LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y SUS OBSTACULOS: AUTORIZACION PREVIA, PREJUDICIALIDAD ADMINISTRATIVA Y CUESTIONES PREVIAS

Por

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ

Profesor ayudante de la Universidad de Valladolid

I

Uno de los problemas de mayor gravedad en la ciencia del Derecho administrativo es el de la garantía del administrado. La preocupación por este problema ha tenido en parte recientemente un feliz desenlace con la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa en 1956 y la regulación unitaria de los recursos administrativos en la Ley de Procedimiento administrativo de 1958. La doctrina ha trabajado ampliamente sobre estos textos y este esfuerzo sobre una regulación de por sí amplia y generosa ha plasmado en recientes pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa por los que se revela la intención de desenvolver toda la potencialidad contenida en las nuevas y fundamentales fuentes del Derecho administrativo. El acto administrativo impugnado va siendo fiscalizado en sus más recónditos secretos: el fin y la causa. Otro tanto podemos afirmar de la potestad reglamentaria de la Administración, antes sólo controlada por medios indirectos.

Desde el punto de vista de las relaciones entre los diversos poderes del Estado, la característica más sobresaliente de la nueva jurisdicción contencioso-administrativa es su carácter judicialista. La misma Exposición de Motivos de la Ley Reguladora lo afirma en términos que no

admiten duda: «La Ley es judicialista, siguiendo la orientación que impuso la Ley de 5 de abril de 1904, en cuanto confía la jurisdicción contencioso-administrativa a verdaderos tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por magistrados profesionales, con los deberes e incompatibilidades propios de los mismos.» Una compensación, a mi juicio, había de tener esta quiebra en la forma tradicional de entender el principio de división de poderes y el sometimiento total de la Administración, precisamente en su actividad propia y específica, a la fiscalización de los tribunales. Esta compensación no podía ser mejor ni más lógica que la que la propia Ley ha actuado completando la formación penalista y civilista, de estilo liberal, con una formación iuspublicista de los que han de ser jueces del actuar administrativo. Ha aparecido con ello un nuevo tipo de magistrado, al que aplicándole la terminología que García de Enterría (1) propugna para el nuevo tipo de jurista del que tan necesitados estamos en la coyuntura actual, podríamos denominar magistrado de Estado. Parece como si ante la aparición de ese nuevo tipo de magistratura la Administración se desnudara con naturalidad, sin resto alguno de su viejo y absurdo pudor, para someterse a un examen y control, que hace un siglo hubiese sido considerado como un atentado gravísimo a uno de los principios informadores de la organización del Estado.

La amplitud de la fiscalización contencioso-administrativa, con ser importante, no es el único medio para lograr el sometimiento de la Administración al Derecho y una mayor garantía del administrado contra el abuso administrativo. Es necesario que se complete con la revitalización de los propios sistemas de fiscalización administrativa, por medio de la revisión de oficio, de la que es preliminar un buen funcionamiento de los servicios de inspección y control. Pero, sobre todo, y esto es primordial en la materia, es necesario su complemento con la actualización de la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los funcionarios. Olvidar el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos es olvidar que el acto administrativo y la norma reglamentaria emanan de una persona física, el funcionario. Hacer procesos a los actos y a las normas, en demasía, olvidando las personas de quienes emanan, puede resultar tan absurdo como los antiguos procesos para ajusticiar

(1) García de Enterría: *Reflexiones sobre los estudios de derecho*, en «Revista de Educación», núm. 5.°, noviembre-diciembre de 1952.

a las cosas y a los animales. Y es que existe una indudable relación cuantitativa entre los procesos a los actos y los procesos a las personas de quienes los actos emanan. Al aumentar los procesos a aquéllos disminuyen los procesos a éstas, y al contrario, puede afirmarse, que los procesos a las personas, y ello es lógico pues se suprime la causa productora, en cuanto aumentan hacen disminuir la necesidad de los procesos a los actos. El índice de la proporción vendrá dado por el ordenamiento jurídico según las facilidades o los obstáculos que establezca para las acciones contra los actos o contra las personas. HAURIOU (2) señaló refiriéndose al derecho francés que «históricamente el artículo 75 de la Constitución del año VII y la garantía de los funcionarios son la causa, al menos en la misma medida que el principio de separación de los poderes, de la canalización en nuestro derecho en la teoría del acto; toda la exigencia de represalias ha encontrado su satisfacción en el recurso contra el acto y en las acciones de indemnización contra la Administración». Por ello nos parece oportuno señalar el peligro que para la Administración Pública puede derivarse de que la garantía del administrado sea sólo a costa de la anulación de actos y reglamentos administrativos y de las condenas por daños contra la Administración. Y a una inseguridad en la actuación administrativa y a una molestia continua para el administrado conducirá, de manera inevitable, el desarrollo mongólico de la jurisdicción contencioso-administrativa y el raquitismo, por otra parte endémico en nuestro Derecho, de los varios aspectos de la responsabilidad de funcionarios. Por aquel desarrollo y esta atrofia la garantía del administrado corre el riesgo de convertirse en una relación de «continuado tejer y destejer actos y reglamentos» entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la Administración en la que, aparte de la carga que supone la impugnación para el administrado, la única perjudicada sería la propia Administración Pública.

El tradicional abandono del tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos en la doctrina ha tenido por causa primordial el cultivo separado de la parte que a cada cual afecta por administrativistas, penalistas, civilistas y procesalistas. Este tratamiento particularizado no ha plasmado en un estudio unitario imprescindible para un tema de tal envergadura y trascendencia.

En la praxis judicial la tímida actitud de los tribunales ha estado,

(2) HAURIOU: *Precis de Droit Administratif*, 12 ed., París, 1933, pág. 23.

en parte, condicionada por los obstáculos, que examinamos en este estudio, derivados de un mal entendimiento de la doctrina de la separación de poderes. En materia de responsabilidad criminal la autorización para proceder contra funcionarios y las llamadas cuestiones previas administrativas han sido los parapetos de siglo y medio de irresponsabilidad, y si bien la irresponsabilidad de los funcionarios goza de una desgraciada tradición en nuestra Patria, es en nuestro tiempo, ante la existencia de masas burocráticas antes no imaginables, cuando el problema adquiere extrema gravedad. Pero en buena parte también la timidez de los jueces ha sido condicionada por la complejidad del fenómeno administrativo, cada día en aumento, sin que por otro lado aumentase la preparación iuspublicista de la carrera judicial. Téngase presente en prueba de este aserto que el delito de prevaricación administrativa del artículo 358 del Código penal y el artículo 377 relativo al uso ilegal de la potestad reglamentaria son en vía penal un paralelo de la impugnación de actos y reglamentos en la vía contencioso-administrativa. Ambos delitos implican que el juez penal ha de pronunciarse sobre la justicia y legalidad de actos y reglamentos administrativos, como supuestos de la sanción penal, en la misma forma que el tribunal contencioso-administrativo, y si para éste es ya incuestionable la especialidad en derecho público, con mayor motivo ha de serlo para el juez penal, que además de aplicar la pena puede provocar la nulidad del acto administrativo por el juego automático de la nulidad de pleno derecho contemplada en el apartado *b)* del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Recientemente la Ley de Régimen Jurídico ha abordado el problema de la responsabilidad penal de funcionarios y, afirmamos, que con escasa fortuna. Las normas contenidas en sus artículos 44 a 49 no pasan de ser declaraciones de principios ya contenidos con anterioridad en nuestro ordenamiento. La preocupación primordial de la Ley de Régimen Jurídico parece ser más la de la garantía del funcionario que la del administrado al establecer tribunales de mayor rango que los que correspondan por razón del delito. Nada, sin embargo, dice la Ley, sobre la especialidad administrativa de los magistrados que han de componer las Salas, ni sobre los jueces instructores, a pesar de que en la especialidad de unos u otros más que en la mayor categoría de los tribunales ha de descansar lógicamente, en mayor medida, la garantía del funcio-

nario y del administrado así como la real efectividad de la responsabilidad criminal.

A un buen deseo responde, sin duda, el párrafo 2.° del artículo 35 al establecer que «en ningún caso será requisito indispensable para la apertura y validez del procedimiento judicial el consentimiento previo de la autoridad administrativa». Pero tampoco en esto introduce la Ley novedad alguna en nuestro Derecho. La autorización previa para proceder contra los funcionarios públicos fué ya derogada por la Constitución de 1869 y con responder esta institución a un mal entendimiento, ya superado por el Derecho francés de donde se toma, del principio de *división de poderes, no comporta un obstáculo tan regresivo para la* virtualidad de la responsabilidad criminal como el arbitrado por la Ley de Conflictos de 17 de julio de 1948 al regular las cuestiones previas administrativas en su artículo 15.

Nuestro estudio se va a ceñir, pues, a estos dos obstáculos a las acciones penales contra funcionarios públicos. El estudio paralelo de las mismas cuestiones en el Derecho francés no lo efectuamos por motivos de simple especulación erudita, sino porque nuestro sistema no puede ser concebido y valorado correctamente sin esta referencia. Ello se debe a que las fuentes francesas han sido las inspiradoras de las originarias soluciones positivas y doctrinales de nuestra Patria.

II

La autorización previa para proceder contra funcionarios o «garantía administrativa» tiene en Francia un viejo antecedente en las evocaciones. Con el nombre de avocaciones se denominó en el *ancien régime* los supuestos en que estando conociendo de un asunto de su competencia los Parlamentos judiciales, el Rey llamaba a su Consejo el conocimiento del negocio, previa noticia que le era dada por el intendente. En unos casos se trataba de asuntos administrativos en los que surgían litigios que, por no haberse hecho previa reserva de competencia a favor de la jurisdicción administrativa del intendente y del Consejo Real, se recurría a este sistema. Otras veces, se trataba de asuntos de derecho privado en los que se encontraba implicada alguna cuestión de interés público o bien procesos civiles y penales seguidos ante los Parlamentos contra funcionarios de la Administración Real. En este último supuesto con

la técnica de las avocaciones se conseguían en el *ancien régime* los mismos efectos que después de la Revolución se habían de conseguir con la vía del conflicto hasta 1828 y con la garantía administrativa hasta 1870. La afirmación vale en cuanto a la responsabilidad criminal, pero no es exacta en cuanto a la civil como veremos.

TOCQUEVILLE (3) nos describe con extraordinaria claridad las causas y funcionamiento de las avocaciones en el *ancien régime*. Un capítulo dedica a la cuestión y lleva un título de por sí bastante expresivo: «Que la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'ancién règime.» Dice TOCQUEVILLE «que no había país en Europa donde los tribunales ordinarios dependiesen menos del Gobierno que en Francia; pero tampoco había país donde los tribunales de excepción estuviesen más en uso. Entre estos dos hechos había una relación evidente. Como el Rey no podía apenas nada sobre la suerte de los jueces; de manera que el Rey no le podía revocar, ni cambiar de lugar, ni siquiera corrientemente elevar de grado; en una palabra, no les sujetaba ni por ambición ni por miedo por lo cual se sintió pronto molesto con esta independencia. Esto le había llevado... a sustraerles el conocimiento de los negocios que interesaban directamente a su poder, y a crear para su uso particular, al lado de ellos, una especie de tribunal más dependiente, que presentaba a esto respecto alguna apariencia de justicia sin serlo en realidad». Refiere, también, TOCQUEVILLE que durante el último siglo de la Monarquía el Gobierno del Rey después de haber dictado alguna disposición, pocas eran las veces que omitía consignar una fórmula por la que se establecía que los litigios a que la disposición diera lugar serían excluídos del conocimiento de los tribunales y llevados ante los intendentes y el Consejo. La fórmula ordinaria era la siguiente: «Ordonné en outre Sa Magesté que toutes les constestations qui pourrons survenir sus l'execution du présent arrêt, circunstances et dependances, seront portées devant l'intendant, pour être jugées par lui, sauf appel au conseil. Defendons à nos cours et tribunaux dén prendre connoissance.» La práctica de las avocaciones surge precisamente respecto de las materias regidas por leyes y costumbre viejas en las que no se tomó la medida precautoria de esta cláusula de reserva de competencia. En estos casos—sigue diciendo TOCQUEVILLE—«le Con-

(3) Alexis DE TOCQUEVILLE: *L'Ancien Régime et la Revolution*. Edición de Obras completas. Gallimard, París, 1952, págs. 123 y ss.

seil intervient san cesse por voie d'évocation, enléve d'entre les mains des juges ordinaires l'affaire où l'administration est interessée, et l'attire à lui».

La técnica de las avocaciones se emplea para toda clase de asuntos y entre ellos, como decíamos, para sustraer al conocimiento de los tribunales los procesos contra funcionarios (4). «Lorsque les tribunaux de l'ancien régime—sigue diciendo TOCQUEVILLE (5)—voulaient poursuivre un représentant quelconque du pouvoir central, il intervinait d'ordinaire un arrêt du conseil qui soustrait l'accusé à ses juges et le renvoyait devant des commisaires que le conseil nommait; car, comme l'ecrit un conseiller d'état de se temps-là, un administrateur ainsi attaqué aût trouvé de la prévention dans l'esprit des juges ordinaires, et l'autorité du roi eût été compromise. Ces sortes d'evocations n'arrivaient pas seulement de loin en loin, mais tous les jours, non-seulement à propos des principaux agents, mais des moindres.» Refiere TOCQUEVILLE a este respecto un ejemplo elocuente. Un capataz de «puentes y caminos» había maltratado a un paisano y era por ello perseguido ante los tribunales. El Consejo reclama el asunto y el ingeniero jefe en escrito confidencial al intendente le dice que, en efecto, el capataz «est très-reprensible, mais ce n'est pas raison pour laisser l'affaire suivre son cours; car il est de la plus grande importance pour l'administration des ponts et chaussés que la justice ordinaire n'entende ni ne reçoive les plaintes des corvéables contra les piqueurs des travaux. Si cet exemple était suivri, ces travaux seroient troublés par des procès continuels, que l'animosité publiqué qui s'attache à ces fonctionnaires feroit naître».

Condenada bajo la Revolución la práctica de las avocaciones al establecer la Constituyente de 1789 el derecho que la sociedad tiene «a pedir cuenta a todo agente de su administración», una Ley de 14 de diciembre de 1789 vuelve, en cierto modo, a aquella práctica condicionando el ejercicio de cualquier acción contra un empleado público a la previa autorización, que había de conceder el Directorio del Departamento. Es esta Ley el antecedente más inmediato en el nuevo Estado del artículo 75 de la Constitución del año VIII: «Los agentes del Gobierno, excluídos los ministros, no podrán ser perseguidos por hechos relativos al ejercicio de sus funciones sino en virtud de una decisión

(4) WALINE: *Droit Administratif*, Sirey, París, 1957, pág. 615.
(5) Alexis DE TOCQUEVILLE, op. cit., págs. 126 y sigs.

del Consejo de Estado. En este caso la persecución tiene lugar ante los tribunales ordinarios.» La idea de la protección del funcionario no es un invento de los revolucionarios, pero sí lo es la técnica de naturaleza preventiva por medio de la que esta protección se articula frente al sistema de avocaciones que suponía una protección *a posteriori* y que no implicaba una protección con carácter general para todos los funcionarios. TOCQUEVILLE (6), para quien la institución de la garantía administrativa es nefasta porque la intervención «de l'administration dans la justice déprave les hommes et rend á les rendre tout á la fois révolucionnaires et serviles», en su afán de demostrar que la Revolución no había comportado tantos cambios como en la época se afirmaba, advierte también respecto de esta institución que tampoco supone una novedad: «Les administrateurs ont encore coutume d'appeler le privilège que leur est accordé par cet article une des grandes conquêtes de 89; mais en cela ils se trompent également, car, sous l'ancienne monarchie, le gouvernement n'avait guère moins de soin que de nos jours d'eviter aux fonctionaires le dèsagrèment d'avoir à se confesser à la justice, comme de simples citoyens. La seule difference essencielle entre les dux époques est celle-ci: avant le Révolution, le *gouvernement ne pouvait* couvrir ses agents qu'en recourant à des mesures illegales et arbitraires, tandis que depuis il a pu legalement leur laisser violer les lois.»

