 CE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que deriva de ellos no son contrarios a que una autoridad pública atribuya, sin convocar una licitación, una concesión de servicios públicos a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, cuando dichas autoridades (...) ejercen sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y la (...) sociedad realiza la parte esencial de su actividad con esas autoridades (...);”* que *“sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente (...) puede considerarse que el control ejercido por las (...) autoridades públicas sobre esas decisiones permite a éstas ejercer sobre (...) (la sociedad) (...) un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios;”* y que *“en el supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas (...) el control que (...) ejercen sobre dicha sociedad, para considerarse análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido conjuntamente (...) decidiendo, en su caso, por mayoría.”*

III.3. La sentencia *Coditel Brabant* aborda un tema fundamental

El TJCE ha abordado en la sentencia *Coditel* un tema fundamental que no llegó a aflorar en la sentencia *Tragsa*. Se trata de la cooperación entre autoridades o entidades públicas para la ejecución de obras o prestación de servicios, como forma de organización que excluye de las normas de contratación pública las relaciones o negocios derivados.

La sentencia *Coditel* expone la situación derivada de la creación y exist-

encia de una sociedad cooperativa... integrada exclusivamente por municipios, que no admite socios privados, cuyo objetivo consiste en cumplir la misión de interés municipal para cuya realización fue creada y que no persigue ningún interés distinto del de las autoridades públicas que controlan los órganos de decisión y pueden ejercer una influencia determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes de la sociedad.

Una posición jurídica de cooperación intermunicipal ha llevado en la sentencia *Coditel* al resultado de excluir de licitación pública los actos necesarios para la realización de los objetivos de cooperación, favoreciendo la construcción de una tesis generalizadora que podría excluir también de licitación los actos de cumplimiento de los objetivos que persigan todas las autoridades públicas en régimen de cooperación.

Los términos de la sentencia, claros, no lo son tanto como los empleados por la Abogado General en el escrito de conclusiones formulado en el asunto *Coditel* (de lectura muy recomendable, en especial el apartado 86) en la parte titulada *“La importancia de la cooperación intermunicipal”*.

IV. Reflexiones a modo de conclusiones

IV.1. La sentencia *Coditel* confirma la sentencia *Asemfo*

La sentencia *Asemfo* fue calificada de sorprendente y contraria a la jurisprudencia anterior en foros doctrinales, pero *Coditel* ha confirmado la nueva dirección que tomó el TJCE de admitir el ejercicio conjunto del control de las Administraciones públicas sobre las entidades o empresas comunes, ejecutoras de contratos públicos o concesionarias de servicios públicos.

IV.2. Cuando hay cooperación no se debe sobrevalorar el control

Cuando las entidades públicas cooperan, es indiferente quién ejerce y cómo

“En el seno del Sector público caben y deben exigirse actuaciones conjuntas, cuando el cumplimiento de los objetivos o fines lo requiera y cuando uno o varios poderes adjudicadores dispongan de entes, organismos o entidades públicas que puedan emplearse como medio propio y que respondan a los criterios Teckal/Asemfo/Coditel.”

se ejerce el control. Basta con que se ejerza mayoritariamente por un conjunto de entidades. Durante algún tiempo, los esfuerzos de la Comisión Europea se dirigieron a hacer ver que los entes públicos, con independencia de su personalidad de derecho privado, eran formas de organización y actuación de los poderes públicos y debían sujetar su contratación a los procedimientos previstos en las Directivas comunitarias. El TJCE, reiteradamente, dio la razón a la Comisión. Es congruente, por tanto, que, en una forma de cooperación como es una sociedad instrumental de los poderes públicos, no se preste atención al ejercicio del control por cada ente, poder o autoridad.

IV.3. Las autoridades públicas pueden usar sus medios propios conjuntamente

La sentencia *Coditel Brabant* avala el uso conjunto de los *medios propios* fuera del ámbito de la normativa de los contratos públicos.

Cuando varias autoridades públicas crean o utilizan una entidad común para llevar a cabo un servicio público, ninguna de ellas tiene que ejercer por sí sola un control determinante sobre las decisiones de la entidad común, salvo que ostente la mayoría. Una autoridad pública, un poder adjudicador, puede realizar las tareas de interés público con sus propios medios administrativos o técnicos, sin obligación de recurrir a entidades externas, a verdaderos terceros, y lo puede hacer por sí sola o en colaboración con otras autoridades públicas.

La cooperación intermunicipal contemplada en los hechos del asunto *Coditel* y otros, que viene a excluir sus actos de la licitación pública, ha sido ampliada por el TJCE a la cooperación entre autoridades públicas en general.

IV.4. Perspectiva española

Desde el punto de vista español, se puede pensar en las posibilidades existentes de cooperación, colaboración o coordinación entre el Estado

y las Comunidades Autónomas, entre Comunidades Autónomas y municipios y entre la Administración General del Estado y los entes, organismos y entidades públicas a ella vinculadas o de ella dependientes, y de estos entes, organismos y entidades entre sí, e incluso entre los distintos órganos integrantes de la Administración General del Estado, todo ello en función de la mejor realización de obras y suministros y prestación de servicios públicos, en especial mediante la constitución o utilización de entidades que actúen, a los citados efectos, como los *medios propios* y *servicios técnicos* del artículo 24.6 de la LCSP.

En el seno del Sector público caben y deben exigirse actuaciones conjuntas, cuando el cumplimiento de los objetivos o fines lo requiera y cuando uno o varios poderes adjudicadores dispongan de entes, organismos o entidades públicas que puedan emplearse como *medio propio* y que respondan a los criterios *Teckal/Asemfo/Coditel*, sin las restricciones procedentes de una valoración excesiva de la personalidad jurídica de los poderes usuarios de la entidad instrumental y, por consiguiente, del ejercicio del control.

Los principios y formas de cooperación entre las Administraciones Públicas están presentes en todas las Leyes promulgadas de 1992 a 1997 para regular el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

Por lo que se refiere a los entes, organismos y entidades públicas, el reconocimiento de su personalidad jurídica diferenciada no debe servir para excluirlos de la utilización de un mecanismo de cooperación como es el uso de las entidades que sean o puedan ser *medios propios* de los mismos, bien en exclusiva, bien en conjunto con una o varias Administraciones Públicas o entes públicos. El artículo 24.6 LCSP habla de *poderes adjudicadores*, y lo son todos los entes que reúnan los requisitos del artículo 3.3. b) LCSP.

El tema que merece una mayor reflexión es cómo instrumentar la utilización del *medio propio* por las Administraciones, entes, organismos y entidades públicas para que se cumplan los criterios *Teckal/Asemfo/Coditel*, de control conjunto por los mismos y de realización de la parte esencial de la actividad para los entes

“Por lo que se refiere a los entes, organismos y entidades públicas, el reconocimiento de su personalidad jurídica diferenciada no debe servir para excluirlos de la utilización de un mecanismo de cooperación como es el uso de las entidades que sean o puedan ser medios propios de los mismos, bien en exclusiva, bien en conjunto con una o varias Administraciones Públicas o entes públicos.”

“El artículo 24.6 LCSP exige, para admitir la existencia del control análogo de los poderes adjudicadores sobre una sociedad susceptible de ser utilizada como medio propio que la totalidad del capital social sea de titularidad pública (...) las expresiones poderes adjudicadores y titularidad pública amparan tanto a las Administraciones públicas como a cualquier ente, organismo o entidad que reúna los requisitos del artículo 3.3. b de la LCSP para ser poder adjudicador.”

controladores, también en conjunto. Estos entes habrán de tener alguna forma de acceso a la gestión del medio propio y, por lo menos, una posición de influencia sobre sus objetivos estratégicos y decisiones importantes. En el asunto *Coditel*, los municipios nombraban representantes en el órgano de gestión de la cooperativa intermunicipal. El artículo 24.6 de la LCSP no entra a fondo en la cuestión puesto que se limita a apreciar la existencia de control siempre que los poderes adjudicadores puedan conferir a la entidad encomiendas de gestión de ejecución obligatoria para ella, de acuerdo con instrucciones unilaterales del encomendante con retribución fijada según tarifas aprobadas por la entidad de la que dependan.

A esta situación, en que la voluntad de la entidad *medio propio* no opera, se llega por vía patrimonial o por vía política. La vía patrimonial es utilizable, cuando la entidad tiene forma de sociedad, adquiriendo acciones o participaciones que confieran a la entidad propietaria derechos económicos y políticos en la sociedad participada. Precisamente, el artículo 24.6 LCSP exige, para admitir la existencia del control análogo de los poderes adjudicadores sobre una sociedad susceptible de ser utilizada como *medio propio* que la totalidad del capital social sea de titularidad pública. Obsérvese, además, que las expresiones *poderes adjudicadores* y *titularidad pública* amparan tanto a las Administraciones públicas como a cualquier ente, organismo o entidad que reúna los requisitos del artículo 3.3. b de la LCSP para ser poder adjudicador.

Por vía política, se puede acceder al control de los órganos de administración en los entes o entidades, con o sin forma social, siempre que se produzcan situaciones similares a las que describe el artículo 42 del Código de Comercio, apartado 1, letras a) a d), bien de hecho, cuando una mayoría de miembros hay-

an sido nombrados por los encomendantes, o bien de derecho por medio de convenios, pactos o acuerdos entre los encomendantes, con o sin inclusión de la entidad medio propio, como parte o a los meros efectos de conocimiento de lo convenido, pactado o acordado.

El artículo 24.6 de la LCSP tampoco aborda cómo se llega a la situación precisa para que la entidad, que cumpla los criterios de control y actividad, reconozca su condición de *medio propio y servicio técnico* en su norma creadora o en sus estatutos. Sin embargo, las menciones a determinar y precisar en dicha norma y estatutos, a saber, las entidades respecto de las cuales tienen la condición de *medio propio* y el régimen de las encomiendas que se les confieran o las condiciones de adjudicación de contratos hace aconsejable que, siempre que se aprecie alguna inseguridad jurídica, se plasme todo, de la manera más completa posible, en convenio, acuerdo o pacto entre las entidades afectadas o venga fijada por norma vinculante.

V. ¿Epílogo o Prólogo?

Los juristas todavía estamos determinando el alcance de la doctrina del *medio propio instrumental* o “*in house providing*”. Se nos han planteado los primeros casos de calificación, o de constitución de buen número de entidades como *medio propio* de los entes, organismos y entidades del sector público que sean poderes adjudicadores. Se abre paso ahora a toda clase de reflexiones, algunas de las cuales se han podido anticipar en este trabajo, que no es epílogo de nada sino uno de los muchos prólogos a las interpretaciones que de la LCSP hagan los órganos consultivos de las Administraciones y entes públicos, los Tribunales de Justicia, y el TJCE respecto al ordenamiento comunitario vía planteamiento de cuestiones prejudiciales. ■

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

La actuación del Estado como ejecutor directo del presupuesto comunitario

María Astray Suárez-Ferrín

Abogado del Estado en Barcelona

“A pesar de que la aprobación del presupuesto y su ejecución, en relación con el gasto, corresponde a las Instituciones de la Comunidad, en lo que se refiere a la obtención de los ingresos, la Comunidad no puede prescindir de la colaboración estatal.”

I.- INTRODUCCIÓN

La inexistencia de un entramado administrativo comunitario completo y capaz de llegar a todos los extremos de actividad, impone una colaboración de los Estados, actuando éstos y no sólo en cuanto a sus órganos judiciales, sino en todas las facetas de su Administración, con una “double casquette”, ora como administración nacional, ora como administración comunitaria. Tal obligación de colaboración se impone por el art. 10 Tratado de la Comunidad Europea (en lo sucesivo TCE) que establece: “Los Estados miembros adaptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”.

En relación con los recursos financieros de la Comunidad, debe ser destacado que, a pesar de la aprobación del presupuesto corresponde a las Instituciones de la Comunidad y de que su ejecución (en relación con el gasto) se encarga también a las Instituciones Comunitarias, en lo que se refiere a la obtención de los ingresos, la Comunidad no puede prescindir de la colaboración estatal. Ello, no porque nos encontremos ante un sistema de aportaciones de los Estados, sino que, aún reconociéndose el carácter de “propios” de determinados recursos, los Estados son los encargados de su recaudación.

