

## II. NOTAS

### 1. CONFLICTOS JURISDICCIONALES \*

*SUMARIO: CUESTIONES DE COMPETENCIA: 1. Alcaldesa procesada por delito de usurpación de cursos de aguas. 2. La competencia del juez penal. 3. El carácter abusivo de los aprovechamientos de agua no inscritos en el registro.*

#### CUESTIONES DE COMPETENCIA

##### 1. *Alcaldesa procesada por delito de usurpación de cursos de agua*

1. Se comenta ahora la primera decisión de la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales que aparece tras la promulgación de la Constitución de 1978. La entrada en vigor de la Constitución exige un replanteamiento del tema de los conflictos jurisdiccionales poniendo en cuestión la propia virtualidad de la LCJ. Tengo intención de entrar en el tema en alguna de las próximas crónicas una vez que pueda apreciarse si se observa algún reflejo del nuevo estado constitucional en la jurisprudencia (1) o incluso en la legislación. Mejor que comentar ahora «en seco» el texto constitucional (2), me parece por eso tomarme algún tiempo de espera. Porque, por ejemplo, la decisión a comentar ahora, si publicada al poco de entrar en vigor la Constitución, había sido sustanciada unos meses antes, de modo que, al menos eso es lo que se deduce del cotejo de las fechas que aparecen, todavía no se había producido la aprobación de la Constitución, ni por ende la posible incidencia sobre la LCJ. Con lo que el caso comentado enlaza, además, con uno de los defectos frecuentes en la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales: el de las demoras y la excesiva duración de los con-

\* Se recoge en la presente crónica el único supuesto de jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales aparecido en el «Boletín Oficial del Estado» entre el 1 de enero y el 15 de marzo de este año de 1979.

(1) Es de destacar así la sensibilidad de alguna sentencia del Tribunal Supremo ante la entrada en vigor de la Constitución. Véase, por ejemplo, la sentencia, bien temprana, de la Sala 4.ª, de 28 de enero de 1979, Arz. 61, que ha sido objeto de sugestivo comentario por Joaquín Tornos Mas, *Inaplicación de la ley por los tribunales contencioso-administrativos*, «REDA» núm. 22 (1979), pp. 453 y ss.

(2) Algo ya he insinuado, aunque de manera muy concisa, en la breve *nota previa* que tuve oportunidad de introducir a última hora, justo cuando las pruebas del libro estaban ya paginadas, para tratar de poner al día de alguna manera el estudio preliminar que con el título de «En torno al sistema español de conflictos jurisdiccionales», tuve el gusto de preparar para el libro de Javier DOMPER, *Repertorio de la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales (1948-1975)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979. El citado estudio preliminar había aparecido antes en las páginas de «REDA» (núm. 9, 1976), aunque las menciones que haya que hacer a él a lo largo de esta crónica hay que entenderlas referidas al volumen para el que fue escrito, es decir, la obra de J. DOMPER.

flictos (3). Demora bien poco explicable, bien lamentable, en este supuesto. Si el conflicto como tal se desarrolló en un período de tiempo no muy dilatado para lo que es usual—el gobernador civil requería la inhibición a los jueces el 26 de marzo de 1977, llevando fecha de 29 de junio de 1978 tanto el acuerdo del Consejo de Ministros como la propia sanción del decreto—, en cambio, cuando ya la decisión ha cumplido todos los requisitos internos, hay que esperar más de siete meses para que tenga acceso al diario oficial, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 37 de la LCJ: «... se extenderá motivada y en forma de decreto—prescribe este precepto—, y para su cumplimiento se publicará en el "Boletín Oficial del Estado"». No sé si la demora ha afectado en el caso sólo a la publicación en el «Boletín Oficial» o también a la comunicación a los contendientes (4). El «extravío del papel», ¿se habrá producido en el «Boletín Oficial del Estado», una vez que se recibió ya allí, o fue, en cambio, responsabilidad de Presidencia del Gobierno desde el momento en que el mismo día del Consejo de Ministros se pasaba a la firma del Jefe del Estado? No tengo elementos para juzgar qué sucedió en el presente caso. De todas maneras bien conocida es la eficacia del «Boletín Oficial del Estado»: el tiempo de espera de los documentos suele ser inferior con mucho a los siete meses, y no digamos cuando se trata de decisiones de los órganos superiores del Estado.

En resumen y por concluir este excursus, la decisión no ha podido hacerse eco de la entrada en vigor de la Constitución por ser, de hecho, varios meses anterior a la misma. Quede por eso para otra ocasión el enjuiciamiento del encaje del sistema de conflictos jurisdiccionales dentro de las exigencias de la Constitución.

## 2. La competencia del juez penal

2. Tratándose, como se va a ver en seguida, de un enfrentamiento de competencias entre gobernador civil y juez de lo penal a propósito del enjuiciamiento de una autoridad, hay aún otro aspecto mucho más concreto que me hubiera gustado haber visto abordado a la luz de la nueva Constitución. Hace ahora cinco años suscitaba el problema de si la afirmación del artículo 31 de la Ley Orgánica del Estado, al atribuir la función jurisdiccional *exclusivamente* a jueces y tribunales no había derogado, en concreto, el artículo 15 de la LCJ, que es el que ha venido permitiendo a las autoridades administrativas plantear a los jueces penales *cuestiones previas*. Había sostenido tal interpretación en mi crónica, de 1974, *Enjuiciamiento criminal de autoridades y funcio-*

(3) Véase, sobre el tema, mi estudio preliminar antes citado, *En torno al sistema español de conflictos jurisdiccionales*, pp. 22 y ss.

(4) En el trabajo anteriormente citado—*En torno...*, pp. 28 y ss.— me ha preocupado en concreto la *ausencia de concreción de plazos en las fases decisivas* del sistema de conflictos jurisdiccionales. La demora que ahora se comenta en el texto es un nuevo ejemplo a añadir a los vacíos de regulación a que allí me refería.

*narios públicos* (5). Pero la jurisprudencia de conflictos ni siquiera se había cuestionado el tema que a mí me preocupaba. Espero así, con impaciencia, qué solución pueda darse al problema, que sigue en pie, una vez que una Constitución democrática, que además deroga cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma, reconoce con energía que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes...» (artículo 117, 3). El fallo que se comenta no ha podido enfrentarse con esta nueva fundamentación del problema al haberse sustanciado, como se señalaba, con antelación a la vigencia de la Constitución, aunque es obvio que existía ya un clima nuevo que bien pudiera haberse tenido en cuenta. Pero, con todo, hay algo bien indicativo en este caso. Si mis cuentas no fallan, es el primero en que con posterioridad a aquel comentario mío de 1974 se ha vuelto a plantear el tema del procesamiento de autoridades y funcionarios. El gobernador civil actúa, como vamos a ver en seguida, ante el —por otra parte inexplicable— procesamiento de la alcaldesa de un pueblo. Se trata, en definitiva, de impedir dicho procesamiento. Y el Juez de Conflictos al tener que conocer del caso, ni siquiera se plantea la cuestión aludida. De este modo, por la tácita, se sigue dando por sentado que el artículo 15 de la LCJ continúa teniendo virtualidad plena. Más aún, el conflicto se fallará a favor de la autoridad administrativa. Cabe decir cuanto antes que el procesamiento de la alcaldesa y la motivación jurídica para ello utilizada me pareció del todo insólito. Pero eso es, sin duda, otra cuestión que habrá que situar en su debido lugar.

3. Parece conveniente no demorar ya más la reproducción del fallo que se comenta. Diré, ante todo, que se trata del Decreto 3334/1978, de 29 de junio («Boletín Oficial del Estado» de 5 de febrero de 1979), por el que se resuelve la cuestión de competencia surgida entre el Gobernador Civil de Orense y la Audiencia Provincial y el Juzgado de Instrucción número 2 de esta capital. A lo largo de siete resultandos quedan fijados los hechos en los términos siguientes:

«Resultando 1: Que con fecha 4 de febrero de 1974, los vecinos de los pueblos de Villavidal, Viso, Aldea, Turey y Souto, todos del Ayuntamiento de Ramiranes, provincia de Orense, solicitan de esta Corporación la oportuna autorización para llevar a cabo una captación de aguas de dos manantiales en el monte de utilidad pública "Selva Oscura", número 84 de los del Catálogo, y en los parajes del mismo, denominados "Lameiriño Bello" y "El Castelo", con objeto de proveer al abastecimiento de sus domicilios. La Corporación acuerda otorgar la pertinente autorización el día 12 de marzo de 1974, elevando el expediente al Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza.