La excepción del artículo 75 referente a los ministros se explica por existir en el momento de promulgarse la Constitución del año VIII el sistema especial de *empeachment* para exigirles responsabilidad según el artículo 12 de la Ley Constitucional de 12 de julio de 1795: «Los ministros pueden ser acusados por la Cámara de diputados por crímenes cometidos en el ejercicio de sus funciones. En este caso son juzgados por el Senado.» Además de los ministros, y a partir de 1818, el último artículo de las sucesivas leyes presupuestarias introduce una nueva excepción y quedan en virtud de ella excluídos los agentes de finanzas con ocasión de la percepción ilegal de impuestos.

El principio de la garantía administrativa del funcionario recibía una doble sanción: la de orden penal que gravitaba sobre los oficiales de la policía judicial o del Ministerio público o los jueces que, después de la reclamación de parte y con voluntad de violar la ley, infringían el artículo 75, lo que implicaba incurrir en las responsabilidades de los

(6) Alexis DE TOCQUEVILLE, op. cit., págs. 125-126.

artículos 127 y 128 del Código Penal; y la que incidía sobre los actos judiciales comportando la nulidad absoluta del procedimiento, en base al quebrantamiento de una norma considerada de orden público, sin que ello implicara perjuicio para las partes que podían ejercitar de *nuevo sus demandas una vez cumplida la formalidad* (7).

Por contra, la falta de autorización no podía ser alegada como apoyo para el planteamiento de una cuestión de competencia por la Administración. Para que ésta pudiera elevar el conflicto era y es necesario que entrara en colisión con los tribunales por pretender conocer de una cuestión cuya última resolución le correspondiera. Sin embargo, con autorización o sin ella, los únicos competentes para declarar la responsabilidad civil o criminal eran y son los tribunales. El artículo 3.º de la Ordenanza de 1 de junio de 1828 prohibe expresamente la elevación del conflicto por la falta de autorización. DUCROCQ (8) señala que esta prohibición se explica por la circunstancia de que el tribunal es competente en cuanto al fondo, circunstancia que hace desaparecer, como hemos dicho, los elementos jurídicos constitutivos del conflicto jurisdiccional. Una consecuencia de importancia se derivaba de esta prohibición y es la de que a la autoridad judicial correspondía la última palabra sobre la aplicación del artículo 75.

El artículo 75, que escapa a la derogación de conjunto de la Constitución del año VIII, fué objeto durante su vigencia de encontradas críticas. Los defensores sostenían que protegía el ejercicio normal de las funciones públicas evitando la subordinación a los tribunales de las autoridades y agentes del poder ejecutivo. Por contra, los impugnadores alegaban que era contrario al principio de igualdad ante la ley, atribuyendo al funcionario la libertad de todos sus actos. Dice MOREAU (9) que «si sus actos son legales y justos, los funcionarios nada tienen que temer de la *competencia judicial*; y si sus actos *son ilegales o injustos*, es necesario que sean juzgados como tales... Para evitar la injusticia es suficiente con descubrir al autor real del acto; es ésta una tarea que no sobrepasa las facultades de los tribunales judiciales». LAFERRIÈRE (10)

---

(7) DUCROCQ: *Cours de Droit Administratif et de Législation Française des Finances*, París, 1900, tomo tercero, págs. 336 y sigs.

(8) DUCROCQ, op. cit., págs. 337 y sigs.

(9) MOREAU: *Droit Administratif*, Fontemoing, París, 1909, pág. 1.087.

(10) LAFERRIÈRE: *Traité de la Juridiction Administrativa et des recours contencieux*, París, 1896, pág. 640.

describe el estado de opinión que hizo posible la derogación con estas palabras: «La protection donnée aux actes administratifs n'a jamais été impopulaire en France, où l'on n'a admis à aucune époque que le pouvoir exécutif fut subordonné au pouvoir judiciaire. Au contraire, la protection accordé aux personnes, l'impunité trop souvent assurée á des fautes ou á des délits qui n'avaient rien de commun avec l'exercice de la puisance publique, a jeté un profond discrédit sur l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Vivement attaqué sous la Restauration, remis en question devant les Chambres sous le gouvernement de Juillet, condamné sous le second Empire par des manifestations unanimes de tous les représentants de l'opinion libérales, le système de l'autorisation préalable davait fatalement succomber avec le gouvernament qui en avait le plus tendu les ressorts. Il fallait d'ailleurs que la réaction contra cette institution fût bien vive, pour que le gouvernement de la Défense nationale se crût obligé d'abroger, par son décret de 19 septembre 1870, l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, au moment oú il prenait lui-même la responsabilité du pouvoir dans les circonstances les plus difficiles; il fallait que cette reáction fût bien générale pour qu'en 1871, la commission chargée par l'Assamblée nationales d'exercer un contrôle sévère sur tous les actes législatifs du Gouvernement provisoire, n'ait élevé aucune objection contre le maintien de cette reforme.»

El artículo 1.º del Decreto-Ley de 19 de septiembre de 1870 estableció: «Se deroga el artículo 75 de la Constitución del año VIII. Se derogan igualmente todas las otras disposiciones de leyes generales o especiales teniendo por objeto o fin impedir los procedimientos dirigidos contra los funcionarios públicos.» Estas otras disposiciones a que el Decreto-Ley hace referencia son aquellas que dictadas con posterioridad al artículo 75 y respondiendo a un fin de rapidez y simplificación concedían a determinadas autoridades administrativas, dependientes del Ministerio de Finanzas, la facultad de conceder la autorización. Estas autoridades en ningún caso podían denegarla, correspondiendo siempre la denegación al Consejo de Estado. El artículo 2.º del Decreto-Ley, temiendo que la garantía derogada originase excesivas acciones infundadas contra los funcionarios, prescribió que «serán posteriormente establecidas las penas a que puede haber lugar en interés público contra los particulares que hayan dirigido denuncias temerarias contra los funcionarios».

La jurisprudencia inmediatamente posterior al Decreto-Ley, inter-

pretándolo correctamente, acoge las demandas dirigidas contra los funcionarios públicos. Desaparece con esto una de las más graves causas de inferioridad que DICEY había señalado en el Derecho continental respecto del anglosajón, carente de esta *proteccion of officials*, y compensadora en el orden de la garantía patrimonial del administrado del principio anglosajón de irresponsabilidad de la Corona. Pero bien pronto el funcionario encontrará un sucedáneo a la garantía desaparecida, lo que nos induce a pensar que la tendencia a buscar una protección contra la responsabilidad es una constante en el Derecho continental, derivada, sin duda, de la dinámica misma del principio de división de poderes, tal como lo entendieron los revolucionarios, es decir, como prohibición a los tribunales de entender de cuestiones administrativas, entendido el concepto en el más amplio sentido y no en el restringido de «administrar».

III

Lo cierto es que esta aproximación del Derecho francés al anglosajón va a durar sólo tres años. Por el célebre *arrêt Pelletier* de 26 de julio de 1873 la interdicción a los tribunales de conocer del acto administrativo será el nuevo parapeto del funcionario. La cuestión que motiva el *arrêt* Pelletier es la siguiente: Un tribunal de Senlis se declara competente para conocer de una demanda por daños motivada por la prohibición de un periódico ordenada por el comandante general y el prefecto de Oise. El Tribunal rechaza la declinatoria propuesta por el prefecto. Sustanciada la competencia el Tribunal de Conflictos por el *arrêt* citado resuelve la competencia a favor de la Administración basándose en la prohibición que, en virtud del principio de separación de poderes, es hecha a los Tribunales para conocer de los actos administrativos (11).

(11) La parte argumental más importante del «arrêt Pelletier» tomada de DUCROCQ, op. cit., pág. 341, es la siguiente: «Considerando que el conjunto de estos textos establecía dos prohibiciones distintas que, derivando una y otra del principio de división de poderes a fin de asegurar su exacta aplicación, se referían a objetos diversos y no producen las mismas consecuencias desde el punto de vista de la jurisdicción; que la prohibición hecha a los tribunales judiciales de conocer de los actos de la Administración Pública de cualquier naturaleza que sea constituye una regla de competencia absoluta y de orden público, destinada a proteger el acto administrativo y que encuentra su sanción en el derecho conferido a la autoridad administrativa de proponer la decli-

El *arrêt* Pelletier interpretando de esta forma el Decreto-Ley de 1870 había conseguido el efecto bien imprevisto para éste, como señala DUCROCQ (12), de que en adelante no habría autoridad administrativa ni judicial competente para conocer de las acciones dirigidas contra los agentes del Gobierno por hechos relativos al ejercicio de sus funciones. «El Decreto-Ley de 1870—dice—ha dado el poder de apreciación a los Tribunales en todos los casos o, de lo contrario, es necesario reconocer no solamente que no les ha concedido nada, sino que les ha privado de la facultad de conocer en aquellos casos en que el Consejo de Estado acordaba la autorización de proceder.» Por su parte, WALINE (13) refiere que en las conclusiones expuestas ante el Consejo de Estado en 1918, el comisario del Gobierno, León BLUM, decía abiertamente que la interpretación dada al Decreto-Ley de 1870 por el *arrêt* Pelletier era un error, pero que la jurisprudencia era tan constante que no cambiaría.

Llegados a este punto nos interesa precisar que si bien en el orden de la responsabilidad civil del funcionario las afirmaciones anteriores son exactas y que del *arrêt* Pelletier arranca una evolución singular, no puede, sin embargo, predicarse lo mismo de la responsabilidad criminal. Respecto de ésta el Decreto-Ley de 1870 supone un paso adelante,

---

natoria y de elevar el conflicto de atribuciones...; que la prohibición de perseguir a los agentes del gobierno sin autorización previa, destinada sobre todo a proteger a los funcionarios públicos contra las persecuciones temerarias, no constituía una regla de competencia, pero producía un efecto de no-admisibilidad, constituyendo un obstáculo a todos los procedimientos dirigidos contra estos agentes por unos hechos relativos a sus funciones...; que este efecto de no-admisibilidad se refería únicamente a los tribunales judiciales y no podía nunca dar por parte de la autoridad administrativa a un conflicto de atribuciones. Considerando que el decreto emanado del Gobierno de la Defensa nacional que deroga el artículo 75 de la Constitución del año VIII, así como todas las otras disposiciones de leyes generales o especiales que tenían por objeto impedir los procedimientos dirigidos contra los funcionarios públicos de todo orden, no ha tenido otra finalidad que la de suprimir la no-admisibilidad resultante del defecto de autorización, con todas sus consecuencias legales, y de dar así a los tribunales judiciales toda la libertad de acción en los límites de su competencia; pero que no ha tenido por consecuencia extender los límites de su jurisdicción, de suprimir la prohibición que les es hecha, por otras disposiciones distintas de las especialmente derogadas por el decreto, de conocer de los actos administrativos y de prohibir, en su caso, a la autoridad administrativa el derecho de proponer la declinatoria y elevar el conflicto de atribuciones, ya que una tal interpretación sería inconciliable con la ley de 24 de mayo de 1872 que, instituyendo el tribunal de conflictos, consagra de nuevo el principio de separación de poderes y las reglas de competencia que de él se derivan.»

(12) DUCROCQ: Op. cit., pág. 342.

(13) WALINE: Op. cit., pág. 346.

en cuanto que suprime un auténtico obstáculo a la exigencia de responsabilidad criminal, sin que la doctrina del *arrêt* Pelletier juegue como sucedáneo de la garantía administrativa suprimida. Y ocurre así por los motivos que iremos viendo a lo largo del trabajo y que en síntesis anticipada reducimos a los siguientes: *a)* El principio de plena jurisdicción del juez penal unida a la consideración de éste como guardián de las libertades individuales; *b)* La regulación restrictiva de los supuestos en que la Administración puede, en materia penal, elevar el conflicto de atribuciones; *c)* La consideración por el Tribunal de Conflictos del delito del funcionario como falta personal, separable de las funciones y que, por consiguiente, al menos hasta 1918 en que el *arrêt* Lemonnier admite la teoría de la acumulación, no podía en ningún caso llevar consigo la responsabilidad del Estado.

Pero si la evolución que la doctrina sentada por el *arrêt* Pelletier se manifiesta ante todo en el orden de la responsabilidad civil, su estudio interesa para una mayor comprensión del problema de la responsabilidad criminal, ya que por tratarse de cuestiones íntimamente relacionadas, hasta el punto de que un mismo hecho puede dar origen al nacimiento simultáneo de ambas, haciendo claridad sobre aquélla se comprenden mejor las singularidades de ésta. Justificado, pues, el tratamiento de la responsabilidad civil, de dos condiciones va a depender, en adelante, su admisión respecto de las acciones ejercitadas por los particulares (14).

1.° De que la Administración haya o no elevado el conflicto para poner al funcionario al abrigo del procedimiento civil.

2.° Elevado el conflicto por la Administración, de la calificación que el Tribunal de Conflictos haga del hecho imputado.

Esta última circunstancia ha llevado a este Tribunal a clasificar los actos del funcionario en dos categorías: falta personal y falta de servicio, correspondientes, según terminología más precisa inspirada en el efecto producido, a la de falta separable o no separable del ejercicio de las funciones.

Pero el sistema de protección por la vía del conflicto comportaba una injusticia evidente. No pudiendo el funcionario elevar el conflicto por sí mismo su cobertura quedaba a merced de la discrecionalidad del prefecto. Este podía dispensar la protección a unos y negarla a

(14) WALINE: Op. cit., págs. 618 y ss.

otros funcionarios según actualizase o no su facultad de elevación del conflicto. Para remediar esta situación una Ley de 12 de septiembre de 1941 aprobando el Estatuto de Funcionarios dispone que «en el caso en que un funcionario haya sido perseguido por un tercero por falta de servicio, y donde el conflicto de atribuciones no haya sido elevado, la colectividad pública debe cubrir al funcionario de las condenas civiles pronunciadas contra él».

Por consiguiente, si el conflicto no ha sido elevado, y el funcionario es condenado, la Administración debe reembolsarle del importe de la condena, obligándose con ello indirectamente a la Administración a la elevación del conflicto.

Restablecida la legalidad republicana por la Ordenanza de 9 de agosto de 1944 se declara la nulidad del precepto transcrito, pero es textualmente reproducido por el artículo 14 de la Ley del Estatuto General de Funcionarios de 19 de octubre de 1946 (15). Las críticas al precepto han sido unánimes. WALINE (16) señala que «el artículo 14 descansa en la presunción de que el Tribunal de Conflictos habría dado al funcionario mayores garantías de buen juicio sobre esta cuestión que el Tribunal civil. Partir de tal principio es perder completamente de vista la razón misma de la institución del conflicto positivo y la razón particular de la intervención del Tribunal de Conflictos en la apreciación de las faltas separables o no separables, en la forma en que este razonamiento es hecho por el *arrêt* Pelletier... En principio, el conflicto positivo es instituído en interés exclusivo de la Administración, interés absolutamente distinto del de sus agentes...».