Sucede así que los Estados actúan como “recaudadores” de recursos que les son ajenos, lo que, a nuestro juicio, es un fenómeno que requiere una especial atención, mediante el estudio de la relación que se entabla entre el Estado y la Comunidad y el control que ésta tenga de la actuación del primero.

El análisis que aquí sigue es un análisis positivo, de la legislación vigente

acompañado de algún pronunciamiento jurisprudencial y ello porque, al ocuparse de la ejecución de presupuesto comunitario, atiende la doctrina a la vertiente del gasto, más que a la del ingreso. En consecuencia, se solicita la benevolencia del lector ante la ausencia del análisis doctrinal.

II.-REGULACIÓN: EL PRESUPUESTO COMUNITARIO

El art. 268 TCE, primero de los del Título II de la Parte Quinta, dedicado a las “Disposiciones Financieras” reza: “*Todos los ingresos y gastos de la Comunidad, incluidos los del Fondo Social Europeo, deberán estar comprendidos en las previsiones correspondientes a cada ejercicio presupuestario y consignados en el presupuesto.*

Los gastos administrativos que causen a las instituciones las disposiciones del Tratado de la Unión relativas a la política exterior y de seguridad común y a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior correrán a cargo del presupuesto. Los gastos operativos que origine la ejecución de dichas disposiciones podrán correr a cargo del presupuesto, en las condiciones que establezcan las citadas disposiciones.

El presupuesto deberá estar equilibrado en cuanto a ingresos y gastos.”

El Reglamento financiero aplicable al Presupuesto general de las Comunidades Europeas, aprobado mediante Reglamento CE, Euratom, 1605/2002, de 25 de junio, establece que son principios presupuestarios los de unidad, veracidad presupuestaria, anualidad, equilibrio, unidad de cuenta, universalidad, especialidad, buena gestión financiera y transparencia. Ya hemos anunciado que nos centraremos, en este análisis, en la vertiente de los ingresos y en la colaboración que para su gestión se produce entre el Estado y la Comunidad.

El art. 269 TCE, por su parte establece: “*Sin perjuicio del concurso de otros ingresos, el presupuesto será financiado*

íntegramente con cargo a los recursos propios.

El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones relativas al sistema de recursos propios de la Comunidad, recomendando a los Estados miembros su adopción de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.”

Aún cuando nos centraremos a continuación en el estudio de los “recursos propios”, interesa ahora destacar que con arreglo al art. 42 del Reglamento financiero, el presupuesto no podrá contener ingresos negativos y los recursos propios percibidos en aplicación de la Decisión del Consejo relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades constituyen importes netos, por lo que se presentarán como tales en el estado sintético de ingresos del presupuesto.

III.-EL SISTEMA DE RECURSOS PROPIOS

Procede, partiendo de las disposiciones vistas, la remisión a la Decisión 2000/597/CE, de 29 de septiembre, del Consejo, por la que se regula el sistema de recursos propios de las Comunidades. La colaboración entre el Estado y la Comunidad a que nos venimos refiriendo se produce de manera significativa en cuanto a la recaudación y gestión de los recursos propios de la Comunidad, lo que impone una enumeración previa de cuáles sean éstos para observar, cómo se produce la intervención estatal.

El art. 2.1 del Texto citado establece que “Los siguientes ingresos constituirán recursos propios incorporados en el presupuesto de la Unión Europea:

a) *exacciones, primas, montantes suplementarios o compensatorios, importes o factores adicionales y otros derechos que hayan fijado o puedan fijar las instituciones de las Comunidades en los intercambios con países no miembros en el marco de la política agrícola común, así como las cotizaciones y otros derechos previstos en el marco de la*

organización común de mercados en el sector del azúcar.

b) *Los derechos del arancel aduanero común y otros derechos que hayan fijado o puedan fijar las instituciones de las Comunidades en los intercambios con países no miembros, así como los derechos de aduana sobre los productos regulados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*

c) *La aplicación de un tipo uniforme válido para todos los Estados miembros a las bases imponibles del IVA armonizadas, determinadas con arreglo a las normas de la Comunidad. La base imponible que deberá tenerse en cuenta a estos efectos no excederá del 50% del PNB para cada Estado miembro, con arreglo a la definición del apartado 7*

d) *La aplicación de un tipo, que deberá fijarse con arreglo al procedimiento presupuestario en función de todos los demás ingresos, a la suma de los PNB de todos los Estados miembros.*

2. *Constituirán además recursos propios, que deberán consignarse en el presupuesto de la Unión Europea, los ingresos procedentes de cualquier otro gravamen que se establezca, en el marco de una política común, con arreglo al Tratado CE o al Tratado Euratom, siempre y cuando se haya llevado a cabo el procedimiento establecido en el artículo 269 del Tratado CE o en el artículo 173 del Tratado Euratom.*

3. *Los Estados miembros retendrán, en concepto de gastos de recaudación el 25% de las cantidades mencionadas en las letras a) y b) del apartado 1, que deberán fijarse después del 31 de diciembre de 2000”.*

Esto impone la distinción de los distintos recursos de cuya recaudación está encargado el Estado, no sólo para el estudio de cómo se realice la recaudación de los mismos, sino, también, en el estudio de los derechos y obligaciones del Estado en relación con los mismos. Amén de a la Decisión del Consejo sobre los recursos propios y al Reglamento Financiero, hemos de refe-

“Con arreglo al art. 42 del Reglamento financiero, el presupuesto no podrá contener ingresos negativos y los recursos propios percibidos en aplicación de la Decisión del Consejo relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades constituyen importes netos, por lo que se presentarán como tales en el estado sintético de ingresos del presupuesto.”

rirnos al Reglamento 1150/2000, aplicativo de la anterior Decisión 94/728/CE, Euratom y a la Decisión 88/376/CEE, Euratom relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades.

A. EXACCIONES AGRÍCOLAS, Y DERECHOS EN RELACIÓN AZÚCAR E ISOGLUCOSA Y DERECHOS DEL ARANCEL ADUANERO COMÚN

Hemos de referirnos aquí al Reglamento 1150/2000, de 22 de mayo, cuyo artículo 2 dispone que: "1. A los efectos de la aplicación del presente Reglamento, un derecho de las Comunidades sobre los recursos propios contemplados en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 2 de la Decisión 94/728/CE Euratom, se constatará cuando se cumplan las condiciones previstas por la reglamentación aduanera en lo relativo a la consideración del importe del derecho y su comunicación al deudor.

2. La fecha que deberá utilizarse para la constatación a que se refiere el apartado 1 será la fecha de la contracción prevista en la reglamentación aduanera.

Por lo que respecta a las cotizaciones y otros derechos contemplados en el marco de la organización común de mercados en el sector del azúcar, la fecha que deberá utilizarse para la constatación a que se refiere el apartado 1 será la fecha de la comunicación prevista en la reglamentación del sector del azúcar.

En caso de que no se prevea explícitamente tal comunicación, la fecha que deberá utilizarse coincidirá con la de la fijación por parte de los Estados miembros de los importes adeudados por los sujetos pasivos, en su caso, sea como anticipo o como pago del saldo.

3. En caso de contencioso se considerará que las autoridades administrativas competentes pueden calcular el importe del derecho adeudado, a efectos de la constatación a que se refiere el apartado 1, a más tardar en el momento de la primera decisión administrativa que comunique la deuda al deudor o en el momento en que se someta el asunto

ante la autoridad judicial, si el sometimiento sucede en primer lugar.

La fecha que deberá utilizarse para la constatación a que se refiere el apartado 1 será la fecha de la decisión o la del cálculo que deba efectuarse consecutivamente al sometimiento a que se refiere el apartado primero.

4. El apartado 1 se aplicará cuando deba rectificarse la comunicación".

Asimilándose a los anteriores derechos aduaneros del Estado, resultan de aplicación a esta materia el Decreto 511/1977, de 18 de febrero, que aprueba el Texto Refundido de los Impuestos que integran la Renta de Aduanas, así como, especialmente, el Reglamento 2913/1992, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario, hoy sustituido por el Reglamento 450/2008, de 23 de abril, vigente desde el 24 de junio de tal año; a ellos hemos de acudir, en primer lugar, para determinar cuándo surge la deuda aduanera y, por ende, el recurso de las Comunidades. La propia lógica del recurso a que nos referimos, implica que el devengo se producirá como consecuencia de la introducción en el territorio aduanero, pero ello no es tan simple. Analizaremos las distintas etapas.

El art. 44 del Reglamento 450 establece: "1. Una deuda aduanera de importación nacerá al ser incluidas las mercancías no comunitarias sujetas a derechos de importación en uno de los regímenes aduaneros siguientes:

a) El despacho a libre práctica, incluso con arreglo a las disposiciones del destino final;

b) la importación temporal con exención parcial de derechos de importación.

2. La deuda aduanera se originará en el momento de la admisión de la declaración en aduana."

El art. 48, en cuanto a la deuda a la exportación, dispone "1. Una deuda aduanera de exportación nacerá al incluirse las mercancías sujetas a derechos de exportación en el régimen de

“Se impone la distinción de los distintos recursos de cuya recaudación está encargado el Estado, no sólo para el estudio de cómo se realice la recaudación de los mismos, sino, también, en el estudio de los derechos y obligaciones del Estado en relación con los mismos.”

exportación o en el régimen de perfeccionamiento pasivo.

2. *La deuda aduanera nacerá en el momento de la admisión de la declaración en aduana*"

En cuanto a la determinación de los derechos, y su gestión, el art. 66 establece: "1. *El importe de los derechos de importación o exportación exigibles será determinado por las autoridades aduaneras responsables del lugar en el que nazca la deuda aduanera, o en que se considere que ha nacido...*". Las autoridades aduaneras procederán en tal momento a la contracción de la deuda aduanera, debiendo el deudor proceder al pago en un periodo que no excederá de diez días desde la notificación, con arreglo al art. 72.

Tal regulación, con arreglo al sistema de control a que después me referiré, plantea la problemática de su coherencia con regulación tributaria de la propuesta de liquidación y obligación de determinar el recurso de la Comunidad, con el mecanismo de abono de intereses.

Cabe la remisión a la apreciación del Tribunal de Justicia de las Comunidades en sentencia de 23 de febrero de 2006 (caso C-546/03), en cuanto a la anterior legislación aduanera: "Debe señalarse, en primer lugar, que, en caso de contracción a posteriori del importe de los derechos derivados de una deuda aduanera, de los artículos 5 del Reglamento núm. 1854/89 y 220, apartado 1, del Código aduanero comunitario se desprende que, a falta de contracción anterior o en caso de que la contracción se haya efectuado a un nivel inferior al importe legalmente adeudado, se cumplen los requisitos de la contracción a posteriori del importe de los derechos que se hayan de recaudar o que queden por recaudar cuando, tras percatarse de esta situación, las autoridades aduaneras estén en condiciones de calcular el importe legalmente adeudado y de determinar el deudor.

28) *Procede asimismo recordar que los Estados miembros están obliga-*

dos a constatar los recursos propios de las Comunidades. En efecto, el artículo 2, apartado 1, del Reglamento núm. 1552/89, tanto en su versión inicial como en la resultante del Reglamento núm. 1355/96, así como el artículo 2, apartado 1, del Reglamento núm. 1150/2000, deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no pueden dejar de liquidar los créditos, ni siquiera en el caso de que los impugnen, so pena de admitir que se perturbe el equilibrio financiero de las Comunidades, aunque sólo fuera temporalmente, debido al comportamiento de un Estado miembro (véase, en este sentido, las sentencias de 16 de mayo de 1991 [TJCE 1991, 197], Comisión/Países Bajos, C-96/89, Rec. pg. I-2461, apartado 37; de 15 de junio de 2000 [TJCE 2000, 134], Comisión/Alemania, C-348/97, Rec. pg. I-4429, apartado 64, y de 15 de noviembre de 2005 [TJCE 2005, 338], Comisión/Dinamarca, C-392/02, Rec. pg. I-0000, apartado 60).