---

(5) Número 74 de esta REVISTA, recogida ahora en mi libro *Selección de comentarios sobre la jurisprudencia de conflictos jurisdiccionales*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, pp. 35 y ss.

que, previos los trámites legales, dicta resolución cuya parte dispositiva establece, entre otras cosas, lo siguiente:

1.º Se autoriza al Ayuntamiento de Ramiranes para ocupar 13 hectáreas (cuatro metros cuadrados corresponden a una arqueta y nueve metros cuadrados a una zanja de 15 metros por 60 centímetros), en el monte "Selva Oscura", número 84 del Catálogo de los de utilidad pública de la provincia de Orense, de la pertenencia de la parroquia de San Salvador de Penosíños, término municipal de Ramiranes, con destino a captación y conducción de aguas para abastecimiento a los domicilios de los vecinos de Villavidal, Viso, Aldea, Turey y Souto, de acuerdo con los documentos obrantes en el expediente.

2.º Las aguas que proceden de dos manantiales localizados en los parajes "Lameiriño Bello" y "Castelo" seguirán perteneciendo a la propiedad del monte, concediéndose únicamente su uso a los fines expuestos.

3.º La ocupación se autoriza por un plazo de cincuenta años, dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, con vigencia exclusivamente mientras persista la concesión de agua que la origina.

La entrega de los terrenos objeto de la ocupación autorizada tuvo lugar el 24 de octubre de 1975, compareciendo en representación del Ayuntamiento de Ramiranes su alcalde-presidente, doña Pilar López García, y en representación del ICONA, don José Fernández Cabezas, levantándose la correspondiente acta. Las obras de conducción y abastecimiento se acogieron al régimen de acción comunitaria previsto en el Decreto 3529/1974, de 20 de diciembre, y por acuerdo del Consejo de Ministros, fechado el 21 de marzo de 1975, se otorgó al Ayuntamiento de Ramiranes una subvención, con cargo al crédito de Planes Provinciales, para costear la realización, entre otras, de las obras de referencia.

Resultando 2: Que con fecha 2 de abril de 1976 el procurador de los Tribunales don Manuel Cortiñas Pérez, en representación acreditada de veintidós propietarios de fincas rústicas sitas en las proximidades de los pueblos de Moreira, Pumarvello y Vilanova, en el municipio de Ramiranes, interpusieron querrela ante el Juzgado de Instrucción decano de los de Orense, por delito de usurpación, contra don José Fernández Cabezas y siete personas más. Expone el escrito que los querellantes vienen regando sus propiedades desde tiempo inmemorial y de manera ininterrumpida con la totalidad de las aguas del manantial "As Travesas", situado en la denominada "Sierra Moura" o "Sierra de Silvacscura", de tal manera que han adquirido el aprovechamiento por prescripción; que algunos vecinos de los pueblos limítrofes de Villavidal, Viso, Souto, Aldea y Turey han formado una comisión de la que forman parte algunos de los querellados, para instalar la traída de aguas a sus domicilios; que con este objeto se han realizado trabajos de distracción de las aguas del aludido manantial de "As Travesas" a

través de una canalización subterránea de uralita de unos 10 centímetros de diámetro y de considerable longitud, que da lugar a que las aguas del manantial citado discurren ahora por la canalización y no puedan ser ya utilizadas para regar las fincas de los querellantes; que los hechos relatados acreditan indicios racionales de criminalidad, demostrativos de un delito de usurpación previsto y penado en el artículo 518 del Código Penal.

Resultando 3: Que entre las pruebas practicadas a solicitud de la parte querellante figuran las siguientes:

1.º Declaración de diez vecinos de la zona coincidentes en que las aguas del manantial sito en el paraje denominado «As Travesas», del monte «Silvaoscura», eran aprovechadas, discurriendo por cauce muy antiguo, de forma ininterrumpida, para regar las fincas de los vecinos de Moreira, Pumarvello, Vilanova y Casal del Monte, y que desde que se realizaron las obras antes aludidas las aguas ya no bajan por su cauce y no llegan, por ende, a las fincas mencionadas.

2.º Incorporación a las diligencias del expediente relativo al aprovechamiento de que se trata, en el que constan las actuaciones que se describen en el primer resultando.

3.º Declaración de los miembros del Ayuntamiento de Ramiranes alusivas a que, en 1974, la Corporación tomó el acuerdo de instar el expediente ordenado a la captación de las aguas sin que en ulteriores sesiones tuviesen sus miembros el adecuado conocimiento de sus distintas incidencias, toda vez que fue la alcaldesa la que gestionó, a partir del acuerdo municipal, todo el asunto personalmente.

4.º Informe de dos peritos agrícolas del Estado en el que se dictamina: que entre el lugar en que se encuentran las fincas de los querellantes y el manantial «As Travesas» existe un cauce que presenta signos de gran antigüedad, ofreciendo este cauce señales de haber sido utilizado para conducir las aguas hasta muy recientemente; que, en la actualidad, el citado manantial «As Travesas» ya no vierte sus aguas a aquel antiguo cauce, sino a un camino que transcurre en lugar próximo, siendo ello debido a una gran excavación realizada últimamente por medios mecánicos; que se han apreciado síntomas de sequía en algunos cultivos de la zona, probablemente como consecuencia del desvío o pérdida del agua del manantial «As Travesas»; que existen otros manantiales perfectamente utilizables para abastecer los pueblos de los querellados; que el manantial «As Travesas» es distinto e independiente de los denominados «Castelo» y «Lameiriño Bello», ubicados estos últimos a una distancia de 1.275 y 1.545 metros, respectivamente, de aquél. Se ha de recordar al respecto que la resolución del Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza aludía a la captación de aguas de dos manantiales localizados en los parajes «Lameiriño Bello» y «Castelo».

Resultando 4: Que con fecha 5 de febrero de 1977 la Audiencia Provincial de Orense dicta auto de procesamiento contra la alcaldesa de

Ramiranes, doña María del Pilar Otilia López García, entendiendo que los hechos revisten los caracteres de un delito de usurpación relativo a las aguas del manantial "As Travesas", cuya distracción ordenó la alcaldesa no obstante las reclamaciones que le hicieron los perjudicados, y que también obran en el expediente, acreditadas a través de sendas actas notariales. La intervención de la Audiencia Provincial en orden al procesamiento de la alcaldesa viene exigida por el artículo 416 de la Ley de Régimen Local.

Resultando 5: Que el Juzgado de Instrucción número 2 de Orense dicta el 17 de marzo de 1977 auto de procesamiento contra don José Fernández Cabezas, don José Pérez Ríos y don Francisco Murillo Mosquera, fundado en los mismos hechos. El auto no llegó a ser notificado a los interesados al haberse paralizado el procedimiento en virtud del requerimiento inhibitorio de que a continuación se va a hacer mérito.

Resultando 6: Que el 26 de marzo de 1977 el Gobernador Civil de Orense, después de ser emitido el correspondiente informe por la Abogacía del Estado, requirió a la Audiencia Provincial y al Juzgado de Instrucción número 2 para que se inhibiese en relación con el sumario de referencia debido a la existencia de cuestiones administrativas previas que concreta en la determinación de la condición del aprovechamiento de los querellantes, dado que, si éste es realmente abusivo, el pronunciamiento administrativo deberá tener real incidencia en el procedimiento penal y sobre las características de los aprovechamientos, ubicación y posible compatibilidad, toda vez que a la Administración le incumbe la intervención sobre el contenido de informe de utilización de los aprovechamientos de caudales públicos.