Estas expresiones de WALINE prueban nuestro aserto de que en el Derecho continental si se suprime la protección directa, el funcionario, en su tendencia hacia la irresponsabilidad, encuentra un sucedáneo en la cobertura que facilita la vía del conflicto de atribuciones. También nos servirán para tener un criterio con que valorar nuestro estado actual en la materia, en el que la vía del conflicto ha sido hasta tal punto

---

(15) A su vez, el artículo 11 del vigente estatuto de funcionarios de 4 de febrero de 1959, en su párrafo 2.º, establece al respecto: «En el caso de que un funcionario haya sido demandado por un tercero por falta de servicio y en tanto el discernimiento de la competencia no haya sido resuelto, la Administración deberá, en la medida en que la falta personal no sea imputable al funcionario, resarcirle de las condenas civiles contra él dictadas.»

(16) WALINE: *Op. cit., pág. 629.*

prostituída, que ha servido no ya para cubrir la responsabilidad civil del funcionario, sino, lo que es más grave, la misma responsabilidad criminal.

IV

El estudio que hemos efectuado sobre la garantía del funcionario en Francia no nos aclara nada más que la mitad del problema. Afirmábamos que el funcionario no sólo ha encontrado su cobertura en la llamada garantía administrativa, sino que la función misma que desempeña le ha brindado otra suerte de protección. Este nuevo proteccionismo es el resultado de la conjunción y transacción entre dos cuestiones íntimamente enlazadas y en cierto modo opuestas: por un lado, el principio de la división de poderes tal como lo entendieron los revolucionarios, y la necesidad, por otra parte, para el juez represivo, por exigencia de la misma naturaleza de los tipos penales, de conocer de los actos y disposiciones administrativas. Así ocurre que si el principio de división de los poderes en lo que afecta a las relaciones Tribunales penales-Administración se interpreta como interdicción a aquéllos de conocer de los actos administrativos se producen dos órdenes de consecuencias:

—En los delitos o faltas que pueden cometer los particulares con motivo de la infracción de actos y reglamentos administrativos se les priva de un medio de defensa importante, cual es el de alegar y poder ser apreciado por el juez la ilegalidad del acto o reglamento cuya infracción se le imputa como presupuesto de la sanción penal.

—En los delitos que pueden cometer los funcionarios referentes al ejercicio de sus funciones administrativas se niega la jurisdicción que al juez represivo atribuye el Código Penal, ya que precisamente la cuestión de fondo comporta el examen de una actuación administrativa.

Para evitar estas dos consecuencias es preciso partir del otro término de la alternativa y entender la división de poderes entre los Tribunales criminales y la Administración como simple interdicción a aquéllos de «administrar», pero atribuyéndoles plenitud de jurisdicción para conocer y pronunciarse sobre los actos y disposiciones administrativas cuya legalidad es discutida como excepción o cuestión principal en el proceso penal. Esta solución es la tradicional en el proceso penal y a ella llega

también el Derecho francés, después de costosa evolución y no sin actuales excepciones y disidencias. Veamos cuál ha sido esta *evolución:*

En el *Ancien régime* la magistratura constituída por los Parlamentos representaba una auténtica fuerza, que se colisiona frecuentemente con el poder real. No sólo pretenden ser los Parlamentos independientes en su función, escuetamente judicial, sino que pretenden ser, con base en la doctrina de MONTESQUIEU, mucho más que simples jueces. GARCÍA DE ENTERRÍA (17) describe así la situación: «Los Parlamentos habían intentado beneficiarse de la tesis de MONTESQUIEU a raíz de la publicación de su obra en 1748, arreciando en su labor de resistencia al Rey. La doctrina de MONTESQUIEU, él mismo consejero y presidente del Parlamento bordelés, podía, en efecto, serles favorable en tres puntos fundamentales. En primer lugar, y como es obvio, la idea de la independencia del poder judicial que consagraba la autonomía de los Parlamentos frente al Rey... Pero, en segundo lugar, la fuerza del argumento quedaba todavía reforzada por sus puntos de vista en relación con la forma ideal de gobierno que para MONTESQUIEU era resueltamente la Monarquía moderada. La clave de esta moderación es la existencia de «poderes intermedios». Este poder moderador del poder real corresponde, según la tesis de MONTESQUIEU, a los Parlamentos «precisamente con su estructura nobiliaria y sus poderes de *enregistrement* y *remontrance*... Pero esta concepción—sigue diciendo GARCÍA DE ENTERRÍA—cobra todo su vigor con la doctrina de MONTESQUIEU del *Depôt des Lois,* del depósito de las leyes, que viene a consagrar un verdadero sistema de gobierno de jueces... Como se comprende, esta concepción llega más allá que la mera separación de poderes, pues asigna a los jueces entendidos como cuerpos políticos la defensa de la Constitución o leyes fundamentales del país frente al propio legislador, la función de guardianes y defensores del sagrado depósito de las leyes frente a la voluntad momentánea del príncipe.»

En este poder judicial robustecido la Administración real encontraba un oponente serio a sus actuaciones y para vencerlo recurrió a técnicas mucho más groseras que las actuales de la defensa del conocimiento del acto administrativo, hecho cuestión prejudicial y defendido

---

(17) GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea,* en «Estudios Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano», Reus, Madrid, *1959, t. II, págs.* 221 y ss.

por la vía del conflicto. No existe en la época una regulación del conflicto en el sentido moderno de la expresión. El Rey es el jefe máximo de la Administración, pero es al mismo tiempo el poder absoluto, el detentador de la soberanía. Los procedimientos para sustraer de los Tribunales el conocimiento de determinados asuntos se reconducen a las ya estudiadas de creación de Tribunales especiales mediante las fórmulas de reserva de competencia y a las avocacions.

La Revolución supone un distinto planteamiento del problema derivado de una distinta actualización del principio de división de poderes. GARCÍA DE ENTERRÍA (18) señala que «los revolucionarios decidieron que la idea de la división de poderes debía articularse de tal forma que evistase el riesgo notorio, tanto de una prevalencia política del estamento nobiliario, identificado de hecho en su consciencia con los Parlamentos judiciales, como de un condicionamiento sustancial por parte de los jueces a las posibilidades de conformación revolucionaria que se abrían al poder central una vez en sus manos... Por otra parte, la experiencia impresionante de los Parlamentos había revelado con absoluta claridad que la estructura de poder que ellos postulaban de un predominio del poder judicial era inviable prácticamente, hubiese implicado—dice el mismo TOCQUEVILLE, íntimamente contrario al poder administrativo que como resultado de este apartamiento surgió—la imposibilidad absoluta de gobernar; la acción de estos cuerpos hubiera sido no sólo poderosa, sino irresistible absolutamente, pues, a diferencia de lo que hubiese cabido hacer con una Asamblea, no se les hubiese podido ni restringir, ni ganar, ni disolver. Este riesgo era especialmente valorado por los revolucionarios una vez que el poder central era suyo...». Del texto del dictamen de la Asamblea de donde salió la ley de separación se patentiza que «no puede ser más explícita la intención de los revolucionarios de liberar al poder central una vez en sus manos de los condicionamientos judiciales. Todo esto determinó la singular interpretación de la división de poderes como separación de los poderes, contrariamente no sólo a la doctrina de MONTESQUIEU, sino también a la propia realidad de la Constitución inglesa (como de la americana) que era de donde el principio procedía. Esta separación implicaba hacer posible, sobre todo, la emergencia de un poder administrativo poderoso y autónomo. Era el ejecutivo, en efecto, el directo beneficiario del sis-

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA: Op. cit., págs. 222 y ss.

tema, al implicar una exención del mismo en relación con los otros dos poderes. Respecto al poder judicial esta exención se proclamó absoluta; ésta es, en definitiva, la *idea esencial* del mecanismo, la separación absoluta de Justicia y Administración, la exención jurisdiccional del ejecutivo, cuando ciertamente lo único que el principio de división postulaba era la independencia judicial. La famosa Ley de la Asamblea Constituyente de 16-24 de agosto de 1790 decidió, en efecto, y aquí está la base del régimen administrativo, que «les fonctions judiciaires sont et demeuront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de fourfaiture, troubler de quelque maniere que se soit operations des *corpsadministratifs*, ni citer devant eux les administrateurs pour raisson de leur fonctions». El Código Penal de 1791 da al principio nada menos que la garantía penal, al tipificar como delito la inmisión de los jueces en la acción administrativa. El sistema pasó a la Constitución de 1791 (Tít. III, cap. V, art. 3.°) y de aquí a las Constituciones posteriores, recibiendo su cuño definitivo en la napoleónica del año VII. Pues bien, este poder administrativo, fuerte y poderoso que emerge de la Revolución, ya no hará uso ni de las avocaciones ni de las fórmulas de reserva de *competencia*, pero entre él y los Tribunales va a surgir una zona prohibida, constituída por los actos y reglamentos administrativos, zona ésta en la que la Administración impedirá la entrada a los Tribunales por una técnica de mayor calidad y finura jurídica, la prejudicialidad, cuya vertiente contenciosa será el procedimiento de conflictos.

Sin embargo, los textos de la separación de poderes son tan contundentes y el poder administrativo recién nacido tan fuerte, que los Tribunales atraviesan en los años siguientes a la Revolución una fase de timidez (19), de un gran respeto a esa zona prohibida, sin que sea necesario que la Administración ponga en práctica los medios necesarios para su defensa. Son los Tribunales de esta época Tribunales acobardados para los que el acto administrativo es algo santo, sagrado, intocable y que infunde tanto respeto como la misma Ley. Puede servir de ejemplo de esta postura un *arrêt* de 22 de Vendimiaire del año VII a propósito de una resolución municipal prohibiendo el cierre de las tiendas en domingo, cuando la Ley simplemente se limitaba a prescribir el cierre

(19) Christian PELLETIER: *L'appreciation de la legalité des actes administratifs par le juge repressif*, Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1954, pág. 16.

cada diez días. Sienta este *arrêt* la siguiente doctrina: «Considerando que esta resolución parece contraria a la Ley, pero teniendo en cuenta que en materia administrativa las resoluciones tomadas por los cuerpos administrativos tienen fuerza de Ley, y no pueden ser reformados por los Tribunales judiciales, por pertenecer este derecho a las autoridades administrativas...» (20).

Esta situación no va a durar mucho tiempo. Los Tribunales en 1810 van a iniciar una ofensiva (21) y precisamente la van a iniciar apoyándose en otro principio de rango constitucional y de sabor revolucionario tanto como el de la división de poderes, pero de un sentido ético más profundo. Este principio es el de la libertad del ciudadano que sólo puede ser limitada por norma de rango legal y del que los Tribunales se consideran bien pronto sus defensores. En este año de 1810 el Tribunal de Casación, el 3 de agosto anula catorce sentencias del Tribunal de policía simple de La Rochelle por haber condenado a los acusados en virtud de un *arrêt* municipal prescribiendo ilegalmente el reposo municipal.

Pero la ofensiva iniciada por la acción de los Tribunales, acción que supone, como hemos visto, un enjuiciamiento sobre la legalidad de los actos y reglamentos administrativos y un posible desconocimiento de su virtualidad, va a obtener un refuerzo de importancia por una doble vía legislativa. Por un lado, con la publicación de la Ordenanza de 1 de junio de 1828 por la que se regula el procedimiento de conflictos, regulación que comporta una merma y una limitación de los poderes de la Administración para elevar el conflicto en materia criminal, con lo que se limita y merma el medio de defensa de ésta para la defensa de sus actos y reglamentos en orden a impedir que los Tribunales desconozcan su aparente legalidad. Por otra parte, la introducción del párrafo 15 en el artículo 471 del Código Penal, relativo a las contravenciones de policía, por la Ley de 28 de abril de 1828, estableciéndose en su virtud la sanción de multa para todos aquellos «que hubiesen contravenido los reglamentos legalmente hechos por la autoridad administrativa y aquellos que no hubiesen cumplido los reglamentos o resoluciones publicados por la autoridad municipal», dando pie con la expresión «legalmente» a un apoyo a al postura que acabamos de relatar

(20) Tomado de Christian PELLETIER: Op. cit., pág. 16.
(21) Christian PELLETIER: Op. cit., pág. 17.

que inician los Tribunales en 1810 para el examen de los actos y reglamentos administrativos cuando su legalidad es discutida en el proceso penal.

La Ordenanza citada de 1 de junio de 1828 establece en su artículo 1.º: «En el futuro el conflicto de atribuciones entre los Tribunales y la autoridad administrativa no se elevará en materia criminal. Tampoco podrá ser elevado en materia de policía correccional salvo en los dos casos siguientes: 1.º Cuando la represión del delito es atribuída por una disposición legislativa a la autoridad administrativa. 2.º Cuando la sentencia a dictar por el *Tribunal dependa* de una cuestión prejudicial cuyo conocimiento corresponda a la autoridad administrativa en virtud de una disposición legislativa.»

El texto para las infracciones penales constitutivas de crímenes es terminante. El conflicto no puede ser elevado ni sobre el fondo ni sobre una cuestión prejudicial. LAFERRIÈRE (22) dice que la expresión *l'avenir*, para el futuro, «contiene una alusión a un pasado que la Ordenanza de 1828 condena; se trata de la jurisprudencia aparecida durante el período revolucionario y, especialmente bajo el Directorio, según la cual la Administración reivindicaba el juicio de ciertos procesos criminales, ya para atender con mayor seguridad a unos inculpados que ella temía fuesen absueltos, ya para proteger a otros que temía que fuesen condenados. No se trataba de cuestiones prejudiciales, era el fondo mismo del proceso criminal lo que era reclamado por la Administración. Así M. DE CORMENIN, en su relación sobre la Ordenanza de 1828 calificaba esta *jurisprudencia de monstruosa*». De gran interés y peso son los argumentos con que un administrativista tan autorizado como LAFERRIÈRE (23) justifica la interdicción de la vía del conflicto para las cuestiones criminales. «En primer lugar—dice—, la autoridad judicial posee, para el enjuiciamiento de las acusaciones criminales, unos poderes de plena jurisdicción que no sufren excepción alguna; sus atribuciones en esta materia tienen un carácter fundamental y de orden constitucional; ellas excluyen toda intervención de la autoridad administrativa, tanto en el juicio de las cuestiones prejudiciales como de la cuestión de fondo... En segundo lugar, las cuestiones prejudiciales comportan necesariamente una incompetencia. Pero es de principio que los

(22) LAFERRIÈRE: Op. cit., tomo 1.º, pág. 623.
(23) LAFERRIÈRE: Op. cit., tomo 1.º, pág. 623.

pleitos criminales una vez comenzados deben ser continuados sin interrupción hasta la decisión por el Jurado... La doctrina que nosotros criticamos conduciría a crear un caso de renvío forzoso y de incompetencia obligatoria fuera de las previsiones de la Ley.»

En materia de policía correccional el conflicto se prohibe también en principio, salvo dos excepciones: apunta la primera al supuesto en que la Administración es *investida* excepcionalmente del derecho de reprimir determinadas infracciones de los administrados, potestad sancionadora atribuída en virtud de leyes especiales en materia de policía urbana, servidumbres militares, policía de circulación, legislación de minas, canteras, ferrocarriles, líneas telegráficas, etc.; la segunda excepción se refiere a la posible existencia en materia de policía correccional de cuestiones prejudiciales. «Tal es el caso—dice LAFERRIÈRE (24)—en el que los medios de defensa invocados por los acusados hacen necesaria la interpretación de órdenes emanadas de la autoridad administrativa, o la verificación de actos administrativos cuya existencia ha de ser constatada... La autoridad administrativa puede entonces reivindicar la cuestión prejudicial; pero ella no tiene competencia para determinar sobre la inculpación y para declarar aplicable o no el artículo del Código Penal a que se refiere la cuestión; debe dejar este cuidado a la autoridad judicial, después de haber aclarado el carácter del acto invocado.»