29) *Al respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los Estados miembros están obligados a liquidar un derecho de las Comunidades sobre los recursos propios desde que sus autoridades aduaneras estén en condiciones de calcular el importe de los derechos resultante de la deuda aduanera y determinar el deudor (sentencia Comisión/Dinamarca [TJCE 2005, 338], antes citada, apartado 61).*

30) *Por otra parte, de conformidad con el artículo 9 de los Reglamentos núms. 1552/89 y 1150/2000, cada Estado miembro debe consignar los recursos propios en el haber de la cuenta abierta a tal fin a nombre de la Comisión en el Tesoro Público o en el organismo que ese Estado haya designado.*

31) *En el caso de autos, como sostiene acertadamente la Comisión, en la medida en que las autoridades españolas formulan una propuesta de liquidación en el acta de inspección notificada al contribuyente con arreglo a los artículos 49 y 54 del RGIT, procede considerar que, con ocasión de tal formulación, es-*

“Se plantea la problemática de su coherencia con regulación tributaria de la propuesta de liquidación y obligación de determinar el recurso de la Comunidad, con el mecanismo de abono de intereses.”

tán en condiciones de calcular el importe de los derechos resultante de la deuda aduanera y de determinar el deudor.

32) Por consiguiente, la contracción a posteriori de la cuantía de los derechos que se hayan de recaudar o que queden por recaudar debe tener lugar, en principio, en virtud del artículo 5 del Reglamento núm. 1854/89 y, a partir del 1 de enero de 1994, del artículo 220, apartado 1, del Código aduanero comunitario, dentro de un plazo de dos días desde la comunicación, a la persona obligada al pago, del acta de inspección de las autoridades españolas que contenga la propuesta de liquidación de dichos derechos.

33) No desvirtúa esta conclusión la argumentación de las partes intervinientes. En efecto, si bien el principio de respeto del derecho de defensa puede aplicarse en las relaciones entre una persona obligada al pago y un Estado miembro, no puede, en cambio, en lo que atañe a las relaciones entre los Estados miembros y las Comunidades Europeas, redundar en que se permita a un Estado miembro incumplir su obligación de liquidar, dentro de los plazos establecidos en la normativa comunitaria, el derecho de las Comunidades sobre los recursos propios.

34) Además, debe recordarse que, en virtud del artículo 11 del Reglamento núm. 1552/89 y, a partir del 31 de marzo de 2000, del artículo 11 del Reglamento núm. 1150/2000, todo retraso en las consignaciones en la cuenta mencionada en el artículo 9, apartado 1, de dichos Reglamentos, da lugar al pago, por el Estado miembro correspondiente, de intereses aplicables a todo el período de retraso.

35) Al respecto, según reiterada jurisprudencia, existe un vínculo inseparable entre la obligación de liquidar los recursos propios comunitarios, la de consignarlos en la cuenta de la Comisión dentro de los plazos establecidos y, por último, la de pagar los intereses de demora, que son exigibles cualquiera que sea la razón del retraso con que dichos

recursos se hayan consignado en la cuenta de la Comisión (véase, en particular, las sentencias de 21 de septiembre de 1989 [TJCE 1990, 32], Comisión/Grecia, 68/88, Rec. pg. 2965, apartado 17; Comisión/Países Bajos [TJCE 1991, 197], antes citada, apartado 38; de 12 de junio de 2003 [TJCE 2003, 167], Comisión/Italia, C-363/00, Rec. pg. I-5767, apartados 43 y 44, así como Comisión/Dinamarca [TJCE 2005, 338], antes citada, apartado 67)."

Cabe examinar, en cuanto a los derechos aduaneros, asimismo, la sentencia de 3 de abril de 2008.

B. PORCENTAJE SOBRE BASE IVA

El cálculo de este recurso propio se realiza sobre la base imponible que se determina de conformidad con lo establecido en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, que regula el Impuesto sobre el Valor Añadido. La gestión se realizará mediante la liquidación e ingreso, de conformidad con lo prevenido en los artículos 167 y ss. de este cuerpo legal, y 71 y 72 de su Reglamento, aprobado mediante Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que dispone que, "salvo lo establecido en relación con las importaciones, los sujetos pasivos deberán realizar por sí mismos la determinación de la deuda tributaria mediante declaraciones liquidaciones ajustadas a las normas contenidas en los apartados siguientes (...) El periodo de liquidación coincidirá con el trimestre natural".

Procede la remisión al Reglamento CEE, Euratom/1553/1989, de 29 mayo relativo al Régimen uniforme definido de recaudación de los recursos propios procedentes del impuesto sobre el valor añadido, que remite a su vez a la Decisión 88/376/CEE. Establecía la Exposición de Motivos de esta Decisión que "Considerando que, con el fin de que los recursos que aporta cada Estado miembro estén más en consonancia con su capacidad contributiva, procede modificar y aumentar la composición de los recursos propios de la Comunidad, que conviene con este fin:

“El cálculo del porcentaje sobre la base del IVA se realiza sobre la base imponible que se determina de conformidad con lo establecido en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre. La gestión se realizará mediante la liquidación e ingreso, conforme a los artículos 167 y ss. de este cuerpo legal, y 71 y 72 de su Reglamento, aprobado mediante RD 1624/1992, de 29 de diciembre.”

- Fijar en un 1,4% el tipo máximo que se aplique a la base imponible uniforme del impuesto sobre el valor añadido de cada Estado miembro, nivelado en su caso al 55% de su PNB,
- Introducir un recurso propio complementario que permita garantizar el equilibrio presupuestario entre los ingresos y los gastos, y que se base en la suma de los PNB de los Estados miembros; con este fin, el Consejo adoptará una Directiva relativa a la armonización del establecimiento del producto nacional bruto a precios de mercado”

La Decisión 2000/597 estableció que “Para seguir teniendo en cuenta la capacidad de cada Estado miembro de contribuir al sistema de recursos propios y corregir los aspectos regresivos del sistema actual para los Estados miembros menos prósperos, el Consejo Europeo de Berlín de 24 y 25 de marzo de 1999 llegó a la conclusión de que se deberían de modificar del siguiente modo las normas de financiación de la Unión:

El tipo máximo de referencia del recurso del IVA se debería reducir del 1 al 0,75 por 100 en 2002 y 2003, y al 0,50 por 100 de 2004 en adelante, debería continuar restringiéndose la base del impuesto sobre el valor añadido de los Estados miembros hasta un 50 por 100 de su PNB”. En su art. 2 detalla “4. El tipo uniforme mencionado en la letra c) del apartado 1 corresponderá al que resulte de la diferencia entre los elementos siguientes:

- a) el tipo máximo de referencia del recurso IVA, que se fija en: un 0,75 por 100 en 2002 y 2003, un 0,50 por 100 de 2004 en adelante,
- b) un tipo (‘tipo congelado’) equivalente al cociente entre la cantidad de la compensación mencionada en el artículo 4 y la suma de las bases imponibles del IVA [establecidas de conformidad con la letra c) del apartado 1] de todos los Estados miembros, teniendo en cuenta el hecho de que el Reino Unido está excluido de la financiación de su corrección y que la par-

te de Austria, Alemania, los Países Bajos y Suecia en la financiación de la corrección británica se reduce a un cuarto de su valor normal.”

C. CONTRIBUCIÓN EN FUNCIÓN DEL PNB NACIONAL

Constituye el reducto de las anteriores aportaciones nacionales y es el recurso que permite equilibrar el Presupuesto (al margen de la minoración del denominado “cheque británico”). Al igual que en el caso anterior, la actuación del Estado en colaboración con la Comunidad tiene en este caso un coste financiero pero ninguna exigencia de actuación material, más allá de la realización de una operación contable, siendo ello el motivo de que los gastos de recaudación se establezcan como porcentaje de los dos primeros recursos. En tal sentido, el art. 2 de la Decisión 2000/597, guarda silencio sobre su determinación numérica, si bien indica “El tipo fijado conforme a la letra d) del apartado 1 se aplicará al PNB de cada Estado miembro”.

D. REGLAS COMUNES

El art. 8 de la Decisión anteriormente mencionada anteriormente establece que: “1. Los Estados miembros recaudarán los recursos propios de la Comunidades mencionados en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 2 con arreglo a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, adaptadas, en su caso, a los requisitos de la normativa comunitaria.

La Comisión examinará periódicamente las disposiciones nacionales que le comuniquen los Estados miembros, comunicará a éstos las adaptaciones que le parezcan necesarias para garantizar que se ajustan a la normativa comunitaria e informará a la Autoridad Presupuestaria.

Los Estados miembros pondrán los recursos previstos en las letras a) a d) del apartado 1 del artículo 2 a disposición de la Comisión.

2. Sin perjuicio de la verificación de cuentas y los controles de legalidad y

“En la contribución en función del PNB nacional, la actuación del Estado en colaboración con la Comunidad tiene un coste financiero pero ninguna exigencia de actuación material, más allá de la realización de una operación contable, siendo ello el motivo de que los gastos de recaudación se establezcan como porcentaje de los dos primeros recursos.”

regularidad previstos en el artículo 248 del Tratado CE y el artículo 160 C del Tratado Euratom, dicha verificación y dichos controles se referirán, esencialmente, a la fiabilidad y a la eficacia de los sistemas y procedimientos nacionales, para determinar la base imponible para los recursos propios procedentes del IVA y del PNB y, sin perjuicio de los controles que se organicen en virtud de la letra c) del artículo 279 del Tratado CE y de la letra c) del artículo 183 del Tratado Euratom, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones necesarias para la aplicación de la presente Decisión y para el control de la recaudación, la puesta a disposición de la Comisión y el pago de los ingresos mencionados en los artículos 2 y 5”.

“En caso de necesidad, la Comisión puede solicitar a los Estados miembros que anticipen en un mes la consignación de los recursos distintos a los recursos IVA y complementario, sobre la base de las informaciones de que dispongan el día 15 del mes.”

En el examen de las reglas comunes que rigen esta colaboración del Estado en la recaudación de los recursos propios de la Comunidad, se impone acudir al Reglamento anteriormente citado 1150/2000, si bien haremos aquí un análisis general de cómo se recaudan los recursos y se ponen a disposición de las autoridades y, avanzando en el análisis, nos referiremos a los distintos mecanismos de control para lograr una gestión eficaz.

El mecanismo de colaboración se basa en una contabilidad de recursos propios, por tipos de recursos, y el ingreso en una cuenta abierta a nombre de la Comisión en el Tesoro de cada Estado miembro. Así, en el Tesoro de cada Estado miembro o en el organismo designado por cada Estado miembro se llevará una contabilidad de los recursos propios, clasificada por tipos de recursos. El mes contable se cerrará, como pronto, a las trece horas del último día laborable del mes de la constatación.

A tenor de lo establecido en los art. 65 y ss, los derechos constatados con arreglo al artículo 2 se anotarán en la contabilidad, salvo lo dispuesto en la letra b) del presente apartado, a más tardar el primer día laborable siguiente al día 19 del segundo mes siguiente a aquél en el curso del cual el derecho haya sido constatado.

Los derechos constatados que no se hayan anotado, por no haberse cobrado ni garantizado, se anotarán en una contabilidad separada.

Ello no obstante, los recursos IVA y recurso complementario, se anotarán en la contabilidad primeramente mencionada: el primer día laborable de cada mes, a razón de la doceava parte contemplada en el apartado 3 del artículo 10 y cada año, en cuanto a los saldos y ajustes, así como ajustes especiales, que serán anotados el primer día laborable del mes siguiente al acuerdo entre el Estado y la Comisión.

Los derechos constatados relativos a las cotizaciones y otros derechos en el marco de la organización común de

mercados del sector azúcar, se contabilizan de acuerdo con la primera regla (el primer día laborable, después del 19 del segundo mes posterior a su constatación, según lo dispuesto en el art. 6 del Reglamento 1150/2000).