Resultando 7: Que el Juzgado de Instancia número 2, en virtud de auto fechado el 31 de mayo de 1977, previo el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, mantuvo su competencia y se tuvo por formulada la misma, remitiendo ambas autoridades sus respectivas actuaciones a la Presidencia del Gobierno.»

La cuestión de competencia se resolverá a favor de la Administración, «de conformidad con lo consultado por el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros». Estos son los considerandos en que se apoya la decisión:

«Considerando 1.º Que la presente cuestión de competencia ha surgido entre el Gobierno Civil de Orense y el Juzgado de Instrucción número 2 de esta capital y la Audiencia Provincial al requerir de inhibición aquél a éstos con motivo del sumario número 36/1976, incoado sobre el delito de usurpación, para que el órgano competente resuelva sobre las cuestiones previas administrativas concretadas en el requerimiento, relativas a la condición de aprovechamiento de los querellantes y a las características de dichos aprovechamientos, ubicación y posible compatibilidad entre ambos.

Considerando 2.º Que la primera cuestión que debe ser examinada es la relativa a un eventual defecto formal denunciado por la repre-

sentación de la querellada, doña María del Pilar Otilia López García, alcaldesa de Ramiranes, en el trámite de alegaciones que a cada una de las partes otorga el artículo 22 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales. En efecto, interpuesta la cuestión de competencia por el gobernador civil de Orense ante la Audiencia Provincial y ante el Juzgado de Instrucción número 2, se estima que debe la Audiencia pronunciarse, lo mismo que el Juzgado, tanto porque fue la propia Audiencia la que dictó el auto de procesamiento respecto de la alcaldesa, amparada por el fuero especial del artículo 146 de la Ley de Régimen Local, cuanto porque, en relación con la misma alcaldesa, el sumario había terminado al elevarse las actuaciones a la Audiencia. Si la Audiencia Provincial se abstiene de resolver, quedará mal planteada, en opinión del alegante, la cuestión de competencia desde su origen.

Del expediente resulta que ha sido el Juzgado de Instrucción número 2 de Orense el que, previo informe del Ministerio Fiscal y demás trámites establecidos en la Ley, dictó auto manteniendo su competencia el 31 de mayo de 1977. La Audiencia, en efecto, no se ha pronunciado, lo que exige plantear, con carácter previo, si su inactividad puede viciar en origen el procedimiento a la vista de las circunstancias del caso.

El problema debe dilucidarse examinando el momento procesal en que se produjo el requerimiento de inhibición y la incidencia que, respecto de las actuaciones, pueda tener la atribución de la Audiencia Provincial de la competencia para dictar el auto de procesamiento cuando del enjuiciamiento criminal de los alcaldes se trata. En definitiva, se trata de analizar si el requerimiento de inhibición se produjo en fase sumarial o cuando el sumario debía considerarse finalizado. En virtud del auto de Juzgado de Instrucción de fecha 10 de noviembre de 1976, se acuerda la incoación del sumario, elevándose las actuaciones a la Audiencia Provincial a los solos efectos de que, si procediere, dictase auto de procesamiento contra uno de los querellados que, por ostentar la condición de alcalde, exigía la intervención en este trámite del superior órgano judicial por ordenarlo así el artículo 416 de la Ley de Régimen Local. La Audiencia Provincial dictó auto el 5 de febrero de 1977 declarando procesada a la alcaldesa de Ramiranes y devolviendo el expediente sumarial al Juzgado para ulteriores diligencias.

En cuanto al resto de los querellados, no amparados por el fuero especial, dictó el Juzgado auto de procesamiento el 17 de marzo de 1977; el 26 del mismo mes se produjo el requerimiento de inhibición, acordando el Juzgado, el día 2 de abril, suspender todo procedimiento en relación con el indicado sumario hasta tanto no termine la contienda jurisdiccional, en acatamiento del artículo 20 de la Ley de Conflictos.

A la vista de lo actuado puede concluirse que al tiempo de producirse el requerimiento inhibitorio el sumario no había terminado. Primero: Porque no se ha producido declaración expresa del Juzgado en este sentido, ordenando remitir los autos y las piezas de convicción al

Tribunal competente para conocer del delito, tal y como preceptúa el artículo 622, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Segundo: Porque la elevación por el Juzgado a la Audiencia de las actuaciones lo fue al solo efecto de que la misma decidiera sobre el eventual procesamiento de la alcaldesa de Ramiranes, sin que tal remisión implicara, en modo alguno, la que se produce al darse por terminado el sumario a tenor del citado artículo 622. Tercero: Porque el envío del expediente a la Audiencia, en cumplimiento del artículo 416 de la Ley de Régimen Local, se acordó precisamente en el auto que ordenaba la incoación del sumario, por lo que mal puede estimarse concluido éste.

En el presente caso la paralización del procedimiento ordenada por el artículo 20 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales se ha producido inmediatamente después de acordado el procesamiento de la alcaldesa y otros querellados, y, a tenor del artículo 384, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el procesado podrá desde el momento de serlo aconsejarse de letrado y valerse de él bien para instar la propia terminación del sumario, bien para solicitar la práctica de diligencias que le interesen y para formular pretensiones que afecten a su situación, declaraciones éstas que en el caso del expediente acreditan, una vez más, que al tiempo del requerimiento las actuaciones se encontraban todavía en fase sumarial.

Así las cosas, el órgano judicial que debía suspender la tramitación y manifestarse competente o incompetente era el Juzgado de Instrucción, como efectivamente lo ha sido, por lo que ha de estimarse bien planteada la cuestión de competencia.

Considerando 3.º Que también con carácter previo debe examinarse el presunto defecto formal denunciado por la representación de los querellantes en el sentido de que no se ha cumplido en el requerimiento inhibitorio lo preceptuado en el artículo 19 de la Ley de 17 de julio de 1948, que exige se citen literalmente los textos íntegros de los artículos y preceptos legales que sean de aplicación al caso y aquellos en que se apoyen para reclamar el conocimiento del negocio, sin que baste la cita de la presente Ley para estimar cumplido tal requisito.

Considerando 4.º Que es doctrina sentada en numerosos Decretos decisorios de diversas cuestiones de competencia que no todo vicio procesal ha de ser considerado necesariamente como defecto bastante para anular el procedimiento, pues un resultado tan radical como la nulidad debe reservarse para los casos en que el incumplimiento de algún requisito formal suponga un planteamiento genérico ambiguo, equívoco o confuso de la cuestión de competencia; que la *ratio* y finalidad del precepto contenido en el artículo 19, 1, de la Ley es que la autoridad requerida de inhibición conozca claramente los hechos y preceptos legales que fundamenta el requerimiento a juicio del requirente, y cuando este fin de la Ley ha sido alcanzado, no sería procedente ni conforme a un elemental principio de economía procesal demorar la resolución del asunto con una nulidad de actuaciones que sólo tendría por resultado reproducir formalmente cita y transcripción de preceptos



legales y argumentos que ya figuran en los acuerdos, resoluciones o informes que han servido de base al requerimiento; y que si bien es cierto que las infracciones legales de orden procesal pueden corregirse, retrotraer el procedimiento carecería de fundamento lógico e iría en contra de los principios de economía, celeridad y eficacia que presiden la Ley de Procedimiento Administrativo.

Considerando 5.º Que en el presente caso el requerimiento inhibitorio cita los artículos correspondientes de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, invoca y transcribe determinados preceptos de las normas aplicables y plantea concretamente y con toda precisión las cuestiones previas administrativas respecto de las cuales se formula el requerimiento; es forzoso concluir que la finalidad perseguida por la Ley de que la autoridad requerida tenga pleno conocimiento de los preceptos legales y de las consideraciones jurídicas en que se apoya la inhibitoria aparece suficientemente lograda, por lo que procede entrar en el fondo de la misma.

Considerando 6.º Que, como ya declararon los Decretos de 25 de febrero de 1970 y 11 de octubre de 1973, 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 autoridades y 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.