En relación íntima con este último punto está la cuestión de saber en qué casos el juez represivo puede él mismo juzgar sobre el acto o reglamento administrativo sin necesidad de diferir la cuestión de su validez a la Administración y sin que, por consiguiente, ésta pueda elevar el conflicto sobre este conocimiento. La doctrina y la jurisprudencia francesa abordan este tema como el tema central de las relaciones entre la Administración y los Tribunales penales. El problema sobre el delito del funcionario no se plantea de manera directa y en el tratamiento incidental, de pasada, de que es objeto, parece darse por supuesta la competencia total del juez represivo no ya en cuanto al fondo, sino también respecto a las cuestiones prejudiciales que el delito del funcionario en el ejercicio de sus funciones pudiera comportar. Dejando para más adelante este último punto resumiremos ahora, de forma

(24) LAFERRIÈRE: Op. cit., tomo 1.º, pág. 624.

general, el alcance de la competencia del juez represivo para conocer de la validez de los reglamentos y actos de la Administración.

— En los actos administrativos reglamentarios el juez puede juzgar sobre la legalidad del reglamento tanto cuando el reglamento sirve de fundamento al procedimiento y la ilegalidad es invocada por el inculpado, como cuando la legalidad del reglamento es invocada como medio de defensa por alegar el acusado que el acto que se le imputa era lícito en virtud de que el acto en cuestión está ajustado y es concorde con un reglamento administrativo. Los principios invocados por los jueces son diversos: la naturaleza del reglamento, norma general y por ello asimilable, desde un punto de vista sustancial a la Ley; que el juez de la acción es el juez de la excepción; el ser la autoridad judicial protectora de la libertad individual y, por último, el principio que antes atribuíamos a LAFERRIÈRE de la plenitud de jurisdicción del juez penal. Sin embargo, el juez represivo no puede apreciar la oportunidad de las medidas tomadas por las autoridades administrativas para cumplir la misión que ellas tienen asignada. La concordancia entre la jurisprudencia del Tribunal de Casación y la del Tribunal de Conflictos en este punto es completa (25).

— En el control de la legalidad de los actos administrativos es preciso distinguir dos supuestos: *a)* Que el control por los Tribunales esté previsto por una disposición legislativa. Así ocurre con dos textos represivos que han dado lugar a este control: el artículo 471 del Código Penal que usa la expresión, como ya hemos visto, de «reglamentos legalmente hechos», lo que ha llevado a los Tribunales no sólo a pronunciarse sobre la legalidad de los reglamentos, sino a extender el campo de aplicación a las medidas individuales sancionadas con unas penas de simple policía, explicándose esta extensión en el hecho de que la aplicación de un reglamento de policía comporta a menudo la intervención de decisiones individuales, debiendo en este supuesto el juez de simple policía decidir en un solo examen sobre esta doble cuestión de legalidad; el otro texto en que se apoya el control es el artículo 31 de la Ley de 11 de julio de 1938, que usa una fórmula análoga, pero en este caso directamente referida a los actos individuales. La Ley se

(25) Christian PELLETIER: Op. cit., págs. 40 y ss.; Georges MALEVILLE: *Etendue du pouvoir jurisdictionnel des tribunaux judiciaires, Juris classeur administratif*, fascículo 607, núms. 127 y ss.

refiere a la organización de la nación para la guerra y el artículo 31 prescribe «que en tiempo de paz el que no hubiese cumplido las medidas legalmente ordenadas por la autoridad administrativa para la aplicación de las disposiciones de la presente Ley será sancionado con una multa de 16 a 5.000 francos». Sobre la base de este texto los Tribunales se han reconocido competentes para apreciar la legalidad de las requisas conminadas con penas correccionales (26); *b)* En los supuestos no previstos por la Ley la doctrina del Tribunal de Conflictos y la de los Tribunales ordinarios no coinciden. Estos últimos se reconocen de ordinario competentes para apreciar la legalidad de los actos administrativos individuales. El Tribunal de Conflictos no ha admitido nunca una extensión tal de los poderes del juez represivo. Confirmando decisiones precedentes el *arrêt* Avranche de 5 de julio de 1951 entiende que la apreciación de la legalidad de los actos administrativos no reglamentarios por la jurisdicción penal «es, salvo en los casos de prescripción legislativa contraria, competencia de la jurisdicción administrativa en virtud de la separación de poderes». Esta doctrina ha merecido duras críticas. LIET-VEAUX ve en esta solución la resurrección de la teoría del ministro-juez AUBY observa que las cuestiones prejudiciales «si son quizás jurídicamente lógicas, son socialmente regresivas en materia criminal» (27).

Queda ya despejado el camino, por lo que antecede, para examinar de forma concreta la extensión de la competencia del juez penal respecto al delito del funcionario sin más que hacer la aclaración de que el Código Penal francés divide las infracciones penales en tres grupos: crímenes, delitos y contravenciones. La división es verificada *a posteriori* según la naturaleza de la pena asignada a cada infracción. Así, las infracciones penales de los funcionarios por hechos relativos al ejercicio de sus funciones encajan en los crímenes o en los delitos según que tengan atribuída una pena de carácter aflictivo o infamante o una pena correccional, comportando también la consecuencia procesal de corresponder su conocimiento a la *Cour de d'asises* o al Tribunal correccional.

Pues bien, con respecto a las infracciones penales del funcionario que encaja en la categoría de crímenes los Tribunales penales conocen sin limitación alguna tanto en cuanto al fondo como a las cuestiones

(26) Christian PELLETIER: Op. cit., págs. 66 y ss.
(27) Georges MALEVILLE: Op. cit., núms. 154 y ss.

prejudiciales. Juega en este caso sin limitación alguna la terminante prohibición del artículo 1.º de la Ordenanza de 1.º de junio de 1828 en orden a la posibilidad de que la Administración reivindique el conocimiento, no ya de la cuestión de fondo, sino ni siquiera respecto de cuestión prejudicial alguna.

En las infracciones penales del funcionario constitutivas de delito, aparte de la circunstancia de que la elevación del conflicto no es permitida por la Ordenanza por no ser materia de policía correccional, la plenitud de jurisdicción del juez penal es afirmada por la jurisprudencia y por la doctrina. En estos casos la fundamentación se apoya en la identidad de la apreciación de la legalidad del acto administrativo del funcionario, cuyo examen penal se realiza, con la misma cuestión de fondo del proceso penal, unida a la caracterización de los delitos cometidos por el funcionario como faltas personales separables del ejercicio de las funciones. Christian PELLETIER (28) dice que «el Tribunal de Conflictos, como todas las jurisdicciones, admite la competencia del juez represivo para apreciar la falta penal de un funcionario» y al hacerlo y extender así su jurisdicción «no hace acto de administrador, no hace otra cosa que cumplir su función de juez, que es la de reprimir las infracciones, y el principio de la separación de poderes está a salvo. El examen del acto administrativo no es más que accesorio y no interviene en tanto que elemento de la infracción. Esta doctrina se aplica por el Tribunal de Casación en el *arrêt* Reibel, distinguiéndose el supuesto en que el juez penal debe decidir sobre la legalidad de un acto administrativo individual y aquel en que el juez debe buscar si el acto administrativo incriminado constituye o no una infracción penada por la Ley. En el affaire Reibel éste acusaba al prefecto Ziwes de haber cometido, al negarle la inscripción de su candidatura para las elecciones en el registro correspondiente, la infracción sancionada como delito por el artículo 12 de la Ley de 29 de julio de 1913. El Tribunal de apelación se había declarado incompetente hasta tanto que el Consejo de Prefectura se hubiese pronunciado sobre la legalidad de la negativa de registrar la candidatura realizada por el prefecto. El Tribunal de Casación por este *arrêt* de 26 de julio de 1951 casó la sentencia porque «la pretendida cuestión judicial no era otra cosa que el fondo del asunto, del que la corte era competente y uno de los elementos de la infrac-

(28) Christian PELLETIER: Op. cit., pág. 109.

ción atribuída al prefecto Ziwes». Georges MALEVILLE (29) comentando esta resolución dice que «no había para el juez represivo una cuestión prejudicial de legalidad acerca de la negativa a registrar la candidatura de Reibel; había una cuestión de fondo, que era la de saber si había existido de parte del prefecto inobservancia de la Ley y si esta inobservencia había sido voluntaria, como lo exigía el artículo 12 de la Ley de 29 de julio de 1913».

Comentario aparte merece la acción civil derivada de la infracción penal. Respecto de ésta sólo la falta personal, separable de la función, supone en su conocimiento la competencia de los Tribunales judiciales, mientras que la falta de servicio, que puede llevar consigo la responsabilidad del Estado, no puede ser apreciada si no es por la autoridad administrativa. De aquí que incluso en materia criminal a pesar de la prohibición del artículo 1.º de la Ordenanza tantas veces citada, el conflicto pueda ser elevado sobre la acción civil, salvo en ciertos supuestos. Entre otros, merece destacarse que después de la Ley de 7 de febrero de 1933 que modifica el artículo 112 del Código de instrucción criminal, el conflicto sobre la acción civil no puede ser elevado cuando se trata de violaciones de la libertad individual incriminadas en los artículos 114 a 122 del Código Penal y de la violación del domicilio del artículo 184 (30). Resulta, pues, en estos casos la competencia exclusiva de los Tribunales para la acción penal y la civil por ponerse en juego únicamente la responsabilidad personal de los agentes públicos culpables de las violaciones indicadas. Si la víctima pretende demandar al Estado, la competencia sobre la acción civil se determina ya por las reglas generales, que la atribuyen, salvo los casos de vía de hecho, a los Tribunales administrativos.

V

Después de haberse expuesto el sistema francés de responsabilidad de funcionarios es obligado señalar cuáles sean, si realmente existen, las características que lo diferencian del sistema anglosajón. La cues-

(29) Georges MALEVILLE: Op. cit., núm. 50.

(30) Georges MALEVILLE: *Le procedure des conflits, Juris classeurs Administratifs*, fascículo 610, núm. 14.

tión tiene relevancia por haberse montado sobre la dualidad de regímenes en orden a la responsabilidad uno de los rasgos diferenciales del sistema de *rule of law* frente al de *droit administratif*. DICEY (31) señala que «en Inglaterra la idea de igualdad legal o de la universal sujeción de todas las clases a una Ley administrada por los Tribunales ordinarios ha sido llevada a sus últimos extremos. Entre nosotros, cada funcionario, desde el primer ministro hasta el alguacil o el recaudador de contribuciones, tiene la misma responsabilidad por todo acto realizado sin justificación legal como cualquier otro ciudadano». La crítica de DICEY al sistema francés se basa tanto en la protección dispensada por el artículo 75 de la Constitución del año VII como en la que se origina con motivo del *arrêt* Pelletier y la intervención del Tribunal de Conflictos. Sin embargo, DICEY (32) no está en lo cierto al equiparar una y otra protección y omite poner de manifiesto que el Decreto-Ley abrogatorio de 1870 comporta un efecto indudable en el orden de la responsabilidad criminal. A partir de esta fecha no puede decirse que en esta materia los regímenes inglés y francés respondan a principios diversos. En Inglaterra no hay, evidentemente, ningún impedimento para que los Tribunales conozcan de los delitos de los funcionarios. Tampoco hay antecedente alguno en este sentido.

En la responsabilidad civil de los funcionarios ingleses ha existido, sin embargo, un régimen privilegiado, si bien de características distintas al francés. El sistema fué establecido por la Public Authorities Protection Act de 1893 modificada por la Limitation Act de 1939. La protección se basa en medios indirectos haciendo más onerosa la reclamación con el fin de evitar las naturales perturbaciones que en la Administración pueden causar las acciones infundadas. Así el particular debe en caso de no prosperar su reclamación abonar las costas a una escala elevada. También debe abonarlas en el caso de no haber dado aviso de su reclamación al demandado o cuando el demandado es condenado a una suma inferior a la ofrecida por el demandante antes de dar comienzo el juicio. Por otra parte, la Limitation Act señala un plazo más reducido que el que corresponde a las acciones ordinarias por daños. La acción debe ejercitarse antes del transcurso de un año, contado a partir

(31) DICEY: *Introduction to study of the Law of the Constitution*, 9.ª edición, con introducción y apéndice por E. C. S. WADE, Londres, 1956, pág. 193.

(32) DICEY: Op. cit., págs. 351 y ss.

de la fecha en la cual la acción aconteció. Este sistema protector ha sido, sin embargo, derogado por la Ley de 20 de mayo de 1954.

Rasgo característico del Derecho inglés en general y que comporta consecuencias en el problema que estudiamos, es el de la relación de las acciones civiles y penales. Cuando un mismo hecho es constitutivo a la vez de un delito civil y de una «felonía», infracción penal, no es posible ejercer la acción de responsabilidad civil en el proceso penal. El juez penal es incompetente para conocer de las acciones civiles. Es más, si el hecho es una «felonía» no es posible intentar la acción civil antes que las acciones penales hayan sido ejercitadas o que unas razones convincentes hayan sido dadas para explicar la posposición de la acción penal a la civil (33).

VI

La autorización para procesar tiene en España, al igual que en Francia, un planteamiento constitucional que ha pasado inadvertido. El Estatuto de Bayona al tratar del Consejo de Estado asigna a este cuerpo la función que, como hemos visto, es típica, por virtud del artículo 75 del año VIII, de su homónimo francés. El artículo 58 le atribuye competencia para conocer «... de la citación a juicio de los agentes o empleados de la Administración Pública».

En las Cortes de Cádiz se repudia el sistema. Late en ellas la preocupación de evitar las inmunidades que en materia criminal había comportado la situación anterior. Estas inmunidades tenían su origen en la práctica de las avocaciones, en la reapertura de los juicios ejecutoriados y en los fueros privilegiados. Los textos del discurso preliminar son claros al respecto: «Tal vez podrá convenir, en circunstancias de grande apuro, reunir por tiempo limitado la potestad legislativa y ejecutiva, pero en el momento en que ambas autoridades o alguna de ellas reasumiese la autoridad judicial, desaparecería para siempre no sólo la libertad política y civil, sino aquella sombra de seguridad personal que no pueden menos de establecer los mismos tiranos si quieren conservarse en sus estados. Por eso se prohibe expresamente que pueda separarse de los Tribunales el conocimiento de las causas, y ni las Cortes ni el Rey podrán evocarlas, ni mandar nuevamente abrir los juicios ejecutoriados. La Ley sólo debe señalar el remedio para subsanar los perjuicios

que pueden derivarse de los fallos de los jueces... La Comisión no necesita detenerse a demostrar que una de las *principales causas* de la mala administración de justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados introducido para ruina de la libertad civil y oprobio de nuestra antigua y sabia Constitución...» Estos textos muestran al mismo tiempo la distinta situación de nuestros Tribunales de justicia respecto de los Parlamentos franceses. Frente al poderío de éstos, en el *ancien régime* se patentiza en la misma época la postración y debilidad de nuestra administración de justicia. Esto explica que la Constitución de Cádiz no contenga norma alguna sobre la garantía del funcionario. Precisamente la anterior inmunidad de éstos y su situación privilegiada, como contrario al principio de igualdad ante la Ley, es lo que tratan de evitar las Constituyentes de Cádiz. Sólo respetan el fuero militar y de forma restringida: «Del mismo modo ha creído indispensable dejar a los militares aquella parte de fuero particular que sea necesaria para conservar la disciplina y subordinación de las tropas en el Ejército y Armada.»