Finalmente, cada Estado elaborará una cuenta anual recapitulativa de los derechos constatados y la remitirá a la Comisión antes del 1 de abril del año siguiente al ejercicio en cuestión (ello es, también, un mecanismo de control).

Por lo demás, cada Estado miembro consignará los recursos propios en el haber de la cuenta abierta a dicho efecto a nombre de la Comisión en su Tesoro Público o en el organismo que haya designado. Tal cuenta no generará gastos. Se establece la deducción de los gastos de recaudación (inicialmente de un 10% y actualmente de un 25% de los dos primeros recursos). Resulta llamativo que, en caso de necesidad, la Comisión puede solicitar a los Estados miembros que anticipen en un mes la consignación de los recursos distintos a los recursos IVA y complementario, sobre la base de las informaciones de que dispongan el día 15 del mes.

La consignación de los recursos IVA, complementario (con exclusión del importe de reserva monetaria del FEOGA, reserva relativa a operaciones de préstamo y garantía de préstamos y para ayudas de urgencia, así como contribuciones financieras PNB) se efectuará el primer día laborable de cada mes, a razón de una doceava parte de las sumas que figuran en dicho título en el presupuesto.

La Comisión dispondrá de las sumas consignadas en el haber de las cuentas mencionadas para cubrir las necesidades de tesorería derivadas de la ejecución del presupuesto. Ello no obstante, cuando las necesidades de tesorería sean mayores que los activos de las cuentas, la Comisión podrá retirar fondos en cantidad superior, siempre que haya créditos disponibles en el presupuesto y dentro de los límites de los recursos propios en éste recogidos.

Todo retraso en las consignaciones en la cuenta, conlleva el pago de intereses por el Estado miembro, lo que constituye también otro mecanismo de control al que nos referiremos en momento ulterior.

IV.- LOS CONTROLES SOBRE LA ACTIVIDAD ESTATAL

Estos mecanismos de control aparecen presididos por la idea de colaboración y de que el Estado deberá velar por la recaudación íntegra de los recursos de la Comunidad, como en relación a los suyos propios. Tales controles se realizan básicamente mediante la aportación de documentos, el pago de intereses y la actuación del Comité Consultivo de Recursos Propios, dando lugar la infracción de las normas en la materia, a decisión en recurso por incumplimiento del Tribunal de Justicia.

A. DOCUMENTOS

Se establece en el Reglamento de referencia constante, con carácter detallado, una serie de documentos que el Estado miembro/recaudador, debe aportar y que, por tanto, permiten la fiscalización de su actividad.

1. CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS

Prevé el art. 3 del Reglamento que *“los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para que los documentos justificativos referidos a la constatación y a la puesta a disposición de los recursos propios sean conservados durante al menos tres años civiles, contados desde el fin del año a que los documentos justificativos se refieran.*

Los documentos justificativos relativos a procedimientos y bases estadísticas a que se refiere la Directiva 89/130/CEE, Euratom, serán conservados por los Estados miembros hasta el 30 de septiembre del cuarto año siguiente al ejercicio de que se trate. Los documentos justificativos correspondientes a la base de los recursos IVA serán conservados durante el mismo período...”

2. DEBER DE COMUNICACIÓN A LA COMISIÓN

A tenor del art. 4 del Texto de referencia:

“1. Cada Estado miembro comunicará a la Comisión: a) La denominación de los servicios u organismos responsables de la constatación, recaudación, puesta a disposición y control de los recursos propios, así como las disposiciones esenciales sobre el papel y funcionamiento de dichos servicios y organismos

b) las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas y contables de carácter general relativas a la constatación, recaudación, puesta a disposición y control de los recursos propios

c) la denominación exacta de todos los estadillos administrativos y contables en que se consignen los derechos constatados...

2. La Comisión comunicará a los demás Estados miembros, cuando éstos lo soliciten, las informaciones contempladas en el apartado 1.”

3. DEBER DE APORTACIÓN A LA COMISIÓN

De conformidad con el art. 6.4 del Reglamento, *“cada Estado miembro remitirá a la Comisión, dentro del plazo previsto en el apartado 3:*

a) un estado mensual de su contabilidad relativa a los derechos contemplados en la letra a) del apartado 3.

b) un estado trimestral de la contabilidad separada contemplada en la letra b) del apartado 3”.

Además, en el transcurso de los dos meses siguientes al final de cada trimestre, cada Estado miembro comunicará a la Comisión una descripción de los fraudes e irregularidades detectados y cuyo importe supere los 10.000 euros, precisando: el tipo de fraude o irregularidad, importe estimado de recursos eludidos, mercancías afectadas, descripción sucinta del mecanismo fraudulento, tipo de control que ha llevado al descubrimiento de la irregularidad, servicios u organismos que han constatado, fase del procedimiento en que se hubiera realizado,

eventual comunicación sobre la base del Reglamento 515/97, del Consejo, relativo a la asistencia mutua de autoridades de los Estados miembros. La comunicación se realizará, así, en las condiciones del art. 6.5 del Reglamento.

Además, de acuerdo con el art. 9 del propio texto, *“cada Estado elaborará una cuenta anual recapitulativa de los derechos constatados recogidos en su contabilidad mencionada en la letra a) del apartado 3 del artículo 6 y la remitirá a la Comisión antes del 1 de abril del año siguiente al ejercicio en cuestión. Cualquier diferencia entre el importe total de la cuenta recapitulativa y la suma de los estados mensuales remitidos por el Estado miembro, de enero a diciembre del año correspondiente, dará lugar a un comentario. La Comisión verificará la concordancia de la cuenta recapit-*

“Los controles sobre la actividad estatal aparecen presididos por la idea de colaboración y de que el Estado deberá velar por la recaudación íntegra de los recursos de la Comunidad, como en relación a los suyos propios.”

tulativa con el importe de los derechos puestos a su disposición durante el año; dispondrá de un plazo de dos meses después de la recepción de la cuenta recapitulativa para comunicar, si fuere necesario, sus observaciones al Estado miembro de que se trate.

2. Después del 31 de diciembre del tercer año siguiente a un ejercicio dado ya no se rectificará la cuenta anual recapitulativa mencionada en el apartado 1, excepto en los puntos notificados antes de dicho plazo, bien por la Comisión o por el Estado miembro de que se trate”.

Las rectificaciones se suman o restan y serán objeto de mención particular cuando se refieran a casos de fraude o irregularidades previamente comunicados a la Comisión.

Asimismo procede dar cuenta aquí de la obligación consignada en el art. 17.3:

“El artículo 11 del Reglamento de referencia, establece que todo retraso en las consignaciones dará lugar al pago de intereses por parte del Estado miembro.”

“Los Estados miembros remitirán a la Comisión un informe anual con la actividad y los resultados de sus controles, así como los datos globales y las cuestiones de principio relativas a los problemas más importantes planteados por la aplicación del presente Reglamento, especialmente en el aspecto contencioso. Este informe se remitirá a la Comisión antes del 30 abril del año siguiente al del ejercicio de que se trate”.

B. PAGO DE INTERESES

El artículo 11 del Reglamento de referencia, establece que todo retraso en las consignaciones dará lugar al pago de intereses por parte del Estado miembro. El tipo será el vigente el día del vencimiento en el mercado monetario de dicho Estado para las financiaciones a corto plazo, incrementado en dos puntos, y un 0'25 puntos más por cada mes de retraso, que se aplicará a todo el período de retraso. Es esta una de las obligaciones que ha dado lugar a un mayor desarrollo jurisprudencial.

Acudir a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 1989, en el asunto 54/87. Dispone: “8. Los derechos que, en virtud de la Decisión 70/243 del Consejo, de 21 de abril 1970, constituyen recursos propios de las Comunidades Europeas y, en particular, los correspondientes al Arancel Aduanero Común, se liquidarán por los Estados miembros conforme a sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas y serán puestos a disposición de la Comisión en las condiciones previstas en el propio Reglamento, según dispone el artículo 1 del citado Reglamento nº 2891/77”, así como a Sentencia de 17 de septiembre de 1987.

Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2003, en el asunto C.363/2000 establece que: “42. En efecto, de los artículos 9, apartado 1 y 10, apartado 3, párrafo primero del Reglamento número 1150/2000, se desprende claramente que los recursos propios adeudados debían consignarse en el haber de la cuenta abierta para ello a

nombre de la Comisión a más tardar el primer día laborable de cada mes y, por consiguiente, ponerse directa y efectivamente a disposición de la Comisión a partir de esta fecha, lo cual no ocurriría en el presente caso.

43. Por lo tanto, conviene recordar que, según la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...) existe un vínculo inseparable entre la obligación de liquidar los recursos propios comunitarios, la de consignarlos en la cuenta de la Comisión dentro de los plazos establecidos, y, finalmente, la de pagar los intereses de demora.

(...)

45. Contrariamente a lo que pretende el Gobierno italiano, de ello se deduce, por un lado, que no procede distinguir entre el supuesto en que el retraso de deba a un error material y aquel en que se deba a un error de Derecho y, por otro lado, que la naturaleza no intencional del retraso en la consignación no hace desaparecer la obligación de pagar intereses de demora...

46. De la misma forma, carece de importancia a este respecto el hecho de que la cantidad adeudada haya sido consignada con fecha de valor de 30 de mayo de 1996 en el haber de la cuenta número 414/23200. En efecto, como ha destacado acertadamente la Comisión, no solamente las citadas rectificaciones retroactivas no tienen sentido alguno en un contexto financiero caracterizado por la utilización de unas cuentas que no devengan intereses, sino que además el hecho de admitirlas privaría de toda eficacia práctica a la obligación de pagar intereses de demora.

47. Por lo que atañe a la alegación del Gobierno italiano basada en la inexistencia de perjuicio alguno para la Comisión, basta recordar que la inobservancia por un Estado miembro de una obligación impuesta por una norma de Derecho comunitario es en sí misma constitutiva de un incumplimiento y que no es pertinente la consideración de que esta inobservancia no haya producido unas consecuencias negativas (...) como tam-

poco la consideración de que no haya supuesto ventajas para el Estado miembro de que se trata”.

Amén de las mencionadas, cabe la remisión al auto de 21 de junio de 2007: *“En esta misma línea de razonamiento el Tribunal de Justicia declaró que los intereses de demora, en virtud del artículo 11 del Reglamento núm. 1552/89 del Consejo, de 29 de mayo de 1989, por el que se aplica la Decisión 88/376/CEE, Euratom relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades, disposición reproducida por el Reglamento núm. 1150/, son exigibles cualquiera que sea la razón del retraso con el que dichos recursos han sido consignados en la cuenta de la Comisión (véanse, en particular, las sentencias de 16 de mayo de 1991 [TJCE 1991, 197], Comisión/Países Bajos, C-96/89, Rec. p. I-2461, apartado 38; Comisión/Italia, antes citada, apartado 44, y de 14 de abril de 2005, Comisión/Países Bajos, C-460/01, Rec. p. I-2613, apartado 91)”.*

La sentencia de 5 de octubre de 2006 estableció: *“En estas circunstancias, a la luz de la exigencia de que los recursos propios se pongan de una manera rápida y eficaz a disposición de la Comisión, por una parte, y teniendo debidamente en cuenta la protección de los intereses financieros de los Estados miembros, por otra, es preciso interpretar el artículo 10 del Reglamento núm. 1150/2000 (LCEur 2000, 1220) en el sentido de que los importes percibidos en caso de pago fraccionado de la deuda aduanera en virtud de un contrato de transacción como el controvertido deben considerarse cobrados en el sentido de la citada disposición y, por tanto, deben ingresarse en la cuenta de la Comisión a más tardar el primer día laborable siguiente al 19 del segundo mes siguiente a su percepción”,* obligando, por consiguiente, al pago de los intereses de demora.