Considerando 7.º Que, conforme han establecido, entre otros, los Decretos resolutorios de competencias de 9 de noviembre de 1961 y 20 de septiembre de 1962, la jurisprudencia sobre cuestiones de competencia que versan precisamente sobre el planteamiento de cuestiones previas en el caso de hechos susceptibles de ser eventualmente calificados como delitos, parece inclinarse por la aceptación o no de la existencia de tal cuestión previa según sea la naturaleza de los hechos que virtualmente parecen desprenderse del sumario, admitiéndose la existencia de aquella cuando se trata de actuaciones que acaso pueden tener justificación desde el punto de vista administrativo y negándose a admitirla cuando una elemental consideración de los mismos parece impedir aquella justificación.

Considerando 8.º Que en esta materia, y dado el tenor excepcional con que el artículo 15 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales autoriza a la Administración para invocar como fundamento de su inhibitoria cuestiones administrativas, se debe proceder con extraordinaria cau-

tela para evitar tanto el apoderamiento de hecho por parte de la Administración de funciones jurisdiccionales cuanto el establecimiento de frenos o trabas que puedan obstaculizar la actividad de los Tribunales.

Considerando 9.º Que son tres las cuestiones sobre las que el requerimiento de inhibición considera debe pronunciarse la Administración con carácter previo a la actuación judicial:

1.ª La determinación del alcance y posible compatibilidad de los aprovechamientos existentes en el monte «Selva Oscura», el de los querellantes y el de los querellados, dado el carácter demanial de las aguas que integran los respectivos manantiales.

2.ª La condición del aprovechamiento de los querellantes sobre las aguas del manantial "As Travesas", toda vez que, al considerarse ganado por prescripción y al no constar que está inscrito en el registro administrativo creado al efecto, puede reputarse abusivo en virtud del artículo 7.º del Real Decreto de 12 de abril de 1901.

3.ª La determinación de las personas responsables de la ejecución de las obras de captación, determinación que se estima incumbe al Ayuntamiento de Ramiranes en aplicación del Decreto de 20 de diciembre de 1974, regulador de las obras llevadas a cabo en régimen de acción comunitaria.

Considerando 10. Que parece claro el carácter público de las aguas del manantial "As Travesas" en base a los artículos 407, 2, del Código Civil, y 4, 2, de la Ley de Aguas, que consideran públicas o del dominio público las aguas continuas o discontinuas de manantiales o arroyos que corran por sus cauces naturales. El carácter público de las aguas no se ha discutido a lo largo del extenso expediente y parece reconocido *ab initio* por los propios querellantes que fundamentan su derecho en título de prescripción habilitante, al igual que la concesión, para adquirir los aprovechamientos de aguas públicas a tenor de los artículos 149 de la Ley de Aguas y 409 del Código Civil. Así las cosas surge inmediatamente la esencial diferencia entre el dominio y el aprovechamiento respecto de los caudales públicos; como se previene en el dictamen del Consejo de Estado de 24 de mayo de 1967, aquél es un derecho absoluto e ilimitado en tanto que el aprovechamiento es un derecho limitado, sujeto a condiciones, y que no autoriza para usar del agua sino en la forma y orden al objeto concedido. De acuerdo con ello, ni el artículo 409 del Código Civil ni el 149 de la Ley de Aguas configuran la prescripción como un medio de adquisición del dominio de las aguas, sino como un modo de obtener el simple aprovechamiento. En el caso del expediente existe una autorización de ocupación de terrenos para captación de aguas en favor de los vecinos del Ayuntamiento de Ramiranes respecto de los manantiales situados en los parajes «Lameiriño Bello» y «Castelo», en tanto que los querellantes esgrimen la titularidad de un aprovechamiento por prescripción inmemorial sobre las aguas del manantial "As Travesas", que, a tenor

del dictamen pericial obrante en el expediente, parece ubicado a más de un kilómetro de distancia respecto de los otros dos. Al respecto conviene tener en cuenta que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1918, si bien la Administración debe respetar el estado posesorio de los aprovechamientos adquiridos en virtud de la prescripción que autoriza el artículo de la Ley de Aguas, también lo es que "para que la protección tenga lugar es preciso que los respectivos interesados hayan probado su derecho en el expediente administrativo"; doctrina reiterada por la sentencia de 26 de junio de 1953, que se manifiesta como sigue: "La inscripción (del aprovechamiento ganado por prescripción en el Registro de Aprovechamiento) equivale a la concesión para el efecto de que los interesados puedan exigir de la Administración el respeto debido a la posesión que vengán disfrutando, pues hasta que la inscripción se realice no quedan definidos administrativamente los derechos que a los interesados les asisten».

Considerando 11. Que, visto lo anterior, es inexcusable analizar la situación jurídica del aprovechamiento de los querellantes, y para ello se ha de partir de sus propias alegaciones, adveradas por declaración de testigos, en el sentido de que el mencionado aprovechamiento ha sido adquirido por prescripción al venir regándose las fincas de su propiedad de modo ininterrumpido y desde tiempo inmemorial con la totalidad de las aguas del manantial "As Travesas". Téngase en cuenta que no se pretende de la jurisdicción el reconocimiento del derecho al aprovechamiento fundado en títulos de carácter civil, como puede ser la prescripción, lo que, en todo caso, sería competencia de la jurisdicción civil, sino, muy al contrario, dándose por sentada la existencia de un título, se pretenden extraer consecuencias penales por la presunta violación de los derechos que aquél debe amparar.

Considerando 12. Que el título normal e idóneo para acreditar las adquisiciones por prescripción de aprovechamientos de aguas públicas es el acta de notoriedad regulada por el artículo 70 del Reglamento Hipotecario, si bien el Consejo de Estado admite la existencia de otros procedimientos generales, además del específico del acta, para acreditar la adquisición por usurpación de los aprovechamientos de aguas públicas, siempre que impliquen garantías superiores y tramitación más compleja, como pudiera ser la sentencia dictada en juicio declarativo o el expediente de dominio.

Considerando 13. Que la inscripción del título de los aprovechamientos en el Registro Administrativo de Aguas, a que se refieren los Reales Decretos de 12 de abril de 1901, cinco de septiembre de 1918 y 7 de enero de 1927, exige un complejo procedimiento que cuando el título es la prescripción se descompone en dos fases: el acta de notoriedad, que hoy ha sustituido a la información posesoria y que tiene por objeto acreditar la titularidad civil del derecho, y el expediente administrativo que se propone suministrar los datos necesarios para resolver, mediante el acceso, en su caso, del aprovechamiento

en el Registro Administrativo creado al efecto; procedimiento administrativo que, no obstante no estar incluido en el Decreto de 10 de octubre de 1958, delimitador de los procedimientos especiales que continúan vigentes tras la Ley de Procedimiento Administrativo, se ha considerado subsistente por la práctica administrativa y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través de las sentencias de 14 de marzo y 7 de mayo de 1960, 2 de marzo de 1962 y 9 de diciembre de 1964, que textualmente expone: "Si bien el artículo primero del Decreto de 1958 no enumera entre las disposiciones reguladoras de procedimiento especiales subsistentes al Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927 ... ha de entenderse que continúa su vigencia en cuanto a la obligatoriedad de la inscripción de los aprovechamientos de aguas públicas en los Registros establecidos por el Real Decreto de 12 de abril de 1901..."

Considerando 14. Que el aprovechamiento de los querellantes respecto de las aguas del manantial "As Travesas", que se dice adquirido por prescripción, no consta que esté inscrito en el Registro de Aprovechamientos e incluso se reconoce por los querellantes su no inscripción en el trámite de alegaciones que, tras el requerimiento inhibitorio, les fue concedido, lo que obliga a examinar las consecuencias, en derecho, de esta situación.