Pero no sólo se repudia la institución de la garantía administrativa *stricto sensu*, sino que también se trata de evitar la protección indirecta provocada por la degeneración del sistema de conflictos. La utilización de esta vía con fines bastardos es una constante en nuestro Derecho. Ya en esta época, de la misma forma y manera que ocurre en nuestros días, en la regulación y práctica de los conflictos entre los Tribunales penales y la Administración, ésta no ha sido una celosa defensora del acto administrativo, en orden a evitar el conocimiento de éste por el juez represivo, sino sólo en tanto en cuanto de ese conocimiento pudiera derivarse la responsabilidad criminal de funcionarios cualificados.

La Comisión denuncia con expresión contundente y de perfecta actualidad el vicio que sitúa todavía a nuestro ordenamiento en una posición de inferioridad respecto a los europeos en orden a la garantía del administrado y al principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley penal: «El conflicto de autoridades—dice el discurso preliminar—que llegó a establecerse en España en el último reinado, de tal modo había anulado el imperio de las Leyes, que casi parecía un sistema planteado para asegurar la impunidad de los delitos».

Consecuente con los principios expuestos, el articulado de la Constitución da prueba de un sano judicialismo: «La potestad de aplicar las

Leyes en los juicios civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales» (artículo 242). «Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos» (artículo 243).

Este último precepto lo omite la Constitución de 1837 al tratar de la organización del poder judicial. Por ello no sorprende encontrar un supuesto típico de avocación en una Real Orden de 27 de febrero de 1840: «Enterada S. M. la Reina Gobernadora de que algunos jueces de primera instancia se han creído autorizados a proceder judicialmente contra los alcaldes constitucionales que no les han dado los correspondientes avisos sobre el paso y los movimientos de facciosos... siendo la voluntad de S. M. que los jueces levanten mano desde ahora en las causas formadas que remitirán a los jefes políticos como comprobantes de la falta cometida por los alcaldes.» Para lo sucesivo manda S. M. para este supuesto concreto que «en vez de formarles causa por ello reclamen los jueces el apoyo de los jefes políticos y siéndoles negado lo pongan en conocimiento de S. M. por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia, que reclamará del de Gobernación lo que convenga.»

Aparte de esta Real Orden, el camino hacia la garantía administrativa del funcionario se inicia tímidamente con la obligación de los Tribunales de justicia de dar aviso al jefe del empleado respecto del que hubiesen decretado la prisión. Se ordena así por la Real Orden de 25 de octubre de 1844 y se concreta a los empleados del Ministerio de la Gobernación. Se fundamenta este aviso en el entorpecimiento que para el servicio público puede derivarse de las prisiones de los empleados sin noticia de sus jefes respectivos. Por lo demás, en esta disposición no se distingue entre delitos relativos o no al ejercicio de las funciones.

El sistema de la autorización previa lo instaura la Ley de 2 de abril de 1845 para el gobierno de las provincias. Sitúa en los Jefes Políticos la facultad de otorgar o negar, con arreglo a las Leyes o instrucciones, la autorización competente para procesar a los empleados y corporaciones por hechos relativos al ejercicio de sus funciones. La facultad es discrecional y solamente condicionada en la negativa por la obligación de dar cuenta documentada al Gobierno a fin de que éste adopte la resolución que convenga. Para formar causa a los Jefes Políticos, no ya para procesar, se exige la previa autorización del Rey.

La Real Orden de 27 de marzo de 1850 completa y perfecciona la

escasa regulación existente sobre la materia. El principio general de que parte es que el juez no podrá dirigir su acción contra ningún empleado o cuerpo dependiente del Gobernador de la provincia por algún hecho que sea relativo al ejercicio de sus funciones administrativas, ya sea recibiéndole declaración *indagatoria*, ya decretando su arresto o prisión, o de otro modo que le caracterice de presunto reo sin la autorización que previene la Ley de 2 de abril de 1845. Para pedir esta autorización remitiría el juez, previo informe del promotor fiscal, las diligencias en compulsa al Gobernador, el cual oyendo al Consejo Provincial resolvía en término de tres días. Otorgada la autorización, el Gobernador remitía al Ministro de la Gobernación una copia del expediente con *una comunicación* razonada. Negar la autorización *no era* de la competencia del Gobernador, limitándose éste a elevar el expediente original al Ministerio de la Gobernación que resolvía previa consulta al Consejo Real. Esta técnica es similar a la que se consagró en el Derecho francés, en donde sólo la denegación era competencia exclusiva del Consejo de Estado, habiéndose posibilitado, en virtud de disposiciones posteriores al texto básico del artículo 75 de la Constitución del año VIII, la facultad de concederlas por las autoridades administrativas de quienes dependía el funcionario.

Para los delitos flagrantes y aquellos que el Código Penal configura como graves, se atribuye al juez la facultad de proceder al arresto o prisión del empleado, pero pidiendo al Gobernador, dentro de las veinticuatro horas siguientes, la necesaria autorización.

Si se trata de un delito no relativo al ejercicio de las funciones administrativas, el juez cumplía con dar aviso al Gobernador. Para el supuesto de que el Gobernador no estuviese de acuerdo con la calificación extra-administrativa del delito verificada por el juez, se prevé un procedimiento similar al del conflicto que terminaba con la resolución que correspondía, previa consulta del Consejo Real, conjuntamente a los Ministerios de Gracia y Justicia y Gobernación. Si no había acuerdo entre ambos, desaparecía la posibilidad de este supuesto típico de acto complejo y resolvía el Consejo de Ministros.

El Real Decreto de 29 de abril de 1857 establece algunas modificaciones en el sistema que se refieren a los términos y forma en que la Administración habría de resolver los expedientes. Salvando una laguna de la legislación anterior se establece que en las autorizaciones para proceder contra Gobernadores, cuando el Ministro de la Gobernación

no estuviese de acuerdo con el dictamen del Consejo Real, propondría a S. M. la resolución que estimase más acertada.

La institución que hemos expuesto es, en general, justificada por la doctrina, entre la que destaca COLMEIRO (34). Maneja éste dos tipos de argumentos. Uno de ellos es el de la situación del funcionario, quien a diferencia del juez, se encuentra subordinado al superior y por obrar bajo el mandato del Ejecutivo, «o el Ministro aprueba el hecho de su mandatario y cubre con su responsabilidad la responsabilidad del subalterno, degenerando la cuestión administrativa en política, o lo desaprueba fundado en que el agente obró sin orden o excedió los límites de la potestad, y entonces abandona a su agente y le entrega a los Tribunales para que le juzguen y castiguen...». Dada esta situación peculiar del funcionario, la autorización previa «es un medio de conservar la unidad de la Administración y la responsabilidad en el Gobierno». Por otra parte, COLMEIRO alega el principio de la independencia de los poderes: «Si se concediese al poder judicial sin limitación alguna la facultad de encausar a los agentes administrativos, conocería indirectamente de los actos de administración, turbando la armonía constitucional y destruyendo el principio de la recíproca independencia de poderes».

Sin embargo, el mismo COLMEIRO (35) no es tan celoso defensor del acto administrativo cuando los Tribunales, en ocasión de conocer de los delitos o faltas de los particulares a los que daba y da origen la infracción por éstos de las resoluciones y disposiciones administrativas, han de interpretarle. A esta interpretación la llama doctrinal y «a los jueces —dice—y a los Tribunales del fuero común debe corresponder este derecho, porque *cui jurisdictio data est, ea quoque concesa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest*».

De algunas afirmaciones de COLMEIRO (36) sobre la autorización para procesar se infiere la influencia de las soluciones francesas a supuestos no previstos por el legislador. Así sostiene: que debe ser extendida la autorización a los supuestos de simple acción civil de indemnización de daños en los casos que se ejercite con independencia de la acción penal; «que debe extenderse al funcionario, aun después de volver a la vida pri-

(33) Denis LEVY: *La responsabilité de la puissance publique et ses agents en Inglaterre*, Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1957, pág. 331.

(34) COLMEIRO: *Derecho Administrativo español*, 2.ª ed., Madrid, 1858, págs. 74 y ss.

(35) COLMEIRO: Op. cit., pág. 44.

(36) COLMEIRO: Op. cit., págs. 77 y ss.

vada, con respecto a los actos de su vida pública»; «que la aquiescencia o renuncia voluntaria de esta protección no dispensa de solicitar la previa autorización para procesarle». Como fundamento de estas dos últimas aseveraciones dice que «semejante requisito no constituye un privilegio personal, sino una garantía de orden público ni protege al empleado, sino al empleo». Por otra parte, afirma que «la falta de autorización previa es un vicio sustancial del proceso, y sin ser causa de inhibición puede dar lugar a una cuestión de nulidad ante el mismo juez o Tribunal superior durante el procedimiento, y cerrado éste, a una cuestión de responsabilidad judicial o administrativa; pero nunca a una contienda de competencia, porque las de esta naturaleza versan sobre cuál de las dos autoridades debe de conocer sobre un asunto y no sobre el modo de proceder en el uso de su respectiva autoridad o jurisdicción». Con esta afirmación contradice el fundamento que antes señalábamos atribuía COLMEIRO a la autorización previa, y lo hace no sólo por imitación de la solución francesa al respecto, sino también forzado por el artículo 3.º del Real Decreto de 4 de junio de 1847, que siendo copia literal a este respecto de la Ordenanza francesa de 1.º de junio de 1828, prohibía a los Jefes Políticos suscitar contienda de competencia por no haber procedido la autorización correspondiente, para perseguir a los empleados en concepto de tales.

Pero a pesar de ser COLMEIRO un celoso defensor de esa Administración incipiente que es la nuestra en el pasado siglo, advierte «que si no hay discreción y prudencia en el uso de este derecho, ni la Ley será guardada, ni cumplida la justicia, ni los ciudadanos tendrán amparo contra los abusos de la omnipotencia de los Ministros y los delegados de su potestad absoluta». Por ello, terciando entre los abolicionistas y partidarios de la autorización, admite una excepción de importancia, ya establecida en Francia por el último artículo de cada Ley presupuestaria desde 1818, alegando que «la cobranza de impuestos ilegales, la malversación de fondos públicos, las violencias y falsedades en las elecciones y los delitos cometidos por agentes muy subalternos en el desempeño de sus deberes oficiales, merecen una represión dura, un castigo pronto y un remedio eficaz, si debe algún día purificarse la Administración de los vicios que la debilitan y quebrantan mucho más que puede fortalecerla una autorización para procesar sin tasa ni medida (37).

(37) COLMEIRO: Op. cit., pág. 79.

La frase transcrita de COLMEIRO puede servir de tema de seria meditación en nuestros días. Vivimos, no ya ante una Administración incipiente, que es la que COLMEIRO presencia, sino regidos por una Administración mastodóntica, en la que sin la necesaria presión de la responsabilidad criminal, además de la civil y disciplinaria, también debilitadas, (presión prácticamente inexistente, en parte por la subsistencia de obstáculos similares a la autorización y, en parte, por la inadecuación de nuestros actuales órganos judiciales) se tiende a una «privatización» de los oficios y función pública empujada y sostenida por el sistema de compatibilidades, las tasas para funcionarios y los espíritus de cuerpo.

La influencia francesa y la idea de COLMEIRO la recogen la Ley y el Reglamento para el Gobierno y Administración de las provincias de 25 de septiembre de 1863. Este, sin embargo, es más generoso en la admisión de excepciones. A la que COLMEIRO propugna añade otra de gran relieve para la garantía personal: «Tampoco será necesaria la autorización —dice el Reglamento—cuando sin orden expresa del Gobernador de la provincia los empleados detengan a alguna persona y no la entreguen en el término de tres días al tribunal competente.»

Sin más salvedad de importancia que la constituída por la Real Orden de 31 de agosto de 1866, que hace extensiva la necesidad de autorización a los supuestos en que los funcionarios sean objeto de procedimientos ante los Tribunales militares, la autorización previa naufraga en el espíritu judicialista de la Constitución de 1968. En el dictamen de la Comisión redactora se patentiza la inexistencia total de recelos contra el poder judicial y la necesidad de vigorizarlo: «Es preciso que el individuo tenga garantizados sus propios derechos por algo que no dependa de la voluntad movible y tornadiza de las Asambleas políticas, por algo más alto y más imparcial que el sistema de partido, por algo que no subordine jamás lo que hay de esencial y permanente en el hombre y en la sociedad, a las conveniencias del momento, siempre pasajeras y transitorias; es preciso, en fin, que la seguridad, la propiedad, la libertad queden bajo el amparo inviolable de los Tribunales de justicia, estimulados y vigilados constantemente por ese interés individual que nada fatiga ni detiene. La importancia y elevación de la magistratura será por eso otro rasgo característico de nuestra obra constitucional.» El artículo 30 de esta Constitución y, por consiguiente, un año antes que en Francia, deroga el sistema de autorización previa: «En ningún

caso—dice este artículo—será necesaria la previa autorización para procesar a los funcionarios públicos, cualquiera que sea el delito que cometieren.» Con la misma redacción se recoge este precepto en el artículo 32 del proyecto de Constitución Federal de la República Española presentado a las Cortes Constituyentes el 17 de julio de 1873.

El artículo 77 de la Constitución de 1876 abre de nuevo la posibilidad del renacimiento de la garantía derogada al establecer que «una Ley especial determinará los casos en que haya de exigirse autorización previa para procesar, ante los Tribunales ordinarios, a las autoridades y sus agentes». La institución de nuevo potenciada por este precepto constitucional, no pudo nacer por no haberse llegado nunca a promulgar, durante el período de vigencia de esta Constitución, la Ley especial que autorizaba. Por eso pasa a ser una institución fantasma, sin realidad, de hueco contenido que sostienen, de una parte, el precepto constitucional citado y, de otra, el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su número 5.° configura como un artículo de previo pronunciamiento «la falta de autorización administrativa para procesar, en los casos en que sea necesaria con arreglo a la Constitución y a las Leyes especiales».

Nada dice al respecto la Constitución de 1931. Se ocupa de nuevo de la cuestión el artículo 44, párrafo 2.° de la Ley de Régimen Jurídico: «En ningún caso será requisito indispensable para la apertura y validez del procedimiento judicial el consentimiento previo de la autoridad administrativa.» La Ley de Régimen Jurídico no introduce modificación en el sistema anterior a su vigencia. No extingue una institución existente, pues está sin vida desde la Constitución de 1869. Viene, sin embargo, a señalar para el futuro un principio de gran importancia que en el derecho anglosajón es un principio indiscutido y en el régimen francés, en el que el nuestro se inspiró, la responsabilidad directa, en malicia criminal, sin el obstáculo de la previa autorización es un fruto del Decreto-Ley de 1870 que derogó el artículo 75 de la Constitución del año VII (38).