La obligación al pago del interés es, por tanto, eminentemente objetiva, independientemente de cual pudiere ser la causa del incumplimiento. Cabría plantearse la posibilidad de anatocismo, ello

es, si el incumplimiento de la cantidad debida en concepto de intereses devenga, en sí, un nuevo interés. La respuesta, entendemos, ha de ser negativa, habida cuenta de los términos del art. 11 del Reglamento de referencia (*“Todo retraso en las consignaciones en la cuenta mencionada en el apartado 1 del artículo 9 dará lugar al pago de intereses por el Estado miembro correspondiente, al tipo aplicado el día de vencimiento en el mercado monetario de dicho Estado miembro para las financiaciones a corto plazo, incrementado en dos puntos. Este tipo se aumentará 0'25 puntos por cada mes de retraso. El tipo así incrementado se aplicará a todo el periodo de retraso”*). Es así que el incumplimiento de la obligación que ya conlleva interés se sanciona mediante una elevación del tipo, que se aplica a la cifra global de intereses devengada, y no mediante tal institución del anatocismo.

C. MECANISMOS DE CONTROL DEL TÍTULO VII DEL REGLAMENTO 1150/2000.

Se encabeza este Título VII con la prescripción de que *“los Estados miembros deberán tomar todas las medidas necesarias para que los importes correspondientes a los derechos constatados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 sean puestos a disposición de la Comisión en las condiciones previstas en el presente Reglamento”,* es ésta la obligación esencial por la que velan todos los mecanismos de control ya relatados.

Como excepción el propio art. 17 prevé que los Estados podrán dejar de poner a disposición de la Comisión los importes correspondientes a los derechos constatados si éstos no han podido ser cobrados por motivos de fuerza mayor o si resulta definitivamente imposible proceder al cobro por causas ajenas a su responsabilidad.

Los Estados miembros procederán a las verificaciones e investigaciones relativas a la constatación y a la puesta a disposición de los recursos propios

contemplados en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 2 de la Decisión 94/728/CE. Se impone a los Estados miembros la obligación de realizar controles suplementarios a petición de la Comisión y asociar a ésta a los controles cuando así lo solicite.

En relación con aquellos controles suplementarios, la Comisión podrá solicitar en casos específicos, el envío de determinados documentos y sin que los controles establecidos por el Reglamento interfieran en los controles efectuados por los Estados miembros conforme a sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.

Además, conjuntamente con el Estado miembro interesado la Comisión verificará cada año si existen errores en la imputación de los agregados que le han sido transmitidos, en particular en los

“La obligación al pago del interés es eminentemente objetiva, independientemente de cual pudiere ser la causa del incumplimiento. Cabría plantearse si el incumplimiento de la cantidad debida en concepto de intereses devenga, en sí, un nuevo interés.”

casos señalados en el seno del Comité de gestión del PNB. A dicho efecto, la Comisión podrá en determinados casos examinar los cálculos y las estadísticas de base si no puede lograr por otros medios una apreciación realista y justa.

D. COMITÉ CONSULTIVO DE RECURSOS PROPIOS

Se crea un comité consultivo de recursos propios (el Comité) compuesto por representantes de los Estados miembros y de la Comisión y presidido por un representante de ésta que, además, se encarga de la secretaría. Son funciones del Comité examinar las cuestiones planteadas por su presidente, por su propia iniciativa, o a solicitud de un Estado, en particular, en lo relativo a las informaciones y comunicaciones, casos de fuerza mayor que impiden el cumplimiento por Estado y controles y exámenes del art. 18.2 y estudiará las previsiones de recursos propios.

El Comité emite su dictamen en un plazo que se podrá fijar en función de la urgencia de la cuestión que se consignará en el acta, en que también podrán establecer su posición los Estados. En cuanto al valor del mismo, el art. 21 establece que *“la Comisión tendrá muy en cuenta el dictamen emitido por el Comité. Le informará de la forma en que ha tenido en cuenta dicho dictamen”*.

La Comisión informará al Parlamento Europeo del desarrollo de los mecanismos de control cada tres años.

E. EL TRIBUNAL DE CUENTAS.

El art. 246 TCE establece que *“La fiscalización, o control de cuentas, será efectuada por el Tribunal de Cuentas”*. El Tribunal de Cuentas Europeo es, por tanto, el natural controlador de las cuentas comunitarias. Ello no obstante, la propia actuación del Tribunal priva de eficacia al control, en cuanto que no puede hacer uso de mecanismos de coerción. El art. 248 dispone *“2. El Tribunal de Cuentas examinará la legalidad y regularidad de los ingresos y gastos y garantizará una buena gestión financiera. Al hacerlo, in-*

formará, en particular, de cualquier caso de irregularidad.

El control de los ingresos se efectuará sobre la base de las liquidaciones y de las cantidades entregadas a la Comunidad.”

El Tribunal de Cuentas elaborará un informe anual o informes especiales, dando cuenta de los resultados obtenidos. En su actuación, el Tribunal partirá de las liquidaciones y documentación aportada a la Comisión. Ello no obstante, podrá investigar la actuación y adecuación de los sistemas de control en los Estados Miembros. Así lo señaló la Comunicación de 31 de octubre de 2006: *“La fiscalización de las cuentas efectuada por el Tribunal no puede abarcar las importaciones no declaradas y las que han eludido la vigilancia aduanera. No obstante, su trabajo de auditoría incluyó una evaluación de los sistemas de control y supervisión, tanto en la Comisión como en los Estados miembros, para determinar si dichos sistemas ofrecían garantías razonables de exhaustividad. La evaluación consistió en una revisión de la organización de la supervisión aduanera y de los sistemas contables nacionales de los recursos propios tradicionales en ocho Estados miembros”*. Ello pone de manifiesto el retraso en la contabilización o puesta a disposición de los recursos.

F. FISCALIZACIÓN POR TRIBUNAL DE JUSTICIA

Es claro que, de no cumplir los Estados Miembros con los deberes que les impone el Reglamento 1150 y, en general, el deber de colaboración del art. 10 TCE, podrán ser objeto de un recurso por incumplimiento, pues a tenor del art. 226 TCE: *“Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.*

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo deter-

“El Tribunal de Cuentas Europeo es, según lo establecido en el art. 246 TCE, el natural controlador de las cuentas comunitarias. No obstante, la propia actuación del Tribunal priva de eficacia al control, en cuanto que no puede hacer uso de mecanismos de coerción.”

minado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia.”

Cabe destacar así que, como consecuencia del valor declarativo de la sentencia, el Tribunal no puede anular los actos del Estado o señalar las medidas para poner fin a la infracción, pero, una vez dictada la sentencia, el Estado está obligado a adoptar todas las medidas para llevarla a efecto, entrando en juego, de contrario, el mecanismo coercitivo.*

No olvidemos que dispone el art. 228TCE: “1. Si el Tribunal de Justicia declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia.

2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia.

Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia. La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado.

Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

Este procedimiento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227.”

Distinguiendo en función del recurso propio afectado, remitirnos a la Sentencia de 7 de marzo de 2002, en

(*) Cfr. al respecto, la STJCE de 16 de diciembre de 1960, as. Humblet, 6/60.

el asunto C-10/00, en relación a los derechos aduaneros y que establece: “80. De ello se desprende que la introducción en el territorio aduanero de la Comunidad de mercancías con destino a San Marino y el cumplimiento de las formalidades aduaneras previstas para esta disposición no constituía, en sí mismos, hechos generadores de recursos propios de las Comunidades en virtud de los derechos del Arancel Aduanero Común o de otros derechos que hayan fijado o que vayan a fijar las instituciones de las Comunidades con arreglo al artículo 2 de las Decisiones 70/243, 85/257 y 88/376 (...)

87. En efecto, procede señalar que, como demuestra el informe de control, la Comisión ha acreditado que las insuficiencias de los controles efectuados por las autoridades italianas sobre las importaciones con destino a San Marino pudieron crear para las Comunidades un riesgo evidente de pérdida de recursos propios. Sin embargo, la Comisión no dispone en el presente caso de datos ni de documentos que le permitan identificar o por lo menos estimar globalmente las importaciones de que se trata que no iban destinadas efectivamente a San Marino. Por lo tanto, la Comisión no se halla en condiciones de evaluar el importe de los derechos que corresponden a las Comunidades en concepto de recursos propios(...)

90. Esta obligación se ha visto consagrada de forma más concreta en materia de verificación en el artículo 18 de los Reglamentos números 2891/77 y 1552/89. La finalidad principal de la citada disposición es garantizar que no se pierdan recursos propios en razón de la liquidación injustificada de derechos que corresponden a los Estados miembros.

91. De la referida obligación se desprende en particular que, cuando, como ocurre en el presente caso, la Comisión depende principalmente de los datos facilitados por el Estado miembro de que se trata, dicho Estado miembro está obligado a poner los documentos justificativos y demás documentos pertinentes a

“Como consecuencia del valor declarativo de la sentencia, el Tribunal no puede anular los actos del Estado o señalar las medidas para poner fin a la infracción, pero, una vez dictada la sentencia, el Estado está obligado a adoptar todas las medidas para llevarla a efecto, entrando en juego, de contrario, el mecanismo coercitivo.”

disposición de la Comisión, en condiciones razonables, con el fin de que ésta pueda comprobar si los importes de que se trata constituyen recursos propios de las Comunidades y, en su caso, en qué medida”.

En relación al recurso de base IVA, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2000, en el asunto C- 358/97, de la que podemos extraer diversos pronunciamientos. “31. Dado el carácter objetivo del concepto de actividades económicas, es irrelevante que la actividad contemplada en el apartado anterior consista en el desempeño de funciones conferidas y reguladas mediante ley por motivos de interés público (...)

33. Ahora bien, como indicó acertadamente la Comisión, la actividad que consiste en permitir la utilización de una infraestructura viaria a cambio del pago de un peaje concuerda con dicha definición. En efecto, la utilización de la infraestructura viaria está subordinada al pago de un peaje cuyo precio depende, principalmente, de la categoría a la que pertenezca el vehículo utilizado y la distancia recorrida. Existe, por tanto, una relación directa y necesaria entre el servicio prestado y la contraprestación pecuniaria percibida (...)

57. En efecto, cuando se permite la utilización de una infraestructura viaria, lo que interesa al usuario es la posibilidad que se le ofrece de realizar un recorrido determinado de manera rápida y con mayor seguridad. Las partes no toman en consideración el tiempo de utilización de la infraestructura viaria, especialmente, a fin de fijar el precio.

58. A la vista de todo cuanto precede, procede declarar que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 4 de la Sexta Directiva, al no considerar sujetos al IVA los peajes percibidos por la utilización de carreteras y puentes de peaje, como contraprestación por el servicio prestado a los usuarios, cuando éste no es ofrecido por un organismo de Derecho Público en el sentido del artículo 4, apartado 5 de dicha Directiva (...)

77. En consecuencia, la Comisión, que no decidió interponer el presente recurso hasta el 21 de octubre de 1997, sólo puede reclamar la aportación “a posteriori” de recursos propios del IVA y de sus intereses de demora a partir del ejercicio presupuestario de 1994.

78. A la vista de las consideraciones anteriores, procede declarar que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los Reglamentos números 1553/89 y 1552/89, al no poner a disposición de la Comisión, como recursos propios del IVA, las cantidades correspondientes al IVA que debería haberse recaudado sobre los peajes percibidos por la utilización de carreteras y puentes de peaje y los intereses de demora”.

En relación con la compensación por el denominado “cheque británico”, remitirnos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2000, en el asunto C-359/97.

G. VALORACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL

En la exposición de los que se plantean como mecanismos de control de una completa, rápida y eficaz actuación del Estado en la recaudación de los recursos comunitarios, podemos distinguir controles que actúan “ex ante” y “ex post”, cuando los primeros, por tanto, han fracasado.

La obligación de transmisión de determinados documentos a la Comisión, aparece por tanto como un control preventivo. Desde el punto de vista del Estado, implica que su actividad no es autónoma, sino que, obligado a la transmisión de los datos referentes a su actividad, es consciente de que concurren los elementos de hecho necesarios para que una autoridad (la Comisión) pueda controlar el rigor en el desarrollo de su función.