Considerando 15. Que es doctrina reiterada del Consejo de Estado la de que la Administración únicamente está obligada a reconocer los aprovechamientos inscritos, toda vez que por imperio del artículo 7 del Real Decreto de 12 de abril de 1901, "formalizados los Registros, se considerarán abusivos todos los aprovechamientos que no se hallen inscritos"; en este sentido puede ser citado el dictamen de 18 de octubre de 1961 (expediente número 27.990) y el de 3 de mayo de 1962 (expediente número 28.612), a cuyo tenor "los aprovechamientos no inscritos se reputan abusivos por parte de la Administración. Como, según se deduce de las alegaciones del recurrente, el mismo se considera titular de un derecho adquirido y amparado por el título formal de la prescripción adquisitiva, el pleno reconocimiento por parte de la Administración de tal derecho exige su acreditamiento a través del expediente de información posesoria, que dé lugar al acta de notariadad, con el consiguiente acceso de tal título al Registro de Aprovechamientos, en el que es obligatoria la inscripción, y por el procedimiento que el artículo tercero del Real Decreto-ley de 1927 regula. En este procedimiento es donde podrá llevarse a cabo la necesaria depuración de derechos, con análisis detallados de las alegaciones formuladas por denunciante y denunciados..."

Háy que afirmar, por tanto, el evidente derecho de la Administración para imponer a cualquier usuario de aguas públicas la debida formalización registral de su derecho, obligándole, so pena de suspender el aprovechamiento, con demolición de las obras e instalaciones y artefactos, a practicar la inscripción en el Registro de Apro-

vechamientos de Aguas Públicas, obligatoria conforme a las disposiciones que la regulan; puede citarse también el dictamen de 7 de junio de 1950 (expediente número 5.915), en el que se expone que la Administración no viene obligada a reconocer la prescripción de un aprovechamiento de aguas para fuerza motriz y usos industriales, al amparo del artículo 149 de la Ley de Aguas y 409 del Código civil, si dichos aprovechamientos no figuran inscritos en el Registro Administrativo de Aguas, aunque lo estén en el de la Propiedad, pues la Administración no se encuentra vinculada, en modo alguno, a dicho asiento registral.

Considerando 16. Que igual exigencia y obligatoriedad ha sido mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; así la sentencia de 2 de julio de 1951, exponente de que en la esfera administrativa no pueden formalmente reconocerse más aprovechamientos que los inscritos registralmente; la sentencia de 26 de junio de 1953, a cuyo tenor la inscripción equivale a la concesión para el efecto de que los interesados puedan exigir de la Administración el respeto debido a la posesión que vengan disfrutando, pues hasta que la inscripción se realice no quedan definidos administrativamente los derechos que a los interesados les asisten; la sentencia de 25 de mayo de 1955: "el acto de inscripción en el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas, como declararon las sentencias de 28 de septiembre de 1911, 21 de febrero de 1917 y 10 de junio de 1921, es acto puramente administrativo y equivale a una concesión, puesto que mediante él se reconoce por la Administración la existencia de un aprovechamiento, aunque haya servido para la inscripción un título de carácter civil, que es igualmente válido para este fin, siendo de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa conocer la cuestión que se plantea cuando con las providencias de la Administración se lastiman los derechos adquiridos (los reconocidos por la inscripción) en virtud de disposiciones emanadas de la propia Administración"; la sentencia de 10 de diciembre de 1955: "la inscripción en el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas y los actos de tal inscripción son puramente administrativos, estimando el hecho registral como equivalente a una nueva concesión, ya que mediante él se reconoce por la Administración la existencia del aprovechamiento"; la sentencia de 8 de abril de 1977: "la inscripción en el Registro de Aprovechamientos de Aguas es obligada, pues si bien tal inscripción no otorga en sí el derecho, lo garantiza y asegura, lo exterioriza y hace equivalente a la misma concesión al efecto de que los interesados puedan exigir de la Administración el respeto debido a la posesión que vengan disfrutando, y hasta que tal inscripción se realiza no quedan administrativamente definidos los derechos que a tales interesados asisten, ya que todo ha de ser decidido en la repetida y futura inscripción en el Registro".

Considerando 17. Que si bien es cierto que el Registro de Aprovechamientos de Aguas tiene carácter administrativo (sentencias de

1 y 27 de junio de 1968 y 17 de febrero de 1971) y es un Registro declarativo y no constitutivo ("la inscripción en el Registro de Aprovechamientos no da derechos por sí misma, sirviendo sólo de aseguramiento de lo adquirido": sentencia de 14 de noviembre de 1920; "las inscripciones no otorgan derechos, sino que garantizan tan sólo los que arrancan del título en que se fundan": sentencia de 22 de julio de 1956), no puede dudarse de las consecuencias jurídico-materiales que la falta de inscripción acarrea, centradas no sólo de las que puedan derivarse de la calificación como abusivo respecto del aprovechamiento no inscrito, sino en la circunstancia de que la inscripción en el Registro Administrativo es previa e insoslayable respecto de la que se practica en el Registro de la Propiedad, a tenor del artículo 70, 7, del Reglamento Hipotecario, por lo que si la falta de aquélla determina que la Administración pueda considerar inexistente el derecho, como gráficamente establece el dictamen del Consejo de Estado de 22 de noviembre de 1952, la no inscripción en el Registro de la Propiedad implica que el aprovechamiento no pueda surtir efectos respecto de terceros, por aplicación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

Considerando 18. Que incumbiendo a las autoridades administrativas la policía de las aguas públicas, sus cauces naturales, riberas y servidumbres, debe la propia Administración pronunciarse previamente acerca de la condición del aprovechamiento de los querellantes, dado que, si éste es realmente abusivo, el pronunciamiento administrativo deberá tener real incidencia en el procedimiento penal al amparo del artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al establecer que, si la cuestión prejudicial fuera determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo Criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda, hipótesis que es perfectamente aplicable al caso presente, toda vez que si los querellantes están abusando de caudales públicos a través de un aprovechamiento clandestino, declaración que, se insiste, incumbe a la Administración y sólo a ella, mal puede decirse que existe un delito de usurpación en cuanto no está acreditado frente a la Administración y frente a terceros el objeto legítimo amparado por el tipo penal, lo que determinará la inocencia de los inculpados.

Considerando 19. Que si bien es cierto que toda concesión se entiende sin perjuicio de tercero, lo que obliga a despetar los derechos preexistentes de los usuarios de las aguas, es necesario que el tercero pueda ser reputado como tal y que ostente los mencionados derechos que la norma ampara, sin que deba atribuirse esta condición al que, previa declaración administrativa, pueda ser considerado como mero detentador de hecho, cuya conducta incluso pudiera ser sancionable desde el punto de vista administrativo según el artículo 30 del Reglamento de Policía de las Aguas y sus Cauces, que considera contravenciones al mismo la derivación de aguas públicas de sus cauces, cualquiera que sea el medio que se emplee, y el objeto

a que se destinen, sin contar con la necesaria autorización administrativa, así como el riego no autorizado con aguas públicas.

Considerando 20. Que no constando administrativamente definido el pretendido derecho de los querellantes en sus más elementales datos: punto donde se verifica la toma de aguas y situación del mismo, cauce de donde derivan las aguas, volumen del caudal aprovechable, objeto o destino del aprovechamiento, etc., ... debe también pronunciarse la Administración sobre las características de ambos aprovechamientos, ubicación y posible compatibilidad, toda vez que a ella le incumbe la intervención sobre el contenido y forma de utilización de los aprovechamientos de caudales públicos.

Considerando 21. Que la tercera cuestión previa que el requerimiento inhibitorio plantea alude a que, dada la condición de las obras de captación realizadas en régimen de acción comunitaria, se llevan a cabo por ejecución directa del vecindario, quedando exceptuadas de las normas de contratación de régimen local, como establece el artículo 9 del Decreto de 20 de diciembre de 1974, por lo que es preciso que haya una constancia administrativa de la persona o personas responsables de la ejecución, y como, según el artículo 34 del referido Decreto, incumbe a las Entidades locales supervisar la ejecución de las obras, vigilando su realización con las debidas garantías técnicas, es el Ayuntamiento de Ramiranes quien debe concretar las personas que han asumido la responsabilidad penal.