---

(38) En el Derecho italiano es necesaria la autorización para proceder contra los oficiales o agentes de seguridad pública, de policía judicial y los militares en servicio de seguridad, cuando se trate de procedimientos que traen causa en hechos realizados por éstos con motivo del ejercicio de estas funciones de seguridad. Así lo establece el artículo 16 del Código de Procedimiento penal. Asimismo la Ley provincial y municipal de 13 de marzo de 1934 exige la previa autorización del Jefe del Estado para pro-

Pero si, con carácter general, el artículo 44 no cumple una función derogatoria, sí puede cumplirla, juntamente con los demás preceptos de la Ley de Régimen Jurídico, respecto de régimen especial que instauró la Ley de 22 de febrero de 1941, acerca del procedimiento penal contra miembros de F. E. T. y de las J. O. N. S. y otras jerarquías. Esta afirmación la hacemos pensando en el carácter cuasi-constitucional de la Ley de Régimen Jurídico (39) y en la generalidad de su aplicación que no deja siquiera por mencionar a los funcionarios militares y a los componentes del poder judicial, para dejar subsistentes las normas especiales porque se rigen, sin que esta misma salvedad la haga extensiva a los funcionarios del Movimiento. Las normas de competencia, procedimiento y autorización previa para éstos serán las que con carácter general para todos los funcionarios públicos contiene la Ley de Régimen Jurídico, sin que tampoco pueda alegarse en contra la discutida naturaleza de la relación de empleo de los funcionarios del Movimiento, porque tratándose de responsabilidad criminal rige plenamente el concepto amplio de funcionario público del artículo 119 del Código Penal. Resta por examinar cuál ha sido el efecto práctico del sistema de la autorización previa. Durante su período de vigencia cumplió sus fines proteccionistas al mismo tiempo que efectos similares se cumplían con la protección dispensada en la vía de conflictos como vecinos, con la alegación de cuestión previa administrativa. El estudio de la jurisprudencia relativa a las resoluciones de conflictos entre la Administración y los Tribunales criminales pone de manifiesto, como veremos, la alegación sistemática de la existencia en los procedimientos penales de cuestiones previas administrativas, precisamente en procedimientos seguidos contra funcionarios públicos por delitos referentes al ejercicio de sus funciones. El proceso degenerativo del sistema de conflictos entre la Administración y los Tribunales criminales del que decía las Constituyentes de 1812 que más bien parecía un sistema ideado para asegurar

ceder contra los prefectos y alcaldes y sustitutos de ambos respecto a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. El Jefe del Estado ha de concederla o denegarla después de oír al Consejo de Estado. Algunos sostienen que el artículo 28 de la Constitución vigente, al establecer la responsabilidad penal de los funcionarioss, ha ejercido un efecto derogatorio. En este sentido ESPÓSITO: *La responsabilitá dei funcionari e dei dipendenti publici*, in «La Constituzione italiana», Cedan, 1954, págs. 103 y ss.; VITTA: *Diritto Amministrativo*, Torino, 1955, t. II, pág. 308.

(39) En este sentido PÉREZ SERRANO: *Una ley básica que no es fundamental*, en «Estudios homenaje a Barcia Trelles», 1958.

la impunidad de los delitos, ha vuelto a cumplirse. Y es que un dilema de extraordinaria gravedad parece gravitar sobre esta cuestión: o se prohibe la elevación del conflicto en materia criminal, como lo hace la vigente Ordenanza francesa de 1.° de junio de 1828, o bien el sistema se bastardea y prostituye. Ante el peligro del uso indebido de la potestad de elevación del conflicto es más conveniente volver al retrógrado y superado sistema de la autorización previa. Al menos éste tiene a su favor la circunstancia, evidentemente justa, de que protege por igual a todos los funcionarios, mientras que la discrecionalidad en el planteamiento por la Administración del conflicto, primero, y la discrecionalidad de la resolución del conflicto, después, comporta una injusticia evidente en cuanto protege solamente a aquellos funcionarios respecto de los que, siguiéndoseles un proceso criminal, el Gobernador tiene a bien elevar el conflicto, con lo que el sistema se reconduce a un proteccionismo para funcionarios determinados.

VII

En el estudio que antecede sobre la autorización para proceder contra los funcionarios públicos, señalamos cómo en España la aparición del moderno Estado constitucional llega con el deseo de potenciar un poder judicial debilitado, no sólo por su propia división intestina en numerosísimos fueros, sino también por la constante ingerencia del monarca en los asuntos judiciales. Pero a diferencia de lo ocurrido en Francia, no existen en nuestra Patria unos Tribunales que ostenten siquiera sea la sombra de poderío o de pretensiones políticas de los Parlamentos. Por ello, casi todas las Constituciones españolas, sobre todo las de inspiración liberal, tratan de animar a este poder judicial, nacido en las Cortes de Cádiz, que ni siquiera fué poderoso en el sistema político anterior, y en el que se deposita toda la fe en orden a lograr el triunfo de los principios sustanciales de igualdad y legalidad que estas Constituciones postulan. No podemos hacer aquí, pues nos llevaría demasiado lejos, un estudio completo de las relaciones en el ámbito constitucional de los Tribunales y el ejecutivo. Baste a los fines de nuestro trabajo con lo ya dicho y con la afirmación siguiente: los textos constitucionales españoles en su mayoría están redactados en este punto

de tal forma que en ellos se defiende precisamente al poder judicial y se le defiende precisamente de los otros dos poderes, sin que se observe en ellos la preocupación, que late en los textos franceses, de la defensa de la Administración frente al poder judicial. Pero a pesar de los ánimos y refuerzos que nuestros Tribunales han recibido siempre de los textos constitucionales, la Administración les ha ganado la batalla. El examen de la legalidad de la actuación administrativa ha sido una meta inaccesible prácticamente para los Tribunales, y lo ha sido no porque la Administración haya sido, no nos cansaremos de repetirlo, una celosa defensora de la eficacia total de sus providencias, sino porque tras la defensa de la legalidad de éstas lo que realmente ha defendido es la irresponsabilidad de los administradores. Para comprender esta lucha es necesario descender al estudio de las cuestiones prejudiciales y previas, estudio que hasta el momento ha sido monopolizado por los procesalistas, y que ha sido el campo de batalla en la pugna entre jueces y administradores.

Comenzaremos afirmando que la prejudicialidad administrativa ante los Tribunales criminales es un fenómeno sustantivo, único, que ha recibido en nuestro ordenamiento dos tratamientos adjetivos o procedimentales diversos: el de los artículos 3.° a 7.° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el de las regulaciones de cuestiones de competencia entre la Administración y los Tribunales, por medio de las llamadas cuestiones previas administrativas, actualmente reguladas en el artículo 15 de la Ley de 17 de julio de 1948.

Dice GÓMEZ ORBANEJA (40) que existe prejudicialidad administrativa cuando la resolución de una cuestión de derecho administrativo ejerce influencia sobre una decisión penal. «Lo característico de la prejudicialidad—afirma—es que su contenido está regulado por un ordenamiento jurídico distinto del de la cuestión principal, de suerte que de plantearse aisladamente su decisión competiría a un juez o a un órgano público diferente». La competencia, pues, de la resolución de la prejudicialidad administrativa, corresponde, bien a los Tribunales contencioso-administrativos, bien a los distintos órganos de la Administración. «Esta prejudicialidad—sigue diciendo el autor citado (41) y lo corrobora

(40) GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, Bosch, Barcelona, 1947, tomo 1.°, pág. 136.

(41) GÓMEZ ORBANEJA: Op. cit., pág. 144.

la *jurisprudencia*, juega en la sentencia penal como *una cuestión* de hecho y por ello no puede ser motivo fundado para la casación, jugando siempre *como elemento fáctico*, tanto se incluya en *los resultados*, como en los considerandos de la sentencia criminal.

La característica del *tratamiento* de la prejudicialidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que en ésta al Tribunal se le otorga la facultad de resolver por sí mismo la cuestión prejudicial, o bien deferir su resolución al Tribunal contencioso-administrativo. Y ello es así a pesar de que el artículo 4.° obliga a suspender el procedimiento y a diferir la resolución de la cuestión prejudicial cuando ésta fuese determinante de la culpabilidad (entendido el concepto no en el sentido estricto de elemento subjetivo del delito, sino en el más amplio y sinónimo de responsabilidad) o de la inocencia, puesto que al quedar a cargo del Tribunal penal el apreciar si se da o no esta circunstancia, a él se reconduce actualizar la posible intervención del Tribunal contencioso-administrativo. Lo que de ninguna manera autoriza la Ley de Enjuiciamiento Criminal es diferir la resolución de la cuestión prejudicial a los órganos de la Administración. Aclarado este extremo, dos supuestos son posibles:

1.° Que el Tribunal decida resolver por sí mismo la cuestión prejudicial, en cuyo supuesto, y por mandato del artículo 7.°, se atemperará a las normas de derecho administrativo en su resolución. Ninguna objeción ni ninguna aclaración creemos que es necesario hacer a esta forma de resolver la prejudicialidad. En nuestro pensamiento ésta es la forma ortodoxa de resolver la prejudicialidad administrativa.

2.° Que el Tribunal suspenda el procedimiento hasta la resolución de la cuestión prejudicial por quien corresponda, pudiendo fijar un plazo que no exceda de dos meses para que las partes acudan al Tribunal contencioso-administrativo competente (artículo 4.°) (42). Los problemas que la doctrina procesal plantea y resuelve en este caso son los siguientes: la posibilidad para el Tribunal de suspender de oficio el proceso si las partes no hacen uso de este derecho, problema que GÓMEZ ORBANEJA resuelve afirmativamente y AGUILERA (43) en sentido contra-

(42) Parece obligado entender que este señalamiento judicial de plazo reabre los plazos caducados de recurso contencioso, y aun en su caso los de la vía administrativa previa si ésta fuese precisa.

(43) GÓMEZ ORBANEJA: Op. cit., pág. 217; AGUILERA DE PAZ: *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el proceso penal*, Reus, Madrid, 1917, pág. 163.

rio; la posibilidad de conceder un plazo superior al de dos meses a las partes, habida cuenta de que éste es en exceso limitado por la necesidad de agotar la vía previa gubernativa antes de acudir a la vía jurisdiccional, que GÓMEZ ORBANEJA (44) resuelve admitiendo la posibilidad del señalamiento de un nuevo plazo para acudir al Tribunal contencioso-administrativo, a contar desde el momento en que ha sido obtenida la resolución administrativa que cause estado; por último, respecto a la fuerza vinculante de la sentencia administrativa en el proceso penal, este mismo autor (45), a *sensu contrario*, y en base al carácter vinculante que el artículo 5.º señala para las cuestiones de validez de matrimonio o de supresión de estado civil, señala que las resoluciones del Tribunal contencioso-administrativo no vinculan al juez penal no teniendo para éste el valor de la cosa juzgada.

Sin embargo, el problema que queremos plantear y que no encontramos resuelto por los procesalistas es el de la forma de articulación en el proceso administrativo de estas pretensiones en las que se hace jugar a la prejudicialidad. El proceso contencioso-administrativo es revisor de actos y disposiciones de la Administración. En él pueden actuarse pretensiones tendentes a obtener declaraciones de nulidad, por no ser conformes a Derecho, de actos o disposiciones de la Administración, pudiendo pedirse además el reconocimiento de una situación jurídica individualizada; no cabe, sin embargo, ejercitar en él una pretensión simplemente declarativa como en el proceso civil o simplemente interpretativa como en el contecioso francés. De aquí se deduce que sólo podrán articularse en el proceso contencioso-administrativo aquellas cuestiones prejudiciales en que una de las partes interese precisamente una declaración de ilegalidad. Así, tratándose de un delito del artículo 238 del Código Penal de «desobediencia expresa a las órdenes del Gobierno referentes a la transformación, suministro, adquisición, transporte, importación o exportación de materias, efectos, semovientes o de cualquier género de mercancías en lo relativo a la sustancia, cualidad, cantidad o tiempo de las mismas», la posible condena habrá de partir de la legalidad y validez del acto administrativo del Gobierno y el inculpado podrá actualizar esta cuestión como prejudicial mediante la pretensión ejercitada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pi-

(44) GÓMEZ ORBANEJA: Op. cit., pág. 226.
(45) GÓMEZ ORBANEJA: Op. cit., pág. 229.

diendo la declaración de nulidad de la orden del Gobierno cuyo incumplimiento se le imputa. Pero si la sentencia penal para condenar tiene que partir de la ilegalidad del acto o reglamento administrativo, en este caso el inculpado no puede dirigirse a la jurisdicción contencioso-administrativa pidiendo que declare que el acto o reglamento es ajustado a Derecho y, por consiguiente, válido. Esto es lo que acontece con la mayoría de los delitos de funcionarios. Así, el funcionario acusado de un delito de prevaricación o de exacciones ilegales, no puede obtener de la jurisdicción administrativa una sentencia por la que se declare que el acto es justo o legal, o bien que la exacción es ajustada a Derecho.

VIII

La prejudicialidad no sólo se contempla en los artículos 3.º a 7.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Existe, como decíamos, otro tratamiento de la prejudicialidad en nuestro Derecho, que ya no tiene por fundamento auxiliar al juez penal en la resolución de cuestiones que le son extrañas, sin mermar su libertad de criterio y de decisión, sino que implica el arrancar de éste el conocimiento de la cuestión prejudicial y otorgársela, no ya a la jurisdicción revisora de la Administración, sino a la misma Administración, y no para auxiliar al Tribunal criminal mediante la decisión administrativa, sino incluso para vincularle de forma rotunda, llegando, como dice el artículo 15 de la actual Ley de Conflictos, a la posibilidad de que la decisión administrativa suponga la ilegitimidad del proceso penal.

Que las cuestiones previas administrativas suponen otra forma de dar tratamiento a la prejudicialidad, lo afirma GÓMEZ ORBANEJA (46). «El concepto de prejudicialidad incluye tanto aquellas cuestiones de materia no penal para cuya resolución es normalmente competente—de presentarse aislados—un órgano jurisdiccional distinto del penal, sea un juez civil o administrativo cuanto aquellas cuya resolución compete a un órgano no jurisdiccional, especialmente a una autoridad administrativa. Según esto, son también cuestiones prejudiciales las llamadas cuestiones previas administrativas, previstas en el artículo 4.º del Real

(46) GÓMEZ ORBANEJA: Op. cit., pág. 170.

Decreto para la resolución de las competencias entre las autoridades administrativas y los Tribunales de 8 de septiembre de 1887. A tenor del artículo 3.º de esa disposición (hoy artículo 15 de la Ley de Conflictos de 17 de julio de 1948), son tales aquellas cuestiones de que dependa el fallo que los Tribunales ordinarios o especiales hayan de pronunciar.» Más adelante señala que «la heterogeneidad de la materia prejudicial en la previa administrativa es doble; por un lado, no es materia penal; por otro, no corresponde a la función jurisdiccional», y clarando la cuestión por un ejemplo dice que «el modo cómo la liquidación de cuentas municipales influye en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de malversación, o cómo la fijación de atribuciones del funcionario público puede determinar el delito de usurpación de funciones, etc., es esencialmente análogo al modo cómo de la existencia del matrimonio depende el delito de bigamia, o de la propiedad ajena de la cosa el delito de hurto. La diferencia que encontramos entre estos dos últimos casos y aquéllos nada tiene que ver con la que caracteriza la prejudicialidad. En el matrimonio o propiedad se trata de relaciones jurídicas sobre las cuales la llamada a pronunciarse es la jurisdicción; en los otros dos ejemplos, la determinación corresponde a la Administración activa». Para este autor, en la prejudicialidad administrativa, en unos casos la decisión pertenece a la esfera jurisdiccional, Tribunales contenciosos, pero en otros lo ha reservado la Ley a la autoridad administrativa. «En tal caso—afirma (47)—no cabe, por regla general, que el juez penal la decida aun cuando sólo fuese a los efectos de la represión sin incurrir en exceso de poder.»

Lo que no nos dice GÓMEZ ORBANEJA es en qué casos la Ley reserva a la Administración este conocimiento sobre las cuestiones prejudiciales para que pasen a la categoría de «previas». Ni lo dice ni podría señalar ningún caso de reserva legal en este sentido. En este punto tiene perfecta razón AGUILERA DE PAZ (48). «No existe una norma fija para determinar cuándo y en qué casos debe reconocerse la existencia de alguna cuestión previa administrativa, y está sometida la declaración de su concurrencia, en la mayoría de los casos, a la resolución de los conflictos jurisdiccionales que motivan, existiendo en la materia una jurisprudencia vastísima que, en algunas ocasiones, resulta contradictoria.» Y esto

(47) GÓMEZ ORBANEJA: Op. cit., pág. 173.
(48) AGUILERA DE PAZ: Op. cit., pág. 298.

tenía forzosamente que ocurrir así, puesto que la cuestión previa no es más que una forma, un envase para el tratamiento de la prejudicialidad importado del Derecho francés en 1847, pero sin que al mismo tiempo se importase el contenido que en éste realmente tenía en el artículo 1.º de la Ordenanza francesa de 1.º de junio de 1828, en al que, como vimos, la posibilidad de elevación del conflicto, por existencia de cuestión prejudicial, se contempla únicamente para la materia de policía correccional.