Igualmente, el hecho de que el Estado deba pagar intereses por el retraso, aparece como un control peculiar, que, desde un punto de vista teórico, se configura como control previo (el Estado

“La actividad del Estado no es autónoma, sino que, obligado a la transmisión de los datos referentes a su actividad, es consciente de que concurren los elementos de hecho necesarios para que una autoridad (la Comisión) pueda controlar el rigor en el desarrollo de su función.”

conoce que, en caso de infracción a su obligación, habrá de pagar intereses) pero, en la práctica, funciona como control "ex post", en que, con carácter previo, se produce un incumplimiento de sus deberes por el Estado y, con carácter sancionador, se aplica la obligación de pagar intereses por las cantidades que no se han depositado en plazo. Se trata el interés, como hemos visto, de un interés legal, que se agrava por el transcurso del incumplimiento.

Asimismo, un tercer género en los mecanismos de control, lo constituye la actuación del Comité consultivo de recursos, que resulta ser órgano satélite de la Comisión, sin alterar el funcionamiento de los restantes mecanismos de control. Únicamente aparece como apoyo de la Comisión en su labor de control. Esto es, la creación o desaparición de tal Comité consultivo, entendemos, no altera para nada la actuación del Estado, que no se ve afectada por el mismo, sino sólo, en su caso, la labor de la Comisión, en que el control habría de desarrollarse por órgano en línea y no descentralizado.

En cuanto a los mecanismos de control "ex post", tenemos la actuación del Tribunal de Cuentas y del Tribunal de Justicia; ya hemos señalado que la actuación del Tribunal de Cuentas se ceñirá en su caso a la detección e "informe" del incumplimiento. Más eficaz se antoja la actuación en demanda por incumplimiento de la Comisión ante el Tribunal de Justicia que podrá terminar no sólo con la condena del Estado, sino también con la eventual imposición de una multa coercitiva.

En cuanto a las garantías que en Derecho interno se establecen, el art. 305.3 del Código Penal castiga el delito contra la Hacienda Pública europea, con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía siempre que la cuantía de la defraudación exceda de 50.000 €. Ello supone una protección reforzada por el ordenamiento penal de los recursos comunitarios frente a los nacionales, pues

en éstos la condición de procedibilidad se establece en 120.000 €.

Ni la Ley General Presupuestaria 47/2003, ni la Ley General Tributaria, 58/2003, se refieren a la protección o privilegios de los recursos europeos. Ello no obstante, entiendo que tal protección ha de basarse en la previsión del art. 280 TCE que prevé que los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.

V- LA LEGITIMACIÓN DEL ESTADO

En función de la enumeración de recursos propios vista, queda la distinción de aquéllos en que la contribución a la Comunidad por el Estado requiere una "mera" operación contable, y aquéllos casos en que el Estado debe recaudar frente al particular el ingreso/recurso propio, para trasladarlo a la Comunidad posteriormente. Es en tales supuestos en los que se plantea la cuestión de en calidad de "qué" actúa el Estado. Éste recauda recursos que no le pertenecen sino que, "ab initio", "ipso iure" y antes de que se produzca la traslación, pertenecen a la Comunidad. En consecuencia interesa determinar cómo, desde un punto de vista jurídico, cabe calificar a este Estado-recaudador.

En una primera aproximación, considerando las distintas personalidades jurídicas, del Estado y de la Comunidad, cabría reconocer al Estado la condición de mandatario. En efecto, su actuación se acomoda a la definición del mandato como aquél contrato por el que "se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o en cargo de otra" (cfr.art. 1710 CC).

Así, la regulación del contrato de mandato pudiera ajustarse a la actuación estatal, por cuenta de la Comunidad, estableciéndose como un mandato remunerado en que el Estado, está, en efecto, "obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del man-

“En función de la enumeración de recursos propios vista, queda la distinción de aquéllos en que la contribución a la Comunidad por el Estado requiere una ‘mera’ operación contable, y aquéllos casos en que el Estado debe recaudar frente al particular el ingreso/recurso propio, para trasladarlo a la Comunidad posteriormente.”

dato”, pagando intereses por las cantidades que hubiera aplicado a usos propios. Por su parte, en efecto incumbe a la Comunidad el pago de la “remuneración”. Sin embargo, desde su formulación no cabe acoger tal actuación del Estado como mandatario pues tal figura es un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades por el que, una o varias personas, consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Ahora bien, con independencia de la voluntad de los Estados en el proceso de integración comunitaria, la actuación del Estado a que aquí nos referimos, no encuentra su base en un acuerdo de voluntades, sino en una prescripción normativa.

Resulta así a la luz de la regulación vista y partiendo en todo caso de la distinción de personalidades (que evita la aplicación de la teoría organicista del representante) que el Estado actúa como un representante legal de la Comunidad. Percibe sus recursos propios “en nombre y por cuenta” de ésta. Traslada las cantidades percibidas a la Comunidad, abonando el interés legal si incurre en retraso en el cumplimiento de su obligación. Percibe, por ello, la remuneración legalmente prevista, que actúa como descuento en la cantidad que debe abonar.

Por lo demás, se plantea la cuestión de que no es el Estado directamente, sino la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (Española) la que recauda los recursos aduaneros y el impuesto sobre el valor añadido. Procede al respecto la remisión a la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para el 1991, y cuyo artículo 103 crea la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

El art. 103. Uno. 2 establece que “La Agencia Estatal de Administración Tributaria es la organización administrativa en nombre y por cuenta del Estado, de la aplicación efectiva del sistema tri-

butario estatal y del aduanero, y de aquellos recursos de otras Administraciones y Entes Públicos nacionales o de las Comunidades Europeas cuya gestión se le encomiende por Ley o por Convenio”. Así, en esta materia, la gestión recaudatoria estará encomendada al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales en colaboración con el propio Departamento de Recaudación de la propia AEAT. Por su parte, la propia Ley 31/1990, establece que “corresponde a la Agencia, en el ámbito de sus competencias, desarrollar los mecanismos de coordinación y colaboración con las Instituciones Comunitarias, las Administraciones Tributarias de los países miembros de la Comunidad Económica Europea y con las otras Administraciones Tributarias nacionales o extranjeras que resulten necesarios para una eficaz gestión de los sistemas tributarios nacional y aduanero en su conjunto”. La actuación de la Agencia se produce, por tanto, en nombre y por cuenta del Estado, quien, a su vez, obra por cuenta de la Comunidad.

VI. CONCLUSIÓN

No resta sino, a modo de conclusión, destacar que es esta faceta de “ejecutor de ingreso” del presupuesto comunitario, un ámbito más en que el Estado actúa como un ejecutor directo del Derecho comunitario. En virtud del deber de colaboración que enunciábamos al principio del trabajo, le incumbe velar por la integridad de los recursos comunitarios como si fueren propios, estableciendo los mecanismos para una eficaz exacción; asimismo, le corresponderá cumplir una obligación documental y financiera cuyo control ostenta inicialmente la Comisión Europea. El Estado está pues obligado a aportar, pero a aportar un recurso que, inicialmente, se configura como “propio” de la Comunidad, actuando, por tanto, como gestor del mismo y velando como tal por su integridad. ■

“Es esta faceta de ‘ejecutor de ingreso’ del presupuesto comunitario, un ámbito más en que el Estado actúa como un ejecutor directo del Derecho comunitario.”

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

Las muertes por suicidio en prisión.

La responsabilidad
directa de la administración
penitenciaria.

Javier Nistal Burón

Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias

“Partiendo del hecho de que el suicidio se produce bajo la tutela del Estado, hemos de preguntarnos si la Administración penitenciaria debe de responder siempre y en todo caso por este resultado lesivo mediante la correspondiente compensación indemnizatoria, aún cuando estas muertes sean causadas por la propia voluntad de sus autores.”

I. Planteamiento general

El pasado día 22 de enero de 2009, los medios de comunicación se hacían eco del posible suicidio de un violador múltiple acusado de una veintena de delitos, encontrado ahorcado en los baños de la prisión canaria del Salto del Negro. Este es sólo un caso más entre los varios que se producen en las Prisiones españolas, aunque haya tenido un alcance informativo mayor por las circunstancias personales de su autor*.

En general puede afirmarse que el hecho de encontrarse ingresado en una cárcel aumenta considerablemente la posibilidad del suicidio, los estudios existentes en esta materia así lo avalan estadísticamente. El problema es realmente importante, hasta tal punto que la Administración penitenciaria ha realizado frecuentes estudios y ha puesto en aplicación diversos programas para evitar estas muertes.

El suicidio en prisión se puede abordar desde múltiples puntos de vista, en este artículo pretendemos hacerlos desde una óptica jurídico-administrativa para valorar la responsabilidad en la que la Administración penitenciaria puede incurrir por estas muertes. Partiendo del hecho de que el suicidio se produce bajo la tutela del Estado, hemos de preguntarnos si la Administración penitenciaria debe de responder siempre y

(*) M. Á. M. R., de 47 años, fue arrestado el pasado 11 de octubre de 2008 acusado de cometer un importante número de agresiones sexuales en Gran Canaria. Se investigaba también posibles agresiones en otras islas y después de una investigación policial de unos dos años. Tras su arresto, más de 20 mujeres reconocieron al supuesto violador como autor de las agresiones que habían sufrido. Muchas de las afectadas por sus ataques denunciaron ante los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que el agresor utilizaba una furgoneta blanca. M. Á. M. R. actuaba de forma muy violenta y bajos los efectos de drogas y alcohol, según las víctimas de los delitos, con quienes contactaba en bares de copas o, directamente, en prostíbulos.

en todo caso por este resultado lesivo mediante la correspondiente compensación indemnizatoria, aún cuando estas muertes sean causadas por la propia voluntad de sus autores.

La respuesta a esta pregunta está en estrecha relación con cuál deba de ser la nota característica que establezca el nexo causal para justificar la imputación a la Administración penitenciaria de la responsabilidad por estos resultados dañosos. Este nexo causal que justifica la relación causal entre el funcionamiento de la Administración penitenciaria y el daño, aparece reflejado en aspectos tales como: el deber de la Administración de preservar la salud e integridad de los reclusos, la nota de “normalidad” o “anormalidad” en el funcionamiento del servicio penitenciario, la previsibilidad o no de la posible conducta suicida y en la incidencia de la culpa de la víctima. La distinta valoración interpretativa sobre estos aspectos de la relación causal, determinará la imputabilidad o no de responsabilidad a la Administración penitenciaria por las muertes por suicidio ocurridas bajo su tutela en los términos que vamos a tener ocasión de analizar en este artículo.

II. Los presupuestos jurídicos necesarios para la exigencia de responsabilidad patrimonial

Nuestro Estado de derecho descansa en dos pilares básicos: el principio de legalidad y el de responsabilidad de los poderes públicos. El primero, por cuanto obliga a la Administración a actuar conforme a las exigencias de un ordenamiento jurídico previamente aprobado por quienes ostentan la soberanía popular, evitando con ello la actuación arbitraria de la misma. El segundo, por cuanto hace efectivo el sistema de garantías del Estado de derecho obligando a los poderes públicos a indemnizar cuando con sus actuaciones lesionen los intereses de los administrados. Teniendo en cuenta que en un plano institucional, como el que estamos abordando en este tema, la responsabilidad por este tipo de

mueres por suicidio, sólo cabe exigirla como responsabilidad patrimonial en la vía administrativa y/o contencioso-administrativa, es preciso antes de continuar adelante hacer unas breves reflexiones sobre el fundamento legal de este tipo de responsabilidad.

Nuestro sistema de responsabilidad patrimonial aparece hoy constitucionalmente consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española (CE), que garantiza la responsabilidad de los poderes públicos y en el artículo 106.2 de mismo texto constitucional que lo desarrolla en los siguientes términos: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Adquiere así rango constitucional una institución –la responsabilidad patrimonial de la Administración– ya conocida mucho antes por nuestro Derecho positivo, concretamente en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF), artículo 121 y en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) de 1957, artículo 40, vigente hasta 1997.