Considerando 22. Que en la determinación de las personas presuntamente responsables el Juzgado de Instrucción se ha atendido estrictamente a los hechos, ordenando el procesamiento, en su caso, elevando las actuaciones a la Audiencia Provincial respecto de aquellas que, en su criterio, estaban incurso en un supuesto indiciario de responsabilidad, sin que esta determinación, basada, se insiste, en la conducta de los procesados pueda ser sustituida por el criterio de la Corporación a la vista de los preceptos del Decreto de 20 de diciembre de 1974, que únicamente atribuye al Ayuntamiento el fomento de las obras en régimen comunitario, autorizarlas, en su caso, solicitar las ayudas precisas y supervisar la ejecución, correspondiendo, en cambio, al vecindario o comunidad de vecinos tanto la decisión en orden a la realización de la obra (artículo 6) cuanto a llevar a efecto su ejecución.»

3. *El carácter abusivo de los aprovechamientos de agua no inscritos en el registro*

4. La lectura del texto, se piense lo que se piense acerca del alcance del fallo, evidencia un razonamiento jurídico muy elaborado, una serie muy trabada y muy consistente de argumentaciones, con incorporación de sustanciosos elementos legales, doctrinales y jurisprudenciales. Del conflicto en su conjunto hay algo que llama la atención antes de nada: me refiero a la aparición de un supuesto

de aplicación de esa *rara avis* (6) que es el delito de usurpación de corrientes de aguas del 518 CP, esa modalidad introducida en el sistema penal español por la Ley de 3 de enero de 1907 (7). Modalidad delictiva escasamente frecuente que en el supuesto contemplado ofrece un destacable *más difícil todavía*, cual es el de imputar el delito nada menos que a una autoridad municipal en el cumplimiento, que parece normal, de las habituales competencias administrativas. Porque, téngase en cuenta, que se trata de aguas, a simple vista, públicas, sin perjuicio de los posibles derechos de utilización que por la vía de la prescripción hayan podido adquirir quienes en el procedimiento penal figuran como querellantes. Cuando en otras páginas he contemplado cuáles solían ser los delitos que daban lugar a la sustanciación de la cuestión previa administrativa, a propósito del enjuiciamiento de autoridades y funcionarios, no aparece allí, en ningún caso, el delito de usurpación de cursos de agua del 518 —tampoco el de alteración de lindes de pueblos o heredades del propio artículo 518 ni el de usurpación de inmuebles o derechos reales del 517 (8)—. Extraña, ciertamente, en el caso que se hubiera utilizado la vía del 518, pero extraña más aún que se hubiera producido el procesamiento de la alcaldesa. Difícilmente encajable en el precepto parece la conducta que ha quedado descrita en los resultandos. Recuérdense los términos del artículo 518:

«El que alterase términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajere el curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del cincuenta al ciento por ciento de la utilidad reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de quince mil pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de veinte mil pesetas.»

Del análisis del precepto, del estudio de los comentaristas del CP, se deduce, insisto, lo insólito del procesamiento de la alcaldesa en virtud del mandato penal transcrito. No es sólo el peso de la existente undécima del artículo 8, a cuyo tenor está exento de respon-

(6) De la «escasa frecuencia de esta clase de delitos» habla, analizando en su conjunto los artículos 517 y 518 del CP, QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. II, 2.ª ed., puesto al día por C. GARCÍA VALDÉS, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 990.

(7) Véase QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado*, II, cit., quien indica: «Desde luego la innovación delata a las claras su carácter de añadido un tanto intruso, puesto que el apoderamiento de las aguas poco o nada tiene que ver con la naturaleza simbólica de las demarcaciones de inmuebles, habida cuenta que en su acción, ya que no *contractatio* de las cosas, hay una cierta *ablatio*, al mudarse su destino» (página 1014).

(8) Véase *Enjuiciamiento criminal de autoridades y funcionarios públicos*, citado, p. 64.



sabilidad «el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.» Es, sobre todo, que parece difícil encajar los hechos dentro de la interpretación que se viene dando al citado artículo 518. Por ninguna parte aparece la *utilidad reportada*, que es uno de los elementos de la definición del tipo. No ha sido excesiva la atención que los penalistas han dedicado a este precepto. Citaré ante todo a QUINTANO RIPOLLÉS, quien se hacía eco de lo que era una situación consolidada en los términos siguientes: «Es visible la tendencia, cada vez más acentuada en el Derecho moderno, a generalizar la atribución del dominio de las aguas, pudiéramos decir, su "administrativación" al Estado o a sus organismos locales, reduciendo a lo excepcional el radio de acción de la propiedad privada. Por lo cual las normas previstas en el título IV del segundo libro del Código Civil resultan no sólo limitadas, sino reducidas al rango de supletorias, por las que proliferan en la frondosa selva del Derecho administrativo» (9). Selva o no, lo cierto es que a las autoridades administrativas se atribuyen competencias intensísimas en lo referente a la gestión y tutela de las aguas públicas. Y ya se sabe lo que de la competencia dice el artículo 4 de la LPA: la competencia—se señala—es irrenunciable. Pudiendo, incluso, en el otro sentido, implicar graves consecuencias el incumplimiento, por parte de autoridades y funcionarios, de los deberes inherentes a su cargo. Esto, con todas las enormes implicaciones que conlleva, por una parte. Pero, además, el propio profesor QUINTANO recordaba cómo el ánimo de defraudar ha sido un requisito constantemente exigido por la jurisprudencia para la determinación del dolo (10). Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA destaca, en la misma línea, la doctrina jurisprudencial de que «La creencia de buena fe en la licitud de la conducta por suponer que se obra, verbigracia, en el ejercicio legítimo de un derecho, excluye el dolo» (11). Advirtiéndose además, por parte de QUINTANO, con referencia global a los delitos de usurpación—artículos 517 y 518—, que «son abundantes por ello, dentro de la escasa frecuencia de esta clase de delitos, los fallos absolutorios» (12).

Por todo ello, sin insistir más, me parece sorprendente que se hubiera utilizado esta vía del 518 y, desde luego, que se hubiera llegado al procesamiento de la alcaldesa. No se puede juzgar, por supuesto, el conflicto subyacente con criterios estrictos de gabinete, pues se refleja en él, sin duda, la España viva, la de las más inesperadas tensiones cotidianas, tan difíciles de reducir a esquema y que se comprenden tan mal en el alejamiento y la distancia, tanto físicas

(9) QUINTANO: *Tratado*, II, cit., p. 1017.

(10) QUINTANO: *Op. cit.*, p. 1015. GARCÍA VALDÉS, en sus anotaciones, señala entre la jurisprudencia reciente la sentencia de 5 de octubre de 1972.

(11) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español, parte especial*, Madrid, 1977, p. 434.

(12) QUINTANO: *Tratado*, II, p. 990.

o geográficas como de mentalidad. Pero tampoco parece correcto encajarlo en la órbita de lo penal y, menos aún, encajarlo en el círculo del delito de usurpación de caudales de aguas del artículo 518 del Código Penal. En este sentido, pensando en el fondo de la cuestión, estimo que la alcaldesa debía tener una defensa fácil, a la par que, por otro lado, comprendo la preocupación institucional de la Administración por un tal procesamiento, dejando ahora el problema individual de la propia interesada. No es difícil comprender la desazón de la Administración ante reacciones como ésta.

5. Pero si lo anterior no me ofrece dudas, y lo digo sin rodeos, corresponde, sin embargo, modificar el punto de mira y llegar a plantearse otro tema, el tema delicado de la defensa del fuero, la cuestión, en definitiva, del *ejercicio de la potestad jurisdiccional*, a que alude el artículo 117, 1, de la Constitución. Así centradas las cosas, creo que es muy poco lo que hay que decir, por claro y elemental y por archisabido.