El artículo 3.º del Real Decreto de 4 de junio de 1847 es una copia desgraciada del artículo 1.º de la Ordenanza francesa: «No se podrá suscitar contienda de competencia: 1.º En los juicios criminales, a no ser que el castigo del delito o falta haya sido reservado por la Ley a los funcionarios de la Administración, o cuando en virtud de la misma Ley deba decidirse por la autoridad administrativa alguna cuestión previa, de la cual dependa el fallo que los Tribunales ordinarios o especiales hayan de pronunciar... 3.º Por no haber procedido la autorización correspondiente para perseguir a los empleados en concepto de tales.»

La redacción del precepto con sentido prohibitivo está claro. Se pretende, en principio, que la elevación del conflicto en materia penal sólo tenga lugar con carácter excepcional. Pero la admisión de la excepción para las cuestiones prejudiciales hará que este principio prohibitivo o limitativo quede desbordado. Los redactores del precepto, ante la inexistencia en nuestro Código Penal de la clasificación tripartita de las infracciones penales y ante la imposibilidad o dificultad de limitar la excepción a la materia correccional sólo les quedaba la alternativa de extender la posibilidad de elevación del conflicto por presunta existencia de cuestión previa a toda la materia penal o, de lo contrario, no admitirla en ningún caso. Desgraciadamente, optaron por la admisión con carácter de generalidad, con lo que desvirtuaron el sentido de la regulación francesa.

Este precepto pasa a ser el artículo 54 del Reglamento de 25 de septiembre de 1863, y de este Reglamento para al Real Decreto de 8 de septiembre de 1887, que, además, y ésta es una segunda desgracia, ayuda por primera vez el trámite que la Administración ha de observar en la sustanciación de la cuestión prejudicial, así como el efecto que la decisión administrativa habría de producir en el proceso penal (artículo 4.º). El éxito de la cuestión previa es tan completo, que el sistema

se afianza y pasa al artículo 15 de la Ley de 17 de julio de 1948. Ya no queda nada en esta Ley de aquella timidez del Real Decreto de 1847 en el planteamiento de cuestiones de competencia a los Tribunales. El legislador de 1948 admite la posibilidad de plantear contienda de competencia a los Tribunales criminales en todos los casos y, además, ante el éxito con que la Administración ha manejado ante estos Tribunales, ya veremos con qué bastardos fines, la cuestión previa dispensa, en este punto, a las relaciones Tribunales criminales-Administración, de un tratamiento de favor verdaderamente excepcional. «Excepto en los juicios criminales—dice el artículo 15—no será lícito a las autoridades administrativas invocar como fundamento de la inhibitoria cuestiones previas de ninguna especie. Cuando en tales juicios las invoquen, deberán forzosamente concretar en su requerimiento el texto o textos que la amparen.» La redacción del artículo es regresiva. Antes era preceptivo que la cuestión previa fuese de la competencia de la Administración por expresa disposición de una Ley. Ahora basta con que un «texto o textos la amparen», con lo que se da entrada a la legitimación de cuestiones previas por normas de carácter inferior a Ley.

Por lo demás, la regulación actual es la siguiente: Inhibido el Tribunal o, en caso contrario, sustanciada la competencia y atribuída ésta sobre la cuestión previa a la Administración, «la autoridad administrativa llamada a resolverla la decidirá en el plazo que las Leyes y Reglamentos generales hayan establecido. Cuando no exista plazo prefijado, la cuestión previa habrá de resolverse en el término máximo de seis meses, transcurrido el cual sin que aquélla lo haya resuelto, el juez o Tribunal que antes conocía del asunto reclamará los autos de la autoridad requirente, la que habrá de devolverlos dentro de los cinco días siguientes, continuándose por el organismo judicial el procedimiento interrumpido en la forma legal. Si la autoridad administrativa no devolviese los autos a la judicial en los casos en que esto sea procedente, ésta lo pondrá directamente en conocimiento de la Presidencia del Gobierno para que ordene a la primera el cumplimiento del anterior trámite, sin perjuicio de exigirle las responsabilidades en que haya podido incurrir por la negligencia». El texto es bastante claro y no merece la pena gastar tiempo en su comentario. El intérprete más elemental puede constatar por sí mismo que al permitirse el paso de un sumario a manos de la autoridad administrativa se está negando la ju-

risdicción criminal y convirtiendo a la Administración en juez y parte. La afirmación no es gratuita, pues el artículo 15 va todavía más lejos: una vez en manos de la Administración los autos, ésta resuelve la cuestión prejudicial y su resolución paradójicamente, ¡y a diferencia del valor que se atribuye a la sentencia del Tribunal contencioso-administrativo que resuelve una cuestión prejudicial!, es vinculante para el Tribunal criminal. Este ha de declarar forzosamente el «no haber lugar a la continuación del juicio si la decisión administrativa envolviera falta de legitimidad del procedimiento».

Cambiando de método, éste es el momento de preguntarnos por la causa que sociológicamente ha permitido el triunfo de este tratamiento de la prejudicialidad administrativa. Para resolver el problema es necesario examinar las resoluciones de competencia sustanciadas por esta causa e indagar en ellos qué tipo de delitos las ocasionaron. Esto nos descubrirá la clase de *acciones penales* que la Administración ha tratado de paralizar. GÓMEZ ORBANEJA (49) en la sistematización que efectúa en su obra de los decretos resolutorios de las competencias, en un 100 por 100 éstos se refieren a delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Por vía de enumeración señalamos que los tipos concretos de delito en los que se ha admitido la existencia de cuestión previa, son los siguientes (50): Abandono de cargo o función, alteración de lindes, allanamiento de morada, ancitipación de funciones, atentado (de un alcalde contra un juez municipal), coacciones, daños, desobediencia, detención ilegal (de un juez municipal practicada por un alcalde, entre otras), delitos electorales, estafa, exacciones ilegales, falsedad fraude, malversación, nombramientos ilegales, prevaricación, prolongación de funciones, usurpación de atribuciones, usurpación de funciones. En causas seguidas por los delitos enumerados la jurisprudencia de conflictos en unos casos ha admitido y en otros no la cuestión previa. Buscar un criterio que dilucide la fundamentación de las resoluciones en uno u otro sentido es tarea inútil.

Por otra parte, la jurisprudencia no se ha preocupado de señalar el fundamento justificativo de esta merma de la jurisdicción de los Tri-

(49) GÓMEZ ORBANEJA: Op. cit., págs. 175-186.

(50) Una sistematización alfabética de los casos en que se ha admitido o desestimado la existencia de cuestiones previas administrativas puede verse en PERA VERDAGUER: *Jurisdicción y competencia,* Bosch, Barcelona, 1953, págs. 635-843.

bunales criminales. GÓMEZ ORBANEJA (51), como decimos, la justifica en el exceso de poder que se originaría si los Tribunales conocieran de las cuestiones previas administrativas. En apoyo de su afirmación cita los textos constitucionales, sin especificar cuáles sean éstos, los artículos 2.° y 4.° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 378 del Código Penal. La afirmación respecto de los textos constitucionales no es exacta. Nuestras Constituciones tienen una preocupación inversa cual es la de asegurar, precisamente, la independencia del poder judicial, sin que en ellas existan normas que limiten la jurisdicción de éste, ni que respondan al temor de invasiones en la esfera administrativa. Valgan en este punto las citas ya hechas al hablar de la autorización para proceder contra funcionarios y, a mayor abundamiento, la de dos textos recientes: el artículo 94 de la Constitución de 1931, que establece que «los jueces son independientes en su función. Sólo están sometidos a la Ley», y el principio IX de la Ley de 17 de mayo de 1958, al prescribir que «todos los españoles tienen derecho a una justicia independiente». De estos textos lo que realmente se deduce es el principio de plenitud de la jurisdicción penal. Y a este principio no se opone, en absoluto, el artículo 4.° de la Ley Orgánica del Poder Judicial al prohibir a los jueces y Tribunales «mezclarse directa o indirectamente en asuntos peculiares a la Administración del Estado, ni dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las Leyes», pues lo único que prohibe al poder judicial es «administrar» en la doble vertiente del uso de la potestad de gestión y la reglamentaria, pero nada está más lejos del concepto de «administrar» que el examen de una actuación administrativa a los efectos de decidir si es o no constitutiva de delito. Lo que sí implica exceso de poder y atentado a la independencia judicial es el diferir la calificación sobre la legalidad de la actuación administrativa a la propia Administración, puesto que el propio artículo 2.° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, extrañamente citado por GÓMEZ ORBANEJA en apoyo de su tesis, lo que hace es atribuir esta calificación monopolísticamente a los Tribunales al prescribir que «la potestad de aplicar las Leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponderá exclusivamente a los jueces y Tribunales». El artículo 378 del Código Penal tampoco es contrario a lo que decimos, pues al tipificar como delito la

(51) GÓMEZ ORBANEJA: Op. cit., pág. 173.

conducta del «juez que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas, o impidiere a éstas el ejercicio legítimo de las suyas», sólo prohibe a éste administrar, pero no examinar, actuaciones administrativas.

El error de fondo de la doctrina procesal es creer que existe un apoyo, fuera del artículo 15 de la Ley de Conflictos, en el que fundamentar en nuestro ordenamiento la presunta facultad de la Administración para definir la legalidad de sus actuaciones. La Administración carece en absoluto de esta facultad. Sólo tiene la de dictar actos y disposiciones que son presuntamente válidos o inválidos, presuntamente legales o ilegales, en tanto en cuanto los órganos jurisdiccionales no deciden, y éstos ya con carácter definitivo y vinculante, sobre la validez o invalidez. Y esto es una consecuencia directa del principio de legalidad que al implicar el sometimiento de la Administración a la Ley comporta el depósito de órganos distintos de la propia Administración de la facultad última de dicidir si su actuación es o no ajustada al ordenamiento jurídico. Lo contrario sería hacer a la Administración juez y parte, con lo que el principio de legalidad se volatilizaría.

Los órganos definidores de la legalidad de la actuación de la Administración cuando ésta actúa a través de normas de derecho administrativo, son los de la jurisdicción contencioso-administrativa y los de la jurisdicción criminal. Ambas se encuentran, no en posición de igualdad, sino en posición de subordinación de la jurisdicción contencioso-administrativa a la jurisdicción criminal. La jurisdicción contencioso-administrativa fiscaliza a la Administración y sus decisiones son vinculantes para ésta (sin perjuicio de las posibilidades de inejecución de sentencias que suponen las causas de inejecución tasadas por la Ley jurisdiccional). A su vez, las decisiones de la jurisdicción criminal son vinculantes para una y otra sin limitación alguna. La existencia de actos y disposiciones administrativas excluídas de la fiscalización contencioso-administrativa no supone una exclusión de la verificación por la jurisdicción criminal de estos mismos actos en orden a determinar si son o no constitutivos de delito.

Las afirmaciones anteriores encuentran su apoyo en preceptos propios de la legislación administrativa en la siguiente forma:

— La posición de prevalencia de la jurisdicción criminal sobre la contencioso-administrativa y la Administración se deduce del artículo 47

de la Ley de Procedimiento Administrativo al declarar éste la nulidad de pleno derecho de los actos que sean constitutivos de delito. Este precepto sólo puede tener virtualidad si las decisiones de la jurisdicción criminal tienen pleno carácter vinculante. Supone este precepto la atribución de una fiscalización total sobre todo la actuación administrativa legitimada en el hecho de que lo que es delito no puede ser otra cosa, que el delito es el pecado jurídico que contamina y anula todo lo que toca y que, por consiguiente, no puede haber obstáculo alguno en la búsqueda y declaración de las actividades delictuosas a fin de que la vida moral del ordenamiento jurídico pueda ser realidad. Naturalmente, esto supone que no sólo alcanza esta sanción a aquellos actos administrativos cuyo contenido sea delictual, sino también a los que proceden de una actuación delictual del funcionario que no se trasluce en el contenido del acto, los dictados a consecuencia de delito (52).

—La posición de prevalencia de la jurisdicción criminal sobre la contencioso-administrativa, en concreto, se basa en el tratamiento de la prejudicialidad. La jurisdicción criminal, según el artículo 3.° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene competencia para resolver las cuestiones administrativas prejudiciales. Si difiere su conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa, la decisión de ésta, como ya vimos, no tiene carácter vinculante para la jurisdicción criminal. Por contra, el tratamiento de la prejudicialidad penal en el proceso contencioso-administrativo tiene, en el artículo 4.° de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, un tratamiento inverso.

---

(52) GARRIDO FALLA admite la posibilidad de actos válidos que tienen su motivación en hechos que son constitutivos de delito, en *Régimen de impugnación de actos administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956. En la nota 27 de la página 217 pone el ejemplo de un funcionario que con amenazas físicas obtiene la plaza, a que tiene derecho, de su superior; sin perjuicio de la responsabilidad penal, el acto de nombramiento sería válido. La tesis nos parece insostenible después de dictada la Ley de Procedimiento y por virtud de lo establecido en el artículo 47. Incluso antes de ser esta Ley promulgada creemos que, en virtud de la fuerza expansiva que la ilicitud penal comporta y que explicamos en el texto, no puede sostenerse la validez de los actos administrativos originados por una causa que constituye delito. Todo lo que es ilicitud penal provoca ilicitud y nulidad de pleno derecho, sin que en este punto puedan admitirse diferencias entre la nulidad que el delito provoca en el acto o contrato civil y la que provoca en el acto y contrato administrativo. Insiste GARRIDO en el punto de vista criticado con posterioridad a la Ley de Procedimiento, aunque sin hacerse cuestión de la misma, en su *Tratado de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1958, págs. 434-35. Nos parece que el artículo 127, núm. 4.°, de la propia Ley de Procedimiento, al que haremos inmediata referencia, salda definitivamente el problema en el plano positivo.

«La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa—dice este precepto—se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter penal.» Esto supone que la prejudicialidad penal debe ser diferida a la jurisdicción de esta índole y que sus decisiones son vinculantes para la jurisdicción contencioso-administrativa.

—La posición de prevalencia de la jurisdicción criminal, en concreto, sobre la Administración y el carácter vinculante de las resoluciones de aquélla para ésta se apoya, además del precepto citado del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en el número 4.º del artículo 127 de la misma Ley, que abre la vía de revisión administrativa a los actos firmes que se «hubiesen dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en sentencia firme judicial». La Administración al resolver la revisión en estos casos no debe hacer otra cosa que suprimir la simple apariencia de un acto que, desde que la sentencia criminal fué dictada, ya era, de por sí, nulo de pleno derecho.

Frente a este sistema, el carácter vinculante que en el proceso penal atribuye el artícuol 15 de la Ley de Conflictos a las decisiones administrativas comporta las siguientes consecuencias:

—En orden a los principios constitucionales supone la violación del postulado de justicia independiente en cuanto las decisiones de ésta dependen de previas resoluciones administrativas; vulnera el principio de sometimiento de la Administración a la Ley por atribuir a la Administración el doble carácter de juez y parte, y, por último, dado que el uso que de esta facultad ha hecho la Administración, desde su puesta en vigor por el Real Decreto de 8 de septiembre de 1887, ha sido sistemáticamente preordenado a evitar el conocimiento por los Tribunales de hechos atribuídos a funcionarios y presuntamente delictivos, se quebranta el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley penal.