El mandato constitucional ha sido desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). En concreto, el artículo 139 reproduce el citado artículo 106.2 CE, aunque especificando que la responsabilidad se origina tanto por el funcionamiento ‘normal’ como ‘anormal’ de los servicios públicos”. En este marco legislativo general se desenvuelve la responsabilidad por las muertes por suicidio en la institución penitenciaria.

El principio básico sobre el que descansa nuestro sistema normativo, en materia de responsabilidad patrimonial, se encuentra en el reconocimiento del derecho a la indemnización por toda le-

sión que los particulares sufran en sus bienes y derechos, que se deba a funcionamiento de los servicios públicos. Esta responsabilidad recibe el calificativo de “objetiva”, lo que supone que se genera sin necesidad de que concurra la culpa o negligencia del sujeto causante del daño. Partiendo de este principio de *responsabilidad objetiva*, se establece la misma de forma directa si concurren los requisitos exigidos en la citada Ley 30/92 de 26 de noviembre, modificada por la ley 4/99 de 13 de enero) entre ellos:

- La existencia de una acción u omisión con resultado dañoso.
- Las consecuencias jurídicas derivadas de dicha actuación que se traducen en lesión antijurídica.
- La existencia de un nexo causal, no roto por la concurrencia de circunstancias de fuerza mayor exonerantes de responsabilidad, o culpa imputable a la víctima.

El carácter objetivo de la responsabilidad y su extensión al funcionamiento “normal” de los servicios públicos, determinará que sólo la relación de causalidad sea el nexo que justifica que la Administración deba o no de responder. Por lo tanto, es preciso tener bien claro cuándo se puede o no romper dicho nexo causal.

La jurisprudencia entiende que esta ruptura, que excusa de responsabilidad a la Administración, se produce en los casos de fuerza mayor a los que hay que añadir, en el tema que estamos abordando de las muertes por suicidio, los casos en los que el daño se deba a la exclusiva culpa de la víctima. En cualquier caso para que se produzca la ruptura del nexo causal por la actuación del propio perjudicado es preciso que tal ruptura sea probada: “la Administración que opone la ruptura del nexo causal, ha de probar la real y eficaz interferencia de un hecho, conducta o acto con incidencia en la relación de causalidad, y que tenga potencialidad suficiente a procurar esa ruptura”, pues el no producirse tal probanza es tanto como desconocer

“El carácter objetivo de la responsabilidad y su extensión al funcionamiento ‘normal’ de los servicios públicos, determinará que sólo la relación de causalidad sea el nexo que justifica que la Administración deba o no de responder. Por lo tanto, es preciso tener bien claro cuándo se puede o no romper dicho nexo causal.”

la determinación de la causa. En este sentido, como “la prueba de la culpa de la víctima pesa sobre la Administración”, es insuficiente el planteamiento de una mera hipótesis de culpabilidad (STS 3ª, 26-4-1997).

En resumen, que según la previsión legal sobre la responsabilidad patrimonial, basta una actividad administrativa, por acción u omisión, material o jurídica, un resultado dañoso no justificado y la relación de causa a efecto entre aquellos y éste, para que exista responsabilidad de la Administración.

Esta es la orientación que sigue la copiosa Jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial, que ha estructurado una compacta doctrina, que podemos sintetizar en dos ideas básicas:

“Se admite la responsabilidad de la Administración penitenciaria cuando exista ‘anormalidad’ en el funcionamiento de dicho servicio y, al contrario, la exime de responsabilidad cuando la víctima es causante voluntaria del daño, por entender que se rompe el nexo causal al no existir ninguna anomalía en el funcionamiento del servicio penitenciario.”

- Que la legislación ha establecido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran en sus bienes y derechos a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total actividad administrativa.
- Que el servicio público viene a ser un sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suele presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración.

Por último y por lo que se refiere a los caracteres de la reparación del daño por parte de la Administración, debemos señalar lo siguiente:

a) El sistema de responsabilidad es unitario. Se aplica a todas las Administraciones públicas, sin excepción, y protege por igual a todos los particulares, garantizándoles un tratamiento patrimonial común ante ellas.

b) La responsabilidad es objetiva. En los términos que hemos apuntado, aunque debe quedar claro que el carácter objetivo de la responsabilidad no es óbice para que el carácter antijurídico del daño causado pueda inferirse de factores subjetivos de culpabilidad o del incumplimiento objetivo de normas o deberes.

c) La Administración responde directamente. Es preciso reclamar directamente a la Administración en los términos que señala el artículo 145.1 LRJPAC: “para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”.

d) Rige el principio de reparación integral. En principio, la reparación a cargo de la Administración será íntegra, absoluta y total cuando la relación entre el funcionamiento del servicio público y el daño o perjuicio sea directa, in-

mediata y exclusiva. Ahora bien, cuando existan otras concausas, la reparación se moderará proporcionalmente, lo que se produce en aquellos casos en que la víctima es culpable sólo en parte no rompiéndose con su actuación el nexo causal, aunque tal actuación del perjudicado deberá tenerse en cuenta para moderar y atemperar equitativamente la responsabilidad patrimonial, entre otras: (SSTS 28-11-88; 10-02-89; 14-9-89, 29-5-91 y 27-11-93).

III. La relevancia del nexo causal: “anormalidad del servicio” versus “culpa de la víctima”

En las “instituciones totales” y, las prisiones lo son en su grado máximo, existe un específico deber de cuidado de la persona acogida, dicho deber se define como: “el deber de aquel que tiene bajo su custodia a otro de adoptar todas las medidas razonables a fin de evitar acciones u omisiones que pudieran originar probables daños a la persona de la cual se es responsable”.

Es evidente que, existe un ineludible deber de la Administración Penitenciaria de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad, lo que es exigido ya en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, artículo tercero y en el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4-11-1950 y ratificado en España el 26-9-1979. También son de aplicación, en este punto, las Declaraciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-12-1966, ratificado por España el 13-4-1977. Tales Declaraciones, Tratados y Acuerdos internacionales son de aplicación en nuestro ordenamiento interno, en virtud de la remisión de los artículos. 10.2 y 96.1 de la CE.

En un plano más inmediato y concreto la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) de 26 septiembre 1979 y su Reglamento (RP) de desarrollo de 1996 (Real Decreto 190/96 de 9 de febrero)

sientan a lo largo de su articulado que las instituciones penitenciarias, si bien tienen como fin sustancial la retención y custodia de detenidos, presos y penados, tienen también el deber de velar por su integridad. En esta normativa penitenciaria se definen también las directrices básicas que desarrollan estas cuestiones y se otorga a las autoridades penitenciarias las medidas de vigilancia y seguridad necesarias tendentes a proteger a los reclusos de posibles daños que puedan sufrir durante el cumplimiento de la condena, puesto que, en los términos que señala el propio Tribunal Supremo “los reclusos no son extraños al funcionamiento del Centro Penitenciario, sino que están integrados en su organización y disciplina”, (STS 3ª13.3.99), como parte de la relación de sujeción especial les une con la Administración Penitenciaria.

La interpretación jurisprudencial sobre cuál deba de ser la nota característica que establezca el nexo causal que justifique la imputación a la Administración penitenciaria de la responsabilidad por las muertes por suicidio de los reclusos bajo su tutela, se posiciona claramente en el funcionamiento del servicio penitenciario. Por una parte, admite la responsabilidad de la Administración penitenciaria, siempre y en todo caso, cuando exista la correspondiente “anormalidad” en el funcionamiento de dicho servicio y, al contrario, por otra parte, exime de responsabilidad a la Administración cuando la víctima es la voluntaria causante de este daño, por entender que se rompe el nexo causal, al no existir ninguna anomalía en el funcionamiento del servicio penitenciario.

a) *La nota de “anormalidad” del servicio como requisito para atribuir la responsabilidad a la Administración penitenciaria.*

Según este criterio, es este elemento de “anormalidad” en la prestación del servicio el que establece el “nexo de causalidad” entre la omisión administrativa y el fallecimiento, y determina con ello el carácter antijurídico del daño pro-

ducido y por lo tanto, la responsabilidad de la Administración penitenciaria.

Como vemos, esta interpretación que se fundamenta en el prisma de la culpa “*in vigilando*”, entiende que concurre un elemento de anormalidad en el servicio penitenciario cuando no se hayan adoptado todas las medidas adecuadas para evitar el suicidio: bien por no conocerse el estado psicológico del interno, bien por la existencia de un grado de enfermedad que pudiera propiciar la necesidad de la adopción de medidas de vigilancia intensiva, bien por no haberle prestado al interno un adecuado cuidado, bien por no haber adoptado las medidas de vigilancia precisas, bien por otras deficiencias en la atención que las circunstancias hayan requerido, tal como una defectuosa condición en la celda en que fue confinado etc. Tiene como base esta interpretación el hecho de que la Administración penitenciaria es siempre garante de todos los bienes jurídicos de los internos, así como de todos los peligros que de ellos dimana, en virtud de los deberes que surge de la relación de sujeción especial que une a la Administración penitenciaria con los reclusos, ello obliga a ésta a mantener un compromiso específico y material de protección del recluso frente a agresiones contra su vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.

La interpretación que estamos analizando, entiende, además, que esta responsabilidad de la Administración penitenciaria, no sólo aparece cuando es directa, inmediata y exclusiva, sino que puede aparecer, en el caso de suicidios, bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, aún admitiendo la posibilidad de una moderación de responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, lo cual se traduce en la necesaria ponderación a la hora de fijar la relativa indemnización.

En definitiva, que la responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria, según esta interpretación, se justifica en el funcionamiento “anormal” del servicio público penitenciario, por

concurrir falta de vigilancia y seguridad que, de existir, hubiera impedido tal resultado dañoso. Este criterio aparece reflejado, entre otras, en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

(STS 26-11-1998, Sala 3a). La falta de adopción de medidas preventivas en un interno con “probadas anomalías psíquicas que tenían que haber supuesto un imprescindible control médico exigible e incumplido por parte de la Administración, máximo cuando en el Centro Penitenciario en el que ingresa, ninguno de los miembros del Equipo de Observación y Tratamiento posee titulación médica o sanitaria específica en el ámbito psiquiátrico... y además, desde el momento de su detención, no fue atendido por ningún médico psiquiatra ni fue remitido a ningún Centro Psiquiátrico

“La responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria se justifica en el funcionamiento ‘anormal’ del servicio público penitenciario, por concurrir falta de vigilancia y seguridad que, de existir, hubiera impedido tal resultado dañoso.”

al no considerarlo necesario el equipo médico”.

(STS 30-3-1999, Sala 3a). El hecho de que el suicida no fuera “cacheado en forma debida, pues no se le despojó de las prendas de que pudiera hacer uso, como el cinturón con el que se quitó la vida, deficiencia que fue notada por la doctora del Centro, quien advirtió que el cinturón debía ser retirado a todo ingreso”, pues en tal supuesto “bien puede achacarse el óbito del interno al defectuoso funcionamiento de los servicios penitenciarios”.

(STS 4-5-1999, Sala 3a). El hecho de que “en la hora en que se produjo el suicidio el interno no debía permanecer en la celda, sino que lo hizo sin autorización y ocultándose y sustrayéndose a la inspección llevada a cabo por los funcionarios, lo cual es un elemento demostrativo de que la vigilancia practicada no fue suficiente para evitar la ocultación del interno en la celda, que no consta, ante las reducidas proporciones de la misma,

“Sería posible hacer efectiva una seguridad plena del interno, sin embargo, este modelo de actuar no es compatible con el modelo de ejecución que preconiza nuestro sistema penitenciario, por ser contrario al principio de la recuperación social del delincuente.”

que fuera inevitable. Por tanto la no presencia del interno en la soledad de la celda hubiera sin duda evitado su suicidio, de tal suerte que la culpa *in vigilando* dimanante del carácter defectuoso de la vigilancia llevada a cabo aparece como causa idónea y relevante de los consiguientes perjuicios”.