Podrá pensarse que es ausplicable que desaparezcan del Código Penal tipos tan poco perfilados, tan poco concordados con la creciente administrativización del sector de las aguas como los del artículo 518. Tal vez sea una opción a tomar muy en serio ante la, al parecer, inminente reforma del Código Penal. Tal vez lo que apoye en esa dirección sea la flagrante incorrección técnica del precepto. Es una opción, como digo, aunque no voy a ocuparme ahora de analizar sus posibilidades ni aun su conveniencia. Diré, incidentalmente, que en un sistema jurídico en el que de forma tan escasa y tan imperfecta han venido estando protegidos los bienes del dominio público, en este precepto se alude de manera expresa a dicho concepto de dominio público, y con una finalidad protectora. Lo cual, si no me equivoco, es bien raro en el sistema del vigente Código Penal. Hacia el futuro podría parecer así interesante una defensa penal de los bienes de dominio público en el buen entendido que habría que exigir eficacia y perfección técnica. Aunque, como se ha visto, es lástima que tal mención aparezca ahora inserta en un contexto tan poco convincente. Opción, por tanto, cara al futuro, de posible modificación y aun desaparición de este precepto que permitió procesar a la alcaldesa de Ramiranes. Pero lo que se acaba de señalar no es más que una digresión, por muy deseable que aparezca. El centro de nuestra atención sigue siendo el caso analizado y el punto de partida de la tesis del tribunal penal que tiene que juzgar a la autoridad municipal señalada. Pues bien, la única salida que le veo yo al caso es la de que, en efecto, sea el tribunal penal quien juzgue. Así de simple y, por supuesto, así de complejo. Que el juez penal juzgue. Que pueda llegarse a la exoneración, a la absolución del funcionario o autoridad. Pero que sea el juez penal quien pronuncie el fallo absolutorio. Cierto que, de mayor o menor alcance, no deja de constituir un escándalo el que una autoridad o un funcionario sean procesados. Ahí se re-

clama la mayor prudencia a propósito del auto de procesamiento. Está la regla de la presunción de inocencia de quien no haya sido formalmente condenado—hoy exigencia constitucional en el Derecho español (13)—, pero hay que ser bien conscientes del enorme peso social que tiene en este ámbito la vieja máxima del *calumnia que algo queda*. Pero, salvo remedios indirectos, no le veo más salida justificable que la aludida de que el juez penal juzgue, pronuncie su fallo y proclame la absolución cuando así corresponda. Remedios indirectos, sí. No me ocuparé ahora del complejo y delicado tema—que sin duda se inscribe en esta línea de garantías indirectas—del privilegio que suele conceder el Derecho español a autoridades y aun a algunos funcionarios—como los de policía—de reservar su procesamiento a tribunales distintos de los que actuarían caso de tratarse de administrados no cualificados. En el Decreto que se comenta ya se ha visto cómo se da entrada y aplicación a la regla del 416 LRL, que hace intervenir, para el procesamiento de alcaldes, concejales, etc., a las Audiencias Provinciales. Remedios indirectos tal vez podrían introducirse haciendo más onerosas las reglas que ahora gravan al querellante temerario o de mala fe (14), previendo sanciones para las actuaciones abusivas sin duda, aunque cuidando de que no se merme el derecho a la justicia, importante derecho garantizado hoy por la Constitución (art. 24) (15). Parece del mayor interés buscar remedios para impedir las actuaciones torticeras y tratar de afinar al máximo. Salvo eso, como decía, no veo más salida; precisaré un poco más, creo que lo positivo es que resuelva el juez de lo penal. Me parece que es la única manera de garantizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional en sus términos correctos y de dar cum-

(13) «Todos tienen derecho... a la presunción de inocencia», se dispone en el artículo 24, 2, de la Constitución. Con mayor precisión, la Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, aprobada por los miembros del Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950, y derecho vigente de aplicación inmediata en España, como se sabe, establece en el párrafo 2.º de su artículo 6.º: «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.»

(14) Para el supuesto de que no resulte suficiente la previsión final del artículo 415 de la LRL, que sí prevé acción popular para exigir las responsabilidades de orden penal en que incurran las autoridades o corporaciones locales, incluye la siguiente matización: «sin perjuicio de la responsabilidad que proceda por acusación falsa o calumniosa», podría pensarse en introducir algo orientado por el criterio que denota el artículo 95 de la Ley del Tribunal Constitucional, Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre. En efecto, el párrafo uno de dicho artículo proclama la gratuidad del procedimiento. El párrafo dos autoriza al Tribunal a «imponer las costas que se derivasen de la tramitación del proceso a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, si apreciare temeridad o mala fe». Pues bien, además de lo anterior, el párrafo tres prescribe: «El Tribunal podrá imponer a quien formulare recursos de inconstitucionalidad o de amparo, con temeridad o abuso de derecho, una sanción pecuniaria de cinco mil a cien mil pesetas.»

(15) Es de recordar que el artículo 415 de la LRL, testimonio de una larga y destacada tradición, consagra la regla que hoy nos parece del todo normal, aunque en otras épocas no lo fuera, del sometimiento de las autoridades locales «a los Tribunales de justicia» a efectos de «las responsabilidades de orden penal», ya sea de oficio, «o bien por acción privada que será popular y se podrá utilizar por todos los españoles».

plimiento, así, a las exigencias de la Constitución. Aunque, una vez dicho esto, quiero referirme a una última idea.

Que decida el juez de lo penal, se sostiene. Y vivimos inmersos, en nuestro sistema jurídico, en una especie de respeto reverencial a los compartimientos estancos. No dejan de ser curiosas las palabras del profesor QUINTANO RIPOLLÉS que antes transcribía, y que hablaban de la frondosa selva del Derecho administrativo. Por otro lado, es cierto que las diversas leyes jurisdicciones establecen como tendencia, con bastante energía, la de reservar a cada orden de tribunales la aplicación —y, por ende, el conocimiento— de una determinada rama jurídica. Una buena muestra de lo que digo, por ceñirme ahora al ámbito de la jurisdicción administrativa, lo constituye el artículo 2, a), de la LJ—insisto que estoy hablando de «tendencia», porque en la Ley mencionada no se puede olvidar lo que dispone luego el artículo 4—, o las correcciones que sobre el artículo 3 establece el 4 de la LEcrim. (16), por venir al campo de lo penal, preceptos ambos tomados en consideración en el Decreto comentado—reproducidos literalmente en los vistos—y sobre los que luego se insistirá. Pues bien, lo que quiero destacar ahora es que, aun sabiendo que el Derecho administrativo tiene sus reglas y sus principios, sus técnicas y su sistema, esto no tendría por qué ser *ninguna selva* para el juez penal. Para el supuesto de que el juez penal no supiera Derecho administrativo habría que hacer ímprobos esfuerzos para que el juez penal añadiera a sus muchos saberes el del Derecho administrativo. Para que pudiera así dilucidar, con entera naturalidad, por ejemplo, si en un caso del artículo 518 CP la autoridad local, o el funcionario encartado, ha actuado en el cumplimiento de sus competencias—y obligaciones—legales y reglamentarias. Más aún, para que pueda constatar cómo, según el derecho vigente, es del todo normal—y, por ende, en absoluto delictivo—que la autoridad administrativa competente «distraiga—o mande distraer—el curso de las aguas». Es valiosa, muy valiosa, la actividad interpretativa que en un caso como el que se comenta realiza el Consejo de Estado. Pero habrá que llegar sin falta a que esa actividad interpretativa la realice el «juez ordinario predeterminado por la ley», en expresión del artículo 24, 2, de la Constitución. Lo que no impide que el juez deba poder recibir todos los dictámenes o asesoramientos que estime necesarios. Lo importante sería, en resumen, que en casos como el comentado fuera el juez penal quien analizara la actuación de la autoridad a la luz del Derecho administrativo y no sólo del Derecho penal. Pues no debe olvidarse que son muchos los tipos del Código Penal que se apoyan de manera directa en conceptos y regulaciones del Derecho administrativo. No se crea que esta exigencia de conocimiento de lo

(16) Un comentario, ya clásico, sobre ambos preceptos puede encontrarse en E. GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1947, pp. 128 y ss., si bien no debe olvidarse que desde entonces el sustrato normativo ha sufrido modificaciones notables.