—En el orden práctico, las anomalías a que el sistema puede dar origen son numerosas. Por vía de ejemplo señalaremos una: la Administración resuelve una cuestión previa declarando la legalidad de un acto administrativo. Esta resolución es vinculante para la jurisdicción criminal. Nada impide, sin embargo, que sea impugnada ante la jurisdicción contenciosoadministrativa y que ésta, a su vez, declare la ile-

galidad del mismo acto. La burla de la jurisdicción criminal es evidente y se patentiza más la absurdidad del sistema si se piensa que la resolución del Tribunal contencioso-administrativo no es vinculante en el proceso penal. Los Tribunales penales pueden lo más: no tener en cuenta la declaración de legalidad de un acto administrativo hecho por la jurisdicción contenciosa; pero no pueden lo menos: desconocer la declaración de legalidad del mismo acto verificada por la Administración.

IX

Pasamos ahora a examinar dos aplicaciones recientes de las llamadas cuestiones previas administrativas. El primer supuesto es anterior, tanto en cuanto al hecho que lo motiva como al Decreto resolutorio de la competencia, a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. El segundo es posterior. Ambos Decretos resolutorios de competencias fueron, por cierto, dictados en contra del dictamen emitido por el Consejo de Estado, lo cual además de poner de relieve que este autorizado órgano consultivo no acepta ya la aplicación indiscriminada de la doctrina de las cuestiones previas, no obstante el artículo 15 de la Ley de Conflictos que parece ampararla, viene a poner en entredicho todo el sistema de resolución de conflictos al revelarse en realidad como un sistema que permite la decisión unilateral de la Administración frente a los Tribunales. Para asuntos bastante menos importantes en el orden político y jurídico y que además pueden fiscalizarse posteriormente por la jurisdicción contencioso-administrativa, ha establecido la Ley de Procedimiento el carácter vinculante de los dictámenes del Consejo de Estado (artículos 109 y 110).

El Decreto de 1.º de julio de 1954, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el día 7 del mismo mes, ha sido ya comentado por GARRIDO en el número 14 de esta REVISTA (53). El supuesto de hecho que lo motiva, según el relato que este autor hace, es el siguiente: «El día 23 de mayo de 1951 es detenido don P. G. C., por orden del juez especial de delitos monetarios, quedando a su disposición. Como quiera que no se dictase auto de procesamiento ni se notificase el de prisión, en 5 de diciembre del propio año, el detenido formuló querella ante la Audien-

(53) GARRIDO FALLA: *Nota de Jurisprudencia*, en esta REVISTA, 14, págs. 157 y ss.

cia Provincial de Madrid, promoviendo el antejuicio que para exigir responsabilidad penal a los jueces y magistrados, establecen los artículos 258 y 259 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, citándose como infringido el artículo 17 de la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938, que limita a sesenta días, salvo prórroga excepcional del Ministro de Hacienda, el plazo máximo en que deben ser fallados los expedientes en materia de delitos monetarios, así como los artículos 357 y 188 del Código Penal. Dada la categoría personal del inculpado, la Audiencia Provincial elevó las diligencias al Tribunal Supremo, pero la Sala 2.ª de este alto organismo las devolvió a la Audiencia Provincial de procedencia por considerarla competente. En este punto la cuestión, la Audiencia Provincial es requerida de inhibición por el delegado de Hacienda, pues que dependiendo el juez de delitos monetarios de un Tribunal superior, encuadrado orgánicamente en el Ministerio de Hacienda, se planteaba una cuestión previa a resolver, de carácter administrativo, que impedía la actuación de la jurisdicción penal ordinaria. La Audiencia Provincial confirma su competencia y la cuestión, consiguientemente, queda planteada, remitiéndose el expediente a la Presidencia del Gobierno.»

El Decreto que comentamos resuelve la competencia a favor del delegado de Hacienda por existir cuestión previa administrativa que describe en los siguientes términos en el considerando sexto: «Que de cuanto antecede resulta indudable que para que la jurisdicción ordinaria pudiera ser competente para conocer si se han cometido o no los delitos imputados en la querella al juez especial de delitos monetarios en expediente seguido por el mismo a don P. G. C., es necesario que previamente sea resuelta por el Ministro de Hacienda y a la luz de los preceptos de la Ley especial de 24 de noviembre de 1938, la cuestión de si existe o no en la referida legislación especial plazos rígidos para la tramitación de estos expedientes y si, de existir, el juez los infringió maliciosamente, o si, por el contrario, a juicio de dicho Ministerio, tuvo fundados motivos para no resolver el expediente de que se trata dentro de los plazos normales, o si obtuvo o no la prórroga que permite la letra *e)* de la Disposición final primera de la Ley de 24 de noviembre de 1938, que el señor Ministro de Hacienda concede en uso de sus facultades discrecionales, no limitadas ni en orden a la duración de la prórroga, ni por trámite alguno de procedimiento, bastando que, si a

juicio del propio Ministro, mediare para ello causa atendible; y por lo que hace referencia al supuesto delito de retención arbitraria o de retención en calidad de preso de un detenido cuya soltura proceda, si a juicio del propio Ministro, de quien en lo gubernativo depende el Juzgado de Delitos Monetarios están o no reguladas en forma especial en la Ley de 24 de noviembre de 1938 la prisión preventiva y libertad provisional de los expedientados, y si estima que el juez vulneró, en su caso, las disposiciones aplicables a estos casos».

GARRIDO, en su valiente y razonado comentario a este Decreto expone con claridad cómo la doctrina establecida en sus considerandos es atentatoria al principio de libertad personal, que tiene rango constitucional en nuestro Derecho, por virtud del artículo 18 del Fuero de los Españoles, y que se infringe también como consecuencia el principio de la consideración del juez penal como guardián de la libertad individual al confundir la cuestión previa con la cuestión de fondo. «Configurar la existencia—dice Garrido—de una cuestión previa administrativa a que se refieren los considerandos 5.° y 6.° del Decreto que se comenta, resultando, pues, tan difícil que el propio Decreto, al razonar sobre la materia (Considerando 5.°), está prejuzgando el fondo del asunto; pues no otra cosa significa invocar el artículo 12 de la Ley Especial de Delitos Montarios de 24 de noviembre de 1938, con la pretensión de demostrar así que los efectos del artículo 188 del Código Penal quedan enervados. Este es justamente el fondo del asunto, y lo que, creemos nosotros, debieron decir los Tribunales de la jurisdicción penal.»

Pero la doctrina que sienta el Decreto encierra otras contradicciones que evidencian que sus redactores tampoco tienen muy claro el concepto de la cuestión previa. Así, en el considerando tercero se dice que «si lo que se achacara al juez de delitos monetarios fuese la comisión de algún delito común, aunque éste lo hubiera realizado con ocasión del desempeño de sus funciones, como sería el caso de imputársele, verbigracia, un delito de prevaricación o de cohecho, sería evidente la competencia de la jurisdicción ordinaria para entender del asunto...». Olvidan los redactores del Decreto o desconocen que es tradicional, desgraciadamente, la admisión de cuestión previa, en los delitos de prevaricación, por la jurisprudencia de conflictos. Es peregrina, también, la afirmación transcrita de que el delito de detención arbitraria no es un delito común y que, sin embargo, lo es el de prevaricación.

Cerramos el comentario a este Decreto recordando lo que ya hemos dicho acerca de las soluciones del Derecho francés en este punto: que no admite, en los casos que implican atentado a la libertad personal, la posibilidad de elevación del conflicto, incluso respecto a la acción civil.

El hecho que motiva el Decreto de 25 de febrero de 1960, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 3 de marzo, no es de la gravedad del anterior, consistente, como vimos, en la detención sin formalidades de un ciudadano durante más de cinco meses. Pero si el hecho no es tan grave, sí lo es la doctrina a que ha dado lugar. La cuestión es la siguiente, según los términos, bastante oscuros, por cierto, del primer resultando: «Que en 21 de agosto de 1957 don S. A. M. se dirigió al Juzgado de Valverde del Camino manifestando que por auto de 8 de junio de 1957 se resolvió el expediente de dominio instruído por él para reanudar el tracto sucesivo registral de determinada finca en el lugar conocido con el nombre de «Mesoneros y Toscones», ordenándose inscribir a su nombre el dominio de dicha parcela; habiéndose seguido dicho expediente sin conformidad del Ayuntamiento de Valverde del Camino por suponer éste que aquella suerte de tierra, incluída dentro del perímetro del monte «Gamonosas Castaño y Rivera», pertenecía al mismo; manifestaba asimismo que en 26 de julio y 12 de agosto había sido sancionado con multas de 750 y 1.500 pesetas, más otro tanto en concepto de daños y perjuicios por el ingeniero jefe de la brigada de Huelva-Sevilla del Patrimonio Forestal del Estado, por pastoreo abusivo de 150 cabezas de ganado, pastoreo realizado, según el cliente, en su propia finca, por lo que renunciaba tales hechos como eventualmente constitutivos de delito de coacción».

El Juzgado de Instrucción de Valverde del Camino dictó, en 26 de noviembre de 1957, acto de procesamiento contra el ingeniero jefe de la brigada Sevilla-Huelva del Patrimonio Forestal del Estado por entenderle autor de un delito de coacción ilegal. Requerido el Juzgado de inhibición por el Gobernador Civil de Huelva y sustanciada la competencia, el Decreto que comentamos resuelve la cuestión de competencia a favor de la Administración, entendiendo que la cuestión previa a decidir por ésta «consiste en determinar si el ingeniero contaba con la autorización legal suficiente para obrar en la forma en que lo hizo..., puesto que si estuviera legítimamente autorizado no podría, en atención

a lo que dispone el artículo 96 del Código Penal, ser reo del delito de coacciones». En apoyo de la existencia de cuestiones previas cita expresamente el Decreto en varios considerandos el artículo 15 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales.

Lo que nos interesa sobre todo subrayar de la doctrina sustentada por este Decreto es la de la interpretación de conjunto que en él se verifica sobre la regulación de la responsabilidad criminal de funcionarios por la Ley de Régimen Jurídico. Hemos sustentado en la Introducción de este estudio que la regulación de esta materia supone no a una mayor efectividad de la responsabilidad criminal, suprimiendo obstáculos al ejercicio de las acciones, sino que sus preceptos implican un privilegio para los funcionarios, una ampliación de la garantía de éstos y una merma para la garantía de los administrados. Pues bien, ésta es la interpretación y aplicación que hace el Decreto que comentamos en sus dos primeros considerandos:

«Considerando que dada la trascendencia y repercusiones que puede tener, incluso para la propia Administración, la sustanciación de juicios criminales contra los funcionarios públicos, siempre ha habido normas tendentes a rodear de las máximas garantías tanto el procesamiento como el enjuiciamiento en general de dichos funcionarios, así en épocas anteriores se requería la autorización de la Administración como requisito previo para que el expresado procesamiento pudiera acordarse, y si bien en la actualidad dicha autorización no es necesaria, existen normas que han venido a sustituirla, como los artículos 46 a 49 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que regulan la responsabilidad penal de los funcionarios públicos y también por lo que respecta concretamente a los conflictos jurisdiccionales, el artículo 15 de la Ley de 17 de julio de 1948, en relación con las cuestiones previas administrativas.»

«Considerando que el artículo 46 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado establece que el enjuiciamiento de los funcionarios con categoría de jefes superiores de Administración o más elevada por supuestos delitos en el ejercicio de sus cargos, corresponde a la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo, y que el enjuiciamiento de las demás autoridades y funcionarios civiles compete a las Audiencias Provinciales, es bien claro que el juez de Instrucción de Valverde del Camino no tiene competencia, como pretende, para procesar ó resolver

el correspondiente sumario contra el ingeniero jefe de la brigada Sevilla-Huelva del Patrimonio Forestal del Estado.»

Frente a esta doctrina se revela la frustración del propósito a que quería responder la Ley y que expresamente se declara en la Exposición de Motivos; «Junto a la responsabilidad del Estado se regula también la de las autoridades y funcionarios, desde el Ministro del Gobierno hasta los agentes subalternos, en la seguridad de que todo lo que robustezca el principio de responsabilidad viene a consolidar el prestigio y eficacia de la Administración y la leal colaboración de los administrados.» ¿En qué ha consistido—preguntamos—ese robustecimiento? ¿Acaso ha consistido, como dice con énfasis excesivo este último considerando, que los jueces de Instrucción no son ya competentes para instruir los correspondientes sumarios? Si los redactores del Decreto nos hubieran dicho que el ingeniero en cuestión es jefe superior de Administración hubiéramos comprendido que al ser competente la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo, por aplicación del último párrafo del artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez de Instrucción sólo era competente para instruir las primeras diligencias y remitirlas al Tribunal competente. Pero es que los redactores del Decreto no lo dicen, y aunque así fuera, no es posible sacar de un problema de competencia entre distintos órganos judiciales, y precisamente de competencia jerárquica, un argumento para resolver una competencia entre la jurisdicción ordinaria penal y la Administración.

CONCLUSIONES

Ante la realidad que este estudio creemos que pone de manifiesto sobre la languidez y debilidad, muy cercana a la inexistencia, de la responsabilidad criminal de los funcionarios públicos, proponemos, como soluciones *de lege ferenda*, la introducción en nuestro Derecho de los siguientes correctivos:

1.º Complementar el artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico, en el que se establece la innecesariedad del consentimiento previo de la autoridad administrativa para la apertura y validez del procedimiento judicial, con el establecimiento, en fórmula afirmativa sin excepciones ni paliativos, de la plenitud de jurisdicción de los jueces y Tribunales

penales ordinarios y especiales, excluyendo formalmente la posibilidad de toda cuestión previa administrativa.

2.º Derogación del artículo 15 de la Ley de 17 de julio de 1948 referente a las cuestiones previas administrativas e interdicción formal, mediante la consiguiente reforma de esta Ley a la Administración de la facultad de plantear cuestiones de competencia positivas a los jueces y Tribunales penales ordinarios y especiales, salvo quizá en materia de faltas por la posibilidad de una competencia común o alternativa del derecho sancionador administrativo de policía, argumento que, como se comprende, es *a limine* implanteable en materia de delitos (54).

3.º Regulación en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de un procedimiento cuyas características habrían de ser la rapidez y la oficialidad, para la sustanciación de las cuestiones prejudiciales administrativas, que implicadas en un proceso penal, los Tribunales de esta jurisdicción remitiesen a los Tribunales contencioso-administrativos para su conocimiento en los términos establecidos en los artículos 3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4.º Modificación del artículo 46 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, inspirado por el principio de fuero personal para determinadas categorías de funcionarios, en el sentido de afirmar la necesidad del principio de especialización administrativa de los Jueces Instructores y Tribunales para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones administrativas, sin perjuicio de la competencia de los Jueces de Instrucción ordinaria para el inicio de los correspondientes mumarios e instrucción de las primeras diligencias, y sin perjuicio, también, de la competencia de los órganos jurisdiccionales ordinarios para el conocimiento de los delitos cometidos por los funcionarios sin relación alguna con la función pública. Esta Magistratura especializada podía buscarse hoy fácilmente en la escala especial de magistrados de las Salas de lo contencioso-administrativo creada por la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956 y que ha constituído una de sus más felices innovaciones.

---

(54) La solución a este problema por la vía del conflicto es una solución deficiente por ser la vía del conflicto demasiado complicada y lenta para problemas, como los de las faltas, de reducida importancia. Al legislador toca, sobre todo, deslindar con mayor claridad que la existente en la actualidad los límites entre la falta penal y la potestad sancionadora.

JURISPRUDENCIA