Teniendo en cuenta, que según este criterio jurisprudencial la responsabilidad patrimonial directa de la Administración Penitenciaria se configura en la defectuosa actuación de aquella, se exige para justificar dicha responsabilidad, de manera constante, la presencia de algún elemento de anormalidad en el servicio penitenciario, un fracaso del deber elemental de velar por la integridad de las personas sometidas a custodia, atribuible exclusiva y directamente a un defectuoso funcionamiento del servicio público penitenciario.

Llegados a este punto, cabe plantear la siguiente pregunta: ¿es materialmente posible hacer efectiva esta garantía en su totalidad y preservar al recluso de cualquier daño o perjuicio que pueda sufrir mientras permanece internado en un Centro Penitenciario?

Para contestar es preciso valorar la capacidad de la Administración penitenciaria para preservar la vida, integridad física, libertad, intimidad, etcétera, de los internos, para lo que a su vez, hay que tener en cuenta los medios de los que dispone para ello y las circunstancias en las que se ejecuta la pena.

Empezando por las circunstancias, podemos afirmar que sería posible hacer efectiva una seguridad plena del interno, pero tendría que ser con el aislamiento en celda individual con permanentes cacheos y requisas y con el control directo sobre los reclusos. Sin embargo, este modelo de actuar no es compatible con el modelo de ejecución que preconiza nuestro sistema penitenciario, por ser contrario al principio de la recuperación social del delincuente. El uso de las medidas tendentes a garantizar la seguridad de los reclusos debe ser ponderada con la finalidad que la legislación enco-

mienda a la pena privativa de libertad, puesto que hay que hacer compatible la seguridad con otras finalidades, como es la existencia de una mínima situación de libertad de los reclusos que favorezca su reinserción, sin que la seguridad deba ser el factor predominante en la actuación penitenciaria.

En cuanto a los medios de los que dispone la Administración penitenciaria, teniendo en cuenta que la seguridad es un deber de dicha Administración, el ordenamiento jurídico ha dotado a ésta de las medidas necesarias para hacer efectiva esta actuación, desde la necesidad de tener un conocimiento adecuado de los internos mediante la observación, pasando por los registros, cacheos, etc, (art. 68.1 y 2 del Reglamento Penitenciario, así como los medios coercitivos precisos para impedir actos de violencia entre los reclusos (art.45 LOGP) y la posibilidad de adoptar las limitaciones reglamentales del art. 75.1 RP, para asegurar a los internos.

Todas ellas son medidas adecuadas para preservar la seguridad de los reclusos, pero ¿son suficientes? La Administración penitenciaria entiende que no, y sin negar la obligación que tiene de velar por la vida e integridad física de los internos, mantiene que no puede admitirse que tal deber suponga para dicha Administración el de garantizar a los que ingresan en prisión frente a cualquier eventualidad. Y es que, en la mayoría de los casos de suicidio, no se adoptan las medidas precautorias porque no se conoce con anterioridad la tendencia a la realización de tales hechos por parte del recluso, ni tampoco éste ha dado muestras de conductas anómalas que propicien el desencadenamiento de tales hechos, porque es materialmente imposible adoptar todas las medidas preventivas necesarias para evitar siempre las conductas suicidas. Algunos autores que han realizado estudios sobre esta materia se han pronunciado afirmativamente en sus opiniones sobre la “inevitabilidad” del suicidio en prisión.

b) La nota de la intervención voluntaria de la víctima como requisito para eximir de responsabilidad a la Administración penitenciaria.

Como hemos dicho anteriormente, dado el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración y su extensión al funcionamiento “normal” de los servicios públicos, sólo la relación de causalidad, es el nexo que justifica que la Administración deba o no de responder por las muertes por suicidio que ocurren bajo su tutela. Por lo tanto, es preciso tener bien claro cuándo se puede o no romper este nexo causal, porque esta ruptura excusaría de responsabilidad a la Administración.

Según este criterio se entiende que en las muertes por suicidio en prisión se rompe el nexo causal en los casos que el daño se debe a la exclusiva culpa de la víctima. Es decir, cuando quede acreditado que el suicidio fue debido a la actuación de la propia víctima de modo voluntario y a ella imputable. Por tanto, en el caso de no advertir anomalía en la prestación del servicio, bien porque haya existido una vigilancia adecuada, bien porque no se haya advertido nada anómalo que hubiera propiciado la adopción de medidas especiales de vigilancia sobre el interno, o que incluso se haya dispuesto de la prestación normal en la realización de los servicios de prevención específicos, no concurriría una imputable actuación negligente por parte de la Administración Penitenciaria y por lo tanto ésta no debe responder por estas muertes.

En resumen, esta interpretación entiende que no se justifica la responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria al existir una ruptura del nexo causal por la intervención voluntaria de la víctima y no concurrir ningún elemento de “anormalidad” en la prestación del servicio penitenciario. Algunas sentencias en este sentido son las siguientes:

(STS. 19-1-1999, Sala 3a). El suicidio de un interno que, aunque se reconoce que padece un “síndrome ligero-mediano a la heroína, es lo cierto que recibe

tras su ingreso en el Centro la asistencia médica prescrita reglamentariamente, recetándole SINOGAN 25, por ser el tratamiento habitual para síndromes ligero-medianos a la heroína”, y cuando además el médico especialista que le entrevistó el día del ingreso llega a concluir que “no era previsible una acción como la emprendida, así como que requiriera especial vigilancia”.

(STS. 19-6-1998 Sala 3a) El suicidio en un caso en el que no “se había detectado con anterioridad un grado de enfermedad en el interno que pudiera propiciar la necesidad de la adopción de medidas de vigilancia intensiva que fueran incumplidas por la Administración”

(SSTS. 19-6-1998, Sala 3a). La utilización por un interno –al que no se había detectado riesgo suicida alguno– de una sábana de la celda que ocupaba ya que “el instrumento directamente utilizado, que era una sábana, no constituye un elemento especialmente idóneo para una tentativa de ahorcamiento y, por el contrario, constituye un elemento aparentemente inofensivo para el descanso de cualquier persona”.

(STS. 5-5-1998, Sala 3a). El suicidio de interno, con dos antecedentes de suicidio en la propia institución penitenciaria y a quien se aplica “un tratamiento intensivo y vigilancia especial por alto riesgo de suicidio, ya que la vigilancia a que se sometió al enfermo no era continua de modo absoluto, aunque sí tenía un grado de intensidad muy elevado, como demuestra el hecho de que fuera sorprendido cuando el intento de suicidio por ahorcamiento no había sido consumado, hasta el extremo de que fue posible salvarle temporalmente la vida hasta que falleció semanas después. Es decir no puede afirmarse que un adecuado tratamiento de la persona afectada exigía o hacía cuando menos aconsejable, en un estándar de asistencia médica ordinario, prestar una vigilancia absolutamente ininterrumpida, bien mediante atención directa de una o varias personas o mediante el auxilio de medios técnicos, y ni siquiera tiene la

certeza de que ello fuera posible, o que existan otros medios alternativos para evitar la tentativa de suicidio que hubieran sido útiles –evitando la sujeción mecánica, que no parece difícil aceptar que razones de humanidad aconsejan limitar a momentos extremos–”.

Como hemos podido comprobar, en términos generales la culpa de la víctima exonera a la Administración de su responsabilidad, y la exonera tanto si la conducta del perjudicado es ilícita o intencionada, como si es meramente negligente.

En todo caso, es preciso señalar que estas interpretaciones jurisprudenciales sobre la exoneración de responsabilidad a la Administración penitenciaria por la intervención de la víctima dan por supuesto que la voluntad suicida es libre –en el sentido de no claramente patológica– lo cual en los casos de muerte por suicidio es mucho suponer, porque en estos casos deben tenerse en cuen-

“Una ruptura del nexo causal por voluntad de la víctima y no concurrir ningún elemento de ‘anormalidad’ en la prestación del servicio penitenciario exoneran de responsabilidad patrimonial a la Administración penitenciaria.”

ta, al menos, dos circunstancias que no carecen de importancia:

- Que la libertad siempre es relativa. La decisión de un suicida nunca es “libre”, si se entiende por libertad la ausencia de causa, ya que su acto de poner fin a su propia existencia, puede ser la consecuencia de una multiplicidad de causas.
- Que la decisión suicida más que un acto es consecuencia de todo un largo proceso de hundimiento personal.

En estos casos, la pregunta que nos podemos hacer es la siguiente: ¿puede romper el nexo causal una decisión suicida adoptada en el seno de un proceso patológico o durante un trastorno psíquico tan severo que anule, o cuando menos menoscabe gravemente la voluntad del suicida?

En este punto la construcción jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria es donde más carencias presenta. Efectivamente, como hemos visto, el criterio del Tribunal Supremo establece que, para que se reconozca responsabilidad de la Administración Penitenciaria, es preciso que haya sido probado algún elemento de anormalidad. Esto podría justificarse en base a un pretendido principio de una “relación de especial protección”, que se deriva de la calificada por el propio Tribunal Constitucional como “relación de especial sujeción”, que califica las relaciones entre la Administración penitenciaria y sus administrados, en este caso, los reclusos. En todo caso, cuando ha habido ausencia de libre voluntad del suicida o, dicho en otros términos, cuando por enfermedad o trastorno psíquico se consuma el suicidio, o se intenta con

resultados dañosos, nada justifica que sea peor tratado el interno de la institución penitenciaria que el enfermo de una institución hospitalaria pública cualquiera, puesto que en el caso de este último es notorio que la Administración sanitaria responde objetivamente, cualquiera que sea el tipo de funcionamiento normal o anormal, por lo que otro tanto cabría decir del interno/paciente de la Administración penitenciaria cuando el intento o consumación suicida se encuentra conectada causalmente con su trastorno o patología psíquica.

IV. Conclusión final

Como conclusión final, podemos hacer la siguiente reflexión, si en general, la responsabilidad de la Administración tiene el carácter objetivo. Esta fundamental característica impone que no sólo no sea menester demostrar que para exigir dicha responsabilidad los titulares o gestores de la actividad administrativa, que han generado un daño, hayan actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desarrollado de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento “normal” de los servicios públicos.

Sin embargo, en el ámbito penitenciario la jurisprudencia introduce un matiz diferente sobre el carácter objetivo de esta responsabilidad al exigir, generalmente, un elemento de anormalidad en el funcionamiento del servicio para responsabilizar a la Administración penitenciaria. Al contrario, no se aprecia la responsabilidad de la Administración

penitenciaria por la inexistencia del nexo de causalidad, al entender que éste queda roto desde el momento en el que el daño causado se entiende de única y exclusiva responsabilidad de la víctima.

Partiendo de esta constatación podemos preguntarnos cuál sería el título jurídico justificativo para imputar a la Administración esta responsabilidad si a pesar de adoptarse todas las medidas precautorias posibles se produce algún daño en la vida o integridad física de los reclusos.

La respuesta, en mi opinión, debe ser la siguiente, dado que el deber de la Administración penitenciaria de preservar la integridad de los internos es un deber objetivo, que no requiere valoraciones subjetivas sobre la efectividad de estos controles, si queremos que la responsabilidad por el funcionamiento “normal” del servicio público penitenciario sea real, como en el resto de las Administraciones públicas y no sólo un “exceso verbal” del legislador, la Administración penitenciaria debe extender la obligación de indemnizar a toda muerte por suicidio que se produzca bajo su tutela, sin que la culpa de la víctima pueda suponer una exención de dicha responsabilidad. Esta opinión estaría en consonancia con una interpretación razonable del artículo 3.4 LOGP (“La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”), que nos debe conducir a reconocer que el recluso tiene el derecho a ser protegido de posibles tendencias suicidas siempre y en todo caso, tanto si el servicio público penitenciario se ha desarrollado de forma anómala, como si ha funcionado con plena “normalidad”. ■

“Debemos reconocer que el recluso tiene el derecho a ser protegido de posibles tendencias suicidas siempre y en todo caso, tanto si el servicio público penitenciario se ha desarrollado de forma anómala, como si ha funcionado con plena ‘normalidad’.”