administrativo por parte del juez aparece sólo a propósito de los delitos propios de los funcionarios—así los de la sección segunda del capítulo primero del título II, sección que lleva por rúbrica la de *De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes*—, o de los delitos pensados para proteger a los propios servidores del Estado—tales los del capítulo VI del propio título II, con la siguiente rúbrica: *De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia*—. No. A todo lo largo del articulado del Código Penal se están utilizando conceptos y referencias cuyas claves son proporcionadas sólo por el Derecho administrativo. No sé. Hablaba antes de la eximente número 11 del artículo 8: obrar en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo; tómense los delitos para proteger las sepulturas y allí encontraremos—tal el artículo 339—la remisión a lo dispuesto por las leyes o reglamentos; váyase a los delitos para proteger la salud—como los de los artículos 342, 343 bis y demás—y allí se encontrará, también, la referencia a las formalidades legales o reglamentarias. Y ocuparíamos mucho tiempo de seguir en esta búsqueda inagotable. Se quiera o no se quiera reconocer, el juez penal tiene que manejar necesariamente, con soltura, el cuerpo de conceptos y principios del Derecho administrativo. Debe estar habilitado para discernir con absoluta certeza si la persona titular de una alcaldía ha cometido un delito o no ha hecho más que actuar correctamente al dar cumplimiento a la, a veces enrevesada, normativa administrativa. Se comprenderá que si reclamo este conocimiento del Derecho administrativo para el juez penal es por una razón muy sencilla: para que no haya excusa, para que nadie, para que ningún órgano del Estado pueda impedir, aun tratándose de funcionarios o autoridades, el normal enjuiciamiento por el *juez ordinario predeterminado por la ley*. Abocamos así de nuevo a la necesidad de superación de la LCJ y, en concreto, de su artículo 15, con su referencia a las cuestiones previas administrativas. Lo que nos lleva de la mano igualmente a la exigencia de modificación del juego de los artículos 3 y 4 LECrim. Hay que adoptar la perspectiva que exigen los tiempos actuales. Hoy, por introducir un nuevo criterio de valoración, el sistema de lo contencioso-administrativo, a diferencia de lo que ocurría hace unos años y a diferencia de lo que ocurría en la época en que se promulgó la LECrim —1882— admite —y no sólo tolera— con normalidad que el juez administrativo, superando el criterio inicial de limitarse a *anular* y devolver después los autos, entre a decidir y resolver, *invadiendo* así, sin duda, el primigenio ámbito reservado a la Administración pública y superando planteamientos que se reconducían a la interpretación a favor de la Administración del principio de separación

de poderes (17). Es, insisto, una consecuencia normal del sistema, que podrá discutirse en vía de principios, que podrá incluso tratar de corregirse, pero que está absolutamente extendida y generalizada, más aún, que aparece como una de las características del contencioso-administrativo actual. Si esto es así en el ámbito de los *tribunales* —subrayo lo de *tribunales* recordando que son tan tribunales ordinarios como los demás— de lo contencioso-administrativo, no se ve hoy ya por qué, una vez que se garanticen los saberes y conocimientos, no pueda el tribunal de lo penal llegar a enjuiciar algo aunque pertenezca a la entraña misma de lo administrativo.

6. Mas en breve, hay un nuevo aspecto en el Decreto comentado sobre el que quiero recoger un par de ideas, pues está tratado con una gran altura e incide además sobre algo crucial en el estado actual del Derecho de las aguas. Me refiero a la importancia que, con toda razón, va a atribuirse a la técnica de inscripción en el Registro de aprovechamientos de aguas públicas. Desde los considerandos 11 al 20, ambos inclusive, se va a examinar este tema y se va a hacer con técnica jurídica exquisita, trayendo además en apoyo abundante y adecuada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del propio Consejo de Estado. El meollo de todos esos considerandos consiste en dar primacía a la regla que se sigue expresando adecuadamente con las viejas palabras del artículo 7 del Real Decreto de 12 de abril de 1901, sobre el Registro Central de Aprovechamientos de Aguas Públicas: «... se considerará como abusivo todo aprovechamiento que no se halle inscrito» (18). En consecuencia, se deduce, la Administración no tiene por qué conocer un aprovechamiento no inscrito. Esto sirve, dicho muy en esquema, para proclamar la corrección del actuar de la alcaldesa, para afirmar —como se hace expresamente en el considerando 18— la inocencia de los inculpados. Ya he dejado dicho antes con insistencia cómo hay que defender que esta declaración la haga el juez penal. Pero al margen de eso, el argumento de la preponderancia del registro de aguas, el criterio, en definitiva, de la inscripción —argumento al que, sin duda,

(17) Véase, por todos, J. A. SANTAMARÍA: *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1973, cuyas siguientes palabras son de sobra indicativas: «Una de las características más acusadas de las exposiciones teóricas de la década de los cuarenta [se está refiriendo al siglo XIX] es, junto con la apología preocupada de los principios centralizadores, la atención casi obsesiva del tema de la distinción y delimitación competencial entre la Administración y Tribunales. Este tema no falta en ninguna obra, y su exposición se encuentra preñada de un *phatos* muy peculiar. Hay auténtica obsesión por justificar la independencia recíproca del ejecutivo y judicial, pero cargando claramente las tintas en favor del primer término del binomio; lo que se pretende es justificar como sea que el poder ejecutivo tiene un ámbito de actuación propio, en el que el judicial no puede entrar; el poder judicial no debe inmiscuirse en los asuntos de competencia de la Administración» (página 143).

(18) Puede verse sobre el tema, A. GUATA: *Derecho administrativo especial*, V, Librería General, Zaragoza, 1970, pp. 154-5, y F. FUENTES BODELÓN: *La prescripción en las aguas públicas*, ENAP, Madrid, 1972, pp. 23 y *passim*.

podría haber llegado también el juez penal— me parece digno de ser realizado. No sé si el país se ha quedado pequeño o tal vez es que hay que ver las cosas con otra perspectiva. Pero lo que parece confirmarse es que hay que llegar a la necesaria catalogación de todas las aguas, a apurar, en la medida de lo posible, el conocimiento de todas las corrientes existentes. Para, a partir de ahí, proceder a su más correcta administración. De ahí que la importancia del registro no sólo se confirma a lo largo de estos ochenta años de vigencia del Real Decreto de 12 de abril de 1901, sino que cada vez se hace más perentoria.

7. Dos líneas, por último, para dejar constancia de cómo en este caso se aprecia una vez más la postura antiformalista del Consejo de Estado (19). Se trata, sobre todo, de llamar la atención acerca de las afirmaciones contenidas en el considerando cuarto. Frente a la denuncia de los querellantes alegando que no se ha cumplido lo preceptuado en el artículo 19 de la LCJ de que se citen literalmente los textos íntegros de los artículos y preceptos que sean de aplicación al caso, la postura del Decreto es clara y tajante, confirmando una línea muy consolidada a la que se remite. No voy a reproducir ahora las afirmaciones que ya antes han quedado transcritas en el citado considerando cuarto. Por un afán sistemático quiero sólo destacar estos tres aspectos: a) La afirmación de que no todo vicio procesal ha de ser considerado como defecto bastante para anular el procedimiento. De este modo la nulidad se reserva para los supuestos de entidad mayor. b) La toma en consideración de la *ratio* y finalidad que orienta el artículo 19 de la LCJ, para poder concluir así que, «cuando este fin de la Ley ha sido alcanzado, no sería procedente ni conforme a un elemental principio de economía procesal demorar la resolución del asunto». c) La mención expresa de «los principios de economía, celeridad y eficacia que presiden la Ley de Procedimiento Administrativo». Es decir, la toma en consideración, a propósito del procedimiento a que debe atenerse el Juez de Conflictos de la LPA, es decir, la norma que se ocupa con carácter general de la actividad administrativa.

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Zaragoza, noviembre-diciembre de 1979

---

(19) Me remito a lo señalado en mi trabajo cit., *En torno al sistema español de conflictos jurisdiccionales*, pp. 33 y ss.

